

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A consciência da ilicitude: sua função na dogmática penal a partir
da teoria finalista**

Andréa Walmsley Soares Carneiro

Recife

2011

ANDRÉA WALMSLEY SOARES CARNEIRO

**A consciência da ilicitude: sua função na dogmática penal a partir
da teoria finalista**

Dissertação apresentada à
Universidade Federal de
Pernambuco como requisito parcial
para obtenção do título de mestre
em Ciências Criminais, sob a
orientação do Professor Dr. Ricardo
de Brito.

Recife

2011

Carneiro, Andréa Walmsley Soares

A consciência da ilicitude: sua função na dogmática penal a partir da teoria finalista / Andréa Walmsley Soares Carneiro. – Recife : O Autor, 2011.

127 folhas.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2012.

Inclui bibliografia.

1. Direito penal. 2. Culpabilidade. 3. Antijuridicidade. 4. Erro de proibição. 5. Brasil - Superior Tribunal de Justiça - Decisões - Consciência da antijuridicidade. I. Título.

343

345

CDU (2.ed.)

CDD (22.ed.)

UFPE

BSCCJ2012-
001

Andréa Walmsley Soares Carneiro

"A Consciência da Ilcitude: Sua Função na Dogmática Penal a Partir da Teoria Finalista".

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco
PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre.

Área de concentração : Teoria e Dogmática do Direito

Orientador: Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes
Freitas

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do
primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes
termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADA

Professora Dr^a. Margarida de Oliveira Cantarelli (Presidente/UFPE)

Julgamento: APROVADA Assinatura: _____

Professora Dr^a. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado (1^a Examinadora/UFBA)

Julgamento: APROVADA Assinatura: _____

Professor Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti (2^a Examinador interno/UFPE)

Julgamento: APROVADA Assinatura: _____

Recife, 10 de janeiro de 2012.

Coordenador Prof.^o Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega

RESUMO

CARNEIRO, Andréa. **A consciência da ilicitude**: sua função na dogmática penal a partir da teoria finalista. 2011. 123 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

A dissertação tematiza a consciência da ilicitude, sua localização na estrutura da culpabilidade e, por consequência, do crime, bem como as repercussões advindas de sua ausência. Trata-se de um dos temas mais complexos da teoria jurídica do crime. Inicialmente, tratou-se da evolução da culpabilidade no âmbito da dogmática penal, desde a sua feição psicológica até a normativa. Para esta, a aferição da culpabilidade do sujeito, entendida como reprovabilidade daquele que podia agir conforme o direito, mas não o fez, pressupõe a possibilidade de entender o caráter ilícito de seu agir. Em seguida, passou-se a analisar o conceito da consciência da ilicitude, seus pressupostos e objeto. Conhecer pressupõe apreender pelos sentidos e introjetar o conteúdo do conhecimento, o qual, no tema ora debatido, não se refere à norma jurídica como entidade formal – tipo legal, mas à contrariedade do atuar em relação ao ordenamento jurídico. Ademais, não se trata de conhecimento efetivo da antijuridicidade, mas de potencial consciência da ilicitude. Ao lado desta, imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa compõem a culpabilidade, notadamente normativa, cujos contornos foram traçados pelo finalismo, liberta dos elementos anímicos dolo e culpa, os quais passam à conduta e, por consequência, ao tipo. Fincado nesta estrutura, analisou-se a seguir o erro de proibição – que não se confunde com o erro de direito ou a ignorância da lei. Quando inevitável dito erro, exclui a culpabilidade, mas quando evitável importa em atenuação da reprimenda. Por fim, foram analisadas as decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema da consciência da ilicitude, destacando as posições adotadas, suas incoerências e aspectos mais relevantes.

Palavras-chave: Consciência; Antijuridicidade; Culpabilidade.

ABSTRACT

CARNEIRO, Andréa. **The consciousness of wrongfulness**: its role in the criminal dogmatic from the finalist theory. 2011. 123 p. Dissertation (Masters Degree in Law) – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

The dissertation thematizes consciousness of wrongfulness, its location in the structure of guilt and therefore the crime and the consequences arising from its absence. It is one of the most complex issues of legal theory of the crime. Initially, it was treated the evolution of culpability in the criminal dogmatic, since the psychological feature to the normative. For this, the measure of guilt of the subject, understood as disapproved of him that could act as the right, but did not, presupposes the possibility of understanding the illicit nature of his act. Then we started to analyze the concept of consciousness of wrongfulness, their assumptions and object. Knowing involves the senses grasp and internalize the content of knowledge, which, on the theme discussed herein, refers not to the rule of law as a formal entity - legal type, but the opposition of the act in relation to the legal system. Moreover, it is not actual knowledge of antilegal, but awareness of the potential illegality. Besides this, accountability and enforceability of diverse conduct make up the guilt, especially normative, whose contours were drawn at the end, free of guile and guilt animated elements, which start to conduct and therefore the type. Stuck in this structure, we analyzed the following error ban - not to be confused with the error of law or ignorance of the law. The inevitable error, excludes guilt, but when it is avoidable it only causes the attenuation of the reprimand. Finally, we analyzed the decisions of the Superior Court of Justice on the subject of consciousness of wrongfulness, highlighting the positions taken, their inconsistencies and most relevant aspects.

Keywords: Consciousness; Antilegal; Culpability.

SUMÁRIO

Introdução.....	7
 1 Evolução do conceito de culpabilidade – de mero vínculo subjetivo a elemento da estrutura analítica do crime.....	17
1.1 Teoria psicológica da culpabilidade.....	17
1.2 Teoria psicológico-normativa da culpabilidade.....	21
1.3 Teoria normativa pura da culpabilidade.....	30
 2 A consciência da antijuridicidade na estrutura do delito: a evolução finalista.....	44
2.1 Introdução.....	44
2.2 Pressupostos da consciência da antijuridicidade.....	49
2.3 Definição da consciência da antijuridicidade.....	58
2.4 Objeto da consciência da antijuridicidade.....	61
 3 A ausência de consciência da antijuridicidade: o problema do erro de proibição.....	67
3.1 Introdução.....	67
3.2 Erro e ignorância em direito penal.....	67
3.3 Princípio do <i>error iuris non excusat</i> . Erro de fato e erro de direito.....	70
3.4 Teorias do erro.....	76
3.4.1 Teorias do <i>dolo</i>	76
3.4.2 Teorias da <i>culpabilidade</i>	83
3.5. Espécies de erro.....	91
 4 A consciência da antijuridicidade nas decisões do Superior Tribunal de Justiça.....	94
 Conclusões.....	119
 Referências	

Introdução

O objeto da pesquisa limita-se à análise da consciência da ilicitude ou cognoscibilidade da antijuridicidade no bojo da doutrina finalista da ação¹.

Foi analisada a evolução do conceito de culpabilidade, que partiu da estrutura psicológica, influenciada pelas ciências da natureza, transpassou a teoria psicológico-normativa, que redesenhou dito conceito, inserindo elementos normativos na estrutura da reprovabilidade, e culminou com a teoria normativa pura da culpabilidade, produto da evolução finalista operada por Hans Welzel. Esta redefiniu a estrutura do crime e da própria culpabilidade – juízo de reprovação do autor de uma conduta antijurídica por haver se comportado de maneira desvaliosa (contrária ao direito), quando podia e devia ter agido em consonância com o ordenamento jurídico.

Também ponderados os pressupostos da consciência da antijuridicidade, quais sejam, o conhecimento e a ilicitude, bem como suas definições materiais e formais, além de seu conteúdo.

Vale ressaltar que foram propositadamente excluídos alguns temas que tangenciam a problemática ora tratada, como a imputabilidade – ou capacidade de culpabilidade – e a inexigibilidade de conduta diversa. Estes dois últimos elementos, ao lado da cognoscibilidade da antijuridicidade, conformam a culpabilidade sob a visão finalista.

Ademais, na presente dissertação se faz referência à questão do erro de tipo e de seu tratamento doutrinário e legal, mas se trata de uma referência circunscrita ao seu cotejo com o erro de proibição, na medida em que o caráter limitado da matéria aqui tratada impede de abordá-la em toda a sua extensão. Em realidade, o cerne do presente trabalho não alcança a análise das dificuldades de diferenciação entre os erros de tipo e de proibição em vista das discussões sobre a existência, na figura legal, das eventual presença de elementos próprios da antijuridicidade (denominados por Welzel de elementos do dever jurídico) e da culpabilidade.

¹ Cirino dos Santos prefere a nomenclatura conhecimento do injusto ao inferir que a cognoscibilidade alcança não apenas a antijuridicidade, mas também o primeiro elemento do delito, qual seja, a conduta típica. Cf. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 295.

As alusões feitas a estas matérias se deram quando havia extrema necessidade, para fins de esclarecimento de ideias relacionadas ao objeto do trabalho.

Conforme será posteriormente explanado em pormenores, devidamente influenciado por Graf Zu Dohna², Hans Welzel lança as bases do seu finalismo na obra *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* (Naturalismo e filosofia dos valores no Direito Penal), datada 1935, na qual passa a empregar, como sustentáculo de suas ideias, a expressão finalidade para definir a natureza da ação humana, estruturada na intencionalidade dos fins³.

Welzel, no texto acima, passou, após revisitar suas ideias iniciais, a usar o termo “*finalidade* no lugar da expressão menos manejável *intencionalidade*. Todavia, ao mesmo tempo, adverte, claramente, que a lei estrutural da intencionalidade dos fins continuava sendo a base fundamental da finalidade⁴”.

O direito penal – ou qualquer outro ramo jurídico – não cria a conduta humana, mas se volta para a sua realidade ontológica com o fim de (des)valorá-la, sem qualquer justaposição de conteúdo ou alteração do objeto.

Não há falar em conceito jurídico-penal da conduta, na medida em que o direito penal não a cria, mas a recebe da vida para valorá-la, segundo as normas estabelecidas pelo legislador.

Assim, reprova-se o autor da resolução antijurídica por haver agido contrariamente ao ordenamento jurídico, sendo iniludível admitir a necessidade, desde o momento em que a voluntariedade deve ser consciente, do conhecimento da antijuridicidade para a existência de uma conduta punível.

Nesse diapasão, a pergunta de pesquisa consiste em saber se é possível aferir, em um caso concreto, se o agente, ao praticar uma conduta típica e antijurídica, tinha consciência da antijuridicidade do seu agir e como deve ser a natureza e a profundidade deste conhecer.

A resposta que se impõe é a afirmativa, na medida em que o juízo requerido pode e deve ser feito *a posteriori*, por meio de um terceiro, que, com base nos conhecimentos do autor da conduta (ontológicos) e da sociedade no momento histórico atual (nomológicos), determine a possibilidade de cognoscibilidade da

² WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 98-99.

³ Idem, ibidem, p. 7-8.

⁴ Idem, ibidem, p. 8.

ilicitude. Ademais, a consciência requerida não precisa ser detida, mas basta que seja irreflexiva.

Em um primeiro plano, vale asseverar que, para a doutrina finalista da ação, a culpabilidade representa um juízo de reprovação do autor do fato típico e antijurídico que poderia ter se comportado conforme o direito, mas não o fez.

Assim, só tem sentido tratar de eventual exigibilidade de conduta diversa se, e somente se, na hipótese vertente, tinha o agente consciência de que seu agir contrariava o ordenamento jurídico.

Trata-se, como adverte Cerezo Mir, do elemento intelectual, correspondente à consciência ou conhecimento atual ou possível da antijuridicidade da conduta, pois um sujeito que não sabia nem poderia saber que sua conduta é antijurídica não atua culpavelmente⁵.

Daí porque a consciência da ilicitude é o ponto nodal da culpabilidade para a teoria finalista da ação, sendo imperiosa a análise de seus fundamentos e de seu conteúdo, a fim de lhe conferir a feição correta em termos da dogmática penal. Esta alegação é fundamentada na conclusão preliminar de que o direito penal moderno, para fins de reprovação da conduta, exige que o autor tenha apreendido e introjetado o caráter ilícito de sua ação antes mesmo de praticá-la, embora isto não tenha sido suficiente para demovê-lo de seu atuar injusto.

A necessidade de se fazer uma prévia análise – ainda que sucinta – da culpabilidade em relação à consciência da ilicitude deve-se a dois aspectos distintos. Por primeiro, a culpabilidade serve de fundamento àquela, na medida em que a ausência desta representação conformar um caráter negativo da culpabilidade. Ademais, esta análise prévia proporciona a base preceitual em que se funda o referido conhecimento⁶.

Ressalte-se que a cognoscibilidade da antijuridicidade não tem natureza meramente formal, mas necessariamente substancial, sob pena de se aplicar somente aos expertos da ciência jurídica.

A análise sobre a consciência da antijuridicidade, por imperativo do direito penal da culpabilidade, deve considerar, antes de mais nada, as características próprias do infrator, sob pena de impingir-lhe injustificado ônus, na

⁵ CEREZO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español**. Parte General. Montevideu: B de f, 2008, p. 835.

⁶ RODA, Juan Córdoba. **Una nueva concepción del delito**. La doctrina finalista. Barcelona: Ediciones Ariel, 1963, p. 62.

medida em que o juízo de reprovação, acaso existente, deve se dirigir ao sujeito específico.

Dentro deste panorama, o operador do direito visualiza a consciência da antijuridicidade sob um duplo enfoque: o da sua existência, que faz exsurgir a culpabilidade; o da sua ausência, que dá ensejo à problemática do erro de proibição, distinto da mera ignorância da lei.

Fixados os marcos iniciais, deve-se tratar o tema da cognoscibilidade da antijuridicidade. Essa é a hipótese de investigação.

São objetivos genéricos da pesquisa a análise do contexto jurídico de consolidação da consciência da ilicitude como integrante da culpabilidade e desta como elemento do conceito analítico de crime⁷, a atual situação do tema da cognoscibilidade da antijuridicidade, com enfoque nos aportes da teoria finalista, bem como estudar os parâmetros a serem manejados a fim de identificar, de forma minimamente segura⁸, se o agente, quando da adoção de sua resolução antijurídica, tinha conhecimento do ilícito ou, ao revés, agiu em erro de proibição.

Objetivos específicos são o estudo da evolução do conceito da culpabilidade – da teoria psicológica à teoria normativa pura –, do conceito, pressupostos e conteúdo da consciência da ilicitude, na feição a ela conferida pela doutrina finalista da ação.

Em seguida, investiga-se a ausência da cognoscibilidade da antijuridicidade, qual seja, o erro de proibição e, ainda, o tratamento conferido ao tema nas decisões do Superior Tribunal de Justiça⁹, especialmente a repercussão da dogmática sobre aquelas. Intentou-se, ao longo desta análise, desenvolver o processo levando em consideração os imperativos do direito penal liberal e as características marcantes da moderna dogmática penal.

A importância do trato da matéria diz diretamente com o pensamento da culpabilidade jurídico-penal, visto que, enquanto esta é o juízo de reprovação que

⁷ Ao lado do fato típico e antijurídico (injusto).

⁸ De fato, “não porque isso se deva a um qualquer defeito do tema, ou do método que seguimos para o seu tratamento, mas porque se trata de um <<risco>> normal de quem lida com questões de ciência prática, argumentativa, cuja resolução não se presta a disjunções excludentes de gênero”. DIAS, Augusto Silva. <<Delicta in Se>> e <<Delicta Mere Prohibita>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 46.

⁹ Para tanto, foram analisados, por meio de pesquisa com o argumento “consciência da ilicitude”, quarenta acórdãos, publicados no Diário da Justiça entre 27 de maio de 1996 e 04 de abril do ano de 2001.

se faz ao autor do fato por ter agido em contrariedade ao direito, quando poderia e deveria ter agido no sentido da norma, a consciência da ilicitude é seu elemento central, mais relevante, e, não por acaso, o mais complexo.

Ressalte-se que o interesse sobre o tema eleva-se a partir da verificação da inexistência de unanimidade doutrinária e jurisprudencial acerca da matéria, muito embora o ordenamento jurídico pátrio tenha expressamente regulamentado o erro de proibição no art. 21 do Código Penal¹⁰, esposando a teoria limitada da culpabilidade¹¹.

A dificuldade no trato do tema já foi pontuada por Cláudio Brandão, que entende sê-lo o de mais árdua investigação no bojo da teoria do delito, uma vez que sua análise agrega conceitos de Direito Penal e filosofia¹².

Por outro lado, a questão da consciência da ilicitude não se resume à mera definição de seus pressupostos e conteúdo, pois a análise destes, mesmo fundamental, não exaure a matéria, cujo conteúdo fica a depender de investigações ulteriores.

Para Cerezo Mir, “não é preciso que o conhecimento da antijuridicidade seja seguro. Basta que o sujeito considere provável que sua ação ou omissão é contrária às exigências do ordenamento jurídico¹³”. E conclui o citado autor: “o conhecimento atual da antijuridicidade da conduta não precisa ser um conhecimento

¹⁰ Erro sobre a ilicitude do fato (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

¹¹ Dispõe a Exposição de Motivos da reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984: “17. É, todavia, no tratamento do erro que o princípio *nullum crimen sine culpa* vai aflorar com todo o vigor no direito legislado brasileiro. Com efeito, acolhe o Projeto, nos arts. 20 e 21, as duas formas básicas de erro construídas pela dogmática alemã: erro sobre elementos do tipo e erro sobre a ilicitude do fato. Definiu-se a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude (parágrafo único do art. 21), mantendo-se no tocante às discriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominada 'teoria limitada da culpabilidade'. TOLEDO, Francisco de Assis. **Culpabilidade e a problemática do erro jurídico penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 517/251, nov. 1978.

¹² BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 211.

¹³ CEREZO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español**. Parte General. Montevideo: B de f, 2008, p. 836. Tradução livre de: “[...] no es preciso que el conocimiento de la antijuridicidad sea seguro. Basta con que el sujeto considere probable que su acción u omisión es contraria a las exigencias del ordenamiento jurídico”.

reflexivo; é suficiente, como no elemento intelectual do dolo, uma consciência irreflexiva que o acompanhe¹⁴”.

Também necessário divisar que a falta de consciência da antijuridicidade não é e nem pode ser confundida com a própria ausência de consciência do agir (atuar causal), visto que a conduta é a pedra angular do delito e sua análise, por questões de lógica, antecipa-se à perquirição sobre a culpabilidade.

Tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade são elementos sucessivos do chamado conceito estratificado do delito. Enquanto os dois primeiros são juízos que recaem sobre a conduta, o terceiro tem por objeto o sujeito e representa verdadeira reprovabilidade por seu atuar omissivo ou comissivo contrário ao direito.

Por outro lado, bem pontua Hans Welzel que, do ponto de vista da reprovabilidade da resolução antijurídica, tem-se como elemento imprescindível da culpabilidade o conhecimento da realização do tipo, sendo fundamental a diferença entre a realização dolosa e a culposa do tipo¹⁵.

Superada esta primeira exigência, passa-se à verificação da cognoscibilidade da antijuridicidade:

A verdade simples de que só se dirige ao autor a reprovação da culpabilidade – de que poderia adotar uma resolução de vontade de acordo com o Direito, no lugar de fazê-lo antijuridicamente – que se encontrar em condições de poder conhecer a antijuridicidade de sua conduta necessitou de muito tempo e de grandes esforços para se impor e ainda hoje não deixa de ser discutida¹⁶.

A consciência da antijuridicidade, é certo, não se refere ao conhecimento da norma legal proibitiva (falta de representação do preceito jurídico), visto que este conhecer é limitado a setores bem restritos de agentes, mas ao conhecimento da contrariedade da conduta com a norma jurídica, pertence à comunidade como um todo.

Destaque-se, aliás, que, não só dentro da culpabilidade, mas no âmbito mais amplo da própria teoria do delito, a consciência da ilicitude apresenta notável relevância.

¹⁴ Idem, ibidem, p. 837. Tradução livre de: “[...] *el conocimiento actual de la antijuridicidad de la conducta no es preciso que sea un conocimiento reflexivo; es suficiente, como en el tratamiento intelectual del dolo, una consciencia irreflexiva o acompañante*”.

¹⁵ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 120.

¹⁶ Idem, ibidem, p. 124.

Por oportuno, há de se destacar que as premissas ora apresentadas, são fruto de longa evolução teórico-dogmática. Entretanto, conforme já asseverado, não se navega em mares calmos quanto às opiniões sobre o tema, especialmente sobre a (in)suficiência de uma mera consciência potencial da antijuridicidade¹⁷.

E mais, também permeado de divergências o estudo da ausência da cognoscibilidade da ilicitude – o erro de proibição, bem como as consequências jurídicas advindas ao injusto quando o sujeito atua sem consciência da antijuridicidade.

Muitas foram as teorias traçadas para justificar a relevância da consciência da antijuridicidade para a caracterização da responsabilidade penal, sendo que até meados do século XX dominava a teoria do *error iuris nocet* – o erro de Direito não prejudica, com raízes no direito romanístico.

Prevaleceu esta teoria – com a ressalva da relevância do erro de direito extrapenal¹⁸ - na Alemanha até a Segunda Guerra Mundial, referendada pelo Tribunal Supremo (*Reichsgericht*)¹⁹.

Mesmo que o quadro atual mostre a superação, para a grande maioria dos estudiosos, da teoria do *error iuris nocet*, sua substituição pela teoria do dolo trouxe apenas a certeza da dificuldade e da relevância prática do tema, assim como da falta de unanimidade entre os doutrinadores.

Para a teoria do dolo, a consciência da antijuridicidade de uma conduta é elemento integrante do dolo e este, para a imensa maioria de seus defensores, é uma das modalidades de culpabilidade, ao lado da culpa. Neste caso, “a forma de consciência do dolo não basta, todavia, um “saber” desse tipo, não-atual, apenas atualizável, mas é necessária uma consciência real, presente, atual²⁰”.

A teoria do dolo foi sucedida pela teoria da culpabilidade, formulada por Welzel, calcada no abandono da vetusta distinção entre erro de fato e erro de direito e na definição da consciência da ilicitude como elemento da culpabilidade.

¹⁷ Em se tratando de conhecimento potencial da antijuridicidade, tem-se que este, ainda que não se verifique no caso concreto, é exigível do autor do injusto, se comparado a uma pessoa regular que apresente mesmas condições sociais, culturais, econômicas, etc. BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**. n. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 225/226.

¹⁸ O que, a despeito de sinalizar uma melhor compreensão para a teoria em comento, trouxe a lume novas dificuldades, especialmente no tocante à caracterização segura da matéria extrapenal.

¹⁹ CEREZO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español**. Parte General. Montevideo: B de f, 2008, p. 836.

²⁰ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 126.

Nesse bojo, a teoria estrita e a limitada da culpabilidade diferenciam-se quanto ao tratamento das circunstâncias fáticas de uma causa de justificação ou discriminante putativa. Para a primeira, sempre haverá erro de proibição; para a segunda, em caso de erro quanto aos limites da causa de justificação, tem-se erro de proibição, mas se o erro se der em relação às circunstâncias fáticas que caracterizem a discriminante putativa, tem-se equiparação ao erro de tipo²¹.

Inexiste consenso também na jurisprudência pátria, o que pode ser inferido do trato do tema nos julgados do Superior Tribunal de Justiça²², cotejando-se os entendimentos dos diversos Ministros relatores, bem como traçando um paralelismo entre as teses ali esposadas e a opinião doutrinária majoritária.

De logo, deve-se fazer uma ressalva de cunho metodológico, a fim de justificar a escolha pelos julgados do STJ, em detrimento de outros Tribunais, sem que se possa inferir, a partir disto, qualquer prejulgamento acerca da qualidade ou justeza daquelas decisões.

Por primeiro, parece intuitivo que aqueles julgados tendem a despertar maior interesse por parte dos aplicadores do direito, especialmente porque se trata de Tribunal Superior dotado da missão constitucional de “pacificação” da interpretação da legislação ordinária nacional.

Por outra banda, há de se destacar a facilidade em se empreender a pesquisa no sítio eletrônico do Tribunal, a partir de argumentos em vernáculo, obtendo-se a lista de julgamentos com os respectivos elementos de identificação (Turma, data de julgamento, Ministro Relator, dentre outros) e ementa. A partir deste *index*, pode-se também acessar o inteiro teor dos julgados.

A investigação temática realizou suas incursões do geral ao particular, utilizando, notadamente, o método hipotético-dedutivo, partindo-se da análise da definição da consciência da ilicitude, passando pelo realce ao seu caráter material e potencial, incluindo as situações em que aquela não está presente e, portanto, surge a figura do erro de proibição

. O presente estudo tomou por base a pesquisa em livros e artigos científicos especializados sobre o tema e sobre matérias correlatas, no Direito Nacional e no Direito Comparado português, espanhol e alemão, e em documentos

²¹ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 220.

²² Repise-se tratar-se de quarenta acórdãos, pesquisados no sítio eletrônico do STJ com o argumento “consciência da ilicitude”, publicados no Diário da Justiça entre 27 de maio de 1996 e 04 de abril do ano de 2001.

legislativos, com destaque à exposição de motivos das leis, para consolidar os argumentos teóricos traçados no estudo e guiar a elaboração da dissertação.

As fontes bibliográficas de pesquisa foram obtidas mediante aquisição em livrarias especializadas e consultas a bibliotecas (em especial, Ministério Público Federal em Pernambuco e Universidade Federal de Pernambuco).

O estudo do Direito Comparado português, espanhol e alemão, cujos elementos foram inseridos quando necessário, no bojo do estudo, teve por escopo aquilatar a opção teórica de sistemas penais de Estados estrangeiros no tocante à teoria da culpabilidade e, por consequência, à estrutura conferida à culpabilidade e, no interior desta, sobremaneira, à definição e aos limites da consciência da antijuridicidade e o reverso da questão, qual seja, sua ausência e o erro de proibição. Tal estudo foi instrumentalizado, precipuamente, pela consulta de livros e artigos doutrinários relacionados ao objeto da pesquisa e pelo acesso aos sítios eletrônicos de repositórios de legislação e jurisprudência estrangeiras.

A pesquisa teórica incluiu, como fontes complementares, a consulta a decisões judiciais singulares e a repertórios de jurisprudência.

Isso posto, intenta-se, no primeiro capítulo, fazer uma análise da evolução histórica e dogmática do conceito de culpabilidade, partindo da teoria psicológica da culpabilidade, embasada pelas ciências da natureza, referindo-se à teoria psicológico-normativa e findando-se na teoria normativa pura, formulada por Hans Welzel.

No segundo, tenta-se apresentar o conceito, os pressupostos e o conteúdo da consciência da ilicitude, na feição a ela conferida pela doutrina finalista da ação, sem olvidar as controvérsias doutrinárias que imantam a quase totalidade das reflexões sobre o tema.

No terceiro capítulo, investiga-se o reverso da cognoscibilidade da antijuridicidade, qual seja, o erro de proibição e suas nuances apresentadas ao longo dos tempos. O intuito principal consiste na demonstração da superação da antiga distinção erro de fato e o erro de direito, comparação da natureza a das distintas consequências do erro de proibição e do erro de tipo, análise das teorias do dolo e da culpabilidade no tocante à consciência da ilicitude, bem como a isenção e diminuição da culpabilidade frente ao tratamento do elemento intelectual da culpabilidade pelas normas positivas brasileiras.

No capítulo seguinte, realiza-se um estudo das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça no que concerne à consciência da ilicitude, no qual se busca demonstrar a falta de unanimidade no trato da matéria pelas diversos julgadores, bem como a existência de contradições não esclarecidas nos posicionamentos de diversos Ministros, os quais, em muitas situações idênticas ou semelhantes, adotam soluções distintas.

Por fim, apresentam-se as conclusões gerais do trabalho.

1 Evolução do conceito de culpabilidade: de mero vínculo subjetivo a elemento da estrutura analítica do crime

1.1 Teoria psicológica da culpabilidade

Inicialmente, quanto à noção de culpa, trata-se sem dúvida de um verdadeiro conceito – e não mera palavra –, a respeito do qual é possível a concepção de uma história.

É certo que todo conceito está vinculado a uma palavra, mas nem toda palavra representa um conceito social e político, na medida em que este é necessariamente polissêmico.

Destaque-se ainda, por necessário, que os doutrinadores portugueses fazem uso do termo culpa para significar o que os penalistas brasileiros denominam de culpabilidade, daí a relevância do estudo relacionado destes conceitos.

Para Jorge de Figueiredo Dias, “ainda hoje não se encontra estabelecida com clareza a história do princípio da culpa e das suas relações com a tese da responsabilidade objetiva ou pelo resultado²³”.

E prossegue afirmando não ser temerário afirmar que revela um longo e paulatino, por vezes, desde os povos antigos, sinuoso e acidentado trajeto de afastamento da responsabilidade objetiva rumo ao reconhecimento e compreensão cada vez melhor do princípio da culpa. Este princípio teve seu percurso de afirmação de forma concomitante com um progressivo aprofundamento e aperfeiçoamento do conceito de culpa, que há muito se desvinculou do conceito de culpa aplicável em outros ramos do direito, especialmente no direito civil²⁴.

O conceito de culpa relaciona-se originalmente ao conceito de dívida. No idioma alemão, culpa e dívida são expressas pela mesma e única palavra: *Schuld*.

²³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 511.

²⁴ Idem, ibidem, p. 511.

Mesmo em português, em sua antiga versão, dizia a oração do Pai-Nosso: [...] perdoai nossas dívidas, assim como nós perdoamos aos nossos devedores. Posteriormente, passou-se a orar: [...] perdoai nossas ofensas assim como perdoamos a quem nos tem ofendido.

Interessante a associação realizada por Günther Jakobs, no âmbito da imputação objetiva, entre o pecado original e a responsabilização nas searas penal e religiosa:

A relação de Adão com Deus mesmo, relação que na concepção judaico-cristã não é mediata; neste âmbito não existe divisão de trabalho no sentido de que alguém possa deixar que outros administrem o cumprimento dos deveres que a ele competem, porque as normas afetam a cada indivíduo não como membro intercambiável de uma sociedade, mas de maneira direta, com independência, precisamente, de sua imbricação social. No marco desta solução, adaptar-se ao mundo com seu sistema de regras sempre supõe adaptar-se a um mundo que quiçá renegue Deus, pelo que cada um há de evitar de modo personalíssimo cair nessa apostasia. O fato de que não se pode imputar objetivamente não exclui, portanto, de forma necessária, a culpabilidade no sentido de pecado, mas exclui – e com isto concluo – a culpabilidade jurídico-penal²⁵.

No atual passo do desenvolvimento científico, quando já sedimentados os pressupostos do direito penal liberal, ainda que sob esta roupagem tenham convivido e ainda convivam teorias conflitantes, seria inadmissível admitir-se a responsabilização penal do sujeito sem culpabilidade.

De fato, desde os primeiros aportes de von Liszt à concepção da teoria do delito até o presente momento, a doutrina penal foi permeada por uma série de debates concernentes aos elementos constitutivos do conceito analítico de crime, dentro os quais a culpabilidade, diretamente ligada aos fins da pena²⁶.

A culpa penal adquire uma feição autônoma, passa a existir um referencial histórico, um modelo no século XIX, com predomínio da concepção

²⁵ JAKOBS, Günther. **Moderna Dogmática Penal**. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2008, p. 221.

Tradução livre de: *“la relación de Adán con Dios mismo, relación que en la concepción judío-cristiana no es mediata; en este ámbito no existe reparto de trabajo en el sentido de que alguien pueda dejar que otros administren el cumplimiento de los deberes que a él le competen, porque las normas afectan a cada individuo no en cuanto miembro intercambiable de una sociedad, sino de manera directa, con independencia, precisamente, de su imbricación social. En el marco de esta solución, adaptarse al mundo con su sistema de reglas siempre supone adaptarse a un mundo que quizás reniegue que Dios, por lo que cada uno ha de evitar de modo personalísimo caer en esa apostasía. El hecho de que no se pueda imputar objetivamente no excluye, por tanto, de forma necesaria la culpabilidad en el sentido de pecado, pero sí excluye – y con esto concluyo – la culpabilidad jurídico-penal”*.

²⁶ CORRÊA, Tatiana Machado. Em busca de um conceito latino-americano de culpabilidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n.º 75. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 72.

psicológica da culpabilidade e do uso da metodologia das ciências naturais no âmbito do Direito.

O dolo passou a ser composto por um elemento intelectual e outro volitivo; o primeiro, era a consciência; o segundo, a vontade. Assim, a culpabilidade residiria na relação psicológica do agente com o fato em seu significado objetivo.

O momento histórico dos fins do século XIX forjou o Positivismo e sua pretensão de neutralidade científica. Passou-se a defender a inafastabilidade da relação causa-efeito, bem como a prevalência da obtenção do conhecimento por meio da observação dos fenômenos. A cientificidade dependeria, portanto, da comprovação empírica dos dados obtidos, de modo que se objetava qualquer influência da ideologia sobre o cientista.

Merkel e Binding conceituaram a culpabilidade, mas não a distanciaram da antijuridicidade. Ambos os autores apresentam influência de Hegel e mostram-se contrários à ideia de direito subjetivo. Ademais, tecem suas teorias a partir da ideia de norma, vez que a abstração desta induz a subjetividade.

Para Merkel, a norma gera uma unicidade de antijuridicidade e culpabilidade. Assim, a imputação dos fatos reprováveis e atentatórios às ordens moral e jurídica contém um juízo referente à culpabilidade. Esta representa o agir ou não agir antijurídico de uma pessoa que, segundo regras vigentes, importa àquela estar em dívida. Trata-se de uma culpabilidade jurídica, visto que ambas, pretensão lesionada e medida de apreciação de valor, são de natureza jurídica²⁷.

Binding acolhe a ideia de injusto culpável de Merkel, mas deve-se a ele a tradução da palavra latina *imputatio* para o alemão *Schuld* e, por consequência, a criação da denominação culpabilidade:

Tomada naquele sentido, “culpabilidade” significa a *ação culpável*. Posto que esta não é punível em mais que uma fração dos casos, denomina-se, em seu conjunto, adequadamente, *delito*, reservando o termo *crime* ao *delito punível*. De acordo com a atual convicção jurídica, a culpabilidade enquanto ação culpável não só constitui pressuposto iniludível, mas também fundamento jurídico da pena. (...) Neste sentido, a culpabilidade é uma ação juridicamente relevante, concretamente, antijurídica²⁸.

²⁷ MERKEL, Adolf. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: B. de f., 2004, p. 71-72.

²⁸ BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal**. Buenos Aires: B. de f., 2004, p. 5-6.

Tradução livre de: “Tomada en aquél sentido, “culpabilidad” significa la acción culpable. Puesto que esta no es punible más que una fracción de los casos, se la denomina en su conjunto, adecuadamente, delito, reservando el término crimen al delito punible. De acuerdo con la actual convicción jurídica, la culpabilidad en cuanto acción culpable no sólo constituye supuesto ineludible, sino también fundamento jurídico de la pena. En este sentido, la culpabilidad es una acción jurídicamente relevante, concretamente, antijurídica”.

A partir destes contornos naturalistas, Franz von Liszt desenvolveu sua teoria do delito e definiu a culpabilidade como a relação psíquica entre o autor da ação e o fato. Assim, sob a roupagem da culpabilidade, estariam reunidos os elementos subjetivos do delito, quais sejam, dolo e culpa.

Para o mencionado autor, é insuficiente que o resultado possa ser objetivamente produto do ato de vontade do sujeito, pois é ainda indispensável que exista uma conexão subjetiva, presente na culpabilidade. Culpabilidade, portanto, seria a responsabilidade pelo evento produzido²⁹.

No mesmo sentido, manifestou-se Ernest von Beling ao sustentar que a culpabilidade seria uma especialização da manifestação de vontade do delito no aspecto subjetivo. Assim, para os causalistas, haveria duas formas de culpabilidade: dolo e culpa, entendido o primeiro como consciente realização de todas as circunstâncias que caracterizam o crime; a segunda, causação do resultado por deturpação da consciência do agente³⁰.

Desta feita, no que atine à sistemática causal, para se concluir pela prática de um crime, indispensável seria a modificação operada no mundo exterior, produzida pela conduta atentatória a uma norma jurídica, praticada pelo autor do fato, para, em seguida, perquirir-se a respeito do vínculo psíquico entre ele e a conduta. Entretanto, aquele sistema concluía pela relação delitiva (produção causal do resultado) ainda na primeira fase, o que terminava por reduzir o sujeito a simples objetivo de imputação³¹.

Segundo Juarez Cirino dos Santos, o modelo causal aponta dois fundamentos do conceito psicológico de culpabilidade: em primeiro lugar, injusto e culpabilidade vinculam-se às dimensões objetiva e subjetiva do fato punível; em segundo, a relação psíquica do agente com o fato existe sob as vestes de dolo e culpa³².

Na teoria psicológica, a opção pela metodologia naturalística expurga os elementos normativos do seio da culpabilidade e, por consequência, retira-se a

²⁹ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Rio de Janeiro: Briguiet & C., 1899, t. I, p. 249.

³⁰ CORRÊA, Tatiana Machado. Em busca de um conceito latino-americano de culpabilidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n.º 75. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 72.

³¹ Idem, ibidem, p. 74.

³² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2000, p. 205-206.

consciência da ilicitude do dolo, o qual subsiste como simples previsibilidade adicionada à vontade de realização do fato. Supera-se, desta feita, o dolo normativo dos romanos³³.

Ocorre que dito conceito psicológico de culpabilidade também abrangia a imputabilidade, a qual, conquanto não fosse considerada elemento, constituía pressuposto para análise da culpabilidade, de sorte a também ser referida como capacidade de culpabilidade. Sua aferição se dava a partir da (in)existência de capacidade de entendimento dos atos praticados pelo agente e, também, pela análise da (im)possibilidade de determinação de acordo com o entendimento possuído³⁴.

Não se há olvidar que a doutrina psicológica da culpabilidade representou o primeiro passo na sistematização do conceito de culpabilidade em direção à responsabilidade penal subjetiva.

Trata-se, sem dúvida, de notável avanço no seio da dogmática penal, que passa a ter contornos metodológicos mais severos, embora ainda em fase de construção de seu modelo de conduta e culpabilidade.

1.2 Teoria psicológico-normativa da culpabilidade

Contra a teoria psicológica da culpabilidade se lançaram críticas, principalmente por considerar como elementos da culpabilidade o dolo e a culpa, os quais são profundamente distintos.

De fato, enquanto o primeiro – sabe-se – é elemento anímico, definível como representação e vontade da realização de uma conduta antijurídica, o segundo é um mero conceito normativo:

a doutrina dominante determina a relação de culpabilidade, dolo e imprudência, como a relação de gênero a espécie, quando na realidade é diferente. Tentarei esclarecer em poucas orações a oposição das opiniões. Segundo a doutrina dominante, os conceitos de culpabilidade, por um lado, e os de dolo e imprudência, pelo outro, relacionam-se com o conceito supra-ordenado de gênero ao conceito subordinado de espécie. Desde meu

³³ JAKOBS, Günther. **Moderna Dogmática Penal**. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2008, p. 207.

³⁴ RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade e teoria do erro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 52.

ponto de vista, é o conceito de culpabilidade um conceito complexo, entre cujos elementos se encontram, entre outros, o dolo e a imprudência. Segundo a doutrina dominante, tudo o que vale para a culpabilidade vale também para o dolo e a imprudência, pois toda afirmação sobre o conceito de gênero também tem que ser acorde com o conceito de espécie. Segundo minha interpretação, nem tudo o que se diz da culpabilidade serve para o dolo e a imprudência, posto que a relação destes conceitos em relação ao conceito de culpabilidade não é idêntica à que existe entre gênero e espécie. Enquanto a doutrina dominante, ao aceitar uma relação semelhante, leva a culpabilidade à mesma relação lógica que existe entre o dolo e a imprudência, como a que existe entre a árvore e o álamo. Segundo minha concepção, é melhor realizar a comparação desta relação com a existente entre a árvore e a raiz³⁵.

Adverte Cristiano Rodrigues que o cerne da controvérsia reside na circunstância de ser o dolo elemento subjetivo, encontrado na cabeça do autor, manifestação da vontade de realização de um ato anteriormente previsto, ao passo que a culpa, notadamente a inconsciente, isto é, sem previsão, é mero conceito normativo, previsto na lei como violação de um dever de cuidado objetivo exigido³⁶.

Nas hipóteses de culpa inconsciente, em que inexiste qualquer liame psicológico entre o sujeito e o resultado obtido, com é possível a atribuição àquele da culpabilidade? Desta forma, inafastável a ilogicidade na definição da culpabilidade com vínculo unicamente psicológico e, paralelamente, a admissão da culpa como uma de suas expressões, sendo aquela eminentemente normativa e desprovida de qualquer liame psíquico entre o sujeito e o resultado obtido³⁷.

Segundo Welzel, a questão da culpa inconsciente foi a primeira questão a minar a estrutura da concepção psicológica da culpabilidade³⁸.

³⁵ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: B de f, 2004. p. 37-38. Tradução livre de: “[...] *la doctrina dominante determina la relación de culpabilidad, dolo y imprudencia como la relación de género a especie, cuando en la realidad es distinto. Intentaré clarificar en pocas oraciones la oposición de las opiniones. Según la doctrina dominante, los conceptos de culpabilidad, por un lado, y los de dolo y imprudencia, por el otro, se relacionan con el concepto supraordenado de género al concepto subordinado de especie. Desde mi punto de vista, es el concepto de culpabilidad un concepto complejo, entre cuyos elementos se cuentan, entre otros, el dolo y la imprudencia. Según la doctrina dominante, todo lo que vale para la culpabilidad vale también para el dolo y la imprudencia, pues toda afirmación sobre el concepto de género también tiene que ser acorde con el concepto de especie. Según mi interpretación, no todo lo que se dice de la culpabilidad encaja en el dolo y la imprudencia, puesto que la relación de estos conceptos respecto del concepto de culpabilidad no es idéntico al que existe entre género y especie. En cuanto la doctrina dominante, al aceptar una relación semejante, lleva a la culpabilidad a la misma relación lógica que existe entre el dolo y la imprudencia, como la que media el árbol y el álamo. Según mi concepción, es mejor realizar la comparación de esta relación con la que media el árbol y la raíz.*”

³⁶ RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade e teoria do erro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 53.

³⁷ Idem, ibidem, p. 54.

³⁸ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 98.

Também problemática a discussão no que atine à culpa com previsão, ou culpa consciente, na medida em que, malgrado se assevere que a existência de uma previsão efetiva conceda à culpa uma feição psicológica, pois o autor tem conhecimento dos riscos inerentes aos seus atos, não há olvidar que esta modalidade culposa também se caracteriza pela inobservância das regras de cuidado exigido, conceito também normativo e objetivo³⁹.

Outra oposição ao conteúdo da teoria psicológica da culpabilidade reside nas situações em que a culpabilidade é diminuída ou afastada, tais como coação moral irresistível e estado de necessidade exculpante⁴⁰, mas remanesce o dolo e, portanto, o vínculo psicológico entre o autor da conduta e o fato.

³⁹ RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade e teoria do erro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 54.

⁴⁰ No âmbito do Direito Penal pátrio, o estado de necessidade é previsto como causa de justificação, a teor do que dispõem os arts. 23, inciso I e 24 do Código Penal, *verbis*:
Exclusão de ilicitude (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - em estado de necessidade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(...)

Estado de necessidade

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Francisco de Assis Toledo adverte que: “no direito alemão, o princípio da ponderação de bens e deveres está presente no estado de necessidade justificante e o esgota. Como, entretanto, esse princípio, portador de um critério puramente objetivo – a diferença de valor entre os bens e deveres em conflito – não consegue fundamentar a impunibilidade do fato necessário, quando esses bens e deveres sejam de igual valor (vida contra vida, no exemplo da tábua de salvação) ou quando o bem sacrificado seja maior do que o protegido, reservou-se para estas últimas situações, que traduzem verdadeiros comportamentos ilícitos – a possibilidade de incidência de uma excludente da culpabilidade – a do estado de necessidade exculpante – se e quando as circunstâncias de fato revelarem uma quadro de inexigibilidade de outra conduta. Daí o tratamento bifronte dado pelo estado de necessidade à teoria diferenciadora (...) No Brasil, contudo, o panorama não é o mesmo. Em primeiro lugar, o Código Penal vigente acolheu o estado de necessidade sem as restrições casuísticas da legislação alemã, como causa de justificação e tão-só (arts. 23, I, e 24). Assim, se se quiser, entre nós, descobrir alguma forma de estado de necessidade supralegal, será ela, sem dúvida, a exculpante, não a justificante. Por outro lado, como os preceitos do Código não exigem – pelo menos não o fazem expressamente – a ponderação de bens nem definem a natureza do bem protegido ou a condição de seu titular em relação ao agente (contenta-se com dizer “...direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”), é for a de dúvida que o legislador pátrio adotou a teoria unitária, que no Brasil sempre teve os seus adeptos, dentre os quais encontramos Costa e Silva, Aníbal Bruno e Nelson Hungria. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 178-179.

Com efeito, na atual sistemática penal brasileira, semelhante teoria não encontraria guarida na parte geral do código penal. Isto porque basta fazer menção ao art. 21⁴¹, que trata do erro sobre a ilicitude, e arrola hipóteses de diminuição ou afastamento da culpabilidade, mas sempre considerando indiscutível a sobrevivência e integridade do dolo do injusto.

O conceito de culpa penal afastou-se da culpa meramente civil assim que a doutrina, embora contra certas tendências na primeira metade do século passado, definiu a separação em categorias autônomas dos conceitos de antijuridicidade e culpabilidade e construiu uma concepção positivista-naturalista do conceito de delito, no qual a totalidade dos elementos subjetivos está compreendida na culpabilidade, de acordo com uma compreensão de natureza psicológica⁴².

As críticas ao caráter predominantemente naturalístico da acepção psicológica fizeram surgir a teoria psicológico-normativa da culpabilidade, primeiramente concebida por Reinhard Frank, mais precisamente em 1907.

Asseverou o referido autor que, não obstante a culpabilidade seja entendida na moderna ciência do Direito de distintas formas, existe uma coincidência no sentido de que seu âmago consistiria totalmente em uma relação psíquica com determinado objeto ou na possibilidade de uma relação desta natureza. Entretanto, a definição quanto à meta da relação psíquica como algo jurídico ou real deveria, naquele momento, restar em aberto. Ademais, pouco importaria se a dita relação psíquica deveria ser tida como vontade ou mera representação mental. O fundamental restaria na limitação do conceito de culpabilidade à fase interna. Numa acepção distinta defende von Liszt, para quem culpabilidade seria responsabilidade pelo fato realizado de maneira ilícita. Entretanto, funda-se este autor em confusão entre fato e consequência jurídica. Quando se questiona o porquê de uma pessoa ser penalmente punível por seu comportamento, a ciência afirma quando aquele comportamento é culpável. Em seguida, se se questiona quando o comportamento é

⁴¹ Erro sobre a ilicitude do fato (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 51.

culpável, responde von Liszt quando a pessoa é responsável pelo seu comportamento. Assim, haveria, em realidade, um círculo vicioso⁴³.

Deve-se perquirir em que circunstância a justiça vincula a responsabilidade. Por outro lado, se a conceituação de von Liszt coincidissem, seria impensável a responsabilidade sem culpabilidade, o que teria efeitos desastrosos na construção conceitual da distinção entre responsabilidade culpável e responsabilidade objetiva. De qualquer forma, a doutrina dominante encontra no âmago da culpabilidade uma reação psíquica entre o agente e algo fora da sua personalidade⁴⁴.

E prossegue asseverando Frank a existência de grande coincidência entre os conceitos de culpabilidade, por um lado, e de dolo e culpa, por outro, na medida em que o primeiro é considerado um conceito genérico e os outros dois seriam espécies daquele, o que se vê de forma bastante clara na obra de Binding. Também Mayer esclarece que a culpabilidade abrange o dolo e a culpa. Exatamente este entendimento vincularia o dogma então dominante que afirmava que todos os acontecimentos relevantes para a apreciação jurídica da ação, ou seja, as circunstâncias concomitantes, estariam fora do conceito de culpabilidade⁴⁵.

Segundo Frank, em alguns casos, o aumento ou a diminuição da reprimenda penal são explicadas pelas considerações feitas pelo legislador sobre as circunstâncias concomitantes como um padrão para a culpabilidade. Assim como as circunstâncias concomitantes podem atenuar a culpabilidade, também podem excluí-la⁴⁶.

Ademais, a imputabilidade não poderia ser considerada mero pressuposto da culpabilidade, mas verdadeiramente pertence a esta, pois somente o culpável é digno de pena e punível⁴⁷.

E resumiu Frank que a doutrina dominante à época apresentava o conceito de culpabilidade abarcando os conceitos de dolo e imprudência. Contrariamente a isto, seria necessário considerar a culpabilidade de um modo que

⁴³ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: B de f, 2004, p. 26.

⁴⁴ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: B de f, 2004, p. 26-27.

⁴⁵ Idem, ibidem, p. 27.

⁴⁶ Idem, ibidem, p. 29-30.

⁴⁷ Idem, ibidem, p. 35.

abrangesse as circunstâncias concomitantes e a imputabilidade. Com esta feição, tem-se que os requisitos do conceito de culpabilidade estariam devidamente realizados. Então, os aspectos mais relevantes seria suas características constitutivas, isto é, seus elementos. Imputabilidade, dolo ou imprudência e circunstâncias concomitantes seriam elementos da culpabilidade e deveriam ser observados e analisados sucessivamente⁴⁸.

Segundo Juarez Tavares, a culpabilidade permanecia composta por dolo e culpa, entretanto, após Frank, deixa de ser o elemento subjetivo do crime e se torna uma juízo de censura ou reprovação do agente a partir de dados psiconormativos⁴⁹.

Vê-se que Frank redesenhou o conceito de culpabilidade como um juízo calcado na reprovabilidade da conduta perpetrada⁵⁰, rompendo com a ideia de culpabilidade como mero liame psicológico entre o autor e o fato, introduzindo, portanto, elementos de caráter normativo.

Ademais, sua teoria redefiniu o conceito do dolo ao acrescentar a normatização já observada no *dolus malus* romano e, com isso, fomentar o futuro desenvolvimento do erro de proibição.

De fato, Frank objetava contra a maioria das definições de dolo ao afirmar que elas fariam uso de uma linguagem pouco precisa, como, por exemplo, falar de dolo quando sequer existe uma culpabilidade. Acontece que este uso incorreto acabara por se transformar em canônico por meio do moderno – para a época – conceito de dolo. Este levaria à imprecisão ao tratar do dolo no Direito Penal sem mencionar o atributo da antijuridicidade⁵¹.

Em outras palavras, haveria o dolo acrescido da consciência (real) da ilicitude, o qual deixa de ser uma espécie de culpabilidade – ao lado da culpa – e passaria a ser elemento integrante desta. Desta feita, no momento da realização da conduta, exigir-se-ia que o autor do delito soubesse que sua prática é contrária à ordem jurídica.

⁴⁸ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: B de f, 2004, p. 36-37.

⁴⁹ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito (variações e tendências)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 40.

⁵⁰ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: B de f, 2004, p. 39.

⁵¹ Idem, ibidem, p. 38.

A afirmação do dolo como elemento da culpabilidade jurídico-penal induz à conclusão de que aquele não se reduz ao conhecimento e vontade de realização do fato típico, de modo que não é dolo meramente natural, dolo do fato ou dolo do tipo.

Forçoso acrescentar um elemento jurídico-normativo específico consistente na vontade em que o dolo se integra e o torna em autêntico dolo jurídico, dolo normativo ou *dolus malus*. Apenas esta roupagem seria hábil a embasar a aplicação ao sujeito da norma penal prevista para a espécie. Neste bojo, o único elemento que responderia com inteireza e perfeição a este requisito seria a consciência atual da ilicitude⁵².

Assim, para que um comportamento fosse considerado reprovável, haveria necessidade de três requisitos distintos: a) aptidão espiritual normal do autor, ou seja, imputabilidade; b) uma concreta relação psíquica do autor com o fato em questão ou a possibilidade da existência desta relação, se o sujeito está consciente das consequências de seus atos (dolo) ou as podia distinguir (culpa); c) normalidade das circunstâncias em que age o autor⁵³.

O conceito científico de culpabilidade só surgiria quanto esta deixou de ser mero vínculo psicológico entre o autor e o fato e passou a ser tratada por Frank como juízo de reprovação.

As ideias de Frank relativas à normalidade das circunstâncias foram posteriormente desenvolvidas por James Goldschmidt, que cunhou a distinção entre norma jurídica, atrelada ao injusto e à obrigatoriedade geral de um comportamento, e a norma de dever, ligada à culpabilidade:

A característica “normativa” da culpabilidade deve ser sempre uma vinculação normativa do fato psíquico. P. Merkel e Sauer vão bastante longe quando definem a culpabilidade como o “juízo de desvalor” pronunciado sobre o estado anímico. Melhor dizer que a característica normativa da culpabilidade é o sentido deste juízo de valor, isto é, a “relação modal”, na qual o estado anímico, ou seja, a motivação, está frente à escala de valores aplicada; e ela (a relação modal) chega a ser, pela admissão do caráter absoluto desta escala, uma qualidade da motivação, precisamente de sua censurabilidade⁵⁴.

⁵² FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: B de f, 2004, p. 155.

⁵³ Idem, ibidem, p. 40-41.

⁵⁴ GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Buenos Aires, B de f, 2007, p. 89. Tradução livre de: “[...] la característica ‘normativa’ de la culpabilidad debe ser siempre una vinculación normativa del hecho psíquico. P. Merkel y Sauer van demasiado lejos cuando definen la culpabilidad como el ‘juicio de desvalor’ pronunciado sobre el estado anímico. Más bien se debe decir que la característica normativa de la culpabilidad es el sentido de este

A partir dessas premissas, pode-se concluir que “culpa é censurabilidade por o agente ter agido como agiu e nisto se traduz a concepção normativa do conceito de culpa⁵⁵”.

Desta feita, a culpabilidade migrou da mente do agente para o Estado, titular do poder de dizer o direito e, por consequência, de sancionar a conduta que lhe parece insuportável ao convívio social. Em outras palavras, torna-se uma censura imposta pelo ordenamento jurídico sobre o agente da conduta⁵⁶.

Embora Frank não tenha tratado da exigibilidade de conduta diversa, Goldschmidt e Freudenthal se encarregaram de fazer o delineamento dos elementos da culpabilidade, quais sejam, dolo/culpa, exigibilidade de conduta diversa e imputabilidade. A partir deste momento, a culpabilidade foi erigida à categoria de princípio do direito penal.

De fato, Freudenthal cunhou o conceito de inexigibilidade de conduta diversa, de modo a se excluir a culpabilidade quando não se pudesse exigir do autor da conduta um certo sacrifício. Assim, a reprovação estaria baseada, em *ultima ratio*, na ideia de livre arbítrio do agente que, tendo a vontade livre e podendo se autodeterminar, optasse por agir em contrariedade ao direito⁵⁷.

Ocorre que a questão do livre arbítrio pressupõe uma pergunta inicial e absolutamente fundante, discutida com afinco pela filosofia: é possível ao ser humano agir com dito livre arbítrio? Ou suas condutas e todo seu agir encontra-se previamente determinado por fatores alheios à mera deliberação da inteligência humana?

Em Santo Agostinho, o livre arbítrio representa uma dimensão da faculdade humana, informada pela vontade, a qual, por sua vez, notabiliza-se pela tendência ao ser, na qual se insere e do qual depende a possibilidade de escolher. Não há falar em plena autonomia da vontade, dependente do ser divino, ao passo que a possibilidade de escolha é mera manifestação da sua natural indigência metafísica, de modo a não se tratar de uma pura vontade de poder. De fato, diante

juicio de desvalor, esto es, la “relación modal” en la que el estado anímico, o sea la motivación, está frente a la escala de valores aplicada; y ella (la relación modal) llega a ser, por la admisión del carácter absoluto de esta escala, una calidad de la motivación, precisamente de su censurabilidad”.

⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 512.

⁵⁶ BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**. n.º 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 221.

⁵⁷ CORRÊA, Tatiana Machado. Em busca de um conceito latino-americano de culpabilidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n.º 75. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 75-76.

da noção filosófica de que toda manifestação de ser é relacionada ao Ser Supremo, seria inadmissível uma vontade sem qualquer tendência à forma⁵⁸.

Em comentário ao filósofo acima citado, Leonardo Ferreira Almada esclarece que apenas o entendimento não é suficiente para a perfeita compreensão da superação do mal em Santo Agostinho. Ademais, não seria propriamente o livre-arbítrio que conduziria ao erro e, conseqüentemente, ao pecado, mas a indiferença, que no, livre- arbítrio, representa um hiato entre a vontade e o entendimento. Desta feita, necessário considerar o erro como tema em função do livre-arbítrio, mas partindo da consideração da indiferença que se estabelece no livre-arbítrio. Tal necessidade resta clara quando Santo Agostinho estabelece uma distinção entre a continência e a incontinência, partindo de uma separação entre a firmeza moral, possibilidade de liberdade, e seu antônimo, a indiferença da vontade como grau mais baixo de liberdade⁵⁹.

Devidamente redesenhado, o conceito de culpabilidade assume seu papel dentro da ordem jurídica.

De fato, enquanto na estrutura psicológica da culpabilidade, limitava-se aquele conceito a demarcar o vínculo psicológico (dolo e culpa) entre o sujeito da conduta e o resultado obtido, na concepção normativa passa a apresentar variações de grau baseadas nos motivos e na reprovabilidade da conduta, influenciando de forma objetiva na verificação da pena a ser aplicada, a depender da maior ou menor exigibilidade do agir conforme o direito⁶⁰.

Vê-se que os partidários da teoria psicológico-normativa da culpabilidade tiveram suas ideias calcadas nos ensinamentos de Kant, que postulava um contraponto à metodologia do Positivismo. Assim, desenvolveu-se o movimento do Neokantismo, dividido em três vertentes principais ou escolas: de Malburgo, de Baden e historicismo alemão. A Escola de Baden exerceu principal influência sobre a doutrina penal da época e distinguia a ciência em duas espécies: as naturais,

⁵⁸ AGOSTINHO, Santo [Aurelius Agustinus]. **Diálogo sobre o Livre Arbítrio**. Tradução e introdução de Paula Oliveira e Silva. Lisboa: INCM, 2001, *passim*.

⁵⁹ ALMADA, Leonardo Ferreira. **Sentido ontológico do mal em Santo Agostinho**. Rio de Janeiro: UFRJ/IFCS, 2005. Orientador: Luiz Alberto Cerqueira. Dissertação (mestrado) - UFRJ/IFCS/Programa de Pós-graduação em Filosofia, 2005, p. 56.

⁶⁰ CORRÊA, Tatiana Machado. Em busca de um conceito latino-americano de culpabilidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n.º 75. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 56-57.

vinculadas à categoria da causalidade, e as de cultura – que incluiria o Direito⁶¹ -, referida a valores⁶².

O Direito Penal se imiscuiria na realidade e a recriaria, por meio de valores. A ordem jurídica era considerada mais relevante que sua justiça ou finalidade. Assim, a função do julgador se resumiria apenas à consideração do que seria ou não jurídico. Não haveria conexão entre o ser e o dever ser, entre realidade e valor. Em resumo: rompeu-se com o conceito causal de ação, substituído pelos neokantistas pela conduta socialmente relevante. Ademais, abandonou-se a correlação da antijuridicidade e da culpabilidade com os aspectos objetivo e subjetivo do crime, respectivamente⁶³.

1.3 Teoria normativa pura da culpabilidade

Ocorre que a teoria psicológico-normativa, conquanto evolução da teoria psicológica da culpabilidade, também revela uma série de inconsistências, as quais deram margem a muitas críticas doutrinárias, especialmente em razão do desenvolvimento da teoria finalista da ação de Hans Welzel.

De início, cumpre asseverar que a nova estrutura finalista da ação, no qual o dolo e a culpa se inserem na conduta e, portanto, no tipo, é absolutamente

⁶¹ A questão de classificação do direito como ciência é ainda muito tormentosa. Para Artur Stamford, “debater sobre a cientificidade do direito significa discutir a forma de produção do conhecimento jurídico, questionando a possibilidade de haver uma perspectiva científica no estudo do fenômeno jurídico. Concebendo o atributo de ciência àquele ramo do conhecimento que dispõe de objeto e metodologia próprios, aponta-se duas propostas de cientificidade ao direito: de um lado, reduzi-se o objeto de estudo do jurista às normas estatais e defende-se a dogmática como única ciência do direito; do outro, estão os que rejeitam a cientificidade da dogmática e ampliam o objeto de estudo do direito a elementos sociológicos, antropológicos, históricos, psicológicos. Este debate envolve, portanto, grosseiramente, duas visões: o dogmatismo, quando ciência jurídica é a dogmática, sendo seu objeto de estudo as normas estatais e a metodologia teria por método a hermenêutica interpretativa dessas normas e por teoria a perspectiva dogmática; e o não-dogmatismo, que amplia o fenômeno jurídico à dimensão não estatal, tendo por objeto as formas de padronização social e por metodologia o método de estudo das ciências sociais e por teoria o realismo e o sociologismo jurídico. Fica, pois, descartado o jusnaturalismo por esta corrente não apresentar perspectiva científica, uma vez que defende a existência de uma ordem sobre natural como criadora do direito”. STAMFORD, Artur. **E por falar em Teoria Jurídica, onde anda a cientificidade do Direito?** Disponível: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=415. Acesso em: 31 ago. 2011. p. 1.

⁶² CORRÊA, Tatiana Machado. Em busca de um conceito latino-americano de culpabilidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n.º 75. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 75.

⁶³ Idem, ibidem, p. 75.

incompatível com a estrutura complexa da culpabilidade desenvolvida pela teoria psicológico-normativa.

Por outro lado, entendeu Mezger inaplicável o dolo normativo, informado pela consciência da antijuridicidade, diante da figura do delinquente habitual, pois este não possuiria a real consciência do caráter ilícito de seus atos, na medida em que a influência do meio onde foi criado e vive impede-lhe a definição do que é ilícito. Assim, o dolo unido à consciência da ilicitude dentro da culpabilidade mostrar-se-ia indefensável, na medida que se concluiria pela inculpabilidade dos delinquentes habituais, por ausência do elemento normativo, o que é inviável do ponto de vista prático⁶⁴.

A fim de superar a inconsistência apontada, Mezger adotou uma tese mais extremada ao defender a culpabilidade do autor do fato por condução de vida, o que representa uma alternativa à ausência de punição do criminoso habitual⁶⁵

Alexander Graf Zu Dohna contribuiu com destaque para a teoria a partir da compreensão de que o juízo de culpabilidade, assim como o de antijuridicidade, importa em uma valoração. Assim, devem ser separados a valoração (reprovabilidade) e o seu objeto (dolo), limitando-se a culpabilidade à valoração do objeto. O dolo, portanto, porta-se como uma espécie de vontade dirigida a um fim, localizado no tipo subjetivo dos delitos dolosos⁶⁶.

De fato, o conceito de delito não prescinde da ação, primeiro elemento a se perquirir para a verificação do crime. Por outro lado, do ponto de vista da valoração do objeto, a segunda característica do delito, que segue a ação, é a antijuridicidade e a terceira, a culpabilidade⁶⁷.

Constitui a culpabilidade a determinação volitiva contrária ao dever, afirmação que encerra o conteúdo da doutrina normativa da culpabilidade, no qual a consciência da antijuridicidade aparece como objeto psíquico. Entretanto, a obtenção de um conceito normativo de culpabilidade demanda considerá-la uma valoração⁶⁸.

⁶⁴ RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade e teoria do erro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 62-63.

⁶⁵ MEZGER, Edmund. **Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 51.

⁶⁶ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 98-99.

⁶⁷ DOHNA, Alexander Graf Zu. **La ilicitud como característica general en el contenido de las acciones punibles**. Trad. Faustino Ballvé. Buenos Aires: Librería El Foro, 2000, p. 150.

⁶⁸ Idem, ibidem, p. 183.

A situação histórica do surgimento do finalismo se deu quando do fim da Segunda Guerra Mundial, ocasião em que, principalmente em terras alemãs, o direito penal enfrentou séria crise, uma vez que a ordem jurídica posta durante a prevalência do regime nazista conferiu ares de legalidade à prática de atrocidades contra a vida de milhões de seres humanos.

A fim de processar e julgar as mencionadas atrocidades, os vencedores (Estados Unidos, Grã-Bretanha, França e ex-URSS) criaram o Tribunal de Nuremberg, o qual fez valer um direito natural suprapositivo e ignorou a alegação de defesa dos réus – calcada no princípio da legalidade – de que os fatos imputados não estavam tipificados à época de seu cometimento.

Frente aos enunciados jusnaturalistas, reagiu o Direito Penal a partir de uma teoria baseada em conceitos nucleares: ação, antijuridicidade e culpabilidade, todos sedimentados em estruturas objetivas. Uma vez disposto sobre fundamentos ontológicos, o Direito Penal teria por objeto elementos naturais que não precisariam ser empiricamente provados, como exigia o Positivismo, nem organizados por valores, como o Neokantismo⁶⁹.

Assim, aduziu Cerezo Mir que, em contraponto ao conceito causal de ação, Welzel formulou o conceito finalista. A formulação deste ocorreu dentro do marco da crítica da influência naturalista no Direito Penal, claramente notada no conceito causal de ação, bem como da crítica da filosofia jurídica neokantiana, com sua rígida distinção entre o ser e o dever ser, bem como a realidade e o valor⁷⁰.

Desta forma, acolhe-se, em seguida, uma concepção normativa da culpabilidade, que se consubstancia em uma valoração extrínseca ao sujeito, embora referente a elementos intrínsecos a ele.

Baseou-se o mestre alemão na Psicologia do Pensamento, especial e primeiramente na obra *Grundlagen der Denkpsychologie* (Fundamentos da psicologia do pensamento), do filósofo Richard Hönigswald, que rompeu com a vetusta psicologia mecanicista, de elementos e associações, e trouxe à lume uma maneira de realização dos atos anímicos que não era puramente causal-mecânica⁷¹.

⁶⁹ CORRÊA, Tatiana Machado. Em busca de um conceito latino-americano de culpabilidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n.º 75. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 77.

⁷⁰ CEREZO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español**. Parte General. I. Introducción. Teoría jurídica del delito. 6. ed. Madri: Tecnos, 2004, p. 100.

⁷¹ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 7-8.

Na famosa obra *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* (Naturalismo e filosofia dos valores no Direito Penal), de 1935, o finalista emprega o termo finalidade para indicar a substância da ação humana, estruturada na intencionalidade dos fins⁷².

O direito volta-se para a conduta a fim de (des)valorá-la, sem agregar qualquer substância ao ser daquela. O desvalor concebido pelo legislador não pode modificar o objeto, porque se o faz, estará desvalorando algo distinto do objeto⁷³.

Como ordem reguladora da conduta - e nada mais do que isso pretende ser o direito - deve respeitar o ser da conduta humana, isto é, a estrutura ôntica, que pertence à ciência ou ao estudo do ente: “em poucas palavras, o conceito onto-ontológico de conduta é o conceito cotidiano e corrente que temos da conduta humana⁷⁴”.

Desta feita, não há que se falar de um conceito jurídico-penal de conduta porque o direito penal não cria o conteúdo daquela, mas a toma da realidade dos fatos para desvalorá-la, segundo as exigências sociopolíticas que informam as decisões do legislador.

Adverte Roxin, com certo teor de crítica:

ao acentuar o significado da realidade ontológica para o Direito Penal o finalismo refere-se a duas estruturas diferenciadas, sem jamais tê-las esclarecido ou separado suficientemente: de um lado, tem-se o significativo mundo da vida social com todas as suas referências; e, de outro, a lei do “ser”, que vale eternamente e dispensa qualquer referibilidade às estruturas sociais. O primeiro ponto de partida, que dominou a fase inicial de Welzel nos anos 30, foi extremamente fecundo para o desenvolvimento da teoria da adequação social. O segundo, desenvolvido mais tarde, e mais importante para o sistema gerado por Welzel, traz consigo a análise do conceito de ação e suas consequências⁷⁵.

A direção final de uma ação humana divide-se em duas fases. A primeira, que transcorre na esfera do pensamento, prescreve: a antecipação do fim pretendido pelo autor, a seleção dos meios necessários para sua realização e a consideração dos efeitos concomitantes. A segunda ocorre no mundo real e consiste

⁷² WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 8.

⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 354.

⁷⁴ Idem, ibidem, p. 354.

⁷⁵ Idem, ibidem, p. 11.

em um processo causal dominado pela determinação do fim e dos meios na esfera interna⁷⁶.

Advertem Zaffaroni e Pierangeli que, atualmente, ampliou-se a “ponte entre as ciências”, denominada cibernética, que tem como uma de suas manifestações a combinação das disciplinas físicas com a biologia, o que gerou a biocibernética. Esta tem mostrado que toda conduta baseia-se em uma programação, a partir de uma antecipação do resultado a ser alcançado e indicando etapas análogas às previstas por Welzel (antecipação dos fins, eleição dos meios e consideração dos efeitos concomitantes). Daí também se falar antecipação biocibernética do resultado em substituição à ação final⁷⁷.

De fato, a ação constitui o pressuposto comungado pelos delitos dolosos e imprudentes, cuja finalidade reside no fato de que o homem, sobre a base do seu conhecer causal, é capaz de prever os efeitos possíveis do seu atuar, eleger fins diversos, orientar sua atividade e, por fim, realizar a consecução da sua meta traçada⁷⁸.

Embora calcados em mesmo conceito de ação, os delitos dolosos e os culposos se distinguem no que tange ao setor subjetivo. No primeiro caso, a finalidade da ação volta-se à realização do resultado típico e assume a denominação de dolo; no segundo, a finalidade dirige-se a um resultado específico, embora não tipificado, de modo que a reprovação dirigida ao autor somente tem lugar quando este, com sua ação perigosa, desatendeu à exigência gerais de cuidado objetivo e aquelas existentes em relação à sua capacidade pessoal⁷⁹.

No que tange à culpabilidade, entendida no finalismo como puro juízo de reprovação pessoal, encontra-se despida de seus antigos elementos de natureza psicológica – a finalidade se insere na ação e o dolo no tipo⁸⁰.

Para Córdoba Roda, no finalismo, o juízo de reprovação é dirigido ao autor por não haver adaptado sua conduta às exigências legais, muito embora pudesse fazê-lo no momento do agir. Ademais, os componentes da culpabilidade

⁷⁶ ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço de seus méritos e deficiências. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n.º 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 30-32.

⁷⁷ ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço de seus méritos e deficiências. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n.º 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 36.

⁷⁸ RODA, Juan Córdoba. **Una nueva concepción del delito**. La doctrina finalista. Barcelona: Ediciones Ariel, 1963, p. 47.

⁷⁹ Idem, ibidem, p. 50-51.

⁸⁰ Idem, ibidem, p. 47.

passam a ser autênticos juízos de valoração: a imputabilidade, referente à capacidade geral do agente; a possibilidade de conhecimento do injusto, oriunda da conclusão de que o autor poderia saber do caráter antijurídico de seu comportamento; a exigibilidade de conduta adequada à norma, referente à inexistência de situações de coação sobre o sujeito⁸¹.

Segundo Welzel, a metodologia da Ciência do Direito Penal deve se iniciar com a análise do tipo, mas, em seguida, transcendê-lo à esfera ontológica prévia para compreensão do conteúdo das definições e a correção das definições jurídicas⁸².

Para a tradicional teoria baseada na Escola Sul Ocidental alemã, a realidade constituiria um caos desprovido de sentido, o qual adquire configuração na esfera conceitual por meio de uma transformação metodológica que se opera através da aplicação das categorias à realidade. A ação, correspondente à realidade, é tida de modo causal; o tipo, atinente à esfera conceitual, é dotado de elementos subjetivos e objetivos⁸³.

A mudança metodológica situada na base dos estudos welzelianos é transcendental. A realidade, isto é, a atividade humana não é mais tida como caótica, mas plena de sentido e ordenação, previamente ao Direito. As conceituações da lei e da ciência não constituem uma transmutação do material amorfo, mas a descrição de uma realidade já conformada. A lei, ao proibir certa conduta em razão de seu desvalor social, apenas descreve o setor da realidade representado por esses atos. Não é a norma que confere aos atos unidade e sentido, mas se limita a selecionar aqueles tidos por especialmente lesivos e sancionáveis tendo em vista as exigências sociais. Ademais, todos os conceitos jurídicos referentes à realidade são meras descrições, não criam um objeto, mas refletem uma existência prévia e independente de qualquer conhecimento⁸⁴.

A partir destas premissas, a moderna ciência do Direito Penal, embora parta do tipo, necessita transcender a este e se imiscuir na esfera ontológica

⁸¹ RODA, Juan Córdoba. **Una nueva concepción del delito**. La doctrina finalista. Barcelona: Ediciones Ariel, 1963, p. 49.

⁸² WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 10.

⁸³ RODA, Juan Córdoba. **Una nueva concepción del delito**. La doctrina finalista. Barcelona: Ediciones Ariel, 1963, p. 37-38.

⁸⁴ Idem, ibidem, p. 38.

previamente existente, constituída pela atividade humana, o que necessariamente demanda a investigação do âmago dos atos de querer e de conhecimento⁸⁵.

Ocorre que a ordem jurídica não retira as suas valorações e proibições de todos os fatores relacionados a um evento típico. Assim sendo, distinguem-se os fatores considerados pela lei punitiva e os demais irrelevantes para o Direito. De fato, se a lei não deriva uma valoração e, por consequência, uma proibição de todos os eventos, resulta que os caracteres ontológicos definirão o objeto de que parte o ordenamento penal. Assim, a categoria causalidade não pode servir a semelhante distinção, na medida em que, do ponto de vista causal, todos os fatores gozam de relevância⁸⁶.

A análise do cerne dos atos de querer e de conhecimento leva à conclusão que estes voltam-se sempre a um objeto situado frente ao sujeito. De fato, a referência do ato psíquico a um objetivo não guarda paralelo com a realidade física. Assim, tem-se que a intencionalidade é a característica determinante para a determinação da relevância ou irrelevância de certo comportamento. Ademais, não objeta a consideração da causalidade, na medida em que a consequência causal deve sempre vir acompanhada pela intenção do sujeito agente. Em conclusão, a base ontológica para a valoração jurídico-penal deve ser constituída pela relação de fim entre sujeito e resultado, com base na intencionalidade⁸⁷.

A essência finalista da ação, tida por estrutura ontológica anterior à própria valoração jurídica, não pode ser modificada. Com efeito, o ser não pode perder um elemento que não lhe pertence. Tal qualidade da estrutura do ser e sua força vinculante do legislador penal é modernamente qualificada como lógico-material⁸⁸.

Para Roxin, a doutrina da ação welzeliana é sua contribuição de natureza sistemática e dogmática mais relevante, pois foi o cerne dos debates jurídicos mesmo além das fronteiras de sua pátria de origem. Em verdade, a ideia de que o âmago do tipo não pode residir na mera causalidade, mas na orientação do

⁸⁵ Idem, ibidem, p. 38.

⁸⁶ RODA, Juan Córdoba. **Una nueva concepción del delito**. La doctrina finalista. Barcelona: Ediciones Ariel, 1963, p. 40.

⁸⁷ Idem, ibidem, p. 40-41.

⁸⁸ Idem, ibidem, p. 42.

curso causal operada pelo agente brindou com grande avanço os estudos científicos do direito penal⁸⁹.

O motivo da reprovação finalista é, portanto, o fato de haver atuado o agente contrariamente ao que a norma dispõe, sendo indispensável admitir a necessidade, desde o momento em que a voluntariedade deve ser consciente, do conhecimento da antijuridicidade para a existência de uma conduta punível.

O livre arbítrio fundamenta a teoria welzeliana, na medida em que esta assenta a reprovabilidade da culpabilidade no pressuposto da possibilidade de adoção de uma resolução de vontade lícita, ao invés da ilícita, considerando a situação de um homem concreto, dentro de uma determinada situação de fato regida pela normalidade das circunstâncias.

Assim, a questão fundante da liberdade de escolha e atuação seria decomposta em duas: 1) é, do ponto de vista teórico, possível a adoção de uma resolução de vontade de acordo com as normas jurídicas em lugar da resolução tida por defeituosa? (problema do livre arbítrio); 2) caso admitida esta possibilidade, o autor determinado e específico, inserido em uma certa situação concreta, teria essa capacidade? (problema da capacidade de culpabilidade ou imputabilidade)⁹⁰.

Feitos os questionamentos acima, a resposta destes depende da análise dos três aspectos distintos dos problemas do livre arbítrio: antropológico, caracteriológico e categorial⁹¹.

Do ponto de vista antropológico, vê-se que o ser humano envolveu no tocante às formas instintivas, restando-lhe muito pouco dos reguladores biológicos que regem a vida dos seres irracionais. Por outra banda, passou a gozar de grande aptidão para desvendar e praticar autonomamente a conduta tida por correta, através de atos de inteligência, informados por critérios de verdade, finalidade e valor, agindo, portanto, de maneira responsável⁹².

Por outro lado, como produto do embate entre o retrocesso às formas inatas de conduta e o surgimento de um “Eu” responsável, surgiu no ser humano uma pluralidade de estratos – o que fundamenta a discussão acerca do aspecto caracteriológico do livre arbítrio. Os fins materiais advêm do estrato mais profundo –

⁸⁹ ROXIN, Claus. Finalismo: uma balanço de seus méritos e deficiências. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n.º 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 19.

⁹⁰ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 102.

⁹¹ Idem, ibidem, p. 102.

⁹² Idem, ibidem, p. 102-103.

são aqueles dos impulsos instintivos, das aspirações, dos interesses etc. Entretanto, apenas aquilo que estimula o homem e arrasta um interesse, por exemplo, pode se transmutar em fim de uma deliberação de ação. Desta feita, podem os impulsos, oriundos no estrato mais profundo, converterem-se em motivos, desde que sirvam de fundamento para a decisão da vontade, de acordo com razões objetivas, de cunho lógico ou de valor⁹³.

No aspecto categorial, discute-se sobre a (im)possibilidade, para o ser humano, de direção finalística dos impulsos anímicos, ou seja, a questão da liberdade de vontade. Esta, por seu turno, ao contrário do que crê o indeterminismo, não é a liberdade de poder atuar de modo distinto, absurdo, por exemplo, mas de poder agir conforme os fins, liberta da coação causal cega. De fato, o não-valioso exerce pressão causal sobre o homem e, por isso, não intervém em seu ato de liberdade, pois a má vontade nada mais é do que vontade desprovida de liberdade, na medida em que reflete dependência causal do impulso contrário ao valor. A liberdade, por outra banda, representa um ato de libertação frente à força causal dos impulsos para a autodeterminação conforme os fins num sujeito capaz de culpabilidade⁹⁴.

E arremata Welzel ao afirmar que o estudo da liberdade importa em reconhecer a inexistência de oposição entre criminologia e Direito Penal com relação ao crime. A culpabilidade não tem por significado a decisão livre no sentido do mal, mas a retenção pela coação causal aos impulsos, na hipótese de ser o agente capaz de autodeterminação conforme os fins. O crime é, desta feita, de fato e integralmente resultado de fatores causais e a mensuração da vontade livre que tenha agido, junto à disposição e ao mundo circundante, na origem do delito resulta incerta⁹⁵.

Por outro lado, o direito penal também não parte da tese indeterminista de que a deliberação delituosa provém, no todo ou em parte, de uma vontade livre, e não de um atuar conjunto entre o meio circundante e a disposição. Ao revés, toma por base o conhecimento antropológico de que o ser humano, enquanto determinado à responsabilidade, tem condições de conduzir – conforme os fins – a dependência causal dos impulsos. Assim, culpabilidade não é ato de livre

⁹³ Idem, ibidem, p. 106.

⁹⁴ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 110.

⁹⁵ Idem, ibidem, p. 111.

determinação, mas de falta de uma decisão conforme a finalidade em um sujeito responsável⁹⁶.

Para Cláudio Brandão, o finalismo está baseado na ação e toda ação é dirigida a um fim, pois a finalidade é o que extrema a conduta dos homens dos meros fenômenos naturais. Sendo a ação sempre dirigida a um fim, parece claro que esta vontade é elemento integrante da ação. Assim, como a referida vontade é o dolo, este se situa como integrante do conceito de ação, expurgado que fora da culpabilidade⁹⁷.

Por consequência, o dolo integra o tipo. Em outras palavras, o tipo é o modelo em tese da conduta humana e seu núcleo é composto por um verbo, que também se refere a uma conduta. Ora, se o dolo está na ação, cujo modelo teórico é o tipo, também neste se incluirá e não mais na culpabilidade.

Se a Teoria Finalista espancou o dolo da culpabilidade, urge perquirir sobre sua localização. Assim, tem-se a teoria normativa pura da culpabilidade, a qual enuncia os três elementos informadores do juízo de reprovação, todos eles de natureza normativa: imputabilidade⁹⁸, exigibilidade de conduta diversa e consciência da ilicitude⁹⁹.

Nesta estrutura normativa pura da culpabilidade, o dolo passa a fazer parte da ação e, portanto, do tipo. O seu elemento normativo, no entanto, a

⁹⁶ Idem, ibidem, p. 111.

⁹⁷ BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**. n. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 222.

⁹⁸ Dispõe o Código Penal pátrio em seus arts. 26 e 27, *verbis*:
Inimputáveis

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Menores de dezoito anos

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Conforme se depreende da leitura dos dispositivos legais acima, a imputabilidade possui um elemento de conhecimento ou intelectual – entendimento do caráter antijurídico do fato – e um elemento de vontade ou volitivo – determinação conforme o entendimento. A ausência de um ou de ambos importa na falta de capacidade de culpabilidade.

⁹⁹ BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**. n. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 222.

consciência da antijuridicidade, permanece localizado na culpabilidade, de modo que o dolo assume contorno exclusivamente naturalístico.

Daí porque a concepção finalista é chamada de Teoria Normativa Pura da Culpabilidade: todos os elementos desta apresentam caráter normativo, ou seja, são juízos jurídicos¹⁰⁰.

Observou Jorge de Figueiredo Dias que a doutrina da ação final representa uma exasperação da concepção normativa, com o deslocamento do dolo e da culpa para o tipo e, por consequência, depuração do conceito de culpabilidade para nele deixar, tão-somente, os elementos de natureza normativa e erigir a censurabilidade a juízo de puro valor¹⁰¹.

Entretanto, cabe alertar que a doutrina finalista – como as suas antecessoras - não ficou imune a críticas.

Para Claus Roxin, as duas etapas do finalismo de Welzel, notadamente a ontologia social e a ontologia dos valores são contraditórias. Para tanto, bastaria analisar a questão do homicídio. Segundo Welzel, na fase inicial, homicídio de guerra, a execução de penas capitais e as mortes causadas em casos de estado de necessidade putativo não seriam práticas dolosas, em razão da significação social da ação. Na segunda fase, do ontologismo neutro, a solução seria antagônica¹⁰².

Especialmente no tocante à possível subjetivação do injusto e ao esvaziamento do conceito de culpabilidade, asseverou Welzel que ditas objeções são desprovidas de fundamento, pois a localização do dolo no tipo não impõe seu subjetivismo, pois daquele não é retirado qualquer elemento de natureza objetiva. Residem no mesmo âmbito – do tipo – aspectos objetivos e subjetivos, sem que isso possa ser entendido como resultante de um tipo subjetivado. Por outro lado, não há falar em redução do objeto da reprovabilidade da culpabilidade, na medida em que a atitude subjetiva do agente em relação ao fato constitui um elemento da culpabilidade – conhecimento ou cognoscibilidade da realização do tipo¹⁰³.

¹⁰⁰ Idem, ibidem, p. 223.

¹⁰¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 512.

¹⁰² ROXIN, Claus. Finalismo: uma balanço de seus méritos e deficiências. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n.º 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 13.

¹⁰³ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 100.

Em realidade, com a estrutura apresentada, são bem destacados os elementos de natureza objetiva e subjetiva que conferem conteúdo à ação típica, assim como delineados os elementos que constituem a culpabilidade.

Welzel arremata no sentido de que, nos delitos imprudentes, a culpabilidade se vê livre de elementos estranhos, na medida em que a infração ao dever de cuidado objetivo é incluído no tipo. Da mesma forma, com o desvalor da ação, constituem-se tipo e antijuridicidade¹⁰⁴.

Ocorre que Córbova Roda apresenta uma série de críticas à teoria finalista. De fato, malgrado as importantes e variegadas vantagens trazidas pela mencionada teoria, não é de rigor científico simplesmente ignorar os vícios e as máculas existentes¹⁰⁵.

Primeiramente, destaca-se, no que tange aos pressupostos metodológicos da teoria, a submissão da lei à ação, como esfera ontológica anterior à regulação legal, tem natureza meramente relativa. De fato, o legislador goza de ampla discricionariedade pela eleger as condutas que lhe pareçam mais relevantes, a fim de atribuir-lhes sanções jurídico-penais. Em regra, tal escolha funda-se em razões materiais, em tudo distintas daquelas de lógica material¹⁰⁶.

Por outro lado, algumas considerações devem ser feitas quanto à significação do termo ação, sobre o qual Welzel erige todo a estrutura do seu pensamento. De fato, ao se proceder a uma análise dos diversos tipos penais vigentes, em vários casos é possível se deparar com condutas legalmente incriminadas que não se encontram no conceito final de ação. Em outras palavras, não podem ser tidas como supradeterminações finais da causalidade¹⁰⁷.

A omissão não pode ser simplesmente qualificada como ação em sentido ontológico. Isto porque o significado real de ação exige a realização de determinada atividade, qual seja, a manifestação de vontade ativa regida pelo querer, o que não se compatibiliza com o conceito de omissão¹⁰⁸.

Afirma Cerezo Mir que a ciência do direito penal alemã dedicou-se à formulação de um amplo conceito de ação capaz de compreender a ação e a omissão, além do que atribuiu àquele conceito importantes funções do âmbito da

¹⁰⁴ Idem, ibidem, p. 100.

¹⁰⁵ RODA, Juan Córdoba. **Una nueva concepción del delito**. La doctrina finalista. Barcelona: Ediciones Ariel, 1963, p. 58.

¹⁰⁶ Idem, ibidem, p. 59.

¹⁰⁷ Idem, ibidem, p. 63.

¹⁰⁸ Idem, ibidem, p. 65.

teoria do delito. Seriam estas as funções de elemento básico, unitário do sistema, elemento de união ou enlace de todas as fases do juízo jurídico-penal, bem como elemento de limite, o que diz respeito aos significados lógico, sistemático e prático do conceito de ação¹⁰⁹.

Acrescenta o citado autor que o conceito finalista de ação não se presta a conceito genérico que abranja também a omissão por se ressentir da falta da causalidade e da finalidade¹¹⁰.

As dificuldades no estabelecimento de um conceito de ação que cumpra de maneira adequada as funções apontadas pela teoria do delito ensejou a proliferação de uma grande gama de conceitos de ação nas últimas décadas¹¹¹.

Cerezo Mir entende que a confusão presente na moderna ciência do direito penal no que atine ao conceito de ação representa um exagero no pensamento sistemático, na medida em que a elaboração de um conceito amplo e genérico de ação e omissão é tarefa irrealizável, na medida em que a nota comum entre a ação e a omissão é a capacidade de ação, a qual, por si só, não autoriza a construção de um conceito único e genérico de conduta¹¹².

Ação e omissão em conjunto conformam o elemento básico, embora não unitário, do sistema da teoria da delito, na medida em que permitem uma satisfatória e suficiente interpretação de todas as espécies de atos típicos e antijurídicos¹¹³.

Ademais, os conceitos finalistas de ação e de omissão, nos termos ora expostos, são neutros do ponto de vista valorativo, posto não prejulgarem os elementos seguintes do conceito analítico de delito. Por fim, tem o dito conceito função de elemento de limitação, posto que os atos que não correspondam ao conceito de ação ou omissão mostram-se irrelevantes para o Direito Penal¹¹⁴.

Por outro lado, existem ainda os delitos formais, cuja consumação se dá por mera manifestação ou atuação da vontade, sem que haja qualquer

¹⁰⁹ CEREZO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español**. Parte General. Montevideu: B de f, 2008, p. 323-324.

¹¹⁰ Idem, ibidem, p. 334.

¹¹¹ CEREZO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español**. Parte General. Montevideu: B de f, 2008, p. 339.

¹¹² Idem, ibidem, p. 344.

¹¹³ Idem, ibidem, p. 344.

¹¹⁴ Idem, ibidem, p. 347.

necessidade de produção de resultado material. Tais delitos, conquanto se perfazem prescindido da ocorrência do evento naturalístico, não pressupõem a existência de qualquer tipo de causalidade. Ocorre que a finalidade exige a presença da causalidade, de modo que, sem esta, aquela também estaria afastada¹¹⁵.

Assevera Córdoba Roda que o finalismo não se utiliza do método fenomenológico de maneira totalmente correta, visto que este demandaria desprendimento absoluto de todos os preconceitos do sujeito, além de existência do objeto. Entretanto, existe uma série de ações da realidade fática, as quais não são conduzidas, cuja inclusão na estrutura final da ação mostra-se totalmente descabida. Assim, a ação descrita na norma legal discreparia daquela entendida em seu sentido ontológico¹¹⁶.

Por outro lado, também não resulta infenso a críticas o reconhecimento da existência de uma conceito jurídico de ação, distinto do ontológico. Se à significação de ação (em sentido ontológico) se acrescenta a omissão, a fim de constituir um fenômeno jurídico, será ampliado o espectro de significação do termo ação. Este alargamento, por outro lado, representa uma restrição ao conceito ontológico e a consequente privação da qualidade da atividade, o que determina uma ampliação de seu âmbito. Entretanto, resulta impossível a ampliação do âmbito de um determinado conceito sem que sejam subtraídas características que se mostrem determinantes à sua própria essência¹¹⁷.

As razões aqui expostas são resultado de longa evolução teórico-dogmática, que se inicia a partir da concepção psicológica da culpabilidade e segue rumo à culpabilidade normativa, da qual estão excluídos o dolo e a culpa e incluídas a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da antijuridicidade.

¹¹⁵ RODA, Juan Córdoba. **Una nueva concepción del delito**. La doctrina finalista. Barcelona: Ediciones Ariel, 1963, p. 65.

¹¹⁶ RODA, Juan Córdoba. **Una nueva concepción del delito**. La doctrina finalista. Barcelona: Ediciones Ariel, 1963, p. 68.

¹¹⁷ Idem, ibidem, p. 70.

2 A consciência da ilicitude na estrutura do delito: a evolução finalista

2.1 Introdução

O atual conceito de delito – tido como analítico – foi construído pela dogmática penal alemã e se sedimenta sobre três elementos básicos: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, conectados entre si numa ordem sistemática.

Com relação à culpabilidade, não há negar se tratar do elemento mais complexo da teoria do delito por muitas e variadas razões. A primeira delas – e talvez a mais importante – deve-se ao fato de que, na estrutura do crime, a culpabilidade é o único juízo de valor sobre o autor da conduta, desde que este seja capaz, tenha consciência da ilicitude do seu agir e possa agir conforme o direito.

Neste passo do desenvolvimento científico, quando já sedimentados os pressupostos do direito penal liberal, ainda que sob esta roupagem convivam teorias conflitantes, seria inadmissível admitir-se a responsabilização penal do sujeito sem culpabilidade.

A questão primordial, neste passo, reside em localizar com exatidão o dolo e, a partir desta definição, extrair-se a configuração da culpabilidade.

Para Jorge de Figueiredo Dias, o dolo relevante do ponto de vista jurídico sempre inclui ou jamais olvida a vontade de ação final, mas não se restringe exclusivamente a esta¹¹⁸.

Insertos dolo e culpa na ação final e, por consequência, no tipo, consoante os finalistas, restam eliminados os elementos subjetivos da culpabilidade, a qual passa a constituir um juízo de mera censura, de reprovação, composta apenas por elementos normativos, a saber: imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Segundo Eduardo Correia, no âmbito da culpabilidade estão todas as circunstâncias que, conquanto não tenham o condão de excluir a tipicidade da conduta, impedem a reprovação de um agente imputável que pratica a conduta com dolo ou culpa (se há previsão da modalidade culposa), ou seja, os obstáculos à culpabilidade¹¹⁹.

Para a concepção psicológica, partindo-se do suposto de que a culpabilidade é composta pelo dolo ou pela culpa, natural seria exigir uma consciência atual da ilicitude. No finalismo, a culpa jurídico-penal não é dolo ou culpa, mas (ou sobretudo) capacidade de o agente se portar de acordo com a norma, pelo que basta a consciência potencial da ilicitude¹²⁰.

Assim, acolhe-se uma concepção normativa da culpabilidade, que se consubstancia em uma valoração extrínseca do sujeito agente, ainda quando parte de elementos intrínsecos a ele.

Nesta concepção de culpabilidade, a razão que motiva a reprovação é o fato de haver atuado o agente contrariamente ao que a norma dispõe, sendo indispensável admitir a necessidade, desde o momento em que a voluntariedade deve ser consciente, do conhecimento da antijuridicidade para a existência de uma conduta punível.

Nessa toada, para delimitar o conteúdo do conhecimento da antijuridicidade, é necessário precisar a natureza psicológica do conhecimento

¹¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal Brasileiro**. 5.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 167.

¹¹⁹ CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. v. II. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 14.

¹²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 5.

requerido, a qual dispensa do sujeito a consciência atual da antijuridicidade, bastando a mera consciência potencial¹²¹.

De fato, a consciência da ilicitude pode apresentar-se sob as formas atual e potencial. A primeira se verifica na mente do autor no momento intelectual da conduta; a segunda, conquanto não se faça presente, mostra-se exigível do agente ao se compará-lo com uma pessoa regular que apresente mesmas condições sociais, culturais, econômicas, etc., que a experiência demonstra obter referida valorização negativa¹²².

Em síntese: “a ausência da potencial consciência de antijuridicidade exclui a culpabilidade do agente no nosso sistema (art. 21 do Código Penal)¹²³”.

Entretanto, Cirino dos Santos não concorda com a suficiência do conhecimento meramente atualizável do injusto, sendo necessário, a seu sentir, a consciência atual. Por outro lado, o conhecimento atualizável pode existir na co-consciência, também suficiente para a consciência atual do dolo, cuja ausência gera o erro de tipo. A título de exemplo, em crimes contra o patrimônio, a consciência do autor pode não estar na vedação da subtração em si, mas no êxito da ação ou nas vantagens decorrentes: a chamada *co-consciência* representa, exatamente, a influência desse conteúdo sobre a prática da conduta, por meio de cautelas para evitar suspeitas ou, especialmente, a prisão¹²⁴.

O conceito formal de culpabilidade, tido como reprovação pessoal da ação típica e antijurídica, mostra-se insuficiente posto não esclarece o fundamento da reprovação, ensejando a produção de um conceito material, que não padeça de mesmo defeito.

Segundo Urs Kindhäuser, entende-se por culpabilidade formal a reprovação de culpabilidade resultante da mera imputação dogmática de um crime, Neste sentido, se o agente tivesse assimilado o motivo da obediência à norma em seu plano de pensamento, poderia ter evitado o agir ilícito. Inexistentes causas de

¹²¹ RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 89.

¹²² BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**. n. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 225/-26.

¹²³ Idem, ibidem, p. 226.

¹²⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 300.

exclusão de culpabilidade, pode-se imputar ao autor o comportamento delitivo a título de reprovabilidade¹²⁵.

Para o mencionado autor, trata-se de culpabilidade formal, na medida em que não é trazida ao bojo da discussão a questão do fundamento material da reprovabilidade. O aspecto jurídico-penal concerne apenas ao fato de que o cerne da reprovação é uma infração da norma jurídica sancionada penalmente. Por outro lado, permanece sem explicações o porquê da punição da ausência do motivo de obediência à norma e por qual razão deveria o agente ter introjetado a razão da obediência em seu processo de pensamento. A solução a estes questionamentos se dá a partir da definição da culpabilidade material¹²⁶.

Entretanto, a busca da referida culpabilidade material dá ensejo a uma série de dificuldades por não estar expressamente mencionada na reprovação da culpabilidade, mas também pela existência de uma espécie de barreira normativa, entendida como mandato de neutralidade do Direito em relação ao motivos ensejadores de sua obediência. Para a doutrina kantiana, apenas a conduta jurídica, isto é, conforme os mandamento do ordenamento vigente pode ser buscada pela força, mas os motivos da prática do agir se revelam insindicáveis para o direito. Assim, as razões ensejadoras da observância da norma devem ser legadas ao arbítrio de cada indivíduo¹²⁷.

Para Cerezo Mir, somente existe culpabilidade em uma ação típica e antijurídica, na hipótese de fato, se o sujeito podia ter agido conforme as exigências do Direito. Daí a culpabilidade ser culpabilidade de vontade. Apenas se o indivíduo podia ter adotado, em substituição à vontade de realizar a ação típica e jurídica, uma distinta resolução de vontade, haverá culpabilidade. O conceito material de culpabilidade enfrentou séria crise na moderna Ciência do Direito Penal alemã e espanhola pela consideração da impossibilidade de comprovar empiricamente se o agente, na hipótese de fato, podia ou não ter agido de maneira distinta¹²⁸.

Acerca do tema, esclarece Cirino dos Santos que o fundamento material ou ontológico da culpabilidade é baseado na capacidade de livre decisão do agente. Entretanto, a tese da liberdade de vontade seria indemonstrável do ponto de

¹²⁵ KINDHÄUSER, Urs. La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n.º 72. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 11.

¹²⁶ Idem, ibidem, p. 11.

¹²⁷ KINDHÄUSER, Urs. La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n.º 72. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 12.

¹²⁸ CEREZO MIR, Jose. **Derecho penal. Parte General**. Buenos Aires: B de f, 2008, p. 744-745.

vista científico. Para o autor, se a sanção depende da reprovabilidade e esta tem por fundamento algo que não pode ser demonstrado, a culpabilidade não poderia servir de fundamento para a pena. Assim, o juízo de culpabilidade não poderia ser entendido como ontológico, apto a demonstrar uma aptidão do sujeito, mas seria necessariamente normativo, na medida em que atribuiria uma certa qualidade ao sujeito. Atualmente, a ideia de culpabilidade como esteio fundamentador da pena foi transmutada para sua interpretação como limite do poder punitivo, ou seja, passou-se de uma função metafísica legitimadora do poder de punir para outra de natureza política de garantia de liberdade pessoal¹²⁹.

Não se trata, ao contrário do que pode parecer, de simples mudança conceitual, mas representa uma modificação no âmbito da própria culpabilidade, a ensejar diversas consequências de índole político-criminal. Enquanto a culpabilidade como fundamento da punição embasa e legitima o poder estatal contra o cidadão, a reprovabilidade na condição de limite da pena garante a liberdade do indivíduo em face do império estatal pois não existirá pena sem culpabilidade, muito menos atos interventores do Estado com finalidade profilática. Esta mudança radical de orientação significativa em muito importou para a reconsideração da dogmática penal como sistema de garantias do cidadão em face do Estado, apta a afastar ou minorar a intervenção deste na esfera de liberdade daquele¹³⁰.

Para Cláudio Brandão, define-se culpabilidade como juízo de reprovação dirigido a um indivíduo e tendo em conta o ordenamento jurídico-penal. Desta feita, a culpabilidade tem como cerne um juízo negativo sobre a pessoa. Trata-se de um conceito usual na doutrina penal brasileira e alienígena, cujas origens remontam à dogmática germânica, a qual influenciou, por sua força, grande parte dos sistemas de normas ocidentais. O conceito de culpabilidade pode ser retirado da sentença do Tribunal Federal Alemão, segundo a qual seria aquele um juízo de reprovação dirigido ao indivíduo, autor de um injusto que, conquanto pudesse se comportar conforme as exigências do ordenamento jurídico, optou por atuar em contraste com as exigências deste¹³¹.

¹²⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 278.

¹³⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 279.

¹³¹ BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**. n. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 209.

Vê-se, portanto, que o referido conceito de culpabilidade se assenta em um juízo de valor sobre o agente da conduta, ao passo que a tipicidade e a antijuridicidade se voltam sobre o ato. Entretanto, dentro da estrutura analítica do delito, a análise daquela depende, primeiramente, da verificação da ocorrência destas.

Ocorre que o juízo de valor inerente à culpabilidade diz respeito à pessoa, de modo que a aferição de seu significado depende, primeiramente, da conceituação de pessoa dentro do Direito e, mais detidamente, no âmago do Direito Penal¹³².

Em termos históricos, o berço da atual ideia de pessoa remonta à Idade Média. Apenas a filosofia cristã indicará o desenvolvimento deste pensamento: o ser humano deixa de ser reconhecido por sua participação na vida política do Estado, mas passa a ser valorizado por ser criação feita à imagem e semelhança de Deus, destinatário do amor divino. Toda a extensão da Idade Média – que perdurou por cerca de dois milênios – fez com que a importância do ser humano estivesse ligada a uma sucessão de avanços e retrocessos, por vezes reconhecendo-se essa dignidade, por outras, ao revés, olvidando-a – movidas pelos interesses políticos da Igreja Católica – que diminuem a relevância da figura humana considerada em sua dignidade¹³³.

E acrescenta Brandão que, tomando-se esta época como ponto de partida, descortinou-se a possibilidade de definir o indivíduo em termos modernos. Entretanto, esta novel conceituação não pode olvidar, na seara penal, a contribuição ofertada pelo romanos. De fato, como primeiro passo, deve-se perquirir acerca da capacidade do sujeito, na medida em que os alienados e os menores são alijados da responsabilidade penal. A capacidade, desta feita, é base da vontade, da liberdade e da consciência¹³⁴.

Assim, representa a culpabilidade a ideia da reprovação da pessoa enquanto ser dotado de capacidade, liberdade e vontade, o que somente é possível em razão da longa evolução e transformação dos conceitos de culpa e culpabilidade.

Por outro lado, o princípio da culpabilidade é um dos maiores pilares do direito penal atual e já detinha este *status* antes mesmo da cristalização nas

¹³² Idem, ibidem, p. 210.

¹³³ BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**. n. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 211.

¹³⁴ Idem, ibidem, p. 213.

constituições ocidentais do princípio da intranscendência da penal, pois era inferido da ideia de que ninguém seria obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

De fato,

o direito penal que rompe com o arbítrio e se preocupa com a pessoa humana é relativamente recente. Foi somente com o iluminismo, mais precisamente a partir da obra de Beccaria, na segunda metade do século XVIII, que foi aventada de forma sistemática a necessidade de limitar o *jus puniendi* do Estado; o primeiro instituto que o milanês apresentou para que tal desiderato fosse alcançado foi o Princípio da Legalidade. No início do século XIX, em 1801, Anselm von Feuerbach sistematizou o Princípio da Legalidade, com a formulação da teoria da coação psicológica, segundo a qual a tutela de interesses, que é o fim do Direito Penal, deve ser realizada a partir de uma coação psicológica, feita a partir da publicização da pena que será imputada a cada crime, o que acarretaria a retração das condutas que violassem os interesses protegidos pelo Direito Penal¹³⁵.

Dentro deste panorama, vê-se que o princípio da culpabilidade traduz a responsabilidade penal do ser humano e conforma o método do direito penal, por se tratar de mecanismo de balanceamento da decisão em cada caso concreto, além de garantir respeito à dignidade da pessoa humana¹³⁶.

2.2 Pressupostos da consciência da antijuridicidade

O conhecimento da antijuridicidade, como os outros elementos de feição subjetiva da teoria do delito, requer, para apreensão de seu significado, um exercício de valoração por parte do operador do direito a partir da análise dos componentes psicológicos e sociais que condicionam o agir humano.

Embora impregnado de subjetivismo, é possível – e sem dúvida necessário, especialmente diante do princípio da culpabilidade – delimitar o conceito da consciência da ilicitude. O primeiro passo a realizar nesta árdua tarefa, sem dúvida, consiste em analisar seus pressupostos, quais sejam, consciência e antijuridicidade.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, em termos de direito penal, entendimento corresponde a compreensão, não impedindo o conhecimento da antijuridicidade, já que esta é um juízo de valor e os valores não são apreendidos pelo conhecimento, mas pela compreensão. Em termos

¹³⁵ Idem, ibidem, p. 214.

¹³⁶ Idem, ibidem, p. 219.

doutrinários, denomina-se esta compreensão de consciência da ilicitude/antijuridicidade, ainda que a denominação peque pela falta de exatidão, pois, do ponto de vista legal, faz-se necessária apenas a possibilidade exigível do conhecimento da antijuridicidade¹³⁷.

Em princípio, o conhecimento pode ser entendido como a relação que se estabelece entre o sujeito que conhece ou deseja fazê-lo e o objeto do pretendido conhecimento. Entretanto, a noção de conhecimento ultrapassa a mera apreensão pelos sentidos porque requer uma posterior introjeção do conteúdo apreendido.

Em paralelo, o conceito de consciência, como parece claro, não é jurídico, mas apreendido da psicologia e transposto para o direito penal, com as devidas adaptações requeridas pela dogmática.

Com relação aos fenômenos da inteligência consciente, despontam como objeto de interesse de diversas áreas inter-relacionadas. Nesta seara, aliadas estão filosofia, psicologia, inteligência artificial, neurociência e teoria da evolução, as quais contribuíram para enriquecer um debate antes exclusivamente de matiz filosófica¹³⁸.

Segundo Churchland, no que concerne à mente, as questões tratam do que o filósofos denominam de problema ontológico (para a linguagem da filosofia, uma questão ontológica é aquela que trata sobre coisas que realmente existem e a sua real natureza). A questão é conhecida como o problema mente-corpo, o qual suscita uma divisão básica. Por um lado, há as teorias materialistas da mente, as quais afirmam que os processos e estados mentais são apenas processos e estados do sofisticado complexo físico do cérebro. Por outro, há as ditas teorias dualistas da mente, segundo as quais os referidos processos e estado mentais não se resumem a processos e estados de um sistema de natureza física, mas constituem um fenômeno distinto, essencialmente não-físico¹³⁹.

Para Cláudio Brandão, a consciência é, em conclusão, “uma apreensão de sentido, com base na percepção, tendo em vista um determinado estado disposicional”¹⁴⁰.

¹³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 528.

¹³⁸ CHURCHLAND, Paul M. **Matéria e consciência**. Uma introdução contemporânea à filosofia da mente. São Paulo: Editora UNESP, 2004, p. 15-16.

¹³⁹ Idem, ibidem, p. 17.

¹⁴⁰ BRANDÃO, Cláudio. A consciência da antijuridicidade no moderno direito penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 136, out-dez. 1997, p. 57.

Quanto à antijuridicidade, seu conceito não é exclusivo da seara penal, na medida em que representa a antinomia entre a conduta perpetrada e a ordem jurídica, provocando lesão ou perigo de lesão a bem juridicamente tutelado.

Entende Frank que a ilicitude diz com o conceito de todos os delitos, pois dela se infere a ameaça de sanção. Trata-se da mais próxima forma de reconhecimento da antijuridicidade, de maneira que o âmago da ameaça de pena se liga à antijuridicidade na hipótese de inexistir outra norma legal que permita a conduta e a considere conforme o direito. Se existe uma norma com tal feição, deve-se analisar, com suporte nos princípios gerais, qual deve ser o preceito prevalecente: o que a ameaça a pena ou o que tem a ação como permitida? De maneira genérica, determina-se que o último dos preceitos mencionados conecta-se apenas a hipóteses excepcionais, de modo que não há negar a antijuridicidade geral, mas, tão somente, em hipóteses particulares¹⁴¹.

Para Everardo da Cunha Luna, tem-se a relação de antijuridicidade como contrariedade entre a ação humana e a norma jurídica, categoria comungada por todos os ramos jurídicos e um dos temas mais importantes da teoria geral do direito, com repercussões, inclusive, de natureza filosófica. Entretanto o burilamento do conceito de antijuridicidade é produto do direito penal, o que não se dá por mera coincidência, mas especialmente porque o direito criminal é, fundamentalmente, o ramos das antijuridicidades¹⁴².

A ilicitude representa uma relação - referência de alguma coisa a outra. Nesta seara, os objetos da dita relação são, por uma banda, a ação humana e, por outra, a norma de direito. Sendo a ação o fato valorizado e a norma o fato valorizante, há, na antijuridicidade, um juízo de antagonismo ao direito, valor negativo ou de desvalor. Assim, a antijuridicidade é uma pura categoria do direito, ou seja, realidade apenas no sentido objetivo de ser e não no sentido material de fato. Para ser bem compreendida, deve ser estudada em seus termos relacionados, isto é, aqueles que compõem a essência de sua relação – a ação e a norma¹⁴³.

Acerca da antijuridicidade objetiva e subjetiva, lecionou o citado autor que, indubitavelmente, enquanto juízo ou relação, a antijuridicidade tem natureza

¹⁴¹ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: B de f, 2004, p. 50-51.

¹⁴² LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de Direito Penal**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 112.

¹⁴³ Idem, ibidem, p. 112.

objetiva, assim como também o tem a própria ordem jurídica. Entretanto, a afirmação da natureza objetiva da antijuridicidade representa inferir que a relação de contrariedade que constitui seu âmago independe do subjetivismo humano, isto é, não é reduzível a um produto da mente, a um ente racional. Existe, portanto, a antijuridicidade, não na realidade sensível (em sentido estrito), mas na jurídica e cultural, realidade axiológica e, portanto, objetiva. Assim sendo, reconhecer a natureza objetiva da antijuridicidade corresponde a concluir pela sua existência objetiva¹⁴⁴.

E acrescentou que, comprovada a existência objetiva da antijuridicidade, deve-se entender a relação de antagonismo entre a ação humana e a norma jurídica. Primeiramente, ela existe objetivamente. Em seguida, necessário perquirir o conteúdo desta existência objetiva. A título de exemplo, o homem tem existência real e objetiva, de modo que não é um ente de razão. Em seguida, pode-se afirmar que ele existe objetivamente, sendo constituído de corpo e alma; corpo, aspecto objetivo; alma, aspecto subjetivo. Da mesma forma se dá com a antijuridicidade. Do ponto de vista existencial, é objetiva; do ponto de vista substancial, objetiva e subjetiva. No crime de homicídio, a antijuridicidade, considerada no aspecto objetivo, reside na relação de antagonismo entre a ação e a norma jurídica; por outro lado, a antijuridicidade, considerada no aspecto subjetivo, consiste na relação de contrariedade entre o querer do agente e a norma. Assim, os momentos da ação e os aspectos da antijuridicidade são objetivos e subjetivos¹⁴⁵.

O conceito de antijuridicidade diz respeito à desconformidade da ação humana com o direito. Em outras palavras, é antijurídica a conduta que fere o ordenamento jurídico e não apenas a lei em sentido estrito.

Ainda nesta seara, não há confundir antijuridicidade formal e material. A ordem jurídica não é composta apenas por normas proibitivas, mas também integrada por preceitos permissivos. A mera contradição entre uma conduta e a ordem normativa constitui a antijuridicidade formal. Entretanto, para caracterização da antijuridicidade material, necessita-se de um elemento extra, qual seja, a ofensa ao bem jurídico tutelado.

¹⁴⁴ Idem, ibidem, p. 112.

¹⁴⁵ LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de Direito Penal**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 114.

No que diz respeito à relação entre a antijuridicidade e a norma jurídica, Luna distingue entre antijuridicidade formal e material. Enquanto a ação é a unidade dialética entre querer e fazer, a norma é a unidade dialética entre preceito e conteúdo. No que se refere ao preceito, a antijuridicidade é formal; referida ao conteúdo, isto é, à lesão ao bem jurídico tutelado, a antijuridicidade é material¹⁴⁶.

Por outro lado, inexistente antijuridicidade material sem ilicitude formal. Isto porque, no direito penal, as exigências do princípio da legalidade são rigorosas, uma vez que inexistente conduta criminosa sem prévia previsão legal. Diferentemente, no âmbito do direito civil, a análise dos limites da antijuridicidade não se restringe à mera previsão legal, uma vez que existem fontes distintas de ilicitude. Entretanto, trata-se de fontes jurídicas, de modo que não se há de buscar o conteúdo da norma de direito em fontes externas. Assim, matar alguém por idealismo ou para livrar o meio social de um inimigo, não importa em delimitar o preceito jurídico “não matar alguém”. Não são fontes do direito as normas culturais, sociais, morais, os interesses do povo, direitos inalienáveis ou direito natural, de modo que estes não devem ser considerados critérios decisivos. Por outro lado, são conhecidas as fontes do direito: lei, costume, jurisprudência, analogia, princípios gerais e doutrina, as quais, de fato, conferem vida jurídica. As demais citadas servem apenas como fonte de inspiração¹⁴⁷.

Segundo Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán, a mera contradição formal entre a ação humana e o preceito legal não pode ser caracterizada como antijurídica, da mesma forma que não pode sê-lo a lesão ou ameaça de lesão a um bem não previamente tutelado. O cerne da antijuridicidade reside na ofensa a um bem jurídico protegido¹⁴⁸.

Em sentido semelhante concluiu Cláudio Brandão que a consciência da ilicitude é a cognoscibilidade do sentido de ilicitude do agir, isto é, o conhecimento do desvalor jurídico da conduta. Tal conhecer é obtido no momento de elaboração intelectual da ação, portanto, anterior à modificação produzida no mundo exterior pela ação¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Idem, ibidem, p. 115.

¹⁴⁷ LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de Direito Penal**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 115-116.

¹⁴⁸ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal. Parte General**. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanc libros, 1998, p. 337.

¹⁴⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 212.

Luna distingue ainda a antijuridicidade geral e a especial com base em uma distinção entre gênero e espécie. A primeira é o gênero; a segunda, a espécie. Tal distinção supera os aspectos meramente teóricos, na medida em que importa em importantes consequências de ordem prática. A partir dela, diferenciam-se as distintas espécies de ilícito (penal, civil, administrativo) e suas respectivas repercussões. Também com base na distinção acima pode-se compreender o regramento do erro de proibição ou de direito¹⁵⁰, previsto no art. 21 do Código Penal. Finalmente, pode-se ainda utilizar a relação antijuridicidade geral/especial para diferenciar as penas criminais e as demais (administrativa, processual, civil)¹⁵¹.

A função do juízo de antijuridicidade consiste na verificação, diante de um fato que se enquadra em uma norma penal proibitiva (fato típico), da existência de eventual causa de justificação, a qual afasta a ocorrência do injusto penal, tornando-se despidendo, portanto, perquirir-se acerca da culpabilidade.

Sobre o tema, explanou Eduardo Correia que, embora seja o tipo penal indispensável à configuração da ilicitude penal, nem sempre ele determina um juízo definitivo sobre aquela, na medida em que, em certas hipóteses, algumas circunstâncias excluem a ilicitude criminal, como, por exemplo, o estado de necessidade, a legítima defesa e o cumprimento de deveres jurídicos. Ditas circunstâncias importam em exceções à regra geral de que o tipo legal importa em ilicitude¹⁵².

Diante da possibilidade acima descrita, forçoso seria concluir que o tipo legal previsto não corresponde à ilicitude. Para obter um conceito de tipo legal que abranja, na totalidade, a antijuridicidade, necessário seria nele inserir a mencionada limitação, ou seja, as causas excludentes de antijuridicidade como elementos negativos do tipo. Afirma Correia que apenas desta forma pode-se dizer que o tipo legal de crime corresponde a um tipo de ilicitude¹⁵³.

Faz-se necessário frisar, acrescenta o autor, que a reunião em um único instituto de todos os elementos que informam o juízo de ilicitude não pode diminuir a função que certos tipos – ou seus pressupostos – possuem, como a

¹⁵⁰ Esclareça-se de logo que não se reconhece a sinonímia entre os termos erro de direito e erro de proibição. De fato, este representa uma evolução em relação àquele, cujas origens foram forjadas ainda no Direito Romano.

¹⁵¹ LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de Direito Penal**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 120.

¹⁵² CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. v. II. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 3-4.

¹⁵³ Idem, ibidem, p. 3-4.

garantia ligada ao tipo penal em sentido estrito, assim como as normas a eles vinculadas – proibição de interpretação extensiva e de analogia – que não valem para os demais elementos¹⁵⁴.

Vê-se, portanto, que tipicidade e antijuridicidade são elementos que se complementam na configuração do injusto, mas plenamente distinguíveis, não obstante a tipicidade seja indiciária da antijuridicidade.

De fato, verificada a ocorrência de uma conduta típica, será esta também antijurídica se não estiverem presentes quaisquer causas de exclusão do ilícito, sejam estas legais ou mesmo supralegais, como é o caso do consentimento do ofendido.

Acerca da relevância do consentimento do ofendido como problema específico do direito penal, analisou Eduardo Correia que tal causa de exclusão da ilicitude deve, antes de maiores considerações, ser devidamente distinguida do perdão ou da dependência, para a ação penal, de queixa, denúncia, participação ou acusação particular da vítima. Estes últimos são atos praticados após a prática criminosa, enquanto que o consentimento deve existir antes da prática da ação criminosa. Ademais, necessário diferenciá-lo também, conquanto particular questão de direito penal, dos fatos, atos e negócios jurídicos relativos ou conformados pela vontade que representam uma modificação, criação ou extinção de um direito subjetivo ou de uma situação jurídica. Refletem de maneira indireta no direito penal, por exemplo, na transferência da propriedade através de um negócio jurídico¹⁵⁵.

Em suma, pode-se concluir que compreender a antijuridicidade significa conhecê-la e internalizá-la¹⁵⁶ sob um feição material e não meramente formalista, bastando, para efeitos de juízo de reprovação, de uma consciência potencial.

Quanto aos meios de conhecimento da antijuridicidade, tem-se que o método antigo do esforço de consciência permite, no máximo, o conhecimento de violações da natureza moral, mas não se mostra apropriado ao conhecimento de tipos penais, sob pena de se reconhecer a absoluta inutilidade do estudo da matéria jurídica¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Idem, ibidem, p. 4-5.

¹⁵⁵ CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. v. II. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 18.

¹⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 533.

¹⁵⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial,

Entretanto, atualmente o método mais apropriado para o conhecimento do injusto dos tipos penais é o da reflexão e informação: a evitabilidade ou inevitabilidade do erro de proibição está condicionada pelo nível de reflexão e de informação do agente sobre o injusto próprio do tipo legal. Tal método é consentâneo às exigências legais, na medida em que o artigo 21 do Código Penal define o erro de proibição evitável pela possibilidade de ter (reflexão) ou atingir (informação) o conhecimento da antijuridicidade¹⁵⁸.

Normalmente, o mero refletir do sujeito quando da prática da conduta se mostra suficiente para o conhecimento da antijuridicidade concreta, como se dá, a título de exemplo, no crime de lesão corporal grave praticado pelo pai contra seu próprio filho, com base no equivocado entendimento do exercício do direito de educação, o que seria plenamente evitável com a mera reflexão. Entretanto, em situações excepcionais, o conhecimento do injusto pode estar condicionado à colheita de informações especializadas, que devem ser obtidas anteriormente à prática da conduta, a exemplo do que se dá com as regras de trânsito, de modo que a causação de um acidente por desconhecimento destas normas configura erro de proibição evitável ou vencível, como reprovabilidade do fato ligada à lesão anterior do cuidado¹⁵⁹.

A questão do exame da juridicidade da ação fomenta o desenvolvimento de teorias extremas: ora excessivamente rigorosas, a exigir exame antecipado da juridicidade da cada ação praticada na vida social, como requer o Supremo tribunal Federal alemão, ora tão brandas a excluir a possibilidade real de informação no caso de ausência de dúvida sobre a proibição na consciência do autor, consoante prescreve Horn¹⁶⁰.

Segundo Cirino dos Santos,

um critério intermediário parece razoável: existiria motivo para exame da juridicidade da ação nas hipóteses de (a) de *dúvida* sobre a juridicidade concreta, (b) da consciência de atuação em área regida por *normas especiais*, e (c) de consciência da *possibilidade de dano* individual ou coletivo. Na hipótese de *dúvida sobre a juridicidade*, a atitude de *não levar a sério* a dúvida ou de *leviana admissão da juridicidade* da ação é suficiente para configurar *erro evitável*; na hipótese de *atuação em área regida por leis especiais* (crimes contra o meio ambiente, o consumidor etc.), o *erro* de profissionais ou de empresários da área é, normalmente, *evitável*, mas o

2010, p. 306.

¹⁵⁸ Idem, ibidem, 306.

¹⁵⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 306-307.

¹⁶⁰ Idem, ibidem, p. 307.

*erro do cidadão comum seria, normalmente, inevitável; na hipótese de consciência da possibilidade de dano individual ou coletivo (por exemplo, a consciência de que determinada ação na esfera negocial poderá prejudicar número indeterminado de pessoas), qualquer lesão a normas sociais elementares configura erro evitável*¹⁶¹.

A partir destas premissas, deflui-se que o erro inevitável se afigura mais comum no âmbito do direito penal especial, na medida em que o cidadão ordinário possui maiores dificuldades na identificação do injusto concreto, assim como os profissionais da área desconhecem a absoluta integralidade das incriminações existentes. Por outro lado, no que concerne ao direito penal comum, avultam os erros evitáveis, salvo quando inexistente razão para análise da juridicidade da conduta¹⁶².

Entretanto, confiar em informações de profissionais do direito e no direcionamento da jurisprudência dominante pode se mostrar um traço distintivo. Erro de proibição invencível caso o fato típico e antijurídico seja praticado em consonância com o entendimento jurisprudencial unânime ou majoritário dos tribunais e erro vencível em caso de entendimento divergente de órgãos julgadores de mesma hierarquia. Da mesma forma, a confiança na orientação dos profissionais da área jurídica pode justificar o erro de proibição invencível, na medida em que possuem os recursos técnicos para tal aconselhamento, além do que não poderia o leigo, pela sua própria condição, aquilatar os conhecimentos do profissional e a correção das informações por ele fornecidas¹⁶³.

E acrescenta Cirino dos Santos:

Entretanto, a *reflexão* do cidadão comum não oferece o mesmo nível de confiabilidade, por causa de uma contradição aparentemente insolúvel: por um lado, o leigo é incapaz de resolver questões jurídicas que não conhece; por outro, a lei penal não pode ser inacessível à compreensão do homem do povo. Por isso, em sociedades com elevadas taxas de *exclusão* do mercado de trabalho e do sistema escolar – ou seja, marcadas pela pobreza e pela ignorância, como é o caso da sociedade brasileira –, a frequência do erro de proibição e a imprecisão dos critérios de evitabilidade/inevitabilidade do erro reclamam atitudes democrática na sua avaliação: bitola larga para a *inevitabilidade*, bitola estreita para a *evitabilidade* do erro de proibição¹⁶⁴.

No mesmo sentido, Francisco de Assis Toledo explana que um criminoso por profissão ou habitual, enquanto tipo criminológico caracterizado pelo

¹⁶¹ Idem, ibidem, p. 307.

¹⁶² Idem, ibidem, p. 307.

¹⁶³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 308.

¹⁶⁴ Idem, ibidem, p. 308-309.

desamparo e desajuste familiar, criado e educado em meio de agressividade, tem a criminalidade como tônica. Desta feita, para este é corriqueira e normal a prática de delitos patrimoniais como roubo e furto, além de crimes contra a pessoa. Não há em seu interior uma verdadeira consciência ética, porque não houve oportunidade para que esta se estruturasse. Age conforme os *standards* do crime e é incapaz de distinguir entre o correto e o errado; o jurídico e o antijurídico. Nesta hipótese, torna-se bastante difícil se perquirir da sua exata consciência da antijuridicidade, pois não possui a noção da licitude¹⁶⁵.

2.3 Definição da consciência da antijuridicidade

A dificuldade no trato do tema já foi pontuada por Cláudio Brandão, que entende sê-lo o de mais árdua investigação no bojo da teoria do delito. Sustenta que tal dificuldade decorre do fato de que é a consciência da ilicitude o tema que confirma o ensinamento de Carnelutti no sentido da proximidade entre direito penal e filosofia, na medida em que ambos se voltam ao entendimento dos fatos espirituais. Ademais, a consciência da ilicitude pode ser analisada sob dois aspectos. O primeiro diz respeito à sua existência na mente do indivíduo e sua ocorrência determina o mais relevante elemento da reprovabilidade, visto que é a base de reprovação da culpabilidade. O segundo refere-se à sua ausência na mente do indivíduo e, por consequência, ao erro de proibição¹⁶⁶.

Para Figueiredo Dias, em sua obra *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*,

na possibilidade de uma falta de consciência da ilicitude não está ínsita uma confissão a favor ou contra o princípio da culpa, mas uma diferença nos modos de entender o seu conteúdo material e, sobretudo, nas formas de conceber o âmbito daquela falta e de a delimitar perante o erro intelectual – tudo dentro do mais integral respeito pelo princípio e pelo pensamento da culpa¹⁶⁷.

¹⁶⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 225.

¹⁶⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 211.

¹⁶⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 311.

E acrescenta que distinto seria o tratamento da matéria em caso de culpa de personalidade. De fato, não haveria sentido em perquirir acerca da possível censurabilidade da ausência de consciência da antijuridicidade se o fundamento da reprovabilidade está no erro da consciência ética e a culpa significa ter que responder o indivíduo pela sua personalidade. No que tange ao erro intelectual, afirma-se ser embasado na culpa derivada de um agir de leviandade ou descuido frente as exigências do ordenamento jurídico, embora não se exclua sua possibilidade de censura¹⁶⁸.

Assim, para o doutrinador português, a culpabilidade está calcada em uma culpa de personalidade e a consciência da antijuridicidade seria, em realidade, uma consciência ética individual.

O entendimento mais aceito pela doutrina, entretanto, é aquele defendido por Edmundo Mezger, segundo o qual a consciência da antijuridicidade – elemento do dolo – consiste na valoração paralela na esfera do profano¹⁶⁹.

Sobre a teoria, entende Cláudio Brandão ser a mais acertada. Entretanto, a aceitação da definição do referido autor não implica, por consequência, admitir como verdadeira também sua localização no bojo da teoria do delito. De fato, não é a consciência da antijuridicidade integrante do dolo, mas elemento autônomo do conceito de culpabilidade. Em realidade, “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-judicial¹⁷⁰”.

Diga-se de logo que não se pode confundir os conceitos de conhecimento da lei ou do Direito, do injusto e da antijuridicidade. Distintos são os conceitos de falta de representação do preceito jurídico específico que prevê o delito e o desconhecimento da relação de contrariedade da conduta em relação à norma jurídica. Assim, não se identificam o conhecimento da lei e da contrariedade entre a conduta e o Direito, na medida em que o primeiro é limitado a certo número de pessoas, enquanto o segundo é próprio de toda a sociedade em dado momento histórico¹⁷¹.

¹⁶⁸ Idem, ibidem, p. 307-308.

¹⁶⁹ MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal**. T. II. Madri: Revista de Derecho Privado, 1935, T. II, p. 122.

¹⁷⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 216.

¹⁷¹ RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona:

Acrescenta o autor Córdoba Roda que entendimento diverso do acima exposto importaria em assumir verdadeiro o equívoco de von Liszt e exigir para a determinação da culpabilidade de uma certa conduta a subsunção pelo agente do comportamento no tipo previsto pelo legislador penal¹⁷².

Ademais, também não se deve confundir conhecimento da antijuridicidade e do injusto. Neste sentido, tem-se que a antijuridicidade é característica da ação em razão de sua contrariedade com o ordenamento jurídico, ao passo que o injusto, por ser substantivo, diz respeito à ação jurídica como um todo¹⁷³.

Córdoba Roda trabalha com a ideia de malícia, a partir da análise do antigo art. 1.º do Código Penal espanhol e do conceito de voluntariedade. Para o citado autor, da conjunção dos elementos de voluntariedade (elemento que se refere à ordem jurídica, comungado por todas as classes de condutas delitivas), em grau de atualidade (representação da antinormatividade da conduta dirigida a um fim) e da proposição ou intenção (elemento volitivo referido ao resultado, específico de uma série de comportamentos puníveis) deriva o conceito de malícia. Necessária, portanto, para a configuração desta, a intenção referida ao resultado acrescida da representação da antijuridicidade deste¹⁷⁴.

Por outro lado, em se tratando de condutas culposas, resulta claro para o citado autor o seu caráter voluntário, embora com natureza própria desta voluntariedade, como vontade referida à norma e que conduz à exigência de que a norma de cuidado, objeto da vontade, seja consciente para o sujeito¹⁷⁵.

Segundo o citado autor, a ocorrência de um erro relativo à antijuridicidade, ocasionado pela ignorância, assim como de um relativo ao evento típico, são aptos a forjar uma consciência da ilicitude da conduta excludente da intenção dolosa¹⁷⁶. Em outras palavras, ambas as espécies de erro importariam em exclusão do dolo, vez que neste residiria, segundo o autor, a consciência da ilicitude.

Bosch Casa Editorial, 1962, p. 12.

¹⁷² Idem, ibidem, p. 13.

¹⁷³ Idem, ibidem, p. 13.

¹⁷⁴ RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 70.

¹⁷⁵ Idem, ibidem, p. 75.

¹⁷⁶ Idem, ibidem, p. 83.

2.4 Objeto da consciência da antijuridicidade

Acerca do tema, deve-se ter por ponto de partida o fato de que a falta de consciência da antijuridicidade da conduta não se confunde com a falta de conhecimento do próprio comportamento. Enquanto a primeira ausência diz respeito à problemática da culpabilidade, a segunda tangencia a estrutura da conduta, pedra angular da teoria do delito.

Neste sentido, a lição de Jorge de Figueiredo Dias no sentido de que a antijuridicidade por cuja cognoscibilidade se questiona diz respeito a um atributo ou qualidade do aspecto factual constitutivo de uma conduta humana, de modo que a falta de consciência desta deve ser distinguida, pelo menos do ponto de vista formal, do conhecimento do comportamento. Esta distinção coloca a discussão sobre a possibilidade de se imputar a culpa ao agente por um comportamento do qual ele não teve conhecimento fático (embora em razão desta ausência também não teve cognoscibilidade da antijuridicidade) e, por outro lado, saber da possível imputação de culpa ao sujeito por uma conduta cuja factualidade teve ele conhecimento, embora não tenha tido a consciência da antijuridicidade. Apenas desta segunda hipótese, de consciência da ilicitude em sentido estrito, deve-se trabalhar na seara da culpabilidade¹⁷⁷.

Cabe, neste momento, perquirir se a falta de consciência da ilicitude exige a falta de representação do preceito jurídico expresso em virtude do qual se pune o fato (lei ou direito) ou se basta o desconhecimento da contrariedade da conduta com a norma jurídica (antijuridicidade).

Em outras palavras, a definição do objeto da consciência da ilicitude depende da resposta ao seguinte questionamento: o que o autor da ação penal deve saber para conhecer o injusto do fato?

A presente discussão não é meramente teórica, mas repleta de sentido. A adotar-se a primeira tese – significado formal – fica a reprovabilidade e, por consequência, a culpabilidade jungida à existência de um conhecimento apenas acessível para restrita parcela da população. Ao contrário, admitir-se a vertente

¹⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 14.

oposta – significado material – importa em estender a possibilidade do referido conhecer à comunidade como um todo.

Ocorre que, conforme adverte Juarez Cirino dos Santos, a perfeita definição do objeto da consciência da ilicitude, ou como prefere o autor, do injusto, em outras palavras, “do substrato psíquico mínimo de conhecimento do injusto necessário para configurar a *consciência da antijuridicidade* do fato – é controvertida na literatura penal contemporânea¹⁷⁸”.

Assim, distingue o autor, ao menos, três teorias:

- a) a teoria tradicional, representada por JESCHECK/WEIGEND, indica a *antijuridicidade material* como objeto da consciência do injusto, defendida como conhecimento da contradição entre o *comportamento real* e *ordem comunitária*, que permitiria ao leigo saber que seu comportamento infringe o ordenamento jurídico (público, civil, penal etc.) ou moral, independentemente de conhecer a lesão do *bem jurídico* lesionado ou a *punibilidade* do fato;
- b) a teoria moderna, representada por OTTO, apresenta a *punibilidade do fato* como objeto do conhecimento do injusto, ou seja, consciência do injusto significa '*conhecimento da punibilidade do comportamento através de uma norma legal penal positiva*' e, portanto, a consciência '*de infringir uma prescrição penal*', embora não exija '*conhecimento preciso dos parágrafos da lei*' infringidos;
- c) a teoria talvez dominante, representada por ROXIN, situa-se em posição intermediária, sob a alegação de que conhecer a *danosidade social* ou a *imoralidade* do comportamento, segundo a teoria tradicional, seria *insuficiente*, mas conhecer a *punibilidade do fato*, conforme a teoria moderna, seria *desnecessário*: assim, objeto da consciência do injusto seria a chamada *antijuridicidade concreta*, como conhecimento da *específica lesão do bem jurídico compreendido no tipo legal respetivo*¹⁷⁹.

A partir da análise destas três teorias, vê-se que a dominante se assemelha à moderna, na medida em que o conhecimento da específica lesão do bem jurídico protegido pelo tipo legal equivale ao conhecimento da punibilidade do fato, restando em situação de isolamento a teoria tradicional, calcada no conhecimento da antijuridicidade material¹⁸⁰.

Para Robson Antônio Galvão da Silva, existem também três principais teorias sobre o assunto, embora dentro de cada um dos entendimentos encontrem-se posições divergentes. Em um primeiro setor estão os doutrinadores que exigem, para fins de verificação da consciência da antijuridicidade, somente a consciência de

¹⁷⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 300.

¹⁷⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 301.

¹⁸⁰ Idem, ibidem, p. 301.

que a conduta perpetrada ofende a ordem moral ou os valores socialmente vigentes, independentemente do conhecimento de contrariedade entre o agir e o ordenamento jurídico ou a punibilidade da conduta. Em posição extrema, defende-se a necessidade de conhecimento da punibilidade do agir, sendo que nesta seara existe uma subdivisão entre os que advogam o conhecimento da punibilidade criminal específica, ao passo que os demais entendem bastar a consciência da prática de uma conduta infringente de norma que impõe uma sanção de qualquer natureza. Em posição intermediária, o terceiro grupo defende ser extremados tanto o conhecimento da imoralidade quando o conhecimento da punibilidade, sendo suficiente a lesão ao bem jurídico tutelado, isto é, a contrariedade ao ordenamento jurídico¹⁸¹.

Cirino dos Santos, após advertir que a literatura penal brasileira em geral ignora a controvérsia acerca do objeto da consciência do injusto, conclui que, em atenção ao princípio da culpabilidade característico do Direito Penal do Estado Democrático de Direito, o objeto daquela há de ser necessariamente a cognoscibilidade da punibilidade do agir, isto é, o conhecimento da infringência de uma norma penal proibitiva¹⁸².

A solução formalista foi defendida por Binding, Beling e von Liszt. Para o primeiro, exige-se, para o conhecimento do injusto, a representação de sua formal antijuridicidade: o conhecimento da norma lesada; o segundo entende bastar que o sujeito saiba que sua conduta lesiona qualquer norma; o último exige que o sujeito subsuma sua conduta à norma descrita pelo legislador¹⁸³.

A solução formalista vincula-se, em última análise, à atribuição ao ordenamento penal de um fim preventivo geral, na medida em que a coação psicológica da ameaça de sanção deveria evitar a prática delitiva. Assim, seria exigível ao autor do crime o conhecimento da punibilidade de sua conduta¹⁸⁴.

Ocorre que nenhuma das soluções acima apontadas satisfaz. Exegeses deste naipe importam em aquilatar desmedidamente as hipóteses de

¹⁸¹ SILVA, Robson Antônio Galvão da. **O tratamento jurídico-penal do erro no direito penal socioeconômico**. Curitiba: PUC, 2009. Orientador: Rodrigo Sánchez Rios. Dissertação (mestrado)- PUC/Programa de Pós-graduação em Direito, 2009, p. 94.

¹⁸² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 302.

¹⁸³ RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 89.

¹⁸⁴ Idem, ibidem, p. 90.

impunidade, pois tornam árdua – quiçá impossível – a comprovação de que o sujeito da conduta tinha, à época do fato tido por delituoso, exato conhecimento da norma legal proibitiva.

Também inaceitável o contorno desta dificuldade por meio de eventual presunção de existência de consciência da antijuridicidade, posto que não há crime sem culpabilidade e esta não se presume, cabendo ao órgão acusatório desincumbir-se do ônus da prova deste elemento.

O significado da consciência da antijuridicidade, portanto, só pode ser material.

Assim como lei e antijuridicidade são distintas, consciência da lei e da antijuridicidade também o são. Esta é um juízo de valor negativo sobre a conduta do autor de um fato típico, que a considera contrária à ordem jurídica. Assim, estará presente a consciência da ilicitude quando o sujeito lograr apreciar sua conduta como injusta e proibida. Entretanto, além do Direito existem outras ordens paralelas de conduta, com a moral e os usos sociais, de modo que o agente pode valorar negativamente sua conduta com base nas informações ali contidas¹⁸⁵.

Para Juan Córdoba Roda, atua com culpabilidade o sujeito que realiza a conduta sabendo que lesiona ou põe em perigo bens da vida em comum merecedores de proteção. O delito é uma ação antissocial e a culpabilidade exige o conhecimento da danosidade social. Esta solução vem motivada principalmente por razões de necessidade de punição em relação aos chamados delitos contra a humanidade¹⁸⁶.

No caso dos diretores dos hospitais que receberam cartas de Hitler determinando o extermínio de cidadãos “inúteis” ao Estado, houve infração de comandos do direito natural. Eram conscientes da natureza reprovável de seus comportamentos, sem que a crença na legalidade do ato pudesse afastar, em nenhum caso, o conhecimento do obrar reprovável, a representação do injusto¹⁸⁷.

Segundo o mencionado autor,

Maior interesse oferece o valorar a opinião daqueles que afirmam que o conteúdo do conhecimento da antijuridicidade está integrado pela consciência de realizar um ato lesivo de um bem ou interesse juridicamente tutelado. O conteúdo desta consciência é distinto ao do conhecimento de

¹⁸⁵ BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**. n. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 225.

¹⁸⁶ RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 93.

¹⁸⁷ Idem, ibidem, p. 94.

que o comportamento está em oposição às exigências da ordem jurídica. Com feito, uma coisa é que o agente deve representar a lesão ou colocação em perigo do interesse protegido e outra muito distinta a de adquirir consciência da tutela que o ordenamento dispensa ao bem lesionado. Podem, em suma, coexistir perfeitamente o conhecimento de lesionar o interesse objeto de tutela e a crença de realizar uma conduta absolutamente lícita¹⁸⁸.

Na famosa de sentença de 18 de março de 1952, o Alto Tribunal alemão dispôs que o conhecimento da antijuridicidade não é sinônimo de conhecimento da punibilidade do comportamento ou mesmo da disposição legal que contém a proibição. Também não basta que o sujeito esteja consciente da reprovação moral de sua conduta. Embora não deva realizar uma valoração de natureza técnico-jurídica, o agente deve ou pode conhecer, com o devido esforço de sua consciência, em um juízo geral correspondente à sua esfera de pensamento, o caráter injusto de seu agir¹⁸⁹.

A determinação da existência, em cada caso, da consciência da antijuridicidade depende de um juízo de valor acerca da capacidade de compreensão do sujeito, de acordo com suas próprias aptidões, numa valoração paralela na esfera do profano¹⁹⁰.

Zaffaroni e Piernageli lecionam a existência de consenso doutrinário acerca da desnecessidade de um conhecer ou possibilidade de conhecer a lei em si, na medida em que tal cognoscibilidade não é verificada sequer entre os juristas. Em realidade, a exigência volta-se à mera possibilidade de conhecimento, chamada “valoração paralela na esfera do profano”, que é a possibilidade de conhecimento análogo ao efetivamente requerido a respeito dos elementos normativos dos tipos penais¹⁹¹.

Francisco de Assis Toledo tem entendimento análogo quanto à exigência de conhecimento de antijuridicidade, ao definir o erro de proibição na

¹⁸⁸ Idem, ibidem, p. 96-97. Tradução livre de: “*Mayor interés ofrece el valorar la opinión de quienes afirman que el contenido del conocimiento de la antijuridicidad está integrado por la conciencia de realizar un acto lesivo de un bien o interés jurídicamente tutelado. El contenido de esta conciencia es distinto al del conocimiento de que el comportamiento está en oposición con las exigencias del orden jurídico. En efecto, una cosa es que el agente deba representarse la lesión o la puesta en peligro del interés protegido y otra muy distinta, la de adquirir conciencia de la tutela que el ordenamiento dispensa al bien lesionado. Pueden, en suma, coexistir perfectamente el conocimiento de lesionar el interés objeto de tutela y la creencia de realizar una conducta absolutamente lícita*”.

¹⁸⁹ Idem, ibidem, p. 98.

¹⁹⁰ MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. T. II. Madri: Revista de Derecho Privado, 1935, T. II, p. 122.

¹⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 533.

hipótese em que o sujeito acredita como lícita uma conduta ilícita; permitida, uma ação proibida. O erro reside em um entendimento equivocado daquele que lhe é permitido realizar na vida social. Entretanto, não realiza uma análise técnico-jurídica, inexigível do indivíduo leigo, mas um juízo profano, proferido em consonância com a opinião dominante no meio social e comunitário¹⁹².

Trata-se, sem dúvida, de manter a definição do objeto da cognoscibilidade da antijuridicidade dentro das raias do ordenamento jurídico, mas sem restringi-lo a ponto de fazê-lo afastar-se das necessidades da vida prática.

Fixadas estas premissas, não há negar que a tarefa do operador do direito, na verificação da consciência da ilicitude, demanda uma investigação notadamente complexa, cujos limites escapam de uma predeterminação, mas, ao mesmo tempo, imprescindível, sob pena da consagração de irremediáveis injustiças.

3 A ausência de consciência de antijuridicidade: o problema do erro de proibição

3.1 Introdução

A questão fulcral da consciência da antijuridicidade diz respeito às repercussões jurídico-penais advindas de sua ausência.

É neste sentido que leciona Jorge de Figueiredo Dias quando aduz que a problemática da consciência da ilicitude é comum não somente ao âmbito jurídico, mas especialmente ao setor normativo que trata da responsabilidade de um sujeito

¹⁹² TOLEDO, Francisco de Assis. **Erro de tipo e erro de proibição no projeto da reforma penal.** RT, 578/290.

pelos atos por ele praticados. De fato, considerando-o, aflora o questionamento sobre a possibilidade de responsabilizar o homem, nas esferas jurídica, religiosa, moral ou social, pela prática de uma conduta que não tomou por, ou não sabe, ou desconhece, ou não sente que é ilícita (ou má, imoral, pecaminosa, socialmente danosa). Ademais, deve-se relevar que o problema da consciência da ilicitude é essencialmente negativo, a ensejar o erro sobre a ilicitude¹⁹³.

3.2 Erro e ignorância em direito penal

A doutrina jurídica de uma forma geral diferencia o erro e a ignorância: enquanto esta representa o total desconhecimento acerca de um fato ou de uma norma, aquele representa a falsa percepção de um certo objeto.

No entanto, para Alcides Munhoz Netto, erro e ignorância são equiparáveis, visto que, para o Direito, não importam o erro em seu estado puro e a ignorância, na condição de meras situações cognoscitivas, mas sim como estados intelectivos que refletem na vontade de ação. Distinto é o erro do pensador, o qual remanesce na esfera da cogitação, daquele erro do sujeito que age e imprime seu defeito de intelecção na prática. Nestas situações é autorizado se falar em ignorância e erro ativo. Desta, maneira entendem-se o erro e a ignorância como inexata relação da consciência com a realidade objetiva, na medida em que, substancialmente, ambos representam uma equivocada relação de consciência com a realidade objetiva. Com efeito, representam estados de desconformidade cognoscitiva. Desta maneira, não há problema em uniformizar, no plano do Direito, os dois conceitos, tendo em vista a identificação das consequências por eles produzidas. De fato, atingem o processo de formação da vontade e viciam o elemento intelectivo ao impelir o agente a desejar coisa distinta da que teria desejado caso conhecesse a realidade¹⁹⁴.

No mesmo sentido, Francisco de Assis Toledo, ao asseverar que a expressão erro tem sido comumente usada não somente para se referir ao erro

¹⁹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 13.

¹⁹⁴ MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 3.

propriamente dito (falsa noção, conhecimento falso ou defeituoso de alguma coisa), mas também à ignorância (ausência de conhecimento). Por tal razão, confere-se tratamento indistinto à ignorância e ao erro, aos quais são aplicadas as mesmas regras e soluções¹⁹⁵.

Ressalva o mesmo autor, por outro lado, a inexistência de sinonímia entre ignorância da lei e ignorância da ilicitude. De fato, a importância da tradição jurídica latina neste setor por muito tempo atrapalhou o desenvolvimento da moderna teoria do erro em função da indevida equiparação feita entre as noções absolutamente distintas de consciência da ilicitude e conhecimento presumido da lei. Ocorre que sendo a lei e a ilicitude entidades distintas, apenas por uma indevida confusão relativa ao real significado destes conceitos se poderá inferir que ignorância da lei e ignorância de um fato da vida real são sinônimos¹⁹⁶.

Ora, aduz o autor, lei, em estrito sentido jurídico, é norma editada pelos órgãos competentes do Estado – legislativo. Por outra banda, a antijuridicidade é a relação de contrariedade estabelecida entre uma conduta e o ordenamento jurídico em vigência. Colocadas, de um lado, todas as leis em vigor e, de outro, o fato da vida real, não há maiores dificuldades em se perceber a existência de eventual antijuridicidade a inquinar o fato. Desta feita, é possível o conhecimento da norma legal e, simultaneamente, o desconhecimento da ilicitude de um fato, paralelo que torna clara a nítida separação entre os conceitos contrapostos. Tais argumentos esclarecem o teor do art. 21 do Código Penal, com redação introduzida pela reforma, o qual prevê lado a lado a inescusabilidade da ignorância da lei e a escusabilidade do desconhecimento do injusto¹⁹⁷.

Miguel Díaz y García Conlledo entende que uma ampla definição do erro seria aquela segundo a qual este está presente quando não coincidem o conhecimento do sujeito e a realidade de fato, de forma que há um conhecimento, mas falta a realidade a que se crê referir o dito conhecimento ou, por outro lado, existe uma realidade desconhecida. A discrepância entre realidade objetiva e conhecimento pode ser atribuída ao sujeito que não possui qualquer representação

¹⁹⁵ PENTEADO, Jacques Camargo (Coord.). **Justiça Penal (crimes hediondos/erro de direito penal/juizados especiais)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 104.

¹⁹⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 262.

¹⁹⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 263.

acerca da realidade (ignorância ou erro negativo) ou àquele indivíduo que tem uma representação falsa da realidade (equivoco ou erro positivo)¹⁹⁸.

Sobre o embate entre os significados de erro e ignorância, conclui Fernando Eleutério que, tendo em vista os argumentos utilizados pela doutrina que, ora distinguem erro e ignorância, ora os atribui mesma significação jurídica, embora inexista um consenso rigoroso, pode-se afirmar a inexistência de diferença prática, substancial ou mesmo jurídico-penal entre ignorância da lei e erro de proibição direto. Tendo em vista a parte geral do Código Penal, após a reforma afirma-se a impossibilidade de se defender a distinção entre ignorância (de tipos penais previstos em lei) e erro (sobre alguns tipos também constantes de leis), embora haja doutrinadores defensores deste ponto de vista. O vocábulo erro não pode ser percebido de forma unitária e sem ramificações¹⁹⁹.

Em direito penal, o vocábulo erro possui várias significações e distintas modalidades (erro de tipo essencial, erro de tipo accidental, erro sobre o objeto, erro sobre a pessoa, erro na execução, erro sobre uma causa de justificação etc.). Por outro lado, pode haver ignorância não obrigatoriamente em relação à lei penal em si considerada, como um todo, mas com relação a apenas um único tipo penal previsto na lei²⁰⁰.

Para Córdoba Roda, a ignorância da lei assumiu contornos de fenômeno social. Em outras épocas, era lícito afirmar que a razão subjacente à irrelevância do erro de direito se encontrava no suposto de que todos os membros da comunidade conheciam ou deveriam conhecer as exigências impostas pelo ordenamento jurídico. Hoje, tendo em vista as mudanças operadas pelo progresso e a complexidade carregada ao ordenamento, não se pode raciocinar da mesma forma. De fato, a amplitude do fenômeno da ignorância da lei foi, e ainda é, questão de maior atenção, uma vez fixada a necessidade do conhecimento do injusto para fins de determinação de uma conduta culpável²⁰¹.

Assevera o referido autor que a sentença do Tribunal Federal Alemão de 18 de março de 1952, na qual se declara a eficácia escusante da falta de conhecimento do injusto, representa a decisão mais importante do Alto Tribunal

¹⁹⁸ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madri: La Ley Temas, 2008, p. 140.

¹⁹⁹ ELEUTÉRIO, Fernando. **Erro no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 39.

²⁰⁰ Idem, ibidem, p. 40.

²⁰¹ RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 11.

Federal alemão. De fato, a partir de então, torna-se patente, para fins de verificação da culpabilidade, que o sujeito tenha tido a capacidade de poder agir conforme as exigências do Direito, de poder conhecer o caráter injusto da sua conduta e, ainda, determinar seu comportamento conforme esta representação²⁰².

A falta de conhecimento ou o desconhecimento podem ser manifestar por meio da ignorância ou do erro, de outra maneira, pela falta de conhecimento ou pela falsa apreciação de um determinado objeto. Embora conceitualmente distintos, erro e ignorância devem receber tratamento jurídico equiparado²⁰³.

Esta equiparação de tratamento é a opinião admitida no presente trabalho.

3.3 Princípio do *error iuris non excusat*. Erro de fato e erro de direito.

Para Cerezo Mir, muito tempo se levou, até meados do século XX, para o reconhecimento da influência da falta de conhecimento da antijuridicidade da conduta na configuração da responsabilidade penal, visto que, até então, dominava a teoria do *error iuris nocet*, qual seja, o erro de direito prejudica. De fato, esta teoria tem suas raízes no antigo Direito Romano e foi posteriormente desenvolvida por glosadores e pós-glosadores²⁰⁴.

Segundo Welzel,

a verdade simples de que só se dirige ao autor a reprovação da culpabilidade – de que poderia adotar uma resolução de vontade de acordo com o Direito, no lugar de fazê-lo antijuridicamente – quem se encontrar em condições de poder conhecer a antijuridicidade de sua conduta necessitou de muito tempo e grandes esforços para se impor e ainda hoje não deixa ser discutida²⁰⁵.

A mencionada teoria do *error iuris nocet* baseia-se na distinção entre erro de direito e erro de fato, de modo que este possuiria relevância ao excluir a responsabilidade, quando se verifica, dando lugar a uma responsabilidade culposa,

²⁰² Idem, ibidem, p. 12.

²⁰³ Idem, ibidem, p. 13.

²⁰⁴ CEREZO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español. Parte General**. Montevideu: B de f, 2008, p. 835.

²⁰⁵ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 124.

na hipótese de sua vencibilidade. Entretanto, ao erro de direito não se conferia idêntico tratamento, na medida em que prejudicava, era irrelevante para eximir a responsabilidade penal²⁰⁶.

Segundo Córdoba Roda, tradicionalmente objeta-se a relevância do conhecimento da antijuridicidade em razão da sobrevivência, até os dias atuais, do princípio do *error iuris non excusat*. A respeito deste princípio e de sua natureza jurídica, seriam três, em síntese, os critérios defendidos: presunção; expressão do caráter obrigatório do conhecimento da lei penal; exigência de caráter político, social ou processual²⁰⁷.

De início, costuma-se afirmar que o princípio da inescusabilidade do conhecimento da lei representaria uma presunção absoluta. Ocorre que a presunção jurídica constitui mera prova indireta, baseada em cálculo de probabilidades, fundada na experiência e na normalidade dos fatos. Tendo em vista a atual inflação legislativa, que resultou em um enorme número de normas proibitivas, conclui-se facilmente pela impossibilidade de uma presunção desta natureza. Ao invés, haveria mera ficção jurídica, não pertencente à instituição da prova²⁰⁸.

Outro setor doutrinário²⁰⁹ entende que o mencionado princípio não representa qualquer presunção ou ficção de conhecimento do Direito, mas, ao invés, plasma a obrigatoriedade genericamente difusa das exigências impostas pelo ordenamento jurídico e a consequente responsabilidade penal. Às faculdades e aos direitos públicos individuais são contrapostos variegados deveres do particular em relação ao Estado²¹⁰.

Entretanto, no que tange à mencionada teoria da obrigatoriedade geral, podem ser apontados dois erros básicos. Num primeiro aspecto, somente há dever quando este pode ser exigido. Assim, a exigência dirigida a todos os membros do corpo social do conhecimento de todas as disposições penais vigentes representa um verdadeiro disparate. Num segundo aspecto, na hipótese de real existência de

²⁰⁶ CERESO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español. Parte General**. Montevideo: B de f, 2008, p. 835.

²⁰⁷ RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 17.

²⁰⁸ Idem, ibidem, 18.

²⁰⁹ MANZINI. *Tratatto di Diritto penale italiano*, 1950. In: RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 18.

²¹⁰ RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 19.

uma obrigação geral de conhecimento da lei penal, necessária a existência também de uma específica sanção em caso de inobservância²¹¹.

Para um terceiro grupo de autores, o princípio da inescusabilidade representa uma exigência social²¹², política²¹³ e processual²¹⁴.

Do ponto de vista da necessidade política e social, afirma-se que o Estado que reconhecesse a relevância da representação da contrariedade do próprio comportamento à norma jurídica sujeitaria a eficácia de suas normas penais à maior ou menor sensibilidade de seus jurisdicionados. Por outro lado, do ponto de vista processual, a defesa da relevância jurídica daquela representação importaria em hipóteses de presunção de culpabilidade, sob o argumento de que a falta de conhecimento decorre sempre de um comportamento culposos²¹⁵.

De fato, o texto do princípio nada mais faz do que referir a um determinado fato, de existência processual (ignorância da lei), certas consequências (não escusabilidade), inexistindo qualquer preceito que assevere a inadmissibilidade da prova de tal desconhecimento²¹⁶.

A teoria do *error iuris nocet* assumiu grande importância no direito comparado espanhol, tendo sido mantida pelo Tribunal Supremo daquele país até os anos sessenta do século próximo passado, apesar das inúmeras críticas a ela dirigidas pela doutrina. De fato, o Tribunal Supremo aduzia em favor daquele princípio o art. 2.º do Código Civil da Espanha, o qual, em sua original redação, apenas previa o princípio de que a ignorância das leis não escusa de seu cumprimento²¹⁷.

Entretanto, a aplicação do referido princípio pelo Tribunal Supremo espanhol admitia uma exceção, qual seja, na hipótese de erro de direito extrapenal, ou seja, quando o erro se referia a preceitos de setores do ordenamento jurídico

²¹¹ Idem, ibidem, 19.

²¹² BETTIOL. Diritto penale, 1955. In: RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 19-20.

²¹³ ANTOLISEI. Manuale de diritto penale, 1955. In: RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 19-20.

²¹⁴ PETROCELLI. La colpevolezza, 1951. In: RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 19-20.

²¹⁵ RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 59.

²¹⁶ RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 20.

²¹⁷ CEREZO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español. Parte General**. Montevideo: B de f, 2008, p. 838.

alheios ao direito penal²¹⁸. A título de exemplo, no delito de usurpação, na modalidade de apoderamento de águas, se o sujeito acreditava ter direito a estas ou nos crimes de bigamia, especialmente em razão das repercussões da guerra civil, diante do estabelecimento da necessidade de casamento canônico para os batizados católicos²¹⁹.

Como aduz Cerezo Mir, também na Alemanha, a teoria do *error iuris nocet*, com a exceção admitida para o direito extrapenal, logrou grande desenvolvimento e foi aplicada pelo *Reichsgericht* até a Segunda Guerra Mundial. Entendia a jurisprudência dominante ser inverossímil o erro de Direito Penal, pois este deveria estar baseado nas normas da ética social vigentes na sociedade em um certo momento histórico²²⁰.

O Supremo Tribunal alemão, frente ao antigo § 59 do Código Penal alemão, interpretava restritivamente o termo circunstâncias do ato, de modo a estabelecer uma distinção entre erro de fato e erro de direito e atribuir ao primeiro o efeito de exclusão do dolo. Quanto ao segundo, negava relevância ao erro sobre o significado antijurídico do ato e ao desconhecimento dos elementos do fato de natureza normativa. Este tribunal, a priori, não exigia, para fins de reprovação da conduta culposa, o conhecimento da ilicitude do comportamento doloso perpetrado, ressaltando-se a relevância do erro extrapenal²²¹.

Na Itália, a distinção entre erro de fato e erro de direito baseia-se no texto do art. 47, § 3.º do Código Penal italiano: “O erro sobre uma lei distinta da lei penal exclui a punibilidade quando ocasionou um erro sobre o fato constitutivo do delito²²²”.

Em razão do dispositivo legal acima colacionado, verifica-se que não seria possível uma mera equiparação entre o erro de direito extrapenal e o erro de fato. Com efeito, o desconhecimento da norma não penal apenas teria relevância

²¹⁸ Distinção baseada na consideração de que residem nas normas extrapenais do ordenamento a configuração do suposto de fato do preceito próprio da lei penal. Daí a equiparação entre o erro de fato e o erro de direito extrapenal. Distinção esta, inclusive, que não possui fundamento jurídico.

²¹⁹ CEREZO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español. Parte General**. Montevideu: B de f, 2008, p. 835.

²²⁰ Idem, ibidem, p. 838-839.

²²¹ RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 60.

²²² Tradução livre de: “L'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce reato”.

jurídica se originasse um erro de fato²²³. Caso contrário, restaria mantida a irrelevância do erro de direito em sentido lato.

Ocorre que algumas considerações devem ser tecidas com relação ao suporte conferido à teoria do *error iuris nocet* pela jurisprudência espanhola vigente até os anos sessenta do século próximo passado.

Em primeiro lugar, o mencionado art. 2.º do Código Civil espanhol, em sua primeira redação, não representava óbice à relevância do erro no direito penal, na medida em que apenas estabelecia a obrigatoriedade das leis de um modo geral, sendo compatível com os efeitos jurídicos do erro em determinadas hipóteses, como se dava em direito civil²²⁴.

Por outro lado, mostra-se extramente tênue e difícil a distinção entre erro de direito penal e erro de direito extrapenal nas leis penais em branco, nas quais as condutas proibidas ou ordenadas não são descritas, mas há apenas a cominação da sanção e a remessa à conduta descrita em outra norma oriunda de mesmo ou distinto órgão produtor e, portanto, não necessariamente de natureza penal. Ademais, não existe qualquer justificação teórica para o tratamento diferenciado dos erros de direito penal e de direito extrapenal²²⁵.

Ademais, objeta-se ao referido princípio a existência de exceções à inescusabilidade, desde que cumpridas certas exigências, a cidadãos estrangeiros²²⁶.

Deve-se aduzir que o princípio ora analisado importa em desmedido formalismo, na medida em que não leva em consideração a mais básica realidade psicológica, bem como se verifica nítida contradição entre aquele princípio e a imperatividade natural da norma.

De fato, diante das dificuldades da teoria do *error iuris nocet*, a doutrina buscou, por longo período, a aplicação ao erro de proibição do princípio da culpabilidade, prática esta que se distanciou do entendimento do Tribunal Supremo

²²³ RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, 28.

²²⁴ CEREZO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español**. Parte General. Montevideo: B de f, 2008, p. 839.

²²⁵ Idem, ibidem, p. 839.

²²⁶ Com relação aos estrangeiros, admite-se a eficácia escusante do erro ou da ignorância desde que o ato praticado não seja objeto de reprovação moral nem constitua delito em sua pátria de origem. CARRARA. *Programma del Corso di Diritto criminale*, Lucca, 1877. In: RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 22.

alemão. Passou-se a considerar preponderante a questão da distinção entre as espécies de erro com base em seu objeto e não mais em sua causa (erro de fato ou erro de direito).

Como adverte Córdoba Roda, mais uma vez invocando o Código Penal italiano, desta vez o art. 47, § 2.º (o erro sobre o fato que constitui um determinado delito não exclui a punibilidade por um delito diverso)²²⁷, é falso atribuir à questão da relevância do erro a sua classificação como de fato ou de direito. Em realidade, a relevância reside no fato de que o elemento psíquico do delito ou da causa de agravação mostra-se incompleto²²⁸.

De fato, passou-se a entender que o critério distintivo entre as espécies de erro deixou de se localizar na causa do objeto de desconhecimento, pois a relevância da análise reside, de fato, na verificação da existência do elemento intelectual indispensável.

Aliás, mostra-se importante assinalar o defeito em que incide a expressão erro de fato, uma vez que tal espécie de erro deve se referir ao ato típico, integrado também por elementos normativos, e a expressão fato pode levar ao equívoco de excluir desta espécie de erro o desconhecimento sobre elementos de natureza normativa.

O Supremo Tribunal alemão, instado a manifestar-se sobre os elementos de fato e as circunstâncias do ato, adotou a distinção entre erro de fato e erro de direito, equiparando ao primeiro o erro de direito extrapenal. Malgrado tratar-se de uma distinção sem fundamento lógico, conforme já exposto, a solução da Corte alemã não trouxe consequências nefastas, pois o *Reichsgericht* atribuiu o desconhecimento a uma ou outra espécie de erro de acordo com a importância verificada no caso concreto²²⁹.

Com efeito, a distinção entre o erro de direito e o erro de fato não é viável nem mesmo implica em uma diferença essencial. De início, segundo os partidários da filosofia dos valores, não é possível diferenciar entre erro de direito e erro de fato, na medida em que o ordenamento jurídico refere-se a dados fáticos, conferindo-lhes significação jurídica. Mesmo os elementos fáticos do tipo jurídico

²²⁷ Tradução livre de: "L'errore sul fatto che costituisce un determinato reato non esclude la punibilità per un reato diverso".

²²⁸ RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 30.

²²⁹ RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 31.

não estão isentos de uma valoração jurídica, pois sempre será distinto um objeto em direito penal e na física²³⁰.

Por outro lado, a mencionada distinção mostra-se artificial, na medida em que entre as classe de erro apresentadas inexiste qualquer diferença essencial. A ignorância do porte da droga pode referir-se ao desconhecimento da qualidade do entorpecente em si ou da proibição da sua posse²³¹.

Entretanto, a superação da teoria vigente se deu pela teoria do dolo, a qual também carrega as dificuldades de conceber o elemento psíquico como parte da culpabilidade e não o localiza na ação e no tipo, como objeto do injusto²³².

3.4 Teorias do erro

3.4.1 Teorias do dolo

A definição acerca da natureza do erro depende, primeiramente, da adoção, por parte do operador do direito, das teorias do dolo ou da culpabilidade, com as suas pertinentes subdivisões.

As teorias do dolo nele localizam a consciência da antijuridicidade. De acordo com estas teorias, a consciência da ilicitude é um elemento do dolo, o qual, para grande parte dos seus seguidores, é uma forma de culpabilidade, não um elemento de natureza subjetiva do injusto dos tipos dolosos²³³.

Resultam as teorias do dolo da separação do conhecimento da antijuridicidade do âmbito das valorações (da potencialidade) e de sua inclusão na seara dos processos psicológicos (atualidade). Daí sua localização na estrutura do dolo²³⁴.

²³⁰ Idem, ibidem, p. 32.

²³¹ Idem, ibidem, p. 33.

²³² WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 125.

²³³ CEREZO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español**. Parte General. Montevideo: B de f, 2008, p. 839.

²³⁴ RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 106.

Desta feita, um erro que incide sobre a ilicitude da conduta perpetrada importaria, por consequência, na exclusão do dolo. Em caso de erro vencível ou evitável, poder-se-ia gerar uma responsabilidade imprudente; por outro lado, se o erro fosse invencível ou inevitável, restariam excluídas ambas a culpabilidade e a pena²³⁵.

Segundo Welzel,

para a teoria do dolo, este é um elemento da culpabilidade que compreende – aqui se distancia da doutrina do Reichsgericht – não apenas a consciência dos elementos do tipo, como também a da antijuridicidade. A consciência da antijuridicidade pertence, por conseguinte, ao dolo; se o autor não a possui, seu dolo fica excluído, ainda que atue com pleno conhecimento do tipo. O erro sobre a antijuridicidade exclui o dolo, do mesmo modo que o erro de tipo²³⁶.

Na Espanha, a teoria do dolo foi adotada pelo Tribunal Supremo desde a sentença de 19 de dezembro de 1962, até a LO 8/1983, de 25 de junho, que reformou o Código Penal espanhol e trouxe expressa regulação para o erro sobre a a ilicitude no parágrafo 3.º do art. 6.º bis.a). De acordo com este preceito, a crença errônea e invencível de estar agindo lícitamente excluiria a responsabilidade criminal. Se o erro fosse vencível, seria observado o disposto no art. 66, que regulamentava a atenuação da pena em caso da ocorrência de uma causa de justificação incompleta²³⁷.

A teoria extremada do dolo exige o conhecimento atual da antijuridicidade. Neste contexto, qualquer que seja a espécie do erro – de tipo ou de proibição – há a exclusão do dolo.

Baseia-se esta teoria na dogmática de Binding, para quem o dolo é composto pela consciente e querida oposição à norma. Por outro lado, a imprudência seria a vontade inconscientemente antijurídica, ou seja, aquela dirigida à produção de um resultado delitivo, ignorando o agente sua contrariedade ao ordenamento jurídico em razão de um erro de fato ou de direito²³⁸.

²³⁵ CERESO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español**. Parte General. Montevideo: B de f, 2008, p. 839.

²³⁶ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 126.

²³⁷ CERESO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español**. Parte General. Montevideo: B de f, 2008, p. 840.

²³⁸ RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 106.

A teoria limitada da dolo possui contornos análogos, à exceção de que dispensa o conhecimento atual da antijuridicidade, satisfazendo-se com a potencial consciência.

Segundo Juarez Cirino dos Santos,

a teoria do dolo considera o *conhecimento do injusto* elemento do *dolo*, constituído pela consciência (e vontade) do *fato* e pela consciência (e vontade) do *desvalor do fato*, com as seguintes consequências: a) consciência e vontade do *fato* e do *desvalor do fato* configura o chamado ***dolus malus***, que fundamenta a definição de crime doloso como *rebeldia contra o direito*; b) o erro sobre o *fato* ou o *desvalor do fato* exclui o *dolo* – não existe a relação dicotômica (a) *erro de fato/erro de direito* e (b) *erro de tipo/erro de proibição*²³⁹

Nesta toada, o erro de proibição equipara-se ao de tipo, com idênticas consequências. Se o erro era inescusável e a lei incriminasse a conduta imprudente, o comportamento seria punido. Entretanto, não haveria punição se o erro fosse escusável ou quando faltasse o correspondente tipo de incriminação da conduta culposa²⁴⁰.

As teorias do dolo têm por substrato teórico o princípio do conhecimento, de acordo com o qual a responsabilidade só pode ser dirigida ao agente, no que tange ao caráter ilícito de sua conduta, se aquele conhecia a ilicitude do seu agir. Somente quando há previsão expressa do delito culposos, o que se dá em hipóteses excepcionais, a teoria do dolo permitiria que o autor respondesse pelo delito imprudente em razão do desconhecimento culpável da ilicitude²⁴¹.

Uma transmutação desta natureza da realização dolosa do tipo, em razão da falta reprovável de cognoscibilidade da ilicitude, em prática imprudente, é errônea, bem como enseja crises de punibilidade, especialmente nas hipóteses de erros de subsunção²⁴² que não sejam simultaneamente erros de proibição e na crença equivocada e culpável de verificação de uma causa de exclusão de antijuridicidade²⁴³.

²³⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 297.

²⁴⁰ RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 106.

²⁴¹ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 129.

²⁴² Segundo Welzel, “o erro de subsunção é o erro sobre a lei penal, concorrendo o dolo, isto é, com pleno conhecimento do conteúdo objetivo de todas as circunstâncias do tipo de uma lei penal. Idem, ibidem, p. 148.

²⁴³ Idem, ibidem, p. 129.

Ressalte-se ainda a existência de distinções bem marcadas entre o erro de proibição vencível e a prática culposa da conduta. Nesta, o conteúdo da vontade do agente, porquanto não dirigida de regra a fim ilícito, é indiferente em termos de punição, a qual é legitimada pela escolha defeituosa dos meios de atuação ou pela utilização errônea dos meios eleitos²⁴⁴.

Por outro lado, a culpabilidade decorrente do erro de proibição vencível diz respeito, pelo revés, ao conteúdo da resolução volitiva, a qual é direcionada a um fim ilícito e é reprovabilidade de uma deliberação de vontade culpavelmente antijurídica. Isto porque, em tese, a opção do legislador pela eleição de condutas tidas por danosas à sociedade parte de uma valoração ético-social que, em tese, pode ser realizada por qualquer cidadão no momento de seu agir²⁴⁵.

A principal crítica direcionada às teorias do dolo reside nos inconvenientes de natureza político-criminal, notadamente em códigos penais, tais como o novo espanhol²⁴⁶, nos quais se verifica o princípio da excepcionalidade dos crimes culposos, na medida em que conduz a graves crises de punibilidade²⁴⁷.

Frente a esta ponderação crítica, Schröder defendeu a criação, na parte especial do Código Penal alemão, de um tipo com figura delitiva de culpa jurídica, de natureza auxiliar, que serviria à sanção do erro evitável sobre a ilicitude de uma conduta em hipóteses em que inexistissem as figuras culposas no tipos específicos²⁴⁸.

Desta feita, nas hipóteses de não conhecimento culposo da proibição, desde que não houvesse sanção para a conduta imprudente, exsurgiria a punição pela mencionada culpa jurídica, até o limite de dois anos de prisão. Essa espécie culposa autônoma, conectada aos distintos crimes, reprimiria de forma homogênea a ausência de informação jurídica do autor. Entretanto, tal figura auxiliar padece da ausência de conexão com um fato concreto, bem como desconsidera as modalidades mais gravosas do erro de proibição. Ademais, resta afastada a culpabilidade da ética de responsabilidade, a qual não se resume à questão da

²⁴⁴ Idem, ibidem, p. 131.

²⁴⁵ Idem, ibidem, p. 131.

²⁴⁶ E também o brasileiro.

²⁴⁷ CEREZO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español**. Parte General. Montevideu: B de f, 2008, p. 840.

²⁴⁸ CEREZO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español**. Parte General. Montevideu: B de f, 2008, p. 841.

ausência de informação jurídica, mas pressupõe e é medida pela efetiva possibilidade de o autor conhecer o injusto da conduta²⁴⁹.

Em sentido análogo a Schröder e também no intento de salvar das incompatibilidades político-criminais a teoria do dolo no âmbito do direito penal espanhol, Angel Toriό advogou a introdução no artigo 565 do antigo Código Penal da Espanha de um parágrafo que dispusesse como modalidade extra de imprudência o erro vencível sobre a ilicitude da conduta, cominando-lhe pena inferior àquela prevista ao específico crime doloso²⁵⁰.

Assim, ao contrário de Schröder, e evitando uma das críticas à doutrina por ele desenvolvida, não foi engendrada uma figura auxiliar de culpa jurídica, mas uma verdadeira série de *crimina culposa*. Esta solução, entretanto, reserva o inconveniente de punir o erro de proibição vencível em todas as hipóteses, o que representa uma contraposição à tendência mais moderna de despenalização das condutas culposas e ao princípio da excepcionalidade do crime imprudente e de sua sanção²⁵¹.

Mezger, por outro lado, desenvolveu a teoria da “cegueira jurídica” ou “inimizade contra o Direito”, a qual importou em restrição à teoria do dolo. Para o doutrinador alemão, sendo a consciência da antijuridicidade um elemento do dolo, o erro sobre a ilicitude o exclui, a não ser nas hipóteses de erro crasso, a revelar ser o agente detentor de cegueira jurídica ou inimizade contra o direito, incompatível com um sã sentimento popular do que se considera lícito ou ilícito²⁵².

Ocorre que tal tentativa de adaptação da teoria do dolo às exigências impostas pela doutrina foi seriamente criticada por Welzel em razão de sua adoção conduzir a grande insegurança jurídica²⁵³.

De fato, a inserção do puro sentimento popular no âmago da doutrina da culpabilidade traz à tona um conceito indeterminado utilizado para justificação da pena, além do que é absolutamente imprecisa e incompatível com o Estado Democrático de Direito. Ao criar uma verdadeira presunção absoluta de evitabilidade

²⁴⁹ Idem, ibidem, p. 841-842.

²⁵⁰ Idem, ibidem, p. 841.

²⁵¹ CEREZO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español**. Parte General. Montevidéo: B de f, 2008, p. 842-843.

²⁵² MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. T. II. Madri: Revista de Derecho Privado, 1935, T. II, p. 139 e ss.

²⁵³ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 106.

do erro, a doutrina afronta o princípio da culpabilidade e destrói possível escusa do agente. Tal exegese pode trazer resultados absolutamente injustos, especialmente relacionados a estrangeiros²⁵⁴.

A ficção de uma concepção popular sã importaria em adjetivar de radical o Direito, na medida em que estaria este, de forma inegavelmente autoritária, definindo uma concepção de mundo e de vida válida, de forma a reprovar qualquer desvio ou discordância, inclusive o erro sobre a referida concepção²⁵⁵.

Nos dias atuais, embora rechaçada pela grande maioria da doutrina, vem sendo desenvolvida, especialmente na Península Ibérica, a teoria modificada do dolo, segundo a qual o sujeito que age em erro de proibição vencível deverá responder pela prática dolosa prevista, embora com a pena mitigada. Trata-se de tratamento distinto da teoria limitada do dolo que previa, em hipótese idêntica, punição pela forma culposa, ou, quando não prevista especificamente, pela forma dolosa com base a ficção da “cegueira jurídica” de Mezger²⁵⁶.

Também do ponto de vista dogmático a teoria do dolo não se sustenta. A conduta de aversão ao direito, conquanto não seja por natureza dolosa, deve ser sentenciada e punida como tal. Tal comportamento, verdadeira ficção jurídica, ofende o princípio da *nulla poena sine lege*, pois, na ausência de previsão legal autorizadora, não pode o juiz punir a título de dolo uma conduta não dolosa²⁵⁷.

Segundo Welzel, mostra-se impossível que a teoria do dolo comprove sua tese. Isto porque aquele elemento anímico exige consciência real ou atual dos elementos constantes do tipo penal no momento da prática da conduta. Ocorre que apenas em hipóteses excepcionais detém o agente percepção ou representação de tal natureza sobre a ilicitude, sendo esta absolutamente ausente nos crimes instantâneos e no passionais. Embora o autor saiba da antijuridicidade de sua conduta, não basta, para a teoria do dolo, pelo menos para a teoria extremada do dolo, um saber meramente atualizável, mas é exigida uma consciência presente, atual, real²⁵⁸.

²⁵⁴ Idem, ibidem, p. 127.

²⁵⁵ Idem, ibidem, p. 128.

²⁵⁶ RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade e teoria do erro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 103.

²⁵⁷ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 128.

²⁵⁸ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 126.

E conclui o mencionado finalista ao asseverar que dolo e cognoscibilidade da antijuridicidade exigem, do ponto de vista psicológico, duas espécies diferentes de consciência: enquanto o primeiro demanda representação, ou percepção, atual no instante da conduta, a segunda satisfaz-se com um conhecimento meramente atualizável²⁵⁹.

Em realidade, o cerne das críticas lançadas pelos finalistas às teorias do dolo reside em estas ignorarem que o dolo é, em realidade, objeto do juízo de reprovação da culpabilidade, não parte desta, pois pertence à conduta, ao passo que a consciência da antijuridicidade é componente da culpabilidade. Não é tal consciência algo que se reprove ao autor, mas o fundamento de reprovabilidade do dolo, na medida em que poderia, quando da conduta, atualizá-la e utilizá-la como motivo para agir em consonância com as normas jurídicas²⁶⁰.

Em realidade, a consciência da antijuridicidade da conduta constitui o fundamento do juízo de reprovação da culpabilidade²⁶¹.

E arremata Welzel:

A teoria do dolo ignora que o homem tem a responsabilidade de correção de sua decisão, na medida de sua capacidade de conhecimento ético-social. Por isso deve-se-lhe reprovar sua resolução de vontade antijurídica não apenas quando conhecia sua antijuridicidade, mas também quando podia conhecê-la. (...) A teoria do dolo restringe esse conceito de culpabilidade: a mera crença subjetiva do autor na juridicidade de sua conduta deve liberá-lo de toda culpabilidade (enquanto não seja punida a comissão culposa do delito).

Ademais, no âmbito das teorias do dolo, a construção da “imprudência de direito” é contraditória à própria natureza da culpa, pois importaria no reconhecimento de um furto imprudente²⁶².

Ao contrário do princípio do conhecimento, que informa as teorias do dolo, o princípio da responsabilidade, que embasa as teorias da culpabilidade, importa na culpabilidade do agente pelo cerne de suas deliberações volitivas contrárias ao ordenamento jurídico, sempre que lhe for possível, com base em seu conhecimento ético-social, alcançar a cognoscibilidade da ilicitude²⁶³.

²⁵⁹ Idem, ibidem, p. 126-127.

²⁶⁰ Idem, ibidem, p. 128.

²⁶¹ RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 124.

²⁶² RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 124.

²⁶³ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 133-134.

Em razão das inconsistências de seus argumentos e das severas críticas sofridas, as teorias do dolo foram paulatinamente sendo abandonadas e substituídas pelas teorias da culpabilidade.

3.4.2 Teorias da culpabilidade

As teorias da culpabilidade são suportadas pelos finalistas que, ao conceber o dolo como a vontade de realizar o tipo objetivo, não podem gravar dito elemento com critérios valorativos (potencial conhecimento da antijuridicidade).

Baseiam-se as teorias da culpabilidade no princípio da responsabilidade, o qual entende que existe responsabilidade do sujeito pela ilicitude de suas escolhas na medida de sua capacidade de conhecimento ético-social²⁶⁴.

Segundo Córbova Roda, a teoria da culpabilidade se origina do pensamento de von Hippel, que, ainda em 1908, acolheu o parecer de van Hammel no sentido de que os casos de atuação com erro imprudente sobre a ilicitude a conduta devem se subsumir ao dolo. Distingue o primeiro autor entre o agir dolosamente contra o Direito – a que corresponde a pena legal -; o agir culposamente em contrariedade ao ordenamento jurídico – que importa em imposição de pena diminuída – e a conduta antijurídica não culpável e, por consequência, impune²⁶⁵.

No momento em que foi formulada por Hans Welzel a teoria da culpabilidade, não havia regulamentação específica do erro de proibição no Código Penal alemão. A jurisprudência dominante do Tribunal Supremo alemão aplicava a teoria do *erro iuris nocet* e a doutrina alemã majoritária era partidária da teoria do dolo. Assim, sugeriu Welzel para a regulamentação do erro de proibição a aplicação por analogia do art. 51, § 1.º do Código Penal alemão, que previa a exclusão da responsabilidade criminal daquele que não pudesse compreender o caráter ilícito da conduta ou determinar-se conforme este entendimento em razão de doença ou debilidade mental. Em se tratando de erro de proibição vencível, a analogia se daria

²⁶⁴ Idem, ibidem, p. 129.

²⁶⁵ RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 112.

com o § 2.º do mesmo art. 51 Código Penal alemão que previa uma atenuante facultativa para as hipóteses de imputabilidade diminuída pelos motivos constantes do § 1.^{o266}.

Encontrando-se o conhecimento da antijuridicidade na culpabilidade, o erro escusável de proibição exclui este elemento e o inescusável dá lugar à atenuação da pena em virtude da diminuição da culpabilidade.

Atrelada ao finalismo, a teoria da culpabilidade distingue entre conhecer o fato e conhecer o caráter injusto deste mesmo evento. Vontade e consciência integram o dolo, considerado elemento subjetivo do tipo nos crimes dolosos. A cognoscibilidade da ilicitude integra a culpabilidade e se erige a fundamento da reprovabilidade. A separação entre o conhecimento do fato e da antijuridicidade enseja a distinção entre erro de tipo, excludente do dolo, e erro de proibição, excludente da culpabilidade²⁶⁷.

Welzel propôs a teoria da culpabilidade para superar as inconsistências já apresentadas referentes à teoria do dolo. Partiu da superação entre erro de fato e erro de direito – base teórica da teoria do *error iuris nocet* – e sua substituição pelo erro de tipo e erro de proibição, com a ressalva de que tais distinções não são meramente sinônimas²⁶⁸.

Neste sentido Córdoba Roda:

se pode afirmar que existe hoje uma tendência, já antes assinalada, dirigida a transferir o critério distintivo entre as espécies de erro da causa do desconhecimento (erro de fato e de direito jurídico-penal e extrapenal) à natureza do objeto afetado pela ignorância (erro sobre o fato e sobre a proibição), em harmonia com uma solução mais adequada das questões relativas ao erro sobre o fato derivado de um desconhecimento jurídico-penal e à errônea suposição da ocorrência de uma causa de justificação²⁶⁹.

²⁶⁶ CEREZO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español**. Parte General. Montevideu: B de f, 2008, p. 842-843.

²⁶⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 297.

²⁶⁸ CEREZO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español**. Parte General. Montevideu: B de f, 2008, p. 842.

²⁶⁹ RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 34. Tradução livre de: “Se puede afirmar que existe hoy una tendencia, ya antes señalada, dirigida a trasladar el criterio distintivo entre las especies del error de la causa del desconocimiento (error de hecho y de derecho jurídico penal y extrapenal) a la naturaleza del objeto afectado por la ignorancia (error sobre el hecho y sobre la prohibición), en armonía con una solución más adecuada de las cuestiones relativas al error sobre el derecho derivado de un desconocimiento jurídico-penal y a la errónea suposición de la concurrencia de una causa de justificación”.

De fato, em regra, o erro que recai sobre um elemento da figura típica é erro de fato, mas não se trata de uma adequação perfeita. Haverá erro de direito se incidir sobre elementos normativos que se refiram a conceitos ou normas de distinto setor do ordenamento jurídico, como, a título de exemplo, o caráter alheio da coisa no delito de furto²⁷⁰.

Por outro lado, o erro de proibição costuma ser também de direito, mas será erro de fato na hipótese de incidência sobre os supostos de fato de uma causa de exclusão da antijuridicidade²⁷¹.

Para o finalismo, o cerne da reprovação da culpabilidade é a deliberação volitiva ilícita, atribuível ao sujeito se houvesse cognoscibilidade da ilicitude da conduta e este conhecimento pudesse convencê-lo a agir de maneira conforme ao direito. Ademais, haveria maiores dificuldades para o sujeito quando este não conhecesse efetivamente a ilicitude, mas poderia alcançar dito conhecimento mediante uma exame de consciência, reflexão, consulta etc²⁷².

A teoria da culpabilidade atingiu grande sucesso na doutrina penal alemã e passou a ser admitida pelo *Bundesgerichtshof* a partir da famosa sentença de 18 de março de 1952²⁷³ e conferiu fundamento para a redação do art. 17 da parte geral do novo código penal alemão, o qual versa exatamente sobre a regulamentação do erro de proibição²⁷⁴.

As teorias extremada e limitada da culpabilidade são semelhantes, diferenciando-se, sobretudo, quanto ao tratamento das causas de justificação ou discriminantes putativas.

²⁷⁰ CEREZO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español**. Parte General. Montevideu: B de f, 2008, p. 842.

²⁷¹ Idem, ibidem, p. 842.

²⁷² WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 129.

²⁷³ Segundo Córdoba Roda, o BGH, na conhecida sentença de 18 de março de 1952, definiu com clareza a separação entre o erro de proibição e o erro de tipo. Para aquele tribunal, a equivocada suposição de que não ocorre um elemento do fato – não de fato, já que é utilizada a expressão circunstância do fato, compreensiva dos elementos fáticos e normativos para concorrer no fato circunstâncias de toda classe – dá origem a um erro de tipo. O agente acredita que seu agir está permitido porque não sabe o que faz; sua vontade não está dirigida à realização do tipo. Por outro lado, o erro sobre a antijuridicidade afeta a proibição da conduta. O sujeito sabe o que faz, mas acredita erroneamente que sua ação está permitida. O desconhecimento sobre a antijuridicidade surge quando, apesar de conhecer a realização do tipo, o sujeito erra sobre a proibição da conduta. RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 37.

²⁷⁴ CEREZO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español**. Parte General. Montevideu: B de f, 2008, p. 843.

Neste sentido, Cezar Roberto Bitencourt afirma que, para os defensores da teoria extremada, os erros sobre as causas de exclusão da antijuridicidade são erros de proibição. Por outro lado, para os que defendem a teoria limitada, impõe-se uma distinção nítida. Se o erro incide sobre os pressupostos de fato de uma causa de exclusão da ilicitude, tem-se erro de tipo permissivo; se, por outra banda, incide sobre a existência ou os limites da causa justificante, tem-se erro de proibição²⁷⁵.

Desenvolvida por Welzel e adotada pela maioria dos finalistas, a vertente rigorosa da teoria da culpabilidade impõe as mesmas consequências a todos os tipos de erro de proibição: o inevitável ou invencível ou escusável exclui a reprovação da culpabilidade, ao passo que o evitável, vencível ou inescusável diminui a culpabilidade, na exata medida da evitabilidade do erro²⁷⁶.

Por outro lado, dominante atualmente na doutrina e na jurisprudência, a teoria limitada da culpabilidade impõe distintas consequências ao erro de proibição. No que tange ao erro de proibição direto – atinente à lei penal, sob a ótica de sua existência, validade ou significado, afasta ou diminui a reprovação (culpabilidade). No que concerne ao erro de proibição indireto – erro de permissão – que se refere aos limites jurídicos de uma causa justificadora ou à existência de uma hipótese de justificação não prevista em lei, haverá também o afastamento ou diminuição da reprovação de culpabilidade²⁷⁷.

Por seu turno, o erro de tipo permissivo tem por cerne os pressupostos de fato de uma causa de exclusão de antijuridicidade, de modo que existe uma equivocada representação de uma situação que, se realmente existisse, importaria em justificação do fato típico. Assim, resta excluído o dolo, não somente a culpabilidade, figurando como espécie de erro de tipo, sendo cabível a responsabilidade a título de culpa em caso de previsão expressa neste sentido. Tal distinção de trato se justifica por razões de natureza objetiva. De fato, se o agir do indivíduo é orientado no sentido dos critérios eleitos pelo legislador, os equívocos representativos têm por objeto ora a situação descrita no tipo (erro de tipo), ora a

²⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. Volume 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 337-338.

²⁷⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 297-298.

²⁷⁷ Idem, ibidem, p. 298.

situação que descreve a causa de exclusão de antijuridicidade (erro de tipo permissivo), admitindo-se em ambos os casos a punição a título de culpa²⁷⁸.

Ao revés, se o agir do sujeito não se orienta por parâmetros idênticos ao escolhidos pelo legislador, os erros de representação apenas podem incidir sobre a valoração jurídica geral do fato (*erro de proibição*), com o fim de afastar ou de atenuar a culpabilidade, conforme o caráter invencível ou vencível do erro²⁷⁹.

Segundo Córbova Roda, para a dogmática tradicional, exclui-se o dolo por aplicação analógica do antigo parágrafo 59 do Código Penal alemão²⁸⁰ quando o sujeito crê equivocadamente ocorrerem pressupostos excludentes do injusto e da culpabilidade. Da mesma forma, pronunciou-se o Supremo Tribunal alemão no sentido de que a suposição errônea da ocorrência de um suposto fático de uma causa de justificação origina um erro de fato e a crença de que o comportamento realizado encontra-se amparado por uma causa de justificação importa em um erro de natureza jurídico-penal²⁸¹.

Com relação à problemática do erro sobre uma causa de justificação, a teoria dos elementos negativos ou das características negativas do tipo alcança a mesma conclusão da teoria limitada da culpabilidade. Entretanto, parte de fundamentos distintos, pois considera os elementos do tipo legal como elementos positivos e as hipóteses de justificação como elementos negativos do injusto, de modo que o erro sobre a causa justificante impõe a exclusão do dolo e, por consequência, do tipo e do injusto, restando a possibilidade de punição a título de culpa, na hipótese de evitabilidade do erro²⁸².

²⁷⁸ Com a ressalva de que, no ordenamento jurídico pátrio, adota-se o princípio inserido no art. 18, parágrafo único do Código Penal, *verbis*: Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

²⁷⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 298.

²⁸⁰ § 59. Não são atribuíveis as circunstâncias pertencentes ao tipo ou agravantes da pena, ignoradas pelo sujeito, no momento da comissão da ação punível. Na atual versão do Código Penal alemão, o tratamento do erro sobre as circunstâncias do fato está previsto no § 16, *verbis*: (1) Quem na comissão de um fato não conhece uma circunstância que pertence ao tipo legal, não atua dolosamente. A punibilidade pela comissão culposa permanece intacta. (2) Quem na comissão de um fato suponha circunstâncias erradas, que realizariam el tipo de uma lei mais benigna, só poderá ser castigado por comissão dolosa conforme a lei mais benigna.

²⁸¹ RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 53.

²⁸² RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 299.

A teoria dos elementos negativos do tipo, fartamente criticada pelos finalistas²⁸³, equivoca-se ao conceber as excludentes de ilicitude como elementos negativos do tipo legal, em uma dupla confusão. Primeiramente, é impossível exigir-se que o dolo se estenda não apenas ao elementos integrantes do tipo, mas também à ausência de todas as causas de justificação, pois aqueles e estas possuem conceitos totalmente distintos, haja vista, a título de exemplo, a ausência de legítima defesa no homicídio e o consentimento do ofendido no furto²⁸⁴.

Ademais, dita teoria olvida fundamentais distinções valorativas ao reputar os mesmos efeitos à ocorrência de uma causa de justificação e a falta de um dos elementos integrantes do tipo. As excludentes de ilicitude não são aspectos negativos que afastam a tipicidade, mas causas que, quando ocorrem, autorizam a realização de uma ação típica²⁸⁵.

Destaca ainda Córdoba Roda que a teoria dos elementos negativos do tipo ainda carrega um inconveniente de ordem político-criminal nos sistemas – tal como o brasileiro – que exige a expressa previsão de uma conduta culposa, sob pena de sua irrelevância para o direito penal²⁸⁶.

A antiga versão da parte geral do Código Penal, anterior à reforma empreendida em 1984, adotava o modelo causal de delito e a consequente distinção entre erro de fato - apto a excluir o dolo - e erro de direito, irrelevante do ponto de vista penal, conforme a teoria do *error iuris nocet*. Este critério somente seria abrandado, no que atine ao erro de direito, pela distinção entre erro de direito penal, sempre irrelevante, erro de direito extrapenal, capaz de excluir o elemento anímico dolo. Entretanto, esta sistemática trazia algumas questões dogmáticas insuperáveis. Por primeiro, a dificuldade em se delimitar com certeza a diferença entre o erro de direito penal e o erro de direito extrapenal. Por outro lado, a importância do erro de direito estaria a depender de um fator eventual, qual seja, a localização do conceito dentro ou fora do ramo do direito penal. Finalmente, destaque-se a contradição ínsita

²⁸³ Nesse sentido: DOHNA, Alexander Graf Zu. **La ilicitud como característica general en el contenido de las acciones punibles**. Trad. Faustino Ballvé. Buenos Aires: Librería El Foro, 2000, *passim* e WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.141-143.

²⁸⁴ RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 55.

²⁸⁵ Idem, *ibidem*, p. 55.

²⁸⁶ Idem, *ibidem*, p. 55.

entre a irrelevância do erro de direito penal invencível e o princípio da culpabilidade²⁸⁷.

Segundo Córbova Roda,

tradicionalmente se estabeleceu uma distinção entre o erro de fato e o erro de direito, atribuindo eficácia excusante ao primeiro e considerando irrelevante o segundo. Esta distinção que provem da aplicação do princípio *error iuris nocet* foi formulada pela dogmática por motivos diferentes e deu lugar à construção de diversos sistemas²⁸⁸.

A reforma penal de 1984, em sintonia com a tradição do Código Penal de 1940, adotou a teoria limitada da culpabilidade, consoante se infere da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, *verbis*: “17. [...] Definiu-se a evitabilidade do erro em função da *consciência potencial* da ilicitude (parágrafo único do art. 21), mantendo-se no tocante às discriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a 'teoria limitada da culpabilidade'”.

Sobre a opção do legislador brasileiro, assevera Assis Toledo tratar-se de ruptura com longa tradição romanística, calcada na dicotomia erro de fato-erro de direito, a qual provocou grandes contradições na práxis e na dogmática penal, especialmente após o surgimento da teoria normativa da culpabilidade, no início do século passado, segundo a qual revela-se indispensável à caracterização do delito o agir com consciência da ilicitude do fato²⁸⁹.

Entretanto, não foi a lei nacional a primeira a romper, nesse tocante, com o passado clássico.

Na Alemanha, a reforma penal ocorrida nos fins dos anos sessenta e início dos anos setenta já havia trazido, pela segunda lei de reforma, dispostos nos §§ 16 e 17 do Código Penal alemão, o erro de tipo e o de proibição, com a seguinte redação: “§ 16. *Erro sobre circunstâncias do fato*. 1) Quem ao realizar o fato desconhece uma circunstância pertencente ao tipo legal, não age dolosamente. A punibilidade pela comissão culposa permanece intacta. 2) Quem, ao realizar o fato supõe erroneamente a existência de circunstâncias que teriam concretizado o tipo

²⁸⁷ RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 296.

²⁸⁸ Idem, ibidem, p. 106. Tradução livre de: “tradicionalmente se ha establecido una distinción entre el error de hecho y el error de derecho, atribuyendo eficacia excusante al primero y considerando irrelevante al segundo. Esta distinción que proviene de la aplicación del principio *error iuris nocet* se ha formulado por la dogmática por motivos diferentes y ha dado lugar a la construcción de diversos sistemas”.

²⁸⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 277-278.

penal de uma lei mais benigna, somente pode ser punido por atuação dolosa de acordo com a lei mais benigna. § 17. *Erro de proibição*. Faltando ao agente, ao realizar o fato, a compreensão de praticar o injusto, age ele sem culpabilidade se não podia evitar o seu erro. Fosse possível ao agente evitar o erro, então a pena pode ser reduzida de acordo com o § 49, n. 1²⁹⁰”.

Da mesma forma, o Código Penal português, calcado em projeto da lavra de Eduardo Correia e promulgado em 10 de setembro de 1982, passou também a prever, com certas nuances próprias de tratamento, o erro sobre as circunstâncias do fato e o erro sobre a ilicitude²⁹¹.

Assim, vê-se que o projeto brasileiro ressoa uma tendência já observada em outros países, mas o fez com contornos próprios, sem olvidar a tradição nacional.

O tratamento dado pela teoria limitada da culpabilidade ao erro que concerne aos pressupostos de fato de uma causa de justificação - que considera tratar-se de erro de tipo permissivo – não conta com os aplausos de parte significativa dos doutrinadores, dentre estes Zaffaroni²⁹².

Cerezo Mir também afirma não concordar com a ideia de que a teoria da culpabilidade restringida importe em resultados mais justos para os diversos problemas apresentados. Segundo o autor, não seria correto equiparar o erro que incide sobre as circunstâncias de fato de uma causa de exclusão da antijuridicidade e o erro de tipo, na medida em que no primeiro caso age o sujeito com vontade e consciência dos elementos que fundamentam o injusto específico da conduta, de modo que a ele caberia cientificar-se sobre a ocorrência ou não das circunstâncias que embasam uma causa de justificação²⁹³.

Entretanto, essa foi a orientação legislativa prevalecente após a reforma, justificada doutrinariamente, segundo Assis Toledo, pelos partidários da teoria dos elementos negativos do tipo. Não apenas estes, mas também Jescheck reconhece, em seu *Lehbruch* (1978), que a doutrina majoritária e uma parte da jurisprudência acolhe uma postura intermediária, com resultado idêntico ao da teoria

²⁹⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 277-278.

²⁹¹ Idem, ibidem, p. 278.

²⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, *passim*.

²⁹³ CEREZO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español**. Parte General. Montevideo: B de f, 2008, p. 843.

dos elementos negativos do tipo, mas com diversa fundamentação – teoria limitada da culpabilidade²⁹⁴.

No que concerne ao erro invencível (inevitável) sobre os pressupostos de fato de uma causa de justificação, embora se considere erro de tipo, aplica-se idêntica solução jurídica, uma vez decisiva a analogia de estrutura em relação ao próprio erro de tipo.

A reforma da parte geral do Código Penal manteve a forma de regulamentação já existente no direito pátrio e não se afastou da boa doutrina, de modo que não haveria sentido na mudança de orientação, salvo por mero desejo de mudança ou filiação à tese esposada por determinado doutrinador²⁹⁵.

3.5 Espécies de erro

De início, deve-se fazer uma distinção, ainda que sintética, com base na própria natureza do erro, quais sejam, os erros essenciais e os erros meramente acidentais. No primeiro grupo, estão o erro de tipo incriminador (art. 20, *caput*, do Código Penal brasileiro), o erro de tipo permissivo (art. 20, par. 1.º, do Código Penal brasileiro) e os erros de proibição direto e indireto (art. 21, do Código Penal pátrio). No segundo, o erro determinado por terceiro (art. 20, par. 2.º, do Código Penal brasileiro), o erro quando à pessoa (art. 20, par. 3.º, do Código Penal brasileiro), o erro na execução (art. 73, do Código Penal pátrio), o erro de objeto (art. 74, do Código Penal brasileiro) e o erro de causalidade²⁹⁶.

No interior desta primeira classificação, tem-se o erro inevitável ou invencível ao lado do evitável ou vencível. No primeiro caso, o equívoco não poderia ter sido impedido pelo autor, o que afasta o próprio delito e a responsabilidade do sujeito. No segundo, ao revés, seria possível evitá-lo caso em caso de maior diligência e cautela por parte do sujeito²⁹⁷.

²⁹⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 277-278.

²⁹⁵ Idem, *ibidem*, p. 278.

²⁹⁶ RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade e teoria do erro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 130.

²⁹⁷ RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade e teoria do erro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 131.

Na seara dos erros essenciais, encontram-se o erro de tipo e o erro de proibição²⁹⁸. No primeiro caso, o erro determina a exclusão do dolo; no segundo, se invencível, afasta a culpabilidade.

O erro de tipo incriminador recai sobre um elemento objetivo do tipo legal. Em razão da exclusão do dolo, haverá a punição a título de delito imprudente caso haja expressa previsão a respeito, em razão do princípio vigente no código penal brasileiro da excepcionalidade do crime culposos.

Trata o citado erro do erro de tipo essencial, distinto do acidental, visto que este diz respeito a circunstâncias acessórias do crime, isto é, objetos materiais do delito ou modo de execução da infração, sendo, portanto, mero erro acidental²⁹⁹.

Construído pela teoria limitada da culpabilidade, o erro de tipo permissivo ocorre quando o sujeito se equivoca sobre os pressupostos factuais de uma causa de exclusão da ilicitude e, por consequência, na medida em que a direção da ação é consentânea com a ordem jurídica, exclui-se o elemento psíquico dolo³⁰⁰.

O erro de proibição incide sobre a ilicitude do fato, desde que haja pleno conhecimento da realização típica, isto é, existente o dolo. De fato, “o autor sabe o que faz, mas erroneamente crê que é permitido; não conhece a norma jurídica, ou não a conhece bem (interpreta-a mal) ou supõe equivocadamente que concorra uma causa de justificação. Cada um desses erros exclui a reprovabilidade se for escusável, ou a diminui, de acordo com o § 2.º do art. 51 e o art. 44, se é inescusável³⁰¹”. Referem-se os artigos citados ao Código Penal alemão.

No que tange ao erro de proibição, apartam-se o erro de proibição direto e o erro de proibição indireto.

Como dito, o erro de proibição direto é resultado do desconhecimento da antijuridicidade da conduta perpetrada pelo agente. Também existe a mesma

²⁹⁸ “A expressão 'erro de proibição', que foi introduzida principalmente por Dohna em seu Direito Penal, também pode dar lugar, contudo, a confusões, por exemplo, quando se trate apenas de um erro de proibição, vale dizer, sobre as 'regras gerais da conduta'. Erro de proibição é, ao contrário, a denominação abreviada de erro sobre a antijuridicidade do fato real. Esse erro impede o autor de ver que sua ação típica infringe o ordenamento jurídico”. WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 129.

²⁹⁹ RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade e teoria do erro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 143.

³⁰⁰ Idem, ibidem, p. 162-163.

³⁰¹ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 129.

espécie de erro quando há ignorância a respeito da existência de uma norma proibitiva, tal como se dá na hipótese de estrangeiro que desconhece a proibição do uso da maconha no Brasil³⁰².

Se o erro incide sobre a validade de uma norma penal (erro de vigência), também é espécie de erro de proibição. De fato, o autor da conduta conhece a vedação, mas crê equivocadamente ser ela inválida por contrariar uma norma hierarquicamente superior, qual seja, uma norma constitucional ou um princípio metapositivo³⁰³.

Também o erro de subsunção é tido como erro de proibição direto, quando o sujeito se equivoca sobre a significação da norma em razão da complexidade e da dificuldade de interpretação dos conceitos utilizados no preceito legal proibitivo³⁰⁴.

A segunda espécie de erro de proibição é o erro de permissão ou erro de proibição indireto, incidente sobre os limites de uma causa de exclusão da antijuridicidade ou sobre a existência de uma causa justificante não prevista no ordenamento. Consequentemente, há o afastamento da reprovabilidade ou a diminuição desta, a depender da vencibilidade ou invencibilidade do erro, de acordo com as regras gerais do erro de proibição direto³⁰⁵.

4 A consciência da ilicitude nas decisões do Superior Tribunal de Justiça

Para aquilatar o tratamento da consciência da antijuridicidade no âmbito das decisões judiciais, realizou-se uma pesquisa no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, na data de 29 de abril do ano de 2011.

³⁰² RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade e teoria do erro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 154.

³⁰³ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 145.

³⁰⁴ RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade e teoria do erro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 155.

³⁰⁵ Idem, ibidem, p. 158.

Como já afirmado linhas atrás, a escolha por esta Corte de baseou em dois fatores: inicialmente, por se tratar do Tribunal responsável pela uniformização da legislação infraconstitucional; ademais, do ponto de vista prático, pela facilidade na utilização dos instrumentos de pesquisa jurisprudencial no sítio eletrônico franqueados ao acesso público.

Ademais, foi adotada uma sistematização das decisões a partir dos Ministros Relatores, para, a partir de então, analisar as similitudes e incongruências verificadas.

De início, para fins de consulta, foi adotado o argumento “consciência da antijuridicidade”, o qual não gerou qualquer resultado em termos de acórdãos ou súmulas.

Em seguida, passou-se à pesquisa pela argumento “consciência da ilicitude”, que resultou em quarenta acórdãos, tendo o mais moderno sido publicado no Diário da Justiça em 04 de abril do ano de 2011, e o mais antigo em 27 de maio de 1996, o que perfaz um intervalo de quase quinze anos.

De logo, percebe-se nítida preferência dos Ministros Relatores pela adoção da expressão “consciência da ilicitude”, em detrimento de “consciência da antijuridicidade”.

Tal preferência, ao que parece, não é fruto de mero acaso, mas opção judicial em utilizar o termo adotado pela legislação pátria no art. 21 do Código Penal, *verbis*:

Erro sobre a ilicitude do fato

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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Outro aspecto que merece realce é a quantidade praticamente ínfima de julgados localizados na pesquisa.

De fato, considerando o universo de quarenta acórdãos no período de aproximadamente quinze anos, tem-se que, em média, menos de três vezes ao ano a questão da consciência da ilicitude foi analisada como matéria central no âmbito das decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre que, mesmo nestas poucas decisões, por muitas vezes o julgador se apartou da doutrina majoritária pátria.

De fato, em três recentes decisões, a Ministra Laurita Vaz, ao tratar da consciência da antijuridicidade, localizou-a no âmbito do dolo, conforme se vê nas ementas dos *Habeas Corpus* n.ºs 106084³⁰⁶, 122002³⁰⁷ e 109831³⁰⁸.

Ao localizar a consciência da ilicitude no âmbito do dolo, a Ministra Relatora filia-se, sem maiores justificações teóricas, vale dizer, à teoria do dolo, em

³⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 106084/RJ. Processo n.º 2008/0100422-5. Impetrante(s): Francisco Ramalho Ortigão e outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2.ª Região. Relator(a) Ministra Laurita Vaz. Brasília, 16 de dezembro de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 07 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200801004225&pv=00000000>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

Ementa HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIMES DE PECULATO, QUADRILHA E LAVAGEM DE DINHEIRO. DOSIMETRIA DA PENA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE QUE NÃO SE MOSTRA DESARRAZOADA OU CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE OBRIGATÓRIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA. 1. **A sentença condenatória, ratificada *in totum* pelo acórdão objurgado, embora tenha considerado para valorar culpabilidade do Réu negativamente a potencial consciência da ilicitude, elemento inerente ao dolo, também foi fundamentada na censurabilidade do próprio conduta do Paciente e em outras circunstâncias judiciais comprovadamente desfavoráveis, em especial, as circunstâncias e consequências dos crimes, aptas para justificar a fixação da pena acima do mínimo legal.** (...) (grifos acrescidos).

³⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 122002/SP. Processo n.º 2008/0262753-2. Impetrante: Paulo Sérgio Moreira da Silva. Impetrado: Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator(a) Ministra Laurita Vaz. Brasília, 16 de dezembro de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 14 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200802627532&pv=00000000>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

Ementa HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. POLICIAL CIVIL. CONDENADO POR FALSIFICAR CARTEIRA DE HABILITAÇÃO. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME QUE FORAM VALORADAS NEGATIVAMENTE DE MODO ESCORREITO. PERSONALIDADE DO RÉU E MOTIVOS DO CRIME AFERIDOS COM ELEMENTARES DO PRÓPRIO TIPO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. READEQUAÇÃO DA PENA-BASE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. **Elementos inerentes à própria configuração do delito e a potencial consciência da ilicitude, elemento inerente ao dolo, necessário à caracterização do próprio delito, não pode servir como fundamento para majorar a pena-base.** (...) (grifos acrescidos).

³⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 109831/DF. Processo n.º 2008/0142291-3. Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal. Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Relator(a) Ministra Laurita Vaz. Brasília, 07 de dezembro de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 1.º de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200801422913&pv=00000000>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

Ementa HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO SIMPLES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS E PROCESSOS SEM O TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ELEMENTARES DO TIPO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITO SUBJETIVO. POSSIBILIDADE. 1. **Não pode ser considerado como fundamento apto a elevar a reprimenda acima do patamar mínimo a potencial consciência da ilicitude, elemento inerente ao dolo, necessário à caracterização do próprio delito, não pode servir como fundamento para majorar a pena-base. A culpabilidade descrita no art. 59 do Código Penal refere-se ao grau de censurabilidade da conduta.** (...) (grifos acrescidos).

detrimento da teoria da culpabilidade, albergada pelo ordenamento jurídico vigente.

Ora, conforme foi exposto linhas atrás, o direito penal pátrio, principalmente depois da reforma da parte geral do Código Penal, adotou a teoria limitada da culpabilidade.

Ocorre que, por óbvio, nada impede que o operador do direito se distancie da doutrina majoritária e opte por abraçar tese menos sufragada pelos doutrinadores. Diga-se, aliás, que a própria evolução da doutrina e da jurisprudência depende fundamentalmente de entendimentos contrastantes.

Entretanto, a mera menção ao dolo como elemento conformador da culpabilidade desconsidera os avanços da teoria do delito, especialmente a vertente finalista que trouxe a teoria normativa pura da culpabilidade.

Enquanto se entendeu o dolo como espécie de culpabilidade, ao lado da culpa, encontrava-se a culpabilidade da mente do autor, representada por um vínculo psicológico entre este e a conduta, dificilmente palpável e verificável.

Ademais, criticava-se a opção teórica por albergar sob as mesmas vestes da culpabilidade dois elementos absolutamente distintos, na medida em que o dolo se constitui de previsão e vontade, ao passo que a culpa mostra-se como mero requisito de natureza normativa.

Posteriormente, quando se passou à culpabilidade normativa, isto é, calcada em conceitos jurídicos, alocou-se o dolo onde deveria, isto é, na conduta, visto que esta não prescinde da finalidade, na medida em que o agir humano é sempre informado pela direção aos fins.

Assim, a opção pela teoria do dolo e por suas consequências deveria ter sido explicada e justificada nas decisões acima mencionadas, não apenas por razões de boa técnica, mas, sobretudo, para esclarecer as consequências necessárias, do ponto de vista prático – fala-se aqui da inconsciência da antijuridicidade – da opção dogmática ventilada.

No voto proferido do *Habeas Corpus* 106084, a Ministra Relatora não justificou sua opção pela teoria do dolo, nem esclareceu se adotava a teoria extremada ou limitada, restringindo-se a aduzir que:

embora tenha considerado para valorar a culpabilidade do Réu negativamente a potencial consciência da ilicitude, elemento inerente ao dolo, também foi fundamentada na censurabilidade do próprio conduta do Paciente.

Por outro lado, no voto do *Habeas Corpus* 122002, a mesma Ministra relatora em nenhum momento trata da questão da consciência da antijuridicidade, de modo a não justificar sua opção, explícita na ementa, pela teoria do dolo.

Em que pese haver asseverado, no mesmo voto, que “a culpabilidade descrita no art. 59 do Código Penal refere-se ao grau de censurabilidade da conduta”, não se encontram maiores explanações acerca do conteúdo da culpabilidade como elemento do crime, princípio do direito penal ou circunstância judicial³⁰⁹.

No voto do *Habeas Corpus* 109831, a relatora assim asseverou:

No caso verifica-se, da simples leitura da sentença condenatória, que não houve a devida fundamentação no que diz respeito à majoração da pena em razão da culpabilidade, dos maus antecedentes e das consequências do crime.

Quanto à culpabilidade, verifica-se que o MM. Juiz a quo utilizou-se de elemento inerente ao dolo, necessário à caracterização do próprio delito, para justificar a majoração da pena, o que se mostra inadmissível, uma vez que, no caso das circunstâncias descritas no art. 59 do CP, a culpabilidade refere-se à censurabilidade do próprio ato.

Mais uma vez, tem-se que não há no voto examinado qualquer menção às razões pelas quais foi adotada, no que tange à consciência da antijuridicidade, a teoria do dolo, em detrimento da teoria da culpabilidade.

Ademais, a Ministra Laurita Vaz retoma o tema da consciência da antijuridicidade no julgamento dos *Habeas Corpus* n.ºs 110816³¹⁰, 181739³¹¹ e

³⁰⁹ Fixação da pena

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

³¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 110816/SP. Processo n.º 2008/0153758-7. Impetrante: Danilo Miyazaki – Defensor Público. Impetrado: Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator(a) Ministra Laurita Vaz. Brasília, 18 de novembro de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 06 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200801537587&pv=000000000000>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

Ementa HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL NA FORMA QUALIFICADA. ALEGAÇÃO DE CONDUTA SOCIALMENTE ACEITA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO.

159474³¹², todos referentes a crimes de violação de direito autoral na forma qualificada.

Nestes julgamentos, decidiu a Ministra que

o tão-só fato de estar disseminado o comércio de mercadorias falsificadas ou "pirateadas" não torna a conduta socialmente aceitável, uma vez que fornecedores e consumidores têm consciência da ilicitude da atividade, a qual tem sido reiteradamente combatida pelos órgãos governamentais, inclusive com campanhas de esclarecimento veiculadas nos meios de comunicação.

De fato, no âmbito do direito penal, o desuso ou a tolerância das autoridades de repressão penal não importam em revogação da norma proibitiva, muito embora a adequação social da conduta, desde que efetivamente comprovada, afaste a tipicidade material³¹³.

REINCIDÊNCIA COMPROVADA. REVISÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (...) 2. **O tão-só fato de estar disseminado o comércio de mercadorias falsificadas ou "pirateadas" não torna a conduta socialmente aceitável, uma vez que fornecedores e consumidores têm consciência da ilicitude da atividade, a qual tem sido reiteradamente combatida pelos órgãos governamentais, inclusive com campanhas de esclarecimento veiculadas nos meios de comunicação.** (...) (grifos acrescidos).

³¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 181739/MG. Processo n.º 2010/0146445-5. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator(a) Ministra Laurita Vaz. Brasília, 09 de novembro de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201001464455&pv=000000000000>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

Ementa HABEAS CORPUS. PENAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTRAL (ART. 184, § 2º, DO CÓDIGO PENAL). VENDA DE MÍDIAS GRAVADAS "PIRATEADAS". ADEQUAÇÃO SOCIAL DA CONDOTA. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. INVIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. 1. **O tão-só fato de estar disseminado o comércio de mercadorias falsificadas ou "pirateadas" não torna a conduta socialmente aceitável, uma vez que fornecedores e consumidores têm consciência da ilicitude da atividade, a qual tem sido reiteradamente combatida pelos órgãos governamentais, inclusive com campanhas de esclarecimento veiculadas nos meios de comunicação.** (...) (grifos acrescidos).

³¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 159474/TO. Processo n.º 2010/0005981-4. Impetrante: José Carlos Mussolini - Defensor Público. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Relator(a) Ministra Laurita Vaz. Brasília, 09 de novembro de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 06 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201000059814&pv=000000000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa HABEAS CORPUS. PENAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTRAL (ART. 184, § 2º, DO CÓDIGO PENAL). VENDA DE CD'S E DVD'S PIRATEADOS. ADEQUAÇÃO SOCIAL DA CONDOTA. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. INVIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. 1. **O tão-só fato de estar disseminado o comércio de mercadorias falsificadas ou "pirateadas" não torna a conduta socialmente aceitável, uma vez que fornecedores e consumidores têm consciência da ilicitude da atividade, a qual tem sido reiteradamente combatida pelos órgãos governamentais, inclusive com campanhas de esclarecimento veiculadas nos meios de comunicação.** (...) (grifos acrescidos).

³¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 820406/RS. Processo n.º 2006/0034045-5. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Vanderlei Pires Martins. Relator(a) Ministro Arnaldo Esteves Lima. Relator(a) p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 05 de março de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 20 de abril de 2009. Disponível em:

Ocorre que, no trecho acima transcrito, não houve qualquer menção acerca da natureza da consciência da ilicitude exigida pela julgadora: atual ou potencial.

Não se trata de mera questão teórica, mas repleta de significado e consequências. A se exigir a consciência atual da ilicitude, necessário perquirir se, na fase intelectual da conduta, o autor valorou seu agir como contrário ao ordenamento jurídico.

Se entendida como válida for a consciência potencial ou conhecimento meramente atualizável, não se faz necessária sua existência efetiva, mas exigível do agente que a tenha quando comparado à pessoa ordinária de mesmas qualidades sociais, culturais e econômicas.

No que tange à temática do erro de proibição, a Ministra Laurita Vaz tratou do tema no Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 886083³¹⁴. Bem

<<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200600340455&pv=00000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa RECURSO ESPECIAL. PENAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. TIPICIDADE. EVENTUAL LENIÊNCIA SOCIAL OU MESMO DAS AUTORIDADES PÚBLICAS E POLICIAIS NÃO DESCRIMINALIZA A CONDUTA DELITUOSA LEGALMENTE PREVISTA. PARECER DO MPF PELO PROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO PROVIDO PARA, RECONHECENDO COMO TÍPICA A CONDUTA PRATICADA PELOS RECORRIDOS, DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS AO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU PARA QUE ANALISE A ACUSAÇÃO, COMO ENTENDER DE DIREITO. 1. O art. 229 do CPB tipifica a conduta do recorrido, ora submetida a julgamento, como sendo penalmente ilícita e a **eventual leniência social ou mesmo das autoridades públicas e policiais não descriminaliza a conduta delituosa**. 2. **A Lei Penal só perde sua força sancionadora pelo advento de outra Lei Penal que a revogue; a indiferença social não é excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade, razão pela qual não pode ela elidir a disposição legal.** (...) (grifos acrescidos).

³¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n.º 886083/PR. Processo n.º 2006/0145808-1. Recorrente: Alcides Ribeiro dos Santos. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator(a) Ministra Laurita Vaz. Brasília, 22 de junho de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 02 de agosto de 2010. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200601458081&pv=01000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. GESTÃO TEMERÁRIA: ART. 4.º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N.º 7.492/86. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. FALTA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS JULGADOS RECORRIDO E PARADIGMA. APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 21 DO CP: ERRO SOBRE A ILICITUDE DO FATO. VERBETE SUMULAR N.º 7 DO STJ. FALTA DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N.ºS 282 E 356 DO STF. ALEGADA OFENSA AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. OBSCURIDADE NÃO CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 4. **Concluído pelas instâncias ordinárias que o réu tinha consciência da ilicitude da sua conduta, não é possível acolher o pedido de absolvição, com fundamento na regra do erro sobre a ilicitude do fato, previsto no art. 21 do Código Penal, tendo em vista o óbice contido na Súmula n.º 7 deste Superior Tribunal de Justiça.** (...) (grifos acrescidos).

pontuou a julgadora ao tratar da inconsciência da ilicitude, a qual importa em erro de proibição.

No caso decidido, no entanto, considerando que as instâncias ordinárias verificaram que o réu agiu ciente da antijuridicidade da sua conduta, não há que se falar em erro de proibição.

Assim, maiores considerações acerca das circunstâncias fáticas que ensejaram a decisão e suas repercussões restaram objetadas pela aplicação da Súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial³¹⁵”.

Em outra ocasião, qual seja, no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 104686, a mesma ministra ponderou acerca da conformação da culpabilidade³¹⁶, ao asseverar que a graduação do dolo ou da culpa constitui fator idôneo a ser sopesado no exame da culpabilidade do agente.

Em realidade, com a adoção da teoria finalista da ação, dolo e culpa foram concebidos como inseridos na conduta e, portanto, na tipicidade. Ao tratar de dolo e culpa relativos à culpabilidade, adota-se a teoria psicológica ou a psicológico-normativa da culpabilidade, sendo a primeira típica do positivismo, a qual tinha a culpabilidade como vínculo psicológico entre o autor e o fato por ele praticado.

A Ministra Laurita Vaz adota mais uma vez tese antagônica ao entendimento finalista no julgamento dos *Habeas Corpus* n.ºs 59836³¹⁷ e 65402³¹⁸.

³¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. **Diário da Justiça**, 03 jul. 1990, p. 06.478.

³¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 104686/MG. Processo n.º 2008/0085307-6. Impetrante: Ricardo Machado. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator(a) Ministra Laurita Vaz. Brasília, 26 de maio de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 15 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200800853076&pv=000000000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa HABEAS CORPUS. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE DO AGENTE. SIMPLES MENÇÃO À POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE. MOTIVO DO CRIME. LUCRO FÁCIL. CONSIDERAÇÕES INDEVIDAS PARA EXASPERAR A PENA-BASE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR UMA RESTRITIVA DE DIREITO. ART. 44, § 2º (PRIMEIRA PARTE), DO CÓDIGO PENAL. (...) 2. **Conquanto a graduação do dolo ou culpa constitua fator idôneo a ser sopesado no exame da culpabilidade do agente, o juiz não se vê livre da tarefa de indicar elementos concretamente aferíveis a dar suporte à sua consideração, o que não ocorreu na espécie, onde se limitou a ressaltar, de forma genérica, ser o réu possuidor de potencial consciência da ilicitude.** (...). grifos acrescidos

³¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 59836/MS. Processo n.º 2006/0113316-4. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Impetrado: Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator(a) Ministra Laurita Vaz. Brasília, 28 de novembro de 2007. **Diário da Justiça Eletrônico**, 17 de dezembro de 2007. Disponível em:

Na ementa destes julgados, a relatora considerou que a consciência da ilicitude restringe-se a pressuposto de pena, sem qualquer relação com a culpabilidade.

Ora, é sabido que, por primeiro, a culpabilidade integra o conceito analítico de crime, bem como é constituída pelos seguintes elementos: imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Assim sendo, pelo menos dentro de uma ótica finalista, a menção à consciência da ilicitude como pressuposto da pena, sem qualquer relação com a culpabilidade, mostra-se absolutamente descabida.

Por fim, ao tratar de questões relativas à falta de consciência da ilicitude em razão da inimputabilidade, relatou a Ministra Laurita Vaz o Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n.º 1127523³¹⁹.

<<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200601133164&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO DOBRO DO MÍNIMO LEGAL. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. DESPROPORCIONALIDADE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DIREITO À PROGRESSÃO DE REGIME. (...) 2. **A consciência da ilicitude de sua conduta é pressuposto para a aplicação da pena, que não afeta a culpabilidade do agente.** (...) (grifos acrescidos).

³¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 65402/MS. Processo n.º 2006/0188807-7. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Impetrado: Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator(a) Ministra Laurita Vaz. Brasília, 28 de novembro de 2006. **Diário da Justiça**, 18 de dezembro de 2007, p. 451. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200601888077&pv=000000000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. ELEMENTARES DO TIPO. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS E PROCESSOS SEM O TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE. ART. 18, INCISO III, DA LEI N.º 6.368/76. ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. MAJORANTE NÃO PREVISTA PELA LEI N.º 11.343/06. ABOLITIO CRIMINIS. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO. (...) 2. **A consciência da ilicitude de sua conduta é pressuposto para a aplicação da pena, que não afeta a culpabilidade do agente.** (...) (grifos acrescidos).

³¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no Ag n.º 1127523/SP. Processo n.º 2008/0281187-9. Agravante: Adriano Ramos Siqueira. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator(a) Ministra Laurita Vaz. Brasília, 1.º de dezembro de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 15 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200802811879&pv=000000000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL. PECULATO. AGENTE POLICIAL. PERMUTA DE ARMA DE FOGO POR DROGA. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR INIMPUTABILIDADE. ART. 45 DA LEI N.º 11.343/06. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não se aplica o disposto no art. 45 da Lei n.º 11.343/06, segundo o qual "É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento", se o Tribunal a quo, soberano na análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, concluiu que o Réu, no momento do crime, tinha plena consciência da

Neste julgado específico, não são suscitadas maiores controvérsias, uma vez que, diante do impedimento de revolver questões fáticas, acolheu a julgadora as razões do Tribunal *a quo* para reconhecer haver o agente atuado com consciência da ilicitude e, portanto, com culpabilidade.

Desta feita, entendeu inaplicável, no caso concreto, o art. 45 da lei n.º 11.343/2006, que trata de hipótese de inimizabilidade, calcada esta em três critérios: causa biológica, consequência psicológica e elemento temporal³²⁰.

Por sua vez, o Ministro Gilson Dipp tratou da consciência da ilicitude no julgamento dos *Habeas Corpus* n.ºs 155253³²¹, 75523³²², 63759³²³.

ilicitude do ato. 2. Agravo regimental desprovido.

³²⁰ Por todos, conferir MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas**. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Comentada artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 211.

³²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 155253/RS. Processo n.º 2009/0234172-2. Impetrantes: Fernanda Trajano de Cristo e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a) Ministro Gilson Dipp. Brasília, 21 de setembro de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 04 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200902341722&pv=000000000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa CRIMINAL. HC. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. REFERÊNCIAS GENÉRICAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. AÇÕES PENAIAS EM ANDAMENTO CONSIDERADAS A TÍTULO DE MÁ CONDUTA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE. USO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO. PRESCINDIBILIDADE. OUTROS MEIOS DE PROVA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. I. **Aspectos consignados pelo Julgador monocrático que não evidenciam a maior culpabilidade do réu, suficiente para a majoração da pena-base acima do mínimo previsto em lei, eis que a consciência da ilicitude da conduta é própria do tipo penal, qual seja, roubo qualificado.** (...) (grifos acrescidos).

³²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 75523/MS. Processo n.º 2007/0015215-7. Impetrante: Henoch Cabrita de Santana. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator(a) Ministro Gilson Dipp. Brasília, 22 de maio de 2007. **Diário da Justiça**, 29 de junho de 2007, p. 683. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700152157&pv=000000000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa CRIMINAL. HC. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME NEGATIVAMENTE VALORADAS SEM A DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. PENA AUMENTADA EM RAZÃO DO EMPREGO DE ARMA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. (...) II. **Aspectos consignados pelo Julgador monocrático que não evidenciam a maior culpabilidade do réu, suficiente para a majoração da pena-base acima do mínimo previsto em lei, eis que a consciência da ilicitude da conduta é própria do tipo penal, qual seja, roubo qualificado.** (...) (grifos acrescidos).

³²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 63759/RS. Processo n.º 2006/0166109-6. Impetrantes: Fernanda Trajano de Cristo e outros. Impetrado: Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a) Ministro Gilson Dipp. Brasília, 21 de setembro de 2006. **Diário da Justiça**, 23 de outubro de 2010, p. 342. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200601661096&pv=000000000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa CRIMINAL. HC. ESTUPRO. DOSIMETRIA DA PENA. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CULPABILIDADE E PERSONALIDADE DO RÉU. CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE DA CONDUTA E NATUREZA DO CRIME. ASPECTOS

Verifica-se do cotejo das ementas dos dois primeiros julgados citados que o eminente Julgador afirmou ser a consciência da ilicitude própria do tipo penal, o que destoa frontalmente do entendimento doutrinário majoritário.

De fato, o conceito analítico de crime descreve-o como fato típico, antijurídico e culpável, de modo que a consciência da ilicitude – elemento da culpabilidade - não se encontra inserida no tipo, mas no próprio delito.

Não é de boa técnica confundir os conceitos de tipo e delito. Conquanto somente exista crime quando há lei anterior que o defina³²⁴, a tipicidade é apenas um dos elementos do conceito estratificado de crime e, por óbvio, não alberga a consciência da ilicitude, visto que esta de há muito se desgarrou do dolo, que permaneceu, é verdade, no tipo, mas excluído do elemento anímico previsto no *dolus malus* dos romanos.

Em realidade, analisando o conteúdo das duas decisões acima mencionadas, parece-nos que o julgador quis referir que a consciência da ilicitude apresentada pelos réus não destoa, isto é, não é distinta daquela requerida aos agentes praticantes do tipo penal de roubo.

Por outro lado, quando da decisão proferida no HC 63759/RS, ponderou o relator que se subentende que o julgador considera a consciência da ilicitude da conduta quando da verificação da ocorrência do tipos incriminadores, independentemente da pena aplicável, de modo que se mostra indevida e inadequada a majoração da pena-base com espeque na consideração da cognoscibilidade da antijuridicidade.

INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. PECULIARIDADE. CRIME COMETIDO NA SAÍDA DE UM BAILE. DIVERSAS TESTEMUNHAS PRESENCIAIS. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. Hipótese em que se alega deficiência de fundamentação da dosimetria da reprimenda imposta ao paciente, eis que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, com base na valoração negativa das circunstâncias judiciais da culpabilidade e personalidade do réu, bem como das circunstâncias do crime. **Ao decidir pela condenação do paciente em razão da prática dos crimes de estupro, subentende-se que o Julgador já teria considerado a consciência da ilicitude de sua conduta, independentemente da pena que lhe seria aplicada, de modo que se revela inadequada a majoração da pena-base com fundamento em aspecto que integra a própria estrutura do crime.** Igualmente se revela imprópria a fundamentação relativa à natureza dos crimes praticados para fins de valorar negativamente a personalidade do réu, porquanto o legislador já levou em consideração tais aspectos quando da fixação do preceito secundário do tipo penal violado pelo paciente. (...). (grifos acrescidos).

³²⁴ Dispõe a Constituição Federal em seu art. 5.º, inciso XXXIX:

“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Prevê ainda o Código Penal em seu art. 1.º:

“não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

De fato, a análise da consciência potencial da antijuridicidade deve ocorrer quando da análise do julgador acerca da existência do terceiro elemento integrante do conceito de crime: a culpabilidade. Superada esta fase e certificada a ocorrência do delito, passa-se então à verificação da reprimenda cabível, na medida da culpabilidade do agente.

Na sistemática brasileira, a aplicação da pena adota o sistema trifásico, de modo que a primeira das etapas consiste na análise dos requisitos previstos no art. 59 do Código Penal: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima.

Por óbvio, a culpabilidade acima enumerada não pode se confundir com a culpabilidade elemento integrante do conceito analítico de crime, de modo a se verificar a má técnica legislativa, já apontada por Cirino dos Santos:

a culpabilidade constitui circunstância judicial introduzida pela reforma penal de 1984, em substituição ao critério da “intensidade do dolo ou grau de culpa” da lei anterior, mas em posição incômoda: a culpabilidade do autor pela realização do tipo de injusto não é mero elemento informador do juízo de reprovação, mas o próprio juízo de reprovação pela realização do tipo de injusto (o que é reprovado no autor), cujos fundamentos são a imputabilidade, a consciência do injusto e a exigibilidade de comportamento diverso (porque o autor é reprovado). A inclusão da culpabilidade como circunstância judicial de formulação do juízo de reprovação constitui impropriedade metodológica, porque o juízo de culpabilidade, como elemento do conceito de crime, não pode ser, ao mesmo tempo, simples circunstância judicial de informação do juízo de culpabilidade³²⁵.

Por outro lado, muito embora resultado da pesquisa empreendida com o argumento consciência da ilicitude, vê-se da ementa do Recurso em *Habeas Corpus* n.º 12308, de relatoria do Ministro Dipp, em que este trata de prisão cautelar e não de questões atinentes à culpabilidade³²⁶.

³²⁵ Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 517-518.

³²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n.º 12308/ES. Processo n.º 2001/0197235-8. Recorrente: Francisco de Assis Araújo Herkenhoff. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Relator(a) Ministro Gilson Dipp. Brasília, 21 de fevereiro de 2002. **Diário da Justiça**, 08 de abril de 2002, p. 234. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200101972358&pv=000000000000>>. Acesso em: 29 abr. Ementa CRIMINAL. RHC. RECEPÇÃO. QUADRILHA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. DEFICIÊNCIA OU PREJUÍZO A DEFESA NÃO DEMONSTRADOS. INQUÉRITO POLICIAL. DISPENSABILIDADE PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO. TESE DE NEGATIVA DE AUTORIA. IMPROPRIEDADE DO WRIT. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. PEDIDO INDEFERIDO. AUSÊNCIA DE CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DA MEDIDA NÃO-DEMONSTRADA. RECURSO PROVIDO.

O Ministro Napoleão Nunes Maia Filho enfrentou o tema da consciência da ilicitude no julgamento dos *Habeas Corpus* n.ºs 150477/MS³²⁷ e 126328/MG³²⁸. Em ambos, aduziu que a mera menção à potencial consciência da

Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa dos acusados, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art. 43 do CPP – o que não se vislumbra in casu. É imprópria a alegação de inépcia da exordial acusatória, sob o fundamento de que não estaria firmada em procedimento investigatório que indicasse a participação do paciente nos atos delituosos, se demonstrado o elo entre as condutas dos denunciados, inclusive em relação ao paciente, havendo a descrição dos atos praticados por cada um, o que resultou na acusação pela prática dos delitos de receptação e formação de quadrilha. O Órgão Ministerial não é vinculado à existência do procedimento investigatório policial – o qual pode ser eventualmente dispensado para a propositura da ação penal. O habeas corpus constitui-se em meio impróprio para a análise de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório – como a apontada ausência de elementos comprobatórios de que o paciente teria participado dos delitos que lhe foram imputados, se não demonstrada, de pronto, qualquer ilegalidade nos fundamentos da denúncia oferecida pelo Parquet. Exige-se concreta motivação para o indeferimento do pedido de liberdade provisória, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida constritiva, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante, não bastando, para tanto, simples alusão genérica ao fato de o delito ser inafiançável, de que não teria ocorrido excesso de prazo nas investigações, bem como de que o paciente teria consciência da ilicitude do ato praticado. Recurso provido para conceder o benefício da liberdade provisória a JARBAS DE ALMEIDA BONFIM, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo Julgador de 1º grau, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

³²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 150477/MS. Processo n.º 2009/0200816-3. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator(a) Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 15 de março de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, 04 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200902008163&pv=000000000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. RÉU SEMI-IMPUTÁVEL. PENA-BASE: 6 ANOS DE RECLUSÃO. PENA CONSOLIDADA: 4 ANOS, 10 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, SUBSTITUÍDA POR MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO, PELO PRAZO MÍNIMO DE 2 ANOS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE, CONSIDERANDO QUE A MAIORIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS SÃO FAVORÁVEIS. POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE E ALCOOLISMO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE VOLTADA PARA O CRIME QUE IMPÕEM AUMENTO PROPORCIONAL DA PENA-BASE PARA 5 ANOS DE RECLUSÃO, DIMINUÍDA DE 6 MESES PELA CONFISSÃO ESPONTÂNEA, MAJORADA DE 1/6 PELA REINCIDÊNCIA, E REDUZIDA DE 1/3 PELA SEMI-IMPUTABILIDADE. TOTAL: 3 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, PARA O FIM DE REDIMENSIONAR A PENA DO PACIENTE, MANTENDO, NO MAIS, O ACÓRDÃO IMPUGNADO. (...) 2. **A menção à potencial consciência da ilicitude e considerações vagas sobre má conduta social, baseada apenas no alcoolismo do paciente, característico de doença e não de traço de personalidade, não constituem fundamentação idônea para o fim de exasperar a pena a título de elevada culpabilidade ou conduta social inadequada. Precedentes.** (...). (grifos acrescidos).

³²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 126328/MG. Processo n.º 2009/0009688-1. Impetrante: Ueldes Lima de Souza. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator(a) Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 19 de agosto de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 13 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200900096881&pv=000000000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES TENTADO. PACIENTE REINCIDENTE.

ilicitude não é suficiente para incrementar a pena-base, obtida na primeira fase do sistema de aplicação de pena.

Trata-se de entendimento consentâneo com a teoria limitada da culpabilidade, uma vez que a potencial consciência da ilicitude é um dos requisitos da culpabilidade. Portanto, sua verificação no caso concreto serve para fins de verificar a ocorrência do delito e não pode, ao mesmo tempo, servir de fundamento para agravação da pena imposta.

A Ministra Maria Thereza de Assis Moura enfrentou o tema nos remédios heroicos de n.ºs 128368/MS³²⁹ e 84179/MS³³⁰.

DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL PELA SENTENÇA (4 ANOS). AUMENTO PELO TRIBUNAL A QUO PARA 5 ANOS, EM FUNÇÃO DE RECURSO DO MP, SEM QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO. OFENSA AO ART. 93, IX DA CF. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA REPRIMENDA PENAL POR ESTA CORTE. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INEXISTÊNCIA DE PARTICULARIDADES DO CRIME QUE TRANSBORDEM DAS USUALMENTE VERIFICADAS EM HIPÓTESES SEMELHANTES. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAR AÇÕES PENAIS EM CURSO OU INQUÉRITOS POLICIAIS PARA O FIM DE MAJORAR A PENA-BASE. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA ANULAR O ACÓRDÃO IMPUGNADO. ORDEM CONCEDIDA, PARA FIXAR A PENA-BASE DO PACIENTE EM 2 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO (SÚMULA 269/STJ). (...) 4. **Ausentes fundamentos válidos para o aumento da pena-base do paciente, em respeito a jurisprudência desta Corte, que não admite que ações penais em curso ou inquéritos policiais sejam usados para tal; e, ainda, considerando que a simples menção a desajuste da conduta social ou potencial consciência da ilicitude, sem apoio em dados concretos, igualmente impede a elevação da pena-base a título de má-conduta social ou culpabilidade, não sendo declinadas circunstâncias do crime que transpareçam exacerbada violência, penso ser possível, desde já, estabelecer a pena-base do paciente.** (...). (grifos acrescidos).

³²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 128368/MS. Processo n.º 2009/0025027-9. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator(a) Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 18 de agosto de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 06 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200900250279&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. 1. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ELEVAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA DO ALEGADO. MINORAÇÃO DO ACRÉSCIMO PELA AGRAVANTE. INCIDÊNCIA. 2. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS ADVERSOS. ARGUMENTOS INADEQUADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. 3. PERSONALIDADE. VOLTADA À PRÁTICA DELITIVA. AUSÊNCIA DE DADOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. 4. NOVO DELITO PRATICADO QUANDO EM REGIME ABERTO. REGRESSÃO CARCERÁRIA. CONDUTA SOCIAL DESFAVORÁVEL. BIS IN IDEM. IMPOSSIBILIDADE. 5. DUAS CAUSAS DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. 6. ORDEM EM PARTE CONCEDIDA. (...) 2. **Considerar a culpabilidade, as consequências e as circunstâncias como desfavoráveis não é possível, em virtude da fundamentação inidônea empregada, sob as assertivas de que os acusados "tinham plena consciência da ilicitude de suas condutas" e que essas circunstâncias "lhes prejudicam".** (...). (grifos acrescidos).

³³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 84179/MS. Processo n.º 2007/0127518-3. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator(a) Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 06

No primeiro HC acima citado, ponderou a relatora acertadamente que se mostra incabível, do ponto de vista da dogmática, a consideração de que, tendo o agente atuado com plena consciência da antijuridicidade de suas condutas, haveria de se considerar a culpabilidade, as consequências e as circunstâncias prejudiciais ao agente como elementos para agravação da pena-base.

Isto porque, consoante já asseverado anteriormente, a avaliação da cognoscibilidade da antijuridicidade deve se dar quando da verificação da ocorrência do delito, visto ser elemento da culpabilidade.

Da mesma forma, em consonância com a decisão anterior, no HC 84179/MS a mesma relatora asseverou que “o conhecimento da ilicitude do fato é pressuposto da culpabilidade, não servindo para exasperar a reprimenda na primeira fase da dosimetria da pena”.

Em que pese a correção da afirmativa no que tange à impossibilidade de aumento da pena-base pela consideração da consciência da ilicitude – o que deve ser feito em momento lógico anterior – não se mostra acertada a afirmação de se tratar de *pressuposto* da culpabilidade.

Em realidade, a culpabilidade não pressupõe a cognoscibilidade da antijuridicidade, mas é composta por esta, que corresponde ao seu aspecto intelectual, ao lado da imputabilidade e da inexigibilidade de conduta diversa.

Já o Ministro Felix Fischer tratou do tema nos REsp's 1160421³³¹, 888889/PR³³², 175429/PB³³³ e HC 6611/DF³³⁴.

de maio de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 24 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200701275183&pv=000000000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONDENAÇÕES ANTERIORES NÃO IMPUGNADAS. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. ABALO PSICOLÓGICO À VÍTIMA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CULPABILIDADE E MOTIVAÇÃO. CONHECIMENTO DA ILICITUDE DO FATO E OBJETIVO DE LUCRO FÁCIL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. MAIS DE UMA MAJORANTE. AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 443/STJ. ORDEM DE OFÍCIO. **1. Hipótese em que o Juiz de primeiro grau fixou a pena-base do paciente acima do mínimo legal por considerar desfavoráveis as seguintes circunstâncias judiciais: culpabilidade, antecedentes, personalidade, motivos e consequências do delito. Para tanto, justificou que o paciente "tinha consciência da ilicitude de seu ato", registra péssimos antecedentes criminais e objetivou o lucro fácil e imediato, bem como que as vítimas sofreram abalo psicológico em razão da ameaça sofrida com arma de fogo. (...) 4. O conhecimento da ilicitude do fato é pressuposto da culpabilidade, não servindo para exasperar a reprimenda na primeira fase da dosimetria da pena. (...). (grifos acrescidos).**

³³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1160421/SP. Processo n.º 2009/0194338-9. Recorrente: Elias Rodrigues Guimarães. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator(a) Ministro Felix Fischer. Brasília, 10 de agosto de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 13

No primeiro dos julgados acima listados, reconhece o Ministro que o julgado atacado pelo recurso demanda reparos por apresentar, no que concerne à fixação da reprimenda criminal, vagueza ou incerteza, em razão da utilização da expressão “alto grau de consciência da ilicitude”.

-
- de setembro de 2010. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200901943389&pv=000000000000>. Acesso em: 29 abr.
- Ementa PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 296, § 1º, INCISO I, ART. 304 E ART. 298, C/C O ART. 70, TODOS DO CÓDIGO PENAL. TESE DE CRIME IMPOSSÍVEL PELA OCORRÊNCIA DE FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. ANÁLISE DE MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 07/STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA. CONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DO AGENTE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. PENA AQUÉM DO MÍNIMO, EM RAZÃO DA OCORRÊNCIA DE ATENUANTE. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS. (...) **IV - In casu, verifica-se que o v. acórdão atacado apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível quanto ao aumento da pena em razão da culpabilidade, utilizando-se de expressões como: "(...) era elevada a culpabilidade"; "(...) alto grau de consciência da ilicitude (...)"** (...) grifos acrescidos.
- ³³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 888889/PR. Processo n.º 2006/0202769-9 Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: José Francisco de Queiroz. Relator(a) Ministro Felix Fischer. Brasília, 15 de março de 2007. **Diário da Justiça**, 16 de abril de 2007. p. 225. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200602027699&pv=000000000000>. Acesso em: 29 abr.
- Ementa RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 1º, II, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA (ART. 1º, §2º, DO DL 201/67). EFEITO DA CONDENAÇÃO. (...) **II - No caso em tela, adequada a decisão do e. Tribunal a quo, pois não utilizou o argumento no sentido de que a culpabilidade seria elevada, "já que o acusado, na condição de Prefeito Municipal, agiu com plena consciência da ilicitude de sua ação, exigindo-lhe conduta diversa", para elevar a pena-base de seu patamar mínimo.** (...) (grifos acrescidos).
- ³³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 175429/PB. Processo n.º 1998/0038649-1 Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Marco Antônio Alves. Relator(a) Ministro Felix Fischer. Brasília, 15 de dezembro de 1998. **Diário da Justiça**, 01 de março de 1999. p. 362. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199800386491&pv=000000000000>. Acesso em: 29 abr.
- Ementa PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. RÁDIO. AUSÊNCIA DE PERMISSÃO. ILICITUDES E DOLO. SUPOSTA VIOLAÇÃO DO ART. 70 DA LEI 4.117/62. **II - A ausência de dolo ou a exclusão da consciência da ilicitude dizem com o erro de tipo (art.20, "caput" do C.P.) e com o erro de proibição (art. 21, "caput", 2º parágrafo do C.P.) e não necessariamente, com a violação ao já indicado art. 70 da Lei nº 4.117/62. Recurso não conhecido.** (grifos acrescidos).
- ³³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 6611/DF. Processo n.º 1997/0087685-3. Impetrantes: Elton Calixto e outros. Impetrado: Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região. Relator(a) Ministro Felix Fischer. Brasília, 14 de abril de 1998. **Diário da Justiça**, 08 de junho de 1998. p. 146 LEXSTJ vol. 110 p. 254 RDR vol. 13 p. 377. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199700876853&pv=000000000000>. Acesso em: 29 abr.
- Ementa PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS" SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIME TRIBUTÁRIO. CONTA NO EXTERIOR. INEPICIA DE DENÚNCIA. JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL. (...) **III - A EVENTUAL FALTA DE CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE E, EM REGRA, MATERIA A SER VALORADA AO "IUDICIUM CAUSAE".** (...) (grifos acrescidos).

De fato, eventual majoração da pena-base a partir da verificação do conhecimento da antijuridicidade mostra-se incabível do ponto de vista da boa técnica penal, visto que, repise-se, tratar-se de elemento da reprovabilidade, não se encontrando no rol do art. 59 do Código Penal.

Fundamentação semelhante foi observada no REsp 888889/PR, ao reconhecer o julgador a correção da decisão do Tribunal *a quo*, o qual não fez uso de considerações sobre a existência de plena consciência da ilicitude para fins de incremento da pena-base acima do mínimo.

No REsp 175429, foi bem tratada a questão da ausência da consciência da ilicitude, que importa em erro de proibição, a teor do que dispõe o art. 21 do Código Penal, o qual espousa a teoria limitada da culpabilidade. Em paralelo, pontuou-se o tratamento distinto conferido ao erro de tipo, na medida em que este, se invencível ou escusável, importa em exclusão do dolo e, por consequência, da tipicidade.

No HC 6611/DF, o mesmo relator posiciona-se sobre a oportunidade de consideração acerca da presença ou ausência da consciência da ilicitude, a qual deve ser valorada no *iudicium causae*.

Foi ainda obtida na pesquisa empreendida a ementa referente ao *Habeas Corpus* 71606/RJ³³⁵, a qual, apesar de não tratar diretamente sobre o tema da culpabilidade, merece menção no presente texto por fidelidade aos resultados obtidos e à metodologia proposta.

³³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 71606/RJ. Processo n.º 2006/0266552-6. Impetrante: Maurício Schaun Jalil. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2.ª Região. Relator(a) Ministro Felix Fischer. Brasília, 16 de outubro de 2007. **Diário da Justiça**, 25 de fevereiro de 2008. p. 339. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200602665526&pv=0000000000000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 40 DA LEI Nº 9.605/98. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. PROCEDIMENTO INCOMPATÍVEL COM A VIA ELEITA. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. I - O trancamento de ação por falta de justa causa, na via estreita do writ, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, hipóteses não ocorrentes na espécie. (Precedentes). II - Revela-se inviável, em sede de habeas corpus, o amplo revolvimento do material fático-probatório. Desse modo, no presente caso, não há como se aferir a presença da justa causa pois, para tanto, seria imprescindível a realização de ampla dilação probatória. III - Carece totalmente de amparo jurídico, em nosso sistema processual penal, a denominada prescrição antecipada que tem como referencial condenação hipotética. (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ). Ordem denegada.

O Ministro Og Fernandes tratou do tema ao relatar os *Habeas Corpus* 136470³³⁶ e 112894³³⁷.

No primeiro julgado, em consonância com o conceito doutrinário e legal de imputabilidade, bem asseverou o julgador que “a culpabilidade não autoriza a exasperação da sanção. Isso porque não tivesse a paciente 'efetiva consciência do caráter ilícito do fato' seria ela considerada inimputável”. De fato, nas hipóteses de inimputabilidade, tendo em vista que o art. 26 do Código Penal adotou o critério biopsicológico como regra, salvo em relação aos menores, em que adotou o critério biológico³³⁸, tem-se como substrato da inculpabilidade do injusto a ausência, por fatores biológicos ou psicológicos, da potencial consciência da ilicitude.

³³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 136470/RS. Processo n.º 2009/0093759-2. Impetrante: Lilian Ávila Furtado. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a) Ministro Og Fernandes. Brasília, 30 de junho de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 02 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200900937592&pv=00000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. CULPABILIDADE. ALUSÃO À POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE. AGRAVAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PREMEDITAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. EXASPERAÇÃO. CABIMENTO. 1. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo. Entretanto, a valoração negativa de elementares do tipo penal configura constrangimento ilegal. 2. **Na hipótese, do modo como foi valorada, a culpabilidade não autoriza a exasperação da sanção. Isso porque não tivesse a paciente "efetiva consciência do caráter ilícito do fato" seria ela considerada inimputável.** 3. A premeditação do delito justifica maior reprovação, a título de circunstâncias do crime, tal qual se procedeu na espécie. Precedentes. 4. De igual modo, o fato de o homicídio ter sido motivado pela intenção de a paciente se desvencilhar de vínculo conjugal para poder se relacionar livremente com seu amásio tem o pendor de exasperar a pena. 5. Ordem parcialmente concedida, para, afastando da condenação a circunstância indevidamente valorada, reduzir a pena recaída sobre a ora paciente, mantido, no mais, o acórdão de apelação. (grifos acrescidos)

³³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 112894/MG. Processo n.º 2008/0173346-2. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator(a) Ministro Og Fernandes. Brasília, 23 de fevereiro de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 22 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200801733462&pv=00000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES (TENTATIVA). FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. VALORAÇÃO INDEVIDA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. 1. Havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, pode a pena-base ser fixada acima do patamar mínimo. 2. **A alusão à potencial consciência da ilicitude não pode ser utilizada para exasperar a reprimenda a título de culpabilidade, pois não tivesse o agente o conhecimento da ilicitude não poderia ser responsabilizado.** 3. Na linha da iterativa jurisprudência desta Casa, inquéritos em andamento e ações penais sem trânsito em julgado não podem ser utilizadas para exasperar a sanção a título de maus antecedentes, personalidade ou conduta social. 4. Se as circunstâncias e os motivos do crime não estão comprovados nos autos não podem eles ser utilizados contra o ora paciente. 5. Ordem concedida para, afastando da condenação as circunstâncias judiciais indevidamente valoradas, reduzir a pena recaída sobre o paciente, de 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, além do pagamento de 6 (seis) dias-multa. (grifos acrescidos)

³³⁸ Por todos, conferir MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei**

Entretanto, ao tratar da, repita-se, “efetiva consciência do caráter ilícito do fato” parece o Relator não entender suficiente a mera potencial cognoscibilidade da antijuridicidade, reclamando uma real cognoscibilidade da antijuridicidade³³⁹.

Em relação ao *Habeas Corpus* 112894/MG, decidiu o julgador de maneira diversa, ainda que em parte: “a alusão à potencial consciência da ilicitude não pode ser utilizada para exasperar a reprimenda a título de culpabilidade, pois não tivesse o agente o conhecimento da ilicitude não poderia ser responsabilizado”.

Conquanto, na linha do julgamento anterior, vaticina o Relator que a alusão à consciência da antijuridicidade – elemento da culpabilidade – não autoriza o incremento da sanção. Neste segundo julgado, entretanto, parece satisfazer-se o Ministro com a mera consciência potencial da antijuridicidade. Trata-se, portanto, de absoluto contraste com o decidido no julgamento anteriormente comentado, muito embora se refiram ambos a julgados proferidos por mesmo julgador em intervalo de tempo inferior a seis meses (22/03/2010 e 02/08/2010).

No que tange ao Ministro Arnaldo Esteves de Lima, foi relator em oito julgados a seguir analisados.

Dos HC 162967/RS³⁴⁰, 151164/MS³⁴¹ e 117424/MG³⁴² extrai-se a mesma passagem: “a potencial consciência sobre a ilicitude da conduta e a

de Drogas. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Comentada artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 211.

³³⁹ Neste sentido, por todos, conferir CRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal:** parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 300.

³⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 162967/RS. Processo n.º 2010/0029827-3 Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a) Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 18 de maio de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 21 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201000298273&pv=00000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 9,67 G. DE MACONHA E 22,68 G. DE COCAÍNA. PRISÃO EM FLAGRANTE EM 3/10/07. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE E INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VALORAÇÃO NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSIDERAÇÃO SOBRE A INCIDÊNCIA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. (...) 2. **A potencial consciência sobre a ilicitude da conduta e a inexigibilidade de conduta diversa são pressupostos da culpabilidade, elementar do conceito analítico de crime, não pertencendo ao rol das circunstâncias judiciais, porquanto a culpabilidade nele referenciada diz respeito à reprovabilidade social.** (...) (grifos acrescidos).

³⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 151164/MS. Processo n.º 2009/0205844-9 Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator(a) Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 23 de fevereiro de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 22 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200902058449&pv=00000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. PENA-BASE. AUMENTO. INQUÉRITOS

inexigibilidade de conduta diversa são pressupostos da culpabilidade, elementar do conceito analítico de crime”.

Aqui destaca-se o entendimento do Ministro Relator ao afirmar serem ambas, consciência da antijuridicidade e inexigibilidade de conduta diversa *pressupostos da culpabilidade*. Em sentido análogo, no REsp 1048574/GO³⁴³, HC

E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. MAUS ANTECEDENTES. PERSONALIDADE DO AGENTE. CONDUTA SOCIAL. POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE E INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. VALORAÇÃO NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU REINCIDENTE. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. SÚMULA 269/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA. (...) 2. **A potencial consciência sobre a ilicitude da conduta e a inexigibilidade de conduta diversa são pressupostos da culpabilidade, elementar do conceito analítico de crime, não pertencendo ao rol das circunstâncias judiciais, porquanto a culpabilidade nele referenciada diz respeito à reprovabilidade social.** (...) (grifos acrescidos).

³⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 117424/MG. Processo n.º 2008/0219160-8. Impetrante: Paulo Roberto Moreira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator(a) Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 14 de abril de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 18 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200802191608&pv=00000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE. AUMENTO. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. MAUS ANTECEDENTES. PERSONALIDADE DO AGENTE. CONDUTA SOCIAL. POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE E INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. CIRCUNSTÂNCIAS E MOTIVOS DO CRIME. VALORAÇÃO NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A existência de inquéritos e ações penais em andamento não pode constituir fundamento para a valoração negativa dos antecedentes, da conduta social ou da personalidade do agente, em respeito ao princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade. . "Não podem ser consideradas como maus antecedentes, aptos a majorar a pena-base, condenações cujos fatos geradores ocorreram posteriormente aos narrados na denúncia" (HC 97.504/SP, Rel. Min. ORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe de 13/10/08). As circunstâncias e os motivos do crime que estejam subsumidos ao próprio tipo penal de furto qualificado não podem servir para aumentar a pena-base nos termos do art. 59 do Código Penal. **A potencial consciência sobre a ilicitude da conduta e a inexigibilidade de conduta diversa são pressupostos da culpabilidade, elementar do conceito analítico de crime, não pertencendo ao rol das circunstâncias judiciais, porquanto a culpabilidade nele referenciada diz respeito à reprovabilidade social.** (...) (grifos acrescidos)

³⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1048574/GO. Processo n.º 2007/0210648-2. Recorrente: Marcos José da Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado de Goiás. Relator(a) Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 03 de março de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 30 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200702106482&pv=00000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa PENAL. RECURSO ESPECIAL. CÁRCERE PRIVADO, ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. (...) 2. **Há ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal quando o magistrado considera como desfavoráveis circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal, inquéritos e ações penais em andamento, bem como quando utiliza a potencial consciência da ilicitude, um dos pressupostos da culpabilidade, como circunstância judicial elencada no art. 59 do Código Penal.** (...) (grifos acrescidos).

113391/RS³⁴⁴ e HC 81559/DF³⁴⁵ aponta-se a consciência da ilicitude como pressuposto do juízo de reprovação.

Segundo o lexicógrafo Aurélio Buarque de Holanda, pressuposto é o que se pressupõe; circunstância ou fato considerado como antecedente necessário

de outro³⁴⁶.

Na correta acepção do termo referido e nos limites definidos pela teoria normativa da culpabilidade multicitada, a consciência da antijuridicidade e a inexigibilidade de conduta diversa não são antecedentes necessários da culpabilidade. Em realidade, são elementos que integram, constituem, ao lado da imputabilidade, o próprio juízo de reprovação e, portanto, não podem ser considerados anteriores àquele.

Entretanto, no julgamento do REsp 628170/PR³⁴⁷, o mesmo Relator corrige a impropriedade terminológica anterior e assevera na ementa do julgado: “A

³⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 116391/RS. Processo n.º 2008/0211530-0. Impetrante: Adriana Hervé Chaves Barcellos – Defensora Pública. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a) Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 11 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 02 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200802115300&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO. PENA-BASE. AUMENTO. INQUÉRITOS E AÇÕES PENASIS EM ANDAMENTO. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE DO AGENTE. POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS VALORADAS NEGATIVAMENTE. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. **1. A jurisprudência deste Tribunal orienta-se no sentido de que a existência de inquéritos e ações penais em andamento não pode se constituir no fundamento da valoração negativa dos antecedentes, da conduta social ou da personalidade do agente, em respeito ao princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade. 2. A potencial consciência sobre a ilicitude da conduta é um dos pressupostos da culpabilidade elementar do conceito analítico de crime, não pertencendo ao rol das circunstâncias judiciais especificadas no art. 59 do Código Penal, porquanto a culpabilidade nele referenciada diz respeito à reprovabilidade social. (...)** (grifos acrescidos)

³⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 81559/DF. Processo n.º 2007/0086293-2. Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal. Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Relator(a) Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 07 de outubro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 03 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700862932&pv=000000000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E AUMENTO PELA PRESENÇA DE DUAS MAJORANTES ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. **1. A potencial consciência sobre a ilicitude da conduta é um dos pressupostos da culpabilidade elementar do conceito analítico de crime, não pertencendo ao rol das circunstâncias judiciais especificadas no art. 59 do Código Penal, porquanto a culpabilidade nele referenciada diz respeito à reprovabilidade social.**(...) (grifos acrescidos).

³⁴⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1634.

culpabilidade, como elemento do crime, é aferida após a análise da tipicidade e da antijuridicidade da conduta perpetrada, implicando, destarte, profunda análise do contexto fático-probatório a permitir, assim, a conclusão sobre a existência ou não dos componentes que a integram, isto é, a potencial consciência da ilicitude, a inexigibilidade de conduta diversa e a imputabilidade”.

Neste passo, vê-se claramente que, ao contrário dos julgados anteriormente referidos, a consciência da antijuridicidade e a inexigibilidade de conduta diversa não mais são tidas como pressupostos da culpabilidade, mas verdadeiros elementos desta.

De fato, a se admitir a aceitação da doutrina finalista da ação, não há qualquer razão para se considerar a consciência da antijuridicidade, seja potencial, seja real, como pressuposto da culpabilidade. Trata-se de elemento desta, de natureza normativa, assim como a inexigibilidade de conduta diversa e a imputabilidade.

Por fim, o Ministro Relator Arnaldo Esteves de Lima, no HC 87464/RS³⁴⁸, não teceu considerações acerca da natureza da consciência da ilicitude – se

³⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 628170/PR. Processo n.º 2004/0010531-9. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Antônio Carlos de Castro Costa. Relator(a) Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 19 de novembro de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 14 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200400105319&pv=00000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. "EMPRÉSTIMO VEDADO". ART. 17 DA LEI 7.492/86. ABSOLVIÇÃO. EXCLUDENTE DA ILICITUDE. AUSÊNCIA DE POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE. ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. SÚMULA 7/STJ. RECURSO NÃO-PROVIDO. 1. **A culpabilidade, como elemento do crime, é aferida após a análise da tipicidade e da antijuridicidade da conduta perpetrada, implicando, destarte, profunda análise do contexto fático-probatório a permitir, assim, a conclusão da existência ou não dos componentes que a integram, isto é, a potencial consciência da ilicitude, a inexigibilidade de conduta diversa e a imputabilidade.** 2. O aresto impugnado, reapreciando o conjunto probatório, confirmou a absolvição. Chegar a entendimento diverso demandaria o reexame da matéria fático-probatória contida nos autos, procedimento defeso na instância especial, a teor Súmula 7/STJ. 3. Recurso não-provido. (grifos acrescidos).

³⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 87464/RS. Processo n.º 2007/0171725-3 Impetrante: Reginara Conde Machado Bidone. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a) Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 13 de dezembro de 2007. **Diário da Justiça**, 07 de fevereiro de 2008. p. 1. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200701717253&pv=00000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENAL. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. **Considerações abstratas – como a busca do lucro sem esforço, a plena consciência da ilicitude, a prática de um crime que representa, hoje, um dos males da humanidade – não são suficientes para estipular a pena-base acima do**

pressuposto ou componente da culpabilidade, como havia formulado nos julgados antes analisados -, mas limitou-se a sufragar o entendimento de que a consciência da ilicitude, visto que analisada na verificação do elemento culpabilidade, não tem o condão de majorar a pena-base.

Por outro lado, o Ministro Relator Hamilton Carvalhido, no julgamento do REsp 864163/RS³⁴⁹ e do HC 79379/GO³⁵⁰ sustenta a análise da consciência da ilicitude, conquanto elemento integrante da culpabilidade, para fins de majoração da pena acima do mínimo legal.

No primeiro dos julgados acima mencionados, assevera o Ministro Relator, de maneira expressa, tratar-se a consciência da ilicitude de circunstância

mínimo legal. (...) (grifos acrescidos).

³⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 864163/RS. Processo n.º 2006/0121165-2 Recorrente: Marcelo Freitas. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a) Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, 01 de abril de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 04 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200601211652&pv=000000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa RECURSO ESPECIAL. CRIME DE SEQUESTRO. CONHECIMENTO PELA ALÍNEA "B". ATO DE GOVERNO LOCAL. INEXISTÊNCIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. OFENSA AO ARTIGO 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. OMISSÃO NÃO APONTADA. SÚMULA Nº 284/STF. NÃO-CONHECIMENTO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE DOLO. REEXAME DO MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.

(...)

8. A consciência da ilicitude, a exigibilidade maior da conduta conforme ao direito e o dolo intenso são indúvidosas circunstâncias judiciais, nos próprios da culpabilidade, não existindo ilegalidade qualquer a gravar, no particular, a individualização da pena. (...) (grifos acrescidos).

³⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 79379/GO. Processo n.º 2007/0061532-0 Impetrante: Rogério Pereira Leal. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Relator(a) Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, 11 de setembro de 2007. **Diário da Justiça Eletrônico**, 04 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700615320&pv=000000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL. INCABIMENTO. INDIVIDUALIZAÇÃO DA RESPOSTA PENAL. PARCIAL CONSTRANGIMENTO. REGIME INICIAL ABERTO. RÉU MENOR E PRIMÁRIO. PENA ALTERNATIVA. CABIMENTO.

(...)

2. O grau de culpabilidade do agente, que tinha plena consciência da ilicitude do fato, a sua habitualidade na prática de manobras perigosas e as circunstâncias do crime, praticado em horário ainda de movimento, num domingo após às 18 horas, justificam, sem margem para discussão, o estabelecimento da pena significativamente acima do mínimo legal, mormente se se considera as consequências do crime, não pela incapacidade para as ocupações habituais, mas pelo caráter dispendioso do tratamento, não coberto integralmente pelo plano de saúde. (...) (grifos acrescidos).

judicial, “nos próprios da culpabilidade”, a autorizar o agravamento da pena na fase de individualização do art. 59 do Código Penal³⁵¹.

No segundo julgamento, a tese defendida pelo julgador é endossada diante da afirmativa de que a plena consciência da ilicitude do fato por parte do agente, aliada à habitualidade na prática de manobras perigosas e às circunstâncias do crime, autoriza “sem margem para discussão, o estabelecimento da pena acima do mínimo legal”.

A respeito da culpabilidade, inserida como circunstância judicial pela reforma de 1984, em substituição à “intensidade do dolo ou grau de culpa”, entende Cirino dos Santos encontrar-se em posição incômoda, uma vez que a reprovação do autor pela realização do fato típico e antijurídico, isto é, a culpabilidade, não se limita a mero juízo conformador do juízo de reprovação, mas se identifica com este, calcado na imputabilidade, na consciência do injusto e na exigibilidade de comportamento diverso³⁵².

Em sentido oposto ao entendimento esposado pelo Ministro Carvalhido, cumpre trazer à colação a ementa do HC 107795/RS³⁵³, que teve como

³⁵¹ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

³⁵² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 517-518.

³⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 107795/RS. Processo n.º 2008/0120378-5 Recorrente: Marcelo Freitas. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a) Ministro Og Fernandes. Relator(a) p/ Acórdão Ministra Jane Silva. Brasília, 16 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 02 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700615320&pv=00000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa PENAL – HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO – PENA-BASE FIXADA EM DOIS ANOS ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS SOPESADAS DESFAVORAVELMENTE AOS INTERESSES DO ACUSADO – EQUÍVOCO DO MAGISTRADO SENTENCIANTE QUANTO A QUASE TOTALIDADE DELAS – NECESSIDADE DE CORREÇÃO – APENAS UMA CIRCUNSTÂNCIA, AO FINAL, DESFAVORÁVEL – REDUÇÃO DA PENA – ORDEM CONCEDIDA.

(...)

A circunstância judicial da culpabilidade deve ser aferida levando-se em conta a reprovabilidade da conduta do agente, mostrando-se inadmissível considerá-la maculada tão-somente em função de ele possuir plena consciência da ilicitude do fato. Não há que se confundir a culpabilidade como elemento do crime com a medida da culpabilidade do agente, sendo que apenas esta última encontra previsão no artigo 59 do Código Penal.

Nessa hipótese, em que se mostra desfavorável o exame de apenas uma circunstância do artigo 59 do Código Penal, a pena-base do agente não pode se distanciar tanto do patamar mínimo,

Relator o Ministro Og Fernandes e como Relatora para o acórdão a Ministra Jane Silva.

Neste julgamento, resta plasmado o entendimento da jurisprudência majoritária do STF no sentido de que “a circunstância judicial da culpabilidade deve ser aferida levando-se em conta a reprovabilidade da conduta do agente, mostrando-se inadmissível considerá-la maculada tão-somente em função de ele possuir plena consciência da ilicitude do fato. Não há que se confundir a culpabilidade como elemento do crime com a medida da culpabilidade do agente, sendo que apenas esta última encontra previsão no artigo 59 do Código Penal”.

O mesmo entendimento está refletido também no HC 83289/BA, de relatoria também da Ministra Jane Silva³⁵⁴.

Trata-se de fato de entendimento em tudo consentâneo àquele encontrado na doutrina de Cirino dos Santos e reproduzido de forma sintética linhas acima.

Finalmente no RHC 4772/SP³⁵⁵, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 1995/0037476-5, Relator Ministro Vicente Leal e Relator para Acórdão Ministro Luiz

sendo evidente o constrangimento ilegal imposto ao paciente ante sua fixação em oito anos de reclusão, dois acima do mínimo. (...) (grifos acrescidos).

³⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 83289/BA. Processo n.º 2007/0114867-2. Recorrente: Eduardo Viana Portela Neves. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Relator(a) Ministra Jane Silva. Brasília, 29 de agosto de 2007. **Diário da Justiça**, 01 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200701148672&pv=000000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa HABEAS CORPUS – ESTELIONATO – CONTINUIDADE DELITIVA – DEZ CRIMES – PENA-BASE FIXADA EM PATAMAR ELEVADO – EXAME EM BOA PARTE FAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS REFERENTES À CONDENADA – NECESSIDADE DE RETIFICAÇÃO – CULPABILIDADE – NÍVEL DE CENSURA-REPROVAÇÃO DA CONDUCTA DA AGENTE – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL – EXAME VIÁVEL APENAS DEPOIS DA NOVA DOSIMETRIA – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

- A imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa são elementos do crime em si, não podendo ser confundidos com a culpabilidade prevista no artigo 59 do Código Penal, que se refere exclusivamente à agente, dizendo respeito à censurabilidade/reprovabilidade de sua conduta. (...) (grifos acrescidos).

³⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n.º 4772/SP. Processo n.º 1995/0037476-5. Recorrente: Arnaldo Malheiros Filho. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3.ª Região. Relator(a) Ministro Vicente Leal. Relator(a) p/ Acórdão Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, 27 de maio de 1996. **Diário da Justiça**, 30 de setembro de 1996. p. 36651. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199500374765&pv=000000000>>. Acesso em: 29 abr.

Ementa RHC - PENAL - PROCESSUAL PENAL - ERRO SOBRE A ILICITUDE DO FATO - DENUNCIA - CRIMES SOCIETARIOS - A INFRAÇÃO PENAL, POR SER CONDUCTA PROIBIDA, IMPLICA REPROVAÇÃO AO AGENTE. OCORRE, POIS, CULPABILIDADE, NO SENTIDO DE CENSURA AO SUJEITO ATIVO. **O ERRO SOBRE A ILICITUDE DO FATO, SE INEVITAVEL, EXCLUE A PUNIBILIDADE. EVIDENTE, AS CIRCUNSTANCIAS NÃO ACARRETAM A**

Vicente Cernicchiaro, encontra-se excelente definição da consciência da ilicitude, identificada como aquela que resulta da apreensão do sentido valorativo das normas de cultura, independentemente da leitura do texto legal. Ademais, faz-se importante distinção entre o desconhecimento da lei e o erro sobre a ilicitude do fato, no sentido já apresentado neste trabalho.

Conclusões

Feitas as análises acima expostas, reforça-se o entendimento quanto à importância do estudo da consciência da antijuridicidade na estrutura do conceito analítico do crime.

MENCIONADA CENSURA. NÃO SE CONFUNDE COM O DESCONHECIMENTO DA LEI. ESTE É IRRELEVANTE. A CONSCIENCIA DA ILICITUDE RESULTA DA APREENSÃO DO SENTIDO AXIOLOGICO DAS NORMAS DE CULTURA, INDEPENDENTEMENTE DE LEITURA DO TEXTO LEGAL. A DENUNCIA DEVE DESCREVER O FATO IMPUTADO DE MODO A ENSEJAR INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA, A FIM DE POSSIBILITAR, NO SENTIDO MATERIAL, O CONTRADITORIO E O EXERCICIO DA PLENITUDE DE DEFESA. A EXIGENCIA ALCANÇA TAMBEM O CHAMADO CRIME SOCIETARIO E OS DELITOS DE CONCURSO DE PESSOAS. (grifos acrescidos).

A evolução do conceito de culpabilidade no âmbito da dogmática penal teve o mérito de livrar a ciência criminal, pelo menos em parte, da influência mecanicista do método positivista. A culpabilidade psicológica, resumida ao dolo ou culpa, não respondia aos mais simples questionamentos sobre a finalidade imanente à ação humana. Ademais, embora o dolo possa ser enquadrado como consciência e vontade o que, sem dúvida, tem natureza psicológica, a culpa não tem tal feição, mas, ao revés, é notadamente normativa. Resumir a culpabilidade ao vínculo psicológico entre o autor do fato e a ação que importa em modificação do mundo exterior.

Frank teve o mérito de introduzir no âmbito da culpabilidade os elementos normativos. Partiu da necessária consideração, ao lado do dolo e da culpa, assim como da capacidade de culpabilidade, das circunstâncias concomitantes, entendidas como aquelas que podem atenuar ou afastar a reprovabilidade do agente. Entretanto, a estrutura da culpabilidade ainda estava impregnada de elementos psicológicos, os quais seriam mais bem localizados no âmbito da ação e, por consequência, do tipo.

Foi Hans Welzel quem, com suporte nos ensinamentos de Zu Dohna, desenvolveu a teoria normativa da culpabilidade. Welzel partiu da definição da ação humana como exercício de atividade final. Com base nos conhecimentos adquiridos, o agente pode saber de antemão o curso da causalidade e direcioná-la de acordo com a finalidade. A conduta humana não é criada ou modificada pelo direito, mas retirada do mundo dos fatos e valorada pelo direito.

No bojo da doutrina finalista, não há negar que os elementos anímicos dolo e culpa não cabem no âmbito da culpabilidade, mas devem ser necessariamente analisados quando da realização da conduta. Ora, se toda ação é exercício de atividade final, resulta intuitivo que dolo e culpa residem na ação e, portanto, no tipo, figurando como elementos subjetivos deste.

Livre de elementos psicológicos, a culpabilidade se redefine exclusivamente normativa, composta por imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Assim, a reprovabilidade incide sobre o sujeito capaz que, podendo agir conforme as regras de direito, não o faz, embora tenha conhecimento potencial do caráter ilícito do seu agir.

De fato, no que concerne ao juízo de reprovação que representa a culpabilidade, somente há sentido dirigi-lo ao agente que, em primeiro plano, tenha

capacidade de culpabilidade, isto é, seja capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta e determinar-se de acordo com este entendimento. Para aqueles que, por causas biopsicológicas, não conseguem alcançar dito entendimento, não há sentido em falar de reprovação do agente em relação à conduta típica e antijurídica.

Por outro lado, também é necessário que as circunstâncias que cercam o sujeito não exerçam sobre ele coação de forma a macular a higidez de sua vontade. Em caso de vontade viciada, isto é, em que não há ou é restringida a liberdade de agir, também não há que se falar em reprovabilidade.

Entretanto, o cerne da culpabilidade reside na possibilidade de compreender o caráter antijurídico do comportamento perpetrado. Aquele que, por equívoco, representa a inexistência de uma vedação legal que, em realidade, existe não agiu em sentido contrário à intenção do legislador. Por exemplo, não há que se censurar a estrangeira, que, desconhecendo a proibição do aborto no Brasil e sendo este permitido em seu país de origem, pratica manobras abortivas com o fim de interromper a vida do ser que carrega em seu ventre.

Assim, árdua se torna a tarefa do operador do direito na definição dos limites da consciência da antijuridicidade no caso concreto e na aferição quanto à sua presença ou ausência, tendo em vista as peculiaridades de cada sujeito e das circunstâncias envolvidas.

Por primeiro, deve-se esclarecer que, no que tange à ilicitude, seu conhecimento não se restringe à mera apreensão pelos sentidos, mas exige a introjeção do significado em um complexo procedimento de compreensão.

Ademais, quando se fala em antijuridicidade, não se quer referir apenas à contrariedade da conduta humana ao conjunto de normas jurídicas, o que apenas se resume à antijuridicidade formal. Para a ilicitude material, necessário que exista a oposição entre o agir e a norma jurídica – em razão dos imperativos do princípio da legalidade –, mas é necessário ainda que a conduta coloque em perigo ou lesione um bem jurídico penalmente tutelado. Em que pese as divergências existentes sobre a definição de bem jurídico, trata-se sem dúvida do principal referencial para a verificação da legitimidade do direito penal.

Neste ponto, coloca-se a indagação do que deve saber o agente para ter o conhecimento da ilicitude de uma conduta. Se é certo que existem zonas cristalinas, nas quais se pode afirmar com razoável grau de certeza quanto à verificação ou não do agir com consciência da antijuridicidade, existe uma área da

indefinição, cujos contornos são difíceis de delimitar, mas representam manifestação da própria essência do instituto.

Em primeiro lugar, mostra-se insuficiente que o sujeito conheça apenas a danosidade social ou o caráter imoral da conduta realizada. Trata-se, sem dúvida, de balizas importantes na averiguação da ilicitude, mas que não a constituem de per si. Em outro extremo, é desnecessário que o sujeito conheça a norma jurídica violada para que se possa falar em consciência da ilicitude. Nesta hipótese, estaria restringido o conhecimento apenas aos versados na matéria jurídica. Em realidade, a situação mais próxima ao ideal parece ser a opção pelo conhecimento da antijuridicidade efetiva ou concreta, representada pelo conhecer a lesão ou perigo de lesão ao bem da vida tutelado em uma norma penal.

Definido o objeto da cognoscibilidade, necessário referir-se então ao grau do conhecimento. Neste aspecto específico, divergem os doutrinadores que defendem que a consciência seja efetiva e os que suportam a mera consciência potencial da ilicitude. Esta última parece-nos a opção doutrinária mais correta. Primeiramente, do ponto de vista psicológico, torna-se indemonstrável a comprovação de que o sujeito tenha agido com real conhecimento da antijuridicidade do seu agir. Apenas torna-se possível asseverar, com base em comparações com terceiros e em análise das circunstâncias do caso e dos conhecimentos do agente, a existência de potencial conhecimento da ilicitude.

Ademais, não se exige no momento da prática delitiva, muitas vezes instantânea ou bastante rápida, que o agente se detenha na valoração objetiva quando à ilicitude ou licitude de seu agir. Em realidade, basta uma consciência irreflexiva ou um conhecimento meramente atualizável.

Entretanto, casos há, e não poucos, em que por erro (conhecimento defeituoso) ou ignorância (ausência de conhecimento) desconhece o sujeito que age de maneira ilícita, seja porque crê inexistir proibição, seja porque imagina estar amparado por uma causa excludente de ilicitude. Nestas situações, o erro pode ser inevitável, invencível pelo sujeito e, portanto, escusável, bem como evitável, vencível e inescusável, na medida em que aquele, se tivesse agido com maior cautela, poderia tê-lo evitado.

De acordo com a lei penal brasileira em seu art. 21, parágrafo único, os métodos para atingir a consciência da antijuridicidade são a consciência e a informação: “Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a

consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência”.

O método do esforço de consciência mostra-se suficiente nas hipóteses em que as infrações penais contêm nítido substrato ético. Assim, durante o processo de socialização primária, o indivíduo incorpora os valores e conceitos éticos e morais vigentes no meio social. Ora, se o tipo penal serve apenas a cristalizar um evento moral ou eticamente desvalioso, torna-se claro que deve o agente conhecer o seu cerne. Este é o caso do direito penal primário no qual prevalecem os erros de proibição evitáveis.

Entretanto, no que tange ao direito penal secundário, salvo exceções, em que os tipos penais são despidos de conteúdo ético subjacente, o recurso ao esforço de consciência mostra-se insuficiente e afigura-se necessário recurso à informação junto a sujeitos especializados. Neste âmbito, ao revés, predominam os erros de proibição inevitáveis.

É certo porém, que, em certas ocasiões, mesmo quando se trata do direito penal secundário, afigura-se indiscutível o dever de informar-se: quando o agente está envolvido em atividades regidas por normas especiais, quando houver dúvida sobre a proibição do comportamento ou quando a conduta possa resultar danos a terceiro ou à coletividade.

A relevância do erro de proibição sobre a culpabilidade somente veio a se sustentar na dogmática penal no século passado, principalmente em razão da remanescência no cenário jurídico da teoria romana do *error iuris nocet* – o erro de direito prejudica. De fato, tal teoria, de natureza extremamente formal e antagônica ao princípio da culpabilidade, pretendia a distinção entre o erro de fato e o de direito. Enquanto o primeiro apresentasse repercussões jurídico-penais, o segundo não as tinha – salvo na hipótese de erro extrapenal -, sob o influxo da ideia, cristalizada em muitos códigos, da inescusabilidade do desconhecimento da lei.

Diante das críticas tecidas, surgiram as teorias do dolo, as quais lançavam-se contra o dogma da irrelevância do desconhecimento da antijuridicidade da conduta. Para os partidários destas teorias, o dolo seria composto por um elemento psicológico e um elemento normativo, qual seja, a consciência da ilicitude. Assim, reeditava-se o *dolus malus* dos romanos e, por consequência, em caso de ausência de cognoscibilidade da antijuridicidade, estaria excluído o dolo.

Entretanto, também estas teorias sofreram numerosas críticas, sobretudo em relação às crises de punibilidade que se poderiam verificar em sistemas nos quais a punição a título culposo dependesse de expressa previsão legal. Ademais, tentou-se, sem sucesso, para contornar as objeções apresentadas, o recurso a figuras jurídicas de conteúdo indefinido como a inimizade ao direito e o são sentimento popular.

O finalismo, então, apresentou as teorias da culpabilidade, as quais representam uma depuração do conceito de culpabilidade, que passou a ser entendida como exclusivamente normativa, liberta de elementos psicológicos: dolo e culpa. A culpabilidade seria composta por três elementos, todos de caráter normativo: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude. A ausência desta – se escusável - excluiria a reprovabilidade, mas manteria íntegro o dolo. Se fosse inescusável, importaria em atenuação da culpabilidade.

As teorias extremada e limitada da culpabilidade diferem no que concerne às discriminantes putativas. Para a primeira das teorias, os erros sobre as causas de exclusão da antijuridicidade serão sempre erros de proibição. Por outro lado, para a teoria limitada, o erro incidente sobre os pressupostos de fato de uma causa de exclusão da antijuridicidade é erro de tipo permissivo. Ao revés, se recai sobre a existência ou os limites daquela causa, tem-se erro de proibição.

Saliente-se, neste passo, a superação da tradicional distinção entre erro de fato e erro de direito, uma vez mostrar-se inviável ao passo que não representa uma distinção essencial. Foi deslocado o critério definidor das espécies de erro para a natureza do objeto afetado pela ignorância ou pela falsa percepção da realidade.

O Código Penal brasileiro – a nosso sentir acertadamente – adotou a teoria limitada da culpabilidade após a reforma da parte geral do Código Penal de 1984. A razão para o tratamento distinto feito pela teoria limitada se impõe. Se há equívoco sobre os pressupostos de fato de uma causa de justificação, vê-se que o agente conduziu-se conforme a orientação do legislador, pois, se de fato existisse a situação suposta, estaria ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude. Por outro lado, quando a falsa representação incide sobre a existência ou os limites da dita causa de exclusão, não há dúvidas de que o sentido da conduta perpetrada destoa da orientação legislativa.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o tratamento dado à matéria da consciência da ilicitude não é uniforme. De início, destaque-se que poucos são os julgados acerca do tema – quarenta em aproximadamente quinze anos. Ademais, os diferentes Ministros Relatores assumem posições doutrinárias distintas e, por vezes, sequer justificam a filiação à corrente adotada, o que contribui para aumentar as incertezas no trato da matéria.

De fato, destoam opiniões que abraçam as teorias do dolo³⁵⁶ e aquelas que albergam as teorias da culpabilidade³⁵⁷. Por outro lado, divergem os julgadores quanto à natureza do conhecimento da ilicitude requerido para a perpetração do delito: meramente potencial³⁵⁸ ou atual³⁵⁹. Ademais, em certos julgados a consciência da ilicitude é utilizada para incrementar a pena-base³⁶⁰ e, em outros, esta possibilidade é afastada³⁶¹.

Não é possível, dada a riqueza das situações da vida cotidiana, prefixar de antemão aquelas em que se verifica o agir reprovável. Em outras palavras, é natural que se ofereça ao julgador do caso concreto uma margem de atuação e compreensão sem a qual poderiam advir notáveis injustiças.

Entretanto, considerando tratar-se de direito penal e notadamente de culpabilidade, o enfrentamento do tema da consciência da ilicitude merece maior atenção pelo Superior Tribunal de Justiça.

Referências

AGOSTINHO, Santo [Aurelius Agustinus]. **Diálogo sobre o Livre Arbítrio**. Tradução e introdução de Paula Oliveira e Silva. Lisboa: INCM, 2001.

ALMADA, Leonardo Ferreira. **Sentido ontológico do mal em Santo Agostinho**. Rio de Janeiro: UFRJ/IFCS, 2005. Orientador: Luiz Alberto Cerqueira. Dissertação (mestrado)- UFRJ/IFCS/Programa de Pós-graduação em Filosofia, 2005.

³⁵⁶ Por exemplo, *Habeas Corpus* n.ºs 106084, 122002 e 109831, Relatora Ministra Laurita Vaz.

³⁵⁷ A título de exemplo, recurso ordinário em *habeas corpus* n.º 4772, Relator Ministro Vicente Leal e Relator para Acórdão Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

³⁵⁸ *Habeas corpus* n.º 112894, Relator Ministro Og Fernandes.

³⁵⁹ O Ministro Og Fernandes tratou do tema no *habeas corpus* n.º 136470.

³⁶⁰ Como o Ministro Relator Hamilton Carvalhido, no julgamento do REsp 864163/RS1 e do HC 79379/GO.

³⁶¹ *Habeas corpus* n.º 83289, de relatoria da Ministra Jane Silva.

BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal**. Buenos Aires: B. de f., 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. Volume 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRANDÃO, Cláudio. A consciência da antijuridicidade no moderno direito penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 136, out-dez. 1997

_____. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**. n. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2005

_____. **Curso de direito penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CAMARGO, Chaves de. **Culpabilidade e Reprovação Penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CEREZO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español**. Parte General. Montevideu: B de f, 2008.

_____. **Derecho penal**. Parte General. Buenos Aires: B de f, 2008.

CHURCHLAND, Paul M. **Matéria e consciência**. Uma introdução contemporânea à filosofia da mente. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal. Parte General**. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanc libros, 1998.

CORRÊA, Tatiana Machado. Em busca de um conceito latino-americano de culpabilidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 75. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. v. II. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. **O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madri: La Ley Temas, 2008.

DOHNA, Alexander Graf Zu. **La ilicitud como característica general en el contenido de las acciones punibles**. Trad. Faustino Ballvé. Buenos Aires: Librería El Foro, 2000.

ELEUTÉRIO, Fernando. **Erro no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2006.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: B de f, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Buenos Aires, B de f, 2007.

JAKOBS, Günther. **Moderna Dogmática Penal**. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2008.

KINDHÄUSER, Urs. La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 72. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Rio de Janeiro: Briguier & C., 1899, t. I. p. 249.

LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de Direito Penal**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1985.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas**. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Comentada artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

MERKEL, Adolf. **Derecho penal. Parte general**. Buenos Aires: B. de f., 2004.

MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. T. II. Madri: Revista de Derecho Privado, 1935.

_____. **Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

PENTEADO, Jacques Camargo (Coord.). **Justiça Penal (crimes hediondos/erro de direito penal/juizados especiais)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoria del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962.

_____. **Una nueva concepción del delito**. La doctrina finalista. Barcelona: Ediciones Ariel, 1963.

RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade e teoria do erro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROXIN, Claus. Finalismo: uma balanço de seus méritos e deficiências. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n.º 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2000.

_____. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SILVA, Robson Antônio Galvão da. **O tratamento jurídico-penal do erro no direito penal socioeconômico**. Curitiba: PUC, 2009. Orientador: Rodrigo Sánchez Rios. Dissertação (mestrado)- PUC/Programa de Pós-graduação em Direito, 2009.

STAMFORD, Artur. **E por falar em Teoria Jurídica, onde anda a cientificidade do Direito?** Disponível: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=415. Acesso em: 31 ago. 2011.

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito (variações e tendências)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Culpabilidade e a problemática do erro jurídico penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 517/251, nov. 1978.

_____. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.