

FREDERICO HORTA

ELEMENTOS NORMATIVOS DAS LEIS PENAIAS  
E CONTEÚDO INTELLECTUAL DO DOLO

Da natureza do erro  
sobre o dever extrapenal em branco

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

## NOTA PRÉVIA E AGRADECIMENTOS

O livro que finalmente apresento ao leitor é fundamentalmente a minha tese de doutorado, defendida em março de 2013 na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, sob o título *Do erro sobre os elementos em branco das leis penais: uma análise a partir do direito penal socioeconômico brasileiro*. A versão publicada, contudo, resulta de uma reestruturação e de alguns acréscimos ao texto original, promovidos para conferir maior sistematicidade à exposição, dar maior destaque e concretude aos problemas enfrentados, às premissas conceituais e teóricas estabelecidas e às soluções defendidas.

O período que separa esta edição da defesa pública da tese promoveu o amadurecimento de algumas das suas ideias centrais, que puderam ser melhor desenvolvidas, ilustradas e testadas, no curso de um paciente processo de revisão. Entre elas, destacamos a distinção proposta dos elementos em branco das leis penais, em face dos elementos normativos do tipo, e o ponto central da tese, que são as condições determinantes da inclusão ou impertinência do dever extrapenal infringido, ao tipo de injusto determinado por uma lei penal em branco. O texto incorporou, ainda, algumas contribuições de trabalhos pertinentes publicados a partir de 2013, bem como a análise de importantes precedentes dos Tribunais Superiores julgados desde então.

Trata-se, portanto, do resultado de um longo trabalho. E para ele foram decisivas as contribuições de algumas pessoas extraordinárias, que me estenderam a mão generosa, acreditaram nesta empreitada, e nela empenharam um pouco de si.

Desde o início pude contar com o incentivo, as intervenções precisas e sempre muito profficuas do Prof. Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt, meu orientador, a quem agradeço também pela confiança depositada e pela permanente disposição para a leitura atenta e criteriosa do trabalho em elaboração.

Compuseram a banca examinadora da tese, para muita honra minha, também os Profs. Drs. Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva, Cláudio Brandão, Heloisa Estellita e Sheila Jorge Selim de Sales. A cada um deles devo valiosas

correções, ponderações e sugestões, que me esforcei por incorporar ao texto e muito o favoreceram. Registro aqui um agradecimento especial à Professora Estellita, pela atenção e gentileza de me enviar, vez por outra nos últimos anos, julgados pertinentes à tese, os quais agora ilustram este livro.

Na revisão da tese para publicação, tive o privilégio de contar com o auxílio de Alaor Leite, que se dispôs à sua leitura com o rigor de um sexto examinador e o empenho de um verdadeiro cúmplice. Suas impressões e sugestões me ajudaram a conferir ao texto a estrutura e a cadência próprias de um livro, com orientações mais claras ao leitor sobre o caminho a ser percorrido e com maior destaque às ideias centrais. Permitiram-me, ainda, identificar quais delas careciam de reformulação ou mais clara demonstração. Jovem Senhor, estupendo penalista, meu amigo, muito obrigado!

Ao Prof. Dr. Luís Greco, agradeço primeiramente por ter me estimulado e encorajado a cumprir o desafio de perquirir um pouco das curvilíneas fronteiras entre o erro de tipo e o erro de proibição. Depois, pela permanente e generosa disposição ao debate. Finalmente, como se fosse possível expressar em palavras tamanha gratidão, pela distinção que concedeu ao meu trabalho, ao indicá-lo para publicação em sua virtuosa coleção *Direito Penal e Criminologia*, e por brindá-lo agora com um belo prefácio. Poucos feitos podem ser tão gratificantes na vida de um acadêmico como ser reconhecido pela sua principal referência. Francamente, não sei se sou digno do seu aval. Mas para honrá-la não poupei esforços; fiz o melhor que pude, Professor!

Este livro é fruto também da mais estreita e feliz parceria que eu poderia estabelecer; a que me une à Marinana. Agradeço a ela por ter conferido à sua elaboração todo o alimento, segurança, coragem, inspiração, sentido e prazer que o amor proporciona.

Agradeço ainda à editora Marcial Pons, nas pessoas de Marcelo Porciuncula, Ida Gouveia, Íñigo Ortiz de Urbina e Ramón Ragués, pelo zelo empregado nesta adição e por se manterem fiéis ao heroico propósito de publicar estudos monográficos como este.

A felicidade de publicar a tese de doutoramento, o trabalho da maioria acadêmica, dedico e divido com meus pais, Maria Iñez e Paulo Tasso (*in memoriam*), por todas as condições que me deram para enfrentar este e tantos outros desafios da vida.

Por fim, reverencio os meus Mestres da velha Casa de Afonso Pena, a Faculdade de Direito da UFMG, na pessoa daquele que tenho como um pai profissional; o Professor Dr. Hermes Vilchez Guerrero. E ofereço este livro, como minha humilde homenagem, à memória do Professor Dr. José Cirilo de Vargas, por sua contribuição e inspiradora devoção à Teoria do Delito.

Belo Horizonte, junho de 2016.

*Frederico Horta*

## PREFÁCIO

Da mesma forma que, no Brasil, inicia-se uma objeção com um *data venia*, um prefácio se abre relevando a honra que ele representa para o prefaciador. Se fosse costume fazer uso de notas de rodapé em prefácios, o anterior ponto final mereceria ser adornado com um desses pequeninos números, que tanta importância acabam por ter na vida do jurista. Na minha, aos poucos já não tão curta carreira, não me recordo de ter feito uso do *data venia*; mas percebo que, ao menos uma vez, utilizei, sim, a mencionada fórmula de abertura de prefácios. O presente livro é a ocasião adequada para fazê-lo outra vez. A tese de doutorado de Frederico Horta é um trabalho de peso, que me honra em três dimensões: enquanto prefaciador, enquanto codiretor da coleção *Direito Penal e Criminologia* da editora Marcial Pons, em que o livro vem a lume, e enquanto amigo.

Falarei das duas primeiras dimensões no restante do prefácio; explícito, já agora, em que medida me sinto honrado enquanto amigo. A minha amizade com Frederico Horta data de janeiro de 2009, ocasião em que nos encontramos em Munique. Frederico Horta me contou de seus planos de doutorar-se com tese sobre os elementos normativos das leis penais; pouco me lembro dessa conversa, mas sei que devo ter advertido Horta da dificuldade do assunto, numa típica aplicação de minha pouco ortodoxa metodologia de motivação. Um ano depois, em agosto de 2010, revi Frederico Horta em um pequeno seminário que organizei no Rio de Janeiro. Horta ali apresentou, e os participantes discutiram, aquilo que era o embrião do presente livro. Tive, assim, a felicidade de estar presente na fase de concepção do livro que o leitor agora poderá ler. Qual não foi a minha alegria ao, depois de alguns anos, deparar com o resultado final!

O problema do erro sobre elementos normativos no direito penal carece ainda de uma solução definitiva, e isso não apenas no direito penal brasileiro como também no direito penal alemão. A legislação dos dois países distingue o erro de tipo do erro de proibição e declara que apenas o primeiro exclui o dolo (§

16 Strafgesetzbuch; art. 20 *caput* Código Penal). Com isso, a lei impõe à ciência do direito penal a tarefa de determinar que erros têm por objeto «circunstância que pertence ao tipo legal», na dicção do Strafgesetzbuch, ou «elemento constitutivo do tipo legal», na redação da lei brasileira. Essa tarefa é especialmente difícil no caso de elementos normativos, uma vez que estes, por sua natureza valorativa, guardam uma certa proximidade da valoração do fato enquanto proibido ou permitido; essa valoração, contudo, outra coisa não é que não a consciência da ilicitude, que tanto o Strafgesetzbuch, como o Código Penal declaram irrelevante para o dolo (§ 17 StGB; art. 21 CP). Age com dolo de sonegação fiscal (§ 370 Abgabenordnung; art. 1.º da Lei 8.137/1990) aquele que não sabe que o tributo sonegado era sequer devido? Ou se trata de mero erro de proibição? Observe-se que, à falta de modalidade culposa – como é o caso no exemplo dado – a conclusão de que se trata de um erro de tipo, excludente de dolo, significa que a conduta do autor ficará impune. A relevância prática do tema é, portanto, enorme.

Na Alemanha, o tema segue a interessar a doutrina, que, em seu contínuo diálogo com a jurisprudência, vê-se a todo momento chamada – por um julgado do Bundesgerichtshof (o tribunal alemão equivalente ao nosso STJ) – a manifestar-se sobre a existência ou não de dolo em uma (em geral) nova hipótese de erro sobre elemento normativo. No Brasil, apesar da mencionada relevância do problema, tem-se a impressão de que a doutrina permanece estagnada há um bom tempo, concretamente: desde o debate em torno da reforma de 1984, em que se abandonou o regime da clássica dicotomia entre o erro de fato (excludente de dolo) e o erro de direito (em geral irrelevante, *error juris nocet*), em favor da atual dicotomia entre erro de tipo e de proibição. No geral, dedicamo-nos mais a desenhar as linhas gerais da nova dicotomia erro de tipo/erro de proibição do que à árdua tarefa de traçar-lhe os exatos contornos. É justamente dessa tarefa que se ocupa o livro de Frederico Horta.

Um importante mérito do livro é recepcionar os aspectos essenciais dessa discussão na doutrina estrangeira, uma discussão que já de há muito foi além da fácil distinção entre elementos descritivos e elementos normativos do tipo. Hoje se diferenciam, principalmente, três espécies de elementos normativos: elementos normativos em sentido estrito, elementos de valoração global do fato e leis penais em branco. Frederico Horta cuida em certo detalhe da segunda categoria, os elementos de valoração global (Art. 151 CP: «Devassar *indevidamente* o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem...»), que são praticamente desconhecidos entre nós, resolvendo os problemas de erro quanto a esses elementos nos moldes do que propõe Roxin (erro sobre os pressupostos fáticos da valoração = erro de tipo; erro sobre a própria valoração = erro de proibição). O cerne do trabalho de Horta é, entretanto, a problemática da lei penal em branco; aqui, Frederico Horta não se limita a introduzir na discussão brasileira o caloroso debate internacional, que ainda é predominantemente travado em termos de soluções extremas (de um lado, a posição majoritária, defendida classicamente por Welzel, que considera o erro sobre o complemento um erro de proibição, de outro, autores como principalmente Tiedemann, mas também, desde 2008, Roxin, para quem haverá um erro de tipo). Horta também oferece uma interessante e original

contribuição a esse debate, a saber (simplificadamente, os detalhes não interessam no momento): o erro sobre a norma extrapenal geralmente excluirá o dolo, em se tratando de delito de perigo abstrato, e constituirá mero erro de proibição, se o delito for de lesão ou de perigo concreto.

Um prefácio não é a ocasião adequada para avaliar se as ideias da obra prefaciada estão ou não corretas. O que me parece indiscutível é que Frederico Horta conseguiu enriquecer um debate do qual tantos autores reconhecidos já participaram, com uma ideia que merece ser levada a sério. Com isso, Horta conquista um lugar de destaque em um contexto que, noutro lugar, chamei de revolução silenciosa que vem paulatinamente ocorrendo na ciência do direito penal brasileiro.

Concluo estas linhas com um cumprimento e uma exortação. O cumprimento tem por objeto a obra, cujas qualidades tentei, em parte, relevar nas linhas anteriores, e que vem a lume quase que simultaneamente com o filho com que Deus abençoou o casal Frederico Horta e Marinana Andrade; a exortação é no sentido de que Frederico Horta não decepcione nem a mim, nem, estou seguro, os leitores do presente livro, uma vez que já nos postamos desde agora à espera da próxima obra.

Augsburg, 25 de junho de 2016.

*Prof. Dr. Luís Greco, LL.M.*

## SUMÁRIO

NOTA PRÉVIA E AGRADECIMENTOS .....	11
PREFÁCIO – PROF. DR. LUÍS GRECO, LL.M.....	13
1. INTRODUÇÃO.....	21
2. ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO, ELEMENTOS DE VALORAÇÃO GLOBAL DO FATO E ELEMENTOS EM BRANCO DAS LEIS PENAIIS: LIMITES CONCEITUAIS E RELAÇÕES ENTRE ESSAS CLASSES .....	27
2.1 Dos elementos normativos do tipo: origem doutrinária e elaboração conceitual.....	27
2.1.1 O conceito adotado .....	27
2.1.2 Antecedentes: as definições mais amplas de Mezger e de Welzel e suas origens na doutrina de Mayer e no dualismo metodológico neokantista.....	28
2.1.3 Da insuficiência dos conceitos de Mezger e Welzel para demarcar a classe dos elementos normativos, distinguindo-os dos elementos descritivos do tipo.....	42
2.1.4 A remissão semântica a normas como predicado distintivo dos elementos normativos em relação aos demais elementos do tipo penal.....	45
2.2 Dos elementos de valoração global do fato.....	51
2.2.1 Conceito e posicionamento sistemático dos elementos de valoração global do fato segundo Claus Roxin.....	51

2.2.2	Antecedentes da teoria dos elementos de valoração global do fato: a teoria dos tipos abertos, de Hans Welzel, e os seus correspondentes elementos de dever jurídico .....	53
2.2.3	Da crítica de Roxin à determinação conceitual e sistemática dos elementos de dever jurídico por Welzel e Kaufmann, e à teoria dos tipos abertos, de Welzel .....	66
2.2.4	Dos elementos de dever jurídico aos elementos de valoração global do fato: compreendendo o alcance deste conceito .....	77
2.3	Das leis penais em branco e dos elementos em branco das leis penais .....	83
2.3.1	Origem do conceito de lei penal em branco e opção terminológica .....	83
2.3.2	Conteúdo e extensão da remissão característica das leis penais em branco .....	87
2.3.3	O elemento em branco como parte da lei, mas não do tipo penal: conceito adotado .....	92
2.3.4	Elemento em branco e princípio da reserva legal: a delimitação conceitual das leis penais em branco como problema preliminar ao da sua validade .....	94
2.3.5	Instância normativa e âmbito material de complementação dos elementos em branco das leis penais .....	99
2.3.6	Classificações relevantes das leis penais em branco .....	104
2.4	Distinções conceituais e sistemáticas dos elementos em branco das leis penais em relação aos elementos normativos do tipo e aos elementos de valoração global do fato .....	107
2.5	Conclusões .....	113
3.	DA NATUREZA E DOS EFEITOS SISTEMÁTICOS DO ERRO SOBRE OS ELEMENTOS NORMATIVOS DAS LEIS PENAIS NO PERCURSO EVOLUTIVO DA TEORIA DO DELITO .....	117
3.1	Considerações preliminares .....	117
3.2	Da dicotomia entre o erro de fato e o erro de direito como índice de escusabilidade da infração .....	118



3.2.1	Das raízes antigas da dicotomia erro de fato – erro de direito à sua incorporação pelo direito penal moderno ..	118
3.2.2	O erro de direito e sua doutrina no direito penal brasileiro: do Código Criminal do Império ao Código Penal de 1940.....	125
3.3	Do erro de fato, do erro de direito e do erro quanto aos elementos normativos das leis penais segundo os modelos teóricos clássico e neoclássico de delito .....	134
3.3.1	Dos modelos teóricos clássico e neoclássico de delito ..	134
3.3.2	Do erro de fato, do erro de direito e do erro quanto aos elementos normativos das leis penais na doutrina clássica de Liszt.....	136
3.3.3	Do erro quanto aos elementos normativos da lei penal na jurisprudência do Tribunal Imperial alemão: consagração e crítica da dicotomia entre erro de direito penal e erro de direito extrapenal.....	141
3.3.4	Do erro de fato e do erro de direito segundo as teorias do dolo.....	145
3.3.5	A contribuição das doutrinas neoclássicas do delito para a determinação do alcance do dolo em relação aos elementos normativos do tipo: do conhecimento dos fatos à compreensão do seu significado.....	153
3.4	Entre o erro de tipo e o erro de proibição: o erro quanto aos elementos normativos das leis penais a partir do finalismo .....	161
3.4.1	O conceito finalista de ação e a consolidação sistemática da dimensão subjetiva do injusto .....	161
3.4.2	A teoria da culpabilidade e a distinção correspondente entre o erro de tipo e o erro de proibição .....	166
3.4.3	Limites problemáticos da distinção entre o erro de tipo e o erro de proibição: os elementos de valoração global do fato e os elementos em branco das leis penais como objetos do erro.....	173
3.5	Conclusões.....	182
4.	DA PROBLEMÁTICA RELEVÂNCIA DO ERRO SOBRE A EXISTÊNCIA DA NORMA DE COMPLEMENTAÇÃO DAS LEIS PENAIS EM BRANCO: PANORAMA DOUTRINÁRIO E PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DE ABORDAGEM.....	185

4.1	Divergências da posição majoritária .....	185
4.2	O conceito de tipo e o alcance intelectual do dolo desde a teoria limitada da culpabilidade.....	201
4.3	Conclusões.....	212
5.	ESTRUTURAS DOS TIPOS DE INJUSTO E CONTEÚDO INTELECTIVO DO DOLO NOS CRIMES SOCIOECONÔMICOS DEFINIDOS POR LEIS PENAIS EM BRANCO.....	215
5.1	Do campo de análise: o direito penal socioeconômico .....	215
5.2	Características do direito penal socioeconômico ensejadoras do emprego de leis penais em branco.....	219
5.2.1	Do objeto: a tutela de bens jurídicos coletivos e a tutela coletiva de bens jurídicos individuais .....	219
5.2.2	Da estrutura formal dos tipos penais: a determinação da matéria de proibição com independência do resultado de dano ou de perigo concreto e por meio da remissão a normas extrapenais.....	223
5.2.3	Acessoriedade administrativa e leis penais em branco ..	237
5.3	O conteúdo dos tipos definidos por lei penal em branco e a natureza do erro quanto ao dever estabelecido pela norma complementar .....	244
5.3.1	O problema da substituição ou inclusão no tipo, do dever extrapenal referido pelas leis penais em branco...	244
5.3.2	A função dos elementos em branco da lei penal na definição dos crimes de dano e de perigo concreto.....	246
5.3.3	O problemático papel do elemento em branco da lei penal na determinação dos tipos de injusto de perigo abstrato	249
5.3.4	O elemento imperativo do tipo e o conteúdo mínimo das leis penais em branco .....	258
5.4	Conclusões.....	262
	BIBLIOGRAFIA .....	265

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho se desenvolve a partir da controvérsia, que perpassa toda a evolução da teoria do delito, a respeito do conteúdo intelectual do dolo e das consequências do erro sobre as características normativas do fato incriminado, cujo conhecimento coincide, em alguma medida, com a valoração da sua ilicitude. A investigação e a reflexão resultantes no texto que se segue foram motivadas pela persistente dificuldade em se definir e sistematizar as hipóteses de desconhecimento ou falsa representação dos requisitos do injusto, pelo agente, idôneas a excluir-lhe a imputação a título de dolo.

Excluiria o dolo, por exemplo, do crime de corte ilegal de árvores previsto no art. 45 da Lei 9.605/1998,<sup>1</sup> o desconhecimento de que a árvore cortada ostenta «madeira de lei»? E o equívoco sobre a conformidade da conduta às «determinações legais»? O dolo próprio do crime previsto no art. 71 da Lei 8.078/1990,<sup>2</sup> consistente em empregar, «injustificadamente», meio de cobrança que exponha o consumidor ao ridículo, resistiria ao erro do agente sobre o caráter injustificado do meio de cobrança empregado? Verificar-se-ia, ainda, o dolo correspondente ao crime de contrabando, previsto no art. 334A do CP<sup>3</sup> se o agente ignora a proibição da mercadoria importada ou exportada?

1. «Art. 45. Cortar ou transformar em carvão madeira de lei, assim classificada por ato do Poder Público, para fins industriais, energéticos ou para qualquer outra exploração, econômica ou não, em desacordo com as determinações legais: Pena – reclusão, de um a dois anos, e multa.»

2. «Art. 71. Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer: Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.»

3. «Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida: (Incluído pela Lei 13.008, de 26.06.2014) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. (Incluído pela Lei 13.008, de 26.06.2014).»

Perguntas como essas são frequentes no âmbito do direito penal socioeconômico. E a dificuldade em respondê-las resiste às formulas dicotômicas de determinação do grau de censura ou de escusabilidade do erro, que variam conforme ele recaia sobre o fato ou sobre o direito, sobre o direito penal ou sobre o direito extrapenal, sobre os elementos constitutivos do tipo ou sobre a ilicitude do fato.

O caráter frequentemente problemático da natureza e das consequências jurídicas do erro no direito penal socioeconômico se deve, desde uma perspectiva formal, à peculiaridade dos tipos de injusto que o compõem, de serem geralmente determinados por elementos normativos jurídico-institucionais, elementos de valoração global do fato e referências à infração de normas extrapenais, geralmente administrativas, que são os chamados elementos em branco das leis penais.

Mas à frequente dificuldade formal de se separar, nos injustos socioeconômicos, a descrição do fato e a sua valoração segundo o direito, a consciência da ilicitude penalmente relevante e o conhecimento dos seus pressupostos jurídicos, soma-se, desde uma perspectiva material, a pálida coloração ético-valorativa de muitos desses injustos. Pois quando por seus pressupostos fáticos, naturais ou normativos, um injusto penal não inspira uma reprovação moral, ao contrário da que geralmente provocam aqueles injustos que compõem o direito penal clássico ou «de justiça», não se censura no grau mais alto, que corresponde à pena pelos crimes dolosos – ou não se vislumbra a necessidade de se punir com tal pena – o agente que o pratica sem consciência da sua ilicitude.

Essas peculiaridades, formais e materiais, do direito penal socioeconômico põem em xeque a adequação, neste âmbito, do modelo sistemático de delito e das correspondentes soluções para o erro que correspondem à chamada teoria da culpabilidade, consolidada historicamente na Alemanha sob a influência da doutrina da ação finalista, de Hans Welzel, e acolhida no vigente Código Penal brasileiro, desde a reforma da sua parte geral, operada em 1984. Pois segundo essa teoria, só é relevante para excluir o dolo o erro que recaia sobre os elementos constitutivos do tipo legal de crime, na sua versão estrita, ou sobre os pressupostos em geral, naturais ou normativos, do injusto, na sua versão limitada, enquanto o erro sobre a ilicitude do fato relevará apenas para a apuração ou para a medida da culpabilidade, conforme a sua evitabilidade.

Ocorre que a teoria da culpabilidade, por sua fórmula que distingue o erro excludente do dolo, como erro de tipo, do erro que releva apenas para a culpabilidade, como erro de proibição, pressupõe uma distinção precisa, em cada tipo de delito, entre as propriedades do fato penalmente relevante, e o juízo de ilicitude que sobre tal fato recai. Pressupõe, ainda, por seu fundamento na responsabilidade pelo conhecimento acessível da ilicitude, que o conhecimento dos pressupostos determinantes do caráter injusto do fato, por parte do agente que o realiza voluntariamente, seja em regra suficiente para reprovar no nível mais grave, que corresponde ao dolo, a sua resolução ilícita de vontade, ainda quando o agente não reproduza subjetivamente o seu desvalor social objetivo.

Conseqüentemente é problemática, desde a teoria da culpabilidade, a determinação da natureza do erro que recai sobre os elementos normativos comumente empregados nas leis penais socioeconômicas, pois em muitos desses elementos coincidem a determinação dos pressupostos fáticos do injusto e a sua valoração jurídica. E em razão da pálida coloração valorativa de certos fatos puníveis como crimes socioeconômicos, é muitas vezes questionável a responsabilização por dolo, de quem os realiza sem consciência da ilicitude, ainda quando tal erro seja evitável, conforme impõe essa teoria.

Por meio das análises que se seguem, pretende-se contribuir para o deslinde da problemática distinção entre o erro de tipo e o erro de proibição, precisamente nos casos em que o desconhecimento ou o equívoco do autor de uma conduta objetivamente típica recaia sobre a existência, ou sobre o comando, das normas extrapenais que complementam as leis penais em branco, tão comuns no direito penal socioeconômico.

Tal ocorre, por exemplo, quando um fabricante ou comerciante vende uma mercadoria embalada «em desacordo com as prescrições legais»,<sup>4</sup> desconhecendo ou tendo se equivocado sobre o conteúdo das prescrições infringidas. Mas também se dá um erro sobre o dever extrapenal referido pela lei penal em branco quando um industrial causa poluição atmosférica, pelo lançamento de resíduos gasosos «em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos»,<sup>5</sup> sem saber que descumpra uma exigência regulamentar no funcionamento de sua fábrica, ou tendo se equivocado sobre o seu conteúdo.

Como a natureza do erro em casos como os mencionados, pelo menos segundo a teoria da culpabilidade, depende da resposta que se dê sobre a pertinência ao tipo daqueles deveres extrapenais desconhecidos, procurou-se determinar o conteúdo e o alcance dos tipos de injusto correspondentes às leis penais em branco. Procurou-se, precisamente, responder se, e em quais condições, esses tipos comportam, para além das características da conduta proibida ou ordenada segundo a norma extrapenal complementar, também o próprio dever que tais normas impõem.

Pois, concretamente, se o tipo correspondente à lei penal em branco prevista no art. 54, § 2.º, V, da Lei 9.605/1998, devidamente integrado pela norma complementar, compuser-se apenas por menção das específicas medidas profiláticas ou compensatórias exigíveis dos agentes econômicos poluidores segundo a lei ou os regulamentos vigentes, e omitidas pelo autor, o desconhecimento da obrigato-

4. Art. 7.º, II, da Lei 8.137/1990: «Constitui crime contra as relações de consumo: [...] II – vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial; [...] Pena – detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.»

5. Art. 54, § 2.º, V, da Lei 9.605/1998: «Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: [...] § 2.º Se o crime: [...] V – ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos: Pena – reclusão, de um a cinco anos.»

riedade de tais medidas só pode ser um erro de proibição, que não exclui o dolo. Mas em se considerando, pelo contrário, que o próprio dever legal ou regulamentar infringido pelo agente, o seu caráter vinculante, faz parte do tipo como um elemento «imperativo», tal como se dá no tipo do crime de desobediência (art. 330 do Código Penal – CP),<sup>6</sup> o desconhecimento desse dever, ou o equívoco quanto ao seu sentido e alcance, corresponderá a um erro de tipo, excludente do dolo.

Da mesma forma, em se considerando que o tipo correspondente à lei penal em branco prevista no art. 7.º, II, da Lei 8.137/1990, uma vez integrado pelas normas legais pertinentes à embalagem, peso, composição e etc. das mercadorias, não descreve mais do que a venda ou a exposição à venda destas, com determinadas características definidas em contraste com a norma complementar, o erro sobre o caráter vinculante das especificações prescritas por estas normas será mero erro de proibição, relevante apenas para a apuração da culpabilidade. Mas em se admitindo que a própria prescrição legal desobedecida integre o tipo em referência, o desconhecimento do dever de conferir a determinado produto, certo tipo de embalagem especificada em lei, por exemplo, será erro de tipo, por força do qual não se concretiza a forma dolosa do injusto.

A partir desse específico problema, pôde-se medir a maleabilidade da teoria da culpabilidade, isto é, se a adequação das suas soluções se restringe aos ilícitos de marcado sentido ético, que caracterizam o direito penal clássico, ou se a partir dos seus pressupostos sistemáticos e soluções correspondentes é possível tratar de forma igualmente adequada os erros sobre os ilícitos valorativamente neutros, que abundam no direito penal socioeconômico, conforme se tratem de erros de tipo, ou apenas de erro sobre a proibição.

Inicialmente, o texto cuida de diferenciar os elementos em branco das leis penais, entre os demais elementos normativos empregados na sua redação. Procura-se, então, responder o que distingue expressões legais como «determinação do poder público» (art. 268 do CP) e «dever legal ou contratual» (art. 68 da Lei 9.605/1998), de outras como «repartição federal competente» (art. 22 da Lei 7.492/1986), «instituição financeira» (art. 16 da Lei 7.492/1986) ou «tributo» (art. 1.º da Lei 8.137/1990), e ainda de um terceiro grupo, no qual se incluem expressões como «injustamente» (art. 98 da Lei 8.666/1993), «ilicitamente» (art. 174 da Lei 11.101/2005), «indevidamente» (art. 195, V, da Lei 9.279/1996) ou «sem justa causa» (art. 154 do CP).

Para tanto, analisam-se os conceitos de elemento normativo do tipo, de elemento de valoração global do fato e de elemento em branco das leis penais, investigando as propriedades essenciais de cada um. Confrontam-se as classes determinadas por esses conceitos, demarcando-lhes as fronteiras recíprocas. E pela distinção apresentada, verifica-se que os elementos em branco das leis penais não se confundem com os elementos normativos do tipo e nem com os elementos

6. «Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público. Pena: detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.»

de valoração global do fato, mas configuram uma classe autônoma de termos ou expressões legais, com repercussões próprias sobre o conteúdo do tipo penal.

Depois, o texto se dedica à justificação dos limites estabelecidos para o problema, bem como ao levantamento e aprofundamento dos argumentos teóricos que se maneja para resolvê-lo. Traça-se, então, um panorama evolutivo da doutrina do erro no direito penal, destacando-se as soluções apresentadas para o equívoco ou ignorância do agente a respeito dos elementos normativos do tipo, os elementos de valoração global do fato e os elementos em branco das leis penais.

Pelo panorama traçado, demonstra-se que a teoria da culpabilidade incorpora as contribuições da concepção neoclássica de delito sobre o alcance intelectual do dolo em relação aos elementos normativos do tipo, e não representa qualquer obstáculo para o adequado tratamento do erro sobre os elementos de valoração global do fato. Não obstante, verifica-se uma persistente controvérsia quanto à natureza do erro sobre os elementos em branco das leis penais, especificamente quando este diz respeito ao comando das normas extrapenais que os complementam.

Embora a doutrina dominante acompanhe a proposta de Welzel, segundo a qual nesses casos o erro é sempre de proibição, tal solução tem sofrido consistente oposição, inclusive por parte de adeptos da teoria da culpabilidade, como são Klaus Tiedemann, Ingeborg Puppe e Wolfgang Frisch. Pois estes autores admitem, ainda que por diferentes razões e em maior ou menor amplitude de casos, que o comando extrapenal complementar da lei penal em branco seja elemento integrante do tipo e, como tal, deva ser alcançado pelo dolo.

Certamente, o problema da relevância do erro sobre o dever extrapenal que complementa as leis penais em branco é complexo, admitindo soluções variadas. Afinal, se por um lado merece rejeição a tese de que esses deveres sejam sempre e exclusivamente elementos da ilicitude, também não convence a de que todos eles pertençam ao tipo, como seus elementos normativos, simplesmente por estarem referidos na lei penal. Restam, pois, em aberto, justamente as razões justificantes da exclusão ou pertinência desses deveres ao tipo, bem como os critérios dogmáticos que as determinam.

Ao esclarecimento dessas razões e critérios, dedica-se o último capítulo do trabalho. Nele se investiga, inicialmente, os motivos da ocorrência de leis penais em branco no direito penal socioeconômico brasileiro, âmbito no qual elas ocorrem de forma endêmica.

Verificam-se, então, as relações existentes entre os objetos de tutela próprios do direito penal socioeconômico, as incriminações de perigo abstrato e a edição de leis penais em branco. E dessas relações se extraem as razões materiais do emprego de leis penais em branco, bem como as diferentes funções que as normas extrapenais complementares desempenham para a determinação dos ilícitos socioeconômicos penalmente relevantes.