ERRO SOBRE OS ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO NOS DELITOS TRANSINDIVIDUAIS

*Carla Liliane Waldow Pelegrini**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Considerações a respeito dos tipos penais no âmbito da chamada criminalidade supraindividual. 3 Delineamentos a respeito do erro em matéria penal. 4 Aplicação da teoria do erro nos delitos 'supraindividuais. 5 Notas conclusivas.

Palavras-chave: Injusto – Lei penal em branco – Elementos normativos do tipo – Erro de tipo - Erro de proibição.

1 INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento da sociedade, surgem novos bens jurídicos – chamados universais ou transindividuais – e com eles, a necessidade de sua tutela.

Em decorrência disso, o legislador passou a capitular, entre outras, condutas lesivas ou perigosas à saúde pública, ao meio ambiente, às relações de consumo, considerados bens coletivos ou difusos.

Não se pode negar que a tutela penal de bens jurídicos transindividuais representa, em face das mudanças sociais e tecnológicas, um avanço legislativo. Contudo, ao lado desse fenômeno, aparecem incorreções do legislador ordinário: ou apressa-se em tipificar condutas que não passariam de meras infrações administrativas, ferindo o princípio da intervenção mínima, ou nessa empreita, ainda que necessária a referida tutela, fere outros princípios penais fundamentais, como o da legalidade, sobretudo em sua vertente determinação taxativa, ao utilizar-se, desmedidamente e sem qualquer critério, de elementos normativos do tipo e de normas penais em branco.

Entretanto, tendo em vista que o presente trabalho versa a respeito da teoria do erro, cumpre analisar a incidência deste sobre os

* Mestranda em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Professora de Direito Penal.

elementos normativos do tipo e dos elementos integrativos da norma penal em branco, na seara dos 'delitos supraindividuais'.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS A RESPEITO DOS TIPOS PENAIIS NO ÂMBITO DA CHAMADA CRIMINALIDADE SUPRAININDIVIDUAL

Com o correr da história, surgem novos fenômenos sociais. Com eles, novas relações e, inclusive, um novo tipo de criminalidade, impondo uma nova postura do direito.

Esse desenvolvimento trouxe, na verdade, um novo modelo de sociedade, com novas e diferentes necessidades. Entretanto, nessa seara, ou seja, no âmbito da chamada sociedade de massa, de consumo ou de risco surgem, igualmente, inúmeras novas condutas que lesam ou expõem a perigo todo o organismo social.

A propósito, com o desenvolvimento econômico e social o bem jurídico eminentemente individual, passa a considerar objetos coletivos, supraindividuais, macrossociais, alcançando, não apenas um sujeito passivo ou sujeitos passivos determinados, para atingir um número indeterminado de pessoas^{1 e 2}.

¹ Quanto à definição de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor define: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. E de acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso, os interesse coletivos caracterizam-se: a) em um mínimo de organização, a fim de que os interesses ganhem a coesão e a identificação necessárias; b) a afetação desses interesses a grupos determinados (ou ao menos determináveis), que serão os seus portadores; c) um vínculo jurídico básico, comum a todos os participantes, conferindo uma situação jurídica diferenciada. Já os interesses difusos apresentam as características de indeterminação dos sujeitos; indivisibilidade do objeto (insuscetíveis de partição em quotas atribuíveis a pessoa ou grupos preestabelecidos); intensa conflituosidade (não existe uma conflituosidade onde se pode identificar um autor e um réu, mas um entrecchoque de massas de interesses); duração efêmera, contingencial (de forma que se não forem prontamente tutelados, para não ser alterada a situação de fato que o originou. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 57, 84-100).

² A respeito do assunto conferir SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supraindividual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 21 e ss.; FELDENS, Luciano. *Tutela Penal de Interesses difusos e crimes do colarinho branco*: por

Essa característica pode ser vislumbrada nos crimes ambientais, onde, o desenvolvimento tecnológico e a produção sistemática de riquezas se dá, especialmente, às custas da própria natureza, atingindo não apenas uma pessoa ou um grupo determinado de pessoas, mas um contingente que não é possível estimar.

Desse modo, na criação dos tipos penais próprios dessa nova sociedade, além da consideração do bem jurídico e dos sujeitos do delito, outras características foram agregadas ao tipo penal.

Assim, ganham destaque os **elementos normativos do tipo**³ (jurídicos⁴, extrajurídicos⁵ ou que fazem referência a possível causa de justificação⁶), que, ao contrário dos elementos descritivos, requerem um juízo de valor do intérprete para a compreensão de seu significado (atividade valorativa)⁷ e as **normas penais em branco**, definidas como aquelas que possuem conteúdo incompleto, vago, lacunoso, necessitando

uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 27 e ss.

³ Uma outra classificação é trazida por Juarez Tavares: elementos normativos expressos ou tácitos, "conforme seu significado remeta necessariamente a outros conceitos ou implique uma própria elucidação de seu conteúdo. Assim, são exemplos de elementos normativos expressos os conceitos de "alheia" (art. 155), "garantia pignoratícia" (art. 171) [...]. São elementos normativos tácitos os representados pelas ações de "fraudar" (art. 179), "poluir" (art. 271), "falsificar" (art. 297), "usurpar" (art. 328), "fazer justiça" (art. 345), ou pelos objetos "aborto" (arts. 124, 125, 126), "recém-nascido" (art. 134), "virgem" (art. 217)". (*Teoria do Injusto penal...op. cit.*, p. 189).

⁴ Ex. espécimes da fauna silvestre (art. 29, da Lei nº 9.605/1998 - onde a valoração recai sobre § 3º da mesma Lei, que define fauna silvestre), consumidor (art. 68, Lei n. 8.078/1990) instituição financeira (art. 3º, Lei nº 7.492/1986 - cuja definição consta no art. 1º da Lei).⁴ Os últimos, exigem um juízo de valor não-jurídico, mas que diga respeito a valores da ordem social, econômica, política, cultural, etc.

⁵ Ex. art. 65 da Lei nº 8.078/1990 (serviços de alto grau de periculosidade), art. 4º, IV, Lei n. 8.137/1990 (bens de produção), mercadorias (art. 7º da Lei nº 8.137/1990) art. 14, § 3º, II, Lei nº 9.434/1997 (enfermidade incurável).

⁶ Ex. art. 56, *caput*, da Lei nº 9.605/1998: "Produzir [...] ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas [...]". Cumpre mais uma vez destacar o 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. [...] § 2º. No caso de guarda doméstica de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção, pode o juiz, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a pena [...] § 4º. A pena é aumentada de metade, se o crime é praticado: I - contra espécie rara ou considerada ameaçada de extinção, ainda que somente no local da infração [...]".

⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. Parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 1, p. 343.

ser complementadas por outras normas jurídicas, geralmente, da seara extrapenal (norma penal em branco própria)^{8 e 9}.

Diante das particulares características dos tipos penais no âmbito da criminalidade difusa e coletiva, surgem diferentes efeitos, em face dos institutos constantes na parte geral do Código Penal, dentre os quais o erro, cuja análise nos propomos a fazer.

⁸ Para o professor Luiz Regis Prado a norma penal em branco é "aquela em que a descrição da conduta punível se mostra incompleta ou lacunosa, necessitando de outro dispositivo legal para a sua integração ou complementação. Isso vale dizer: a hipótese legal ou prótese é formulada de maneira genérica ou indeterminada, devendo ser colmatada/determinada por ato normativo (legislativo ou administrativo), em regra, de cunho extrapenal, que fica pertencendo, para todos os efeitos, à lei penal. Utiliza-se, assim, do chamado procedimento de remissão ou de reenvio a outra espécie normativa, sempre em obediência à estrita necessidade. Portanto, na lei penal em branco, o comportamento prescrito (ação ou omissão) vem apenas enunciado ou indicado (só parcialmente descrito), sendo a parte integradora elemento indispensável à conformação da tipicidade penal. Mas a consequência jurídica aplicável encontra-se regularmente prevista" (*Curso de Direito Penal brasileiro...op. cit.*, v. 1, p. 172 e 174). Nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 111 e MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. 2. ed. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2002, p. 36.

⁹ Exemplo de normas penais em branco nos delitos de natureza transindividual (coletiva ou difusa) podem ser citados os arts. 12 e 16 da Lei nº 6.368/1976 que fazem referência a substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. O rol dessas substâncias encontra-se em lei ou são relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde, dentre as quais, pode-se lembrar a Portaria nº 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. A Lei nº 1.521/51, em seu art. 2º, refere-se a tabelas de preços aprovadas pelos órgãos competentes; art. 65, da Lei nº 8.078/1998 utiliza a expressão 'contrariando determinação de autoridade competente', dependendo assim, "para sua integração de ato normativo que explicita o conteúdo da ordem emanada da autoridade legal ou competente para sua fixação",⁹ o art. 40 da Lei 9.605/1998 reporta-se às áreas de que trata o art. 27 do Decreto 99.274/1990; o art. 7º, II, da Lei nº 8.137/1990 criminaliza a conduta daquele que "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"; e o art. 65 da Lei nº 8.078/1990, aponta a expressão "contrariando determinação de autoridade competente". O art. 29 da Lei nº 9.605/1998, menciona 'espécie rara ou considerada ameaçada de extinção', cujo rol é dado pela Portaria nº 1.522/1989 do IBAMA (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro...op. cit.*, v. 1, p. 172. O autor faz referência ao tema também em *Crimes contra o ambiente*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 173).

3 DELINEAMENTOS A RESPEITO DO ERRO EM MATÉRIA PENAL

O erro, termo não unívoco¹⁰, pode ser definido como a falsa noção a respeito de um determinado objeto¹¹.

Costuma-se distinguir entre erro e ignorância, sendo esta, a ausência total do conhecimento (conhecimento dos dispositivos legislados) enquanto aquele é o conhecimento equivocado, falso ou mal formulado (conhecimento de que sua conduta esteja contrariando a norma)^{12 e 13}. Agregue-se a essa distinção a simples dúvida, que pode ser definida como aquela que “se traduz em uma pluralidade de imagens, uma das quais de acordo com a realidade”^{14, 15 e 16}.

Nosso Código Penal disciplina o erro nos artigos 20 (erro de tipo ou erro sobre os elementos do tipo) e 21 (erro de proibição ou incidente sobre a ilicitude do fato), vinculando-se à teoria limitada da culpabilidade.

¹⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *O erro no Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 2.

¹¹ Anibal Bruno definia 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”. Importa, entretanto, mencionar que na concepção do respeitável autor, no erro há exclusão dolo e por vezes a culpa, ou seja, “do elemento psicológico-normativo da culpabilidade”, demonstrando sua posição causalista (*Direito Penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 2, p. 108).

¹² Cezar Roberto Bitencourt traz o seguinte exemplo: “Uma pessoa 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 que tal obrigação não existe”. Explica o autor que a lei diz uma coisa, mas esse comando legal não está disseminado na consciência da comunidade e a pessoa pode alegar erro sobre a ilicitude, no desconhecimento da lei (op. cit., p. 51).

¹³ Explica Francisco de Assis Toledo que são coisas distintas. Uma, a ignorância da norma e outra, da ilicitude. Assim, é perfeitamente possível conhecer a lei (sua vigência) e não a ilicitude de um fato. Isso justifica a redação do art. 21 do CP: de um lado a inescusabilidade da ignorância da lei e de outro a escusabilidade do desconhecimento do injusto. (*Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 263).

¹⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro...op. cit.*, v.1, p. 416.

¹⁵ Alcides Munhoz Netto lecionava que “Ignorância e erro constituem dois estados metafisicamente distintos: a falta de qualquer conhecimento sobre um objeto e o seu falso conhecimento. Assim, enquanto a ignorância apresenta-se desacompanhada de qualquer percepção da realidade, o erro é determinado por uma percepção da realidade, o erro é determinado por uma percepção desconforme àquela. Entre ambos existe a mesma distância que separa o não ver do ver mal”. (*A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 2).

¹⁶ Galdino Siqueira referia-se à ignorância como um estado negativo e o erro um estado positivo, cujos efeitos, entretanto, são equivalentes. (*Tratado de Direito Penal*, p. 487). Nesse sentido TOLEDO, Francisco de Assis, op. cit., p. 3.

Quanto ao erro sobre os elementos do tipo, previsto no art. 20, *caput*, do Código Penal¹⁷, é o que recai sobre quaisquer elementos que compõem o tipo penal, sejam estes elementos descritivos ou normativos, bastando quanto a estes “que o autor tenha uma valoração paralela na esfera do leigo, para imputar-se-lhe o conhecimento do elemento normativo a título de dolo”¹⁸. O agente supõe a inexistência dos elementos que integram a figura típica. Nessa situação, falta ao agente a correta representação mental exigível ao fato típico. Assim, se quis matar um animal e matou uma pessoa, não há equivalência típica entre o que ocorreu e a sua representação^{19 e 20}.

Esse erro pode verificar-se pela ausência de conhecimento sobre dados, quer fáticos, quer normativos, que estão expressos no tipo penal. Assim, distingue-se do antigo erro de fato – concepção que perdurou até o advento do finalismo – porque este recaía sobre as circunstâncias de fato do tipo legal, enquanto o erro de tipo incide sobre qualquer

¹⁷ Art. 20 *caput*: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”.

¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., p. 62. Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos explica que “o cidadão comum não pode conhecer todos os conceitos jurídicos empregados pelo legislador; contudo, mediante a chamada valoração paralela na esfera do leigo pode identificar os significados sociais subjacentes aos conceitos jurídicos, porque integrantes da cultura comum que orienta as decisões da vida diária” (*A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Direito, 2001, p. 83).

¹⁹ Na perfeita lição de Aníbal Bruno o erro “quanto a condição integrante do tipo” “conduz o agente a desconhecer a existência de uma condição de fato que integra a figura típica penal. O erro se refere a elementos constitutivos do fato criminoso. Afeta a própria substância da representação do fato como ação punível, no espírito do agente. É esta, por exemplo a situação de quem se apodera de coisa alheia, julgando-a própria, ou de quem contrai casamento com pessoa casada, ignorando o matrimônio válido anterior. Em ambos os casos, falta ao agente o conhecimento de uma condição essencial à constituição da figura típica. E essa desconformidade entre o representado na mente do sujeito e a realidade das coisas vicia o processo de motivação da vontade, orientando em uma direção que, provavelmente, não tomaria, se tivesse por motivo a representação real dos fatos. Falta, então, o dolo, no seu duplo elemento intelectual, da representação dos fatos e da consciência do ilícito, e o elemento volitivo, que não se encaminha para o fato como ele na realidade jurídica se irá produzir. (p. 119-120). Nesse sentido, NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal...op. cit.*, p. 151.

²⁰ Exemplo típico de erro de tipo é do agente que atira em alguém, supondo ser animal. O erro recai sobre o elemento alguém, razão pela qual não responderia por homicídio doloso (PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 418). Outro exemplo é do agente que subtrai objeto supondo ser próprio; seduz menor de 18 anos, supondo-a maior; no caso do indivíduo que ofende um indivíduo, desconhecendo a situação de funcionário público, não opera-se a exclusão de responsabilidade, mas a desclassificação para outro delito (BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1, p. 186). O mesmo ocorre quando o agente – no crime de calúnia –, imputa, falsamente, a alguém a autoria de um fato definido como crime, que sinceramente, acredita tenha sido praticado. O erro recai sobre a elementar ‘falsamente’ (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral...op. cit., p. 341).

circunstância do mesmo, quer fática, quer normativa, alcançando todos os elementos da figura típica²¹.

• Ademais, o erro pode ser essencial ou acidental. É essencial, quando recai sobre as elementares ou circunstâncias do crime, fazendo com que o agente, em face do falso conhecimento da realidade, não compreenda a natureza criminosa do fato praticado.

Sendo, entretanto, essencial o erro pode ser invencível, inevitável ou escusável, ou seja, quando não pode ser evitado, não obstante tenha adotado a diligência exigível a qualquer pessoa. Nesse caso, há exclusão de tipicidade (dolo ou culpa). A propósito, se o erro consiste na interpretação mal elaborada da realidade ou ausência de consciência, tratando-se este de elemento do tipo, quando houver erro, não há dolo²².

O erro pode, ainda, ser vencível, evitável ou inescusável. É o que ocorre, quando o agente poderia ter evitado o resultado previsto na norma, se houvesse adotado uma diligência normal, uma prudência comum ou um comportamento exigível para o homem médio. Nesse caso, o erro exclui o dolo, permitindo-se, entretanto, seja responsabilizado por culpa, se houver previsão para tanto.

De outra parte, **erro acidental** recai sobre elementos secundários ou acessórios da figura típica, não alterando a sua existência, nem eximindo o agente de responsabilidade. É o que ocorre nos erros sobre a pessoa²³, *aberratio ictus* (erro na execução)²⁴ e *aberratio delicti* (desvio

²¹ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 184.

Nos mesmos termos BARROS, Flávio Augusto Monteiro de, op. cit., p. 186.

²² BARROS, Flávio Augusto Monteiro de, op. cit., p. 186. Nesse sentido LUISI, Luis. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987, p. 111.

²³ Exemplo clássico do indivíduo que com vontade livre e consciente de matar João, atinge José, pensando ser este, aquele. Dentro dessa classificação, há quem distinga erro sobre a pessoa e erro sobre o objeto, como ocorre com o indivíduo que, desejando furtar pulseira que para ele era de ouro, na realidade, subtrai uma de prata, ou que queria subtrair mala com dinheiro, subtrai uma com jóias, ou que querendo subtrair saca de café, por engano, subtrai uma contendo farinha. Nesses casos, o erro recai sobre dados secundários, sendo a ação do agente livre e consciente de realizar a conduta descrita no tipo, respondendo a título doloso. Nessa situação em particular, especialmente no erro sobre a pessoa, serão levadas em consideração as condições ou qualidades da pessoa a quem se queria atingir. Nesse sentido, Muñoz Conde prefere a classificação erro sobre o objeto da ação (*error in obieto vel in persona*).

²⁴ Nessa modalidade de erro, o agente age contra a pessoa que pretendia atingir, não existindo qualquer erro quanto à sua representação subjetiva. Entretanto, embora dirigindo sua conduta contra um, atinge outro objeto, por erro, desvio ou falha na execução. É o que ocorre com o agente que atira em José, mas o projétil atinge João, que se acha próximo, ou do indivíduo que arremessa pedra contra vidraça e acaba atingindo pessoa. Diferentes são as soluções apresentadas para o erro na execução, no sentido de responsabilizar o agente somente por um homicídio doloso, ou tentativa de homicídio contra um e homicídio culposo quanto ao outro, em concurso formal (NORONHA, Edgar Magalhães, op. cit.;

do delito ou resultado diverso do pretendido)^{25, 26 e 27}.

No erro determinado por terceiro, erra o agente porque foi levado a errar por outra pessoa. Essa pessoa – agente provocador –, entretanto, deve responder pela conduta descrita na norma, a título de dolo ou culpa. Quanto ao provocado, haverá isenção de pena se o erro for inevitável e se evitável, poderá ser punido a título de culpa^{28 e 29}.

O erro sobre a ilicitude do fato (erro de proibição), previsto no art. 21, *caput*, do Código Penal³⁰, pode ser definido como “aquele no qual incide o agente que, por falso conhecimento ou desconhecimento, não tem possibilidade de verificar que o comportamento é ilícito, sendo inevitável tal situação [...]. Trata-se, portanto, de um erro sobre a ilicitude do fato, através do qual o agente supõe que sua ação é lícita”³¹. Assim, o

GRECO, Rogério; GALVÃO, Fernando. *Estrutura Jurídica do Crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 252; MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., p. 64). Entretanto, nos moldes do art. 73 do Código Penal, pune-se por crime culposo o resultado diverso do pretendido, aplicando-se as regras do concurso formal, se ocorreu também o delito desejado.

²⁵ Nesse caso, ainda que exista erro, a vontade do agente é praticar o delito. Age o sujeito, buscando o resultado que acaba por alcançar, mas de modo diferente. Ex. A atira em B que, emocionado, desfalece. Pensando estar B morto, e com o fim de apagar os vestígios do crime, lança o corpo no rio, morrendo a vítima afogada. De acordo com Noronha, o erro ocorre após o desfalecimento do ofendido e não rompe o nexo causal entre a ação posterior e a anterior. Desse modo, o evento corresponde ao dolo de que se originou o fato em toda a sua contextura. (NORONHA, Edgar Magalhães, op. cit., p. 157).

²⁶ Flávio A. Monteiro de Barros acrescenta às modalidades, espécie de erro sobre a qualificadora (op. cit., p. 189).

²⁷ Essa classificação já era prevista por Galdino Siqueira (op. cit., p. 496-503) e Aníbal Bruno (op. cit., p. 109-128).

²⁸ Exemplo clássico desse tipo de erro é o que ocorre quando um indivíduo recebe revólver de outro que afirma estar a arma descarregada. Assim, se aquele que recebeu a arma dispara-a sem certificar-se da idoneidade de informação do agente provocador, acabando por matar alguém, responderá por homicídio culposo. O agente provocador responderá por homicídio doloso (PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 421). Se um médico entrega à pessoa da casa uma droga trocada para ministrá-la ao enfermo, sobrevivendo morte ou lesão deste, responde o profissional por crime contra a pessoa, doloso ou culposo, de acordo com o elemento subjetivo; ou quando, ardilosamente, um indivíduo induz outro a casar com pessoa já casada. Ignorando o matrimônio, o contraente não comete crime, ao passo que o instigador é co-autor de bigamia. (NORONHA, Edgar Magalhães, op. cit., p. 154).

²⁹ Importa consignar que esse erro não se confunde com o erro quanto à ordem do superior hierárquico. Trata-se de erro de proibição, posto que o agente atua com dolo (sabe o que faz e quer o que faz), mas o erro recai sobre a ilicitude da ordem, ocorrendo, então, exclusão da culpabilidade (TOLEDO, Francisco de A. *O erro no Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 124-125).

³⁰ Art. 21, *caput*: “O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço”.

³¹ Francisco de Assis Toledo leciona que ninguém pode, simplesmente, alegar ignorar a lei ou não compreendê-la para subtrair-se à sua vigência. Explica, ademais, que o verdadeiro erro de proibição é o que incide sobre a norma e não sobre a lei, o que não

indivíduo age, pensando não estar agindo contra o direito, ou melhor, pensa não ser sua conduta proibida, mas lícita^{32 e 33}.

Foi com a teoria finalista da ação, e a concepção normativa de culpabilidade, que se fez referência aos erros de tipo e de proibição e seus diferentes efeitos, tendo em vista o deslocamento do dolo no tipo e o conhecimento da ilicitude na culpabilidade. A consciência da ilicitude, então, passou a ser base de reprovação da culpabilidade, de modo que “ninguém pode ser declarado culpado sem a possibilidade de sua compreensão”. Desse modo, o dolo – consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo – não pode relacionar-se à consciência da ilicitude. “Pode alguém realizar, dolosamente, um tipo (matar um homem) e acreditar que o realiza amparado por uma causa de justificação

significa que não possa existir verdadeira *ignorantia legis*. Menciona também que existem muitas lacunas em matéria de erro de proibição e que devem ser preenchidas pelo intérprete através da analogia (*in bonam partem*) e ao princípio fundamental da culpabilidade. Por fim, urge mencionar que dentro da abrangência do erro de proibição encontra-se o erro de vigência (sobre sua existência, é inescusável) e de eficácia (falsa noção a respeito da legitimidade da norma, em face da suposta existência de outra norma de c categoria superior ou constitucional, inescusável), erro de punibilidade (quanto à cominação penal, inescusável), erro de subsunção (conhece a previsão legal, mas por falta de compreensão, acredita que sua conduta não se subsume ao tipo delitivo, inescusável – pode ocorrer com um certa freqüência no âmbito tributário) (op. cit., p. 84, 117-124).

³² Flávio A. Monteiro de Barros traz os seguintes exemplos: “o agente mantém conjunção carnal consentida com alienada mental, ignorando a ilicitude de sua conduta; o homem rústico abate um tatu-galinha desconhecendo a proibição de matar animal silvestre; o estrangeiro cheira lança-perfume no Brasil, supondo lícita essa conduta, que é liberada em seu país; a gestante realiza o abortamento do feto anencefálico, pensando que pode realizar o aborto eugênico” (op. cit., p. 315).

³³ O professor Luiz Regis Prado pontua as diferenças entre erro de tipo e de proibição, trazendo o seguinte exemplo: “quem se apodera de coisa alheia, que erroneamente considera sua, encontra-se em erro de tipo, pois não sabe que subtrai coisa alheia; mas quem acredita ter direito de fazer justiça pelas próprias mãos e se apodera de coisa alheia (caso do credor; devedor insolvente), encontra-se em erro de proibição, sobre a ilicitude de sua conduta. Quem desconhece que a coisa de que dispõe está penhorada ou embargada, erra sobre uma característica do tipo; mas quem, sabendo-o, acredita erroneamente ter um direito a dispor dela, encontra-se em erro de proibição” (op. cit., p. 420-421. Para essa distinção, Cláudio Brandão traz outro exemplo: “numa ação de descaminho [...], onde o agente, morador de uma cidade fronteira 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 consequência (exclui-se a culpabilidade, se *in casu*, for inevitável); se foi provocado porque o agente desconhecia que o produto era estrangeiro, teremos outra consequência (exclui-se o dolo)” (op. cit., p. 186).

(matá-lo em legítima defesa)”,^{34 e 35}.

Explica o Professor Luiz Regis Prado que, tendo o Código adotado a teoria estrita da culpabilidade, vinculada ao esquema finalista,

³⁴ Numa concepção causalista, o conhecimento da ilicitude é elemento do dolo, este, juntamente com a culpa, situados na culpabilidade (no sentido de vínculo psicológico entre o autor e o fato). Assim, tanto o erro de tipo como de proibição excluem o dolo, em face de suprimirem esse vínculo psicológico. Para a teoria extremada do dolo, o dolo situa-se na culpabilidade e a consciência da ilicitude, que deve ser atual, no próprio dolo. Para essa concepção, o erro (de tipo ou de proibição, que são equiparados em seus efeitos), sempre exclui o dolo, quando inevitável e a falta de consciência do injusto elide sempre o dolo. Para teoria limitada do dolo (aperfeiçoamento da primeira) o conhecimento atual foi substituído pelo potencial. Ademais, a consciência da ilicitude elimina o dolo, subsistindo a culpa. Na vertente finalista, desloca-se o dolo e a culpa para o injusto (a finalidade é deslocada para o injusto), retirando-o da culpabilidade, que passa a agregar somente as circunstâncias que condicionam a reprovabilidade da conduta contrária ao Direito. Nesta, o dolo é formado de elemento cognitivo e elemento volitivo (para realização do tipo objetivo), enquanto que a consciência do injusto (não uma consciência técnica, formal, mas do conhecimento profano, que adquire na sociedade), encontra-se deslocada para a culpabilidade (juízo de censura, ou seja, avaliação que se faz da conduta do agente, concebendo-a como censurável ou não). É com o finalismo que a dicotomia erro de fato e de direito desaparece, dando lugar aos chamados erro de tipo e erro de proibição. Com o dolo deslocado para o centro do injusto e a consciência da ilicitude e exigibilidade de outra conduta, para a culpabilidade, passa-se a um novo tratamento para o erro em matéria penal. Com a teoria extremada da culpabilidade, se o erro incidir sobre o elemento intelectual do dolo – erro de tipo – o excluirá, preservando a culpabilidade, permitindo a punição por crime culposos, se houver previsão. Se recair sobre a potencial consciência da ilicitude – erro de proibição -, afastará a culpabilidade, não o dolo. Nesse pontos, a teoria limitada da culpabilidade parece-se com a teoria extremada. Suas diferenças são, especialmente, sentidas, quando o erro recair sobre as chamadas causas de justificação. Assim, para a primeira (extremada) sempre que o erro recair sobre uma causa de justificação, será erro de proibição; para a segunda (limitada), se o erro recair sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, haverá erro de tipo permissivo, porque o autor seria fiel ao direito, querendo observá-lo, não o fazendo por desconhecer a realidade. Por isso, os efeitos remontam ao erro de tipo (exclusão do dolo, permitindo-se a punição por crime culposos); se recair sobre a existência ou abrangência de uma causa de justificação (há erro de valoração, na qual o agente acredita ser seu procedimento justo, por um defeito de representação no âmbito jurídico), erro de proibição, excluindo a culpabilidade, se inevitável, ou atenuando-a, se evitável (PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 416-418. Conferir também MUNHOZ NETTO, Antonio, op. cit., p. 86; BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 54-56; BRANDÃO, Cláudio, op. cit., p. 187, 199; TOLEDO, Francisco de Assis, op. cit., p. 6-29 e WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico penal: uma introdução a doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 115-127).

³⁵ Cláudio Brandão traz à colação um exemplo de Welzel, no qual um estrangeiro, em cuja pátria a homossexualidade não era punida como crime, estando em outro país executa atos homossexuais. Nessa situação, o agente age com dolo (vontade dirigida à realização da conduta típica), faltando-lhe, entretanto, consciência da ilicitude (op. cit., p. 200-201).

opera-se uma distinção entre erro de proibição direto e indireto.^{36. 37 e 38}

Desse modo, no **erro de proibição direto**³⁹ – ou sobre uma norma proibida, o agente supõe que sua ação não está proibida pela ordem jurídica – e no **erro de proibição indireto**⁴⁰ – ou erro de permissão – sobre norma permissiva, o agente acredita que sua ação igualmente é lícita, mas porque abarcada por uma eximente, que, entretanto, não é reconhecida pelo direito (sobre a existência ou os limites

³⁶ PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 419.

³⁷ Explica Muñoz Conde que no erro de proibição direto, o autor desconhece a própria existência de uma norma que proíbe sua conduta; no indireto, sabe que sua conduta é proibida pelo direito, mas acredita que no caso concreto se dê uma causa de justificação (op. cit., p. 159).

³⁸ Há quem prefira (dentro da teoria limitada da culpabilidade), a classificação em: “a) erro de proibição direto, incidente sobre a existência, validade ou significado da norma ou lei penal; b) erro de tipo permissivo, incidente sobre pressupostos objetivos de justificação legal); c) erro de permissão (ou erro de proibição indireto), incidente sobre justificação inexistente ou sobre limites jurídicos de justificação existente” (SANTOS, Juarez Cirino dos, op. cit., p. 241).

³⁹ Exemplo do boliviano que ingressa no território nacional trazendo para uso próprio algumas folhas secas de coca, cujo consumo é lícito em seu país; a manutenção de casa de prostituição mediante a expedição de alvará; a mãe que subtrai os filhos da guarda de terceiros. (BARROS, Flávio A. Monteiro, op. cit., p. 317).

⁴⁰ Exemplo de uma pessoa se julga na iminência de ser agredida por um inimigo, cujo gesto, ao se aproximar dela, toma como de agressão; em uma sala de espetáculos, *playboys* gritam fogo! E os espectadores precipitam-se para as portas, acontecendo de uns pisarem outros; se uma pessoa toma coisa de outrem supondo-a sua e a destrói; se um sentinela atira sobre o vulto que se aproxima, crendo-o um inimigo, quando é um companheiro que, fugindo do campo adversário, procura retornar às suas linhas (são causas de justificação putativas). O autor cita nessas hipóteses o caso da legítima defesa putativa (NORONHA, Edgar Magalhães, op. cit., p. 158). Ou ainda do indivíduo que subtrai o medicamento supondo, erroneamente, que sua mãe dele necessitava urgentemente (estado de necessidade putativo); indivíduo que atira em outro supondo que este estava prestes a sacar do revólver para matá-lo (legítima defesa putativa); policial, munido de mandado de prisão, prende o homônimo do criminoso (estrito cumprimento do dever legal putativo). Outros exemplos podem ser agregados ao erro de proibição indireto (não sobre os pressupostos mas sobre a própria existência da causa de justificação) do agente que pensa que pode aplicar corretivo em filho alheio; o marido que pensa poder corrigir com violência a esposa adúltera (BARROS, Flávio A. Monteiro, op. cit., p. 317-318).

de uma causa de justificação)^{41, 42 e 43}. Desse modo, o erro de proibição indireto (incidente sobre uma causa de justificação) pode recair sobre: “a) os pressupostos fáticos de uma excludente de ilicitude equipara-se, nos seus efeitos, por analogia, ao erro de tipo permissivo, de modo que exclui o dolo, restando a culpa, quando punível” (ex. existência da agressão na legítima defesa, como no caso do indivíduo que adianta-se em desferir um tiro contra o sujeito que faz um gesto, como se fosse sacar uma arma,

⁴¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro...op. cit.*, v. 1, p. 421. Nesse sentido, COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal: curso completo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 89; MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., p. 158; BRANDÃO, Cláudio, op. cit., p. 206.

⁴² Enrique Bacigalupo ao se referir ao erro de proibição, leciona que este (la creencia errónea de estar obrando lícitamente) pode assumir diversas formas: a) puede provenir Del desconocimiento de la existencia de la prohibición o Del mandato de acción (error de prohibición directo). Por ejemplo: um turista norteamericano supone que en España no se prohíbe la portación de armas de fuego [...]; Cabe suponer que pueden producirse cuando se den modificaciones legales que redefinan el ámbito de las acciones punibles (por ejemplo, como consecuencia de la introducción en la ley penal delitos completamente nuevos [...]; b) la creencia errónea de obrar lícitamente puede provenir también de una apreciación errónea del alcance de la norma (prohibición o mandato). Este supuesto no es sino una variedad del anterior. Por ejemplo, el autor cree que la prohibición de matar no alcanza a los casos de eutanasia; c) la creencia errónea de obrar lícitamente puede provenir, por otra parte, de la suposición de una causa de justificación que, en realidad, el ordenamiento jurídico no prevé (error de prohibición indirecto). Por ejemplo, el autor cree que el ordenamiento jurídico autoriza a los maestros a aplicar castigos físicos a los alumnos con fines educativos, cuando tal autorización no está prevista en las leyes vigentes; d) por último, la creencia errónea de obrar lícitamente puede provenir de la suposición de los presupuestos de una causa de justificación prevista por el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el autor supone erróneamente la necesidad de sacrificar un bien jurídico para salvar otro, de mayor jerarquía o cree ser agredido en forma antijurídica, cuando en verdad sólo se trata de una broma y repele lo que cree una agresión. (*Derecho Penal*. Parte general. 2. ed. ren. e ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 430-431).

⁴³ Além do erro de proibição direto e indireto, há na doutrina referência do erro de proibição mandamental. Nesse, “o agente, diante da situação de perigo, supõe-se autorizado a desvencilhar-se do dever de garantidor da não-ocorrência do resultado. Essa hipótese só tem cabimento nos delitos omissivos impróprios [...]. Exemplo do tutor que supõe que não tem o dever de arriscar a própria vida para salvar o pupilo que se encontra em perigo. (BARROS, Francisco A. Monteiro, op. cit., p. 317). Para outro autor, a falta de consciência de ilicitude de uma norma imperativa é chamada erro mandamental, abrangendo tanto a omissão própria, como a omissão imprópria. (BRANDÃO, Cláudio, op. cit., p. 208). Nesse sentido, também BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 72-73, TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 270 e SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 144. Alcides Munhoz Netto fazia distinção entre ignorância da antijuridicidade (ação contrária ao direito) abstrata ou concreta. Como formas de ignorância abstrata poderiam ser considerados o desconhecimento da norma penal e o desconhecimento de sua validade; forma de ignorância concreta, o desconhecimento do dever de agir em determinada situação, bem como, a crença numa especial permissão para a conduta” (*A Ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 18-19).

quando na verdade estava desarmado); b) erro sobre a existência ou os limites legais de uma justificante (ex. Supõe que está autorizado a disciplinar a esposa, com violência, em caso de adultério; o sujeito que, para defender-se de um tapa no rosto, supõe estar autorizado a desferir um tiro fatal no agressor, em legítima defesa, excedendo-se no emprego dos meios necessários) constitui erro de proibição indireto que, se inevitável, exclui a culpabilidade e, se evitável, atenua a pena (ex.: erro sobre a injusta agressão na legítima defesa)”⁴⁴.

Quanto ao erro de tipo permissivo (descriminante putativa) discute-se se deveria ser solucionado pelo erro de tipo ou de proibição. No entanto, de acordo com o exposto supra, para a teoria extremada ou estrita da culpabilidade, o erro sobre as discriminantes será sempre erro sobre a ilicitude. Tendo em vista recair sobre justificação, será erro de proibição, ainda que diga respeito aos seus pressupostos fáticos, existência ou limites. Já para a teoria limitada da culpabilidade, se recair sobre os pressupostos fáticos, haverá erro de tipo permissivo⁴⁵. Se recair sobre a existência ou limites da norma permissiva, haverá erro de proibição indireto. Sob essa concepção – que é a adotada pelo nosso Código – tratando-se de um erro de tipo permissivo, previsto no art. 20, § 1º⁴⁶, a solução será semelhante à do erro de tipo (exclui a pena, se conduta dolosa, subsistindo a forma culposa, se houver previsão)^{47 e 48}. Se

⁴⁴ PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 419-420. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal...* op. cit., p. 272-273.

⁴⁵ Se recai sobre os pressupostos de uma causa de justificação, pode recair sobre, por exemplo, a situação de perigo no estado de necessidade, levando o agente a sacrificar um bem de maior valor, quando não era necessário. O agente sabe o que faz (age dolosamente), conhece o tipo penal, mas não adota a atenção devida na avaliação da situação concreta (BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 66-67).

⁴⁶ Art. 20, § 1: “É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos”.

⁴⁷ Para Cezar Roberto Bitencourt, o erro de tipo permissivo e o erro de tipo não tem a mesma natureza, apenas as mesmas conseqüências. Assim, o erro de tipo permissivo não exclui o dolo, que permanece íntegro, mas afasta a culpabilidade culposa (*Tratado de Direito Penal: Parte geral...* op. cit., p. 350).

⁴⁸ Para Flávio Augusto Monteiro de Barros não há exclusão do dolo ou da culpa, mas da culpabilidade, se escusável o erro. “O dolo é natural, isto é, não contém em seu interior a consciência da ilicitude. Se nem as discriminantes reais (legítima defesa, estado de necessidade etc.) excluem o dolo, parece-nos paradoxal a corrente que preconiza a exclusão do dolo nas discriminantes putativas. Se a “A” atira em “B”, supondo que este sacava do revólver, quando na verdade enfiava a mão no bolso para pegar o lenço, não há exclusão do dolo, visto que houve intenção de matar. Também não há erro de tipo, porque ele sabia que estava a matar alguém. O erro, na verdade, incidiu sobre a ilicitude do fato (erro de proibição). Se o erro for escusável, impõe-se a absolvição por falta de culpabilidade; se inescusável, responde por homicídio culposos. [...] Se é inescusável não há exclusão do dolo, porque o agente atua com intenção de produzir o evento lesivo”

o erro versar sobre a própria existência da causa de justificação ou sobre sua abrangência, haverá erro de proibição, e exclusão da culpabilidade, se inevitável, ou sua atenuação, se evitável, nos moldes do art. 21 da Lei Penal.

Pode, dessa maneira, ser escusável ou inevitável o erro de proibição – “quando inafastável em relação ao homem médio, isto é, ao prudente, e com discernimento” (parágrafo único, art. 21) – e inescusável ou evitável – “quando o agente é a ele levado por imprudência, descuido, desídia, isto é, quando lhe era possível, nas circunstâncias em que se encontrava, ter um correto conhecimento”. Os efeitos do erro de proibição, se escusável, exclui a pena (não haverá culpabilidade, ou seja, o juízo de censurabilidade da culpabilidade repousa no fato de o indivíduo cometer uma conduta, que podia saber que era contrária ao direito), se inescusável, a mitiga^{49 e 50}.

4 APLICAÇÃO DA TEORIA DO ERRO NOS DELITOS ‘SUPRAINDIVIDUAIS’

De acordo com o exposto prefacialmente, no âmbito dos delitos de natureza transindividual – coletiva ou difusa –, a construção dos tipos penais considera as particulares características desse tipo de criminalidade. E consoante se falou, não pouco freqüente é o recurso do

(Op. cit., p. 188). Em sentido contrário, ou seja, que nesse caso haveria típica hipótese de erro de tipo, SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Teoria do Tipo Penal: conceito, elementos, espécies, caráter axiológico, tipicidade, causas de atípica*. São Paulo: Direito, 2001, p. 104.

⁴⁹ Para Cláudio Brandão, “um erro evitável de proibição somente pode basear-se numa ausência de informação ou numa informação deficiente, quando as circunstâncias concretas dão ao autor motivo para isto. Deve-se avaliar se as circunstâncias davam ao agente motivo para buscar a informação. A respeito disso, traz o seguinte exemplo: um estrangeiro vai trabalhar como condutas de veículos nas estradas alemãs, deve procurar se informar sobre as normas do trânsito (op. cit.).

⁵⁰ Já lecionava Alcides Munhoz Netto que um dos grandes feitos do finalismo foi ter deslocado o conhecimento da antijuridicidade da estrutura do dolo, para situá-lo na culpabilidade. Esta culpabilidade, “acarreta ao autor a reprovação pessoal por não haver omitido a ação antijurídica apesar de haver podido omiti-la. E como tal reprovação pressupõe que o autor podia formar sua decisão de maneira adequada à norma, segue-se que é necessário estivesse ele em condições de conhecer a antijuridicidade. Ora, incidindo o erro de proibição sobre tal conhecimento, constituiria, não causa de exclusão do dolo, mas de atenuação ou exclusão da reprovabilidade. Como o erro evitável da proibição atenua a reprovabilidade e, portanto, a pena, na medida de sua desculpabilidade, resulta que deve ligar-se à culpabilidade. Ou em outras palavras: não pressupondo o dolo o conhecimento da norma, a consciência do injusto não o integra. Seu lugar sistemático é no juízo da reprovação, isto é, na culpabilidade” (op. cit., p. 83).

legislador, nessa seara, aos elementos normativos e às normas penais em branco, termos, devidamente, definidos, anteriormente.

Quanto a isso, importa verificar a possibilidade da aplicação da teoria do erro no âmbito desses delitos.

Para uma análise mais proveitosa, importa repisar alguns conceitos. Assim, verifica-se que o tipo penal, ao lado dos elementos subjetivos, é composto por elementos objetivos. Estes, por sua vez podem ser descritivos – cuja análise não requer maior esforço, bastando a simples verificação sensorial ou cognitiva –, normativos – cuja compreensão requer uma valoração por parte do intérprete –, por sua vez de natureza jurídica (conceitos jurídicos), extrajurídica (dizem respeito a valores sociais, culturais, etc.) ou que alberguem uma possível causa de justificação. Demais disso, pode o legislador recorrer, para complementação da hipótese legal (descrição da conduta), à outra norma jurídica ou extrajurídica.

Exemplo de norma que reúne alguns desses elementos é a prevista no art. 29 da Lei nº 9.605/1998⁵¹. Dessa maneira, tratando-se de erro que recai sobre um elemento descritivo, tem-se erro de tipo, com exclusão do dolo, restando a responsabilidade culposa, se prevista, de acordo com o disposto no art. 20 do Código Penal. É o que ocorre com o agente que pensando matar animal, mata alguém (elemento descritivo)⁵². Tratando-se de elementos normativos, em tese, a solução é a mesma. Assim, referindo-se os elementos objetivos do tipo a elementos

⁵¹ Art. 29 da Lei nº 9.605/1998: “Matar (elemento descritivo), perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre (elemento normativo de natureza jurídica), nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente (elemento normativo que apresenta uma possível causa de justificação), ou em desacordo com a obtida. [...] § 2º. No caso de guarda doméstica de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção, pode o juiz, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a pena [...] § 4º. A pena é aumentada de metade, se o crime é praticado: I – contra espécie rara ou considerada ameaçada de extinção, (norma penal em branco, tendo em vista que a relação de animais considerados raros ou ameaçados de extinção, encontra-se descrita por normativa do IBAMA) ainda que somente no local da infração [...]”. Igualmente o disposto no art. 60 do mesmo Estatuto: “Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes”.

⁵² Adverte Francisco de Assis Toledo que em sede de erro de tipo, importa saber se o objeto pertence ou não à estrutura do tipo objetivo. O dolo deve abranger corretamente esses elementos, do contrário, o erro impedirá essa abrangência, razão pela qual excluirá o dolo. Diferente é o que ocorre em caso de erro de proibição. “Aqui o objeto do erro não está situado entre os elementos do tipo legal, mas na ilicitude, ou seja, na relação de contrariedade que se estabelece entre uma certa conduta e o ordenamento jurídico” (op. cit., p. 279-280).

descritivos ou normativos, sobre qualquer deles poderá recair o erro, ou seja, a falsa representação da realidade, caso em que haverá, igualmente, erro de tipo^{53 e 54}. É o que ocorre com o sujeito que mata espécime da fauna silvestre, pensando ser animal que está entre aqueles que pode ser caçado.

Nesse sentido, lecionava Alcides Munhoz Netto: “Erro sobre elementos jurídico-normativos do tipo é erro sobre circunstância constitutiva do crime e a este deve ser equiparado. Como se isenta de pena o escusável erro de fato, que faça supor a inexistência de circunstância constitutiva do crime, idêntico efeito há de se reconhecer ao erro de direito que conduza à mesma suposição, sendo irrelevante a natureza penal ou não penal do conceito jurídico ignorado”. Para o autor, nesse caso, o agente não tem consciência de que seu atuar reúne as características da figura delituosa⁵⁵. Vale lembrar que com o finalismo os chamados erro de fato ou de direito – que por sua vez não equivalem às figuras de erro de tipo e de proibição – cederam lugar às figuras de erro que conhecemos hodiernamente.

Essa posição já sustentada por Alcides Munhoz Netto encontra na doutrina atual a mesma inteligência.

No entanto, esse posicionamento não é sustentado pelo autor, quando os elementos normativos conduzirem a uma causa de justificação (elementos normativos com referência específica à possível concorrência de uma causa de justificação), como ocorre com a inclusão das expressões, “sem licença da autoridade competente”, “indevidamente” ou “sem justa causa”. Classifica esses elementos como “elementos jurídico-normativos da ilicitude”. Para ele, esses elementos não são elementos

⁵³ Para Juarez Cirino dos Santos poderá haver erro de subsunção, que é mais freqüente quanto aos elementos normativos do tipo. Explica o autor que é difícil ao cidadão conhecer todos os conceitos jurídicos empregados pelo legislador. Demais disso aduz que valorações jurídicas errôneas dão causa ao chamado erro de subsunção, por sua vez coincidente com o erro de proibição ou erro de tipo (op. cit., p. 83-84).

⁵⁴ Para Alcides Munhoz Netto, equiparar erro sobre elementos jurídico-normativo ao erro sobre elementos descritivos, refere-se à analogia *in bonam partem*. Discorre, outrossim, sobre o que se chamava de “erro de direito extrapenal” (antiga espécie de erro de direito, substituído pelos, atualmente, previstos erro de tipo e de proibição), para quem essa espécie de erro deve ser equiparada ao erro de tipo. Leciona que esse posicionamento (de considerar um elemento normativo de valoração jurídica como erro de tipo) não é aceito por toda a doutrina. Assim, de um lado há aqueles que acreditam não ser possível a relevância do erro sobre lei não penal, “porque tal relevância não prevalece fora da órbita jurídico-penal, ante o princípio de que ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. De outro, defende-se que esse erro pode conduzir a erro sobre os elementos “de fato da infração”, e por isso produzir uma falsa representação da realidade (op. cit., p. 128-129, 134).

⁵⁵ MUNHOZ NETTO, Alcides, op. cit., p. 15, 134.

normativos do tipo, e sim, características da antijuridicidade, “que não se convertem em circunstâncias de fato, apenas porque assinaladas no preceito incriminador. Dizem respeito à valoração do tipo, de sorte que sua não percepção pelo autor, pode implicar em ignorância da antijuridicidade, nunca em erro quanto à tipicidade”. Dessa maneira, se o erro recai sobre a ilicitude, deve ser tratado como erro de proibição^{56 e 57}.

Nessa vertente, sustenta Luiz Luisi que os “elementos jurídicos normativos da ilicitude” (“indevidamente”, “sem observância das disposições legais”, “sem licença da autoridade”), embora façam parte da descrição do delito, não são elementos constitutivos do fato típico, apenas se referem à antijuridicidade⁵⁸.

Contudo, não obstante o entendimento dos respeitáveis professores, esse entendimento não guarda consonância com o pensamento mais consistente da doutrina nacional. Nesse sentido, o professor Luiz Regis Prado lembra que elementos normativos com referência específica à possível concorrência de uma causa de justificação “estão presentes no tipo, embora digam respeito à antijuridicidade, tornando a conduta não só típica como permitida”. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt advoga que, o dolo deve abranger todos os elementos que compõe o tipo, inclusive os elementos jurídicos normativos da ilicitude, que se distinguem dos elementos normativos do tipo. Estes são elementos constitutivos do tipo penal, enquanto aqueles, referem-se à ilicitude. Adverte que há polêmica em torno dos efeitos de se considerar como erro de tipo ou de proibição. Apesar disso, se o dolo atinge todos os elementos que formam o tipo, haverá erro de tipo, não de antijuridicidade⁵⁹. Para Luiz Flávio Gomes, se o erro incide sobre elementos normativos ou sobre elementos referentes à antijuridicidade contidos no tipo penal, há erro de tipo⁶⁰. Flávio Monteiro de Barros

⁵⁶ Idem, *ibidem*, p.15, 134.

⁵⁷ Para Hans Welzel esses elementos não são elementos do tipo, mas elementos especiais da antijuridicidade, de modo que o erro sobre estes refere-se ao erro de proibição (op. cit., p. 128).

⁵⁸ LUISI, Luiz, op. cit., p. 113-114.

⁵⁹ Cezar Roberto Bitencourt lembra que para Claus Roxin, nesse caso, ora pode ser erro de proibição, ora de tipo, “segundo se refira a circunstâncias determinantes do injusto ou somente à antijuridicidade da ação”; Jescheck, tem-se erro de tipo e erro sobre a antijuridicidade, conforme recaiam sobre as bases do juízo de valor ou afetam o próprio juízo de valor; Welzel, que o erro sobre elementos do dever jurídico, devem ser tratados por erro de proibição; Muñoz Conde, tratados unicamente como erro de tipo (op. cit., p. 62 e do mesmo autor, com MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 411).

⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 137-138.

argumenta que o erro sobre a ilicitude configura erro de tipo e não de proibição, porque a “ilicitude encontra-se alojada dentro do tipo penal”⁶¹.

^{62 e 63}

Dessarte, se o erro recai sobre elementos do tipo, sejam eles objetivos ou normativos, e dentro destes os de natureza jurídica, extrajurídica ou que se refiram à ocorrência de uma possível causa de justificação, ocorre o erro de tipo, que tem o condão de excluir o dolo, subsistindo a responsabilidade culposa.

De outro lado, diversa deveria ser a solução se o agente agisse com dolo (tem consciência e vontade de praticar a conduta) quanto à realização da sua conduta (quanto aos elementos objetivos do tipo), desconhecendo que a mesma contraria o disposto na Lei. Assim, no exemplo anterior, se o sujeito queria matar o animal, não sabendo que sua conduta fere a ordem jurídica, estaríamos diante do erro de proibição direto, e não de erro de tipo. Isso porque o agente quis realizar a conduta, sem, entretanto, saber que sua conduta violaria o direito. É o caso do sujeito que deseja matar uma capivara para consumi-la, sem saber que sua conduta está desconforme a um comando legal.

Igualmente, seria erro de proibição, no entanto, indireto, se o agente matasse um animal silvestre, acreditando estar diante de uma situação de perigo, que na realidade inexistia. Assim, incidindo o erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação - a existência da situação de perigo -, haverá (nos moldes da teoria limitada da culpabilidade abarcada pelo Código Penal à partir de 1984) erro de tipo

⁶¹ BARROS, Flavio A. Monteiro, op. cit., p. 320.

⁶² Importa consignar que a doutrina, em sua grande maioria, não resolve esta questão. Assim, Antonio Carlos Santoro Filho e Cláudio Brandão não apresentam nenhuma solução no caso de elementos normativos que fazem referência a uma possível causa de justificação, nem norma penal em branco (op. cit.); igualmente não o fazem Miguel Reale (*Teoria do Delito*) e Nilo Batista (*Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*); Juarez Cirino dos Santos apresenta uma nova modalidade: erro de subsunção, que não se refere à excludente do dolo, mas um erro, penalmente, irrelevante. Trata-se de um erro que recai com mais frequência sobre os elementos normativos do tipo. Desse modo “valorações jurídicas errôneas representam, em regra, erro de subsunção (às vezes, erro de proibição), mas podem significar, excepcionalmente, erro de tipo, como na subtração de coisa alheia suposta como própria, por errônea interpretação jurídica” (op. cit., 83-84); José Geraldo da Silva limita-se a identificar as espécies de erro, defini-los e atribuir-lhes consequências jurídicas (*Teoria do Crime*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1); Muñoz Conde trata do erro em três cessões distintas: erro de tipo (abordando erro accidental), erro sobre as causas de justificação e erro de proibição, sem análise específica a respeito dos elementos normativos do tipo ou normas penais em branco (op. cit.).

⁶³ Para o professor Luiz Regis Prado os elementos normativos com referência específica à possível concorrência de uma causa de justificação “estão presentes no tipo, embora digam respeito à antijuridicidade, tornando a conduta não só típica como permitida” (op. cit., p. 345).

permissivo, cujos efeitos ou conseqüências são as mesmas do erro de tipo (art. 20, § 1º), ou seja, exclui-se o dolo e não a culpabilidade (consciência do injusto), porque o agente quis observar o direito, não o fazendo, por desconhecer a própria realidade.

De outra parte, consoante mencionado supra, o tipo penal pode, em determinados casos, requerer a complementação de outra norma, da mesma instância legislativa ou diversa. Tem-se, nesse caso, a chamada norma penal em branco.

Questiona-se se nesse caso poderia ocorrer uma falsa representação a respeito do disposto na norma complementadora. Haveria erro de tipo ou erro de proibição?

Quanto ao erro sobre os elementos integrativos de uma norma penal em branco, Francisco de Assis Toledo adverte que poderá existir, ora erro de tipo, ora de proibição⁶⁴.

Na doutrina alienígena há o entendimento de que em se tratando de norma penal em branco, os efeitos do erro devem equiparar-se, ou seja, devem ser aplicados à ela como a qualquer outro elemento que compõe o tipo penal. E no mesmo sentido, dependendo do caso será considerado erro de tipo ou erro de proibição, caso o erro atinja as circunstâncias de fato do tipo penal ou os limites da norma integradora⁶⁵.

Cumprido, desse modo, esclarecer que se o erro recair sobre os elementos integrativos da lei integradora (da mesma ou diferente hierarquia) e que integram o conceito da conduta incriminada na seara

⁶⁴ TOLEDO, Francisco de A. *O erro no Direito Penal...* op. cit., p. 126. Com a mesma opinião, WELZEL, Hans, op. cit., p. 129, MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Parte geral. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2003, p. 204 e MARQUES, Jose Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2, p. 318.

⁶⁵ Nesse sentido, leciona Mir Puig: "Pero hay otros aspectos para los que es preferible un concepto algo más amplio de la ley penal en blanco, coincidente con el que, aun con restricciones, admite Jiménez de Asúa (todos los casos en que el complemento se halla fuera de la ley de que se trate, sea del mismo o de inferior rango que esta). A los efectos del tratamiento del error y de la retroactividad de la ley penal más favorable, han de equipararse todos los supuestos en que la disposición complementaria esté ubicada en otra normativa. [...] En cuanto al error plantean idénticos problemas todos los casos en que el supuesto de hecho esté definido en una ley no penal. Tras considerarse estos casos como de error de derecho extrapenal exulpante, en la actualidad se equiparan a las demás hipótesis de error: habrá que distinguir entre error sobre los elementos del supuesto de hecho de la norma no penal (error de tipo) y error sobre la existencia o límites de dicha norma (error de prohibición). Ya se comprende que esta problemática alcanza por igual a todos los casos en que el complemento de la ley en blanco se halla en una norma no penal, aunque sea del mismo rango". [...] "Tal vez por estas razones, de igualdad de tratamiento de los dos supuestos posibles de complemento situado fuera de la ley en que se halla el precepto penal en blanco, la doctrina actual alemana incluye en este concepto toda norma que sólo fija expresamente la consecuencia jurídica y deja la determinación del contenido del supuesto de hecho a cargo de otras leyes, reglamentos o actos de la Administración" (op. cit., p. 39-40).

penal, e esse erro funcionar como determinação da vontade, há verdadeiro erro de tipo⁶⁶. É o que ocorre, quando o agente pede uma vitamina e lhe vendem substância tóxica.

Insta, nesse passo, lembrar o magistério do professor Luiz Regis Prado quanto à definição de norma penal em branco: “[...] a hipótese legal ou prótase é formulada de maneira genérica ou indeterminada, devendo ser colmatada/determinada por ato normativo (legislativo ou administrativo), em regra, de cunho extrapenal, que fica pertencendo, para todos os efeitos, à lei penal”⁶⁷. Dessa maneira, consoante a lição do mestre, a norma integradora, ainda que extrapenal, assume a natureza da norma integrada. Ademais, se essa integração é requisito para a ocorrência da conduta típica, e se há erro quanto aos elementos integradores, tem-se erro de tipo.

No entanto, se o agente adota uma conduta dolosa (sabe e quer realizar a conduta), mas erra quanto à existência da norma complementadora, logo, que sua conduta não contraria a lei, ou seja, não está proibida, pode-se falar em erro de proibição⁶⁸. É o que ocorre com o sujeito que compra substância tóxica, pensando que não é proibida, e que não há crime.

Dito isso, importa analisar outra situação. Não raras vezes os tipos penais são grafados de normas penais em branco, que ao mesmo tempo referem-se a elementos normativos do tipo com referência a uma possível causa de justificação. É o que ocorre no art. 54, § 2º, V e 56, *caput*, da Lei nº 9.605/1998 (“em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos”).

Nessa situação, se o erro incidir sobre esse elemento que representa, ao mesmo tempo um elemento normativo e norma penal em branco, haverá erro de tipo ou de proibição?

Consoante o mencionado anteriormente, se 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. Se for considerado, como querem alguns, que os

⁶⁶ Com essa opinião, MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Parte geral...op. cit., p. 204.

⁶⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. Parte geral...op. cit., v. 1., p. 172. A esse respeito, LUISI, Luiz, op. cit., p. 116.

⁶⁸ Luiz Luisi menciona que “H.H.Jescheck ao tratar da matéria enfatiza dever distinguir-se o erro relativo a dados da norma complementar da lei penal em branco, incidente, pois, sobre o conteúdo de tal norma, do erro pertinente a existência da norma em causa. O primeiro, isto é, o erro relativo a um elemento da norma destinada a integrar a lei penal em branco é erro de tipo. O segundo, concernente à própria existência da norma complementar, enseja um erro de proibição” (op. cit., p. 116).

elementos normativos do tipo que fazem referência a uma possível causa de justificação tocam à antijuridicidade, haverá incompatibilidade entre os erros incidentes sobre a mesma disposição. Melhor explicando, não seria possível que o erro sobre um mesmo elemento ensejasse, concomitantemente, erro de tipo e erro de proibição⁶⁹. Entretanto, considerado o elemento normativo como elemento que compõe a figura típica, assim como os elementos descritivos e normativos de natureza jurídica ou extrajurídica, haverá erro sobre os elementos do tipo, logo, erro de tipo. Tal solução é a que é mais adequada nessa situação em particular.

5 NOTAS CONCLUSIVAS

Verifica-se, do exposto, que o legislador utiliza-se, com frequência, na formulação dos tipos penais, de elementos normativos, além de recorrer, não raras vezes, às normas penais em branco.

Questiona-se, entretanto, no presente trabalho, se sobre essas circunstâncias fáticas ou jurídicas que compõe o tipo penal, poderia errar o agente.

Para algumas indagações, a resposta parece ser lógica. Assim, tratando-se de 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.

Particularmente, no que se refere aos elementos normativos que fazem referência à possível causa de justificação, em que pese os argumentos contrários, prevalece o entendimento de que, como elementos normativos que são, o erro incidente sobre estes será erro de tipo.

No que se refere às leis penais em branco, o erro sobre a norma integradora pode dar causa ao erro de tipo – se há, pelo agente, falsa percepção do elemento integrativo (quanto ao conteúdo da proibição) – ou erro de proibição – quando o agente acredita que sua conduta não contraria o direito, apesar de ter agido com dolo.

⁶⁹ CONDE, Francisco Muñoz apud GOMES, Luiz Flavio, admite que essa coincidência ou concomitância não [é rara (entre erro de tipo e de proibição)]. No entanto, se isso ocorrer, tendo em vista o caráter seqüencial das distintas categorias, deve-se comprovar primeiro o problema do erro de tipo e somente solucionado este, analisar o problema do erro de proibição (op. cit., p. 411).

Incidentes na mesma disposição, elementos normativos do tipo que fazem referência a uma possível causa de exclusão e norma penal em branco, não poderá coincidir erro de tipo e erro de proibição. Ocorrerá, como consequência lógica, erro de tipo, unicamente.