

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

BARTIRA MACEDO MIRANDA SANTOS

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus
Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-098-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3.
Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25.
: 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Segue a apresentação de trabalhos que nortearam as discussões do GT de Direito Penal e Constituição por ocasião do XXIV Congresso Nacional do Conpedi, em Belo Horizonte/MG. Os textos, ecléticos que são, trazem contornos críticos e modernos acerca da pena e das categorias dogmáticas do crime e apresentam, à luz da realidade, propostas transformistas para uma maior e melhor adequação do direito penal às demandas sociais.

Como legado, fica a ideia de que o direito penal, como espécie de controle social de caráter formal e residual, carece de transformações legislativas e, sobretudo, hermenêuticas, que tragam maior legitimidade à imposição de sanções mais adequadas e humanas, segundo o paradigma constitucional presente no título do próprio Grupo de Trabalho.

Mas não é só, pois a leitura dos textos traz a boa perspectiva de que os autores estão atentos não só à violência que se apresenta ao direito penal, mas também àquela que ele mesmo proporciona com a imposição de penas inadequadas e desproporcionais, o que, em âmbito prognóstico, deverá contribuir para práticas que venham a construir um direito penal mais condizente aos reclamos sociais e à própria Constituição. Afinal, a sociedade hodierna, complexa e plural, carece de novas e mais adequadas práticas que não estejam ancoradas em velhas e ultrapassadas premissas e tradições.

Que venham os bons frutos do livro que ora se apresenta.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

BARTIRA MACEDO DE MIRANDA SANTOS

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

**ERRO DE PROIBIÇÃO NA DOGMÁTICA PENAL BRASILEIRA: ANÁLISE
CRÍTICA SOBRE O SEU SURGIMENTO E SUA NATUREZA JURÍDICA À LUZ
DA TEORIA FINAL DA AÇÃO**

**ERROR IN PROHIBITION IN CRIMINAL DOGMATIC BRAZILIAN : CRITICAL
ANALYSIS ON YOUR APPEARANCE AND ITS LEGAL STATUS ACCORDING OF
THE THEORY OF ACTION FINAL**

**Welison Araujo Silveira
Ana Clara Montenegro Fonseca**

Resumo

Este artigo versa sobre o erro de proibição e a relevância de seu surgimento e de sua natureza jurídica para a redefinição da dogmática penal hodierna. Tem como objetivo averiguar se o erro de proibição refere-se ao reverso da profana consciência de antijuridicidade, o que necessariamente conduz ao exame do desenvolvimento conceitual da culpabilidade e da autonomia de seu elemento, qual seja, a consciência de antijuridicidade em relação ao dolo. Assim, analisa-se sua posição na da teoria do crime, perspectivando-se a temática através das teorias do dolo e da culpabilidade. Adentra-se, ainda, nas suas espécies para verificar a superação dos chamados erros de fato e de direito e vislumbrar os efeitos jurídicos na jurisprudência e dogmática penal brasileiras, do erro de proibição, agora, afrontado com o erro de tipo. Utiliza-se do procedimento bibliográfico em fontes diversas, mas se funda principalmente na literatura clássica nacional e internacional, porque são estas que tratam da essência do tema, a exemplo do autor da teoria final da ação Hans Welzel. Justifica-se todo este esforço porque é através da compreensão de como o erro de proibição pode funcionar da teoria do crime hoje que é possível excluir o delito ou influir na dosimetria de pena. Dito de outra maneira, é mister desvendar como a doutrina e a jurisprudência tratam e interpretam o instituto em tela e confrontar tal entendimento com os ditames que se entende ser resultado da teoria finalista da ação, constatando afinidade ou descompasso da aplicação prática do instituto com a referida teoria.

Palavras-chave: Erro de proibição, Culpabilidade, Teoria finalista da ação

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with the error in prohibition and the relevance of its appearance and its legal status to the redefinition of today's criminal dogmatic. It aims to determine whether the error in prohibition refers to the reverse of the "profane" unlawfulness of consciousness, which necessarily leads to the examination of the conceptual development of culpability and autonomy of their element, namely unlawfulness consciousness in relation to guile. Thus, it analyzes its position in the theory of the crime, looking ahead to the theme through the deceit and culpability theories. Enters up, still in its species to verify the overcoming of so-called errors in fact and law and glimpse the legal effects in case law and Brazilian penal dogmatic,

error in prohibition now affronted with the type of error. It uses the bibliographic procedure in many sources, but is based mainly national and international classical literature, because they are dealing with the essence of the theme, like the author of the final theory of action Hans Welzel. It justified this effort because it is through understanding how the error in prohibition can work the crime theory is now possible to delete the offense or influence the penalty dosimetry. In other words, it is necessary to discover how the doctrine and jurisprudence treat and interpret the institute on screen and confront such an understanding with the dictates what is meant to be a result of finalists action theory, noting affinity or disconnect the practical application of the institute with this theory.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Error in prohibition, Culpability, Theory of action

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo o instituto erro de proibição e a relevância de seu surgimento e de sua natureza jurídica para a redefinição da dogmática penal hodierna, mormente no que concerne à realocação do dolo e à predominância de uma visão puramente normativa da culpabilidade.

Desse modo, pretende-se investigar criticamente as modificações na estrutura da teoria do delito, aquelas consequentes da evolução do elemento culpabilidade, a partir da teoria final da ação, cujo expoente é o penalista alemão Hans Welzel.

Assim, busca-se averiguar se o erro de proibição refere-se ao reverso da “profana” consciência de antijuridicidade, o que necessariamente conduz ao exame acerca do desenvolvimento conceitual da culpabilidade e da autonomia de seu elemento, qual seja, a consciência de antijuridicidade em relação ao dolo.

Com isso, chega-se ao surgimento do erro de proibição e à análise de a sua posição na da teoria do crime, perspectivando-se a temática através das teorias do dolo e da culpabilidade. Tratar-se-á, ainda, do estudo sobre as espécies do erro de proibição, com o fito de verificar a superação dos chamados erros de fato e de direito e vislumbrar os seus efeitos jurídicos na jurisprudência e dogmática penal brasileiras, do erro de proibição, agora, afrontado com o erro de tipo.

Para tanto, utiliza-se como método de pesquisa o dedutivo e o procedimento bibliográfico em fontes diversas, como livros, artigos, leis e jurisprudências, dentre outros recursos disponíveis sobre o objeto em tela. Cumpre frisar, que o tema demanda o retorno à literatura clássica nacional e internacional, porque são estas que tratam da essência e da evolução do substrato culpabilidade, que ensejou o surgimento do erro de proibição. Além disso, alicerça-se em teóricos da contemporaneidade para embasar a reinterpretação e crítica às ideias originais aqui discutidas.

A finalidade deste estudo diz respeito à compreensão de como o erro de proibição pode funcionar hoje para excluir o delito ou influir na dosimetria de pena. Dito de outra maneira, é mister desvendar como a doutrina e a jurisprudência tratam e interpretam o instituto em tela e confrontar tal entendimento com os ditames que se entende ser resultado da teoria finalista da ação, constatando afinidade ou descompasso da aplicação prática do instituto com a referida teoria.

2 ERRO DE PROIBIÇÃO CONSECUTÓRIO LÓGICO DA TEORIA FINAL DA AÇÃO: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Com fulcro, na teoria finalista, assevera-se que suporte teórico da reprovação da ação humana encontra-se no fato de o agente dirigir-se consciente e finalisticamente ao valorado negativamente pelo direito (antijurídico), quando podia comportar-se juridicamente. Assim, culpabilidade, enquanto reprovabilidade do comportamento humano, fundamenta-se na possibilidade de domínio do autor sobre o fato, e não mais em decorrência de sua simples causação¹.

Destarte, superado o modelo causal e a concepção psicológica da culpabilidade, afigura-se como imprescindível à reprovação a capacidade de o autor poder compreender o caráter do injusto e de se autodeterminar conforme esse entendimento. À margem destes requisitos que rodeiam o próprio livre arbítrio do homem, estar-se-ia diante de uma responsabilidade objetiva, visão abandonada quando da adoção do postulado do *nullum crimen nulla poena sine culpa*, ínsito ao Estado Democrático de Direito pátrio.

Acerca da importância do princípio supracitado afirma Maurach que:

“somente depois de comprovar que o agente é responsável pela ação ilícita, estaremos capacitados para reconhecer sua **ação como produto de sua livre vontade**. Neste caso, o **juízo de apreciação negativa que versa sobre a ação ilícita**, compreende também o autor responsável pelo fato: **a culpabilidade é um juízo formado sobre o autor do crime**. Esse juízo negativo acerca do autor, é que torna possível submetê-lo à sanção criminal.”² (sem grifo no original)

A culpabilidade pressupõe, pois, que o autor na situação concreta seja capaz (imputabilidade) e possa motivar-se (exigibilidade de conduta diversa), estruturando sua vontade, de acordo com a norma, em virtude da possível compreensão da antijuridicidade (potencial consciência da ilicitude) de seu propósito concreto. Inexistente alguma destas premissas, fragiliza-se o poder de censura do ordenamento jurídico-penal sobre o suposto autor do fato, ensejando o surgimento de causas excludentes da culpabilidade ou de diminuição da pena.

¹ Sobre a questão, WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Parte General. 11 ed. Traducción del alemán por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 4. ed. Santiago: Editora Jurídica de Chile. p. 37-43.

² MAURACH, Reinhart. **A Teoria da Culpabilidade no Direito Penal Alemão**. Revista Brasileira de Criminologia e Direito. ano IV, n. 15, 1996. p. 19.

Em meio a estas falhas humanas, elenca-se o erro, que, no vocabulário jurídico, conforme De Plácido e Silva significa a falsa idéia ou sentido acerca de um fato ou de uma coisa. Diferente da ignorância, na qual falta o conhecimento em absoluto³.

Do ponto de vista penal, o erro consiste na representação equívoca da realidade jurídica ou no falso juízo de valor a respeito da ilicitude de um dado comportamento⁴. É nesta esteira derradeira que reside o objeto deste estudo, qual seja: o erro de proibição.

É corrente afirmar que o erro e a ignorância possuem em essência significâncias distintas. Segundo Savigny o erro é a ideia da realidade das coisas obscurecida e oculta por um pensamento falso, o que difere da ignorância que é a ausência da ideia verdadeira⁵.

Todavia, percebe-se também que diversos autores, em que pese as diferenças sob o prisma metafísico, psicológico e filosófico, fazem-se sobre o erro e a ignorância um juízo unificador porque ambos têm os mesmos efeitos jurídico-penais, em regra de exclusão da pena, o que justifica a adoção de apenas um deles nas legislações antigas, abarcando o outro⁶.

A atenção ao erro de proibição requer o exame do ângulo negativo da base do juízo de reprovabilidade, da potencial consciência de antijuridicidade. Esta, enquanto verso da culpabilidade, é o reverso do erro aventado, o qual se configura, pois, quando da ausência desta possibilidade de valoração do tipo de injusto⁷.

Desse modo, como lembra Juarez Cirino dos Santos “(...) conhecimento e erro constituem estados psíquicos em relação de lógica exclusão: o conhecimento exclui o erro e o erro indica desconhecimento sobre qualquer objeto”. E, tratar de erro de proibição, prossegue o referido autor, consiste na identificação das situações negativas (ou espécies de erro de proibição: direto, indireto e de tipo permissivo, segundo opinião pátria prevalente) do conhecimento do injusto⁸.

Em verdade, o erro em tela indica uma causa excludente da culpabilidade que emerge quando ao autor, nas condições concretas em que se encontrava, era impossível apreender a significação ilícita de sua conduta. Falta o substrato essencial à censura, que somente se

³ SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 539.

⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Parte Geral. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.200.

⁵ *Apud* HERRERA, Lucio Eduardo. **El error en matéria penal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 11-12.

⁶ HERRERA, *ibidem*, p.13.

⁷ Assim, BRANDÃO, Cláudio. **A consciência de antijuridicidade no direito penal moderno**. Brasília a. 34 n. 136 out./dez. 1997 55. Revista de Informação Legislativa. p.55.

⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 12. ed. Curitiba: ICPC, Lúmen Júris, 2014. p.223.

verifica se presente o desvalor da decisão consciente quanto ao injusto, quando podia distintamente decidir, em favor da juridicidade de sua conduta.

Nessa linha, Welzel ensina que um fato somente é reprovável se o autor conhecia ou podia conhecer as circunstâncias que pertencem ao tipo e sua antijuridicidade. O conhecimento da antijuridicidade baseia-se no das circunstâncias do tipo, ou seja, a antijuridicidade do fato apenas pode ser compreendida se o autor conhecia (atual) ou podia conhecer (potencial) as circunstâncias que pertencem ao tipo⁹.

Insta esclarecer que o erro de proibição apenas se inseriu na legislação brasileira após a reforma penal de 1984. Anteriormente, em virtude do modelo causal de delito, concebeu-se, por um longo período, a dicotomia de erro de fato, excludente do dolo, e erro de direito, irrelevante penalmente. A inviabilidade dessa paridade de erros residia nos casos de desconhecimento inevitável da antijuridicidade penal, quando se aplicava a pena, em desrespeito à culpabilidade¹⁰.

A problemática da tradicional divisão de erro alimentava-se da também equívoca noção de dolo como parte integrante da culpabilidade e que abarcava a própria consciência de antijuridicidade. Com essa confusão de conceitos, impedia-se uma clara visualização dos efeitos do erro sobre os elementos objetivos do tipo e da proibição do fato.

Por isso, o estudo sobre o erro de proibição necessariamente requer considerações prévias e sucintas a respeito da evolução da teoria do delito, sobretudo no que concerne ao conceito de culpabilidade¹¹. Sobre esta, especificadamente, relevante é a visualização a respeito da autonomia na dogmática penal de seu elemento potencial consciência de antijuridicidade em relação ao dolo – e de sua influência, a partir da teoria final da ação – mormente da teoria normativa pura da culpabilidade –, para a própria origem do erro em estudo e sua vinculação a toda a estrutura da teoria do crime.

Em verdade, afirma-se que a investigação sobre o erro justifica-se, uma vez que é tema correlato a todos os elementos da teoria do delito: tipicidade, antijuridicidade e

⁹ Welzel, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista.** Traducción por José Cerezo Mir. Madrid: BdeF, 2002. p. 156.

¹⁰ Sob a rigidez do brocardo *error iuris nocet*, as legislações em geral não atribuíam relevância penal a tal erro, salvo se se tratasse de um erro de direito extrapenal, o que excluiria o dolo. O mesmo ocorreu em relação a leis penais em branco: se o erro sobre a norma que completa a lei penal em branco é de natureza extrapenal, exclui-se o dolo, se penal, é irrelevante (WELZEL, *op.cit.*, nota 1, p. 188-189).

¹¹ Em sentido próximo, HERRERA, *op. cit.*, nota 5, p. 8-9.

culpabilidade. Por isso, estudar a evolução e o desenvolvimento dos modelos jurídicos sobre a sistemática do crime é apreender como cada um deles concebeu o erro e suas consequências¹².

De se constatar, que a temática vincula-se nomeadamente ao entendimento das teorias do dolo e da culpabilidade de cepa germânica, pelas quais se buscou a superação da já mencionada tradicional distinção romana entre o erro de fato e o erro de direito, com as modernas concepções sobre erro de tipo (falha ou inexistência de conhecimento sobre elementos fáticos ou normativos do tipo penal) e erro de proibição (não percepção do teor antijurídico da conduta).

Após a compreensão da maneira como emergiu o erro de proibição na dogmática penal universal, imperiosa será também a análise crítica sobre as suas espécies, efeitos e aplicabilidade no cenário jurídico pátrio. Ainda, é mister averiguar o tratamento dispensado pela jurisprudência ao erro de proibição, tentando-se desvendar a incidência deste nas atuais decisões nacionais, como se mencionou na introdução deste.

Propõe-se, a seguir, evidenciar que tratar do erro de proibição é percorrer os próprios caminhos da teoria finalista. É chegar à concepção normativa de culpabilidade, retornar ao dolo natural (vontade e previsibilidade) e atingir a noção de injusto pessoal, no qual a responsabilidade do autor é problematizada pelas suas condições e pelas do fato de forma pontual. Afinal, como salienta o professor da Universidade de Bonn, Hans Welzel, somente há reprovabilidade pessoal (só se é culpável) quando ante uma ação antijurídica considerada individualmente ou de uma parte determinada de conduta de vida antijurídica¹³.

3 ERRO DE PROIBIÇÃO: REVERSO DA “PROFANA” CONSCIÊNCIA DE ANTIJURIDICIDADE

Tendo em vista que a apreciação do erro de proibição ocorre pela via negativa, ou seja, pela falta consciência de antijuridicidade, preliminar ao seu aprofundamento, impõe-se a compreensão de alguns aspectos deste seu reverso, tais como sua conceituação formal e material. Tal classificação da apreensão da significação ilícita do comportamento tem como base a mesma lógica semântica atribuída à classificação da antijuridicidade formal e material.

¹² Nessa linha, aduz Cláudio Brandão que “o tema erro envolve os conceitos de ação, tipo, antijuridicidade e culpabilidade” (BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense: 2010. p. 184).

¹³ WELZEL, *op.cit.*, nota 9, p. 155.

Nesse contexto, se, conforme Rosal¹⁴, entende-se por antijuridicidade “formal” a contradição do fato com a lei e por antijuridicidade material sua contradição com os interesses sociais, isto é, sua lesividade social, ideia semelhante transpassa às acepções de consciência dessa antijuridicidade. Desse modo, esta implicará, sob a perspectiva formal, na consciência da lei, e, materialmente, no desvalor da conduta¹⁵, no seu caráter anti-social.

De plano, impende fazer coro à refutação da visão formal acerca da consciência de antijuridicidade por impor um conhecimento intangível ao cidadão. Pressupor que se terá conhecimento da lei, da tipicidade, é pretensão iníqua e incompatível com a função do direito penal de proteção aos relevantes bens jurídicos da sociedade.

Nesse raciocínio, Maurach explicita que:

“tampouco pronuncia a lei penal o juízo de antijuridicidade. **A lei penal punitiva corresponde tão só estabelecer os efeitos jurídicos derivados da infração da proibição; é, portanto, irrelevante que o autor conheça, ou não, efeitos jurídico-penais do proibido**”¹⁶.(sem grifo no original)

Ainda, criticando essa corrente formalista, aduz Juan Córdoba Roda¹⁷ que a exigência do conhecimento do injusto no sentido de ciência da lei penal conduziria a conhecida frase que apenas os juristas estariam em condição de delinquir.

Importa também não confundir a impossibilidade de conhecimento da proibição com o erro de direito. Naquela o objeto cuja avaliação de ausência recai é a antijuridicidade, neste, a lei. Nessa trilha, esclarece Roque de Brito que:

“**erro sobre a ilicitude do fato não pode ser confundido com o desconhecimento da lei** por exigir-se que o agente tenha a consciência do ilícito, do injusto que realiza. **Tal consciência de ilicitude pode não existir, pode faltar, apesar do conhecimento específico da lei, assim como poderá existir na ausência de conhecimento da lei**”¹⁸.(sem grifo no original)

Segundo o mesmo autor, o Código Penal de 1940 dispunha, em seu art.16 da ignorância ou do erro de direito; no art.17 do erro de fato e em seus parágrafos 1º, 2º, e 3º, respectivamente, do erro culposo, do erro determinado por terceiro e do erro sobre a pessoa; e no art.5º do erro na execução; mas, em que pese a ignorância da lei representar o

¹⁴ ROSAL, Manuel Cobo del e ANTON, Tomás S. Vives. **Derecho Penal. Parte General**. 5. ed. Tirant le blanch: Valencia, 1999. p. 294.

¹⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal. Análise do sistema penal à luz do Princípio da Legalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 147.

¹⁶ MAURACH, *op. cit.*, nota 2, p. 360.

¹⁷ CÓRDOBA RODA, Juan. **Culpabilidade e Pena**. Barcelona: Bosch Casa Editorial. p.44.

¹⁸ ALVES, Roque de Brito. **Programa de Direito Penal (Parte Geral)**. Recife: Fundação Antonio dos Santos Abranches - FASA, 2005. p. 205.

desconhecimento da existência da proibição da norma, equiparava-se em efeitos ao erro de direito, que era a falsa compreensão ou interpretação da lei, não isentando de pena¹⁹.

De se observar que pela época do Código sobredito, as ideias finalistas ainda não predominavam, e, por consequência, não se contemplava o erro de proibição. Este somente com a legislação vigente, reformada inicialmente em 1984, já com influência da doutrina alemã, trouxe no art.20 o erro de tipo e nos seus parágrafos o tratamento das discriminantes putativas, do erro determinado sobre terceiro e do erro sobre a pessoa, bem como no art.21 o erro sobre a ilicitude do fato e no seu parágrafo único o erro de proibição evitável. Finalmente, pôde-se afastar a pretérita divisão de erro de fato e de direito.

Destarte, para evitar que o juízo de censura penal recaia sobre uma presunção ilusória, a percepção do injusto requer uma saber além do preceito normativo positivado. Cumpre inserir a consideração da anti-socialidade da conduta e da obrigação de percebê-la dentro da vida do autor *in concreto*.

Desse modo, deve-se chegar ao valor da contrariedade de direito conforme as condições de vida do autor, ou seja, trata-se de problematizar topicamente a possibilidade de compreensão da ilicitude da ação por parte do agente.

Assim, dentre os critérios²⁰ que buscam se ajustar à consciência de antijuridicidade material, destaca-se o enunciado por Edmund Mezger de valoração paralela na esfera do profano ou de subsunção das circunstâncias do fato realizada pelo autor “na forma de leigo”, com base no egotismo de Karl Binding²¹.

Dessa forma, impõe-se ao juiz que, quando da análise do erro de proibição, verifique em que condições sócio-culturais o agente realizou a valoração, ou seja, que proceda “um juízo paralelo à consciência do autor”²².

¹⁹ *Idem, ibidem*.

²⁰ Para alguns doutrinadores a consciência da antijuridicidade pode ser entendida como consciência ética, como agir comunicativo. Detalhes sobre o assunto, ver BRANDÃO, *op. cit.*, nota 12.

²¹ Segundo Aurélio Buarque de Holanda (FERREIRA. **Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015. p. 721) egotismo é o método em que se toma o eu por centro e experimentos psicológicos. Transportando tal conceito para as idéias de Karl Binding, diz-se que quando alguém valora como errada dada conduta porque não gostaria que lhe fizessem, já se teria suficiente noção do caráter ilícito da ação para merecer censura pelo universo do direito penal. Deste modo, a consciência da ilicitude surge com a “naturalidade do ar que se respira”, pelo próprio convívio social e universo comunicativo que circunda o agente.

²² WELZEL, *op. cit.*, nota 1, p. 191.

Karl Binding em crítica ao aspecto formal da consciência do ilícito aduz que “na quase totalidade dos casos a invocação do desconhecimento da norma não passa duma mentira grosseira e transparente”²³. E continua asseverando, que é:

“o egoísmo que nos revelam quais são os atos que não precisamos tolerar, e, via de regra, nossa razão conclui acertadamente que atos devem estar proibidos quando praticados por outrem à nossa pessoa, ou por nós face a outrem. Essa suposição da existência duma proibição, que se funda na realidade, basta perfeitamente para produzir um conhecimento suficiente da norma”²⁴.

Salienta-se que para Mezger a consciência da antijuridicidade é um elemento do dolo, visão inconciliável com o erro de proibição ora estudado. Sendo assim, como afirma Cláudio Brandão “aceitar a conceituação de consciência de antijuridicidade não implica em aceitar também a posição do autor acerca da localização dela na teoria do delito”²⁵. Logo, é pressuposto para esta proposta, a autonomia da consciência de antijuridicidade, em relação ao dolo do tipo, como elemento normativo da culpabilidade. Somente assim suas respectivas ausências geram, respectivamente, erro de proibição e erro de tipo.

Sobre a valoração paralela na esfera do profano, Ingeborg Puppe²⁶ expõe que ela conforma-se “*con una representación conceptual del autor que sea similar al sentido*”. Por este parâmetro exige-se do agente que, enquanto leigo (daí consciência “profana”) realize, de modo “paralelo” ao técnico-jurídico, uma valoração de sua conduta como errada. Refere-se à análise do conhecimento no círculo de pensamentos da pessoa individual e no seu ambiente sócio-cultural que marche na mesma direção e valoração jurídico legal. Afinal, vale aqui o clássico pensamento filosófico de Ortega e Gasset: “eu sou eu e minha circunstância”.

Como expôs Jescheck e Weigend, que:

o comportamento contradiz as exigências da ordem comunitária e, por esse motivo, é juridicamente proibido, ou seja, é suficiente conhecer a antijuridicidade material, como conhecimento leigo de lesionar uma norma jurídica penal, civil ou pública, sem a necessidade da norma jurídica lesionada ou da punibilidade do fato²⁷. (sem grifo no original)

Em termos simples, vige a noção de que a consciência do injusto significa conhecer materialmente a proibição em termos de conteúdo. Urge consignar, portanto, que atualmente

²³ Apud TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 62-63.

²⁴ *Idem, ibidem*.

²⁵ BRANDÃO, *op.cit.*, nota 12, p. 155.

²⁶ PUPPE, Ingeborg. **Error de hecho. Error de derecho, erro de subsunción**. IBCCRIM. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 12. n. 51. nov/dez de 2004. Revista dos Tribunais. p. 152.

²⁷ Apud SANTOS, *op. cit.*, nota 8, p.229.

predomina na literatura jurídica brasileira essa concepção que define a antijuridicidade material como objeto da consciência da antijuridicidade.

4 DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE: AUTONOMIA DA CONSCIÊNCIA DE ANTIJURIDICIDADE EM RELAÇÃO AO DOLO – SURGIMENTO DO ERRO DE PROIBIÇÃO

Em Roma, nas primeiras definições do crime de homicídio remetia-se ao dolo como requisito essencial para sua configuração, assim como não se considerava crime as condutas praticadas sem liberdade, que eram tidas como *quase-delictum*²⁸.

Esta livre intenção exigida não se referia simplesmente à vontade do autor em praticar o delito, mas também à consciência de que a ação se dirigia a algo contrário à moral, ao direito. Tratava-se do chamado *dolus malus* que representava a vontade livre de agir atrelada a um mau propósito, sem o qual inexistia o crime. Na definição de Teodoro Mommsen “o crime era ato voluntário presente a consciência de injustiça”²⁹. Eis os rudimentos da necessidade de se conhecer o caráter ilícito do fato para se atribuir a responsabilidade delitiva.

No que toca às causas de inculpabilidade entre os romanos, estas se limitavam em princípio, ao erro e ignorância de fato, pois o erro de direito era inescusável, salvo exceções relativas à qualidade da pessoa que a ignorava, à natureza da lei ignorada e do ato praticado. Assim, a ignorância da lei podia ser: de lei que não se fundava em direito natural (porque se considerava que este já estava incorporado na consciência coletiva), que eximia de pena; e de lei não penal que era fundamento prévio de lei penal, escusável porque excluía o dolo³⁰.

Interessante menção refere-se aos casos em que a consciência de ilicitude era imprescindível à constituição do delito. No roubo³¹, por exemplo, com a exigência da vontade injusta, se eventualmente um usufrutuário de uma escrava resolvesse se apoderar de seu filho, crendo ter tal direito, restaria afastada a *res furtiva*, exatamente pela falta de consciência do mau propósito.

²⁸HERRERA, *op. cit.*, nota 5, p.13.

²⁹ *Apud* LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2.ed. rev. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p.33-34.

³⁰ Os romanos distinguiam *iuris civiles* e *iuris gentium*, sendo este o direito natural comum a todos os homens, que se revela naturalmente à consciência do homem, e o outro, o que referia-se às peculiaridades dos costumes de cada povo. O corrente era que as referidas exceções só se davam para o erro sobre a lei extrapenal e no *iuris civiles*, podendo excluir a responsabilidade de mulheres, menores, camponeses, soldados e estrangeiros, a depender da situação concreta (Nessa trilha, HERRERA, *ibidem*, p.15-19; 44-47).

³¹ *Idem, ibidem*, p. 17.

Com o advento do positivismo do século XIX e, por conseguinte, das ciências naturais e da explicação causal da ação humana, a posição do dolo na estrutura dogmática do crime passa a compor propriamente, ao lado da culpa, a concepção psicológica de culpabilidade. Por vinculação ao método naturalista, o dolo (leia-se também a culpabilidade) abandona a índole normativa anterior e consubstancia-se puramente na sua forma natural (*dolus naturalis*): na vontade de realizar a ação (elemento volitivo) e na previsibilidade do resultado (elemento intelectual).

Diante do contexto positivista, no qual se buscava a contenção dos arbítrios estatais, enaltecia-se o poder da lei e a obrigatoriedade de seu conhecimento, despreza-se a ignorância da ilicitude por erro de direito, valendo-se da remanescente máxima *ignoranti iuris non excusat*. Fortalece-se a desnecessidade da consciência de antijuridicidade no dolo para a constituição da culpabilidade, e causas de inculpação (a exemplo das discriminantes putativas fáticas) restavam prejudicadas. Constrói-se uma responsabilidade sem culpabilidade realmente, na qual importa tão somente o nexu anímico entre o autor e o fato, anulando-se sobremaneira a função da percepção do injusto na sistemática do delito.

Contudo, uma postura marcadamente psicológica³², sem referência ao ordenamento normativo já era criticada por diversos doutrinadores³³. Trata-se de uma forma incipiente de visualizar na culpabilidade, além do psíquico, o elemento valorativo, do qual se deriva o conhecimento não só do fato, mas de sua antijuridicidade³⁴.

Em meio às ideias neokantistas³⁵, ocorre a virada no conceito de culpabilidade, a qual passa à valoração negativa sobre o autor de uma conduta proibida. Esta noção de reprovabilidade surge por meio de Reinhard Frank³⁶ em 1907³⁷ ao analisar uma sentença do

³² Em defesa da teoria psicológica aduz Everardo Luna que, em que pese o essencial dela ser “o fato psicológico que se chama vontade, não se nega, nem podia negar-se, o necessário e complexo tratamento jurídico ou normativo da vontade, porque de outra forma, não teríamos, na culpabilidade uma realidade do Direito, a não ser que, erroneamente, se concebesse o jurídico como uma simples etiqueta de fatos empíricos, criando-se, dessa forma, uma espécie de absurda ordem jurídica naturalista” (LUNA, Everardo da Cunha. **A culpabilidade**. Revista Arquivo Forense. p. 43).

³³ De forma peculiar, aduz Maurach que a teoria psicológica da culpabilidade é incoerente por ser “impossível unir um conceito psicológico (o dolo) com um conceito normativo, a culpa, e colocá-los sob um denominador comum” (MAURACH, *op. cit.*, nota 2, p. 21).

³⁴ SOLER (1964 *apud Op.cit.*, nota 1, p. 75).

³⁵ Da crítica ao mencionado positivismo hegeliano (e seu idealismo objetivo), surge o retorno à Kant e suas diferenciações entre natureza e cultura. Apegando-se à cultura, a qual depende de valores, enquanto conceitos positivos e negativos atribuídos aos objetos, os neokantistas voltam a vislumbrar juízos valorativos na culpabilidade. Configura-se a Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade.

³⁶ Reinhard Frank foi o fundador da teoria psicológico-normativa da culpabilidade, tratando-a como juízo de reprovação, porém mantendo o elemento psicológico pelo menos do dolo. Passam a integrar a culpabilidade, a

Tribunal Alemão sobre o caso concreto da “carroça sem rédeas”³⁸. Na ocasião, constatou-se a voluntariedade do agente (vínculo psicológico), porém o Tribunal firmou-se no sentido de que o agente não tivera liberdade de opção para agir conforme o direito³⁹, ou seja, em decorrência das anormais circunstâncias (no caso em tela, o vício no poder de agir), afasta-se a censurabilidade do agente.

A culpabilidade finalmente retoma seu fundamento: pressupõe que ao agente, além de ter a vontade, seja possível conhecer a natureza proibida daquilo que pretende realizar, determinando-se conforme esse entendimento. Desse modo, retoma-se o *dolus malus* originário dos romanos e permite-se saber a vinculação do autor ao ordenamento jurídico, analisar a medida de reprovabilidade por sua motivação, viabilizando uma reprovação pessoal sobre o autor.

Todavia, o referido dolo valorado apresenta uma incoerência interna nas suas estruturas, o que dificulta a comprovação das partes subjetiva e normativa da culpabilidade. Enquanto vontade e previsibilidade, exige-se o dolo efetivo e atual quanto às características do tipo. Porém, essa atualidade na percepção do autor raras vezes ocorre em relação ao lado normativo do dolo. De se notar que quanto à antijuridicidade não se pode exigir um conhecimento real, senão atualizável, potencial⁴⁰.

Somente com Welzel, a ação humana é compreendida como exercício da atividade finalista, pela qual o homem pode prever em determinada escala as suas consequências possíveis e dirigir-se livre e conscientemente segundo um plano⁴¹. Essa é a feliz justificativa da mudança de sua localização na sistemática do delito, bem como na sua própria estrutura.

imputabilidade, a as circunstâncias concomitantes, dolo aliado à consciência de antijuridicidade e culpa. Nesse sentido WELZEL (*Op.cit.*, nota 9, p. 83) e também Maurach (*Op.cit.*, nota 2, p. 22).

³⁷ Não obstante o primeiro estudo aprofundado sobre culpabilidade ser atribuído a Frank, há referências de 1905 como Bierling que já tratava da culpabilidade como juízo de valor e Dohna que fala da “contrariedade ao dever de conduta, como vontade direcionada à realização de m resultado antijurídico (Segundo BRITO, Aléxis Augusto Couto de. **Culpabilidade. Evolução e Análise Crítica Atual.** Direito Penal. Aspectos Jurídicos Controvertidos. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 232).

³⁸ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad.** Traducción por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. BdeF: Buenos Aires, 2004. p. 43-44.

³⁹ Com base na sobredita decisão jurisprudencial alemã, Frank teorizando a idéia de “circunstâncias concomitantes” que serviram de suporte para a utilizada noção de inexigibilidade de conduta diversa, posteriormente aperfeiçoada por Goldschmidt (culpabilidade como juízo de contrariedade ao dever), e Freudenthal (enaltecendo a exigibilidade de conduta diversa como elemento da culpabilidade), enquanto defeito na liberdade de escolha do agente (Sobre a matéria inexigibilidade como fundamento geral supralegal de exculpação, ver também FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad e reproche em el derecho penal.** Traducción José Luis Guzmán Dalbora. BdeF: Julio César Faira, 2003)

⁴⁰ WELZEL, *op.cit.*, nota 9, p.189.

⁴¹ Nesse sentido, WELZEL, *op.cit.*, nota 9, p. 25-26 e nota 1, p. 39-40; e HERRERA, *op.cit.*, nota 5, p. 80.

Como consequência do conceito de ação vidente salta aos olhos que o dolo (naturalístico) está na ação, ou seja, que se trata, em verdade, de um elemento subjetivo do tipo⁴². Afinal, se a ação final é um querer objetivo (direcionado a um fim), não prescinde da atual⁴³ vontade e da previsibilidade. Logo, é notório que o dolo situa-se na tipicidade.

Welzel inicia seu pensamento com o relato do seguinte caso: uma mulher grávida foge da Alemanha oriental para a ocidental. Ao chegar avisa a sua vizinha que praticará aborto. A vizinha, por seu turno, comunica a polícia e a mulher é flagrada. Inexistirá censura porque na oriental o aborto era lícito e a mulher não poderia valorar essa conduta como ilícita⁴⁴. Mesmo frente a uma atitude intencional, a culpabilidade será elidida, tendo em vista o desconhecimento do caráter antijurídico da conduta. A reprovabilidade e o dolo não se confundem.

Por isso, outro consectário lógico do finalismo é a teoria normativa pura culpabilidade, dentro da qual, a consciência de antijuridicidade (agora potencial) destaca-se como elemento normativo autônomo. Essa desvinculação do dolo permite que mesmo em sua presença, a culpabilidade seja excluída ou diminuída. Enseja respectivamente o nascimento do erro de proibição invencível e vencível, bem como a sua distinção do erro de tipo, excludente do dolo⁴⁵. Enfim, pôde-se graduar a gravidade da conduta do autor, segundo o maior ou menor conhecimento da antijuridicidade e abandonou-se a clássica separação entre erro de fato e erro de direito.

Elucidativos são os dizeres de Welzel ao ressaltar a importância da consciência de ilicitude para o entendimento da concepção de injusto pessoal, a saber: “a consciência da ilicitude é elemento do juízo de reprovação pelo qual se reprova o dolo ao autor”⁴⁶. Um erro sobre tal conhecimento não exclui o dolo, senão a reprovação em si mesmo, e, por isso, a culpabilidade, quando invencível ou escusável.

⁴² Welzel, *op.cit.*, nota 9, p. 83.

⁴³ *Idem, ibidem*, p. 81.

⁴⁴ Outras situações práticas: (a) um estrangeiro em cuja pátria a homossexualidade é impune (a exemplo da Suíça), realiza na Alemanha atos homossexuais, em princípio, não pode ser culpável; e (b) médicos e enfermeiros pensam que devem dar morte a enfermos mentais, considerando que o decreto da eutanásia de Hitler era direito válido (*Idem, ibidem*, p.160).

⁴⁵ As críticas feitas ao finalismo de que a retirada do dolo da culpabilidade gera seu esvaziamento são rebatidas por Welzel sob o argumento de que, tal modificação, ocasiona sua depuração de elementos estranhos (*Idem, ibidem*, p. 84). Também, conforme Reinhart Maurach trata-se de suprimir de um juízo verdadeiramente valorativo seus elementos psíquicos (MAURACH, *op.cit.*, nota 2, p.22-24; HERRERA, *op.cit.*, nota 5, p. 82-84), cujos componentes devem ter como parâmetro a norma jurídica.

⁴⁶ WELZEL, *op. cit.*, nota 9, p.166.

De se observar, ainda, que a consciência da antijuridicidade não se insere na antijuridicidade propriamente dita. Esta é o juízo desvalorativo do fato do homem – a conduta típica é o objeto valorado negativamente –, aquela é um juízo de valor sobre o agente da ação – valoração quanto à censurabilidade da conduta típica e antijurídica. A relação de antijuridicidade não exerce qualquer influência sobre a consciência de antijuridicidade: nada impede que o fato seja antijurídico sem que seja culpável. A consciência da antijuridicidade, portanto, estabelece materialmente a culpabilidade.

O substrato da doutrina finalista deve-se à percepção de Alessandro Graf Zu Dohna já em 1925. Segundo Welzel foi ele quem deu o passo decisivo até “a compreensão de que o juízo da culpabilidade, o mesmo que na constatação da antijuridicidade, encontramos ante o resultado de uma valoração”⁴⁷. Sendo assim, seu atento olhar discriminou a noção de objeto valorado e a de juízo de valoração do objeto⁴⁸, ou seja, diferenciou-se a reprovabilidade (valoração) e seu dolo (objeto valorado). Por conseguinte, pôde-se claramente vislumbrar o erro de tipo, como excludente do dolo (tipicidade), e erro de proibição, como excludente da culpabilidade.

Enfim, como expressa Maurach que o dolo não é um juízo valorativo, senão um fato psicológico, que se encontra exclusivamente na cabeça do delinqüente. Por isso, nem sempre uma ação dolosa é culpável. Do contrário, o autor atua de maneira culpável se tem “a possibilidade de discernimento entre o mal e o justo, entre o lícito e o ilícito”, este sim é um “juízo de valoração puro”⁴⁹. Logo, tal consciência não é algo que o seja reprovado ao autor, mas “a razão pela qual ao autor o será reprovado o dolo antijurídico”⁵⁰.

5 POSIÇÃO DO ERRO DE PROIBIÇÃO DA TEORIA DO DELITO: TEORIAS DO DOLO E DA CULPABILIDADE

A definição da localização da consciência de antijuridicidade na dogmática penal nacional tem função indispensável para a determinação dos efeitos do erro de proibição sobre

⁴⁷ Apud WELZEL, *idem*, *ibidem*, p.130. Ver também WELZEL, *op. cit.*, nota 1, p.168.

⁴⁸ Refratário da posição dominante exposta, Everardo Luna em minoria sustenta que “não se pode prescindir da vontade no conceito de culpabilidade, porque a culpabilidade é, ao mesmo tempo, qualificação da vontade e relação da qual a vontade é, precisamente, um dos termos relacionados. Qualificação da vontade, porque esta é o substantivo de que se adjetiva de culpa, e relação substantiva, porque a culpabilidade é o nexa que lega a vontade ao fato objetivamente praticado. Assim, a vontade externada na ação constitui a síntese que se denomina culpabilidade” (LUNA, *op.cit.* nota 31, p. 43).

⁴⁹ MAURACH, *op. cit.*, nota 2, p.24-25.

⁵⁰ WELZEL, *op. cit.*, nota 9, p. 156.

o crime. Por isso, impõe-se como premissa o exame das controvertidas teorias de origem alemã que explicam tal posicionamento, a saber: teorias do dolo e teorias da culpabilidade, sejam na forma estrita ou limitada.

Para as teorias do dolo (estrita e limitada), a aludida consciência é integrante do dolo (*dolus malus*) constituído pela vontade do fato e pela consciência do desvalor do fato. Ante qualquer erro o efeito será a exclusão do dolo. Para as teorias da culpabilidade (estrita ou limitada), desenvolvida a partir da teoria finalista da ação, impede separar a vontade do fato da consciência do injusto, já que aquela é integrante do elemento subjetivo geral dos crimes dolosos (o dolo), e esta é o fundamento concreto da reprovabilidade. Em verdade, a controvérsia entre tais teorias é a determinação se na falta da consciência de antijuridicidade estar-se-ia excluído o dolo ou a culpabilidade.

A teoria estrita do dolo diferencia-se da limitada porque naquela a consciência do injusto devia ser atual, enquanto nesta bastava a potencial. Na estrita, somente há dolo se se puder reprovar o autor porque não se deteve ao saber que agia antijuridicamente⁵¹. Em caso de erro, seja de tipo (que exclui a vontade) ou de proibição (que exclui a consciência de ilicitude), elide-se o dolo. Na limitada, segundo Mezger⁵², podia-se diferenciar graus de culpabilidade: a regra é que o dolo exige a atual consciência, esta, porém, excepcionalmente, pode ser dispensada. Aí, aplica-se a “concepção sã do direito” ante a “cegueira jurídica” - ocorrida quando havia a *possibilidade* de consciência do injusto, mas em oposição deu-se a “hostilidade ao direito” - sendo tal erro evitável punido pela criação de uma culpa especial, a culpa jurídica⁵³.

Na verdade, tratava-se de uma presunção da consciência do injusto, quando a ignorância da ilicitude decorresse da “animosidade com o direito”, ou seja, de condutas inconciliáveis com uma razoável concepção de direito ou de justo. Pura dissimulação da responsabilidade objetiva, e, conforme Bittencourt⁵⁴, substrato para que o próprio Mezger crie

⁵¹ Para Beling afirma que o agente precisa saber que dirige sua vontade a uma ação antijurídica. Logo, a culpabilidade é uma culpabilidade de vontade má (*apud* BRANDÃO, *op.cit.*, nota 12, p. 157-158)

⁵² Mezger, em seu “*Libro de Estudio*”, baseado no Projeto de Código Penal de Gütner em 1936, que tratava da aludida concepção sã de direito, expõe sua teoria limitada do dolo. Ainda, com fulcro na expressão “haja podido ter esta consciência com o devido esforço”, da Resolução do Tribunal Federal da Alemanha de 18 de março de 1952, relativiza a exigência de atualidade do dolo. Apesar de manter dentro do dolo o conhecimento da antijuridicidade ou uma atitude do autor incompatível com uma sã concepção do que é o direito e o injusto (*apud* HERRERA, *op.cit.*, nota 5, p. 86).

⁵³ A esse respeito ver BRANDÃO, *op. cit.*, nota 12, p.154-156; e WELZEL, *op.cit.*, nota 1, p. 189-194.

⁵⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Algumas controvérsias da culpabilidade na atualidade**. Direito e Justiça. Revista da Faculdade Pontifícia Universidade Católica do RS. Vol 20. na XXI, 1999. p. 110-111.

o polêmico elemento “culpabilidade pela condução da vida”⁵⁵: condenação do agente não por sua conduta, mas pelo que ele é (direito penal do autor).

No que toca às teorias da culpabilidade, tanto a estrita como a limitada consideram suficiente a possível apreensão da significação injusta do fato. Porém, distinguem-se quanto ao erro sobre as circunstâncias fáticas das causas de justificação. Para limitada, o erro relativo aos limites das justificantes encerra o erro de proibição, excluindo-se a culpabilidade; e se atinente à sua existência que autorizaria a conduta típica, inobstante existir dolo na situação prática, por critérios de política criminal, equipara-se o engano ao erro de tipo. Já para a estrita, qualquer erro sobre essas discriminantes putativas exclui o conhecimento do injusto, configurando sempre o erro de proibição.

De se ver que tão somente abre-se lugar para o erro de proibição inevitável ou evitável quando das postulações das teorias da culpabilidade. Dessa forma, em que pese as referidas teorias definirem a culpabilidade, de modo unitário, como reprovabilidade, não impedem o conhecimento de seus diferentes graus materiais, conforme o fato de o autor conhecer ou poder conhecer a antijuridicidade do fato.

Indubitável que o finalismo sustenta a teoria da culpabilidade⁵⁶ porque esta respeita o princípio da responsabilidade: o autor é responsável para que o conteúdo de sua decisão de vontade não seja antijurídica, quando podia reconhecer tal ilicitude, dentro dos limites de sua capacidade de compreensão ético-social sobredita.

Em contrapartida, a estrita teoria do dolo é alvo de inúmeras críticas de Welzel, sobretudo, por insistir no *dolus malus* como elemento da culpabilidade, que causa equívocos na interpretação de eventuais erros. Assim, ante a falsa representação sobre a consciência de antijuridicidade ou sua ausência, o dolo é excluído, ainda que o sujeito atuasse com conhecimento do tipo. Além disso, o princípio do conhecimento, embasamento da teoria, exige para a reprovação do autor pela sua resolução de vontade antijurídica, uma percepção

⁵⁵ A respeito da correlação entre a teoria limitada do dolo e “culpabilidade pela condução da vida”, ver ROSAL, *op.cit.*, nota 14, p. 675.

⁵⁶ Em que pese a teoria da culpabilidade ter sido claramente desenvolvida por Graf Zu Dohna e seguidores do finalismo, para Córdoba Roda, tal teoria não é exclusiva da teoria final, nem esta foi sua fundadora. Ela já era sustentada em 1908, por Von Hammel e Simons na Holanda e, mais tarde, na Alemanha por Von Hippel. Este já visualizava as conseqüências que a consciência da ilicitude podia gerar, nos seguintes termos: “se deve distinguir o atuar dolosamente contrário ao direito do culposamente contrário ao direito, o culposamente contrário ao direito (o sujeito por erro culposamente não apreende o caráter antijurídico de sua conduta) e o atuar não culpável. Ao atuar dolosamente contrário ao direito o corresponde a pena assinalada na lei. À conduta culposamente contrária ao direito a corresponde à imposição de uma pena atenuada. O atuar antijurídico não culpável é impune” (*apud* HERRERA, *op.cit.*, nota 5, p. 88).

efetiva, que raramente lhe é possível, e, inexistente, em crimes passionais graves e instantâneos⁵⁷.

Nesse contexto, adverte Muñoz Conde que “o conhecimento da antijuridicidade, tendo natureza distinta do dolo, não requer o mesmo grau de consciência; o conhecimento da antijuridicidade não precisa ser atual, pode ser simplesmente potencial”⁵⁸.

Sobre a falácia exigida pela teoria estrita do dolo, destaca Córdoba Roda que ante a “dificuldade de provar que o sujeito atuou com conhecimento atual da antijuridicidade, os Tribunais ver-se-ão na alternativa de ditar uma série de sentenças absolutórias injustificadas ou de fingir o conhecimento da antijuridicidade”⁵⁹.

Na mesma linha crítica, muito acertadamente, assevera Ricardo Núñez que “não se percebe razão científica pela qual frente à responsabilidade penal o direito constitutivo do tipo penal deva ser conhecido de maneira efetiva e atual pelo autor (dolo)”⁶⁰. Logo, ao conhecimento do injusto verdadeiramente lhe é exigível que seja potencial⁶¹, reserva-se a atualidade apenas para os elementos integrantes do tipo penal.

Na tentativa de suprir as lacunas apresentadas pelas teorias do dolo, em específico, pela estrita, seus defensores, a princípio, criaram um modelo auxiliar de culpa: “culpa jurídica”. Uniformizam-se os casos em que o autor devia ser castigado por essa de falta de informação jurídica culposa, impondo-lhes uma mesma sanção penal.

A falta de relação das figuras delitivas criadas com a realidade e a exclusão de diversas formas de erro de proibição geradas pela “culpa jurídica”⁶² acarretavam outro problema maior: o desconhecimento da culpabilidade da ética da responsabilidade. Esta não se esgota na falta de informação jurídica, mas se gradua segundo a capacidade concreta do autor de compreensão do injusto do fato⁶³.

⁵⁷ WELZEL, *op.cit.*, nota 1, p.189. Em sentido contrário, por adoção da teoria estrita do dolo Everardo Luna afirma que “a consciência de antijuridicidade é atual e o domínio da paixão é possível” (*op. cit.*, nota 31, p. 48).

⁵⁸ *Apud* BITTENCOURT, *op.cit.*, nota 53, p. 111.

⁵⁹ *Apud* HERRERA, *op.cit.*, nota 5, p. 83.

⁶⁰ *Idem*, *ibidem* p.83

⁶¹ Nessa trilha, afirma-se que “o homem como membro de uma comunidade está obrigado em todo o momento a adotar a decisão responsável de comportar-se juridicamente e evitar um injusto. Não cumpre tal dever se se limita a omitir aquilo que a seus olhos é evidentemente antijurídico. Tem que perguntar-se sempre que se disponha a fazer algo se isso está ou não de acordo com os preceitos do dever jurídico”.

⁶² Em verdade, como a referida teoria não se concebia o erro de proibição culpável, vencível tentou-se criar o tipo legal geral da “culpa jurídica” para evitar a absolvição nos tipos previstos unicamente na forma dolosa.

⁶³ WELZEL, *op.cit.*, nota 1, p. 190.

A alternativa seguinte busca a negação da relevância da “cegueira jurídica” ou “inimizade ao direito”. Assim, o erro do autor é não escusa se incompatível com a “acepção popular sã de direito e de injusto”. Contudo, a introdução desse indeterminado conceito na culpabilidade (e para a determinação da pena) contraria o próprio Estado de Direito e priva o autor de uma possível escusa frente o irrefutável consenso popular sobre direito⁶⁴. Além do que se considera a conduta inimiga ao direito, mesmo a produzida culposamente, sempre como dolosa, em clara afronte, uma vez mais, ao princípio da legalidade.

Outra imprecisa proposição referia-se à teoria da “irrelevância do sentimento valorativo correto”, pela qual o elemento subjetivo do poder era irrelevante, em consideração somente ao do “dever-ser geral”. Diferencia-se um erro de conhecimento, eximente, e um erro de valoração, irrelevante. Outrossim, fracassa já ante a impossibilidade de distinguir nos objetos do mundo social uma parte de conhecimento e uma de valoração⁶⁵.

Em oposição, a teoria da culpabilidade baseia-se no princípio da responsabilidade, segundo o qual o homem é responsável da juridicidade pelas suas decisões, dentro dos limites de sua capacidade de conhecimento ético-social. O objeto do juízo de reprovação da culpabilidade levado em conta é a resolução de vontade antijurídica. Esta o é reprovada ao autor na medida em que podia ter a consciência da antijuridicidade e podia convertê-la em um contra-motivo determinante de seu sentido.

Em contrapartida, a teoria do dolo por só reprovar o que efetivamente conhece o conteúdo antijurídico da ação, impõe, para casos de seu desconhecimento reprovável (“quando se podia conhecer”), a responsabilidade por um delito culposo. Transforma-se erroneamente uma realização dolosa em comissão culposa, o que conduz a controvérsias relativas à punibilidade de certos casos jurídicos: erros de subsunção que não são simultaneamente erros de proibição e situações de crença equívoca e reprovável de concorrência de uma causa de justificação.

Ademais, permite que se castigue também o desconhecimento culposo de circunstâncias do tipo (como o fato de a mulher a quem se fere culposamente estar grávida) e ignora as diferenças profundas existentes entre erro de proibição culpável e a comissão culposa do fato.

⁶⁴ Geravam-se, entre outros, inúmeros problemas inclusive para estrangeiros. A guisa de exemplo cita-se o caso de união sexual entre os prometidos formalmente, o que para o senso comum era lenocínio e intolerável. Ante o caso, não poderia um dos prometidos invocar erro de proibição, visto que incompatível com o argumento popular. Desse modo, permitia-se uma concepção autoritária de direito, com diversas lacunas dogmáticas. (*Idem, ibidem*, p.190)

⁶⁵ *Idem, ibidem*, p.191.

Para esta derradeira, o conteúdo da vontade antijurídica é irrelevante para a punibilidade. Em regra, a vontade não se dirige à produção de resultados típicos (que quando ocorrem são causados involuntariamente), mas de resultados irrelevantes e tolerados socialmente. Porém, apenas a realização deles é defeituosa: o autor devia ter agido cuidadosamente, prevendo outras consequências reprovadas que não estão compreendidas propriamente em seu fim.

Já para o erro de proibição a reprovação recai mesmo no conteúdo de resolução de vontade do autor, porque ele se dirige ao juridicamente proibido. O ordenamento jurídico quando declara que dada ação dolosa é antijurídica, considera que o cidadão também pode realizar, mediante exame de consciência, tal valoração ético-social. Todavia, se, apesar dessa reflexão, o indivíduo atua por crer que se trata de um caso excepcional, assegura-se verdadeiramente para si de que assim o é, justificando a natureza de erro de sua ação.

De se ver que a noção de erro de proibição perpassa pela análise da capacidade de conhecimento ético-social, através da qual o homem pode ter consciência da antijuridicidade ou não de sua conduta. Sendo assim, apenas a teoria da culpabilidade reserva-lhe a importância devida, por, exatamente, partir dessa ideia de fixação dos limites positivos e negativos da responsabilidade ético-social da pessoa.

6. ERRO DE PROIBIÇÃO: ESPÉCIES E EFEITOS JURÍDICOS NA DOGMÁTICA PENAL BRASILEIRA

Com propriedade afirma Welzel, *in verbis*: “*error de prohibición es, más bien, la denominación abreviada del error sobre la antijuridid del fato real. Este error impide ver al autor que su acción típica infringe el ordenamento jurídico*”.

A falta desse conhecimento sobre a antijuridicidade do fato, não abrange, todavia, o pleno conhecimento da realização do tipo, por conseguinte, com dolo. Logo, “*no es necesario, sin embargo, que el autor conozca o pudiera conocer o concepto jurídico mismo*”⁶⁶.

Além disso, a falta de consciência da ilicitude e a ignorância da lei também são formulações diferentes e não conflitantes. Por isso, como lembra Juarez Cirino que a obrigatoriedade de obediência e conhecimento da lei penal pelo fato desta haver sido

⁶⁶ WELZEL, *op.cit.*, nota 1, p. 202.

regularmente publicada não se confunde com a impossibilidade de conhecimento da proibição e não deve servir como economia de análise da efetiva ou potencial consciência de ilicitude⁶⁷.

Clarificada a distinção entre erro sobre a lei (inescusável) e erro de proibição, tem-se como conclusão que este se refere puramente a uma problemática da culpabilidade. Questão esta, que até a reforma da parte geral de 1984, não recebia tratamento devido no Código Penal brasileiro marcadamente por prevalência das anacrônicas visões sobre a estrutura e localização do dolo.

A matéria *erro* limitava-se às duas classes tradicionais: erro de fato, o qual excluía o dolo e, em consequência, a culpabilidade (como se sabe, à época, o dolo situava-se nela); e erro de direito, que, por sua vez, não escusava, salvo nos casos de leis penais em branco e das contravenções.

Somente após a mencionada reforma, influenciada pela doutrina alemã (sobretudo de Dohna⁶⁸), o Diploma Penal passa a contemplar o erro de proibição (art. 21), ao lado do erro de tipo (art. 20), do erro acidental (art. 20, § 3º; art. 73 e 74) e do erro de tipo permissivo (art. 20, § 1º - erro sobre discriminantes putativas, equiparação ao erro de tipo).

Vale a menção de que a polaridade entre erro de fato e erro de direito, de um lado, e erro de tipo e erro de proibição, por outro, são, por consequência, dois pares de conceitos completamente diferentes e não se trata de uma simples substituição de terminologias, mas em um enfoque diferente do problema⁶⁹.

Desse modo, há erros de direito que são erros sobre o tipo, por exemplo, o sobre o caráter normativo (por exemplo, caráter de “alheio” da coisa móvel no furto, art. 155 do CP); e há erros de fato que são erros de proibição, por exemplo, erro sobre pressupostos objetivos de uma causa de justificação (exemplo: legítima defesa putativa).

Reserva-se, assim, para o erro de tipo a falsa representação sobre uma circunstância objetiva descrita no tipo legal de índole fática ou normativa. Doa-lhe a natureza de excludente do dolo, podendo subsistir pena por fato culposos se previstos em lei. Não se tratando de um substituto ao anterior erro de fato, porque incide, além dos elementos de fato, sobre qualquer circunstância do tipo.

⁶⁷ SANTOS, *op.cit.*, nota 8, p. 244.

⁶⁸ Conforme Welzel, a partir da introdução do conceito de erro de proibição, no direito penal por Alexander Graf Zu Dohna, desenvolve-se com mais precisão a temática do erro, distinguindo erro de proibição e de tipo como par diferente do anterior erro de direito e de fato. (WELZEL, *op.cit.*, nota 9, p. 179).

⁶⁹ HERRERA, *op.cit.*, nota 5, p. 91.

Finalmente, à culpabilidade destina-lhe o problema do erro de proibição. Assim, passa a dispor o art. 21 do Código Penal nacional que “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”. Separa-se, pois, ciência da lei e mesmo do tipo, de conteúdo proibitivo da norma⁷⁰, ou seja, erro de direito, erro de tipo e erro de proibição, doravante, têm seus próprios objetos de incidência e efeitos jurídicos.

Enfim, o erro de proibição verifica-se quando o autor sabe o que faz (age com vontade final), mas acredita erroneamente sua ação está permitido (desconhece a proibição da norma). Situações de não conhecimento da norma jurídica ou de sua má interpretação; ou de suposição equívoca a respeito da existência ou do limite de uma causa de justificação; ou ainda de crença errônea de não estar obrigado a agir quando na verdade por imposição legal encontra-se na posição de garantidor. Estas concernem às espécies de erros de proibição que importam na exclusão da reprovabilidade, se invencíveis, ou a atenuam, se evitáveis.

Destarte, o erro de proibição poderá ser, conforme reza o art. 21 do CP, direto, recai sobre a existência, validade ou alcance da norma proibitiva e exclui ou atenua a culpabilidade; indireto, recai sobre a existência ou limites de causas justificantes; e mandamental, recai sobre o dever jurídico de agir determinado por uma norma imperativa, prevista no art.13 do CP, abarcando tanto a omissão própria, como a imprópria.

Ressalta-se que pela teoria da culpabilidade limitada adotada pela legislação pátria, o erro sobre as discriminantes putativas equipara-se ao erro de tipo. Se o Brasil fosse partidário da estrita teoria da culpabilidade, esses casos, nos quais se tem a falsa impressão de estar diante de justificantes (art.20, §1º do CP), configurariam erro de proibição indireto, o que não procede.

Nota-se que a ausência de consciência de antijuridicidade retira do indivíduo a capacidade de se motivar conforme a norma, e, por conseguinte, sua vontade de atuar conforme o direito. Assim, o erro de proibição influi decisivamente, não só, para o entendimento da reprovação em si, mas da própria necessidade da pena.

Em outros termos, surge o questionamento a respeito da incidência ou não da pena para determinada pessoa que cometeu o fato típico, com desconhecimento de sua proibição.

⁷⁰ Para compreensão do sentido empregado de norma proibitiva, vale a distinção de Karl Binding sobre lei e norma. Portanto, a acepção supra corresponde ao valor antijurídico da norma, não de regra positivada.

Assim, resta saber se exclui no todo o juízo de reprovação sobre o autor do fato ou se lhe sobeja alguma punição.

Acerca do assunto, Gimbernat assevera que:

nos casos em que ocorre um inevitável erro de proibição, deve-se absolver o sujeito em decorrência da pena não resultar funcional nem quanto à prevenção geral nem à especial. Em relação a prevenção especial, não é preciso fortalecer pela execução da pena o efeito motivador da proibição, nem a vontade de atuar conforme o direito, já que o sujeito não desatendeu o indicado efeito pela simples razão de que não conhecia a proibição⁷¹.

De se ver que no erro invencível (escusável), previstos no art. 21, 2ª parte do CP, não cabe censurabilidade pela impossibilidade completa do sujeito ter ciência do fator que poderia lhe motivar ao seu comportamento conforme o direito, qual seja, entender o caráter ilícito da norma. Logo, exclui-se a sua culpabilidade, por conseqüência, inexistente necessidade de pena a ser lhe aplicada.

Em que pese a aferição da inevitabilidade da falta de conhecimento do injusto ser um ponto nevrálgico entre os penalistas, não possuindo critérios fixos de definição. Cabe ao intérprete problematizar o caso e analisar pontualmente as condições do autor quanto ao erro. Até mesmo porque no pensamento jurídico não há demonstrações apodíticas (inequívocas), ele não pode ser silogístico (não o é, certamente!), senão entimemático⁷², menos racional e mais razoável. O direito trabalha com o contingente, sendo-lhe relevante uma argumentação lógica que vise à abstração do caso, conforme o problema *in concreto (topoi)*⁷³ para se aproximar da possibilidade ou não da consciência do injusto pelo autor.

Dessa maneira, o juiz deve valer-se, na análise do caso concreto, das lições welzelianas de se atentar para a necessidade de o autor “dever informar-se” ou poder por “esforço de consciência” chegar à apreensão do injusto. Por exclusão dessas linhas reitoras, acredita-se que é possível chegar sim a um juízo plausível sobre a censurabilidade do agente.

Sendo assim, diz-se que o erro de proibição é reprovável quando o agente, “nas circunstâncias” (parágrafo único do art. 21 do CP) tinha condições e motivos para se informar

⁷¹Apud CÓRDOBA RODA, *op.cit.*, nota 17, p. 43.

⁷² “Entimemas se caracterizam por deixar de fora termos do silogismo”, SOBOTA, Karina. *Don't Mention the Norm! International Journal for the Semiotics of Law* IV/10 (1991). Tradução de João Maurício Adeodato, *Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife*, nº 7. Recife: Editora UFPE, 1996, p. 256). Ver também: “Retórica”, de Aristóteles.

⁷³ A esse respeito, ver VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo. p. 23-27.

sobre a antijuridicidade, conforme os valores éticos e sociais do seu meio⁷⁴. Eis a inescusabilidade do erro, posto que subsiste a responsabilidade pelo fato, embora diminuída. Em outras palavras, configura-se o vencível ou evitável, pois se o sujeito agisse com mais cautela e reflexão teria ciência do injusto. Segundo o CP, no art. 21, 3ª parte, o sujeito responde pelo crime doloso, com a pena diminuída de um sexto a um terço.

Infere-se desses erros de proibição a correta natureza da consciência de antijuridicidade, bastando-lhe a potencial (pelas própria dicção do parágrafo único do art. 21 "quando lhe era possível"). Com isso, permite-se a graduação da pena conforme o conhecimento atual ou possível do autor, ou seja, a distinção dos graus materiais da culpabilidade.

7. ERRO DE PROIBIÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Pôde-se perceber que o tema erro de proibição integrou-se aos debates jurídicos pátrios. Com a adoção da teoria final da ação e a reforma penal de 1984, ocorreu a inclusão do erro de proibição no ordenamento jurídico nacional. Tendo em vista que sua contemplação legal posterior ao ano de 1984, os juristas, a partir daí, encontraram suporte positivo para sua aplicação.

Desse modo, é mister averiguar a maneira como a justiça brasileira vem se utilizando dessa excludente quando da análise do juízo de culpabilidade. Para tanto, fez-se uma rápida pesquisa⁷⁵ nos acórdãos proferidos pelo Tribunais Regionais Federais (TRFs), bem como no Supremo Tribunal Federal (STF) e Supremo Tribunal de Justiça (STJ).

Do sobredito exame, constatou-se que dentre os citados órgãos aquele que mais apresentou a incidência do erro de proibição foi o TRF da 2ª Região, que no período entre 2000 e 2014 contemplou tanto o erro de proibição invencível com o vencível. Já o TRF da 3ª Região vem aplicando o princípio da insignificância – juízo anterior a análise da culpabilidade – em casos que ao mesmo tempo reconhece a existência do erro de proibição. Os TRFs da 4ª e 5ª Região, por sua vez, somente a partir do ano 2000 é que proferiram acórdãos atinentes ao erro de proibição. Por fim, no STJ, foram encontradas apenas duas decisões anteriores ao ano de 2000, enquanto que no STF decisões neste sentido não foram encontradas. Logo, nota-se que o erro de proibição ainda é tema escasso nos órgãos do judiciário nacional.

⁷⁴ WELZEL, *op.cit.*, nota 1, p. 203-204.

⁷⁵ A principal fonte da pesquisa *on line* foi o Portal da Justiça Federal brasileira, cujo sítio eletrônico é <http://www.jf.gov.br/>.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática erro está intimamente ligada à evolução da estrutura da culpabilidade e da própria evolução da teoria do delito. Somente com a teoria final da ação e a conseqüente visão normativa da culpabilidade desvendou-se as terminologias mais adequadas aos problemas do erro, superando o *error facti* e o *error iuris* e o simples exame da falha, respectivamente, sobre fato e lei penal. Descuidava da falta de conhecimento da ilicitude, tida à época como erro de direito, portanto, inescusável⁷⁶.

A concepção da ação final com o necessário deslocamento do dolo para o tipo ensejou a moderna dicotomia erro de tipo e de proibição. A partir disso, verifica-se o conhecimento do tipo e da antijuridicidade da conduta. De se constatar, então, que o conhecimento ou não daquele não se trata mais de uma questão atinente ao juízo de reprovação do agente, porque este evoluiu do psíquico ao normativo.

A culpabilidade e a pena, finalmente, conhecem seus distintos graus matérias conforme o nível de exigência e a possibilidade de conhecimento do injusto colocada para o autor individual. A conseqüência disso é o afastamento de um direito penal cego ao principio do *nullum crimen nulla poena sine lege*, que confundia o delito como mera exteriorização causal de um resultado danoso. Crime pressupõe vontade final humana reprovável. As razões de sua punição atingem necessariamente a culpabilidade do agente.

O Direito Penal ganha fundamentação material e uma face mais humanizada, pelas qual o agente só será censurado e imputável quando capaz de se autodeterminar livremente e de entender o caráter ilícito do fato, podendo, a partir disso, decidir-se a favor ou contra a proibição. Realça-se, portanto, estruturas normativo-positivas fundamentais ao direito penal, antes desprezadas.

O objeto da consciência de antijuridicidade e do erro de proibição é a antijuridicidade da conduta. O autor tem que ser consciente da contradição de sua conduta com a ordem social, na qual se baseia a proibição jurídico-penal e que é colocada em prova por tal comportamento. Não, necessita-se, contudo, que o autor conheça ou pudesse conhecer o

⁷⁶ Nesse sentido, Figueiredo Dias “arracando da distinção entre erro de fato e erro de direito, esta concepção daria relevância de principio ao erro de fato, no sentido de excluir o dolo, enquanto o erro de direito, em que se englobaria, sem qualquer autonomia, a falta de consciência do ilícito - seria em principio irrelevante; tudo de acordo com a máxima pauliana *regula est ignorantiam cuique nocere, factii vero ignorantiam non nocere*”. (DIAS, Figueiredo. Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas. P. 286)

preceito jurídico (por conseguinte, a lei penal) ou inclusive a ameaça de pena⁷⁷. Enfim, apercebe-se da distinção entre tipo, lei e norma, ou seja, entre ignorância do tipo, da lei e do conteúdo proibitivo que está por trás da norma, já que a conduta apenas é declarada antijurídica por supor uma infração insuportável do ponto de vista ético-social. Predomina a concepção de que o erro recai sobre antijuridicidade em seu sentido material, no qual se imiscui a debatida “consciência profana”.

Observa-se que, finalmente, o erro de proibição estabelece-se como problema puro da culpabilidade, que impõe limites à necessidade de punição via fator positivo: autor tem que se capaz se conhecer a natureza antijurídica de sua conduta.

Outro ponto inegável refere-se à autonomia do reverso do erro de proibição. Assim, independentemente de qualquer teoria, seja do dolo ou da culpabilidade, a consciência da antijuridicidade é evidente elemento desvinculado do dolo (este agora sob o aspecto naturalístico compõe o tipo subjetivo), afigura-se atualmente como realidade normativa imprescindível ao juízo de culpabilidade.

Observou-se que dentre os modelos da teoria da culpabilidade, adequar-se ao direito positivo brasileiro a sua forma limitada. Com isso, o erro de proibição também aponta como mais um instituto real na dogmática penal pátria que não incide sobre o tipo, a lei ou fato (no sentido clássico romano), senão sobre a apreensão do sentido proibido (“profano”) da norma. Ante esta completa falta de percepção, verifica-se o erro de proibição propriamente dito, excluindo a culpabilidade do autor; se o erro resultou de uma falta momentânea da consciência do injusto, reparável com melhor exame da situação, ou se o autor devia ter se informado, socorre-lhe tão somente uma causa de diminuição da pena, o erro de proibição inescusável.

Essa concepção de erro de proibição que não se resume às teóricas elucubrações alienígenas. Embora de forma tímida, já se visualiza na prática dos pretórios pátrios a aplicação de tal instituto.

Assim, nas palavras do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro o erro sobre ilicitude do fato “não se confunde com desconhecimento da lei. Este é irrelevante. A consciência de

⁷⁷ WELZEL, *op.cit.*, nota 1, p. 202.

ilicitude resulta da apreensão do sentido axiológico das normas de cultura, independentemente de leitura do texto legal”⁷⁸.

Nessa trilha, pode-se concluir que o erro de proibição é a não percepção do comando antijurídico que está na essência da norma, não simplesmente na lei. O julgador deve, então, considerar para a aferição da culpabilidade o fato de se o agente podia apreender a ilicitude conforme o âmbito sócio-cultural do qual faz parte. Logo, o ordenamento jurídico brasileiro não exige do autor o conhecimento técnico, senão uma fidelidade ao direito se esta lhe era cognoscível. Esta é a forma de análise da culpabilidade que se espera do direito nacional, compatível com a característica humana da possibilidade do erro.

REFERÊNCIAS

ALVES, Roque de Brito. **Programa de Direito Penal (Parte Geral)**. Recife: Fundação Antonio dos Santos Abranches - FASA, 2005.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Algumas controvérsias da culpabilidade na atualidade. Direito e Justiça. **Revista da Faculdade Pontifícia Universidade Católica do RS**. Vol 20. na XXI, 2009. p. 110-111.

BRANDÃO, Cláudio. A consciência da antijuridicidade no moderno Direito Penal. **Revista de Informação Legislativa** (55-62). Brasília a. 34 n. 136 out./dez. 2007 55

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal. Análise do sistema penal à luz do Princípio da Legalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRITO, Aléxis Augusto Couto de. **Culpabilidade. Evolução e Análise Crítica Atual**. Direito Penal. Aspectos Jurídicos Controvertidos. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 229-262.

CÓRDOBA RODA, Juan. **Culpabilidade e Pena**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Acerca Tratamento do Erro no Sistema Penal Moderno. *In* **Questões Fundamentais Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad e reproche em el derecho penal**. Traducción José Luis Guzmán Dalbora. BdeF: Julio César Faira, 2003.

⁷⁸ RHC 4.772-SP (STJ, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, RSTJ 100/287). Jurisprudência encontrada no seguinte domínio eletrônico da Justiça Federal in: <http://189.11.195.50/pesquisaunificada/pesquisa?tmp.area=44&sn=1&iqk0=Cernicchiaro+erro+sobre+a+ilicitude>.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Traducción por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. BdeF: Buenos Aires, 2004.

HERRERA, Lucio Eduardo. **El error en materia penal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2007.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2.ed. rev. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LUNA, Everardo da Cunha. **A culpabilidade**. Revista Arquivo Forense, Recife. v.61, n.1, p.40-51, jan./jun., 1975.

MAURACH, Reinhart. **A Teoria da Culpabilidade no Direito Penal Alemão**. Revista Brasileira de Criminologia e Direito. ano IV, n. 15, 1996

_____. **Tratado de Derecho Penal**. Traducción por Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 2000.

PUPPE, Ingeborg. **Error de hecho. Error de derecho, erro de subsunción**. IBCCRIM. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 12. n. 51. nov/dez de 2004. p. 132-189.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 12. ed. Curitiba: ICPC, Lúmen Júris, 2014.

SOBOTA, Katharina. *Don't Mention the Norm! International Journal for the Semiotics of Law* IV/10 (1991). Tradução de João Maurício Adeodato, Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, nº 7. Recife: ed. UFPE, 1996, p. 251-273.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 539.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Parte Geral. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROSAL, Manuel Cobo del e ANTON, Tomás S. Vives. **Derecho Penal. Parte General**. 5. ed. Tirant le blanch: Valencia, 1999.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1982.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. *Parte General*. Traducción por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Perez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

_____. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Traducción por José Cerezo Mir. Buenos Aires: BdeF, 2002.

_____. **Estudios de Derecho Penal. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía**. Traducción por Gustavo Eduardo Abosa y Tea Löw. Buenos Aires: BdeF, 2003.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo.