

José Paulo Micheletto Naves

Tipicidade,
Assessoriedade Administrativa e

E R R O

no **DIREITO PENAL**

Tipicidade,
Assessoriedade Administrativa e

E R R O

DIREITO PENAL

José Paulo Micheletto Naves

Tipicidade,
Assessoriedade Administrativa e

E R R O

DIREITO PENAL



Copyright © 2019, D'Plácido Editora.
Copyright © 2019, José Paulo Micheletto Naves.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Editor
Tales Leon de Marco

Produtora Editorial
Bárbara Rodrigues

Capa, projeto gráfico
Nathalia Torres

Diagramação
Leda Érica Câmara

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

NAVES, José Paulo Micheletto.
Tipicidade, Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
218 p.
ISBN: 978-65-80444-78-6
1. Direito 2. Direito Penal. I. Título.
CDD341.5 CDU343

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



*Aos meus avós José Naves e Luiz Micheletto e
À minha madrinha Maria Lucinda Ferreira*

AGRADECIMENTOS

A presente obra foi apresentada como dissertação de Mestrado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Para tanto, ajuda de diversos colegas foi indispensável, os quais foram essenciais, cada qual da sua maneira, para tornar esse processo possível, sendo esta a oportunidade de lhes externalizar os meus mais sinceros agradecimentos.

Inicialmente, gostaria de agradecer à Professora Mariângela Gama de Magalhães Gomes, por todo auxílio ao longo de minha pesquisa, pelas oportunidades concedidas, por todos os ensinamentos que tenho o privilégio de ter desde o primeiro ano da graduação, por toda a compreensão e pelo incentivo constante, razões estas, entre várias outras, que fazem com que eu tenha indescritível felicidade e orgulho de tê-la como orientadora.

Igualmente, gostaria de agradecer ao Professor Renato de Mello Jorge Silveira pelos incomensuráveis ensinamentos e pela inspiração diária, pelas inúmeras indicações de leituras e, de certo, pela tolerância com as incessantes e inconvenientes perguntas, fatores estes determinantes para realização deste trabalho.

Ao João Florêncio de Salles Gomes Junior pela indescritível compreensão, ensinamentos, paciência, incentivo e apoio, pessoa pela qual tenho a mais profunda admiração.

Agradeço, especialmente, ao Professor Luciano Anderson de Souza por todo auxílio em todas as oportunidades.

Indispensável, também, faz-se o reconhecimento do profundo auxílio oferecido pelos membros das minhas bancas de qualificação e de defesa, Professor Alexis Couto de Brito, Professor Davi de Paiva Costa Tangerino, Professora Helena Regina Lobo da Costa e Professora

Marina Pinhão Coelho Araújo, cujas sugestões e questionamentos foram imprescindíveis para o aprimoramento desta pesquisa.

Aos Professores do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, com destaque à Professora Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, Professor Sérgio Salomão Shecaira e Professor Alamiro Velludo Salvador Netto pelos ricos diálogos, sugestões e provocações a respeito do tema deste trabalho, em muito auxiliando a reflexão sobre diversos pontos sensíveis. Agradeço, também, às funcionárias Dalva e Marcela pelo auxílio de todas as horas.

Aos colegas de pesquisa na Universidade Pompeu Fabra, Professor Luciano Anderson de Souza, Regina Cirino Alves Ferreira de Souza, Fernando Gaspar Neisser e Ulisses Pascolati Júnior pela acolhida e companhia nos estudos diários.

Ao Professor José Fernando Simão, por todo estímulo acadêmico desde as experiências como seu monitor de graduação.

Impossível não fazer referência, pelo constante e incansável apoio, ao Gustavo Lacerda Franco, Bárbara Correia Florêncio Silva, Rodrigo Pontes Araldi, Vinícius Novo Soares de Araújo e Milena Maltese Zuffo. Agradeço, ainda, aos amigos do Centro Acadêmico XI de Agosto, Julio Cesar Moreira Barboza, Guilherme de Castro Germano, Felipe Napolitano Marotta, Luis Gustavo Faria Guimarães, Julia Cruz, Gustavo Nogueira Figueiredo e Rogério Costa Teixeira da Silva; aos amigos da pós-graduação, Paula Nunes Mamede Rosa e Glauter Fortunato Dias Del Nero e aos amigos desde a escola Lucas D'Andréa e Tomas Magalhães Andretta; por todo auxílio, conselhos, risadas e tantos outros momentos nos quais fazem com que tudo valha a pena.

Gostaria de agradecer, também, à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, pela construção da minha formação acadêmica, e, ainda, ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e à Universidade Pompeu Fabra, cujas bibliotecas foram indispensáveis para a construção deste trabalho.

Acima de tudo, gostaria de agradecer aos meus pais, Nilza e Rodrigo, por absolutamente tudo, em especial, pelo amor, incentivo, estímulo e apoio.

Por fim, agradeço à Editora D'Plácido pela oportunidade de publicação da presente pesquisa e pela confiança em mim depositada.

SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	13
APRESENTAÇÃO.....	17
INTRODUÇÃO.....	21
1. A TIPICIDADE PENAL E SEUS DÉFICITS NA SOCIEDADE DE RISCO.....	25
1.1. Direito penal do risco: constatação de uma realidade.....	25
1.2. O Princípio da legalidade, atipicidade penal e o impacto das remissões normativas.....	33
1.2.1. O princípio da legalidade e a tipicidade penal.....	33
1.2.2. A problemática das remissões normativas.....	36
1.2.3. Um contraponto necessário.....	39
2. OS TIPOS PENAS ABERTOS E A IMPORTANTE DIFERENCIAÇÃO DOS INSTITUTOS QUE OS COMPÕEM: A ASSESSORIEDADE ADMINISTRATIVA, A NORMA PENAL EM BRANCO, OS ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO E OS ELEMENTOS DA VALORAÇÃO GLOBAL DO INJUSTO	41
2.1. Considerações iniciais.....	41
2.2. Assessoriedade administrativa.....	43

2.2.1. Da necessidade da construção de um conceito de assessoriedade administrativa.....	43
2.2.2. Terminologia a ser empregada: assessoriedade ou acessoriedade administrativa?.....	51
2.2.3. Os diferentes conceitos de assessoriedade administrativa.....	52
2.3. Lei penal em branco.....	65
2.3.1. Considerações iniciais.....	65
2.3.2. Origem e histórico.....	65
2.3.3. As diversas concepções de norma penal em branco.....	68
2.3.4. Elementos normativos.....	72
2.4. Os elementos de dever jurídico e os elementos de valoração global do fato.....	75
2.4.1. Considerações iniciais.....	75
2.4.2. A proposta de Hans Welzel: os elementos de dever jurídico.....	76
2.4.3. A ótica de Armin Kaufmann sobre o conceito dos elementos de dever.....	78
2.4.4. Claus Roxin e os elementos da valoração global do injusto.....	80
2.5. Tomada de posição.....	84
3. O ERRO NO DIREITO PENAL.....	89
3.1. Considerações iniciais.....	89
3.2. A evolução dogmática do instituto do erro.....	89
3.2.1. Teorias do dolo.....	92
3.2.1.1. Considerações iniciais.....	92
3.2.1.2. Teoria estrita do dolo.....	93
3.2.1.3. Teoria limitada do dolo.....	94
3.2.1.4. Teoria modificada do dolo.....	95
3.2.1.5. Críticas às teorias do dolo.....	96
3.2.2. Teorias da culpabilidade.....	97
3.2.2.1. Considerações iniciais.....	97
3.2.2.2. Teoria estrita da culpabilidade.....	99
3.2.2.3. Teoria limitada da culpabilidade.....	101
3.3. Erro de tipo.....	103
3.4. Erro de proibição.....	105

3.4.1. Considerações iniciais.....	105
3.4.2. Limites (objeto) do erro de proibição.....	106
3.4.3. A evitabilidade do erro de proibição.....	109
3.4.4. Erro e dúvida quanto à proibição.....	116
3.4.5. Erro com base em consulta técnica e fonte jurisprudencial	121
3.4.5.1. Considerações iniciais.....	121
3.4.5.2. Erro com base em consulta técnica.....	121
3.4.5.3. Erro com base em fonte jurisprudencial	124
3.5. Erro sobre causa justificante.....	126
3.6. Erro de subsunção, erro de vigência ou validade, erro de eficácia	133
3.6.1. Considerações iniciais	133
3.6.2. Erro de subsunção.....	133
3.6.3. Erro de vigência ou de validade.....	134
3.6.4 Erro de eficácia.....	135

4. O ERRO NA ASSESSORIEDADE

ADMINISTRATIVA.....	137
4.1. Considerações iniciais.....	137
4.2. Pressupostos necessários.....	137
4.2.1 A relação entre a tipicidade e a antijuridicidade.....	137
4.2.2. Variações sobre o conceito de dolo: os questionamentos a respeito da adoção de uma concepção volitiva.....	143
4.3. Análise do tratamento doutrinário sobre o erro nas remissões normativas.....	155
4.3.1. Considerações iniciais.....	155
4.3.2. Posicionamentos doutrinários tradicionais emblemáticos: Franz Von Liszt, Edmund Mezger e Hans Welzel	156
4.3.2.1. Considerações iniciais.....	156
4.3.2.2. Franz von Liszt	156
4.3.2.3. Edmund Mezger e a valoração paralela na esfera do profano.....	158
4.3.2.4. Hans Welzel.....	162
4.3.3. Principais correntes doutrinárias	163

4.3.3.1. O elemento extrapenal nunca é abrangido pelo dolo, configurando erro de proibição.....	163
4.3.3.2. O elemento extrapenal é abrangido pelo dolo sempre que contiver a proibição do tipo penal.....	169
4.3.3.3. O elemento extrapenal é sempre abrangido pelo dolo.....	174
4.3.3.4. O regresso à teoria do dolo: o erro sempre vinculado à consciência da ilicitude.....	178
4.3.3.5. O retorno à dicotomia erro de fato—erro de direito.....	180
4.3.4. Tomada de posição.....	186
4.3.4.1. Considerações gerais.....	186
4.3.4.2. Forma e justificativa para o tratamento do erro nas modalidades de assessoriedade administrativa.....	195
4.3.4.2.1. Considerações iniciais.....	195
4.3.4.2.2. O erro sobre a assessoriedade administrativa conceitual.....	195
4.3.4.2.3. O erro sobre a assessoriedade administrativa de Direito (lei penal em branco).....	197
4.3.4.2.4. O erro sobre a assessoriedade administrativa de atos administrativos (assessoriedade administrativa em sentido estrito).....	198
CONCLUSÕES.....	201
BIBLIOGRAFIA.....	205

PREFÁCIO

No direito penal do século 21, as questões relacionadas às remissões normativas são cada vez mais presentes, tornando-se mais complexas na medida em que a própria sociedade – caracterizada pelos riscos a ela inerentes – evolui e passa a exigir soluções jurídicas adequadas às novas necessidades.

Há, de um lado, novos interesses que passam a ocupar a centralidade das preocupações político-criminais, menos orientadas por preocupações individuais e mais voltadas à tutela coletiva ou supraindividual; de outro lado, as formas de tutela também vêm sofrendo modificação, e o ordenamento que era composto essencialmente por figuras delitivas comissivas, voltadas à causação de dano a bens jurídicos, passou a conter crescente número de crimes omissivos e, principalmente, de perigo – e, em grande medida, crimes de perigo abstrato.

Nesse contexto, e tendo em vista justamente a necessidade de atender às novas necessidades de tutela penal, outra modificação significativamente importante se deu no âmbito das descrições típicas, já que a fluidez dos novos interesses e o objetivo de conferir tutela penal a grande número de condutas ilícitas fez com que passassem a ser frequentes as remissões normativas ao direito administrativo.

Apesar de questionáveis do ponto de vista da principiologia constitucional do direito penal, a crescente volatilidade do bem jurídico penal, a prescindibilidade de ofensa concreta a ele dirigida e a admissão de descrições típicas incompletas são exemplos de novas realidades com as quais o direito penal vem tendo que lidar. Nesse sentido, a dogmática penal moldada para a criminalidade tradicional encontra-se atualmente frente a um grande desafio: ao mesmo tempo em que se vê diante da

necessidade de atualizar suas bases e pressupostos para se adequar à nova realidade, deve zelar para que seu papel de garantia e disciplina do direito de punir não seja apequenado diante das demandas por punição.

É nesse cenário que se insere o livro escrito por José Paulo Michelletto Naves. Defendido perante banca examinadora, em agosto de 2018, como dissertação de mestrado na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP), o livro que agora tenho a honra e o prazer de apresentar ao público versa sobre a assessoriedade administrativa no direito penal e o tratamento jurídico dado aos casos de erro em relação a ela.

Se o tema, por si só, já se revela importante a quem se interessa pela dogmática penal, o tratamento dado pelo autor à matéria merece ser destacado pela sua excelência. Dividido em quatro capítulos, os três primeiros trazem ao leitor o contexto e os pressupostos teóricos em que o autor se baseia para, ao final, enfrentar a difícil tarefa de tratar do erro nas remissões normativas e, mais especificamente, na assessoriedade administrativa.

Assim, no primeiro capítulo é enfrentada a questão atinente à garantia do princípio da legalidade nessa nova realidade do direito penal, a tipicidade penal e a medida em que as remissões normativas colocam em risco os postulados daquele princípio, assim como formas de conciliá-la com os valores constitucionais do direito penal.

O segundo capítulo, por sua vez, coloca o leitor em contato com o conceito de assessoriedade administrativa adotado pelo autor. De início, é justificada a adoção da assessoriedade com o sentido de auxílio normativo dado pelo direito administrativo ao direito penal, em oposição à aessoriedade administrativa, que passa a ideia de completa dependência do direito penal em relação ao direito administrativo. A seguir, são feitas diferenciações em relação a outras figuras com as quais muitas vezes a assessoriedade administrativa é confundida, como a norma penal em branco, os elementos normativos do tipo e os elementos de valoração global do injusto.

Já no terceiro capítulo, o autor se aprofunda no estudo do erro no direito penal, partindo das teorias do dolo e da culpabilidade para apontar os conceitos e hipóteses do erro de tipo e do erro de proibição, presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Esse capítulo antecede aquele em que, por fim, é apresentado o tratamento dispensado ao erro quanto à assessoriedade administrativa no direito penal; onde, após a exposição das correntes doutrinárias e dos principais autores que se debruçaram sobre o tema, o autor se posiciona em relação à matéria, trazendo uma contribuição efetiva e bem estruturada ao tema.

Cabe destacar, ainda, a profundidade da pesquisa levada a cabo pelo autor, que não poupou esforços para buscar nas fontes originais o material necessário para construir seu texto. Mais do que isso, soube valer-se dos autores clássicos, indispensáveis para a solidez dos conceitos e dos pressupostos teóricos apresentados, sem se descurar do mais moderno pensamento penal. A tudo isso se soma, ainda, a clareza com que as ideias são apresentadas e desenvolvidas.

Vê-se, por tudo isso, que a importância do tema e a profundidade do estudo são motivos mais do que suficientes para que eu não tenha dúvida quanto a indicá-lo aos estudiosos do direito penal. Ocorre, entretanto, que não é apenas a qualidade do trabalho o que me enche de orgulho e felicidade ao prefaciar esse livro, mas também a relação afetiva que tenho com seu autor.

José Paulo Micheletto Naves foi meu aluno no primeiro ano da graduação na Faculdade de Direito, e desde então pude acompanhar de perto seu desenvolvimento acadêmico e profissional. Foi monitor nas disciplinas por mim ministradas na graduação, orientei-o em seu trabalho de conclusão de curso, ingressou no programa de pós-graduação sob a minha orientação, acompanhei todas as etapas do desenvolvimento de sua dissertação, foi monitor no Programa de Aperfeiçoamento de Ensino (PAE) junto à pós-graduação nas minhas disciplinas e agora, novamente sob minha orientação, volta aos bancos acadêmicos para iniciar o doutorado.

Durante todos esses anos, testemunhei seu interesse pelo direito penal e, mais especificamente, pelos desafios impostos à dogmática frente às novas questões apresentadas ao direito de punir na sociedade contemporânea; para além disso, seus questionamentos são, com frequência, estímulos para novas reflexões e permanente estudo. Por tudo isso, além da alegria por prefaciar o livro “Tipicidade, assessoriedade administrativa e erro no direito penal”, editado pela prestigiosa Editora D’Plácido, sinto muito orgulho e felicidade por apresentar esse jovem pesquisador cuja contribuição para os estudos de direito penal – tenho certeza – está apenas começando.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes¹

¹ Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

APRESENTAÇÃO

Ao longo de um percurso acadêmico, temas vem e vão. Na múltipla análise de trabalhos científicos, verdades são postas: alguns deles se evidenciam por paixão. Outros, nem tanto. Sempre tive, no entanto, em viva lembrança, a ideia de que, eventualmente, um ou outro tema acaba por se mostrar como afeto a determinado autor. Em outras palavras, é de se recordar que o tema eleito por um escritor (se não, o contrário), pode, muitas vezes, defini-lo enquanto pesquisador.

Outro viés diz respeito a como abordar determinada questão. Convém lembrar, nesse particular, da sempre necessária busca da noção de ideia original. Esta, verdadeiro Grahal do estudioso, por vezes é tida como miragem. Por poucas ocasiões, se vê presente nas linhas traçadas noites adentro. Muitas vezes não. Sintomaticamente algo que se poderia ter como princípio preliminar de ideia original é descartada na manhã seguinte, quando da análise de rabiscos – ou digitações – esparsas, que não objetivaram seu fim ideal. O caso retratado na obra que se apresenta, contudo, tem-se, sim, a rara comunhão da paixão e da ideia original.

José Paulo Micheletto Naves, Advogado e, agora, Mestre pelas Arcadas de São Francisco, submeteu-se aos estudos de pós-graduação escolhendo o mais difícil dos temas, vale dizer, as noções de assessoriedade administrativa e erro em Direito Penal. Assunto afeto ao Direito Penal Econômico, e também Ambiental, deu, não faz muito, seus primeiros passos no Brasil. E de forma muito bem posta agora pretende avançar em horizontes ainda mais distantes. Alguns outros trabalhos também o mencionam, mas a obra em questão é bastante elogiável no escopo pretendido.

Economia e meio ambiente são temas tardios ao estudo penal. As filigranas de suas particularidades muitas vezes escapam à percepção

da norma penal em si, fazendo com que a exceção penal de normas incompletas – ainda que em preceito primário – venham a perfazer diversos dos pontos definidores do injusto. Na realidade, a opção por reenvios necessários não é nova, sendo vista desde Birbaum. Entretanto, nunca se viu tão presente quando na contemporaneidade.

Voltando à máxima da escolha pessoal de objeto de estudo, diriam alguns que cada tempo tem seu tema. No Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo já houve predileção pela temática penal sexual, ainda nos anos 1960. Ao depois, a questão da liberdade individual tornou-se eleição de primeira hora. Seguiu-se, em anos 1990, a preocupação com Constituição Federal de 1988, princípios e Direito Penal. Mais proximamente, viu-se o foco no Direito Penal e na sociedade de risco, e, também, nos crimes de perigo, questão tão em voga na proximidade da virada do século e em seus primeiros anos. Hoje, e já de algum tempo, fala-se no Direito Penal Econômico. E, nele, a preocupação sobre a assessoriedade administrativa é marcante, como já destacava Heine, desde a primeira hora.

Se verdade existe em tal situação, isso fica ainda mais evidente quando se tem em tela as variações legislativas atuais. Desde a promulgação da Lei nº 7.492/1986, e as relativas regulações da evasão de divisas pelas múltiplas Cartas Circulares do Banco Central, muito se caminhou. Situações como previsões ambientais, relativas ao mercado de capitais ou sistema financeiro em geral, cada vez mais se escoram em premissas da assessoriedade administrativa. Hoje, talvez seja este um dos pontos mais delicados da nova diagramação penal.

De todo modo, o autor inicia seu trabalho pontuando a tipicidade penal e seus déficits na sociedade de risco. Além de consubstanciar a própria noção de risco, pormenoriza as colocações da realidade, da tipicidade penal e o impacto das remissões normativas. A partir daí, passa a verificar as nuances dos tipos penais abertos, e suas variações, em especial a assessoriedade administrativa; a norma penal em branco, os elementos normativos do tipo e os elementos da valoração global do injusto.

O cerne da dissertação, no entanto, senta praça nas variações do erro. Além de constatar os matizes dogmáticos do instituto, o foco parece ser das noções postas no erro na assessoriedade administrativa. A dúvida de como o erro deve ser observado em sede não legislativa é o ponto fulcral da discussão atual. De tremenda sorte de impacto, deve passar a ser o debate atual do penalista contemporâneo.

Aprovado com méritos, o autor já inicia seus trabalhos doutorais. Por certo, novas (e brilhantes) linhas surgirão em futuro próximo. De

todo modo, indispensável as considerações que se seguem para a compreensão de um novo Direito Penal. Parabéns ao autor pela conquista posta. Obrigados muitos pela honra de poder apresentá-lo formalmente nestas poucas linhas. Isso traduz uma rara felicidade, que gostaria de aqui deixar muito claro. Congratulações à Editora pela publicação. E um convite ao leitor para o ingresso nesta nova perspectiva penal.

Renato de Mello Jorge Silveira²

² Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo

INTRODUÇÃO

A intensa evolução enfrentada pela sociedade contemporânea desde o final do século XX, em virtude do acentuado desenvolvimento tecnológico e industrial inerente ao mundo globalizado, afetou profundamente o Direito Penal. Tais transformações sociais ocasionaram o surgimento de novos interesses dignos de tutela, o que importou uma alteração de paradigma, passando-se dos delitos tradicionais, essencialmente crimes de dano, geralmente comissivos e caracterizados pela tutela de bens jurídicos individuais, a novas hipóteses de incidência da lei penal, marcadas pelos crimes de perigo e, em regra, omissivos, tutelando bens jurídicos coletivos e supraindividuais. Evidencia-se, portanto, um crescente movimento de expansão do Direito Penal, que passa a alcançar espaços antes disciplinados, exclusivamente, por outros ramos do Direito, sobretudo o Direito Administrativo.

Essas áreas até então alheias à lógica penal são marcadamente disciplinadas por numerosas e complexas regulamentações, de notável fluidez, as quais passam a ser abarcadas por essa nova criminalidade, aproximando os Direitos Penal e Administrativo ou mesmo, por vezes, sobrepondo-os. Fato este impôs uma abertura dos tipos penais a fim de, justamente, incluir, em alguma medida, esse regramento outrora estranho ao Direito Penal. Para tanto, o legislador adotou variadas técnicas de remissão normativa, entre as quais a assessoriedade administrativa é a principal delas, em especial ao que interessa ao presente trabalho.

Verifica-se, nesse panorama, o surgimento de inúmeros desafios na aplicação do Direito Penal, porquanto a sua configuração clássica não foi delineada para lidar com os aspectos complexos da nova realidade que passou a disciplinar. Tais desafios podem ser vistos na aplicação de diversos

institutos do Direito Penal, com destaque à doutrina do erro, tendo em vista que as fronteiras do princípio da legalidade se encontram sobremaneira flexibilizadas, em razão, justamente, da necessidade de se alcançarem novos horizontes, importando evidente prejuízo à garantia da taxatividade.

Isso se explica porque, com a construção de tipos penais abertos, imbuídos de assessoriedade administrativa e outras formas de remissão normativa, a descrição da conduta proibida passa a ser menos precisa, tornando-se menos claro quais as ações que não devem ser praticadas pelos cidadãos. Assim, há um aumento na incidência do erro, principalmente se considerado que o reenvio normativo, poucas vezes, faz menção a leis ordinárias, concentrando-se em regulamentos ou portarias editadas por órgãos da Administração Pública, ou até a permissões, autorizações ou licenças. Cabe frisar que esses dispositivos administrativos são tão complexos quanto voláteis, estando em constante estado de alteração, a fim de atender aos interesses da Administração Pública, o que torna o alcance do conteúdo da proibição pelo intérprete da norma penal ainda mais difícil.

De tal sorte, imperativa uma análise da doutrina do erro estritamente voltada para as hipóteses em que incide sobre a assessoriedade administrativa, afinal não há equivalência entre o modo pelo qual os tipos penais abertos e os tipos penais fechados delimitam a proibição penal. É esse o objeto da presente pesquisa.

Para além disso, um estudo de como a doutrina do erro deve se comportar na assessoriedade administrativa mostra-se ainda mais necessário tendo em vista o vasto campo de consequências penais pertinentes a tal instituto, variando desde a exclusão do dolo até a mera atenuação da pena. Assim, sem a precisa delimitação de como abordar o erro nessas ocasiões, situações equânimes poderão receber tratamentos extremamente dispares, causando insegurança jurídica na forma de condenações ou penas muito além do real desvalor que a conduta concreta merece.

Toma-se como exemplo um sujeito que comete uma conduta sem saber que se exige para sua prática lícita a obtenção de licença da autoridade competente. A ausência da definição de como se tratar o erro sobre esse elemento do tipo pode ser lido como um erro de tipo, como um erro de proibição ou até mesmo como um erro sobre uma causa justificante, cada qual com a sua consequência jurídica própria. Assim, a depender do entendimento que se adote, os reflexos penais para o caso descrito são extremos.

Uma importante ressalva deve ser feita. A maior ocorrência dessas formas de remissão normativa suscita importantes questionamentos no tocante à ofensa ao princípio da legalidade e às garantias dele

decorrentes. Isso não é desconhecido e tampouco diminuído, afinal a distinta análise que o erro sobre a assessoriedade administrativa merece se justifica, justamente, por haver, nos dias de hoje, uma flexibilização do princípio da legalidade e da garantia da taxatividade. Sendo assim, sem rejeitar a profunda e cara discussão a respeito da legitimidade e até da constitucionalidade nessa seara, é devido esclarecer que esse debate foge ao objeto desta dissertação.

Em primeiro lugar, por ser, como o tema elegido, a discussão digna de uma abordagem vertical e pormenorizada, em razão, justamente, da sua imprescindibilidade e importância. Assim, a tentativa de conciliar a análise da constitucionalidade e legitimidade da assessoriedade administrativa, ou remissões normativas de maneira geral, com a específica questão do erro neste universo poderia implicar uma abordagem mais rasa do que ambos os assuntos merecem. Em segundo lugar, o estudo pela doutrina do erro sobre a assessoriedade administrativa é mais raro se comparado à outra ótica. Ambas as ponderações, todavia, não impedirão que, quando necessário, de maneira instrumental ao propósito do presente estudo, fatores relacionados ao debate sejam abordados.

Assim sendo, este trabalho será dividido em quatro capítulos, distribuídos da seguinte forma:

Ao primeiro capítulo compete a tarefa de contextualizar a referida desconstrução do Direito Penal clássico imposta pelas transformações da sociedade contemporânea, sob o alicerce do conceito de “sociedade de risco” desenvolvido por Ulrich Beck e à luz das principais análises críticas realizadas a seu respeito. Ao depois, serão tangenciados os principais aspectos do princípio da legalidade e sua relação com a tipicidade penal para, sob este prisma, colocar-se os problemas decorrentes das remissões normativas, sem se olvidar de realizar um contraponto a respeito das possíveis vantagens que as acompanham.

O segundo capítulo, por sua vez, é dedicado à exposição de quais são as formas possíveis de remissão normativa ínsitas ao tipo penal aberto. Para tanto, desenvolve-se, separadamente, os conceitos e diferenças entre lei penal em branco, elemento normativo, elemento de valoração global e assessoriedade administrativa, com maior enfoque na necessidade de se estabelecer este último conceito e na distinção entre as suas modalidades.

Já o terceiro capítulo destina-se à abordagem da doutrina do erro. A sua colocação após a definição de assessoriedade administrativa é feita de forma proposital, de modo a delimitar sobre qual objeto especificamente se pretende trabalhá-lo. Por se tratar de um conceito não

pacificado pela doutrina, faz-se necessária tal demarcação. Inicialmente, realiza-se um apanhado histórico de como o instituto do erro evoluiu dogmaticamente em conjunto com a teoria do delito. Em seguida, trata-se, de forma individual, o erro de tipo, o erro de proibição e o erro sobre causa justificante, dedicando, também, em menor escala em razão da sua menor incidência, espaço para o erro de subsunção, de vigência e de validade. Alguns pormenores, sempre tratados pela doutrina no âmbito do erro de proibição, merecem também atenção, como o erro e a dúvida e o erro decorrente de consulta técnica e fonte jurisprudencial. Por mais que não digam respeito diretamente ao objeto desta pesquisa, a sua compreensão mostrou-se necessária para a plena percepção dos limites erro de proibição, o que foi essencial para alcançar um posicionamento consistente a respeito do erro na assessoriedade administrativa.

Por fim, no quarto e último capítulo, pretende-se uma reflexão conclusiva a respeito do erro na assessoriedade administrativa. Para isso, viu-se a necessidade de aprofundar duas questões preambulares: a relação entre a tipicidade e a antijuridicidade e o conceito de dolo. Adiante, sistematizou-se as correntes que abordam o erro sobre as diversas formas de remissão normativa em função das soluções em comum trazidas pela doutrina. Como, na maioria delas, o objeto do dolo é o elemento balizador, aprofundou-se menos o item destinado ao erro de tipo do capítulo anterior para evitar qualquer sorte de conflito ou repetição com este capítulo. Conclusivamente, elaborou-se um item nomeado “tomada de posição”, que explana o entendimento que se consolidou no que tange o erro sobre a assessoriedade administrativa com base nas diversas correntes doutrinárias preteritamente referidas.

Pretende-se que, ao final, o presente estudo possa contribuir, seja por seu conteúdo descritivo, seja pelas sugestões aventadas, ao debate jurídico sobre o erro e a assessoriedade administrativa, tendo em vista a realidade do Direito Penal que se vive. Almeja-se, ainda, que este trabalho possa servir para evidenciar a crucial importância do conceito de assessoriedade administrativa de forma autônoma, desvinculado da clássica definição de norma penal em branco ou outras formas de remissão normativa. Essa identificação pode ser, realmente, tão relevante quanto o próprio exame crítico realizado, porquanto determinante à idoneidade das conclusões alcançadas.

“

O cerne da dissertação, no entanto, senta praça nas variações do erro. Além de constatar os matizes dogmáticos do instituto, o foco parece ser das noções postas no erro na assessoriedade administrativa. A dúvida de como o erro deve ser observado em sede não legislativa é o ponto fulcral da discussão atual. De tremenda sorte de impacto, deve passar a ser o debate atual do penalista contemporâneo.”

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

*Professor Titular da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo.*

