

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 PENAIS: 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 descriptivos do tipo.....	42
2.1.4 A remissão semântica a normas como predicado distinto 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 PENALIS 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