

VOLUME XLI — N.º 1

R E V I S T A
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



2 0 0 0



Coimbra Editora

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
fundada em 1917
Periodicidade semestral
XLI — N.º 1 - 2000

COMISSÃO DE REDACÇÃO

Presidente - PROF. DOUTOR MARTIM DE ALBUQUERQUE
Vogais - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA
- PROF. DOUTOR CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL
- PROF. DOUTOR EDUARDO PAZ FERREIRA
- MESTRE LUÍS MÁXIMO DOS SANTOS
- MESTRE EDUARDO VERA-CRUZ PINTO (Secretário)
- MESTRA ISABEL ALEXANDRE

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa — Portugal
Telefone 217 977 053/54 — Telecópia 217 950 303

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO



COIMBRA EDITORA, LIMITADA

Rua do Arnado — Apartado 101 — 3001-951 Coimbra — Portugal
Telefs. 239 82 3372 / 239 82 5459 — Fax 239 83 7531

Publicação subsidiada pela Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Dezembro de 2000

I Doutrina

<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — Os impulsos federais na Construção Europeia	7
<i>Jorge Miranda</i> — Sobre a <i>Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia</i> . Parecer Breve.....	17
<i>Eduardo Paz Ferreira</i> — Desenvolvimento e Direitos Humanos.....	23
<i>António Pedro Barbas Homem</i> — A organização institucional das relações internacionais, dos descobrimentos ao liberalismo.....	35
<i>Ana Ferenanda Neves</i> — Os “desassossegos” de regime da função pública...	49
<i>Bernardo Diniz de Ayala</i> — Monismo(s) ou Dualismo(s) em Direito Administrativo (?). Gestão Pública, Gestão Privada e Controlo Jurisdicional da Actividade Administrativa	71
<i>Luís Pedro Pereira Coutinho</i> — As Duas Subtracções. Esboço de uma Reconstrução da Separação entre as funções de Legislar e de Administrar	99
<i>Jorge Bacelar Gouveia</i> — Autonomia Regional, Procedimento Legislativo e Confirmação Parlamentar	135
<i>Leonel Severo Rocha</i> — Teoria do Direito e Transnacionalização.....	183
<i>Edson Xavier Lucena de Araújo</i> — Serviços Públicos e Tutela do Consumidor	189
<i>Cláudio Brandão</i> — Inconsciência de Antijuridicidade — Sua visão na dogmática penal e nos tribunais brasileiros.....	251

II Jurisprudência

<i>Frederico Lacerda da Costa Pinto</i> — Tendências da Jurisprudência sobre contra-ordenações no âmbito dos Mercados de Valores Mobiliários ..	299
---	-----

III Legislação

<i>José de Oliveira Ascensão</i> — Parecer sobre a “Proposta de Alteração ao Código da Propriedade Industrial”	317
--	-----

IV Vida Universitária

<i>José de Oliveira Ascensão</i> — Parecer sobre o relatório apresentado pela Doutora Fernanda Palma no Concurso para professor associado da Faculdade de Direito de Lisboa.....	339
<i>Ruy de Albuquerque</i> — Evocação de Raúl Ventura	345

<i>Ruy de Albuquerque</i> — Apreciação crítica do Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino apresentado pelo Prof. Doutor António dos Santos Justo no Concurso para Professor Agregado.....	365
<i>José de Oliveira Ascensão</i> — Elogio do Doutorando, Sua Eminência o Cardeal Dom Alexandre do Nascimento	373
Discurso de Sua Eminência o Cardeal Dom Alexandre do Nascimento...	381
<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — Elogio ao Professor Sir Alan Peacock.....	387
<i>Alan Peacock</i> — Economics and law: An irresistible combination	391
<i>Jorge Miranda</i> — A Constituição Laboral ou do Trabalho — Súmula da lição proferida no 1.º Curso de Pós-Graduação de Direito do Trabalho — 5 de Janeiro de 2000.....	395
<i>Jorge Miranda</i> — Curso de pós-graduação de Ciências Jurídico-Ambientais. Ano Lectivo 1999/2000. Direito Constitucional do Ambiente. Programa.....	399
<i>Jorge Miranda</i> — Universidade dos Açores e Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Curso de Direito Regional — Módulo de Justiça Constitucional — 31 de Março de 2000	403
<i>Maria Luísa Duarte</i> — Direito Administrativo Europeu — Programa e Bibliografia.....	409
<i>Paulo Otero</i> — Sumários de um Curso de Direitos Fundamentais.....	417
<i>José de Melo Alexandrino</i> — Das insuficiências do direito disciplinar aplicável aos estudantes universitários.....	433
<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i> — A formação de quadros administrativo-parlamentares sobre direitos humanos, democracia e sociedade plural em Cabo Verde — Relatório	443
<i>Florbela Pires</i> — Faculdade de Direito de Lisboa — Faculdade de Direito de Bissau. Direito Internacional Privado 1997/1998 — Março de 2000.....	485
<i>Airi Rovio-Johansson</i> — Institutional Audit of the University of Lisbon...	491
Memorando sobre a insuficiência do número de docentes na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa	509
Memorando (relativo a um novo edifício para os Institutos de Investigação)...	515
Protocolo com vista à reconstrução de Timor	517
Convénio entre o Conselho Nacional de Resistência Timorense e a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa	519
Timor e o Direito	521

v **Trabalhos de Alunos**

<i>Gabriel António Órfão Gonçalves</i> — Da Personalidade Jurídica do Nascituro	525
---	-----

INCONSCIÊNCIA DE ANTIJURIDICIDADE — SUA VISÃO NA DOGMÁTICA PENAL E NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

CLÁUDIO BRANDÃO (*)

I — ERRO

1.1. Conceituação de erro

Em direito penal erro significa tanto uma ausência de conhecimento sobre algum objeto quanto uma falsa representação do mesmo. Carrara já advertia que, enquanto a ausência de conhecimento corresponde à ignorância, a representação falsa sobre o objeto corresponde ao erro. Embora no plano da filosofia, os mesmos sejam distintos, no plano jurídico são equiparados, porque importam os mesmos efeitos ⁽¹⁾.

Para Carnelutti, o erro é um processo psíquico, que incide sobre a formação da vontade ⁽²⁾. O penalista italiano considera que o processo psicológico que forma a vontade pode ser dividido em três fases. A primeira fase é a representação mental da situação pelo agente, acarretando uma antecipação do evento no plano da fantasia, porque “L’interesse determina la azione prima di tutto mediante la rappresentazione (sullo schermo) mentale dell’agente della situazione (del mutamento) consistente nell’interesse raggiunto” ⁽³⁾.

(*) Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito de Olinda — AESO e na Faculdade de Direito do Recife — Universidade Federal de Pernambuco. Professor de Filosofia Geral na Escola Teológica do Mosteiro de São Bento de Olinda.

⁽¹⁾ *Programa do Curso de Direito Criminal — Parte Geral*, Volume I, São Paulo, Saraiva, 1956, p. 194. Existe um consenso entre os penalistas com relação à equiparação do erro à ignorância, consulte-se, v. g., Francisco de Assis Toledo. “O Erro e a Ignorância em Matéria Penal”, *Justiça Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 104 e Alcides Munhoz Neto. *A Ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro, Forense, 1978, pp. 1-3. É relevante salientar, ainda, a posição do professor português Manuel Cavaleiro de Ferreira, o qual afirma que, em verdade, tudo é ignorância, posto que “o erro, sendo conhecimento do que não é, é também ignorância do que é” (*Lições de Direito Penal — Parte geral*, Lisboa, Editorial Verbo, 1982, p. 531).

⁽²⁾ Francesco Carnelutti, *Teoria Generale del Reato*, Padova, CEDAM, 1933, p. 166. No mesmo sentido Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale — Parte generale*, Padova, CEDAM, 1947, p. 210. Gian Domenico Pisapia, *Istituzione di Diritto Penale — Parte Generale e Parte Speciale*, Padova, CEDAM, 1965, pp. 111-112.

⁽³⁾ Francesco Carnelutti, *Teoria Generale del Reato*, op. cit., p. 160. Carnelutti, na sua obra posterior *Lecciones de Derecho Penal — El Delito*, Buenos Aires, Europa-América, 1952, assim se expressa: “El fin lo pone la fantasia, la qual elabora las imagenés suministradas por la memoria, una y otra estimuladas por el interés e inagotablemente abastecidas por la realidad” (p. 134).

A segunda fase pressupõe a existência da primeira e consiste em eleger as representações idôneas a fazer o agente prosseguir no seu processo mental. Segundo seu equilíbrio psicológico, o agente distingue as representações entre atraentes, indiferentes e repulsivas. Somente as representações atraentes para o agente fá-lo-ão prosseguir e são determinadas pelo desiderato. “Precisamente il desiderio accompagna soltanto le rappresentazioni attraenti, le quale sono quelli che riguardano eventi idonei ad attuare un interesse del soggetto” (4). O desiderato consiste numa inclinação de um homem sobre um bem, que é apto a satisfazê-lo, ou, em outras palavras: é um desejo sobre o bem, é “una tendência de los sentidos a satisfacción de una necesidad” (5).

A terceira fase é a conclusão do processo volitivo. Consiste num juízo com relação ao resultado da ação e, em outras palavras, chama-se previsão. Tal juízo completa o referido processo, posto que ele pode abortar o desiderato. Com efeito, se foram previstas conseqüências dolorosas para o agente, pelo cometimento da ação, ele pode abster-se de realizá-la. Quando o agente aceita os resultados da ação, o desiderato converte-se em vontade. O grau deste juízo, entretanto, é variável de agente para agente, podendo ser

“più o meno rigoroso; appunto in ordine al grado della loro idoneità alla previsione gli uomini si dicono previdenti o anche prudenti e imprevidenti o anche imprudenti; ma il imprudente sono quele que giudicano senza cautela, non quele que non giudicano. Affinchè il desiderio se converta in volontà il guidizio, bene o male, deve essere stato fatto. Perciò si può prevedere senza volere, non volere senza prevedere (...). Tal guidizio, se mi permette la espressione in termini economici, si refere al *rendimento* e al *costo* della azione” (6).

O erro, para Carnelutti, incide sobre a terceira parte do processo de formação de vontade, que é a previsão do fato (7). Essa incidência vicia o processo volitivo, ocasionando sua anormalidade. Num agir viciado pelo erro não há a previsão das conseqüências do fato, posto que o juízo que o agente deveria fazer a respeito dele não é um juízo real, mas, como é evidente, é um juízo errôneo.

O juízo é a essência da previsão. São dois os elementos do juízo, quais sejam, o dado fático e a norma. Se o sujeito errar o dado fático, erra quanto à percepção e se o sujeito errar quanto à norma, erra quanto à valoração (8). Esta distinção deriva, como dito, da consideração dos elementos do erro.

Sobre outro aspecto, a anomalia do juízo, qual seja, o erro, pode derivar da ausência de conhecimento ou do falso conhecimento do dado fático ou da norma. Essa classificação deriva da relação entre a realidade e a representação. No primeiro caso (ausência de conhecimento), há uma divergência qualitativa entre o fato e a realidade; no

(4) Francesco Carnelutti, *Teoria Generale del Reato*, op. cit., p. 160.

(5) Francesco Carnelutti, *Lecciones de Derecho Penal — El Delito*, Buenos Aires, Europa-América, 1952, p. 133.

(6) Francesco Carnelutti, *Teoria Generale de Reato*, op. cit., p. 161.

(7) *Idem, ibidem*, pp. 166-179.

(8) *Idem, ibidem*, p. 167.

segundo caso (falso conhecimento), há uma divergência quantitativa entre o fato e a realidade (9).

A genialidade de Carnelutti fez com que o mestre intuísse a formação psicológica do erro. Entretanto, não podemos olvidar que o mestre italiano adota um posicionamento baseado na concepção puramente causalista de ação, remanescente, ainda, do Positivismo Jurídico, que dava um tratamento à nossa ciência análogo ao das ciências da natureza.

A formação intersubjetiva do erro tem origem psicológica inegável. São perfeitamente aceitáveis as fases da formação de vontade de Carnelutti, que, aliás, foi um dos raros autores que penetrou no processo de formação do erro. Ocorre que a ação humana não pode mais ser considerada de uma forma causalista, mas de uma forma finalista, como se verá adiante.

O tema do erro envolve os conceitos de ação, tipo, antijuridicidade e culpabilidade. Por exemplo, todo o erro não prescinde da ação humana, porque o direito penal há muito abandonou a responsabilidade objetiva, onde até os animais eram processados e castigados (10), para debruçar-se só sobre as condutas do homem. Não prescinde, igualmente da tipicidade, posto que o erro de tipo é uma falta ou ausência de conhecimento sobre dados, quer fáticos, quer normativos, que estão expressos no tipo penal. Não prescinde da antijuridicidade, porque o erro de proibição é a falta de consciência da mesma. Não prescinde da culpabilidade visto que o erro é uma causa de inculpação. Artur Kaufmann já anteviu este fato ao escrever que

“A principal dificuldade reside em que a questão do erro não pode ser considerada isoladamente. Ela relaciona-se estreitamente com os elementos fundamentais da doutrina do crime: ação, ilícito e culpa. Por isso dos diferentes sistemas resultam também diferentes conseqüências para o erro, por isso que para uma parte são absolutamente conseqüentes não conseguem convencer a outra parte, por isso não se pode tocar na doutrina do erro sem correr o risco de fazer vacilar todo o edifício” (11).

Por este motivo é pacífico na doutrina que a temática do erro é um dos problemas “mais complexos e obscuros de todo o direito penal” (12).

No direito comparado, muitos ordenamentos não dão a devida relevância ao problema do erro. Veja-se, por exemplo, no italiano, onde o atual Código Penal normatiza que o erro de direito (denominação que, na doutrina italiana, mistura inadvertidamente o desconhecimento da lei e o erro de proibição (13)) é inescusável, em que pese a doutrina considerar que esta norma contradiz “ogni senso di umanità e in contrasto sotto il profilo della responsabilità, com i principi psicologici più elementari dell’agire

(9) *Idem, ibidem*, p. 167.

(10) Everardo da Cunha Luna, “Injuridicidade”, *Estrutura Jurídica do Crime e Outros Estudos*, Recife, editora da UFPE, 1970, p. 131.

(11) *Apud* Jorge de Figueiredo Dias, *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, nota à p. 6.

(12) *Idem, ibidem*, p. 1.

(13) Giuseppe Bettiol e Luciano Petoelo Mantovani, *Diritto Penale — Parte Generale*, Padova, CEDAM, 1986, pp. 559 e 560.

umano” (14). Ao passo que o ordenamento italiano não considera a escusabilidade do erro de proibição, o ordenamento brasileiro, após a reforma penal de 1984, dá ampla relevância ao problema. No art. 21 do Código Penal, existe a norma que isenta de pena o sujeito que agir, invencivelmente, sem compreender o caráter ilícito do seu atuar, ou seja, agir em erro de proibição escusável. Por este motivo, debruçando-nos sobre a problemática do erro, chegamos à inarredável conclusão que

“a mais rápida análise revelará a notável circunstância de continuar a oscilar-se (em países com idênticos padrões de civilização e cultura, que a ordem jurídica reflete, ou até dentro do mesmo país e da mesma ordem jurídica) entre posições extremas de total irrelevância ou ampla relevância ao problema para a questão da responsabilidade penal do agente” (15).

1.2. Espécies de erro segundo a dogmática penal

Como foi visto *supra*, o erro, como objeto cognoscível, pode ser classificado. Classifica-se o erro conforme seus elementos, conforme sua relação com a realidade objetiva, porém, a mais importante classificação para o jurista, por ser a efetivamente utilizada na *praxis*, é a que se refere às espécies. Identificada a espécie, classificamo-la quanto à relevância, podendo o mesmo ser, de um lado, escusável ou invencível e, de outro lado, inescusável ou vencível. De acordo com as espécies, o erro terá conseqüências jurídicas diversas e nisto, precisamente, consiste sua importância.

Muito objeto o Professor Everardo Luna quanto à validade científica da classificação do erro segundo suas espécies, por “inseguras e arbitrárias serem as bases de tal distinção” (16). “Na prática, não são raras as vezes em que fica o julgador perplexo e sem atinar como deva fazer a aplicação da lei penal nos casos submetidos ao seu julgamento. Todo erro de fato, desde que esteja demonstrado na esfera jurídica é, obviamente, erro de direito” (17).

Razão, *data venia*, não assiste ao autor. Em que pese seja difícil a questão da prova da espécie do erro *in casu*, diferentes serão as conseqüências jurídicas. Se tomarmos, por exemplo, o crime de descaminho (art. 334 do Código Penal brasileiro), 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 por que o agente supunha que não era proibido trazer produtos da cidade circunvizinha, teremos uma conseqüência (exclui-se a culpabilidade, se *in casu* for inevitável); se foi provocado porque o agente desconhecia que o produto era estrangeiro, teremos outra conseqüência (exclui-se o dolo). Ainda que seja sutil a diferença, não podemos olvidar que ela é relevante para o Direito. Por este motivo, ela é cientificamente válida.

(14) *Idem, ibidem*, p. 560.

(15) Jorge de Figueiredo Dias, *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, op. cit., p. 2.

(16) Everardo da Cunha Luna, “Ignorância ou Erro de Direito”, *Estrutura Jurídica do Crime e Outros Estudos*, Recife, editora da UFPE, 1970, p. 257.

(17) Everardo da Cunha Luna, “Do Erro de Direito, em Matéria Penal”, *Separata dos Estudos jurídicos em Honra de Soriano Neto*, Recife, Universidade do Recife, p. 327.

A crítica do Professor Everardo Luna advém da sua posição acerca da unificação das espécies de erro ⁽¹⁸⁾ — pois, para o mestre, o erro de fato, sendo regulado pelo direito é erro de direito — embora mais tarde reconheça a grande dificuldade da aceitação desta tese ⁽¹⁹⁾.

A classificação do erro quanto à espécie data de longínqua época. Os romanos classificaram as espécies de erro ⁽²⁰⁾, em erro de fato (*error facti*) e erro de direito (*error ius*), sendo este um dos estudos mais árduos da doutrina romana, quer sob o aspecto dogmático, quer sob o aspecto histórico.

A dicotomia erro de fato-erro de direito perdurou muitos séculos na doutrina. Somente a partir de 1925, por obra do penalista alemão Alessandro Graf zu Dohna ⁽²¹⁾, passou-se a falar em erro de proibição. Com o advento da teoria finalista da ação — surgida algumas décadas depois, com Welzel — e, via de consequência, a concepção normativa de culpabilidade, consolida-se a nova dicotomia das espécies de erro: o erro de tipo e o erro de proibição. Esta mudança não é apenas da nomenclatura, pois o “‘erro de tipo’ e o ‘erro de proibição’ não representam uma simples renovação de normas, mas uma profunda renovação conceitual. São novas concepções, com novas e maiores abrangências” ⁽²²⁾.

Córdoba Roda nos ensina que a doutrina veio a “superar la distinción tradicional de las especies de error atendiendo a la *causa* del desconocimiento, por um criterio moderno que toma en cuenta el *objeto* afetado por él” ⁽²³⁾. Transmuda-se o erro, pois, para o objeto da lei penal, ou seja, seu comando proibitório e para o objeto do fato do homem, isto é, a realização de sua intenção, que está prevista no tipo.

⁽¹⁸⁾ “A unificação do erro é, hoje, exigência de uma boa política criminal, devendo, em futuro breve, ser incorporada às legislações. Quando assim acontecer, só se entenderá o erro como erro de direito simplesmente, e afastadas ficarão, do campo jurídico-punitivo, essas situações complexas e estéreis, que acabamos de estudar e criticar”. Everardo da Cunha Luna, “Ignorância ou Erro de Direito”, *Estrutura Jurídica do Crime e Outros Estudos*, Recife, editora da UFPE, 1970, p. 261. No mesmo sentido da posição do prof. Luna, veja-se Luis Jiménez de Asúa, *La Ley y el Delito — Curso de Dogmática Penal*, Caracas, Editorial Andreas Bello, 1945, pp. 494-497.

⁽¹⁹⁾ Everardo da Cunha Luna. “Culpabilidade”, *Capítulos de Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1985, p. 200.

⁽²⁰⁾ Pasquale Voci, tratando sobre o erro no direito romano, afirma que “il problema degli effetti dell’errore nel diritto romane è uno dei più ardui, sia sotto aspetto dommatico, sia sotto aspetti storico. Sotto l’aspetto dommatico, ancor oggi chi ne trata si li dato empirico della escusabilità de *error facti* e dell’inescusabilità dell’*error ius*, senza si curi di un studi più approfondito (...). Lácordo è perfeto su l’efficacia scusanti dell’*error facti*: ma su l’*ignorantia iuris* le opinioni sono varie ed opposte”. (*L’Errore nel Diritto Romano*, Milano, Guiffre, 1937, p. 178).

⁽²¹⁾ Cf. Octavio Pérez-Victoria Moreno, “Prologo”. *El Conocimiento de la Antijuridicidad en la Teoría del Delito*, Barcelona, Bosch, 1962, p. 7. Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1997, p. 198.

⁽²²⁾ Cezar Roberto Bitencourt, *Erro Jurídico-Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 47. Numa opinião contrária e sem eco na doutrina Antonio Quintano Ripoles: “Una terminología más moderna, importada de Alemanha, donde lá popularizo el Conde Zu Dohna, sustituye las tradicionales denominaciones de ‘error o ignorancia de derecho’ por la de *error sobre la proibicion (verbotsirrtum)*, y la de ‘error de hecho’ por la *error sobre caracteres do tipo (Tatbestandsirrtum)*; neologismos que en fondo a nada pratico conducen y que traducidos al castelhano son de incómodo manejo”. *Compendio de Derecho Penal*, vol. I, Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1958, p. 206.

⁽²³⁾ Juan Córdoba Roda, *El Conocimiento de la Antijuridicidad en la Teoría del Delito*, op. cit., p. 35.

1.2.1. Erro de fato e erro de direito

Precisa é a definição de Asúa sobre erro de fato, que o concebe como sendo o erro que “impide al sujeito activo lograr la representación real del acontecimiento” (24).

O erro de fato pode ser essencial ou acidental. Essencial é aquele que versa sobre os elementos do fato descrito no tipo que são imprescindíveis para a existência do crime (25). O acidental versa sobre alguma circunstância ou elemento que não elide a subsunção da conduta na norma (26).

Podemos exemplificar o erro de fato essencial na seguinte hipótese: no tipo penal do art. 121 do Código Penal brasileiro, quando se proíbe a conduta de matar “alguém”, a norma comanda que é proibido matar o ser humano. Assim, se numa caçada José atira num vulto que, de uma certa distância, se parece com um animal de grande porte, ele erra quanto às condições de fato previstas pela norma do art. 121. Se José efetivamente atirasse em um animal, sua conduta não se subsumiria no tipo de homicídio. Como ele age sem conhecer a circunstância de fato de não ter atirado em um homem, ele incide em erro de fato.

Diz, sobre o erro de fato essencial, com muita propriedade Alimena que “infatti, se credo d’uccidere en cinghiale e uccido un uomo, se di versar zucchero noel caffè e vi verso arsenico, io potrò essere l’uomo più disgraziato del mondo, ma non sono um delinquente: *voluntas, non factum puniendum est*” (27).

O erro de fato essencial exclui o dolo. Com efeito, o agente não pode ter vontade livre, aliada a previsibilidade, se não representa mentalmente o fato como ele efetivamente o é. No exemplo visto anteriormente não pode ser imputado o dolo de matar um ser humano, se o agente não tinha dirigido sua vontade para isto (28). Subsiste, entretanto, a responsabilidade penal a título de culpa, quando for prevista a modalidade culposa.

O erro de fato acidental pode ser exemplificado numa hipótese semelhante: numa caçada, José aproveita a circunstância de João, seu desafeto, ter começado uma discussão para matá-lo. Para lograr seu intento, desfere um tiro com arma de fogo em direção a João. Ocorre que a bala produziu uma faísca que fez com que houvesse uma explosão, em virtude de um terceiro ter derramado, acidentalmente, gasolina no chão, circunstância essa que José desconhecia totalmente. João vem a morrer da queimadura e não do disparo da arma de fogo. No caso, houve um erro de fato acidental, posto que o erro de José não elidiu a subsunção de sua conduta ao tipo do homicídio.

Há, também, erro de fato acidental na seguinte hipótese: um gatuno furta um determinado bem, com a intenção de lesar o patrimônio de Maria, quando, em verdade, o bem

(24) Luis Jimenéz de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, vol. VI, Buenos Aires, editorial losada, 1962, p. 329.

(25) Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale*, op. cit., p. 210.

(26) *Idem, ibidem*, p. 212.

(27) Bernardino Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, vol. II, Torino, Fratelli Boca, s/d, p. 372.

(28) Com acerto, diz Giulio Batagline que “Si suppone una estrisecazione della volontà. Accade però che la volontà è viziata da una falsa rappresentazione, per cui il soggetto non s’immagina che ciò che egli volontariamente pone in essere costituisca la materialità di un reato, mentre invence la costituisce”. (*Diritto Penale — Parte generale*, Padova, CEDAM, 1949, p. 262).

furtado era de Marta. Neste caso, as circunstâncias de fato do tipo penal permaneceram íntegras, em que pese o *error in personam*.

O erro de fato acidental deixa a responsabilidade a título de dolo íntegro, podendo o agente se eximir apenas da eventual circunstância agravante.

O erro de direito é a ignorância da lei ou a sua má compreensão. Com precisão o define Antolisei como sendo o “che consiste nella completa ignorancia di essa, sia che consista in un’inesatta conoscenza (erronea interpretazione)” (29). Há uma similitude entre os ordenamentos jurídicos na questão dos efeitos do erro de direito: em regra não se lhe atribui exclusão de responsabilidade penal, daí o uso das expressões latinas *error jus nocet* e *error vel ignorantia jus non excusat*. A norma da absoluta inescusabilidade do erro de direito não é originária do direito romano, mas do direito canônico, que “proclamò la regola generale: ‘ignorantia facti, non iuris excusat’” (30).

Existem três posições doutrinárias para fundamentar este princípio. A primeira é que a obrigação de conhecer a lei se fundamenta numa presunção *juris et de jure*. Para ordenamento jurídico, através de uma ficção legal, presumir-se-ia o pleno domínio de conhecimento das leis penais, sem que se admitisse prova em contrário (31).

A segunda posição, defendida pelo grande jurista italiano Vincenzo Manzini, fundamenta o princípio *error jus nocet* no dever cívico do conhecimento da lei. Manzini diz que, havendo a obrigatoriedade do Estado tutelar juridicamente todos os cidadãos e as outras pessoas que vivem no seu território, exige-se a obrigação cívica de conhecer a lei, como uma correspondência à obrigação do Estado. O sujeito não pode invocar o desconhecimento da lei porque feriu o próprio dever de conhecê-la, devendo assumir o risco da própria ignorância (32).

A terceira posição funda o princípio *error vel ignorantia non excusat* numa necessidade política. Afirma-se que o poder judiciário encontraria muitos percalços, os quais impediriam o seu funcionamento, se se pudesse invocar que a conduta foi realizada em virtude do desconhecimento da lei. Por isso, já afirmou Carrara que “o êrro de *direito* jamais escusa. É de boa política que presuma no cidadão o conhecimento da lei penal, o que aliás, é dever de todos” (33). No mesmo sentido também fundamenta Antolisei, que

“il canone dell’assoluta obbligatorietà delle norme penale è senza dubbio dettato da una necessità politica, como se afferma in modo esplicito nela relazione al Progetto definitivo del vigente codice penale, e precisamente dall’esigenza di assicurare una ferma spedita applicazione delle leggi, evitando gli intralci, che inevitabilmente si verificherebo nel funzionamento della giustizia, qualora gli imputado fossero ammesi a provare, di volta in volta, che ignorava l’ezistenza del divieto” (34).

(29) Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale*, op. cit., p. 215.

(30) Vincenzo Manzini, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, vol. II, Torino, Unione Tipografica, 1950, p. 19.

(31) Neste sentido o jurista italiano, da segunda metade do século XIX, Nicolini: “La regla de que *ignorantia del derecho non excusa*, no se funda más que en la presunción legal de su conocimiento”. *Apud* Everardo da Cunha Luna, “Ignorância ou Êrro de Direito”, op. cit., nota de rodapé à p. 264.

(32) Vincenzo Manzini, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, op. cit., pp. 27-29.

(33) Francesco Carrara, *Programa do curso de direito criminal*, op. cit., p. 196.

(34) Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale*, op. cit., p. 216.

1.2.2. Erro de tipo e erro de proibição

O erro de tipo é aquele que incide sobre os elementos descritos no tipo legal, quer sejam eles fáticos ou normativos. Diferencia-se, assim, do antigo erro de fato, pois, enquanto este versava apenas sobre as circunstâncias de fato do tipo legal, o erro de tipo incide sobre qualquer circunstância do mesmo, quer seja fática, quer seja normativa⁽³⁵⁾. Deste modo o erro de tipo, por versar também sobre circunstâncias normativas, abrange casos que já foram tratados como erro de direito.

No tipo do art. 171 do Código Penal que pune como criminosa a conduta de “Receber, para si ou para outrem, vantagem ilícita em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”. Se o agente supõe que a vantagem que recebeu foi lícita, como no caso de uma segurada da previdência social, já velha e analfabeta, que não sabe que uma quantia a maior depositada indevidamente pela Previdência Social em sua conta não lhe pertence. Se ela fica com a quantia recebida, em que pese manter em erro a Previdência, incide em erro de tipo, posto que desconhecia um elemento normativo do mesmo, isto é, a licitude da vantagem. Este exemplo, anteriormente seria classificado não como erro de fato, mas como erro de direito, por versar sobre um elemento normativo do tipo.

O erro de tipo pode ser, ainda, essencial ou acidental. Será essencial se versar sobre uma circunstância do tipo que exclui o caráter criminoso da ação. Faltarão, pois, a “equivalência típica entre o objeto representado e o objeto faticamente agredido”⁽³⁶⁾. Wessels propõe um exemplo, que podemos classificar de erro de tipo essencial, que é o “ caso em que A quer matar o cão de seu vizinho N, mas, mata o filho de N, que rastejava na casa do cachorro, porque o tomara pelo cão, no luso-fusco”⁽³⁷⁾. O tipo penal de homicídio supõe que o bem jurídico agredido seja a vida humana. Se o agente pretendeu matar um cão e matou, por erro, um ser humano, não há uma equivalência típica entre o que foi representado em sua consciência e o que ocorreu no mundo fenomênico dos fatos.

Erro de tipo acidental é aquele que não elide a adequação típica entre a representação mental do agente da realidade e o objeto faticamente agredido. Assim, por exemplo, o agente dirige a sua vontade para matar A e, visando executar a empreitada criminosa, vai à casa do mesmo, à noite, na hora que ele em regra dorme. Sabendo, igualmente, que A dorme no primeiro quarto da casa, vai até a janela do referido quarto e atira contra um vulto que dorme na cama. Se, eventualmente, B dormia na cama de A, haverá um caso de erro de tipo acidental (*error in personam*).

(35) No erro de tipo “se abla en ‘error sobre las circunstancias de hecho’ y no de error ‘sobre los hechos’(...). En efecto, el legislador, al configurar un tipo para incluirlo en la Parte especial del Código, lo ha mechado, muy a menudo, de elementos no sólo subjetivos, sino normativos también., e incluso se suele referir a disposiciones de derecho civil (propiedad, apoderamiento, etc.) y hasta a disposiciones administrativas que llenan el tipo vacío en algún artículo del Código penal (leys en blanco). Cuando sera, pues, el error de hecho, y cuando deberemos decir que el error es de derecho? Estas complicaciones y dudas se resuelven, en buena parte, hablando de *error de tipo*. Todo lo que hale acogido en el *precepto* legal (no en la *sanción*), es error de tipo”. Luis Jimenez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., p. 541.

(36) Johannes Wessels, *Direito Penal — Parte Geral (aspectos fundamentais)*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1976, 57.

(37) *Idem, ibidem*, p. 57.

O erro de tipo essencial exclui o dolo, mas deixa a eventual responsabilidade a título de culpa intacta. O erro de tipo acidental não exclui o dolo, em virtude de ter havido a adequação típica entre a representação mental do agente e a conduta descrita no tipo. No exemplo acima, o tipo penal protege a vida humana. Se é verdade que o agente errou quanto à pessoa, é verdade também que há erro no dolo de tirar a vida humana, que é justamente o bem jurídico tutelado pela norma penal do art. 121.

O erro de proibição, que é o objeto desta pesquisa, para evitar desnecessárias repetições, não será estudado neste capítulo, mas sim em toda a próxima parte.

II — LOCALIZAÇÃO DO ERRO NA TEORIA DO DELITO

2.1. Erro como excludente de antijuridicidade

Explicado o conceito de erro, vem-nos o seguinte questionamento: onde se insere o erro, e, conseqüentemente, o erro de proibição, na teoria do delito? Qual a sua função e a sua importância na referida teoria do delito?

O erro de proibição, bem como qualquer espécie de erro, insere-se na culpabilidade. Ele é precisamente uma causa de exclusão da culpabilidade. Em que pese a posição do respeitável tratadista argentino Eusebio Gómez, titular da Universidade de Buenos Aires, durante o início do nosso século, que considerava o erro como excludente da antijuridicidade, a doutrina moderna é unânime em considerá-lo como uma causa de isenção de culpa. Assim se pronunciava o mestre argentino:

“La doctrina e la legislación universal admiten ciertas circunstancias como excludentes de ilicitud de un hecho que, objetivamente, reviste los caracteres del delito. Son las llamadas causas de justificación (estado de necesidad, legítima defensa, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho). Más propio referirse a ellas, como lo hace el Proyecto argentino de 1937, para declarar que, cuando se presentan no existe delito. El error de hecho, en determinadas condiciones, excluy la ilicitud”⁽³⁸⁾.

A opinião do professor Gómez soa uníssona na doutrina. Com efeito, sabe-se que a antijuridicidade é um juízo de desvalor sobre o fato, enquanto a culpabilidade é um juízo de desvalor sobre o autor. O erro, como processo intelectual que é, refere-se diretamente ao autor. Se se dissesse que o erro exclui a antijuridicidade, implicar-se-ia dizer que o fato naturalístico tem intelecto! Por isso, mesmo antes de elaborado doutrinariamente o conceito de culpabilidade, a maioria dos penalistas já classificava o erro como excludente da imputabilidade⁽³⁹⁾, que dizia respeito à possibilidade de imputação de uma responsabilidade penal à pessoa do autor.

⁽³⁸⁾ *Tratado de derecho penal*, vol. I, Buenos Aires, Compañía argentina de editores, 1939, p. 383 (grifo nosso). O grande penalista ratifica sua posição mais adiante: “El error de hecho excluy la ilicitud...” (op. cit., p. 542). Afirma, ainda: “Conforme la legislación argentina, ni la ignorancia de la ley, ni el error de derecho excluy la delituosidad”. (op. cit., p. 546 — grifo nosso).

⁽³⁹⁾ Bernardino Alimena, *I limiti i il modificato nella teoria della imputabilità*, op. cit., pp. 358 e ss., Carlo Binding, *Compendio di diritto penale — parte generale*, Roma, Atenerum, 1927, pp. 184 e ss.

2.2. Erro como excludente de culpabilidade

Como o erro situa-se na culpabilidade, é imprescindível, no âmbito desta pesquisa, discorrer sobre a mesma e relacioná-la com o erro.

O crime é uma ação típica, antijurídica e culpável. Portanto, para que haja um crime é necessário que existam todos os seus elementos, quais sejam: a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. A tipicidade é um juízo de adequação do fato humano com a norma do direito, a antijuridicidade é um juízo de contrariedade do fato humano com o direito. Tanto a antijuridicidade, quanto a culpabilidade, referem-se ao fato do homem, são portanto juízos que se fazem sobre o fato. A culpabilidade, por sua vez não é, a exemplo dos demais elementos, um juízo sobre o fato, mas um juízo sobre o *autor* do fato. Assim, se pela tipicidade e antijuridicidade pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o fato, pela culpabilidade, pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o autor do fato.

A culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, feito a um autor de um fato típico e antijurídico, porque, podendo se comportar conforme o direito, o autor do referido fato optou livremente por se comportar contrário ao direito ⁽⁴⁰⁾.

Quando se diz que a culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, diz-se que a mesma é um juízo que recai sobre a pessoa. Por isso diz-se que a culpabilidade é o elemento mais importante do crime, porque o Direito Penal há muito abandonou a responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva, para debruçar-se sobre a responsabilidade pessoal. Na referenciada responsabilidade objetiva não se fazia nenhuma indagação sobre os motivos que levaram o agente a cometer o delito, mas somente interessava o resultado de dano.

A culpabilidade, pois, veio romper definitivamente com a responsabilidade objetiva.

Quando se diz que a reprovação recai sobre o autor de um fato *típico e antijurídico*, diz-se que a culpabilidade é um juízo derivado. Primeiro é necessário que exista um ação típica e antijurídica, para depois haver o juízo de culpabilidade. Com efeito, se não há um fato, não se pode fazer uma reprovação ao autor do fato, como salta aos olhos.

Na última parte do conceito de culpabilidade vemos que, para que a mesma se perfaça, é necessário que o autor tenha optado livremente por se comportar contrário ao direito. Se o autor não pode, nas circunstâncias, comportar-se conforme o direito, sobre ele não pode recair um juízo de reprovação. A razão da reprovação feita pelo juízo de culpabilidade é o fato de o autor, quando podia comportar-se conforme o direito, optou comportar-se contrário ao direito.

Por conta da relevância da culpabilidade, é através dela que se atribui a consequência do crime, ou seja, a pena ⁽⁴¹⁾. Assim, a pena é proporcional à culpa. Porém,

⁽⁴⁰⁾ Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962, p. 14.

⁽⁴¹⁾ Neste sentido, Francisco Muñoz Conde: "Para uma imposição de uma pena, principal consequência jurídico-penal do delito, não é suficiente a aprática de um fato típico e antijurídico, como se deduz de alguns preceitos do Direito Penal vigente em qualquer país civilizado, a prática de um fato delitivo, no sentido de um

nem sempre exigiu-se um juízo de reprovação sobre o autor para se impor a sanção penal. No seu primórdio, vigia no direito penal a responsabilidade sem culpa, onde só se observava o nexos de causalidade entre a conduta do homem e o resultado tido como criminoso, independentemente de qualquer análise pessoal sobre o autor do fato. Nesta época, ensina Roque de Brito Alves, havia o domínio

“do velho princípio medieval de ‘qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu’, constitutiva da intitulada responsabilidade penal objetiva, sem culpa. Não existe, em nossa época, oportunidade alguma para o especialmente denominado ‘direito penal objetivo’ no sentido de responsabilidade penal com fundamento no resultado (lesão, dano) produzido pela conduta criminosa, como ocorreu no primitivo direito romano e germânico” (42).

Por se saber a importância do juízo de culpabilidade para a aplicação da pena é que se afirma que “por el perfeccionamiento de la teoria de la culpabilidad se mide el progreso del derecho penal” (43).

Não se pense, contudo, que há um conceito unânime de culpabilidade. Para Aftalión, por exemplo, o conceito de culpabilidade é um conceito impotente. O autor escreve que

“hace ya algun tiempo que me permití señalar la impotencia en que se encuentran las más corrientes concepciones acerca de la culpabilidad para dar cuenta cabal de numerosas situaciones que plantea la experiencia jurídica (esta, como los conejillos, no se cura mucho de las teorías) (...). Me referí entonces, en especial, a los casos en que se hace posibles a personas jurídicas de sanciones de naturaleza penal, no obstante las dificultades que esta clase de personas ofrecen para hacer jugar las concepciones más difundidas de culpabilidad” (44).

Para o filósofo-penalista argentino a culpabilidade deve ser conectada ao conceito de perigosidade, posto que quando não há perigosidade, não há a reprovabilidade (45).

Para Maurach, de outro lado, a culpabilidade está inserida em uma categoria maior que é a atributividade. Para o professor de Munique, como a atividade do juiz penal é dupla, ou seja, aplicar a pena e aplicar a medida de segurança, deve-se reunir os dois conceitos para que a culpabilidade e a perigosidade estejam submetidas a um conceito maior; à ação culpável se imporia uma pena e à ação perigosa de um inimputável se imporia uma medida de segurança. “Ambas reacciones presuponen que la acción típicamente

fato típico e antijurídico, não acarreta automaticamente a imposição de uma pena ao autor deste fato: existem casos em que o autor de um fato típico e antijurídico fica isento de responsabilidade penal”. (*Teoria geral do delito*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 125).

(42) Roque de Brito Alves, *Direito Penal — Parte Geral*, Recife, Inojosa, 1977, p. 411.

(43) Franz von Liszt, *Tratado de derecho penal*, vol. II, Madrid, Reus, s/d. p. 390.

(44) Enrique Aftalión, *La escuela penal tecnico-jurídica y otros estudios penales*, Buenos Aires, Librería Jurídica, 1952, pp. 92-93.

(45) *Idem, ibidem*, p. 95.

antijurídica puede ser atribuida al sujeto como obra de su voluntad. En relación a la pena por aplicación del principio ‘ninguna pena sin culpabilidad’ ello resulta indudable. Pero no otra cosa rige para la actividad aseguradora del juez penal: las medidas de seguridad juridico-penales perderían su sentido si acto y autor restaran desvinculados, si el acto no apareciera como propia obra de su artífice” (46).

Com o fim de demonstrar ainda mais as divergências sobre o conceito de culpabilidade, trazemos à colação a posição do professor alemão Jürgen Baumann, para quem a culpabilidade é decorrente da responsabilidade social. Em primeiro lugar a culpabilidade seria um conceito tão amplo que permitiria em si mesmo a “socialización, secularización y desmitologización del concepto tradicional de culpabilidad” (47). Ao lado de uma culpabilidade jurídica, existe uma culpabilidade moral, uma culpabilidade religiosa, etc., que não dão, porém, fundamento a uma concepção jurídica de culpabilidade. A culpabilidade jurídica é, em verdade, uma culpa social-jurídica, pois advém de um comportamento socialmente responsável e da possibilidade de um comportamento socialmente responsável, a saber: o sujeito deve direcionar-se conforme às exigências da sociedade. Se assim não procede, sua conduta será revestida da reprovação social, “por no haber observado las exigencias sociales cumplibles en general y por él también” (48). Ao passo que o conceito de culpabilidade deve ser socializado e secularizado, ou seja, liberto da culpabilidade moral e da religiosa, deve ser desmitologizado, o que significa que ele deve ser igualmente liberto dos laços morais e religiosos a que se arraigou (49).

2.2.1. Evolução do conceito de culpabilidade

A evolução dogmática do conceito de culpabilidade passou por várias fases. Em que pese sabermos que só no início deste século, com Reinhart Frank, se construiu um conceito científico de culpabilidade, os estudos anteriores a ele já identificavam as espécies de culpabilidade, sem, contudo, “conseguir fijar un concepto comun as duas espécies” (50).

A teoria psicológica da culpabilidade considerava-a como um fato da conduta interna do agente, de cunho puramente psíquico, consistindo no dolo e na culpa. E, parafraseando Fontán Balestra, pode ser definido em poucas palavras, como sendo “la relación psicológica del autor con su fato. Essa relación pode ser más ou menos indireta y aun radicar en un no hacer (casos de culpa), pero se vincula siempre em mayor o menor grado, con la acción” (51).

A concepção psicológica baseia-se na aplicação de uma metodologia puramente naturalística, despida dos elementos normativos e voltada exclusivamente para os elementos causais da culpabilidade. Ao se renunciar aos elementos normativos, concebe-se o dolo como pura previsibilidade aliada à vontade da realização do fato. Abandona-se, assim,

(46) Reinhart Maurach, *Tratado de derecho penal*, vol. II, Barcelona, Ariel, 1962, pp. 12-13.

(47) Jürgen Baumann, “Problemas reales de una reforma del derecho penal y problemas aparentes”, *Libro homenaje a José Peco*, La Plata, Editora Universidade Nacional de La Plata, 1974, p. 13.

(48) *Idem, ibidem*, p. 13.

(49) *Idem, ibidem*, pp. 13-14.

(50) Reinhart Maurach, *Tratado de derecho Penal*, op. cit., p. 14.

(51) Carlos Fontán Balestra, *El elemento subjetivo del delito*, Buenos Aires, Depalma, 1957, p. 4.

o conceito de dolo formulado pelos romanos. Os romanos, com efeito, distinguem dois tipos de dolo: o *dolus bonus*, o qual era a sagacidade para enganar e, portanto, era útil ao sujeito, não contrariando o *Jus*. O *dolus malus* era a vontade livre, consciente e previsível aliada a um mau propósito, propósito este conhecido pelo agente como perverso. Assim, o dolo dos romanos era a vontade e a previsibilidade aliadas à consciência da antijuridicidade. A consciência da antijuridicidade, ou seja, do propósito perverso, era um elemento normativo, que, como dito, foi abandonado pela concepção puramente psicológica da culpabilidade⁽⁵²⁾.

Deveu-se a Frank a formulação da segunda teoria, a psicológico-normativa, em 1907, a qual foi aperfeiçoada por Mezger e Goldsmith e que deu linhas científicas ao conceito de culpabilidade. A culpabilidade não é mais considerada como um puro vínculo psíquico entre o sujeito e o fato, mas, como um juízo de reprovação sobre o agente, por não ter se comportado conforme o direito. Não se nega que esse juízo recai sobre uma realidade psicológica, porém essa realidade psicológica é normatizada pelo direito.

A teoria psicológico-normativa retoma o conceito de dolo dos romanos. O dolo é um elemento da culpabilidade, ao lado da culpa e é considerado como vontade e previsibilidade aliadas ao elemento normativo consciência da antijuridicidade.

Com o advento da teoria finalista da ação, criada por Welzel, a culpabilidade foi despida de todo elemento psicológico para tornar-se puramente normativa. Para o pai do finalismo, toda ação humana é dirigida a um fim, ou seja, a ação é finalística, por consequência, o elemento psicológico (dolo) está na ação e não na culpabilidade⁽⁵³⁾. A culpabilidade, como dito, não contém nenhum elemento psicológico, mas somente elementos normativos: é formada pela consciência da antijuridicidade, da imputabilidade e da exigibilidade de outra conduta.

Francisco de Assis Toledo ensina, com inigualável precisão, que Welzel não adicionou nenhum elemento novo à culpabilidade. Ele apenas “rearrumou” seus elementos deslocou o dolo para a ação, mas o fez sem o seu elemento normativo, qual seja a consciência da antijuridicidade. Isto ocorreu porque o *dolus malus* dos romanos já sobrevivera muito tempo e não podia mais subsistir frente a um direito penal moderno, impregnado de valiosas contribuições da criminologia. A culpabilidade, por sua vez, ficou sendo este elemento normativo que antes pertencera ao dolo, qual seja, a consciência da antijuridicidade, aliado a imputabilidade e a exigibilidade de outra conduta⁽⁵⁴⁾.

Welzel ensina que quando o autor imputável tem a consciência da antijuridicidade da ação se encontra estabelecida *materialmente* a culpabilidade. Todavia, como diz Welzel “esto no significa que el ordenamiento jurídico tendrá que hacer el reproche de culpabilidad. *Más bien puede tener razones para renunciar al reproche de culpabili-*

(52) Bastante esclarecedora é a posição de Francesco Carrara, que assim escreve: “A história do direito penal se divide em três estádios, que atualmente são delimitados com clareza. Na primeira fase o direito criminal foi uma doutrina *teológica*; na segunda, uma doutrina *metafísica*; na terceira e última, uma doutrina *matemática*”. (*Programa do Curso de Direito Criminal*, op. cit., p. 71).

(53) Hans Welsel, “La Posicione Dogmatica della Dottrina Finalista dell’Azione”, *Rivista italiana di diritto penale*, Milano, Guiffre, 1951, p. 6.

(54) Francisco de Assis Toledo, *Princípios Básicos de Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1991, pp. 226-227.

dad y en tal medida 'exculparlo' y absolvelo de pena" (55). Assim, quando se estabelece materialmente a culpabilidade, ver-se-á se *era exigível que o autor se comportasse conforme o direito*, isto é, julgar-se-á se naquele caso havia, além do dever, *o poder comportar-se conforme o direito*. Com muita precisão, diz Bitencourt que “um dos elementos mais importantes da reprovabilidade vem a ser essa possibilidade concreta que tem o autor de determinar-se conforme o sentido em favor da conduta jurídica” (56).

III — PRESSUPOSTOS DO ESTUDO DO ERRO DE PROIBIÇÃO

3.1. O conceito de antijuridicidade

Para compreender-se o erro de proibição é imprescindível partir dos conceitos de consciência e de antijuridicidade, com vistas a se chegar, não no âmago do problema (que, enfatizamos, é um problema de culpabilidade), mas na compreensão de seus pressupostos (57).

3.1.1. Antijuridicidade na teoria geral do direito

O estudo do direito, enquanto teoria geral, é algo recente. Bobbio, por exemplo, assinala que somente a partir de Kelsen, os problemas da norma jurídica e do ordenamento jurídico puderam ser tratados como parte da multi referida Teoria Geral (58). Dentro dela, a antijuridicidade é, tradicionalmente, um dos temas mais importantes.

Everardo da Cunha Luna chega ao ponto central da questão do desenvolvimento doutrinário da antijuridicidade ao afirmar que

“Sendo categoria jurídica comum a todos os ramos do direito, constitui um dos temas basilares da *teoria geral*, com implicações de natureza jurídica-filosófica. O apuramento doutrinário da antijuridicidade, porém, deve-se ao direito penal, o que não acontece por acaso, mas certamente porque é o direito penal o ramo jurídico essencialmente de ilicitudes” (59).

(55) Hans Welsel. *Derecho Penal Alemán*, Santiago, Editora Jurídica do Chile, 1997, p. 210, grifo nosso.

(56) César Roberto Bitencourt, *Manual de Direito Penal*, São Paulo, RT, 1998, p. 321.

(57) Figueiredo Dias, corroborando a nossa posição assim se expressa: “Já o saber aquilo que seja o problema da consciência da ilicitude por cuja relevância se pergunta em direito penal padece correntemente de equívocos irremediáveis. Equívocos que provém muitas vezes de se confundir a estrutura formal do problema — por onde há de naturalmente começar-se a investigação — com análise teórica dos termos que o constituem: se pode, na verdade discutir-se o que deva ser consciência e ilicitude, importa não considerar a discussão de tais elementos como pressuposto necessário da posição do problema como tal, mas antes como condição essencial e imprescindível daquela discussão”. (*O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, op. cit., p. 4). grifo nosso.

(58) Bobbio, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste Santos, Brasília, Polis, 1989, p. 21.

(59) *Capítulos de Direito Penal*, São Paulo:Saraiva, 1985, p. 112. Grifo nosso.

Conforme já afirmou Kelsen, o Direito é uma ordem de coerção⁽⁶⁰⁾. Por coerção deve se entender a possibilidade do uso da força física para o cumprimento do ato determinado, no caso de resistência dos sujeitos por eles atingidos. Dentre os atos de coerção situa-se a *sanção*, que são “actos de coerção que são estatuídos contra uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica, como, por exemplo, a pena de prisão prevista para o furto”⁽⁶¹⁾.

A noção de ilicitude (ou de antijuridicidade) está ligada à noção de sanção, posto que *o ilícito consiste na conduta contra a qual a sanção é dirigida como reação*⁽⁶²⁾. Não há, pois, do ponto de vista de uma Teoria Geral do Direito um fato que por si só seja lícito ou ilícito. A licitude ou ilicitude de um fato deve-se exclusivamente a atribuição de uma sanção pelo ordenamento jurídico ao comportamento contrário ao seu comando⁽⁶³⁾.

Se o ordenamento jurídico atribui uma sanção àquele comportamento que for diferente do que a norma dispõe (por exemplo: a abstenção de matar, porque ao direito interessa a preservação da vida humana; o cumprimento dos contratos, pois os pactos devem ser cumpridos), é porque o Direito não quer que o bem jurídico tutelado na norma seja violado. Este pensamento foi captado magistralmente por Hart, ao afirmar que “O direito criminal é algo que obedecemos ou desobedecemos e o que suas regras exigem é designado como ‘dever’. Se desobedecermos, diz-se que ‘infringimos’ a lei e o que fazemos é juridicamente ‘errado’, uma violação de um dever ou um ‘delito’”⁽⁶⁴⁾.

Pode-se definir a antijuridicidade como a relação de contrariedade do fato do homem com o comando que dispõe a norma do direito. Essa relação de contradição não existe somente no âmbito do direito penal, mas em todos os ramos do direito, conforme afirmou Batagline⁽⁶⁵⁾, pois todos os ditos ramos do direito apresentam contradição do fato com a norma, sendo o correto falar-se em antijuridicidade penal, administrativa, civil, etc.

3.1.2. A antijuridicidade como essência do crime

Dentro da doutrina da antijuridicidade, distinguimos duas correntes: uma a considera como elemento do crime, outra a considera como essência do mesmo.

Antolisei considera a antijuridicidade como a contradição, o contraste da conduta, com um preceito do ordenamento jurídico. Diz, com muita precisão, que a antijuridicidade não é um elemento do crime, pois é a essência mesma, o crime em si. Como o crime é uma infração a uma norma penal, essa relação de contradição exaure sua essência.

Com relação à essência da antijuridicidade, esta traduz-se em um juízo, mais precisamente um juízo de relação. É um juízo sobre a ação humana, para reconhecer o fato

⁽⁶⁰⁾ Kelsen, Hans, *Teoria Pura do Direito*, Coimbra, Armênio Amado, 1976, p. 163.

⁽⁶¹⁾ *Idem, ibidem*, p. 163.

⁽⁶²⁾ *Idem, ibidem*, p. 164.

⁽⁶³⁾ *Idem, ibidem*, p. 168.

⁽⁶⁴⁾ Hart, Herbert, *O Conceito de direito*, 2.^a ed., Lisboa, Caloust Gulbenkian, 1984, p. 34.

⁽⁶⁵⁾ Giulio Batagline, *Diritto Penale — Parte Generale*, Pádua, CEDAM, p. 162.

como contrário a um preceito do direito. Tal juízo é efetuado pelo juiz, que é o intérprete do Ordenamento, o qual considera o fato como contrário aos fins do Estado, reproduzindo “em si a valoração do ordenamento jurídico, o qual, ao proibir um fato, reveste-o da reprovação, considerando-o como contrário aos fins do Estado” (66).

O professor de direito penal da Universidade de Turim, não admite que a antijuridicidade seja objetiva ou subjetiva, é simplesmente a relação de contradição do fato unitariamente considerado, pois “A antijuridicidade, como caractere essencial ao crime, é imanente a ele: investe-o na sua totalidade, isto é, em todos os fatores que o constituem” (67).

Batagline também considera a antijuridicidade como essência do crime. Seguindo a linha de raciocínio de Antolisei quanto à natureza da antijuridicidade, diz o professor da Universidade de Pavia, que esta “não pode ser elemento (e nem mesmo característica) do crime porque... é o crime mesmo!” (68).

Everardo Luna define a antijuridicidade como a “relação de contrariedade entre a ação humana e a norma do Direito” (69). Relacionar é contrapor um objeto ao outro, sendo, na antijuridicidade, os termos relacionados a ação humana e a norma do Direito. A ação é o fato valorizado, a norma, o fato valorizante.

A ação humana, o primeiro dos termos relacionados, é a unidade dialética entre querer e fazer. A contradição do “fazer” com a norma dá origem à antijuridicidade objetiva; a contradição do “querer” com a norma dá origem à antijuridicidade subjetiva. As concepções objetiva e subjetiva da antijuridicidade, destarte, são decorrentes da ação humana.

A norma jurídica, o segundo dos termos relacionados na definição da antijuridicidade, é a unidade dialética entre preceito e conteúdo. A contradição da ação humana com o preceito da norma origina a antijuridicidade formal; a contradição da ação humana com o conteúdo da norma origina a antijuridicidade material. Assim, as concepções formal e material da antijuridicidade decorrem da norma jurídica.

Para o Catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife, não existe propriamente uma antijuridicidade formal em contraposição com uma antijuridicidade material, nem uma objetiva em contraposição com uma subjetiva. A antijuridicidade é uma só, havendo, apenas, o aspecto objetivo, subjetivo, formal e material, que coexistem ao mesmo tempo e não se excluem entre si (70).

Afirmamos anteriormente, influenciados por Everardo Luna, que

“A antijuridicidade é um juízo, juízo de contrariedade ao Direito, de valor negativo ou desvalor. Como puro juízo existe no sentido objetivo do ser e não no sentido material do fato. A antijuridicidade constitui a essência do crime e esse dito juízo de valor é uma abstração jurídica.

(66) Francesco Antolisei, *Manuale de Diritto Penale*, Milano, Guiffré, 1947, pp. 95-96.

(67) *Idem, ibidem*, p. 98.

(68) Giulio Batagline, *Diritto Penale*, op. cit., p. 162.

(69) Everardo Luna, *Capítulos*, op. cit., p. 113.

(70) Everardo da Cunha Lina, *Injuricidade*, op. cit., p. 158.

O crime é uma violação a uma proibição legal, definida em lei, sob ameaça de uma pena. A antijuridicidade traduz-se nesta Proibição. Ela é um juízo de valor negativo ou desvalor, que atribui ao fato do homem a qualidade de ser contrário ao Direito, dando a ação o caráter não-querida pelo Ordenamento Jurídico.

A antijuridicidade é uma inferência feita pelo julgador, que encerra um juízo de valor, o qual expressa dois significados: 1.º) Que a ação humana foi contrária às exigências do Direito; 2.º) Que o agente não poderia omitir-se de praticar esta ação. Ocorre que, por ser a antijuridicidade puro juízo de valor, não pode ser regulada pelo Direito. Como sabido, o Direito regula condutas, não juízos. Se não é regulada pelo Direito, a antijuridicidade nunca pode ser elemento do crime. É, enfatizamos, sua essência.

Agora vem-nos o questionamento: como o julgador fará o juízo de contrariedade ao Direito? Fá-lo-á livremente, ou fa-lo-á vinculadamente?

O juiz utilizar-se-á, primeiramente, da relação de adequação da ação com a norma, ou seja, deve se utilizar da tipicidade. Nestes termos, como dito, a tipicidade é a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade. Em segundo lugar, deve o juiz analisar se o conteúdo probatório da norma penal deve ser afastado, por estar a ação abrangida por uma causa que exclua a antijuridicidade. Daí se conclui que o juízo de antijuridicidade é feito vinculadamente, tendo como base o tipo penal.

Quando o julgador reconhece que a ação humana não poderia ser omitida, ela passa a ser uma ação justificada, ou seja, conforme às exigências do Direito, e por isso reveste-se de juridicidade. Deste modo, a ação humana abrangida pela causas de justificação (excludentes de ilicitude) não é simplesmente uma ação tolerada pelo Direito, mas é uma ação querida pelo Direito.”

Contudo, hoje pensamos diferente. Não há sentido em privilegiar a antijuridicidade frente aos outros elementos do crime, principalmente por força do papel que a culpabilidade ocupa na teoria do delito: o ponto nevrálgico do aperfeiçoamento do Direito Penal. Ademais, sabe-se que sem tipicidade e sem culpabilidade não há crime. Considerar a antijuridicidade como elemento do crime é a posição que melhor se coaduna com o conceito tripartido do mesmo ⁽⁷¹⁾. Não há dúvida, entretanto, que a antijuridicidade é um elemento que se sobressai, pois “entre os elementos constitutivos do crime não há outro que dê tamanho tonalidade e relevo à matéria quanto a contradição do fato com as exigências do Direito, vale dizer, esse choque entre o fato e a norma” ⁽⁷²⁾.

(71) “No procedimento criminal, o valor do conceito tripartido de delito reside no fato de que os níveis de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade se sucedem uns aos outros no processo de obtenção da resolução, com o qual se possibilita, ao menos se facilita, uma jurisprudência ponderada e contrastável, que garante assim a segurança jurídica”. Hans-Heirich Jescheck. “A nova dogmática penal e política criminal em perspectiva comparada”. *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*, Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 223. A doutrina alemã é quase unânime em adotar esse conceito. *Idem, ibidem*, pp. 221-222. Na doutrina brasileira o adotam César Roberto Bitencourt, *Manual de Direito Penal*, Rio de Janeiro, RT., 1997, p. 170, e Toledo, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 82. São contrários a este conceito Damásio de Jesus, *Direito Penal*, Vol. 1, 12.ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 132-133. Júlio Fabrini Mirabete, *Manual de Direito Penal*, 13.ª ed., Vol. 1, São Paulo, Atlas., 1998, pp. 93-94.

(72) Giussepe Bettioli, *Direito Penal*, op. cit., pp. 358-359.

3.1.3. A antijuridicidade como elemento do crime

Beling, expoente da concepção tripartida do crime, acrescenta que, no seu entender a antijuridicidade não comporta divisões. Quando uma ação é antijurídica ela o é em todos os ramos do direito, porém, quando ela extrapola certos limites objetivamente previstos na lei, estará sujeita a uma sanção penal.

A antijuridicidade da conduta, para o professor da Universidade de Munique, é o pressuposto geral da sanção penal. Quando uma conduta não entra em contradição com o Ordenamento Jurídico, não há que se falar em ação punível na esfera penal, ainda quando contradiga um Ordenamento estranho, como a moral ou os costumes, ou, ainda, quando ocorram delitos putativos ou delitos imaginários (73).

Welzel, considerando a antijuridicidade como elemento do crime, define-a como “el desacuerdo de la acción con las exigencias que impone el derecho que se realizan en la vida social” (74). A ação é constituída de uma unidade de elementos objetivos e subjetivos, o elemento objetivo é a modificação no mundo exterior e o subjetivo consiste no psiquismo do agente.

Para o professor da Universidade de Bonn e criador da doutrina finalista da ação, a antijuridicidade é um juízo de valor objetivo, feito sobre o substrato exterior da ação, qual seja, a modificação no mundo exterior. Este juízo se realiza tendo como base uma escala geral, a saber: o ordenamento sócio-jurídico.

Sintetiza Welzel: “frecuentemente se denomina como un juicio de valor negativo o juicio de desvalor del derecho sobre la acción, en lo que se debe tener siempre presente lo gráfico del término, ya que la antijuridicidad no es, naturalmente, un mero juicio de desvalor, sino una característica de desvalor da acción. Por ello, la antijuridicidad es un juicio de valor objetivo” (75).

Maurach, também considerando a antijuridicidade como elemento do crime, inova a sua teoria, quando afirma que, apesar de aparentemente paradoxal, a teoria da antijuridicidade é a teoria do jurídico e não do antijurídico. Isto se dá porque a função da antijuridicidade é revelar quais ações estão acobertadas pelas causas de justificação. Assim, “la teoría de la antijuridicidad es, en la practica una teoría de lo conforme al derecho, a saber, la presentación de aquellas conductas que, apesar del cumplimiento del tipo, son, en caso particular, no antijuridicas, y por lo tanto irrelevantes para el Derecho Penal” (76). Para Maurach, a ilicitude se limita à caracterização negativa do ato humano. Com a tipificação da conduta esse juízo provisoriamente se instala e se torna definitivo se não for acobertado por uma causa justificante.

Mezger também considera a antijuridicidade como elemento do crime. Afirma que a antijuridicidade é um juízo sobre a ação, pelo qual a questão da ação adquire uma determinação jurídico-normativa. Define-a como “O juízo, que a ação contrasta com o ordenamento jurídico e com a norma legal, caracteriza qualitativamente a ação como

(73) Beling, Ernst von, *Esquema de Derecho Penal — La doctrina del Delito-Tipo*, Buenos Aires, Depalma, 1944, p. 22.

(74) Hans Welzel, *Derecho Penal, parte general*, Buenos Aires, Depalma, 1956, p. 57.

(75) *Idem, ibidem.*, p. 57.

(76) Reinhart Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Barcelona, Ariel, 1962, p. 347.

'ilícita' ou na verdade 'antijurídica'" (77). Salieta ainda que, no direito penal, uma ação é vedada ou permitida, não havendo meio termo. Por isto a ação é lícita ou ilícita, não há a ação antijuridicamente indiferente

Considera, o Professor de Direito Penal da Universidade da Baviera, a antijuridicidade como uma ofensa objetiva ao Direito, posto que o juízo de ilicitude reveste a ação como um todo, mas recai especialmente sobre o seu elemento constitutivo essencial: a exteriorização da manifestação da vontade.

Mas não é só no direito alemão que a antijuridicidade é considerada elemento do crime. No direito italiano Bettiol constrói sua teoria com base nesta mesma linha de raciocínio.

A antijuridicidade, para Bettiol, é a violação do fato à norma. O fato viola a norma e a norma reage e reintegra com a pena a lesão ao Ordenamento. Define-se-lha como a "valoração que realiza o juiz acerca do caráter lesivo de uma conduta humana" (78).

A relação entre fato e valor, que é feita em consonância com a norma, cabe basicamente ao direito penal. Fora da esfera dos valores, o direito penal perde sua razão de existir e se transforma num instrumento de arbítrio. São precisamente os valores que dão o contorno ao crime e dão o conceito intrínseco da ação humana. É através dos valores que o legislador vai atribuir o sentido do justo e do injusto, do certo e do errado. É, destarte, a valoração que leva o legislador a considerar determinados fatos como delitos

Todo problema do direito penal adquire sentido quando relacionado à antijuridicidade. Não só o valor tutelado ajuda na compreensão do crime, mas também interfere na compreensão da posição do sujeito passivo na causa, na capacidade de delinquir e na intensidade do dolo. Isto posto, numa visão teleológica do crime, a antijuridicidade é o elemento principal, que dá forma à teoria do delito.

Para o professor da Universidade de Pádua, a antijuridicidade é um elemento do crime, "mas um elemento diverso daquele naturalístico sobre o qual o crime sempre se lastreia. Ela se resolve num juízo de que um fato é lesivo a um bem jurídico. Esta lesão realmente não tem uma realidade perceptível aos sentidos" (79). "Todos os elementos do crime são, portanto, polarizados para a antijuridicidade" (80)

O professor italiano Petrocelli, na sua magistral tese **L'antigiuridicità**, considera a antijuridicidade como elemento do crime, definindo-a como a qualidade do fato de ser contrário ao Direito. Na realidade, como os fatos advindos dos animais e das forças da natureza modernamente estão excluídos do Direito Penal, só o fato do homem, decorrido da manifestação da vontade humana, pode contrariar o Direito.

Por que o Direito manifesta a sua vontade através das normas, a antijuridicidade é a violação destas normas. Toda norma tutela um interesse e impõe um dever. A ação

(77) Mezger, *Diritto Penale*, op. cit., p. 182.

(78) Giuseppe Bettiol, *Direito Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, tomo I, p. 360, Giuseppe Bettiol e Luciono Pettoelo Mantovani, *Diritto Penale — Parte Generale*, Pádua, CEDAM, 1986, p. 325.

(79) Bettiol, op. cit., p. 364, Bettiol e Mantovani, op. cit., p. 328-329.

(80) Bettiol, op. cit., p. 361, Bettiol e Mantovani, op. cit., p. 326.

humana, destarte, contraria o dever imposto e o interesse tutelado. Com relação à contrariedade do interesse juridicamente protegido, a antijuridicidade é formal e material; com relação à contrariedade do dever imposto ao homem, é objetiva e subjetiva.

A ação antijurídica viola a norma. É certo que não viola a letra da norma, a qual continua intacta, mas toda norma é dotada de uma autoridade e de uma força ideal que junte o homem a se comportar conforme o que é regulado por ela. É esta autoridade e força ideal que é violada pela ação, qualificando-a de antijurídica, posto que “a respeito da abstrata validade jurídico-positiva, na verdade, há uma autoridade e força ideal da lei, elemento indivisível e potente de sua validade e eficácia, que a infração indubitavelmente golpeia” (81). Isto se dá vez que o ato vai diretamente de encontro com o imperativo da norma, violando, como dito, uma obrigação jurídica e agredindo o interesse tutelado. Por isso se define pura e simplesmente a antijuridicidade como a contradição da conduta humana com a norma do Direito.

Para o professor da Universidade de Nápoles, a antijuridicidade é um elemento do crime e não se deve confundir este elemento com o fato antijurídico, o qual é o crime em si. O fato antijurídico é composto da antijuridicidade, da culpabilidade e do fato, enquanto a antijuridicidade, abstratamente considerada, é uma relação de contradição. Não pode ser considerada como o crime em si, posto que versa “apenas sobre parte do crime, bem se pode definir, sobre esse aspecto a característica que o fato assume quando reúne em si todos os coeficientes aptos a produzir o contraste com a norma e os efeitos jurídicos desta estabilidade” (82).

No direito brasileiro, a maioria da doutrina considera a antijuridicidade como elemento do crime. Aníbal Bruno e Nelson Hungria, por exemplo, defendem esta posição.

Bruno, como dito, considera a antijuridicidade como elemento do crime. O crime é formado pela antijuridicidade e a tipicidade, e é punível quando se reveste da culpabilidade. Define, o Catedrático da Faculdade de Direito do Recife, a antijuridicidade de um fato como “esse contraste em ele se apresentar em relação às exigências da ordem jurídica, ou mais propriamente esse contraste entre o fato e a norma” (83).

A antijuridicidade é uma categoria comum a todos os ramos do Direito, não sendo exclusiva do Direito Penal. Não há que se falar, destarte, em uma antijuridicidade penal, mas é possível falar-se em ilícito penal. Esse ilícito é a ação antijurídica revestida da tipicidade.

A antijuridicidade como a contradição do fato do homem e da norma do Direito é a antijuridicidade formal. Mas, em que pese a existência da antijuridicidade formal, com um exame mais apurado, como a norma jurídica tutela um interesse, materialmente a antijuridicidade é a contradição do fato com o interesse protegido pela norma. Essa contradição exprime a anti-socialidade da ação.

A antijuridicidade material transcende o Direito. Ela preexiste a ele, devendo o legislador atender à formalização da antijuridicidade material a fim de que o Direito Penal corresponda às exigências da sociedade. Sem a mencionada formalização da antijuri-

(81) Biagio Petrocelli, *L'antigiuridicità*, Padua, CEDAM, 1947, p. 14.

(82) Biagio Petrocelli, *L'antigiuridicità*, Padua, CEDAM, 1947, p. 2.

(83) Aníbal Bruno, *Direito Penal*, tomo II, Rio de Janeiro, Forense, 1956, p. 347.

dicidade não é possível falar-se em existência de delito, por força do princípio *nullum crimen nulla poena sine lege* ⁽⁸⁴⁾.

Bruno conclui seu entendimento afirmando que esse juízo de contradição tem que ser feito no seu aspecto objetivo. Isto se dá porque a reprovabilidade da ação independe das condições psicológicas do agente, visto que ela é feita a partir da sua realidade objetiva, qual seja, da modificação ocorrida no mundo exterior.

Nelson Hungria também considera a antijuridicidade como um elemento do crime. Para ele o crime se constitui de uma ação a um só tempo típica e antijurídica. Define a ação antijurídica como aquela que está positivamente em contradição com a ordem jurídica, porque a excepcional licitude de uma conduta típica só é encontrada na órbita do direito positivo.

A antijuridicidade deve sempre ser inferida objetivamente, “isto é, não depende da opinião do agente, nem estão condicionadas a sua capacidade de Direito Penal” ⁽⁸⁵⁾. Deste modo, não importa se o fato é cometido por um louco ou uma criança, que tornaria a ação impunível por inimputabilidade, ou se o agente age acobertado com uma causa de isenção de pena, a antijuridicidade do fato sempre subsiste.

Por fim, o Ministro do Supremo Tribunal Federal e revisor do Código Penal de 1940, atribui à antijuridicidade a terminologia de injuricidade, denominação inicialmente aceita por Everardo Luna e Heleno Cláudio Fragoso, mas depois repelida por estes em virtude de estar em desacordo com a maioria da doutrina.

3.2. Definição de consciência

A palavra consciência tem sua origem no termo latino **conscientia**. Dita palavra podia significar tanto o conhecimento que tem por objeto as impressões, que em latim era representado pela expressão **scio me scire**, quanto o conhecimento que tem por objeto as próprias ações, que em latim era representado pela expressão **scio me agere**. Em português, a palavra consciência abrange esses dois significados, mas, em outras línguas, eles se expressam por palavras diferentes: em inglês **consciousness** e **conscience** e em alemão **Bewusstsein** e **Gewißen** ⁽⁸⁶⁾.

No primeiro caso temos o conceito psicológico de consciência, no segundo, o conceito filosófico.

Filosoficamente, a consciência está voltada para a integração. É um atributo exclusivamente humano, que possibilita ao homem tomar uma distância em relação ao mundo para realizar os mais altos níveis de integração.

Bertrand Russell diz que um dos temas mais intrigantes da filosofia é o espírito e a matéria. O que caracteriza o espírito é a consciência, pois dizemos que somos conscientes do que vemos e ouvimos, do que recordamos de nossos sentimentos e de nossos sentimentos. A consciência é o que chamamos de espírito ⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁴⁾ *Idem, ibidem*, p. 348-350.

⁽⁸⁵⁾ Hungria, Néelson & Fragoso, Heleno, *Comentários ao Código Penal*, vol. I, tomo II, Rio de Janeiro, Forense, 1978.

⁽⁸⁶⁾ Peter Hofstätter, *Psicologia*, Trad. de Ernesto Sampaio e José Corte-Real, Lisboa, Meridiano, 1966, p. 51.

⁽⁸⁷⁾ Bertrand Russell, *Análisis del espíritu*, Trad. Eduardo Prieto, Buenos Aires: Paidós, 1949, pp. 12-13.

Para a psicologia, a consciência está no sistema fisiológico da percepção, sendo uma apreensão de sentido, às vezes ligada ao sistema pré-consciente, às vezes ligada diretamente ao mundo exterior. Ela deve ser entendida como vigilância, cujo oposto é a inconsciência, “reconhecível na participação do indivíduo nos acontecimentos do ambiente” (88).

Como o erro é um vício no processo psíquico, para efeito do seu estudo, a consciência deve ser entendida como percepção e percepção do mundo exterior. No erro de proibição, pois, não se percebe a própria *proibição* da ação. Sendo isto um defeito no processo psíquico do homem.

IV — CONSCIÊNCIA DE ANTIJURIDICIDADE

4.1. Conceito de consciência de antijuridicidade

A consciência da antijuridicidade é o tema de mais difícil investigação na teoria do delito (89). Isto se dá porque o seu estudo mescla conceitos do direito penal e conceitos da filosofia: é a consciência da antijuridicidade que confirma plenamente a assertiva de Carnelutti, o qual afirma que o ramo do direito mais próximo da filosofia é o direito penal, pois, tanto o Direito Penal quanto a filosofia, buscam a compreensão dos fatos do espírito (90).

A consciência da antijuridicidade pode ser estudada de dois ângulos. O primeiro é *o da sua existência na mente do indivíduo*, pois, quando ela ocorre, o juízo de reprovação da culpabilidade se perfaz, visto que a consciência da antijuridicidade é a base de reprovação da culpabilidade. O segundo ângulo do estudo da consciência da antijuridicidade é *o da sua ausência na mente do indivíduo*, posto que ela dá origem ao erro de proibição.

É ponto acorde, entre a incontestável maioria dos autores de direito penal, que a culpabilidade é um conceito normativo, posto que a mesma é um juízo de reprovação, que censura o autor de um fato delituoso. É, pois, um juízo de censura sobre a *pessoa*, o qual reconhece que a mesma teve consciência da antijuridicidade da sua ação. Toda base da culpabilidade, pois, apoia-se na multi-referida consciência da antijuridicidade (91).

(88) Peter Hofstätter, *Psicologia*, Trad. de Ernesto Sampaio e José Corte-Real, Lisboa, Meridiano, 1966, p. 53.

(89) No mesmo sentido, Chaves de Camargo: “A consciência da ilicitude, como elemento que informa todo o comportamento reprovável, tem sido o conceito mais difícil de se estabelecer no direito penal”, *Culpabilidade e Reprovação Penal*, São Paulo, Sugestões literárias, 1994, p. 155.

(90) “Probablemente la situación del jurista es más cómoda para observar los hechos del espíritu y, así, las relaciones entre ellos. Y, de los juristas, el penalista tiene, a este fin, las mayores posibilidades”, Francesco Carnelutti, *Arte del Derecho*, Buenos Aires, Europa-América, 1948, p. 31. É relevante salientar também a magistral observação do penalista português Eduardo Correia, que capta a ligação do Direito Penal com a Filosofia: “Por outro lado, a verdadeira situação ontológica dos crimes, com todas as suas conseqüências no plano metodológico, interpretativo e sistemático, exige a cada passo o auxílio da filosofia geral e da filosofia do direito”, *Direito Criminal*, tomo I, Coimbra, Almedina, 1971, p. 9.

(91) No mesmo sentido de nossa conclusão Jescheck, que afirma: “La consciencia de lo injusto integra, así, el nucleo de reproche de la culpabilidad, pues la decision de cometer el hecho en pleno conoci-

Contundentes são as palavras de Jescheck: “Através do reconhecimento da consciência da antijuridicidade como base de reprovação da culpabilidade o processo de moralização do Direito Penal alemão alcançou o seu cume. A consciência da antijuridicidade, como exigência da culpabilidade, se fundamenta no princípio da culpabilidade, que possui categoria constitucional” (92).

A consciência da antijuridicidade é o conhecimento da significação ilícita do comportamento. Esse dito conhecimento é atingido na fase da elaboração intelectual da ação. O conhecimento é, destarte, prévio à modificação do mundo exterior, acarretada pela ação.

Todavia, para que se chegue ao exato conteúdo da definição acima exposta, é mister aclarar o que é a *significação ilícita do comportamento*. Poderíamos dizer que o conhecimento desta significação ilícita é o conhecimento da norma jurídica que atribui ao fato o caráter de antijurídico? Poderíamos dizer que esta significação ilícita é o conhecimento do caráter anti-social da ação?

Assim, é imprescindível fazer considerações sobre o conteúdo da multi-referida consciência da antijuridicidade.

4.2. Classificação da consciência da antijuridicidade

4.2.1. Consciência da antijuridicidade formal

Podemos agrupar os conceitos sobre o conteúdo da consciência da antijuridicidade em dois grandes grupos: o formal e o material.

A conceituação da consciência da antijuridicidade formal apregoa que ela se perfaz quando há o conhecimento da norma jurídica que atribui ao fato o caráter de antijurídico. “A consciência da antijuridicidade formal exige, para o seu perfazimento, o prévio conhecimento da norma, que dá à conduta o caráter de ilícita; assim, por exemplo, o sujeito só terá consciência da sua conduta homicida, se conhecer o artigo 121 do Código Penal” (93). Dentro deste grupo sobressai-se a concepção de Franz von Litz que a considera como “la consciencia del autor que su ato ataca, lesionando ou pondo em peligro los intereses juridicamente protegidos, ya sean de un individuo, o ya sean de la colectividad. El derecho vigente, en el § 59, há tomado un ponto de vista divergente en parte. Exige la consciencia del autor que su hecho cae bajo la definición de un acto punible (...) Pertence, por conseguinte, al dolo no solamente el conocimiento de todas las circunstancias de hecho concreto, sino el saber que estas circunstancias de hecho pertenecen a la definición legal del acto” (94).

miento de la norma jurídica que lo prohíbe, caracteriza de la forma más inequívoca la falta de actitud jurídica que grava al autor”, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1981, p. 622.

(92) Hans-Heinrich Jescheck, “A nova dogmática penal e política criminal em perspectiva comparada”, *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*, Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 233.

(93) Cláudio Brandão, “A consciência da antijuridicidade no moderno Direito Penal”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n.º 136, Out/dez 1997, p. 56.

(94) Franz von Litz, *Tratado de Derecho Penal*, T. II, Madrid, Reus, S/d. pp. 414-415.

Como a consciência da antijuridicidade é a base de reprovação da culpabilidade criminal, esse critério deve de pronto ser afastado. A presunção de conhecimento da lei é uma das maiores mentiras do ordenamento jurídico! Se, no meio de dezenas de milhares de leis, nem mesmo os operadores do Direito sabem-nas todas, que se dirá, portanto, dos indivíduos estranhos ao ambiente jurídico. Portanto, a consciência da antijuridicidade não pode se basear nela. Como se pode conceber censurar o autor de um fato típico e antijurídico com base em uma ilusão?

4.2.2. Consciência de antijuridicidade material

O segundo grupo estabelece que a consciência da antijuridicidade é o conhecimento da anti-socialidade da ação. É irrelevante, para que haja a consciência da antijuridicidade, o conhecimento ou desconhecimento da norma. O que importa é haver o conhecimento da, enfatize-se, anti-socialidade da ação. “O objeto da consciência do injusto não é o conhecimento da disposição penal ou da punibilidade do fato, mas, a compreensão do autor de que sua conduta é juridicamente proibida”⁽⁹⁵⁾. A consciência da antijuridicidade só pode ser compreendida materialmente, pois o conteúdo da mesma expressa o que realmente ela é. Se procurássemos conceituá-la formalmente, como dito, não haveria meio de aferir *in concreto* a culpabilidade do autor, acarretando que o juízo de censura sobre o autor ficasse esvaziado em seu conteúdo e, com isso, deixasse de ser juízo e passasse a ser uma presunção.

4.2.2.1. Consciência de antijuridicidade com consciência ética

Figueiredo Dias procura, em sua festejada tese **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**, estabelecer a explicação da origem da consciência da antijuridicidade, se baseando fundamentalmente em Hegel e Jaspers. Hegel distingue o dolo (vontade de praticar o fato) da consciência ética, que está no plano da objectividade e debruça-se sobre a posição do agente sobre o bem e o mal, o lícito e o ilícito⁽⁹⁶⁾.

Todo homem traz originariamente consigo uma consciência ética individual, porque tal consciência ética está na estrutura fundamental do próprio existir humano⁽⁹⁷⁾. Ela está inserida na personalidade humana e permite que o homem distinga entre o bem e o mal, o lícito e o ilícito, conforme já acentuou Jaspers⁽⁹⁸⁾. Daí ser correto dizer que

⁽⁹⁵⁾ Johannes Wessels, *Direito Penal. Parte Geral (aspectos fundamentais)*, Porto Alegre, Fabris, 1976, p. 90.

⁽⁹⁶⁾ “(...) se atenta que em Hegel, enquanto trata do problema do conhecimento das circunstâncias no âmbito da questão do dolo, conexiona o da consciência da ilicitude com a doutrina sobre a consciência-ética. Este segundo problema, porque ancorado no plano do direito da objectividade, não tem que ver com o *Recht des Wissens* que conforma e delimita o dolo, mas com a posição do agente perante o bem e o mal, o lícito e o ilícito — com a sua *Gewissen*. Um coisa é com efeito, a finalidade que se propõe a consciência-de-si e que faz parte do dolo da ação real concreta; outra a pretensão de aquela consciência possa ter que proclamar como boa e devida uma ação que não o é na objectividade. Aqui não se trata, como ali de agir por desconhecimento, mas agir com má consciência ética.” Jorge de Figueiredo Dias, *O Problema da Consciência de Ilicitude em Direito Penal*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, p. 286.

⁽⁹⁷⁾ *Idem, ibidem*, p. 288.

⁽⁹⁸⁾ *Apud* Figueiredo Dias, *op. cit.* p. 289.

a culpabilidade é uma culpa de personalidade, podendo “afirmar-se decididamente que a consciência ética individual é algo inerente à personalidade ética do homem e, assim elemento relevante para a culpa jurídico-penal. Mas do modo que a consciência ética só é concebida, nos moldes traçados, enquanto instância, que não enquanto origem ou fundamento que se produz a si próprio, também a consciência jurídica produz o seu fundamento transcendente: ela é como consciência ética, manifestação de um valor supra-pessoal na própria pessoa e, como consciência psicológica, experiência, vivência ou sentimento pessoal de um valor absoluto” (99).

4.2.2.2. Consciência de antijuridicidade como agir comunicativo

Outra tentativa de conceituação da consciência da antijuridicidade adveio com o professor paulista Chaves de Camargo, que, com espreque em Habermas, pretende que ela se derivou do agir comunicativo.

“A sociedade é formada por grupos sociais, que mantêm suas individualidades e modo de vida, além de um código de comunicação” (100). O que caracteriza a integração do indivíduo no grupo social é a sua participação solidária no código de comunicação próprio do grupo.

A consciência de antijuridicidade é a “capacidade do agir comunicativo em determinada situação social de comunicação, conhecendo os conceitos de valores vigentes e atuando de forma a negar sua validade, causando o dissenso social relevante, capaz de determinar a reprovação penal” (101). Assim, a consciência da antijuridicidade se dará quando o indivíduo, conhecendo os valores presentes no código de comunicação do grupo, através de seu agir comunicativo, vem a negar-lhes validade, causando um dissenso, posto que rompe a solidariedade do código de comunicação que o indivíduo integra.

O indivíduo conhece esses valores, presentes no código de comunicação de seu grupo, porque, através do agir comunicativo, pode-se traçar o perfil da evolução da consciência da antijuridicidade no indivíduo. “A partir dos primeiros anos de vida, a criança vai construindo o seu código de comunicação, tomando consciência do mundo social, até que se integre ao grupo, aceitando a veracidade dos conceitos que lhe foram transmitidos. São várias as situações do desenvolvimento infantil até que se possa falar em consciência, a criança construiu e reconstruiu regras sociais, elaborando padrões de justiça, igualdade e solidariedade” (102). Este processo completa-se com a linguagem, a qual possibilita uma reflexão sobre a sociedade.

Os conceitos penais de bem jurídico e relevância do dano são compreendidos através da comunicação. O consenso do grupo sobre esses conceitos penais faz com que eles sejam aceitos como verdadeiros (103), pois o consenso é um dos critérios de verdade (104).

(99) *Idem, ibidem*, pp. 290-291.

(100) Chaves de Camargo, *Culpabilidade e Reprovação Penal*, São Paulo, Sugestões literárias, 1994, p. 162.

(101) *Idem, ibidem*, p. 169.

(102) *Idem, ibidem*, p. 166.

(103) *Idem, ibidem*, pp. 167-168.

(104) *Idem, ibidem*, p. 166.

Quando o indivíduo age sabe o que o grupo social aceita com verdade. Se ele contradiz o consenso do grupo com um ato de comunicação que negue validade ao conceito reputado como verdadeiro por aquele, tem presente a consciência da antijuridicidade e o indivíduo será penalizado com o instrumento de reprovação da conduta individualmente considerada: a pena ⁽¹⁰⁵⁾.

Como a função do direito penal é tutelar os valores mais importantes, em regra, eles coincidem com os valores presentes na consciência ética dos indivíduos. Daí ser regra que a consciência da antijuridicidade esteja presente nos delitos.

4.2.2.3. Consciência de antijuridicidade como valoração paralela na esfera do profano

A consciência da antijuridicidade como valoração paralela na esfera do profano é uma teoria criada por Edmund Mezger. Mezger afirma que a consciência da antijuridicidade é elemento do dolo ⁽¹⁰⁶⁾, se ela faltar não existe possibilidade de punição como culpabilidade dolosa. A consciência da antijuridicidade deve ser conceituada em sentido material, não se aceitando a identificação da consciência da antijuridicidade com a consciência da lei.

Entendemos que a posição de Mezger a respeito da consciência da antijuridicidade é a mais acertada. Todavia, aceitar a conceituação de consciência de antijuridicidade não implica em aceitar também a posição do autor acerca da localização dela na teoria do delito. Com efeito, a consciência da antijuridicidade não é elemento do dolo, mas um elemento autônomo do juízo de culpabilidade.

A valoração paralela do autor, acerca da consciência da antijuridicidade na esfera do profano, significa uma apreciação da mesma com relação aos pensamentos da pessoa individual e no ambiente do autor, que marche na mesma direção e sentido da valoração legal-judicial.

Diz Mezger que o

“conocimiento (previsión) de la antijuridicidad de la acción no debe ahora, a su vez, naturalmente, ser entendida en el sentido de subsunción jurídica; pues, en caso contrario, también aquí, de nuevo, solo podría cometer el delito un jurista. Antes bien, y lo mismo que en las características típicas normativas, há de se entender este conocimiento como una valoración paralela del autor en la esfera del profano, o expuesto mas claramente: como una apreciación de la acción en el círculo de pensamientos de la persona individual y en el ambiente del autor, orientada en el mesmo sentido que la valoración jurídica-legal de la acción. Mediante ella debe ser caracterizada dicha acción como antijurídica” ⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰⁵⁾ *Idem, ibidem*, p. 162.

⁽¹⁰⁶⁾ Edmund Mezger, *Tratado de derecho Penal*, tomo II, Madrid, Revista de derecho privado, 1935, p. 122.

⁽¹⁰⁷⁾ *Idem, ibidem*, p. 129.

Portanto, é necessário que o autor saiba que faz algo proibido ⁽¹⁰⁸⁾. Essa consciência da proibição surge da possibilidade de valorar, de acordo com os seus pensamentos e de acordo com o seu ambiente cultural, que tal conduta é “errada”, é “injusta”. A consciência da proibição é dado de ciência, que pode ser provada pela observação controlada dos fatos: qualquer pessoa, ainda que nunca tenha ouvido falar em Código Penal, em Poder Judiciário, sabe que matar um semelhante sem motivo, por exemplo, é um ato reputado como errado. Por isso, a consciência da antijuridicidade está, em regra, presente nos delitos ⁽¹⁰⁹⁾.

4.3. Consciência de antijuridicidade e ignorância da lei

Como visto alhures, a consciência da antijuridicidade não se confunde com a ignorância da lei, ou *erro de direito*. O objeto da consciência de antijuridicidade é a antijuridicidade ⁽¹¹⁰⁾, porque é este juízo que caracteriza a proibição do fato pelo ordenamento jurídico, enquanto o objeto do erro de direito é a lei ⁽¹¹¹⁾. Obviamente lei e antijuridicidade são coisas distintas, portanto erro de direito e erro de proibição são coisas distintas.

No pretérito direito brasileiro, a parte geral do Código Penal de 1940 não contemplava o erro de proibição, contemplando apenas o erro de direito. Assim dispunha o Código:

“Art. 16. — A ignorância ou errada compreensão da lei não eximem de pena.”

Todavia, para fazer justiça em casos concretos, onde a aplicação da pena feriria o princípio da culpabilidade (*nullum crimen nulla poena sine culpa*), a jurisprudência da época já reconhecia a insuficiência do instituto do erro de direito e excluía a culpabilidade, mesmo sem a existência de norma penal expressa, pois, como sabido, o erro de proibição só se tornou direito positivo no Brasil com a reforma da parte geral, introduzida pela Lei 7209/84.

Para provar nossa assertiva, trazemos à colação as jurisprudências abaixo:

- 1) “A ignorância ou errada compreensão da lei somente podem ser invocadas, proveitosamente, quando assumam forma escusável, como nas hipóteses de excepcional rusticidade do agente e de ocorrência de raríssimas circunstâncias que permitam reconhecer o impedimento oposto ao conhecimento de norma legal, na medida necessária à abstenção da prática do ato por ela proibido”. (Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. Apelação n.º 57635, de Valparaíso. Relator Fernando Prado. Acórdão unânime da 5.ª Câmara, de 13 de fevereiro de 1973) ⁽¹¹²⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ *Idem, ibidem*, p. 129.

⁽¹⁰⁹⁾ Jescheck, *Tratado de derecho Penal*, Granada, Comares, 1993, p. 410.

⁽¹¹⁰⁾ Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, p. 202.

⁽¹¹¹⁾ Diz Roque de Brito Alves que “o erro sobre a licitude do fato não pode ser confundido com o desconhecimento da lei por exigir que o agente tenha consciência do ilícito, do injusto que realiza”. *Programa de Direito Penal — Parte Geral*, Recife, FASA, 1997, p. 206.

⁽¹¹²⁾ Franceschini, J. L. V. de Azevedo, *Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, São Paulo, LEUD, 1975, p. 51.

- 2) “Eventualmente pode-se reconhecer ignorância ou errada compreensão da lei na infração praticada por indivíduo rústico, analfabeto, que vive segregado do meio social. Quando tal se verifique, permite-se apenas a não aplicação da cominação penal”. (Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. Apelação n.º 38.341, de Bariri. Relator Mattos Faria. Acórdão unânime da 2.ª Câmara, de 07 de dezembro de 1971) ⁽¹¹³⁾.
- 3) “A exploração de prostíbulo por pessoa de baixo nível cultural pode ser isentada de pena em virtude da tolerância dos costumes públicos e do beneplácito das autoridades policiais, circunstâncias que impedem que o agente saiba que estava incorrendo no Juízo de reprovação que informa o preceito condenador”. (Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão unânime da 1.ª Câmara Criminal, de 25 de setembro de 1951) ⁽¹¹⁴⁾.
- 4) “A proprietária de casa de prostituição, quase sempre segregada do convívio comum nas cidades, permanentemente vigiada pela polícia, pois sua atividade é marginal, não pode supor que não se encontra em sentido contrário à lei. Extrair da vigilância policial, só deferida àqueles que se encontram, senão já no delito consumado, ao menos no limitar da criminalidade, a persuasão de que é lícito o procedimento, é subverter os valores da conduta”. (Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão por maioria da Câmara Criminal Conjunta, de 28 de dezembro de 1958) ⁽¹¹⁵⁾.
- 5) “Não é possível a aplicação rígida e inflexível do art. 16 do Código Penal a tôdas as situações da vida humana. A ignorância da lei deve realmente, considerar-se escusadora da culpa, quando causada por aqueles mesmos que a sociedade incumbiu de fazer a lei que seja compreendida e respeitada”. (Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão por maioria da Câmara Criminal Conjunta, de 16 de junho de 1960) ⁽¹¹⁶⁾.

De outro lado, no Direito italiano, o qual também não contempla o erro de proibição, mas apenas o erro de direito, também foi reconhecida a necessidade do reconhecimento da falta de consciência de antijuridicidade.

Luigi Conti, atualizando o famoso *Manuale* de Antolisei, faz notar que a Corte Constitucional italiana, através da sentença n.º 364, de 1988, repropõe o problema da relevância da consciência da ilicitude, reconhecendo, em determinados casos, sua eficácia escusante para eliminar a culpabilidade do agente ⁽¹¹⁷⁾.

⁽¹¹³⁾ *Idem, ibidem*, p. 53.

⁽¹¹⁴⁾ Rodrigues, Dirceu Victor, *O Código Penal e a Jurisprudência*, I Vol., Rio de Janeiro, Alba, 1963, p. 37.

⁽¹¹⁵⁾ *Idem, ibidem*, pp. 40-41.

⁽¹¹⁶⁾ *Idem, ibidem*, p. 42.

⁽¹¹⁷⁾ Francesco Antolisei. *Manuale di diritto penale*, 14.ª ed. atualizada por Luigi Conti, Milão, Guiffré, 1997, pp. 411-413.

V — EVOLUÇÃO HISTÓRICO-DOGMÁTICA DA CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE NA TEORIA DO DELITO

5.1. A consciência da antijuridicidade no direito penal grego

Na antigüidade clássica, durante o apogeu das cidades-estados gregas, o direito penal foi um direito revolucionário, que instituiu as bases do direito penal ocidental porque rompeu com a tradição de um direito penal puramente sacerdotal e teocrático⁽¹¹⁸⁾ e com o instituto da vingança privada, para considerá-lo como uma atividade própria do estado soberano. Como diz Soler, “al genio de este pueblo se deben dos pasos fundamentales para la historia de las instituciones juridicas: la reducción del poder politico a un poder humano liberado de las bases teocraticas orientales, y la gradual elevación del individuo a la autoconsciencia de su valor personal”⁽¹¹⁹⁾.

Não obstante esse fato, ele também estava impregnado de caráter lendário, que tinha freqüentemente a idéia de que o crime está ligado ao destino (anankè), como em Édipo e Oreste⁽¹²⁰⁾.

Bastante curioso é notar que as penas, apesar de crudelíssimas, eram tidas como um bem aos culpáveis, porque os livraria do remorso, bem como, serviria como advertência coletiva⁽¹²¹⁾. Isso prova, com dito anteriormente por Soler, que o direito penal grego valorizava a pessoa humana, o que é ratificado pelas palavras de Platão, para quem “ninguna pena, impuesta conforme al espiritu de la ley, tiene por fin el mal del que la sufre, sino que su efecto es hacerlo mejor o menos malo”⁽¹²²⁾.

Contudo, a maior prova de que o direito penal grego valorizava a pessoa humana não advém do escopo da pena, mas do reconhecimento da relevância da consciência da antijuridicidade. É Platão, no seu livro *As Leis*, que nos demonstra sua relevância: um cidadão grego, que foi educado lá e conhece a antijuridicidade da ação, tem a culpabilidade diferente do estrangeiro ou escravo, o qual desconhece a antijuridicidade da sua ação. Este fato atesta a relevância dada à consciência da antijuridicidade e indica que, desde a antigüidade, este instituto é relevante para o direito penal. Diz Platão:

“Todo hombre, sea extranjero o esclavo, a quien se sorprenda robando una cosa sagrada, sera expulsado desnudo, del territoria del Estado, después de haberle gra-

⁽¹¹⁸⁾ No direito penal do antigo oriente a justiça penal tinha um caráter sacerdotal e teocrático, sendo os livros sagrados os que normatizavam a justiça criminal. Veja-se, por exemplo, o antigo direito penal hebreu. Nele, as normas de caráter penal estão contidas no Livro do Levítico, um dos primeiros livros da Bíblia, o qual estabelece, *v. g.*, que “Todo aquele que ferir mortalmente um homem será morto. Quem tiver ferido de morte um animal doméstico, dará outro em seu lugar: vida por vida. Se um homem ferir seu próximo, assim como fez, assim se lhe fará a ele: fratura por fratura, olho por olho, dente por dente; ser-lhe-á feito o mesmo que ele fez ao seu próximo. Quem matar um animal, restituirá outro, mas o que matar um homem será punido de morte. Só haverá uma lei entre vós tanto para o estrangeiro como para o natural: porque eu sou o Senhor vosso Deus. Moisés transmitiu essas normas aos israelitas. Tiraram do acampamento o blasfemo e o apedrejaram, conforme a ordem que o Senhor tinha dado a Moisés.” Levítico 24, 17-23.

⁽¹¹⁹⁾ Soler, Sebastian, *Derecho Penal Argentino*, 4.ª ed. 10.ª reimpressão, Buenos Aires, TEA, 1992 p. 70.

⁽¹²⁰⁾ Ferri, Enrico, *Princípios de Direito Criminal*, Campinas: Bookseller, 1996, p. 34.

⁽¹²¹⁾ Francisco Lasroyo, “Estudio introductivo e preambulo a los diálogos”, *Las Leyes — Epinomis — El politico*, México, Porrúa, 1991, p. 8.

⁽¹²²⁾ Platão, *Las Leyes — Epinomis — El politico*, México, Porrúa, 1991, p. 183.

bado en la frente y en las manos el sello de su crimen y de haber recibido los azotes que los jueces huberen decretado (...). Si algún ciudadano es sorprendido cometiendo semejante crimen, y há cometido contra los dioses, contra sus padres, contra el Estado, cualquiera destas faltas enormes en que no se puede pensar sin horror, el juez, atendendo a la excelente educación que há recibido desde la infancia, la cual, sin embargo non há sido bastante a apartarle de los mas grandes crímenes, le mirará como un enfermo incurable y le impondrá como castigo la muerte” (123).

Outro pensador grego que tratou da consciência da antijuridicidade foi Aristóteles. Em sua obra **Retórica** ele afirma que os erros e os delitos não podem ser avaliados de modo idêntico, porque, os erros não derivam da maldade humana, enquanto que os delitos são um produto da maldade (124).

Afirmar que os erros não derivam da maldade é afirmar que nele não há consciência da antijuridicidade, visto que o agente não faz algo que considera proibido, danoso ou mau. Por sua vez, afirmar que o delito deriva da maldade é afirmar que nele há a consciência da antijuridicidade. Conforme foi visto, a consciência da antijuridicidade é tomada na sua acepção material, como valoração paralela na esfera do profano, se o agente deriva o seu ato da maldade é porque ele sabe que o mesmo é proibido, danoso ou mau.

5.2. A consciência da antijuridicidade no direito penal romano

O Direito Penal romano teve marcante influência do direito penal grego, conforme acentua Ferri (125), porque os romanos consideravam o direito penal como uma função do Estado, rompendo com o pensamento do oriente antigo.

O direito romano durou aproximadamente dez séculos. Isto significa dizer que o mesmo passou por uma longa evolução. Todavia, pode-se afirmar que ele possui traços fundamentais, os quais servem para exprimir as idéias fundamentais deste direito (126). Os romanos, como dito, afirmavam o caráter público do direito penal, não obstante a distinção entre os crimes públicos e os crimes privados. Desenvolveram a doutrina da imputabilidade, o instituto da tentativa não logrou um desenvolvimento (127), não existia a proibição da analogia nem o princípio da reserva legal (128).

Os romanos não criaram uma teoria geral da culpabilidade, um conceito científico que pudesse abarcar as espécies de dolo e culpa (129). Eles, com efeito, só desenvolveram o estudo do dolo e da culpa, não através de textos legais, mas através da interpretação

(123) Platão, *Las Leyes — Epinomis — El político*, México: Porrúa, 1991, p. 183.

(124) *Apud* Francisco de Assis Toledo, “O Erro e a Ignorância em Matéria Penal”, *Justiça Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 104.

(125) Enrique Ferri, *Principios de derecho penal*, citado, p. 34.

(126) Soler, Sebastian, *Derecho penal argentino*, T. I, Buenos Aires: TEA, cit. p. 75.

(127) Tal instituto veio a aprimorar-se com os práticos ou pós-glosadores italianos, mormente com Farinaccius, cf. Brito Alves, *Estudios de Ciencia Criminal*, Recife, 1993, pp. 62-63.

(128) Sobre estas notas fundamentais do direito penal romano ver César Bitencourt, *Manual de Direito Penal — Parte Geral*, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1997, p. 51, Soler, cit. p. 75.

(129) Mário Cutis Giordani, *Direito Penal Romano*, 3.ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris., 1997, p. 24.

das leis. Como afirma Mommsen “el concepto de la culpa, lo mismo que el del *dolus*, no pertenecía a la legislación, sino a la interpretación científica de las leyes” (130).

Para os romanos o dolo tinha um elemento naturalístico, que era a vontade e um elemento normativo, que era a consciência da antijuridicidade. A expressão *dolus*, que, como se nos antolha, designava o dolo, era frequentemente acompanhada da expressão *malus*. Assim, o dolo era a vontade aliada a um mau propósito, ou seja, a vontade aliada à consciência de antijuridicidade. “Non si può dubitare che la frase ‘dolo malo’ ‘sciens dolo malo’ abbia un significato tecnico costante (...) Quale si a questo significato, non può essere dubbio chiunque legga quest passi: si trata di volontà antiguiridica” (131).

Ferrini faz notar que a expressão original para denominar a consciência da antijuridicidade era *sciens dolo malo*, ou seja, ciência do dolo mau, que prevaleceu nos documentos dos fins da idade republicana, até o início da idade imperial e só depois foi abreviada para *dolus malus*.

A consciência da antijuridicidade não era a consciência da lei, mas a consciência de que a ação era contra a moral. Seria impensável conceber a consciência da antijuridicidade do dolo romano como violação da lei porque os romanos admitiam a analogia em prejuízo do réu, não existindo, pois, o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege* (132). O direito penal romano estava, em regra, impregnado de conteúdo moral e assim, por um simples esforço de consciência, poder-se-ia saber se a ação era má ou não. Neste ínterim, o dolo era considerado como vontade dirigida a um mau propósito.

Afirma Mommsen que “en este concepto de *dolus*, concepto que hay referirse sin duda alguna a la jurisprudencia de los primeros tiempos de la Republica, se nos presenta el fundamento etico como el dato que sirve , ante todo, para determinar tecnicamente así el orden jurídico en general, como tambien, y muy singularmente en el derecho penal, puesto que bajo la denominacion de *dolus* se comprende la violación de la ley moral” (133).

Conclui-se, portanto, que a consciência da antijuridicidade era elemento essencial do dolo; não havendo a consciência da antijuridicidade não haveria dolo. Ela era tomada como consciência da imoralidade da ação, como consciência de um ato mau.

5.3. A consciência da antijuridicidade na concepção psicológica de culpabilidade

Chamamos concepção psicológica de culpabilidade aquela que predominou no século XIX, onde o direito foi tratado com a metodologia das ciências da natureza.

(130) Teodoro Mommsen, *El derecho penal romano*, T. 1, Traducción p. Dorado, Madrid, España Moderna, 1898, p. 98.

(131) Contardo Ferrini, *Diritto penale romano — Teorie generali*. Milano, Ulrico Hoepli, 1899, p. 80. Também neste sentido Mommsen: “Esta voluntad delictuosa que se aplicaba a todo el campo del derecho, se designaba en el lenguaje juridico com la palabra ‘astucia’, *dolus*, reforzada la mayor parte de las veces por el adjetivo ‘mala’, ‘astucia mala’, *dolus malus*, ejercitada com consciencia de la injusticia, por el *sciens*”. citado, pp. 95-96 (grifo nosso).

(132) Soler, op. cit. p. 75.

(133) Mommsen, op. cit., p. 96.

O homem estava impressionado com a descoberta da estrada de ferro e com todos os avanços da época, atribuídos às ciências da natureza; por isso, quis imputar seu método a todas as demais ciências. A sociologia, por exemplo, foi considerada como a física social, ou seja, as relações sociais foram estudadas com o método da física.

Com esta metodologia, o conceito de dolo romano foi modificado. O dolo romano possuía dois elementos: um naturalístico e um normativo. O elemento naturalístico, assim chamado porque está presente na natureza humana, não sendo, destarte, criação do direito, era a vontade. O elemento normativo era a consciência da antijuridicidade, a qual se consubstanciava em um juízo de valor, feito pelo pretor, que qualificava a vontade de má. Dessarte, a consciência da antijuridicidade era um elemento normativo.

Se o direito era tratado com uma metodologia própria das ciências da natureza, a consequência lógica é que só deve subsistir no dolo o seu elemento naturalístico, que é a vontade. A consciência da antijuridicidade, como elemento normativo, é afastado do conceito de dolo, que passa a ser puramente considerado como vontade. O dolo passou a ser composto apenas por dois elementos: um intelectual e um volitivo. O elemento intelectual era a consciência e o elemento volitivo era a vontade⁽¹³⁴⁾.

Franz von Litz expressa claramente esta concepção. Para o autor “el dolo, pues, debe definirse, en primer término, como la representación del resultado, que acompaña la manifestación de voluntad”⁽¹³⁵⁾, não sendo necessária a consciência da antijuridicidade⁽¹³⁶⁾. Estão neste conceito, pois, os dois elementos acima descritos: a representação do resultado expressa o elemento intelectivo do dolo e a manifestação de vontade expressa o elemento volitivo do dolo.

Também é partidário desta concepção Manzini que afirma que a noção de delito doloso decorre da consciência e da voluntariedade, posto que o agente deve prever e querer a consequência de sua ação. O dolo, pois, se esgota no fato “que sea voluntario y consciente no sólo el hecho causal, sino además el evento, el cual, por consiguiente, debe ser previsto y querido como efecto de tal causa”⁽¹³⁷⁾. A consciência da antijuridicidade “no es necesario para la existencia del dolo; si lo fuese, implicaría una investigación que a menudo invalidaría los preceptos penales”⁽¹³⁸⁾

Todavia, deve-se ressaltar que não era unânime a exclusão da consciência da ilicitude da teoria do delito, pois alguns afirmavam a necessidade de sua presença no dolo. Carrara, por exemplo, definia o dolo como “intenção, mais ou menos perfeita de praticar um ato que se sabe contrário à lei”⁽¹³⁹⁾, sendo este conhecimento da lei um requisito do dolo exigido apenas na sua forma potencial⁽¹⁴⁰⁾.

(134) César Roberto Bitencourt, *Erro jurídico penal*, Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, 1996, p. 28.

(135) Franz von Litz, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Madrid, Reus, S/d., p. 410.

(136) *Idem, ibidem*, pp. 409 e 424.

(137) Vincenzo Manzini, *Tratado de Derecho Penal*, vol. II, Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EDIAR, 1948, p. 159.

(138) *Idem, ibidem*, p. 160.

(139) Francesco Carrara, *Programa do curso de direito criminal*, tomo I, São Paulo, Saraiva, 1956, p. 80.

(140) *Idem, ibidem*, p. 77.

5.4. Consciência da antijuridicidade na teoria psicológico-normativa de culpabilidade

A teoria psicológico-normativa da culpabilidade passa a considerá-la como reprovabilidade. Por isso a consciência da antijuridicidade passa de novo a ter uma função de relevo na teoria do delito, posto que o juízo de reprovação é feito por ela.

Nesta concepção a consciência da ilicitude adota uma posição fundamental: censura-se o fato em virtude de o indivíduo ter podido conhecer a ilicitude de sua vontade. É pela relevância dada à consciência da antijuridicidade que a culpabilidade deixou de ser um puro nexos psicológico para ser um juízo normativo. “El dolo, al comprender necesariamente la consciencia de la antijuridicidad, resulta implícitamente valorado, ‘normativamente’ contemplado”⁽¹⁴¹⁾.

Exige-se o conhecimento atual e real da consciência da antijuridicidade, que é um fato psicológico⁽¹⁴²⁾. Fontán Balestra afirma que é pela consciência da ilicitude que se pode saber a vinculação do autor com o ordenamento jurídico e, sem ela, não há dolo, podendo haver a culpa. O autor é categórico ao afirmar que a função da consciência da antijuridicidade consiste em saber

“en que medida debe exigirse la vinculación del autor com el orden juridico, exigencia sin cual no puede constituirse juridicamente el dolo; el que no sabe que procede injustamente, no comete nunca un delito doloso (...). A quien obra com desconocimiento de la naturaleza delictuosa de su acto, no se le puede reprochar una conducta dolosa, aunque pueda reprochársela esa ‘inadvertencia’; pero esto ultimo nos situa fuera del terreno del dolo”⁽¹⁴³⁾.

Para os autores modernos que não são partidários da teoria normativa pura da culpabilidade (teoria finalista), essa concepção é a que melhor expressa a essência do dolo. Veja-se, por exemplo, a posição de Roque de Brito Alves, o qual afirma que

“para a devida compreensão ou reconhecimento do dolo, não é suficiente, apenas, a mera representação e vontade da conduta e do seu resultado pois exige-se, ainda, fundamentalmente, a consciência de sua ilicitude, de sua antijuridicidade”⁽¹⁴⁴⁾.

5.5. A consciência da antijuridicidade segundo a teoria normativa pura da culpabilidade

Chamamos teoria normativa pura da culpabilidade a teoria finalista. Tal teoria foi criada por Hans Welzel, logo em seguida à queda do nacional-socialismo alemão, na segunda grande guerra.

⁽¹⁴¹⁾ Reinhart Maurach. *Tratado de derecho penal*, cit. p. 21.

⁽¹⁴²⁾ Reinhart Maurach, “A teoria da culpabilidade no direito Penal alemão”, *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, ano IV, n.º 15, Out-dez, Rio de Janeiro, 1966, p. 25.

⁽¹⁴³⁾ Carlos Fontán Balestra, *Derecho penal — Introduccion e Parte general*, 15.ª ed. atualizado por Guillermo Ledesma, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 1995, p. 360. No mesmo sentido do autor Ricardo Nuñez, *Manual de derecho penal — Parte general*, Córdoba, Editora Córdoba. 3.ª ed., 4.ª reimpressão, 1987, pp. 226-228.

⁽¹⁴⁴⁾ Roque de Brito Alves, *Direito Penal — Parte Geral*, op. cit., p. 423.

Através da teoria finalista, Welzel objetivava romper com o direito penal nazista. O direito penal nazista era partidário da antijuridicidade subjetiva, isto é, da relação de contradição da vontade como o ordenamento jurídico.

“A antijuridicidade subjetiva teve seu ponto culminante na Alemanha, durante o período Nazista. Nesta época surgiu a escola penal cognominada Escola de Keil, que se prestou a dar um subsídio filosófico às atrocidades e arbitrariedades cometidas pela Alemanha hitlerista.

Doutrinava esta Escola que o Direito Penal era um direito de luta, devendo-se lutar contra a periculosidade criminal, com o fim de extinguí-la. Quem revele periculosidade deve ser sancionado antes de praticar o ato criminoso, pois o ato anti-jurídico perfaz-se com a vontade de praticá-lo.

Cada indivíduo tem uma parcela de dever para com o povo e a antijuridicidade é a violação deste dever. Ocorre que este dever não é captado por todos, mas só por uma seleta minoria de indivíduos, quais sejam, os seus líderes.

Esta vontade de delinquir e, por conseguinte, de trair o dever para com o povo é originada de bacilos que surgem no corpo do ser humano por conta da vontade de cometer delitos. Surge, pois, a BACTERIOLOGIA CRIMINAL” (145)

Para isto, não era suficiente retornar a concepção psicológico-normativa da culpabilidade. Dizia Welzel que “se noi vogliamo perciò superare la corruzione del diritto operata dal totalitarismo, non possiamo semplicemente ritornare allo stato esistente prima del suo apparire, ma dobbiamo esaminare le dottrine precedenti, che in parte noi stessi abbiamo difese, o nelle quali siamo cresciuti, ricercando i loro limiti” (146). O finalismo vem revalorizar o caráter ético-social do direito penal, rompendo definitivamente com a concepção nazista (147), a que afirmava ser o direito penal, através da pena, o meio de purificar biologicamente o povo (148).

A teoria finalista da ação rechaça a ação humana como um evento puramente causal. Ela propõe que o homem, dentro de certos limites e utilizando-se do seu saber causal, pode antecipar as possíveis conseqüências do seu intervento causal (149). Esta antecipação mental abarca três elementos: o primeiro é o fim que o agente almeja; o segundo, são os meios que o mesmo deve adotar para a consecução dos fins e o terceiro são as conseqüências secundárias coligidas ao emprego dos próprios meios. Nas palavras de Welzel: “Tale anticipazione mentale abbraccia tre elementi: 1) il fine che importa all’agente conseguire; 2) i mezzi che egli deve adoperare per raggiungere il fine; 3) le conseguenze secondarie collegate all’impiego dei mezzi stessi” (150).

Partindo deste pressuposto, Welzel reestruturou os elementos da teoria do delito.

(145) Cláudio Brandão, A importância da conceituação da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime”. *Revista de informação legislativa*, n.º 133, Jan-mar, Brasília, Senado Federal, 1997, p. 30.

(146) Hans Welzel, “La posizione dogmatica della dottrina finalista dell’azione”, *op. cit.*, p. 2.

(147) *Idem, ibidem*, p. 6.

(148) *Idem, ibidem*, p. 2.

(149) *Idem, ibidem*, p. 6.

(150) *Idem, ibidem*, p. 6.

Como toda ação é dirigida a um fim, o dolo encontra-se na ação e não na culpabilidade, pois “toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere -el momento intelectual — y por la decisión al respecto de querer realizarlo — el momento volitivo. Ambos momentos, conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo (...). Dolo, en sentido técnico penal, es sólo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito” (151).

Conforme visto, quando o dolo foi deslocado para a ação ele o foi sem seu elemento normativo, que é a consciência da antijuridicidade. Assim, o dolo volta a ser puramente naturalístico e pertencente à ação, separado, portanto, da culpabilidade. Maurach sintetizou perfeitamente esse posicionamento ao afirmar que a finalidade e o dolo são a mesma coisa (152). A culpabilidade continuou a ser reprovabilidade, só que passou a ser um conceito puramente normativo, pois é composta por conceitos puramente normativos, sendo três os juízos de valoração. “Os elementos constitutivos da culpabilidade, segundo a teoria finalista, são: a exigibilidade de uma conduta conforme a lei; a imputabilidade do autor; e a possibilidade de reconhecer o caráter ilícito do fato realizado” (153).

Para a teoria finalista constitui-se elemento da culpabilidade a possibilidade da consciência da antijuridicidade, ou consciência potencial da antijuridicidade. Sua importância é vital, porque é ela que possibilita o juízo de reprovação da culpabilidade. Welzel diz que “la clara verdad es que se puede hacer el reproche de culpa solamente cuando el autor estuvo en condiciones de conocer la antijuridicidad de su hacer: el autor hubiera podido formar su voluntad de acción conforme al derecho, en lugar de hacerlo antijuridiciamente” (154).

O juízo de censurabilidade da culpabilidade repousa no fato do indivíduo cometer uma conduta, que podia saber que era contrário ao direito, ou seja, cometer uma conduta com potencial consciência da antijuridicidade. Diz Maurach que “o autor do crime atua de maneira culpável se tem possibilidade de conhecer a antijuridicidade da sua ação. E essa possibilidade de discernimento entre o mal e o justo, entre o lícito e o ilícito, é um juízo de valoração puro” (155).

VI — COLOCAÇÃO DA CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE NA TEORIA DO DELITO

6.1. Teoria estrita do dolo

As teorias do dolo e da culpabilidade procuram explicar a posição da consciência da antijuridicidade na teoria do delito. Afirma Córdoba Roda que “hoy, mientras existe

(151) Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, op. cit., p. 77.

(152) Reinhart Maurach, “L’evoluzione della dogmatica del reato nel più recente diritto penale germanico”, Op. Cit. p. 647.

(153) Reinhart Maurach, “A teoria da culpabilidade no direito penal alemão”, op. cit. p. 25.

(154) Hans Welzel. *Derecho Penal — Parte General*. Buenos Aires, Depalma, 1956. p. 172.

(155) Reinhart Maurach, “A teoria da culpabilidade no direito Penal alemão”, op. cit. p. 25.

acuerdo unánime por parte de la dogmática moderna en afirmar la necesidad del conocimiento de la antijuridicidad, el punto central de la discusión se há desplezado a la determinación del lugar sistemático de este conocimiento” (156). Para as teorias do dolo, a consciência da antijuridicidade é elemento do dolo, para as teorias da culpabilidade, a consciência da antijuridicidade é elemento autônomo do juízo de culpabilidade, definitivamente separada do dolo. A importância do estudo das teorias reside no fato da falta de consciência da antijuridicidade dever excluir o dolo ou a culpabilidade. Sobre esta matéria, já tivemos a oportunidade de escrever o que se segue, no artigo de nossa autoria intitulado: **A consciência da antijuridicidade no moderno direito penal**, cujas idéias centrais tratamos a seguir:

“As teorias do dolo tiveram sua origem na Alemanha. As construções doutrinárias sobre elas derivam da posição do antigo *Reichsgericht*, o alto tribunal do império alemão. O tribunal só não desconsiderou totalmente a eficácia excludente de culpabilidade do erro, por força do parágrafo 59 do Código Penal (datado do final do século XIX e que vigorou até a década de 60 deste século), como também nos anos imediatamente seguintes a 1945, o RG desconsiderou a consciência da antijuridicidade, quer como elemento do dolo ou da culpabilidade (157).

A doutrina alemã então, diante de graves injustiças causadas pelo Tribunal do império, criou então uma saída para as decisões do RG: deu uma nova interpretação ao art. 59 do Código Penal alemão (158).

A consciência da antijuridicidade é elemento do dolo e, quando ocorre a sua ausência, o dolo fica excluído. Para que se perfaça o dolo, o conhecimento da antijuridicidade precisa ser atual, pois ‘*dolus* significa reprovar al autor el hecho de no haber detenido ante el pensamiento de estar obrando antijurídicamente’ (159). Ernst von Beling afirma que não se considerar a consciência atual da antijuridicidade como elemento do crime conduz a graves injustiças (160). O agente precisa efetivamente saber que dirige sua vontade a uma ação antijurídica. A culpabilidade, pois ‘no sólo és culpabilidad de la voluntad en el sentido aqui empleado, sino de modo bien concreto ‘culpabilidad de la voluntad mala’ (161).

Para a teoria estrita da culpabilidade, qualquer erro, quer seja de tipo, quer seja de proibição, exclui o dolo. Pelo erro de tipo, exclui-se a vontade de praticar o fato típico

(156) *El Conocimiento de la Antijuridicidad en la Teoria del Delito*, op. cit., p. 105.

(157) Reinhart Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., p. 133.

(158) Diz o referido dispositivo legal: “Si alguien en la perpetración de una conducta punible no conocia la existencia de las circunstancias de hecho que pertenecen al tipo legal, o que elevan a penalidad, no si deben imputar a el.” (citado em Edmund Mezger, *La culpabilidad en el moderno derecho penal*, Valladolid, Universidade de Valadolid, 1956, nota à p. 10).

(159) Ernst von Beling, *Esquema de Derecho Penal — La doctrina del Delito-Tipo*, Buenos Aires, Depalma, 1944, p. 72 (grifo nosso).

(160) “Es también evidente la grave injustiça de pensar que no importa para nada la conciencia de la ilicitud. Debiera, p. ej., ser considerada ser condenado a muerte el agente de policia que habiendo entendido erróneamente (talvez sin culpa alguna) sus instrucciones de serviço, se creyese obligado a al comissfón anti-jurídica de una muerte y hubiese obrado por fidelidad a su deber”. (*Esquema de Derecho Penal — La Doctrina del Delito-Tipo*, op. cit., p. 78).

(161) Reinhart Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., p. 135.

e antijurídico, excluindo-se, portanto o elemento psíquico do dolo; pelo erro de proibição exclui-se a consciência da antijuridicidade, excluindo-se, portanto o elemento normativo do dolo.

6.2. Teoria limitada do dolo

A teoria limitada do dolo também considera a consciência da antijuridicidade como elemento do dolo, ocorre que tal consciência não precisa ser uma consciência atual, mas apenas potencial. Esta teoria encontra seu ponto de partida no projeto Görtner de 1936, que dispunha: ‘Actúa dolosamente quien lleva a cabo el hecho con consciencia y voluntad, siendo consciente de obrar el injusto o de infringir la ley (parágrafo a parágrafo 2)... El error es relevante si se basa en una actitud que es incompatible con una concepción sana de Derecho y injusto (parágrafo b)’ (162).

Esta concepção foi embasada na doutrina de Mezger. Num primeiro momento Mezger aderiu à teoria estrita do dolo, que exigia do autor o conhecimento ‘di quelle circostanze obbiettive della fattispecie legale, che già sussistono nel momento dell’atto volitivo, e perciò sono indipendenti dalla volontà dell’agente’ (163).

Mezger, contudo, reformulou a sua posição. Afirma que existem distintos graus de culpabilidade, mesmo frente à teoria do dolo: não há, pois, sempre o dolo na forma normal de culpabilidade (164). Em regra, o dolo exige a consciência da antijuridicidade, mas, em determinados casos, ela é inexigível: quando a conduta do autor é incompatível com uma concepção sã de conforme ao direito e de contrário ao direito, essa conduta desviante pode ser chamada de *inimizade ao direito* ou *cegueira jurídica* (165). Tal erro sobre a antijuridicidade seria evitado por uma concepção sã de direito, a qual o indivíduo não possui, devendo, portanto, responder a título de dolo por sua conduta.

6.3. Teoria estrita da culpabilidade

A teoria estrita da culpabilidade, adotada pelos finalistas, vê toda falta de consciência de antijuridicidade, como erro de proibição. A falta de consciência de antijuridicidade não exclui o dolo, porque o dolo esgota-se com o querer objetivo do tipo. Entretanto, a inconsciência da ilicitude exclui a culpabilidade, posto que como o dolo esgota-se com vontade e previsibilidade, a consciência da antijuridicidade passa a ser, ao lado da imputabilidade, a própria da culpabilidade (166). ‘los dos elementos de la culpabilidad, esto es, imputabilidad e posibilidad de conocimiento del injusto, non son independientes entre si; el ultimo no és más que la concreccion del primero (...). El contenido de

(162) Juan Córdoba Roda, *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, op. cit., p. 108.

(163) Edmund Mezger, *Diritto Penale*, Padova, CEDAM, 1935, p. 328.

(164) Edmund Mezger, *La Culpabilidad en el Moderno Derecho Penal*, p. 28.

(165) *Idem, ibidem*, Nota às pp. 29-30; ver também nota à p. 11.

(166) “Al constituir el conocimiento de la antijuridicidad un elemento de la culpabilidad, el error inevitable de la prohibición excluy este elemento del delito, y el evitable da lugar a que el juez pueda atenuar a pena en virtud de la disminución de la culpabilidad.” Juan Córdoba Roda, *El Conocimiento de la Antijuridicidad en la Teoría del Delito*, op. cit., p. 111.

la culpabilidad estriba en la abierta rebelión contra la norma o por la reprochable indiferencia frente a las exigencias del Derecho, según que él sujeto actuara con actual, o potencial, conocimiento del injusto' (167)

A consciência da antijuridicidade é, por conseguinte, sempre potencial. Não se vai indagar se o agente tinha efetivamente esta consciência, mas far-se-á um juízo pessoal sobre o sujeito, para aferir se ele tinha, naquelas determinadas circunstâncias do cometimento da ação típica e antijurídica, a possibilidade de ter o conhecimento do injusto.

6.4. Teoria limitada da culpabilidade

A teoria limitada da culpabilidade é muito semelhante à teoria estrita da culpabilidade. A diferença reside no erro quanto às circunstâncias fáticas de uma causa de justificação ou discriminantes putativas.

Na teoria estrita da culpabilidade, esta espécie de erro sempre excluirá a consciência da antijuridicidade, ou seja, sempre será erro de proibição. Na teoria limitada, o erro quanto às discriminantes putativas, dependendo do caso, será equiparado ao erro de tipo, excluindo o dolo, ou erro de proibição, excluindo a culpabilidade. Se o erro for quanto aos limites da causa de justificação, teremos erro de proibição; se for quanto a existência da justificadora que autoriza a ação típica, temos a equiparação ao erro de tipo. Dizemos que o erro sobre as discriminantes putativas fáticas se equipara ao porque o dolo não é excluído, no mesmo sentido de que o agente não tem sua vontade dirigida à produção do resultado, mas, porque, do mesmo modo que os elementos objetivos da justificação compensam o desvalor do resultado, os elementos operam com igual consequência no que concerne ao elemento subjetivo (168).

Os partidários da teoria limitada da culpabilidade a fundamentam em uma razão de política criminal. Von Weber dá o seguinte exemplo: pode-se afirmar que um soldado que mata um camarada, por confusão com o inimigo, tenha resolução de cometer um delito de homicídio? (169) Deve ele então responder o crime na forma culposa, em virtude da inexistência do dolo" (170).

VII — FALTA DE CONSCIÊNCIA DE ANTIJURIDICIDADE

7.1. Conceito de erro de proibição

A falta de consciência de antijuridicidade é denominada de erro de proibição. Há quem pretenda que a denominação erro de proibição seja mais ampla que a falta de

(167) Reinhart Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., pp. 144-145.

(168) Tereza Serra, *Problemática do Erro sobre a Ilicitude*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 83.

(169) *apud* Juan Córdoba Roda, *El Conocimiento de la Antijuridicita en la Teoria del Delito*, op. cit., p. 118.

(170) Cláudio Brandão, "A consciência da antijuridicidade no moderno Direito Penal", *Revista de Informação Legislativa*, n.º 136, Out-dez, 1997. pp. 59-61.

consciência de antijuridicidade, porque abrangeria também o erro de direito ⁽¹⁷¹⁾. Não podemos concordar, *data venia*, com esta assertiva. É necessário diferenciar a antijuridicidade, que dá ao fato o caráter de proibido, da lei. O erro de proibição é o erro quanto ao caráter proibido do fato, portanto é o erro sobre a antijuridicidade do comportamento. Ademais, a consciência da antijuridicidade é tomada na sua acepção material ⁽¹⁷²⁾, que nada tem a ver com o desconhecimento da lei. É, portanto, uma imprecisão querer abranger o desconhecimento da lei no erro de proibição ⁽¹⁷³⁾.

O erro de proibição é tido como a grande conseqüência da teoria finalista da ação. Quando a consciência da antijuridicidade, enquanto elemento autônomo do juízo de culpabilidade, passou a ser a base de reprovação da mesma, ninguém pode ser declarado culpável sem a possibilidade de sua compreensão ⁽¹⁷⁴⁾. Assim a culpabilidade será excluída pela impossibilidade de compreensão do caráter ilícito do fato, ou, em outras palavras, pelo erro de proibição. São contundentes as palavras de Welzel, ao afirmar que a “grandi conseguenze pratiche importi la dottrina finalistica dell’azione, apparirà qui solo in rapporto a uno dei più difficili ed attuali problemi del diritto penale: l’errore sull’ilicetá dell’azione” ⁽¹⁷⁵⁾.

Para exemplificar o erro de proibição Welzel pondera que com relação ao estrangeiro, em cuja pátria a homossexualidade não é punida como crime (Suíça), estando na Alemanha e executando atos homossexuais, não tem condições de compreender o caráter ilícito da sua ação ⁽¹⁷⁶⁾; o tutor tem relações com sua pupila, pensando que seus deve-

⁽¹⁷¹⁾ “Quanto ao erro de proibição, deve-se atentar, ainda, para o fato de que a expressão ‘erro de proibição’ é rigorosamente mais ampla do que ‘erro sobre a ilicitude’, pois, referindo-se à ‘proibição’, abrange também a ignorância ou engano sobre a lei e não, somente, o desconhecimento ou engano sobre a ilicitude”. Luis Augusto Sanzo Brodt, *Da consciência da ilicitude no Direito Penal brasileiro*, op. cit. p. 65.

⁽¹⁷²⁾ No mesmo sentido Jescheck: “Con otras palabras resulta suficiente el conocimiento de la antijuridicidad material, en el sentido de ‘conocimiento segun el profano’” Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal — parte general*, 4.ª ed., Granada, Comares, 1993, p. 410. Grifo nosso.

A conceituação de antijuridicidade material advém do fato do direito ser produto da cultura, e dos valores culturais se extrai uma “antijuridicidade pré-normativa, ou melhor, de uma antijuridicidade genérica ainda não consubstanciada em preceitos precisos e certos. (...) Há, portanto, em cada época, uma antijuridicidade genérica, pré normativa, parte desta atmosfera que constitui o mundo circunstante, que está presente na consciência jurídica dos indivíduos e que irá presidir e inspirar todo o ordenamento” Miguel Reale Júnior, *Antijuridicidade Concreta*, São Paulo, Bushatsky, 1974, pp. 2-6. Grifo nosso.

Todavia, só há antijuridicidade quando a antijuridicidade material é formalizada, essa necessidade é decorrente da segurança das relações jurídicas e genérica. O direito é fato, norma e valor e é norma que constitui o momento culminante, onde estão em contínua tensão o fato e o valor. A norma não se distancia da realidade cultural, porque ela está voltada para o concreto, tanto no momento de sua criação, como no momento de sua interpretação e aplicação. A antijuridicidade concreta, ainda não normatizada, é, pois, apenas a antijuridicidade na forma larvar e elementar. É o proibido pré-normativo, que precisa ser regulamentado pelo direito.

⁽¹⁷³⁾ No mesmo sentido de nossa conclusão Zafaroni: “La superficial identificación del error de prohibición com el error de derecho es totalmente inexacta, porque el error acerca de estar prohibida de una conducta puede provenir de falsos contenidos de consciencia sobre cuestiones facticas o juridicas, sendo indiferente que raices tenga y que clase sean las circunstancias. El error de prohibición es por entero independiente de la antigua y desacreditada distinción entre error de hecho y de derecho.” *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., p. 189.

⁽¹⁷⁴⁾ Welzel, La posizione, p. 11.

⁽¹⁷⁵⁾ *Idem, ibidem*, p. 11.

⁽¹⁷⁶⁾ Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, p. 187. — Reesalte-se que era considerado pelo pretérito Código Penal de 1871 com ilícito penal a prática de atos homossexuais.

res se limitavam ao cuidado com o patrimônio ⁽¹⁷⁷⁾; e, um caos que acontecia frequentemente na Alemanha: “Nella zona della Germania occupata daí Russia l’aborto non é più perseguito. In seguito a ciò, nel popolo si è formata spesso l’opinione, che l’aborto non sai più punibile. Ora una giovane ragazza della Germania centrale (sotto il controle sovietico) viene nella Germania occidentale e qui tenta un aborto che non riesce. Davanti al tribunale essa alega in modo convincente di non aver saputo che l’aborto sai ancora proibito. Como si deve decidere?” ⁽¹⁷⁸⁾.

Conforme pode ser facilmente constatado, todas estas condutas acima descritas foram dolosas, porque houve a vontade dirigida com o fim de realizar a conduta típica. Todavia, nelas, houve a falta de consciência da antijuridicidade.

Como o fundamento de reprovação da culpabilidade não é mais o dolo e a culpa, mas a consciência da antijuridicidade, quando houver o erro de proibição não haverá culpabilidade (caso do erro de proibição escusável ou inevitável) ou haverá uma culpabilidade diminuída (caso do erro de proibição inescusável ou evitável), todavia haverá dolo na ação. “Error de prohibición es el error sobre la antijuridicidad del hecho, com pleno conocimiento de la realización del tipo (logo, com pleno dolo de tipo). ‘El autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que estaria permitido’ (BGB)” ⁽¹⁷⁹⁾.

Todas as vezes que os diplomas penais reconhecem a relevância da falta de consciência da antijuridicidade, aderem ao princípio *nullum crimen nulla poena sine culpa*, porque, conforme salienta a introdução do vigente Código Penal português (constante no Decreto-Lei 400/82), é no reconhecimento da problemática do erro que o direito penal da culpabilidade encontra o seu verdadeiro sentido ⁽¹⁸⁰⁾.

Muitas legislações já regularam em seus diplomas penais o erro de proibição. A legislação brasileira o contemplou depois da reforma da parte geral do Código Penal, dispondo:

“Art. 21 — 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.”

O atual Código Penal alemão, vigendo desde 1975, também regula o erro de proibição, estabelecendo que:

“Art. 17. (Erro de proibição). Na execução do ato, faltando ao agente a compreensão de cometer um ilícito, então age ele sem culpa se não pode evitar o erro. Se pôde evitar o erro, então a pena pode ser atenuada de acordo com o art. 49, § 1.º”.

⁽¹⁷⁷⁾ *Idem, ibidem*, p. 187.

⁽¹⁷⁸⁾ Hans Welzel, “La posizione dogmatica della dottrina finalista dell’azione”, op. cit., p. 11.

⁽¹⁷⁹⁾ *Idem, ibidem*, p. 196.

⁽¹⁸⁰⁾ “4. Característico de toda a filosofia deste diploma é o modo como se consagra a problemática do erro. Na verdade, este ponto pode perspectivar-se como chaneira de toda a problemática da culpa, já que é nele — quer se considere o erro sobre as circunstâncias do fato (artigo 16.º) quer o erro sobre a ilicitude (artigo 17.º) — que o direito penal encontra o seu verdadeiro sentido para ser considerado como direito penal da culpa. Torna-se assim evidente; à luz deste diploma, que o agente só pode merecer um juízo de censura ética se tiver actuado com consciência de ilicitude do fato.” Maia Gonçalves. *Código Penal Português — anotado e comentado e legislação complementar*, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 1997, p. 27.

O Código Penal português, Decreto-Lei 400, de 23 de setembro de 1982, também normatiza o erro de proibição, dispondo que:

“Art. 17.º — Erro sobre a ilicitude.

1 — Age sem culpa quem actuar sem consciência da ilicitude do facto, se o erro não lhe for censurável.

2 — Se o erro lhe for censurável, o agente é punido com a pena aplicável ao crime doloso respectivo, a qual pode ser especialmente atenuada.”

Todavia, deve-se ressaltar, há legislações que ainda não contemplam a matéria, remanescendo ainda o velho conceito romano de erro de direito, como é o caso do Direito Penal uruguaio, que no capítulo do Código Penal referente à culpabilidade (Capítulo III), estabelece que:

“24. (Error de derecho)

El error de derecho se presume voluntario sin admitirse prueba en contrario, salvo tratándose de las faltas, en que según su naturaleza, dicha prueba puede tener acogimiento.

El error de derecho que emane del desconocimiento de una ley que non fuera penal, exime de pena sólo cuando hubiere generado un error de hecho, acerca de los elementos constitutivos del delito.”

As dificuldades do tema referente ao erro de proibição não tarda a trazer suas conseqüências. Trazendo o caso para o direito penal brasileiro, fizemos uma pesquisa jurisprudencial, com o fim de analisar a incidência de acórdãos referentes ao erro de proibição e os resultados foram surpreendentes: no meio de milhares de acórdãos, o tribunal que mais julga a matéria (Tribunal Regional Federal da 3.ª região) apresenta uma média inferior a dois acórdãos por ano. Deve-se salientar, ademais, que órgão julgador, para fazer o juízo de culpabilidade do agente, pode e deve invocar *de oficio*, o erro de proibição para excluir ou atenuar a culpabilidade. É de grande gravidade a não incidência do erro de proibição nas decisões dos tribunais, porque, conforme nos diz Figueiredo Dias, certamente “em nenhum tempo como no nosso se tenha cometido um tão grande número de crimes em que deveria suscitar-se a questão da consciência da ilicitude”⁽¹⁸¹⁾. Os resultados da pesquisa são o seguinte:

No Superior Tribunal de Justiça, durante o período compreendido entre os anos de 1990 a 1995, houve apenas 3 (três) acórdãos que tratam sobre o erro de proibição, dando uma média de 0,5 acórdão por ano.

No TRF — 1.ª Região, durante o período compreendido entre os anos de 1990 a 1995, houve apenas 10 (dez) acórdãos que trataram sobre o erro de proibição, dando uma média de 1,66 acórdão por ano.

⁽¹⁸¹⁾ Jorge de Figueiredo Dias, *O Problema da Falta de Consciência de Ilcitude em Direito Penal*, op. cit., 1987, p. 2.

No TRF — 2.^a Região, durante o período compreendido entre os anos de 1990 à 1995, houve apenas 6 (seis) acórdãos que trataram sobre o erro de proibição, dando uma média de 1 acórdão por ano.

No TRF — 3.^a Região, durante o período compreendido entre os anos de 1990 a 1995, houve apenas 11 (onze) acórdãos que trataram sobre o erro de proibição, dando uma média de 1,83 acórdão por ano.

No TRF — 4.^a Região, durante o período compreendido entre os anos de 1990 à 1995, houve apenas 12 (doze) acórdãos que trataram sobre o erro de proibição, dando uma média de 2 acórdãos por ano.

No TRF — 5.^a Região, durante o período compreendido entre os anos de 1990 a 1995, houve apenas 8 (oito) acórdãos que trataram sobre o erro de proibição, dando uma média de 1,33 acórdão por ano.

O erro de proibição pode apresentar-se de distintas formas, quais sejam, erro de proibição direto, erro de proibição indireto e erro mandamental.

7.1.1. Erro de proibição direto

Diz-se erro de proibição direto quando o agente atua sem saber que sua conduta é ilícita, por não compreender o conteúdo da proibição da norma ou por compreendê-la mal. Zaffaroni afirma que “error directo de prohibición es el que recae sobre la norma misma, es decir, sobre la representación de la valoración jurídica del acto conforme la norma prohibitiva”⁽¹⁸²⁾. O erro direto de proibição afeta a compreensão da norma proibitiva, quer seja com relação a sua existência, à sua validade ou ao seu alcance⁽¹⁸³⁾. Deve-se ressaltar que norma proibitiva não está aqui empregada no sentido da lei, mas do conteúdo proibitório da lei, qual seja: a antijuridicidade.

Este é o caso mais comum do erro de proibição, podendo-se citar numerosos exemplos:

- 1) “Em sendo o acusado pessoa iletrada, vendedor ambulante de confecções, tendo adquirido relógios estrangeiros apenas para atender solicitação de outrem e processando tal comercialização em feira livre, sem qualquer fiscalização, impõe-se a absolvição, com fundamento na ocorrência de erro de proibição” (TRF — 5.^a região. Apelação criminal. DJ. P. 00738, de 24-01-92. Rel. Juiz Francisco Falcão).
- 2) “Age por erro quanto a ilicitude de seu comportamento o agente pobre, semi-analfabeto, que requer, enganado por outrem, o seguro desemprego, acreditando ter direito, por se achar desempregado. Quem está com fome fica surdo até mesmo à voz de Deus (Érico Veríssimo)” (TRF 1.^a região. Apelação criminal. DJ. P. 19345, de 06-04-95. Rel. Juiz Tourinho Neto).
- 3) Houve erro de proibição quando o agente monta um rádio difusora em localidade de interior do estado, avisando às autoridades municipais do funcionamento

⁽¹⁸²⁾ Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*, tomo IV, Buenos Aires, Ediar, 1996, p. 190.

⁽¹⁸³⁾ *Idem, ibidem*, p. 193.

da estação, sem, todavia pedir autorização ao Ministério das Telecomunicações (crime previsto no artigo 70, do Código de Telecomunicações, Lei 4117/62). Por conta do erro, o Ministério Público Federal pediu o arquivamento do Inquérito Policial, nos seguintes termos: “infere-se pelo contexto probatório que o indiciado não tinha consciência da antijuridicidade de sua ação. O sr. (...) comunicou à prefeitura municipal do Brejo da Madre de Deus o funcionamento da sua rádio e obteve um alvará de funcionamento. Ora, se reconhecesse a ilicitude de sua conduta, não teria comunicado tal fato à autoridade municipal. Ademais, a própria natureza dos delitos de telecomunicações impossibilitam os sujeitos compreenderem o caráter ilícito de seu atuar”. (Promoção nos autos do Proc. N.º. 95.1469-6, da seção judiciária de Pernambuco, de autoria do Procurador da República Francisco Pitta Marinho).

7.1.2. Erro de proibição indireto

Diz-se erro de proibição indireto quando o agente conhece o conteúdo da proibição da norma, porém pensa que sua conduta está acobertada por uma causa de exclusão da antijuridicidade. “O erro de proibição indireto pode consistir na suposição da existência de uma causa de justificação (erro sobre a existência de uma causa de justificação) ou no desconhecimento dos limites de uma causa de justificação admitida (erro sobre os limites de uma causa de justificação)” (184).

Diz Zaffaroni, o erro de proibição indireto também pode recair sobre a falsa situação de fato que enseje uma causa de justificação, é o caso das chamadas discriminantes putativas (185). Todavia, essa posição não pode subsistir. O autor adota a teoria estrita da culpabilidade, já estudada alhures, que é rechaçada pela grande maioria da doutrina. Voltado à conceituação de Zaffaroni para o direito brasileiro, fica clara a impossibilidade de sua subsistência, porque, por força de disposição do Código Penal, o caso das discriminantes putativas é equiparado ao erro de tipo, conforme se vê no art. 20, § 1.º

“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 previsto como crime culposo.”

Podemos citar os seguintes exemplos de erro de proibição indireto:

- 1) “Caio, em um grupo de amigos, para mostrar coragem, resolve, em traje esportivo, visivelmente desarmado, desferir um tapa no desafeto Tício, que na ocasião, que na ocasião passava pelas proximidades. Este, em defesa, agride Caio a facadas, ou a tiros” (186) (*erro sobre os limites de uma causa de justificação*);

(184) Lufz Augusto Sanzo Brodt, *Da consciência de ilicitude no Direito Penal brasileiro*, op. cit., pp. 74-75.

(185) Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*, op. cit., p. 191.

(186) Lufz Augusto Sanzo Brodt, *Da consciência de ilicitude no Direito Penal brasileiro*, op. cit., p. 76.

- 2) “Em uma pequena cidade do interior do Brasil, onde ainda são dominantes valores como o machismo e o patriarcalismo, João, ao tomar conhecimento de que sua esposa o trai com um de seus amigos, desfere-lhe violenta ‘surra’, causando-lhe lesões corporais, supondo estar autorizado pelo descumprimento do dever de fidelidade imposto aos cônjuges” ⁽¹⁸⁷⁾ (*erro sobre a existência de uma causa de justificação*);
- 3) “El medico cree que puede operar sin consentimiento del paciente, bastandole un supuesto derecho de su profesión” ⁽¹⁸⁸⁾ (*erro sobre a existência de uma causa de justificação*).

7.1.3. Erro mandamental

O Direito Penal não é composto apenas por normas proibitivas, mas também por normas imperativas, as quais impõem ao agente um dever de agir (por exemplo: o art. 269 do Cód. Penal brasileiro, que impõe um dever de notificar a autoridade administrativa existência de doença de notificação compulsória; o art. 200 do Cód. Penal português, que obriga prestar auxílio em caso de grave necessidade). A falta de consciência de ilicitude de uma norma imperativa é chamada erro mandamental, abrangendo tanto a omissão própria, como a omissão imprópria. Esta última deriva da teoria da posição do garantidor, que significa que o omitente tem o dever de garantir a não realização do resultado, pois se este ocorre, o omitente se equipara a um comitente. No direito penal brasileiro, adotou-se esta teoria, que está, no vigente Código Penal, assim expressa:

“Art. 13. (*omissis*).

§ 1.º (*omissis*)

§ 2.º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com o seu comportamento anterior criou o risco da ocorrência do resultado.”

O erro sobre a posição do garantidor nos delitos omissivos próprios é o chamado erro mandamental. Este erro recai “sobre a existência do dever, sabendo da situação de perigo, sabendo que a pessoa é aquela que se está obrigada a proteger, sabendo que tem meios e pode usá-los, mas acha que não precisa, que não deve, porque, por exemplo, crê que seu dever não envolve necessariamente risco pessoal” ⁽¹⁸⁹⁾.

Podemos exemplificar este erro na seguinte situação:

- 1) Maria pede a sua vizinha Marta que tome conta de sua filha Joana. Marta aceita o encargo, por conta de tenaz insistência de Maria (colocando-se, pois, na

⁽¹⁸⁷⁾ *Idem, ibidem*, pp.76-77.

⁽¹⁸⁸⁾ Jescheck, *Tratado de derecho penal — parte general*. Granda: Comares, 1993, p. 417.

⁽¹⁸⁹⁾ Cezar Bitencourt, *Erro Jurídico penal*, Rio de Janeiro, RT, 1996, p. 73.

posição do garantidor, por força do parágrafo 2.º, alínea “b”, do Código Penal). Joana toma uma substância que lhe causa lesão corporal e grita por ajuda. Marta se abstém de ajudar porque também está presente em sua casa a prima de Maria e tem convicção que já está tendo trabalho demais em cuidar de Joana. Neste caso há um erro mandamental.

7.2. Escusabilidade do erro de proibição

Quando nos deparamos sobre o problema do erro de proibição, que se traduz em uma falta de consciência de antijuridicidade, o primeiro questionamento que nos antolha é se alguém que cometeu um injusto típico incurso neste erro deve sofrer uma pena. Em outras palavras, o grande problema do erro de proibição é se ele comporta a exclusão de um juízo de reprovação sobre o autor pelo cometimento de um injusto típico. Destarte, fica claro que o problema da falta de consciência de antijuridicidade é um problema de exclusão de culpabilidade.

Quando o erro de proibição exclui a culpabilidade, dizemos que o erro de proibição é invencível, pois “la doctrina contemporánea emplea la palabra ‘vencible’ para indicar el error reprochable e ‘invencible’ para su contrario” (190).

Tal erro ocorre, quando, nas circunstâncias concretas, o agente não tinha consciência da antijuridicidade e, deste modo, não pode incidir sobre o mesmo um juízo de reprovação ou de censurabilidade, excluindo-se a culpabilidade (191).

Todavia, não há um critério fixo sobre a escusabilidade do erro de proibição e isso se dá por uma razão simples: no caso concreto, cabe ao órgão julgador decidir se o agente tinha ou não consciência da antijuridicidade e, em não tendo, se poderia adquiri-la. Sabe-se que um crime, como fato particular e humano, jamais terá outro idêntico. Por isso não é possível fixar a exata linha divisória entre o erro escusável e o inescusável, devendo apenas fixar-se linhas gerais. Ela, com efeito, deve permanecer numa zona nebulosa. O erro será escusável na exata medida em que deva ficar excluído o juízo de censura da culpabilidade. Com muito acerto diz Zaffaroni que “‘poco claros son hasta hoy los criterios sobre la evitabilidad del error de prohibición’. La línea divisoria entre el error culpable y inculpable queda en penumbra.” (192)

7.3. Inescusabilidade do erro de proibição

Segundo Welzel, quando o agente não conhece a antijuridicidade, mas pode informar-se sobre ela, dizemos que o erro de proibição é inescusável ou evitável, pois, “un error evitable de prohibición sólo puede basarse en una ausencia de información o de una información deficiente, cuando las circunstancias concretas dan al autor motivo para ello” (193). Deve-se avaliar, no caso concreto, se as circunstâncias davam ao agente

(190) Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*, p. 215.

(191) Jescheck, *Tratado de derecho Penal. Granada: Comares*, 1993, p. 413.

(192) Zafaroni, *Tratado de derecho penal*, op. cit., p. 216.

(193) Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, op. cit., p. 204.

motivo para buscar a informação. Um exemplo esclarecerá a assertiva: se um estrangeiro vai trabalhar como condutor de veículos nas estradas alemãs, deve procurar se informar sobre as normas do trânsito. Se não procura e desconhece a antijuridicidade de alguma conduta, será exigível do mesmo o dever de informar-se ⁽¹⁹⁴⁾.

A posição de Welzel tem o mérito de dar as primeiras diretrizes da questão. Se se diz que o sujeito poderia se informar, é porque o sujeito poderia chegar a compreender e motivar-se conforme a norma, mas não o fez ⁽¹⁹⁵⁾. Por isso, é pertinente a crítica de Zaffaroni, que afirma que “en ese contexto no hay ningun deber de información jurídica que incumba al ciudadano como tal, sino que los ciudadanos tienen -directamente y sin lugar a dudas — el deber de no cometer injustos, solo que tal deber es exigible en la medida en que los ciudadanos gocen del relativo derecho a comprender la naturaleza de tales injustos, sin que importe si han hecho o no uso de esse derecho de comprensión. Así les reprochará el injusto en la medida en que hayan podido disponer de esse derecho de comprensión de la antijuridicidad” ⁽¹⁹⁶⁾.

Deve-se tomar em consideração, na análise da escusabilidade do erro de proibição, se qualquer sujeito prudente, nas mesmas condições intelectuais e culturais do autor, tinha ou não condições de compreender o caráter ilícito do seu atuar. Destarte, esse dever de compreensão deverá ser feito por uma comparação, porque, na medida em que seja possível que um sujeito, em iguais condições, possa ter consciência da antijuridicidade, estará caracterizada a reprovabilidade do fato e o erro de proibição diz-se inescusável.

⁽¹⁹⁴⁾ *Idem, ibidem*, p. 203.

⁽¹⁹⁵⁾ Zaffaroni, *Traido de derecho penal*, op. cit., p. 217.

⁽¹⁹⁶⁾ *Idem, ibidem*, p. 217.