

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Bruno Medinilla de Castilho

A consciência da ilicitude no ordenamento jurídico-penal brasileiro

Mestrado em Direito

São Paulo

2023

Bruno Medinilla de Castilho

A consciência da ilicitude no ordenamento jurídico-penal brasileiro

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Penal, na área de concentração Direito Penal sob a orientação do Professor Doutor Guilherme de Souza Nucci.

São Paulo

2023

Bruno Medinilla de Castilho

A consciência da ilicitude no ordenamento jurídico-penal brasileiro

Mestrado em Direito

Banca examinadora:

Prof. Dr. Guilherme de Souza Nucci
(PUC-SP)

Prof. Dr. Christiano Jorge Santos
(PUC-SP)

Prof. Dr. Antônio Alberto Machado
(UNESP)

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Guilherme de Souza Nucci, o qual tenho a honra de chamá-lo de orientador, pela confiança em aceitar-me como seu orientando ao longo desses dois anos e meio de pesquisa e por não medir esforços na construção de um pretense penalista. Agradeço não apenas sua atenciosa e perspicaz orientação nesse período, mas, também, por todos os ensinamentos transmitidos durante o tempo que pude acompanhá-lo nas aulas de graduação, enquanto estagiário docente, e nas aulas do mestrado, enquanto aluno matriculado em sua disciplina. Meus mais sinceros agradecimentos.

À minha família, em especial aos meus pais e meus irmãos, por sempre acreditarem em mim e nos meus sonhos, apoiando-me incondicionalmente e zelando pela minha plena formação pessoal, acadêmica e profissional. Serei eternamente grato por se fazerem presentes, de diversas maneiras, em minha trajetória.

Aos meus amigos, por não me deixarem esquecer que há vida para além da academia, e por me incentivarem fielmente quando as agruras e incertezas dos estudos pareciam tomar dimensões homéricas.

Aos meus colegas de trabalho, por todos os hercúleos aprendizados transmitidos diuturnamente dentro e fora do escritório, e por compreenderem, genuinamente, minhas relativas abdições em prol da vida acadêmica.

Por fim, em nome de todos os professores da casa, com os quais tive o prazer de amadurecer e adquirir conhecimento, agradeço à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, que me acolheu de maneira tão sensível e cordial.

“Não tinha o direito de me mostrar afetuoso, de ter boa vontade. E tentei continuar a escutar, pois o procurador começou a falar da minha alma. Dizia que se debruçara sobre ela e que nada encontrara, senhores jurados. Dizia que, em boa verdade, eu não tinha alma e que nada de humano, nem um único dos princípios morais que existem no coração dos homens, me era acessível. ‘Não poderíamos sem dúvida censurar-lhe uma coisa destas’, acrescentou. ‘O que ele não teria possibilidades de adquirir, não podemos queixar-nos de que lhe falte. Mas no que se refere a este caso, a verdade negativa da tolerância deve transformar-se na virtude menos fácil, mas mais elevada da justiça. Sobretudo quando o vazio de um coração como o que descobrimos neste homem se torna num abismo onde a sociedade pode sucumbir’. Foi então que começou a falar outra vez da minha atitude para com a mãe” (CAMUS, 1979, p. 272)

RESUMO

O ordenamento jurídico-penal pátrio encontra-se marcado, através de múltiplos diplomas normativos, por uma série de condutas tipificadas como infrações penais, exigindo-se do brasileiro comum um conhecimento do que é ilícito, em nível penal, que, não raras as vezes, mostra-se questionável na prática. Diante disso, o objetivo principal deste estudo constituiu-se em analisar a adequação da atual percepção da consciência da ilicitude na construção da realidade brasileira. Partindo-se do método de abordagem dedutivo e de procedimentos metodológicos que se baseiam na realização de pesquisas bibliográficas, por meio de livros, teses, dissertações e artigos científicos, inicialmente, buscou-se definir o princípio constitucional penal da culpabilidade e seu alcance em relação às elementares do crime. Posteriormente, pensou-se a culpabilidade como elemento do crime, com base nas três principais teorias da ação, para, então, investigar os mais relevantes aspectos envolvendo o erro de proibição sob a óptica da teoria finalista, com destaque às distinções entre o referido instituto e a atenuante de desconhecimento da lei. Por fim, alcançando o âmago da presente pesquisa, estudou-se a realidade brasileira em termos de legislação penal, constatando-se, a partir da análise de diversas leis, em um cenário de hipertrofia legislativa e de idealização do erro de proibição, a insuficiência da potencial consciência da ilicitude para avaliar a culpabilidade do agente, sendo necessária, no contexto que se desenha, a diferenciação entre o ilícito em geral e o ilícito penal, à luz da teoria moderna, e a ampliação do debate acerca da perspectiva ontológica da liberdade. Por meio da pesquisa jurisprudencial do tribunal bandeirante, do Tribunal Regional Federal da Terceira Região e dos tribunais superiores, realizada com o fito de contrastar o que se concluiu teoricamente, pôde-se atestar que a temática em tela encontra-se pouco explorada, evidenciando aglutinações de conceitos distintos e a atribuição de uma responsabilidade penal que, de fato, despreza a culpabilidade, no sentido do conhecimento do ilícito pelo agente.

Palavras-chave: Conhecimento. Ilícito. Responsabilidade penal. Culpabilidade. Erro de proibição.

ABSTRACT

The Brazilian legal-penal system is marked, through multiple normative diplomas, by a series of conducts typified as criminal offenses, requiring from the common Brazilian a knowledge of what is illegal, at the penal level, which, not rarely, proves to be questionable in practice. In light of this, the main objective of this study was to analyze the adequacy of the current perception of the awareness of illegality in the construction of the Brazilian reality. Using the deductive approach and methodological procedures based on bibliographical research through books, theses, dissertations, and scientific articles, we initially sought to define the constitutional penal principle of guilt and its reach in relation to the elements of the crime. Subsequently, we thought about guilt as an element of the crime, based on the three main theories of action, and then investigated the most relevant aspects involving the error of prohibition from the point of view of the finalist theory, with emphasis on the distinctions between this institute and the mitigating factor of ignorance of the law. Finally, reaching the core of the present research, the Brazilian reality in terms of criminal legislation was studied, verifying, from the analysis of various laws, in a scenario of legislative hypertrophy and idealization of the error of prohibition, the insufficiency of the potential awareness of illegality to evaluate the guilt of the agent, being necessary, in the context that is drawn, the differentiation between the illicit in general and the criminal illicit, in the light of modern theory, and the expansion of the debate about the ontological perspective of freedom. By means of the jurisprudential research of the bandeirante court, federal court of the third region and the higher courts, carried out with the purpose of contrasting what was theoretically concluded, it could be attested that the theme in question is little explored, evidencing the agglutination of distinct concepts and the attribution of a penal responsibility that, in fact, despises culpability, in the sense of the agent's knowledge of the illicit act.

Keywords: Knowledge. Illicit. Criminal liability. Culpability. Error of prohibition.

LISTA DE FIGURAS

Gráfico 1 – Erro de proibição no Superior Tribunal de Justiça.....	105
Gráfico 2 – Erro de proibição no Supremo Tribunal Federal.....	107

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL PENAL DA CULPABILIDADE E SUA ABRANGÊNCIA EM RELAÇÃO ÀS ELEMENTARES DO CRIME	12
2.1 A importância dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico	12
2.2 O princípio constitucional penal da culpabilidade: natureza, graus de amplitude segundo a doutrina e conceito adotado	15
2.2.1 Natureza do princípio	15
2.2.2 Graus de amplitude segundo a doutrina e conceito adotado	18
3 A CULPABILIDADE COMO ELEMENTO DO CRIME SOB O PRISMA DAS TEORIAS DO CAUSALISMO, DO FINALISMO E DO FUNCIONALISMO	24
3.1 A teoria causalista da ação	24
3.1.1 As teorias psicológica e psicológico-normativa da culpabilidade	27
3.2 A teoria finalista da ação	32
3.2.1 A teoria normativa pura da culpabilidade	37
3.3 A teoria funcionalista da ação	40
3.3.1 Uma nova proposta de abordagem à culpabilidade	42
4 OS PRINCIPAIS ASPECTOS ENVOLVENDO O ERRO DE PROIBIÇÃO SOB A ÓPTICA DA TEORIA FINALISTA DA AÇÃO	46
4.1 Breves considerações sobre o erro em matéria penal	46
4.2 Os principais contornos do erro de proibição inseridos na teoria finalista da ação	47
4.2.1 Breves distinções em relação ao erro de fato e ao erro de direito de matrizes causalista	56
4.3 Distinções entre o erro de proibição e a atenuante de desconhecimento da lei	62
4.4 Os níveis de exigência em torno da consciência da ilicitude	65
5 A ATRIBUIÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL AO AGENTE À LUZ DOS CONCEITOS TRABALHADOS	72
5.1 A realidade brasileira em termos de legislação penal	72
5.2 A potencial consciência da ilicitude e sua (in)suficiência para avaliar a culpabilidade do agente	80
5.3 A necessária diferenciação por parte do agente entre o ilícito em geral e o ilícito penal	94
5.4 A jurisprudência do tribunal bandeirante, do Tribunal Regional Federal da Terceira Região e dos tribunais superiores no tocante ao erro de proibição	101
6 CONCLUSÃO	110
REFERÊNCIAS	114

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar a adequação da atual percepção da consciência da ilicitude na construção da realidade brasileira.

Entre os objetivos secundários da pesquisa estão (i) definir o princípio constitucional penal da culpabilidade e seu alcance em relação às elementares que compõem a estrutura tripartite do crime; (ii) pensar a culpabilidade como elemento do crime, diferenciando-a do princípio constitucional, com base nas teorias causalista, finalista e funcionalista da ação; (iii) traçar a gradual relevância da qual o erro sobre a ilicitude do fato passou a gozar no ordenamento jurídico-penal pátrio, a partir das teorias psicológica, psicológico-normativa e normativa pura da culpabilidade; (iv) compreender os principais aspectos do erro de proibição, calcado na culpabilidade como elemento do crime sob a óptica da teoria finalista da ação; (v) realizar distinções teóricas necessárias para a efetiva compreensão e aplicação da sistemática do erro de proibição e de institutos correlatos; (vi) refletir acerca do conhecimento do ilícito em geral e do ilícito penal para aferição da culpabilidade; e (vii) analisar a jurisprudência do tribunal bandeirante, do Tribunal Regional Federal da Terceira Região e dos tribunais superiores, após ter definido todos os conceitos relativos ao tema, com o fito de contrastar o resultado da pesquisa com o que se defende.

É inconteste a existência, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, de diversos diplomas normativos vigentes voltados a tipificar condutas compreendidas como infrações penais. Soma-se, a esse aspecto, o crescente número de leis da mesma natureza que são promulgadas diuturnamente e que passam a incorporar a sistemática atual em um movimento de verdadeira hipertrofia legislativa. Em meio a esse cenário, todavia, questiona-se: pode-se dizer que a potencial consciência da ilicitude encontra-se presente, de fato, no âmago do agente que pratica determinado ilícito penal? Isso porque, para além do referido contexto jurídico-penal, tem-se, na realidade brasileira, abismos incomensuráveis de matrizes social, educacional, econômica, política, informacional e cultural, os quais reforçam a necessidade de se refletir acerca da problemática narrada. Quer-se exigir do brasileiro comum um conhecimento do *certo e do errado*, em nível penal, que, em determinados casos, pode ser impossível na prática.

Pensa-se, outrossim, sob esse prisma, na guinada contemporânea de elaboração de normativas na seara administrativa, que, em muitos casos, se confundem com a própria sanção penal, por salvaguardarem os mesmos bens jurídicos ou, em determinadas situações, bens

jurídicos de relevância superior. Seria suficiente, então, nesse contexto, o conhecimento, por parte do agente, do ilícito em geral, em detrimento do ilícito penal? Entende-se que essa reflexão deve ser encarada, de maneira crítica, sob o recorte da realidade brasileira.

Nessa toada, em que pese haver certo consenso quanto à análise jurisprudencial das principais questões do ramo jurídico, entende-se prudente contrastar o que se investigará teoricamente com a abordagem conferida ao tema pelo tribunal bandeirante, pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região e pelos tribunais superiores. Há que se compreender a frequência com que esses tribunais exploram o objeto central da pesquisa, e a forma como se encara a problemática que se revela, sobretudo porque, não raro, se nota, entre os operadores do Direito, a confluência equivocada de institutos altamente distintos, como ocorre com a atenuante de desconhecimento da lei e o próprio erro de proibição. Assim, indaga-se: está-se condenando pessoas por crimes dos quais os agentes efetivamente têm noção de ser ilícito?

É preciso partir, então, a fim de que se confira uma abordagem ampla à matéria, do princípio constitucional penal que se correlaciona umbilicalmente com o trabalho, qual seja, o princípio da culpabilidade. O primeiro capítulo, pois, apresenta a temática relacionada ao princípio constitucional penal da culpabilidade e sua abrangência em relação às elementares do crime, de modo a discorrer, em um primeiro momento, acerca da importância dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico e, posteriormente, acerca do princípio propriamente dito. Pretende-se investigar, desse modo, a sua natureza e, principalmente, seus graus de amplitude de acordo com a doutrina. Tal se faz necessário em razão do objeto central da pesquisa, isto é, a consciência da ilicitude, repousar na culpabilidade, entretanto, trata-se da culpabilidade como elemento do crime, devendo-se, portanto, compreender a forma como a doutrina o aborda e ponderar o conceito adotado no trabalho.

O capítulo seguinte, assim, apresenta a culpabilidade como elemento do crime sob o olhar das três principais teorias da ação, isto é, o causalismo, o finalismo e o funcionalismo. Pretende-se, dessa forma, ingressar, gradativamente, na culpabilidade como elemento do crime, diferenciando-a, na medida que se fizer necessário, do princípio previamente estudado, e assimilar as principais características que a compõem à luz das respectivas teorias da culpabilidade, quais sejam, a psicológica, a psicológica-normativa e a normativa pura. Com isso, visa-se a consolidar a construção da consciência da ilicitude a partir de uma abordagem que, embora precipuamente histórica, não deverá seguir o critério cronológico em sua integralidade, de modo a permitir determinadas digressões e retomadas que possibilitem uma compreensão holística do tema, como a correlação direta do princípio estudado inicialmente com cada teoria da ação trabalhada no capítulo seguinte.

O capítulo posterior será responsável por conter os principais aspectos envolvendo o instituto do erro de proibição sob a óptica da teoria finalista da ação e da respectiva teoria da culpabilidade abordada anteriormente, adotadas como referencial na presente pesquisa. Apresenta-se as considerações sobre o erro em matéria penal e os principais contornos do erro de proibição inseridos na teoria finalista da ação, distinguindo-o das concepções consagradas pela corrente causalista. Posteriormente, há que se tecer as diferenças mais relevantes entre o erro de proibição e a atenuante genérica de desconhecimento da lei, vez que capazes de deturpar a efetiva aplicação da consciência da ilicitude, bem como refletir acerca dos níveis de exigência em torno desta, com a finalidade de assimilar as problemáticas posteriormente abordadas.

O último capítulo, assim, se apoia nos critérios formulados para examinar a realidade brasileira em termos de legislação penal e pensar a potencial consciência da ilicitude e sua (in)suficiência para avaliar a culpabilidade do agente, de modo a analisar amplo escopo normativo criticamente. Em seguida, refletir-se-á sobre a necessária diferenciação por parte do agente entre o ilícito em geral e o ilícito penal, com fulcro na realidade jurídica que se coloca, e, por fim, debruçar-se-á sobre a jurisprudência do tribunal bandeirante, do Tribunal Regional Federal da Terceira Região e dos tribunais superiores no tocante ao erro de proibição.

Em termos metodológicos, a dissertação parte de uma abordagem hipotético-dedutiva e se utiliza dos procedimentos metodológicos monográfico e estruturalista, que se baseiam na realização de pesquisas bibliográficas, por meio de livros, teses, dissertações e artigos científicos. A escolha da abordagem hipotético-dedutiva se justifica em virtude da necessidade de compreender o instituto da consciência da ilicitude a partir do discurso jurídico-penal que o sustenta, especificamente no que diz respeito à possibilidade de se atingir o conhecimento do ilícito que se pratica.

Os métodos de procedimento monográfico e estruturalista se justificam na medida em que se ampara em pesquisa documental e bibliográfica centrada em estudos penais acerca dos princípios constitucionais, das teorias da ação, das teorias da culpabilidade, do erro de proibição, dos diplomas normativos pertinentes e dos dados atinentes à sociedade brasileira. É somente de posse de todas essas informações e construções que se torna possível a tentativa de analisar a adequação da atual percepção da consciência da ilicitude na construção da realidade brasileira. A utilização do método de pesquisa jurisprudencial, ao final, possibilitará contrastar o resultado da pesquisa com o que se pesquisou teoricamente.

O presente trabalho, portanto, fomenta o debate acerca da consciência da ilicitude, em matéria penal, à luz do ordenamento jurídico-penal brasileiro, oferecendo uma visão crítica sobre o seu enfrentamento diante da realidade brasileira.

2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL PENAL DA CULPABILIDADE E SUA ABRANGÊNCIA EM RELAÇÃO ÀS ELEMENTARES DO CRIME

A fim de compreendermos os aspectos do princípio constitucional penal da culpabilidade, principalmente no que toca à sua natureza e aos seus graus de abrangência em relação às elementares do crime, cediço refletir, inicialmente, acerca da importância da qual os princípios constitucionais em geral gozam no ordenamento jurídico pátrio. Esse estudo se mostra necessário na medida em que se constata a ressignificação, ainda recente, em termos históricos, pelas quais eles passaram, sobretudo no atinente à força normativa antes inexistente.

Toda essa análise possibilitará assimilar a roupagem constitucional que reveste o presente trabalho, antes de se adentrar nos meandros da culpabilidade como componente da estrutura tripartite do delito sob a óptica das três principais teorias da ação e, posteriormente, às suas particularidades, no que se refere ao *erro de proibição* à luz da teoria finalista da ação.

2.1 A importância dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico

Sabe-se que a Constituição Federal brasileira de 1988 pode ser definida como um “conjunto de normas e princípios consubstanciados num documento solene estabelecido pelo poder constituinte e somente modificável por processos especiais previstos no seu texto”¹. Embora parte da doutrina constitucionalista divirja acerca das distinções teóricas existentes entre as categorias de *norma*, *regra* e *princípio* – termos embutidos na própria conceituação de Constituição –, é certo que esse último possui extrema relevância no que tange à estrutura do ordenamento jurídico.

Tem-se, de acordo com grande parte da doutrina – posicionamento o qual nos parece correto –, que a *norma* constitui um sentido de interpretação sistemática de textos normativos, podendo expressar-se por meio de regras ou princípios. Já a *regra*, por sua vez, pode ser considerada um padrão de comportamento, responsável por viabilizar a vida em sociedade pela prática social, subdividindo-se em *primárias*, quando impõem deveres e obrigações, e *secundárias*, quando atribuem poderes². O *princípio*, por sua vez, pode ser reverenciado como a base do ordenamento jurídico, consolidando-se, hodiernamente, em “núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais”³.

¹ SILVA, José Afonso da. **Os princípios constitucionais fundamentais**, p. 17.

² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 26.

³ SILVA, *op. cit.*, p. 18.

De maneira mais clara, pode-se dizer que a diferença entre as regras e os princípios reside no fato de que a regra se atine necessariamente a casos concretos, ao passo que os princípios norteiam uma múltipla possibilidade de situações. Assim, se a hipótese de incidência de uma regra encontra-se devidamente preenchida, ela deve ser considerada válida, logo aceita, ou inválida, logo inaplicável. Em eventual colisão entre elas, uma deve ser considerada inválida. O mesmo não acontece com os princípios, já que eles não determinam uma decisão, mas expressam fundamentos, que podem ser aliados a outros provenientes e sopesados, sendo que a prevalência de um não invalida a existência do outro⁴.

Entende-se que a violação a um princípio, por exemplo, pode ser interpretada como conduta até mais grave do que a transgressão a uma regra, “porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”⁵. É certo, porém, que o nível de importância conferido aos princípios nunca foi o mesmo ao longo da história, diferenciando-se de acordo com três fases marcantes: o jusnaturalismo, o positivismo e o pós-positivismo.

A partir do século XVI, as crenças em um *direito natural*, isto é, de que havia direitos inerentes ao próprio homem, independentemente de um comando estatal, conferiam aos princípios uma interpretação sob o prisma sugestivo, de uma direção a ser seguida, sem expressar qualquer aplicabilidade e sempre atrelado à essência do Homem. Com isso, os princípios correspondiam a uma sugestão fora da esfera jurídica, primordialmente abstrata, carente de normatividade. Destaca-se, nesse momento histórico, a função filosófica dos princípios, responsáveis por fundamentar, por exemplo, a ideia de *Justiça*, porém sem aplicabilidade concreta⁶.

Já no século XX, o positivismo jurídico passou a conferir maior amplitude aos princípios, malgrado ainda os limitando às normas formalmente emanadas pelo Estado. Diante da insuficiência do método jusnaturalista, houve sua inserção no sistema jurídico, porém tão somente com eficácia supletiva, ou seja, preenchendo lacunas nos casos de omissão legislativa. Ademais, limitavam-se às questões formais, distanciando-se de valores axiológicos, uma vez que “os positivistas não consideram possível o exame de valores, que seriam subjetivos, decorrentes meras emoções etc. Daí não considerarem possível o estudo da Justiça, afastando-a de suas preocupações científicas”⁷.

⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 28.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p. 54.

⁶ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do direito**, p. 27.

⁷ *Ibid.*, p. 40.

A insuficiência do modelo positivista, principalmente no período pós-guerra, durante o qual não se analisava o conteúdo material da norma, mas apenas sua formalidade, cedeu espaço à síntese dialética entre o direito natural e o direito positivo, interligando a *Moral* e o *Direito*, cenário no qual eles passaram a desfrutar de um certo padrão normativo ao lado das *regras*, em verdadeiras espécies de normas jurídicas. Tem-se, assim, que:

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética⁸.

Essa postura humanística e teleológica de encarar o Direito consagra a denominada *constitucionalização dos princípios*, de modo a incluí-los não apenas nos casos de omissão, mas também naqueles previstos no próprio texto constitucional, incidindo como fonte para os julgamentos, em uma verdadeira ruptura do paradigma tradicional.

No Brasil, foi com o advento da Carta Política de 1988 que eles passaram a ser reconhecidos como verdadeiras normas com eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata⁹. Nesse contexto, que se fortificou a partir da década de 70, e no qual estamos inseridos atualmente, tem-se que “um princípio [...] enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção”¹⁰ e que representa “os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional”¹¹.

É nesse período de renovação da concepção clássica de constitucionalismo que se pode apontar a centralidade dos direitos fundamentais, amplamente incluídos nos textos políticos dos países e, inclusive, na Carta Política de 1988. A dignidade da pessoa humana, calcada nos marcos tradicionais da tradição judaico-cristã, no Iluminismo e no período pós Segunda Guerra, passa a ser vista como princípio-fundamento, identificando-se, simultaneamente, como valor intrínseco ao homem, garantidora da autonomia individual e limitada por valores comunitários¹². Todo esse arcabouço centrado no princípio da dignidade humana, em uma era

⁸ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, p. 147.

⁹ *Ibid.*, p. 149.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 41.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 289.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, p. 67-68.

pós-positivista, conecta-se com princípio constitucional penal da culpabilidade, abordado a seguir.

Ademais, notar-se-á, mais adiante, que esse *status normativo* gera diversos reflexos, inclusive quando se discute eventual violação a dado princípio em razão de determinada interpretação dogmática.

2.2 O princípio constitucional penal da culpabilidade: natureza, graus de amplitude segundo a doutrina e conceito adotado

Compreendidos os principais aspectos, em uma perspectiva geral, conferidos aos princípios em um cenário constitucional, passa-se ao estudo específico do princípio constitucional penal da culpabilidade, diante do qual trabalhar-se-á, inicialmente, sua natureza e, posteriormente, os graus de amplitude estabelecidos pela doutrina, de modo a fixar o conceito adotado neste trabalho.

2.2.1 Natureza do princípio

Dentre as diversas formas de classificação de um princípio, tem-se a possibilidade de agrupá-los de acordo com sua previsão legal, subdividindo-se, genericamente, em *explícitos* e *implícitos*. O primeiro grupo refere-se àqueles previstos expressamente na Carta Política, ao passo que o segundo, àqueles contidos em leis infraconstitucionais, que estão numa posição hierarquicamente inferior à Constituição, mas reconhecidos e em plena consonância com esta¹³. Esse é o caso do princípio constitucional penal da culpabilidade, objeto deste capítulo.

Há, deve-se pontuar, distinções entre princípios constitucionais – mesmo que implícitos – e princípios meramente legais. Os primeiros, como o próprio nome revela, estão atrelados à Constituição Federal, ou seja, às normas fundamentais que regem o Estado, o qual, na Constituição Federal de 1988, classifica-se como Democrático de Direito. Representam, pois, valores absorvidos da própria Constituição escrita. Já os princípios meramente legais podem ser extraídos do sistema legal em uma interpretação global, possuindo como escopo, na maioria das vezes, diplomas infraconstitucionais.

Em termos constitucionais, embora não esteja expresso na Constituição Federal de 1988, o fundamento do princípio da culpabilidade encontra-se implícito no princípio corolário da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III). Isso porque, tal como será delineado, o

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1.128-1.131.

Direito Penal não se destina “a punir qualquer tipo de erro ou de lesão, mas somente as que advierem de dolo ou culpa, ambos elementos subjetivos passíveis de incriminação”¹⁴. Esse pressuposto, encarado sob o prisma da Teoria do Crime, confere garantia humana fundamental ao indivíduo, porquanto extraído do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵, expressamente previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Pode-se asseverar, ainda, que o caráter constitucional do princípio encontra-se em diversas Constituições, como a da Itália (artigo 27), da Costa Rica (artigo 39), da Nicarágua (artigo 34), da Bolívia (artigo 16), dentre outras. Na Constituição Federal de 1988, poder-se-ia interpretá-lo, também, por meio do artigo 5º, incisos XVII (que exige o trânsito em julgado para considerar alguém culpado) e XLVI (que versa a respeito da individualização da pena)¹⁶.

Conceitualmente, nota-se que a dignidade da pessoa humana nasceu de uma acepção religiosa, segundo a qual o homem fora criado à imagem e semelhança de Deus. Com o advento do movimento iluminista, das conquistas obtidas por meio da Revolução Francesa de 1789 e do estabelecimento do ser humano como centro do escopo valorativo, a Filosofia passou a considerá-la em estrita correlação com a razão e com a possibilidade de autodeterminação do indivíduo, entendimento que foi intensificado, como objetivo político a ser perseguido pelo Estado e pela sociedade, no decorrer do século XX. Porém, foi apenas com o término da Segunda Guerra Mundial, em 1945, que o referido conceito passou a gozar de *status* principiológico-jurídico, tendo em vista, primordialmente, a reaproximação do Direito e das filosofias moral e política e, também, a inclusão da dignidade da pessoa humana em diversos diplomas internacionais, a citar as constituições do Japão, da Itália, de Portugal, da Espanha, da África do Sul, do Canadá, da Hungria, dentre outras¹⁷.

Tem-se, portanto, que o aludido conceito, embora vago e impreciso, uma vez que a ideia de dignidade humana varia consideravelmente no tempo e no espaço, mostra-se valioso à argumentação jurídica traçada em sede de uma democracia constitucional. Sua acepção se torna ainda mais imperiosa no âmbito do Direito Penal, aqui considerado, dado que a ideia de *bom, justo e virtuoso*, intimamente relacionada ao princípio em tela, norteia a aplicação da pena em harmonia com os direitos humanos e fundamentais de bases democráticas. É o que se extrai, por exemplo, do artigo 5º, inciso XLVII, da Carta Magna, o qual prevê que “não haverá penas:

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, p. 316.

¹⁵ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general, p. 97.

¹⁶ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**, p. 38.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**, p. 62-63.

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”¹⁸.

Há, registre-se, distinções entre *princípios de direito penal constitucional e princípios (ou valores) constitucionais pertinentes à matéria penal*. Enquanto os primeiros possuem um conteúdo propriamente ligado à seara penal, a citar a legalidade do crime e a individualização da responsabilidade – categoria na qual, opina-se, também se enquadra o princípio da culpabilidade –, os demais se atêm a matérias que apresentam relevo constitucional, como a economia e a administração pública, mas que, em sua heterogeneidade, não se ligam diretamente ao Direito Penal, contribuindo para a forma penal de tutela¹⁹.

Embora a dignidade da pessoa humana ocupe posição central em relação ao princípio da culpabilidade, não se olvida que o aforismo *não há pena sem culpa* deriva também do pensamento liberal iluminista baseado no princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988), o qual tem, dentre seus objetivos principais, o de afastar a responsabilidade penal objetiva.

Com a *Revolução Francesa* e com a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, ambos de 1789, a luta pela liberdade, contra o absolutismo e a favor dos ideais de legalidade e igualdade formal, ganhou traços de suma importância. Isso significa, como se passou a configurar, que o Estado Democrático de Direito repousa sob o manto da legalidade, isto é, que a liberdade, e também a propriedade privada, poderiam sofrer intervenções e limitações somente quando fosse permitido por uma lei aprovada pela representação popular, à qual o soberano também devia obediência²⁰. É nessa toada do contratualismo iluminista que se delimita o poder injusto do Estado, tal como se tem atualmente, conforme a própria Constituição Federal.

Em uma visão axiológica, que nega a vinculação da lei a uma suposta ontologia criminosa, como propunham, por exemplo, os deterministas, tem-se um entendimento, ao qual aqui se filia, de que o delito provém, na realidade, de um conceito atribuído e reconhecido pela legislação, e não de uma característica que antecede a própria existência do indivíduo²¹. A denominada *legalidade estrita*, então, para além da simples descrição do texto legal, deve ser interpretada como um instrumento de garantia individual, dialogando, assim, com o princípio constitucional penal da culpabilidade.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**, p. 81-86.

¹⁹ PALAZZO, Francesco. **Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado**, p. 22-23.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 97.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 29.

2.2.2 Graus de amplitude segundo a doutrina e conceito adotado

Compreendida a natureza do princípio constitucional penal da culpabilidade, mormente no que toca às raízes dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da legalidade, analisar-se-á, pois, seus graus de amplitude segundo a doutrina, de maneira a compreendê-lo em suas múltiplas vertentes a fim de se possibilitar a sua delimitação, traçando o conceito adotado neste trabalho.

Na própria linguagem coloquial, o termo *culpa* é comumente utilizado para atribuir a outrem um fato ou um acontecimento censurável. Questiona-se, todavia, no cenário jurídico, se seu emprego está associado a um fenômeno psíquico, a um juízo que se emite a respeito de algo ou, ainda, se seu objeto é a pessoa do criminoso ou apenas o fato episódico na vida de quem praticou o delito²².

As dimensões atribuídas ao termo *culpa*, nota-se, relacionam-se mais diretamente ao termo derivado dela *culpabilidade*, ao qual podem ser conferidos diversos sentidos.

De acordo com grande parte dos doutrinadores – corrente à qual aqui se filia – o termo *culpabilidade* apresenta três sentidos consagrados. O primeiro deles relaciona-se à difundida e corriqueira ideia da imprescindibilidade do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para a imputação penal. Já os outros dois se relacionam à Teoria do Crime e à aplicação da pena, respectivamente. Na óptica do primeiro, constitui elemento do crime, sendo integrada, conforme a teoria finalista da ação – sobre a qual se realizará uma análise mais detida no capítulo seguinte, correlacionando-a, no que couber, com o princípio em tela –, pela imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Sob o ponto de vista do segundo, é utilizada para fundamentar a fixação da pena-base, no bojo do critério trifásico, sendo o termo empregado em sentido lato, ligado à reprovação social do crime e do seu autor²³.

Distinções mais precisas e mais profundas, no que se referente à culpabilidade como elemento do crime, sob a óptica das três principais teorias da ação, serão realizadas no capítulo seguinte. Cabe, neste momento, estudar as principais vertentes do termo *culpabilidade*, compreendendo em qual medida se atrela ao princípio constitucional penal.

Nesse contexto, entende-se que:

A expressão culpabilidade é usualmente empregada como conteúdo de princípio ou como estrutura no conceito analítico de crime.

²² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, p. 216.

²³ FAVORETTO, Affonso Celso. **Os princípios constitucionais penais**, p. 151-153.

O princípio da culpabilidade estaria implícito na Constituição, como consequência do fundamento de tutela à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), e teria ao menos dois sentidos consagrados:

- 1) Vedação de responsabilidade objetiva [...] e
- 2) Proporcionalidade da pena: o mal da pena deve ser proporcional ao mal do crime [...]

O terceiro sentido da culpabilidade não se coloca como princípio, mas sim como estrutura do conceito analítico do crime: culpabilidade significaria censurabilidade, reprovabilidade do autor que poderia e deveria ter agido de modo diverso do injusto praticado²⁴.

Com razão, pode-se mencionar, mesmo que em menor escala, a questão da proporcionalidade atrelada ao princípio sob exame, uma vez que intimamente relacionada à responsabilidade subjetiva e, conseqüentemente, ao princípio expresso da dignidade da pessoa humana. O princípio constitucional penal da culpabilidade funciona como limitador punitivo do Estado, intervindo diretamente no seu *ius puniendi* com a finalidade de amparar o indivíduo contra atividades arbitrárias que, além de desconsiderarem o elemento subjetivo, se distanciam da proporcionalidade e da razoabilidade.

Tem-se, portanto, sob a óptica principiológica, *culpabilidade* e *responsabilidade subjetiva* como sinônimos. Embora considerado apenas em uma fase já evoluída da história do homem, esse princípio já apresentava alguns resquícios em tempos mais remotos, como na lei das XII Tábuas, na qual se exige a presença do dolo para algumas espécies delituosas pontuais, a citar os crimes de magia, infidelidade do patrono e injúria. Em Roma, excluía-se a responsabilidade penal dos insanos e dos menores, como se nota no clássico texto do Imperador Marco Aurélio relativo a Elio Prisco²⁵.

Mister pontuar que parte da doutrina, na tentativa de distanciar teoricamente o fundamento primordial do princípio constitucional penal da culpabilidade dos demais sentidos atrelados à ideia de culpabilidade, nomeia-o como *princípio da responsabilidade penal subjetiva*, sem nomeá-lo de *culpabilidade*, limitando-se a interpretá-lo a partir do artigo 19, do Código Penal, isto é, a partir da vertente da vedação à responsabilidade penal objetiva. Para tal, tem-se que do elemento subjetivo não se prescinde e que a responsabilidade pelo fato de outrem deve ser rechaçada. Há, entretanto, segundo se recorda, vestígios da responsabilidade penal objetiva nos casos de rixa qualificada e de punição às infrações praticadas em estado de embriaguez voluntária ou culposa²⁶. Apesar de se entender que a manutenção do termo *culpabilidade* não altera a essência do princípio, não se vislumbra maiores equívocos em

²⁴ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Culpabilidade. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). **Direito penal**, n.p.

²⁵ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**, p. 35.

²⁶ MASSON, Cléber. **Direito penal**: parte geral, p. 144.

denominá-lo da referida maneira, já que seu bojo é justamente de subjetividade da responsabilização em matéria penal.

Entretanto, há quem vá mais além e considere a coexistência do princípio da culpabilidade, contrapondo-o com o que se denomina de *princípio de imputação pessoal subjetiva*. O tratamento dicotômico, de modo a diferenciá-los, pauta-se no fato de que a culpabilidade restringir-se-ia à reprovação pessoal da conduta praticada ilicitamente, diante da qual “a possibilidade concreta de atuar de outro modo constitui seu fundamento. Constitui [portanto] limite e fundamento da pena”²⁷. Ainda, no aspecto de fundamento da pena, também relacionado ao princípio da culpabilidade, a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade. Já o *princípio da imputação pessoal subjetiva*, por sua vez, teria a sua tradução por meio da velha máxima *não há crime sem dolo ou culpa*, afastando-se a responsabilidade penal pelo resultado.

Com o máximo respeito, não se concorda, aqui, com esse posicionamento. Notar-se-á, no transcorrer desta pesquisa, que embora tenha havido uma guinada interpretativa na teoria da ação e os elementos que a compõem também tenham sido reinterpretados, o princípio constitucional penal da culpabilidade ainda é um parâmetro para evitar a responsabilidade objetiva, dialogando diretamente com a proporcionalidade da pena aplicada e constituindo um dos mais importantes mecanismos de proteção ao indivíduo²⁸. Não se conclui, portanto, que alterar o termo para figurar o princípio seja o melhor caminho.

A produção histórica do princípio da culpabilidade, em primeiro lugar, contribuiu hodiernamente à vedação à responsabilidade penal objetiva, isto é, pelo resultado, e à difusa, como acontecia, por exemplo, nos primórdios da legislação babilônica. Em segundo plano, também, para alguns, se constrói uma exigência calcada na reprovabilidade da conduta do sujeito, a qual passa a funcionar como fundamento e limite da pena, em verdadeira intranscendência e individualização²⁹. Nota-se, pois, que alguns autores concedem maior grau de amplitude ao princípio constitucional penal da culpabilidade, atrelando-o diretamente às supracitadas projeções da *culpabilidade* ligadas à Teoria do Crime, dado que, sob esse olhar, o “princípio de culpabilidade representa uma garantia fundamental dentro do processo de atribuição de responsabilidade penal, repercutindo diretamente na composição da culpabilidade enquanto categoria dogmática”³⁰.

²⁷ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte geral, p. 274.

²⁸ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral, p. 25.

²⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 103.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, p. 152.

Isso significa, sob esse prisma, que o princípio estaria relacionado, em primeiro lugar, ao juízo de censura ou juízo de reprovabilidade, que se realiza em face da conduta típica e ilícita. Deveria ter como norte a possibilidade de agir conforme o direito por parte do agente que nas condições que se encontrava, embora a possuísse, preferiu agir de modo contrário. Essa concepção atrela-se diretamente ao juízo sobre a formação de vontade do agente, principalmente no que toca ao livre-arbítrio³¹.

Nesse sentido, para quem assim o compreende, o incremento em torno do conceito de *culpabilidade como elemento do crime* confunde-se com o próprio princípio constitucional, o qual, é importante observar, deve precipuamente preservar incólume a vedação da responsabilidade penal objetiva, e não ser alargado para abarcar os outros sentidos que o termo possa expressar em nome da denominada *descriminalização indireta*. Da manipulação do conceito de *culpabilidade*, tem-se que “quanto mais este se enriquece, com novas exigências, tanto menos se toma a necessária a aplicação da pena criminal”³². Com isso, para quem assim o entende, pode-se inferir que:

Se é certo dizer que hoje o princípio da culpabilidade tem guarida no direito constitucional, na ciência penal e nos ordenamentos jurídico-penais dos mais diversos países, também é certo que a dogmática penal moderna não coro sobre muitos aspectos do princípio da culpabilidade. Outras tantas complicações decorrem daí. Atualmente, dizer que o princípio da culpabilidade limita-se à proibição de responsabilidade penal objetiva ou sem subjetividade é tornar a intrincada questão da culpabilidade reduzida a termos simplórios³³.

Em realidade, há, convém lembrar, de um lado um princípio penal de matriz constitucional inerente ao processo penal democrático e, de outro, um elemento que constitui a estrutura tripartite do crime, os quais não podem ter seus sentidos condensados, em simbiose, sob a justificativa da evolução e da reinterpretação dogmática. Observar-se-á, em capítulo futuro, com maior profundidade, que a culpabilidade como elemento do crime, embora tenha sofrido transformações significativas em seu conceito a depender da inserção de elementos normativos, não guarda relação com o princípio em tela, e isso não significa reduzir seu alcance, mas tão somente preservar intocada a verdadeira essência democrática que o princípio representa. A evolução a respeito da concepção do termo jurídico *culpabilidade* não pode ser confundida com o princípio constitucional penal da culpabilidade, mesmo que se reconheça

³¹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, p. 139.

³² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, p. 225-226.

³³ AMARAL, Claudio do Prado. **Princípios penais**: da legalidade à culpabilidade, p. 175.

que, sob a teoria finalista, a ideia de culpabilidade deva “ser entendida somente como um princípio em si”³⁴.

É certo, porém, que alguns doutrinadores, ao concluírem que o princípio sob exame tem como fundamento a aplicação da pena estatal a partir da comprovação de que o autor do delito pode ser reprovado pessoalmente pelo fato cometido, não se referem à culpabilidade como elemento do crime apenas por elucidarem o juízo de reprovação em torno da conduta. Na realidade, desse pensamento, extrai-se justamente a ideia de que somente se pode punir quem age imbuído com dolo ou culpa, portanto, culpavelmente em sentido lato, não sendo autorizada à pena ir além dessa medida. A referida limitação corresponde a uma “censura pública daquelas ações que merecem um juízo de desvalor ético-social, com o que, simultaneamente, enfatiza o compromisso do Direito Penal como um ‘mínimo ético’”³⁵. A finalidade preventiva da pena, pois, não pode ultrapassar a pena justa, garantindo, assim, que a vertente penal permanece como ordenamento protetor e garante a reafirmação do próprio Direito.

Nessa direção, tem-se que a própria natureza do princípio, atrelada diretamente à dignidade da pessoa humana e à legalidade, nas quais se considera não apenas a vedação à responsabilidade objetiva, como também, em segundo plano, a necessária proporcionalidade entre o delito cometido e a pena aplicada, revela sua raiz histórica de preocupação com a imputação da responsabilidade penal subjetiva ao agente sob o manto da vedação das ações autoritárias por parte do Estado que irá aplicar sua represália.

Sabe-se que por muito tempo imperou a responsabilidade objetiva, em que a violação a um ilícito religioso se confundia, frequentemente, com a violação de um ilícito de natureza penal. Nas sociedades primitivas, o delito era visto como uma ofensa, gerando uma pena específica em forma de punição, a qual culminava, por vezes, na exclusão do indivíduo da comunidade, seja de maneira temporária (por conta da purificação) ou de maneira definitiva (por conta da morte ou da enfermidade, ambas de origem divina). Em se tratando dos clãs e da imposição da perda da paz, a punição ao membro infrator justificava-se pela preocupação em livrar o grupo da ira da divindade ofendida³⁶. Ainda posteriormente, sob a égide do Direito Germânico, pôde-se também observar a preponderância da responsabilização penal do sujeito de forma objetiva, isto é, a punição dar-se-ia em razão da existência do fato, e não em decorrência da intenção do agente em si³⁷.

³⁴ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, p. 141.

³⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general, p. 26.

³⁶ MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**, p. 23-24.

³⁷ HERRERA, Lucio Eduardo. **El error en materia penal**, p. 19.

A título de exemplo, recorda-se que a legislação babilônica, editada pelo Rei Hammurabi (1728-1686 a.C.), previa que se um pedreiro construísse uma edificação sem fortificá-la suficientemente e essa desabasse matando o morador, o pedreiro responderia com a própria vida. Ainda, se morresse o filho do morador, o filho do pedreiro também deveria ser morto³⁸. A responsabilidade penal, então, estaria associada a um fato objetivo, isento de qualquer análise que envolvesse a intenção do agente, de modo a inadmitir prova de que o desmoronamento se deu por razões alheia à sua vontade ou de que não agiu de forma imperita, por exemplo. E “o princípio da culpabilidade impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe [mais], em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico”³⁹.

Nessa direção, então, diante de tudo que foi exposto, compartilha-se da ideia de que o princípio constitucional penal da culpabilidade “transcende ao Direito Penal e à Política Criminal, já que é considerado um dos elementos básicos do Estado Democrático de Direito, pois supõe um autêntico limite ao *ius puniendi estatal*”⁴⁰. Atrela-se, pois, à responsabilidade subjetiva e, conseqüentemente, à proporcionalidade.

Analisados todos os principais pontos referentes ao princípio constitucional penal da culpabilidade, passar-se-á ao estudo da culpabilidade como elemento do crime à luz das três principais teorias da ação, correlacionando-as, na medida do que for pertinente, ao princípio ora examinado, tendo em vista que a sua eventual interpretação, sem antes trabalhar a culpabilidade como elemento do crime, seria didaticamente precipitada.

³⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 44.

³⁹ *Ibid.*, p. 104.

⁴⁰ BRITO, Alexis Couto de *et al.* **Direito penal brasileiro: parte geral – princípios fundamentais e sistema**, p. 53.

3 A CULPABILIDADE COMO ELEMENTO DO CRIME SOB O PRISMA DAS TEORIAS DO CAUSALISMO, DO FINALISMO E DO FUNCIONALISMO

Com o estudo do princípio constitucional penal da culpabilidade, pôde-se notar que, não raras vezes, diversos doutrinadores o correlacionam com o conceito de culpabilidade como elemento da estrutura tripartite de crime. Entretanto, assim como se adiantou no capítulo inaugural do presente trabalho, esse possui natureza, funções e abordagens totalmente distintas, e suas particularidades variam consideravelmente em razão do modo de se encarar o crime, isto é, da teoria da ação adotada para assimilar o fenômeno delituoso. Nesse sentido, este estudo far-se-á imprescindível a fim de que se adentre, paulatinamente, à seara do *erro de proibição* e, por meio dele, às suas problemáticas, sem deixar de refletir, porém, no que for congruente acerca do referido princípio.

Deve-se esclarecer, entretanto, que se optou por analisar a culpabilidade apenas sob o prisma das três teorias da ação mais estudadas e difundidas, quais sejam, o causalismo, o finalismo e o funcionalismo. Não se olvida a existência de outras correntes aptas a explicar e fundamentar o conceito de crime, entretanto, epistemologicamente e por razões didáticas, tendo em vista a finalidade a qual se pretende atingir com a presente pesquisa e as limitações fáticas impostas, tal recorte mostrou-se necessário e suficiente.

3.1 A teoria causalista da ação

Ao contrário de leis antigas, o Código Penal Brasileiro de 1940 – mesmo após as sucessivas alterações experimentadas em mais de 80 anos de vigência – não traz em seu texto uma definição legal em torno do conceito de *crime*, transferindo à doutrina especializada a tarefa de sua teorização. Esta, observando os diversos aspectos concernentes ao fato, passa a defini-lo sob diferentes prismas a depender do parâmetro analisado, como no caso da definição *formal*, que se volta ao enfoque puramente externo e nominal do fato, e da definição *material* ou *substancial*, relacionada ao conteúdo, em si, do fato punível⁴¹.

Nessa toada, também se examinam as características do crime, as quais, embora também formais, possibilitam uma conceituação *analítica* da infração penal. Sob esse ângulo, compreende-se que apesar de o delito constituir um todo unitário, ele pode ser decomposto de maneira estratificada por razões práticas, de modo a constituir, sob uma primeira abordagem,

⁴¹ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral, p. 267-272.

uma ação típica, antijurídica e culpável. E é justamente em torno da concepção de *culpabilidade* que se concentrará, uma vez que nela reside a mudança de enfoque possibilitada pelas diversas teorias que se sucederam e, também, por dialogar diretamente com o ponto fulcral do trabalho, qual seja, a consciência da antijuridicidade⁴².

A teoria causalista da ação⁴³, que imperava no Código Penal Brasileiro até a reforma de 1984, exsurge como a primeira teoria mais aceita voltada a explicar o conceito analítico de crime. Parte-se do pressuposto de que não há crime sem ação (*nullum crimen sine conducta*), entretanto, a depender da interpretação que se confira a esse termo, estar-se-ia diante de uma ou outra teoria. Para os defensores da corrente causalista, é justamente a ação que constitui o primeiro momento objetivo do crime. Sem a ação, o delito não existe, de modo que ela não apenas lhe confere forma, mas, sobretudo, o revela no mundo exterior⁴⁴.

Delinea-se uma acepção naturalística da conduta, neutra, em que não se realiza qualquer juízo de valor. As próprias referências elaboradas pelos defensores dessa corrente remetem ao imaginário naturalista, como sendo a ação um movimento voluntário do corpo, seja por meio de membros locomotores, músculos, palavras ou, até mesmo, do olhar⁴⁵. Logo, a conduta é concebida como um mero comportamento, sem juízo sobre a *ilicitude* ou *culpabilidade*, sendo fatalmente naturalista por incorporar as leis da natureza ao Direito Penal.

Considerando esses fatores, tem-se que o conceito analítico de crime, sob o viés do causalismo, apresenta os seguintes contornos: “conduta: uma vontade exteriorizada de maneira a pôr em marcha a causalidade; tipicidade: proibição da causação de um resultado; antijuridicidade: contradição entre a causação do resultado e a ordem jurídica; culpabilidade: relação psicológica entre a conduta e o resultado”⁴⁶.

Toma-se, nesse contexto, que ao se atribuir a vontade como componente do nexos causal, analisado na tipicidade, para os causalistas, essa compreende à simples voluntariedade, enquanto o conteúdo da vontade pertence à *culpabilidade*. Ou seja:

A voluntariedade da conduta ativa não se confunde com a projeção da vontade sobre o resultado. O querer intencional de produzir o resultado é matéria pertinente à culpabilidade, e não à ação. Não se confunde, assim, a voluntariedade da ação com o juízo sobre a culpabilidade do fato punível e ilícito. No primeiro caso, verifica-se a

⁴² BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral, p. 273-277.

⁴³ Dentre os penalistas embrionários da teoria, destacam-se o austríaco Franz von Liszt (VON LISZT, Franz.

Tratado de Direito Penal alemão) e o alemão Ernst von Belling (BELLING, Ernst von. A ação punível e a pena).

⁴⁴ NORONHA, Magalhães Edgard. **Direito penal**, p. 106.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 106.

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral, p. 342.

existência da vontade como suporte psíquico do ato; na segunda hipótese, formula-se um juízo de vontade⁴⁷.

Isso significa que esse requisito, naquela época, já era visualizado como uma espécie de corretivo, uma vez que já se tinha a percepção do uso alargado ao conceito de causa. Assim, “após a averiguação de um evento penalmente típico na sua objetividade, tem-se de apurar, não somente se foi *causado* por alguém, mas, também, se o agente procedeu *dolosa* ou *culposamente*”⁴⁸. O conteúdo da consciência e da vontade, inerentes à culpabilidade, deveria corresponder aos componentes do tipo impreterivelmente, servindo como uma modalidade de adesão à força que gera o resultado.

Com o elemento subjetivo (dolo ou culpa) inserido na culpabilidade, pois, tem-se uma clara vinculação de afetação com o princípio estudado inicialmente. Isso porque os elementos que compõe a culpabilidade como elemento do crime, sob essa óptica, encontram-se alocados na mesma estratificação do elemento subjetivo, essência primordial do princípio constitucional penal da culpabilidade.

Nesse diapasão, com o avançar das interpretações e dos estudos dogmáticos acerca do causalismo, mister destacar que o entendimento que se passou a ter a respeito do dolo correspondia ao chamado *dolus malus*, em razão de se acrescer ao seu conteúdo — muito embora assim não o fosse à luz dos ensinamentos primitivos da corrente — a *consciência da antijuridicidade*, de modo a colocar em relevo a necessidade de conhecimento do ilícito por parte do agente como requisito indispensável para a imposição de uma pena⁴⁹. Notar-se-á, no momento adequado, o nível de exigência, segundo os teóricos causalistas, demandado em torno dessa espécie de consciência, sendo essa análise primordial para o objetivo principal desta pesquisa.

Nesse contexto, dolo e consciência da ilicitude caminham juntos. Em não havendo, portanto, consciência do ilícito, não há, segundo seus defensores, dolo e, conseqüentemente, não há crime. De fato, a doutrina do causalismo transpõe-se a um direito penal fundamentado “na renúncia ao princípio da culpabilidade em sentido ético-social e a um entendimento meramente formal da culpabilidade como soma dos elementos subjetivos da imputação do fato”⁵⁰. Porém, tal como se sustenta, essa visão não parece equivocada.

⁴⁷ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**, p. 51.

⁴⁸ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**, p. 62.

⁴⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en el derecho penal**, p. 25.

⁵⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general**, p. 438.

Ao se vincular o princípio analisado inicialmente à sua essência puramente democrática, que visa a evitar a responsabilidade penal objetiva, diferenciando-o da culpabilidade como elemento do crime e, por conseguinte, distanciando-o dos aspectos normativos, não significa concordância com a teoria da ação que interpreta o conceito analítico de crime, uma vez que, inclusive, o presente trabalho apoia-se justamente na teoria finalista da ação. Tem-se apenas que consoante a abordagem típica do causalismo, a infringência a requisitos da culpabilidade – mormente a consciência da ilicitude, que se confunde com o elemento subjetivo – também macula, automaticamente, o princípio. Notar-se-á, com maior profundidade, ao se discorrer sobre as teorias da culpabilidade, como os elementos normativos afastaram-se gradativamente do elemento subjetivo, iniciando-se, pois, com as teorias psicológica e psicológico-normativa, próprias da teoria do causalismo.

3.1.1 As teorias psicológica e psicológico-normativa da culpabilidade

O surgimento da culpabilidade como categoria autônoma do crime se deu com a propagação dos ideais causalistas do final do século XIX. Nesse período, a validade científica do que era produzido em termos de conhecimento galgava-se no método empírico, ou seja, na observância repetida do fenômeno e de seu resultado no mundo físico. A ciência do *ser*, então, era pautada na relação de causa e efeito, de modo que o fenômeno científico estava condicionado inexoravelmente à sua comprovação. Com isso, o pensamento jurídico penal detinha seu *status* científico reduzido apenas ao que pudesse ser constatado a partir de uma relação fático-causal⁵¹.

É verdade, porém, que de forma antecedente às modernas teorias da culpabilidade, a primeira aproximação à teoria da culpabilidade tem guarida no Direito Penal italiano da Baixa Idade Média (séculos XVI e XVII), com a ideia de *imputação* atrelada à atribuição da responsabilidade da ação livre ao seu autor. O afastamento do indivíduo da lei, por sua vontade particular, marcava a teoria da liberdade de vontade, a qual entrou em declínio na segunda metade do século XIX, de modo a enfraquecer “o conceito de culpabilidade do Direito Natural, abrindo, assim, a oportunidade para a concepção psicológica da culpabilidade, característica da atitude do positivismo de orientação fática”⁵².

Nesse contexto, então, emergiu, em conformidade com uma postura determinista, a tradicional *teoria psicológica da culpabilidade*, a qual influenciou o conceito de culpabilidade

⁵¹ GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**, p. 58.

⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**, p. 56.

que imperava no Código Penal Brasileiro de 1940, de matriz causalista. Isso se demonstra, convém observar, por meio da própria Exposição de Motivos do *códex* em comento:

A responsabilidade penal continua a ter por fundamento a responsabilidade moral, que pressupõe no autor do crime, contemporaneamente à ação ou omissão, a capacidade de entendimento e a liberdade de vontade, embora nem sempre a responsabilidade penal fique adstrita à condição de plenitude do estado de inimputabilidade psíquica e até mesmo prescindida de sua coexistência com a ação ou omissão, desde que esta possa ser considerada *libera in causa* ou *ad libertatem relata*. A autonomia da vontade humana é um postulado de ordem prática ao qual é indiferente a interminável e insolúvel controvérsia metafísica entre o determinismo e o livre arbítrio. Do ponto de vista ético-social, a autonomia da vontade humana é um *a priori* em relação a uma experiência moral, como o princípio de causalidade em relação à experiência física⁵³.

Pode-se depreender que tal teoria residia basicamente na relação psíquica do autor com o seu fato, isto é, independentemente da modalidade de crime cometido, se doloso ou culposos, o nexos entre o mundo sensível do autor e o resultado típico era o que apresentava relevo⁵⁴. Logo, ao se analisar a conduta, não se perquiria sobre seu conteúdo valorativo ou normativo, uma vez que esse pensamento se afastaria sobremaneira da ciência do *ser* que imperava.

Desse modo, “nessa estrutura *objetivo-subjetiva*, todo o externo (objetivo) ficava ao encargo da antijuridicidade e todo o interno (subjetivo) ficava sob o abrigo da culpabilidade”⁵⁵. Com isso, o dolo e a culpa são, para a teoria psicológica, formas por meio das quais a culpabilidade pode se apresentar em concreto, sendo que essa não era interpretada sob o viés normativo, de modo que representasse um juízo realizado pelo magistrado acerca da possibilidade de antevisão do resultado, mas, sim, sob o mesmo viés psicológico do dolo, no qual se analisa apenas a relação psíquica entre o agente e o resultado⁵⁶, ponto duramente criticado pelos precursores da teoria que a sucederia mais tarde. Em outras palavras, “o dolo e a culpa não só eram as duas únicas espécies de culpabilidade, como também a sua totalidade, na medida em que esta não apresentava nenhum outro elemento constitutivo”⁵⁷.

Note-se que, para essa teoria, a imputabilidade constitui um pressuposto de análise da culpabilidade. Isso significa que se refere à disposição espiritual na qual está presente o poder de resistência como poder de obedecer ao regramento jurídico, em verdadeiro pré-requisito à

⁵³ BRASIL. Exposição de motivos do código penal de 1940 (decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940), p. 4-5.

⁵⁴ ASÚA, Luiz Jiménez de. **La ley y el delito**: curso de dogmática penal, p. 447.

⁵⁵ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. A evolução do conceito de culpabilidade e a moderna doutrina alemã, p. 265.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 270.

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**: uma análise comparativa, p. 56-57.

análise em torno da culpabilidade do agente⁵⁸. Isto posto, a possibilidade de se censurar o sujeito, contida no juízo da culpabilidade, pressupõe a imputabilidade.

Dessa feita, pode inferir que a culpabilidade, no contexto da *teoria psicológica*, apresenta-se como uma situação anterior, isto é, a fase subjetiva do delito. O juízo de valor caracteriza somente a fase externa, enquanto a análise de que alguém atuou culpavelmente expressa um juízo valorativo sobre a fase interna da ação⁵⁹. A culpabilidade, portanto, confundia-se com o elemento subjetivo do crime⁶⁰.

Em relação à consciência da ilicitude, pode-se compreender que, nesse estágio teórico, a eleição da metodologia essencialmente naturalística, ao expurgar os elementos normativos do seio da culpabilidade, afasta do dolo qualquer análise valorativa e, conseqüentemente, o exame voltado a verificar se o agente age ou não imbuído pela consciência da antijuridicidade em suas condutas. O mais próximo que se tem é o afastamento da *teoria psicológica*, em sua concepção original, "diante de causas que eliminassem o vínculo psicológico tantas vezes referido. Essas causas seriam o *erro*, que eliminaria o elemento intelectual, ou a *coação*, que suprimiria o elemento volitivo do dolo"⁶¹.

Já nas primeiras décadas do século XX, com o desenvolvimento doutrinário, a *teoria psicológica da culpabilidade* cedeu espaço, gradativamente, à *teoria psicológico-normativa* – ou *teoria normativa da culpabilidade* – que, em sua esteira, carregava o surgimento de uma espécie de *sistema causalista neoclássico*, de bases neokantistas:

Em brevíssimo esclarecimento da filosofia neokantista, teve, como grande contribuição à dogmática penal, o reconhecimento de uma dimensão axiológica (referida a valores), inexistente no sistema naturalista anterior, tributário dos métodos e conceitos das ciências naturais.

Sem que se quebrassem a estrutura anterior, o neokantismo coloriu com valores a asséptica construção naturalista. No tipo reconheceu-se a existência de elementos normativos e subjetivos. Era o prenúncio do grande giro finalista, que foi a transferência de todos os aspectos subjetivos (e, no centro deles, o próprio dolo), que ali já se esboçava, pelas fissuras que já se deixavam entrever a rígida separação entre injusto objetivo versus culpabilidade subjetiva.

Sob o ângulo da culpabilidade, a grande mudança foi introduzida por Frank, seguido depois por Goldschmidt e posteriormente por Freudenthal. Tal como o tipo, a culpabilidade também ganhou uma nova dimensão, para além do dado psicológico/ontológico, uma dimensão valorativa antes desconhecida. Culpabilidade passa a ser não apenas o nexos psicológico entre o autor e o fato, mas também o juízo de valor que o juiz faz sobre esse nexos, ou seja, não é apenas o dolo e a culpa, mas também a reprovabilidade de ter agido com dolo ou culpa⁶².

⁵⁸ BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo**, p. 65.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 63.

⁶⁰ BRASIL. **Exposição de motivos do código penal de 1940 (decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940)**, p. 11.

⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**, p. 57.

⁶² VANZOLINI, Patrícia; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Manual de direito penal**, p. 378.

Assim, o tipo penal passa a ser compreendido materialmente, não mais constituindo a descrição de uma modificação no mundo exterior, mas, sim, a descrição de uma ação socialmente lesiva. Foi a teoria que se consagrou, para a maioria dos doutrinadores, no Código Penal Brasileiro de 1940, muito embora os alemães, embrionários da teoria causalista da ação, tal como se viu, se filiassem à *teoria psicológica*, a qual não deixou de influenciar o mesmo diploma, conforme observado.

Nesse sentido, não haveria, na concepção dos apoiadores da teoria *psicológico-normativa*, como compreender o instituto do dolo em sua neutralidade, embora algumas correntes teóricas mais antigas já se filiassem ao seu aspecto normativo, como no caso do *dolus malus* romano, que já considerava a astúcia e o engano, com o fim de prejudicar o outro⁶³. Sua definição, por si só, remete a uma tonalidade inerente ao fato antijurídico, isto é, a um fato que, embora psíquico, relaciona-se direta e indissociavelmente a outro fato contrário à ordem jurídica⁶⁴.

Beling, embora ferrenho defensor do causalismo, avançando nas reflexões, pondera que seria um despropósito que o momento da ação, tão importante no campo objetivo, não possibilitasse, do ponto de vista subjetivo, atinar em que consiste a falta (culpabilidade) de quem não teve, nem podia ter a consciência da injuricidade⁶⁵. E é justamente nessa direção que se faz possível vislumbrar, gradativamente, o quão relevante a referida teoria se mostra para concepção em torno do instituto do *erro* no Código Penal.

A partir do momento em que se alheia o estudo do dolo à representação subjetiva da antijuricidade da conduta, ressurgem os questionamentos acerca da necessidade da consciência da ilicitude da conduta e, conseqüentemente, da relevância do estudo do *erro*. Isso porque toda essa dogmática construída possibilitava o entendimento de que, na referida contextura do dolo, a denominada injuricidade da conduta consistia no “juízo de valor pelo qual o agente reconhece na ação, que empreende, aquela mesma que a lei ou a *opinio juris* popular reprova como violação do dever de disciplina ético-social”⁶⁶.

Diferentemente do que propunha a *teoria psicológica*, frise-se, a imputabilidade não foi interpretada pela *teoria psicológico-normativa* como simples pressuposto da culpabilidade, mas, na realidade, como seu elemento. Outrossim, a *teoria psicológico-*

⁶³ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**, p. 128.

⁶⁴ VANZOLINI, Patrícia; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Manual de direito penal**, p. 139.

⁶⁵ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**, p.142.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 146.

normativa alicerça em suas bases a possibilidade de se discutir o conhecimento, ainda que profano, do cunho antijurídico da própria conduta – e isso será objeto de discussão oportunamente. Tal se faz mais evidente a partir da constatação de que o dolo, nesse diapasão, manifestava-se como uma figura híbrida, representando uma espécie de renascimento do *dolus malus* romano, sendo formado cumulativamente pela cognição da conduta, a vontade de realizá-la e a cognição da ilicitude (sendo esse último normativo e os demais psicológicos)⁶⁷.

Enquadra-se, nesse ínterim, no bojo do estudo do *dolo*, a denominada *teoria do consentimento* ou da *anuência*. Segundo ela, pode-se compreender também como desejado, abrangido pela vontade, o resultado com o qual o autor consentiu, de modo a exigir que ele tenha aprovado o resultado ou que tenha agido mesmo tendo conhecimento de sua ocorrência⁶⁸. Logo, tenta-se justificar, por meio da valoração da conduta, não apenas a conduta omissiva, mas, principalmente, o comportamento do sujeito ao ter o conhecimento inequívoco da realização do delito por meio do assentimento do resultado, isto é, da sua possível ocorrência. Questiona-se, nessa toada:

Como então configurar, em um conceito superior, duas coisas absolutamente distintas - *dolo* - elemento psicológico e - *culpa* - elemento normativo, particularmente a culpa inconsciente, onde não há *previsão* nem tampouco *consciência*? Logo, era absolutamente incoerente visualizar a culpabilidade como algo puramente psicológico, quando uma de suas formas de manifestação - *culposa* - não tinha caráter psicológico.

[...]

O segundo grande problema era a dificuldade de explicar satisfatoriamente a *gradualidade da culpabilidade*, isto é, a ocorrência de causas que excluía ou diminuía a responsabilidade penal, como, por exemplo, estado de necessidade esculpante, emoções, embriaguez [...] Esse aspecto somente poderia ser explicado se renunciasse à identificação da culpabilidade com o vínculo psicológico entre o autor e o seu ato⁶⁹.

Com isso, ao endossar a ideia normativa de dolo e conceber a necessidade do conhecimento do ilícito, que não se daria de forma automática, pura e simplesmente em razão da existência do nexo entre a conduta e o resultado, o Código previu, entre as causas de exclusão do dolo, o erro (falsa suposição) no tocante à “situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”. Há, nesse diapasão, toda uma estrutura que edifica tanto o *erro de fato* – principalmente –, quanto, timidamente, o *erro de direito*. Tais modalidades de *erro* serão trabalhadas no capítulo seguinte, ao distingui-las dos atuais institutos do *erro de tipo* e *erro de proibição*.

⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, p. 445.

⁶⁸ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**, p. 198.

⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**: uma análise comparativa, p. 58-59.

Em outras palavras, o dolo acrescido da consciência da ilicitude passa a constituir elemento integrante da culpabilidade, exigindo-se, no momento da realização da conduta, que o autor do delito tivesse a consciência de que estaria atuando contrariamente à ordem jurídica. Logo, o comportamento reprovável tem como pré-requisitos, cumulativamente, a aptidão espiritual do autor, denominada de imputabilidade; uma relação psíquica o autor com o fato ou a possibilidade da existência dessa, se o agente está consciente das consequências dos atos que pratica (dolo) ou as podia distinguir; e a normalidade das circunstâncias em que age o autor⁷⁰.

É interessante notar, por fim, que essa guinada interpretativa, no que toca ao conceito de culpabilidade como elemento do crime, é utilizada como justificativa para mesclar o princípio constitucional trabalhado, posição a qual, ressalte-se, este trabalho se afasta, mas que, por se ater à presente matéria, destaca-se:

Convém advertir, de primeiro, que o princípio de culpabilidade (*nulla poena sine culpa*) se entrelaça com a ideia de culpabilidade, como categoria dogmática, à qual se vincula estreitamente, ainda que podem ser objeto de distinção [...] Teve a designação “princípio de culpabilidade” exatamente porque, na época, segundo a teoria psicológica da culpabilidade, signo de grande evolução naquele momento histórico, o dolo (que continha a consciência da ilicitude – *dolus malus*) e a culpa integravam a culpabilidade (conceito formal), como suas formas ou espécies. Buscava-se tão somente superar a responsabilidade pelo resultado então corrente. Em outras palavras, o princípio de culpabilidade – reflexo do conceito unitário – era fruto da tardia vigência da teoria jurídica do delito neoclássica (pensamento neokantiano), que incluía no conceito de culpabilidade o dolo e a culpa⁷¹.

Nota-se, portanto, que o deslize da *teoria psicológica* para a *teoria psicológico-normativa* foi marcado pela análise das variações dos motivos que ensejam a reprovabilidade da conduta a partir do vínculo psicológico entre sujeito e resultado, influenciando na verificação da pena a ser aplicada, conforme a maior ou menor exigibilidade de ação segundo o direito⁷².

Avança-se, pois, à teoria finalista da ação, adotada como parâmetro no presente trabalho, de modo a estudar suas principais características e as diferenciações no que tange, principalmente, a evolução em torno do conceito de culpabilidade como elemento do crime.

3.2 A teoria finalista da ação

Com a reforma introduzida pelo Código Penal em 1984, a abordagem em torno do conceito de ação, até então modulada consoante a teoria causalista, passou a ser encarada sob

⁷⁰ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**, p. 40.

⁷¹ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte geral, p. 273.

⁷² CORREA, Tatiana Machado. Em busca de um conceito latino-americano de culpabilidade, p. 56.

prisma significativamente diverso à luz das proposições formuladas pelos teóricos finalistas, as quais se sucederam a partir da segunda metade do século XX, mais especificamente com o fim da Segunda Guerra Mundial e com a conseqüente crítica à influência da teoria naturalista no Direito Penal, consubstanciando uma visão normativa em uma valoração extrínseca ao sujeito, apesar de referente a elementos intrínsecos⁷³. Adotada a presente teoria como referência aos institutos abordados no presente trabalho, estudar-se-á, pois, as principais características desse método de encarar a conduta delitiva.

Como a própria terminologia orienta, segundo a teoria finalista, a ação deve ser concebida como o exercício de uma atividade final, partindo-se do pressuposto de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de determinados limites, as conseqüências possíveis daquela atividade e, com isso, direcionar sua ação conforme sua intenção, a fim de atingir o resultado planejado. Diferentemente do que se observava, a atividade final constitui uma ação orientada conscientemente a partir do fim (o homem antecipa seus objetivos). Dessa maneira, o aspecto em torno da vontade livre e consciente assume especial relevo ao se relacionar umbilicalmente como fator integrante da ação e, objetivamente, ao acontecimento no mundo exterior⁷⁴.

Nesse cenário, deve-se compreender que a direção final de uma ação se conduz em duas etapas que, embora se cruzem na prática, são conceitualmente distintas. A primeira, que transcorre integralmente na esfera do pensamento, inicia-se com a antecipação do fim daquilo que o autor deseja realizar e perpassa a seleção dos meios necessários para a concretização do fim, que nada mais é do que o efeito dos fatores causais colocados em prática pelo indivíduo livre e conscientemente. Nesse interregno, também devem ser considerados os efeitos concomitantes, ou seja, parte do processo mental que pode induzir o autor a reduzir os meios escolhidos ou até a selecionar fatores antagônicos adicionais, visando a evitar sua produção e concretizar o que almeja. Na segunda etapa, após a antecipação mental, a eleição dos meios e a consideração em torno dos cálculos dos efeitos concomitantes, o autor efetuará sua ação no mundo real. Coloca-se em movimento, conforme mentalizado, seus meios de ação⁷⁵.

Em contraste com a relação causal, na qual todas as conseqüências estão determinadas causalmente, a ação finalista apenas se relaciona àquelas conseqüências diretamente vinculadas

⁷³ CEREZO MIR, José. **Curso de derecho penal español**: parte general, p. 100.

⁷⁴ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**, p. 53-54.

⁷⁵ ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço de seus méritos e deficiências, p. 30-32.

à concreção do objetivo, sendo que os demais resultados não buscados pela vontade constituem mera relação causal. Desta feita, não existe uma ação final *em si* ou *absoluta*⁷⁶.

Diferentemente, ainda, do que se propunha junto à doutrina causalista, a teoria finalista da ação se preocupa em oferecer uma explicação de caráter normativo aos delitos culposos comissivos, cometidos por imprudência, negligência ou imperícia. Malgrado o dolo constitua a regra, o ordenamento jurídico também deveria ser pensado cuidadosamente a fim de abarcar os casos em que o autor confia na não produção de determinados resultados socialmente não desejados ou não pensa neles. Essa ideia normativa, altamente presente na corrente finalista, trata do dever de cuidado requerido no âmbito das relações interpessoais, de modo que se incute um dever ético-jurídico nas condutas perpetradas⁷⁷.

Esses ideais deflagrados pela corrente finalista emergem em clara reação às inovações trazidas pela corrente neoclássica do causalismo, a qual, rememora-se, embora influenciada pelas ideias neokantianas de superação do causalismo tradicional, com a valoração do *dever-ser*, não rompeu com o sistema clássico objetivo-subjetivo até então vigente.

A principal razão, entretanto, que se destaca como motivação para o surgimento dessa nova corrente era, até então, a incapacidade de se tipificar com precisão o delito almejado pelo agente nos casos de crime tentado, que não se consumavam por razões alheias à vontade do agente. Esse entrave decorria do fato de o elemento subjetivo estar localizado no injusto, isto é, na culpabilidade, e a tipicidade, onde se busca a tipificação formal, conter apenas elementos de caráter objetivo, impossibilitando, dessa forma, que se aferisse qual o real fim desejado nesses casos. Seria preciso, pois, enfrentar o elemento subjetivo conjuntamente à tipicidade, para saber que tipo é realizado nos casos de tentativa⁷⁸.

Nesse sentido, a estrutura proposta inverteu os paradigmas e, como se tem salientado, transportou o aspecto volitivo à tipicidade, devendo esse ser analisado concomitantemente à conduta, já que “se a finalidade caminha com a conduta, quando o autor de um crime começa a executá-lo, já se pode captar o dolo ou culpa (ambos consistentes nas vontades humanas)”⁷⁹. Isso significa que:

Ao inserir o dolo e a culpa no tipo, havia uma providência fundamental para que a teoria funcionasse: retirar do dolo a consciência da ilicitude. Até então, os causalistas somente conheciam o denominado *dolo mau*, vale dizer, quem agisse com dolo,

⁷⁶ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**, p. 57.

⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte geral, p. 259.

⁷⁸ BRANDÃO, Cláudio. Teorias da conduta no direito penal, p. 91.

⁷⁹ NUCCI, *op. cit.*, p. 260.

automaticamente, estaria atuando com consciência da ilicitude, com conhecimento de fazer algo errado. É o dolo normativo⁸⁰.

Assim, o dolo deveria ser tratado de forma natural, para os finalistas. Há, repisa-se, seu deslocamento para a tipicidade, fazendo com que se torne despido da consciência da ilicitude, que passa a ser potencial e fixada, ainda, na culpabilidade⁸¹. No tópico seguinte, ao tratar da teoria da culpabilidade que impulsionou essa estrutura, tal reflexão será apresentada com maior profundidade, de modo a compreender, com maiores detalhes, a ausência de elementos subjetivos na culpabilidade, que passa a ser interpretada única e exclusivamente do ponto de vista normativo.

É justamente nesse ponto, em que se fala do elemento subjetivo, que se pode tecer reflexões pertinentes a respeito do princípio constitucional penal da culpabilidade, trabalhado no capítulo inaugural desta pesquisa, atrelado à teoria finalista da ação. Rememore-se que, segundo o pensamento ao qual aqui se filia, o princípio da culpabilidade encontra-se genuinamente atrelado à concepção de que não há crime sem dolo ou culpa e, em segundo plano, à ideia de proporcionalidade da pena como limitação ao *ius puniendi* estatal. Porém, é sobre o primeiro e principal sentido que recai a abordagem.

Desse raciocínio, à luz da teoria finalista da ação, pode-se inferir que o elemento subjetivo não guarda relação com a culpabilidade como elemento do crime. Ele passa a integrar a tipicidade, contribuindo para que a culpabilidade não guarde nenhum componente de ordem subjetiva. Com isso, pode-se dizer que o princípio restaria perfeitamente respeitado na ausência de qualquer requisito de culpabilidade, como ocorre com a própria *consciência da ilicitude*, pois, de início, poderia haver dolo ou culpa na conduta e não haver culpabilidade; entretanto, essa culpabilidade é em sentido estrito, como já mencionado. Embora esse seja o posicionamento adotado neste trabalho, há estudiosos do finalismo que argumentam em acepção distinta, no sentido de abarcar também reprovabilidade da conduta como desdobramento do princípio:

Dentro da concepção por nós sustentada, em que a culpa não faz parte da culpabilidade, mas configura uma estrutura típica, aquilo que antes se chamava ‘princípio de culpabilidade’ representa duas exigências que devem ser analisadas separadamente, em dois níveis distintos: a) na tipicidade, implica a necessidade de que a conduta – para ser típica – deva ao menos ser culposa; b) na culpabilidade, implica que não há delito se o injusto não é reprovável ao autor⁸².

⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte geral, p. 260.

⁸¹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general, p. 576.

⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral, p. 471.

No tocante à culpabilidade como componente do conceito de crime, o princípio teria, então, como pressuposto lógico a liberdade de decisão da pessoa⁸³. Isso porque a pena apenas pode ser fundamentada sob a comprovação de que o autor pôde reprovar a formação da vontade que lhe conduziu à prática delitiva no momento do fato criminoso. E essa possibilidade reside na capacidade da pessoa controlar suas inclinações e dirigir sua decisão conforme a razão, os valores e as normas. Nesse sentido, junto à liberdade de querer, encontra-se a capacidade de valorar⁸⁴.

No entanto, trata-se, convém considerar, de situações altamente diversas, analisadas em momentos distintos da teoria do delito. A primeira atine à exigência da responsabilidade subjetiva (não há crime sem dolo ou culpa), essência do princípio da culpabilidade, ao passo que a segunda se constitui na impossibilidade de se reprovar o indivíduo por não poder agir de outra maneira, considerando-se, nesta hipótese, o livre arbítrio. Logo, a questão envolvendo a evitabilidade concerne exclusivamente à culpabilidade como elemento do crime, e não à proibição da responsabilidade objetiva, que constitui o âmago do princípio constitucional.

Outrossim, sob a óptica finalista, classifica-se a culpabilidade como princípio constitucional penal em referência à sua função fundamentadora do juízo de condenação, previsto no artigo 59 do Código Penal. É certo, porém, que “a culpabilidade, com o sentido de *reprovação* ou de *censura*, não é outra, e sim, a mesma culpabilidade que fundamenta o juízo de condenação”⁸⁵. Isso significa que a culpabilidade como elemento para configurar o crime tem relação com a culpabilidade para fixar a pena. A admissão desse alcance atribuído ao princípio considera a finalidade retributiva da pena, de modo a reconhecer no indivíduo uma capacidade de autodeterminação responsável por gerar responsabilidades⁸⁶. As circunstâncias, então, compreendidas no momento de fixação da pena, consideram a reprovação social que o crime e o autor do delito devem se sujeitar⁸⁷, o que guarda estreita relação com a culpabilidade normativa como elemento do crime.

Nessa seara, afasta-se, muitas vezes, o conteúdo primordial do princípio, isto é, de que não há crime sem dolo ou culpa, para se discutir sua virtude constitucional e seu conteúdo humanístico-garantidor apenas sob uma óptica dúplice, “inscrevendo-se ora como fundamento

⁸³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, p. 219.

⁸⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general**, p. 443.

⁸⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**, p. 188.

⁸⁶ PALAZZO, Francesco. **Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado**, p. 53.

⁸⁷ JESCHECK; WEIGEND, *op. cit.*, p. 956.

da pena do próprio *ius puniendi*, ora como limite da intervenção punitiva do Estado”⁸⁸. Sob esse prisma, o critério subjetivo de imputação do ilícito resta proscrito, como ramificação de sua *operatividade*, ao lado do critério de comensuração da pena⁸⁹. Novamente, nota-se uma mistura entre os conceitos. Por mais essa razão, tal concepção não pode ser confundida com o princípio constitucional penal da culpabilidade:

É necessário advertir que o terreno em que se passa a pisar é pantanoso. A própria dogmática da dosimetria da pena tem desenvolvimento menor que a da teoria do delito, a dificultar os estudos sobre o tema. Não bastassem as dificuldades da dogmática da determinação da pena, falar-se em crise da culpabilidade já se tornou lugar-comum. Ademais, a doutrina referente à culpabilidade na dosimetria, entendida como princípio, nem de longe alcança o mesmo grau de maturidade das elaborações da culpabilidade na teoria geral do fato criminoso. À idêntica conclusão chega a doutrina estrangeira, o que dificulta até o uso do direito comparado⁹⁰.

Diante dessas reflexões, altamente oportunas para esse momento da pesquisa, passar-se-á, então, à teoria normativa pura da culpabilidade, responsável por alicerçar a culpabilidade como elemento do crime sob o manto da teoria finalista da ação.

3.2.1 A teoria normativa pura da culpabilidade

Na esteira do que se anunciou, uma das maiores mudanças inauguradas pela teoria finalista da ação foi o expurgo do elemento subjetivo da culpabilidade, transferindo-o à tipicidade. Isso porque, tal como se viu, para os finalistas, a ação não pode ser desligada do fim do agente, que compõe o elemento intencional daquela, sob pena de fracionamento de sua estrutura natural. Essa concepção escorou-se na denominada *teoria normativa pura da culpabilidade*, a qual passamos a compreender com mais profundidade neste tópico.

O surgimento dessa teoria deu-se em contestação à *teoria psicológico-normativa*, estudada anteriormente, a qual, embora não limitasse a culpabilidade à relação psíquica entre o autor e o fato, aliava a ela a necessidade de se realizar determinada valoração ético-jurídica como juízo de reprovabilidade. Apesar de se acatar o aspecto normativo, esse ainda não era isolado e pressupunha a consideração do elemento subjetivo como integrante da culpabilidade.

Nesse sentido, para a *teoria normativa pura*, não se pode aceitar o dolo como elemento *do fato* e elemento da culpabilidade *pelo fato* simultaneamente. Com isso, o dolo e a culpa devem pertencer à conduta (inserida na tipicidade), ao passo que os elementos normativos, isto

⁸⁸ PALAZZO, Francesco. **Valores constitucionais e direito penal**: um estudo comparado, p. 52.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 56.

⁹⁰ COSTA, Pedro Jorge. Culpabilidade na dosimetria da pena, p. 112.

é, de reprovabilidade da conduta ou de juízo de censura, passam a compor exclusivamente a culpabilidade. Assim, não deve haver qualquer elemento anímico-subjetivo referente a essa, posto que pertencem à tipicidade penal. A culpabilidade constitui, dessa maneira, a reprovabilidade da conduta típica e antijurídica.

A culpabilidade, pois, para essa teoria, consiste na reprovação pessoal do autor do delito ao agir em desconformidade com o Direito, muito embora ter podido atuar conforme o ordenamento jurídico impunha. E não só isso, é marcada, também, pelos pilares da *imputabilidade* – capacidade de culpabilidade do sujeito de compreender o injusto do fato e decidir de acordo com essa compreensão – e da *consciência da ilicitude*⁹¹.

É possível observar, nesse ínterim, que a *consciência da ilicitude*, a qual, segundo a *teoria psicológico-normativa*, constituía o elemento normativo do dolo, não mais se encontra nesse local, pois foi transferida à esfera da culpabilidade, restando ao dolo apenas elementos psicológicos, e à culpabilidade, somente elementos normativos⁹². O referido componente – consciência da ilicitude – também deixou de ser *real* e *atual* para ser considerado *potencial*. Isso significa que não é necessário que o agente efetivamente tenha o conhecimento de que age em desconformidade com a norma, exigindo-se que ele apenas possua a potencialidade de conhecimento da ilicitude do fato diante da situação fática que se vislumbra, e isso seria normativamente determinável. Retomar-se-á esse tema adiante, com maior propriedade, ao se estudar os níveis de exigência em torno da consciência da ilicitude.

Ponto interessante a se destacar, nesse contexto, diz respeito às vertentes teóricas que distinguem a *culpabilidade do fato* e a *culpabilidade do autor*. Pela primeira, adotada pela maioria dos doutrinadores, o juízo de censura deve recair sobre o fato praticado isoladamente. Já para a segunda, a tônica da censurabilidade funda-se na pessoa que pratica o ilícito, mencionando-se a *teoria da culpabilidade pela conduta de vida* e a *teoria da culpabilidade pela decisão de vida*, as quais consideram a formação do caráter do agente pelos maus hábitos e pelas falsas noções adquiridas que o impossibilitam distinguir o lícito do ilícito.

A segunda vertente nasce justamente para tentar superar a inconsistência de que o dolo, unido à consciência da ilicitude dentro da culpabilidade, se mostraria indefensável, justamente pela inevitável inculpabilidade dos delinquentes habituais, já que ausentes, nesses casos, elementos normativos⁹³. Logo, deveriam ser cindidas a valoração ou reprovabilidade do objeto enquanto elemento subjetivo, limitando-se a culpabilidade à valoração do objeto.

⁹¹ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**, p. 216.

⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, p. 451.

⁹³ MEZGER, Edmund. **Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal**, p. 62.

Tem-se que “na lei penal brasileira, embora a culpabilidade seja fundamentalmente regida pelo fato, há dispositivos que dizem respeito à culpabilidade do autor. Assim, quanto à aplicação da pena, refere-se aos antecedentes, à conduta social”⁹⁴, dentre outros. Esse tópico será resgatado ao se discorrer a respeito do *erro de proibição*, dada sua íntima relação com essa figura, sobretudo as reflexões envolvendo a potencial consciência da ilicitude e sua (in)suficiência para avaliar a culpabilidade do agente, cerne desta pesquisa.

Ao analisar, especificamente, o *dolo* sob o prisma da *teoria normativa pura da culpabilidade*, sabe-se que além de ser transferido à tipicidade e ser composto por aspectos essencialmente subjetivos, também se faz possível pensar nas bases teóricas que sustentam seu posicionamento dentro da estrutura tripartite de crime e que dialogam com a referida teoria da culpabilidade. Ao se rechaçar, inicialmente, a sua valoração, em verdadeira interpretação ontológica, nota-se que a ideia de dolo praticamente se confunde com a de intenção, havendo mera análise psicológica, ou seja, da atitude interna do indivíduo. É o que se conhece por *teoria da vontade*⁹⁵, a qual se difere da já mencionada *teoria do consentimento ou da anuência*, ou da *teoria cognitiva da representação*.

Acontece que o Código Penal Brasileiro, seja em sua redação original (artigo 15, inciso I), seja após a reforma de 1984 (artigo 18, inciso I), adotou, para a conceituação do dolo, a teoria da vontade completada pela teoria do consentimento⁹⁶. Deve-se lembrar que o elemento subjetivo do crime, a princípio, quando inserido na culpabilidade, era encarado por um prisma puramente psicológico e apenas com a virada neokantiana passou a gozar de certa valoração. Após o advento do finalismo e da teoria normativa pura, entretanto, voltou a ser encarado do ponto de vista psicológico, embora com roupagem distinta, uma vez que toda a carga valorativa ficou restrita à culpabilidade, que não mais abarcava o elemento subjetivo.

Logo, desde a redação original, apoiada na teoria causalista da ação, já se admitia, para além da vontade, a representação como elemento do dolo. Equiparou-se a assunção do resultado, na qual o agente consente previamente com o seu advento, com a intenção direta de experimentá-lo. Principalmente na segunda hipótese, em que se nota a forte influência da *teoria do consentimento ou assunção*, imprime-se um juízo normativo à concepção de dolo. E, logicamente, somente se pode desejar ou consentir com o que se conhece.

É de se destacar, desse modo, que, pela *teoria normativa pura da culpabilidade*, se sustenta um conceito gradual de reprovabilidade, isto é, quando o âmbito da autodeterminação

⁹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, p. 188.

⁹⁵ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**, p. 78.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 178.

se encontra reduzido em termos de exigibilidade da conduta, reconhece-se a inculpabilidade⁹⁷. Há, porém, críticas à ausência de precisão em torno da reprovação pessoal, sustentada pelos finalistas como sendo a capacidade de formar a resolução no sentido correto do homem, que, na situação, poderia ter adotado a sua resolução de vontade conforme a norma penal⁹⁸. Nesse ponto, atinge-se, primordialmente, a questão do *erro* - que passa a ser dividido em *erro de tipo* e *erro de proibição* - e, conseqüentemente, a reflexão crítica acerca da consciência da ilicitude, à qual se pretende alcançar. Nesse sentido:

A retirada do dolo e da culpa da culpabilidade engendra uma aplicação muito rígida da reprovabilidade, retratada principalmente no tratamento do erro de proibição. Se, na verdade, o dolo pertence ao tipo, e, com isso, se solucionam inúmeros problemas, inclusive sistemáticos, não há porque ser ele retirado inteiramente da culpabilidade, pelo menos como fator de reprovação. A manutenção do dolo, como fator de reprovação, dentro da culpabilidade, não obsta a que ele se mantenha no tipo, como fundamentador do injusto do delito. Na culpabilidade, sua função limitar-se-ia a servir de base a uma nova teoria do erro de proibição⁹⁹.

Outro ponto crítico relaciona-se com a alegada subjetivação do injusto e eventual esvaziamento da culpabilidade, objeções essas que, em realidade, são devidamente combatidas pela doutrina finalista. Em primeiro porque, ao residirem harmonicamente elementos subjetivos e objetivos no mesmo âmbito, não o torna subjetivado, já que, do dolo, não se retira qualquer elemento de natureza objetiva. Outrossim, em segundo lugar, porque não há redução do objeto da reprovabilidade da culpabilidade, dado que a atitude subjetiva em relação ao fato constitui o conhecimento da realização do tipo, auferido plenamente na culpabilidade¹⁰⁰.

Estudar-se-á, pois, como etapa derradeira deste capítulo, a teoria funcionalista, de modo a pensar sua nova proposta de abordagem à culpabilidade, na medida em que se diferencia sobremaneira das visões até então trabalhadas, para, então, superados os estudos acerca da culpabilidade, adentrar ao *erro de proibição* sob a óptica da teoria finalista da ação.

3.3 A teoria funcionalista da ação

Intitulando-se como corrente pós-finalista, a teoria funcionalista da ação foi inaugurada por Claus Roxin na Alemanha durante a década de 1970 e posteriormente interpretada, sob

⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**, p. 608.

⁹⁸ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal**, p. 85.

⁹⁹ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências**, p. 89

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 100.

panorama distinto, por outros teóricos¹⁰¹, destacando-se, primordialmente, o jurista alemão Günther Jakobs. Essa teoria representa, em um todo, uma tentativa de giro na forma de encarar a ação do ponto de vista penal. Abandonando os critérios ontológicos do finalismo (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, dentre outros), tem como guia os aspectos normativos, responsáveis por *funcionalizar* cada um dos elementos estratificados que compõe a estrutura do crime, de modo a servir para a legitimação da pena, principalmente, na perspectiva da política criminal (*funcionalismo teleológico*) ou de um sistema de normas (*funcionalismo sistêmico*)¹⁰².

O *funcionalismo teleológico* de Roxin pauta-se na alegada missão constitucional do direito penal, visando à proteção de bens jurídicos por meio da prevenção geral ou especial. Os fins do direito penal devem voltar-se, sob esse prisma, à proteção de bens jurídicos sobre a generalidade da população e sobre a pessoa do delinquente, para ressocializá-lo ou para impedir que volte a cometer novos delitos¹⁰³. A conduta humana, dessa maneira, tem de ser valorada, e isso significa que toda ação ou omissão não deve ser encarada sob a óptica naturalista como ainda entendiam os finalistas, mas como uma *manifestação da personalidade*¹⁰⁴. Com aspecto altamente subjetivo e capaz de causar certa insegurança jurídica ao aspecto basilar do crime, qual seja, a conduta, todas as modificações propostas têm como esteio sustentar a aplicação da pena, limitando os excessos punitivos do Estado.

A política criminal deveria, nessa concepção, exercer influência no conceito de crime, pois a solução de um problema jurídico não poderia ser político-criminalmente equivocada, o que se discute constantemente em sede doutrinária. Os idealizadores do funcionalismo, mormente o teleológico, defendem que apesar do louvável progresso que a teoria finalista estampou em face do causalismo, tal se limitou ao tipo subjetivo, ou seja, à análise do dolo logo na tipicidade, a fim de limitar a responsabilização dos agentes e evitar, por exemplo, o *regressus ad infinitum*.

Já o denominado funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs, por sua vez, sob uma roupagem mais radical, parte do pressuposto de que a constituição da sociedade se apresenta por meio de normas, construídas a partir de um contexto de comunicação. As regras de configuração, exaradas nas normas, representam, portanto, a identidade da sociedade¹⁰⁵. Visa-

¹⁰¹ Cita-se, como exemplo, a teoria funcionalista do controle social proposta por Winfried Hassemer (HASSEMER,

Winfried. **Três temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1993).

¹⁰² MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**, p. 127.

¹⁰³ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito, p. 215.

¹⁰⁴ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**, p. 265.

¹⁰⁵ JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**, p. 11.

se à confiança institucional no sistema e seu bom funcionamento, uma vez que a transgressão de uma determinada regra social, isto é, a prática do crime, é encarado de modo socialmente disfuncional, não porque coloca em perigo bens jurídicos, mas porque questiona a *confiança institucional* no sistema.

Parte-se, pois, do axioma de que a função da pena se constitui em reafirmar a validade da norma¹⁰⁶. Tem-se, nesse contexto, a ideia central que se consagrou como *Direito Penal do Inimigo*, em oposição ao *Direito Penal do Cidadão*:

[...] de acordo com a tese de Jakobs, o Estado pode proceder de dois modos contra os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinqüem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Dois, portanto, seriam os Direitos Penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito Penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito Penal do cidadão é um Direito Penal de todos; o Direito Penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia¹⁰⁷.

Nesse diapasão, pode-se observar influências no próprio instituto do *erro de proibição*, o qual será estudado com maior profundidade, embora sob visão finalista. Tem-se que quando o agente “sabe que uma norma está corretamente fundada, já sabe o suficiente para conhecer seu dever e obedecer à norma [...] basta o conhecimento do injusto”¹⁰⁸.

3.3.1 Uma nova proposta de abordagem à culpabilidade

Traçadas, sumariamente, as principais características da corrente funcionalista, de modo a ambientar-nos diante dessa nova perspectiva de encarar a ação, pensa-se criticamente a sua relação com a ideia de *culpabilidade*, correlacionando-a com princípio constitucional penal anteriormente trabalhado. Ressalte-se, porém, que a finalidade, aqui, não é tecer críticas à teoria funcionalista, mas apenas esboçar seus principais dogmas e correlacioná-los com a culpabilidade enquanto elemento do crime e com o princípio constitucional, diferenciando-os da teoria finalista da ação, adotada no presente trabalho.

Primeiramente, deve-se compreender que o termo *culpabilidade*, como elemento do crime, na perspectiva funcionalista, ganha contornos diversos daqueles até então notados.

¹⁰⁶ MELIÁ, Manuel Cancio *et al.* **Um novo sistema do direito penal**: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs, p. 3.

¹⁰⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**, p. 2.

¹⁰⁸ JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**, p. 32.

Partindo-se do pressuposto de que o livre-arbítrio, fundamento da culpabilidade, seria indemonstrável, propõe-se a acessibilidade normativa, ou seja, a capacidade do agente de se deixar motivar pelas normas do Direito, como novo fundamento. Nessa visão, a culpabilidade como elemento do crime cederia espaço à *responsabilidade*, sendo a capacidade de culpabilidade e a necessidade preventiva da pena suas ramificações. Logo, mesmo sendo o autor considerado culpável, em certos casos, não seria racional aplicar a pena, ante a sua desnecessidade, e vice-versa¹⁰⁹. Nota-se, então, que a categoria delitiva, que inicialmente se denomina de culpabilidade, enriquece-se sob o olhar político-criminal, a partir das teorias dos fins da pena, sendo mais exato falar em responsabilidade, já que a culpabilidade consistiria somente em um dos fatores que decidem sobre a responsabilidade jurídico-penal do agente.

Essa nova proposta de abordagem, que parte do pressuposto de que o livre-arbítrio seria empiricamente inverificável, pretende criar um conceito de culpabilidade que não se subordine justamente à capacidade de livre-arbítrio do agente, de modo a culminar na ideia de culpabilidade como agir ilícito. Deve-se analisar, a partir de um prisma pretensamente científico e empírico, se o sujeito, no momento do fato criminoso, teria a capacidade de se comportar conforme a norma, quando tal lhe é psiquicamente acessível, inclusive em termos de controle. Não se perquire, pois, se o agente podia atuar de outro modo, já que, para os funcionalistas, esta não se pode saber, mas somente se verifica se existia uma capacidade de controle intacta e, juntamente ela, a acessibilidade normativa. Tem-se uma análise normativa da possibilidade de comportamento conforme o Direito¹¹⁰.

Na visão do funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs, a *culpabilidade* como estrutura do crime é interpretada sob um prisma ainda mais radical daquele proposto por Claus Roxin. Desprezando qualquer discussão acerca do livre-arbítrio, que deixa de ser completamente sua base, na análise da culpabilidade deveria restar apenas a manutenção das expectativas em torno das normas que fossem consideradas essenciais para a vida em sociedade. A medida da culpabilidade, então, não seria mais a análise das características do réu, mas, sim, a necessidade fática da pena¹¹¹.

Entretanto, a perspectiva trazida pelos funcionalistas entende que aquela, ao considerar a relação de causalidade como suficiente para a realização do tipo objetivo, manteria, ainda, o tipo demasiado extenso, admitindo uma responsabilização alargada dos agentes envolvidos¹¹².

¹⁰⁹ ROXIN, Claus. **Derecho penal:** parte general, p. 809.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 808-809.

¹¹¹ JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**, p. 67.

¹¹² ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva, p. 12.

Haveria de se pensar, com isso, em novas delimitações para diferenciar os diferentes níveis paradigmáticos em torno do elemento subjetivo.

No que tange ao dolo eventual, por exemplo, não se admite a ideia de que a barreira limítrofe entre o referido instituto e a denominada culpa consciente seja puramente ontológica, ou seja, baseada na vontade da ação e na assunção do risco. Seria necessário questionar normativamente, quando se mostra imprescindível a legítima pena por crime doloso, em verdadeira dicotomia entre liberdade e proteção que permeia o sistema todo. Aos defensores, tem-se que:

O finalista pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano), e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos (segundo engano - falácia naturalista). Já o funcionalista admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas - isto é, que digam respeito à eficácia e à legitimidade da atuação do direito penal¹¹³.

Alude-se, então, segundo o funcionalismo teleológico, em *teoria da imputação objetiva*, segundo a qual um resultado causado pelo indivíduo apenas deverá ser imputado como sua obra se preenchidos, cumulativamente, três principais critérios normativos, olvidando-se o lado subjetivo típico da vontade do homem. São eles: a criação de um risco não permitido para o objeto da ação; a realização do risco no caso concreto; e a presença do resultado dentro do alcance do tipo.

Outrossim, importante reflexão que se deve reforçar é acerca da tensão entre *liberdade* e *proteção* que permeia o sistema, ao se questionar a necessidade e a legitimidade da pena por crime que envolva o elemento subjetivo doloso. Isso porque “o funcionalista sabe que quanto mais exigir para o dolo, mais acrescenta na liberdade dos cidadãos, às custas da proteção de bens jurídicos; e quanto menos exigências formular [...] mais limita a liberdade dos cidadãos”¹¹⁴. A intervenção do sistema penal, para ser legítima e eficaz, então, deve respeitar o princípio da culpabilidade, no sentido de proporcionalidade entre a conduta externada e a pena prevista.

Nesse contexto, pode-se refletir que mesmo os juristas que usualmente ampliam o princípio constitucional penal da culpabilidade, em uma espécie de *fagocitose* com o elemento do crime, criticam a concepção funcionalista, mormente no que se refere ao funcionalismo sistêmico. Isso ocorre porquanto tal corrente doutrinária alemã, como se viu, acredita na sua prescindibilidade, não havendo, nessa concepção, espaço para o princípio em tela, já que a

¹¹³ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito, p. 215.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 233-234.

culpabilidade passa a ser substituída pela necessidade preventivo-geral de pena, imposta com o fim de manter a confiança da provação no Direito. Para tais, o princípio aqui em referência “serve também como uma proteção necessária do cidadão contra qualquer excesso na intervenção repressiva do Estado e se preocupa de que a pena quede limitada estritamente a condutas que merecem um juízo de desvalor ético-social”¹¹⁵.

Tem-se, diante de todo o exposto, um panorama global, à luz das três teorias da ação propostas, de como se ampara a culpabilidade como elemento da estrutura analítica de crime, pensando-a criticamente, não somente por meio das suas principais características e dos laços que guardam com o princípio constitucional penal correlato, mas, primordialmente, da forma pela qual se articulam em torno da consciência da ilicitude, a qual passará a ser mais bem explorada no capítulo seguinte.

¹¹⁵ JESCHECH, Hans-Heinrich. El principio de culpabilidad como fundamento y límite de la punibilidad en el derecho alemán y español, p. 28-29.

4 OS PRINCIPAIS ASPECTOS ENVOLVENDO O ERRO DE PROIBIÇÃO SOB A ÓPTICA DA TEORIA FINALISTA DA AÇÃO

A consciência da ilicitude fixada na culpabilidade e apartada do elemento subjetivo trouxe, de acordo com a teoria normativa pura, novos contornos hermenêuticos à análise do *erro* em matéria penal, principalmente no que toca ao *erro sobre a ilicitude do fato*. A relevância atribuída à sua incidência, à luz da teoria finalista da ação, além de representar um giro na forma de encarar a reprovabilidade daquele que realiza um fato típico e antijurídico, reacende debates valiosos acerca dos seus critérios e contextos de aferição, especialmente quando considerada a realidade brasileira.

Pensar a consciência da ilicitude enquanto elemento constitutivo da culpabilidade como elemento crime perpassa, inexoravelmente, a discussão em torno do denominado *erro de proibição* e suas particularidades. Logo, mostra-se necessário adentrar à sua seara de modo a enfrentar não apenas suas inovações, quando comparadas, por exemplo, com ideais anteriores de matrizes causalistas, mas, primordialmente, assimilar suas distinções com outros institutos ainda em voga – cujas compreensões muitas vezes não estão aclaradas, inclusive entre os próprios operadores do Direito – e refletir, em um segundo momento, sobre as problemáticas que seus parâmetros podem gerar na experiência fático-cotidiana.

4.1 Breves considerações sobre o *erro* em matéria penal

Conceitua-se o substantivo masculino *Erro* como “crença ou juízo que está em desacordo com os fatos; engano, equívoco; desvio de uma regra de conduta estabelecida; desregramento”¹¹⁶. No que tange ao sentido jurídico do termo, pode-se classificá-lo como “aquele decorrente da errada compreensão da regra jurídica ou da ignorância dessa regra”¹¹⁷. No segmento do Direito, mais especificamente do Direito Penal, é possível compreender o *erro* como um “estado psicológico de desconformidade entre a consciência e a realidade”¹¹⁸. Logo, para sua caracterização *lato sensu*, em síntese, há de se notar um equivocado direcionamento existente entre o estado mental do sujeito e o mundo dos fatos, uma vez que o que lhe foi representado mentalmente não corresponde à realidade.

¹¹⁶ MICHAELIS ONLINE. Erro, [s.d.].

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ MUNHOZ NETTO, Alcides. Erro de fato e erro de direito no anteprojeto de código penal, p. 33.

Embora sua conceituação possa transmitir clareza e compreensão, há liames que merecem diferenciações, dadas suas similitudes. Cita-se, por exemplo, as concepções em torno do instituto em tela e da *ignorância*. Ontologicamente, nota-se que o primeiro se volta à falsa compreensão do objeto (estado positivo), ao passo que a segunda, à falta de conhecimento (estado negativo):

Na área da psicológica há uma distinção fundamental entre ignorância e o erro, que se já se havia notado em Platão. A primeira supõe a falta absoluta de toda a representação e consiste em uma inteira ausência de noção sobre um objeto determinado; é um estado negativo. O erro supõe uma ideia falsa, uma representação errônea de um objeto certo; é um estado positivo¹¹⁹.

Entretanto, tem-se que as teses diferenciadoras desses conceitos não prosperam na seara jurídica, vez que dominante a teoria unificadora. Isso porque as consequências jurídicas são as mesmas, pois incidem sobre o processo formativo da vontade, maculando o elemento intelectual do indivíduo, ao induzi-lo a querer coisa diversa da que teria desejado, se houvesse conhecido a realidade que se apresentava¹²⁰.

Nota-se, nessa senda, que o estudo do *erro* no Direito Penal somente faz-se possível na medida em que se considera o aspecto subjetivo para a aferição da culpa, já que seu ponto de partida reside em aspectos puramente mentais. Para muitos, inclusive, não se pode extrair do Direito outra realidade senão aquela subjetiva, considerando que sua existência se encontra umbilicalmente relacionada à vivência de seus destinatários¹²¹, ponto esse que dialoga diretamente, repise-se, com o princípio constitucional penal da culpabilidade, estudado no capítulo inicial deste trabalho. Não se poderá olvidar, entretanto, tal como se tem salientado, as problemáticas imputadas ao referido pressuposto, considerando que sua aferição, no campo fático, se evidencia como um árduo desafio.

Compreendida, em linhas gerais, a abordagem em torno do *erro* em matéria penal, passa-se ao estudo do *erro de proibição* propriamente dito.

4.2 Os principais contornos do *erro de proibição* inseridos na teoria finalista da ação

¹¹⁹ ASÚA, Luiz Jiménez de. **La ley y el delito**: curso de dogmática penal, p. 490-491 (tradução livre).

¹²⁰ MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**, p. 3.

¹²¹ SEARLE, John. Social ontology: some basic principles, p. 26.

A reforma do Código Penal de 1984, fundada na teoria finalista da ação e na teoria normativa pura da culpabilidade, previu, em seus artigos 20 e 21, os então denominados *erro de tipo* e *erro de proibição*, com a seguinte redação:

Erro sobre elementos do tipo

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

Descriminantes putativas

§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

Erro determinado por terceiro

§ 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

Erro sobre a pessoa

§ 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

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.

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 consciência¹²².

Da primeira leitura do *caput* do artigo 21 do Código Penal – consagrado, frise-se, após a reforma da Lei nº 7.209/1984, à luz da dogmática alemã – constata-se evidente preocupação do legislador em diferenciar a falta de conhecimento da lei – fator negativo e inescusável, inclusive inculpidado no artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – do *erro sobre a ilicitude do fato*. Sabe-se que embora o desconhecimento da lei seja inescusável – conquanto inculpidado como atenuante da pena (artigo 65, inciso II, do Código Penal), tal como se verá –, o *erro sobre a ilicitude do fato*, por sua vez, pode sofrer juízo de reprovação a depender de sua escusabilidade ou não. Se escusável, logo inevitável, isenta o agente de pena, mas se inescusável, logo evitável, poderá gerar a diminuição dessa, em verdadeiro juízo de reprovabilidade, variando de um sexto a um terço.

Tem-se, então, que o denominado *erro sobre a ilicitude do fato* representa, conceitualmente, o chamado *erro de proibição*, diante do qual a consciência da ilicitude apresenta-se como requisito autônomo do juízo de reprovação da culpabilidade. Nessas condições, o agente supõe que a sua conduta se encontra permitida pelo Direito, enquanto, na verdade, ela é proibida, isto é, sabe que age tipicamente, mas supõe de maneira errônea que isso

¹²² BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

era permitido: “o erro de proibição, destarte, não recai sobre o tipo nem sobre o fato nem sobre a lei; ele recai sobre a consciência da ilicitude”¹²³.

De acordo com os ensinamentos doutrinários, o erro de proibição, que tem a consciência da ilicitude como ponto fulcral, divide-se em três modalidades principais, quais sejam, *direto*, *indireto* e *mandamental*, minuciadas a seguir.

O primeiro deles, comumente conhecido, engloba o erro sobre o conteúdo proibitivo de uma norma penal, não no sentido de lei, mas no sentido da antijuridicidade. Realiza-se uma conduta proibida ou por desconhecer-se, então, a norma proibitiva – aqui, entende-se que a ignorância tem o mesmo grau de tratamento jurídico do erro – ou por conhecê-la mal, sem, até mesmo, compreender seu âmbito de incidência. Tais hipóteses, pois, barram a valoração negativa do comportamento, na medida em que o autor, até mesmo conhecendo a norma, possa considerá-la não vigente ou a interpreta equivocadamente, de modo a reputá-la, em qualquer caso, inaplicável¹²⁴. Outrossim, essa modalidade de erro de proibição pode incidir tanto sobre a *existência*, quanto sobre a *validade* e sobre o *significado* da lei penal, tangenciando a interpretação do tipo penal¹²⁵.

A espécie *indireta*, também conhecida como *erro de permissão*, configura-se quando o agente, mesmo conhecendo a proibição da antijuridicidade, crê que a conduta que impetra está abarcada por uma causa excludente de ilicitude, errando sobre a existência de uma causa de justificação ou sobre os seus limites. Cita-se, por exemplo, o fato de castigar crianças alheias por grosserias, no suposto exercício do direito de correção, ou a prática de lesão grave na pessoa do preso quando um cidadão comum realiza sua prisão em flagrante¹²⁶. Trata-se de uma situação em que o agente compreende corretamente o fato, mas a sua representação do injusto contradiz aquela manifestada pelo legislador. Adiante, notar-se-ão os embates doutrinários atinentes a essa espécie de erro de proibição e ao posicionamento ao qual se filia.

No primeiro caso, então, “o autor desconhece a existência de uma norma que proíbe sua conduta; no segundo, o autor sabe que sua conduta é proibida em geral, porém, crê que no caso concreto se dá uma causa de justificação que a autorize”¹²⁷. Especialmente em relação à segunda hipótese, pode-se refletir sobre a necessidade de diferenciação por parte do agente

¹²³ GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição**: a evolução da teoria causal-naturalista para a teoria finalista da ação, p. 104.

¹²⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general, p. 627.

¹²⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**, p. 244.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 244.

¹²⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**, p. 161 (tradução livre).

entre o ilícito em geral e o ilícito penal, tema recorrente e de suma importância para a investigação proposta, o qual será trabalhado posteriormente.

O *erro de proibição mandamental*, por sua vez, como o próprio nome remete, trata de uma norma imperativa, diante da qual a conduta criminosa se manifesta por meio da omissão, da inobservância à regra impositiva¹²⁸. Imagine-se um cenário em que A, única pessoa no local, presencia um acidente entre dois veículos no qual se constata que há feridos graves no interior de ambos. Acreditando ser o resgate de obrigação do corpo de bombeiros e da polícia rodoviária local, não presta socorro e deixa o ambiente. A incide, portanto, em um erro de proibição mandamental, por desconhecimento da ilicitude de uma conduta imperativa, que está implícita numa norma omissiva, qual seja, prestar socorro.

Para além das referidas classificações, enfrenta-se maior complexidade teórica no tocante ao *erro nas discriminantes putativas*, previstas no artigo 20, §1º, do Código Penal, diante das quais passa a se debruçar. Dada sua íntima conexão com o denominado *erro de tipo*, inclusive em termos de diferenciações, far-se-á necessário adentrar também às suas particularidades, visando à integral e clara compreensão do assunto.

Entende-se, inicialmente, por *discriminante putativa* “o estado psicológico de alguém que, imaginando estar vivendo uma situação de perigo contra direito seu ou de outrem, pratica um dano para remover o suposto perigo em prejuízo do direito alheio”¹²⁹. Nessa toada, o vocábulo *putativo* carrega em seu seio a aparência de algo que seja *verdadeiro, suposto, reputado*. Assim, *discriminar* significaria tornar o fato indiferente para o Direito Penal e *putativo*, adjetivo apto a designar algo que se encontra inculcado na mente do sujeito no momento de sua conduta, aparentando algo que, na realidade, não o é.

Infere-se, a partir daí, que os exemplos clássicos de discriminantes que, em vez de serem *putativas*, são *reais*, encontram-se previstos no artigo 23 do Código Penal – estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito. Nesses casos, o sujeito representa mentalmente uma situação que corresponde à realidade, agindo no sentido de eliminar situação que coloca em risco direito seu ou de terceiros. Entretanto, quando não há essa correspondência, tem-se uma evidente situação de *erro*.

Doutrinariamente, esse cenário manifesta duas principais correntes dogmáticas voltadas às classificações das *discriminantes putativas*. A primeira, que se apoia na teoria estrita da culpabilidade, as classifica sempre como *erro de proibição indireto* – ou *erro de permissão* –,

¹²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**: uma análise comparativa, p. 106-107.

¹²⁹ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral, p. 386.

ao passo que a segunda, sustentada pela teoria limitada da culpabilidade, as compreende ora como *erro de tipo permissivo*, ora como *erro de proibição indireto* – ou *erro de permissão* –, a depender do caso concreto. Deve-se aclarar, antes de expor suas vertentes fundamentadoras e a vertente à qual se filia, que, atualmente, a posição mais aceita é a segunda¹³⁰, sendo inclusive prevista expressamente na Exposição de Motivos do Código Penal, que gerou a reforma de 1984:

19. Repete o Projeto as normas do Código de 1940, pertinentes às denominadas *discriminantes putativas*. Ajusta-se, assim, o Projeto à teoria limitada da culpabilidade, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva. Tal como no Código vigente, admite-se nesta área a figura culposa (art. 17, § 1.º)¹³¹.

A primeira delas, pois, relaciona-se diretamente à *teoria normativa pura da culpabilidade*, partindo da reelaboração em torno dos conceitos de dolo e culpa empreendida pelos finalistas clássicos – teoria estudada com ampla profundidade. Sob essa óptica, todo e qualquer erro que recaia sobre uma *causa de justificação* (artigo 20, § 1º, do Código Penal) configura-se como *erro de proibição*, com as consequências típicas dessa espécie de erro. Já a segunda, embora guarde muitos pontos em comum com a primeira, relativiza a classificação quando o erro recai sobre as referidas *causas de justificação*:

uma, a que recai sobre os *pressupostos fáticos* de uma causa de justificação, a que considera tratar-se de *erro de tipo permissivo*; outra, a que recai sobre a *existência* ou a *abrangência* da causa de justificação, a que considera *erro de proibição*. Para a teoria limitada, que entende que o erro sobre os pressupostos fáticos constitui um *erro de tipo permissivo*, tem o mesmo efeito do erro de tipo (...) No caso, porém, de o erro incidir sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação, configura o erro de proibição¹³².

Nota-se, portanto, que a diferenciação realizada se volta ao objeto sobre o qual recai a *causa de justificação*: se sobre os pressupostos fáticos, constitui uma espécie de erro de tipo; se sobre a existência ou sobre a abrangência, encaixa-se como uma modalidade de erro de proibição.

Em relação à primeira hipótese, tem-se que se direciona à realidade fática ou típica de uma causa justificante, podendo-se citar o clássico exemplo de uma pessoa que mata a outra,

¹³⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general**, p. 499; SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**, p. 225.

¹³¹ BRASIL. **Exposição de motivos do código penal de 1940 (decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940)**.

¹³² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**, p. 88.

crendo erroneamente que seria injustamente agredido por ela¹³³. Já a segunda recai sobre a *existência* de uma norma, como o caso em que o agente mata uma pessoa para pôr fim a seu padecimento, supondo que a eutanásia seja um procedimento lícito. Ou, ainda, sobre sua *abrangência*, a exemplo do agente, agredido fisicamente, que prossegue em sua defesa depois de deixar seu oponente inconsciente, até causar-lhe a morte e crendo que não ultrapassa, dessa forma, os limites legais da legítima defesa¹³⁴.

Mister registrar, entretanto, que o denominado *erro de tipo permissivo* constitui causa de isenção de pena, não de exclusão do dolo, na esteira do que disciplina o próprio artigo 20, §1º, do Código Penal. Isso porque, nesses casos, estão presentes tanto os requisitos objetivos do tipo penal, quanto os subjetivos. O dolo, que tem por objeto a causação do evento típico, encontra-se presente, mas não o seu desvalor, diferenciando-se, portanto, do *erro de tipo incriminador*, previsto no *caput* do mesmo artigo. E “isso deve implicar a exclusão da *culpabilidade dolosa*, tão-somente, não na exclusão do *dolo*, que permanece íntegro”¹³⁵.

Fato é que referida temática guarda tamanha complexidade que se entende, até mesmo, que o denominado *erro de tipo permissivo*, na realidade, pode constituir um *erro sui generis*. Nesse sentido, afirma-se que não seria exagerado concluir que essa classificação se encaixa como uma *terceira espécie de erro*, isto é, uma confluência entre o *erro de tipo incriminador* e o *erro de proibição indireto*¹³⁶. Haveria uma estrutura parecida com o erro de tipo e uma consequência semelhante ao erro de proibição¹³⁷.

À vista disso, “quando o erro incidir sobre uma *causa de justificação* existente e for inevitável, o agente não será responsabilizado criminalmente e, caso o erro seja evitável, apenas será responsabilizado se houver, para o tipo penal, a previsão culposa”¹³⁸. Ademais, reforça-se que no *erro de tipo permissivo* o agente pretende praticar um fato em plena conformidade com a norma jurídica, qual seja, o que representa mentalmente está em consonância com a representação do legislador, mas erra sobre os pressupostos fáticos respectivos, isto é, sobre a verdade dos fatos¹³⁹.

De qualquer modo, embora haja predominância da corrente relacionada à teoria limitada da culpabilidade e, conseqüentemente, à possibilidade de classificação como *erro de tipo*

¹³³ ASÚA, Luís Jimenez de. **Tratado de derecho penal**, p. 551.

¹³⁴ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general, p. 541.

¹³⁵ MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**, p. 112.

¹³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**: uma análise comparativa, p. 102.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 98-99.

¹³⁸ FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. Lineamentos político-dogmáticos sobre as discriminantes putativas no direito penal brasileiro.

¹³⁹ *Ibid.*

permissivo, entende-se que o posicionamento mais acertado seria aquele defendido pela teoria estrita da culpabilidade. Isso se dá em razão de as hipóteses de discriminante putativa sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação se amoldarem à um lídimo *erro de proibição*, tratado legalmente como *erro de tipo*. O equívoco do agente, nesses casos, recai sobre a proibição, tanto que os próprios defensores, tal como se mostrou, defendem a integralidade do dolo¹⁴⁰, podendo-se realizar um desvalor por fato culposos. O engano macularia, no máximo, a consciência da ilicitude¹⁴¹, objeto central da pesquisa:

A ausência do dolo por não representação da tipicidade não pode ser afirmada nos casos de invencível erro sobre circunstâncias de fato, que tornaria a ação legítima, isto é, nas hipóteses das discriminantes putativas fáticas. Quem, v.g. lesa corporalmente outrem, porque se imagina por ele injustamente agredido, tem representação da tipicidade de seu proceder; sabe que está a praticar a ação correspondente à definição típica de lesão corporal, ou seja, que ofende a integridade corporal e saúde de outrem; supõe, porém, que sua conduta é lícita, porque a tem como amparada por uma causa legal de exclusão da antijuricidade (legítima defesa). Desta forma, a eficácia do erro de fato só pode ser atribuída à ignorância da antijuricidade¹⁴².

Tendo em vista a menção e a relativa abordagem do *erro de tipo*, bem como por compor inegavelmente a sistemática estudada, serão estudadas brevemente suas principais características, a fim de compreender com maior lucidez, inclusive, a razão pela qual a supracitada vertente doutrinária insere as *discriminantes putativas* em sua classificação.

O *caput* do artigo 20 prevê, expressamente, a modalidade de erro sobre o elemento constitutivo do tipo legal, tendo como consequência a exclusão do dolo e a possibilidade de punição a título de culpa, se previsto em lei. A partir da simples leitura do texto legal, nota-se facilmente que o denominado *erro de tipo* recai sobre uma das elementares do denominado tipo legal ou incriminador, que é o “modelo sintético, genérico e abstrato da conduta definida em lei como crime ou contravenção penal”, porquanto também denominado de *erro de tipo incriminador*¹⁴³.

Para além de constituir a função primordial de se criar infrações penais, o tipo legal também apresenta outras funções. A função de garantia, por exemplo, assegura ao indivíduo liberdade para agir como desejar, ficando vedadas apenas as condutas taxadas na lei penal. Outrossim, a função fundamentadora permite ao Estado sustentar a razão do direito de punir, de intentar uma persecução penal, em casos de violação da reprimenda penal. Não é diferente,

¹⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição**: a evolução da teoria causal-naturalista para a teoria finalista da ação, p. 100.

¹⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte geral, p. 498.

¹⁴² MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuricidade em matéria penal**, p. 112.

¹⁴³ MASSON, Cléber. **Direito penal**: parte geral, p. 428.

ademais, com a função indiciária da ilicitude, segundo a qual se presume a ilicitude de um fato típico, devendo qualquer excludente ser comprovada a fim de evitar uma condenação.

Nessa seara, têm-se, também, as funções seletiva e diferenciadora do erro. A primeira exprime a tarefa de selecionar as condutas proibidas ou ordenadas, enquanto a segunda, que dialoga diretamente com este trabalho, refere-se à necessidade de alcance do dolo a todas as elementares do tipo legal, “razão pela qual o autor de um fato típico somente poderá ser responsabilizado pela prática de um crime doloso quando conhecer todas as circunstâncias de fato que o compõem”¹⁴⁴. Entende-se, então, a partir de todas as funções narradas, como é formado estruturalmente o tipo incriminador, vez que crucial para se compreender, em seguida, as principais características do *erro de tipo*.

Tem-se, pacificamente, que o tipo penal é formado pelo núcleo, pelos elementos objetivos, subjetivos e normativos e pelas circunstâncias, nos casos das figuras qualificadas ou privilegiadas. O *núcleo*, contido em todo tipo penal, é composto pelo verbo, a exemplo de *subtrair, constranger, caluniar, matar* e assim por diante. Toda infração penal apresenta um núcleo, invariavelmente.

Ao redor do núcleo, circundam os *elementos* ou *elementares*, responsáveis por conferir perfeita descrição à conduta criminosa. É sobre essas que se deve focar. Aqueles classificados como objetivos exprimem juízo de certeza e podem ser constatados por qualquer pessoa, como é o caso de *alguém* nos crimes de homicídio e estupro, por exemplo. Já as elementares subjetivas dizem respeito, como o próprio nome remete, à esfera anímica do sujeito, isto é, a uma especial finalidade de agir. Nesses casos, além do dolo de realizar o núcleo da conduta, mister verificar a finalidade especial, se houver, como é o caso do crime de furto, em que “não basta a subtração da coisa alheia móvel: esta deve ser realizada pelo agente para si ou para outrem, ou seja, exige-se o ânimo de assenhoramento definitivo”¹⁴⁵.

Por seu turno, elementos normativos conferem à ação uma significação, uma interpretação valorativa, como acontece no uso das expressões *dignidade, decoro, honesto, indevidamente, sem justa causa, cruel e insidioso*¹⁴⁶. Pode-se considerar, entretanto, os elementos normativos como espécie dos elementos objetivos, esse ao lado daqueles descritivos, retromencionados. Independentemente disso, importante ter a consciência de que tais “são

¹⁴⁴ MASSON, Cléber. **Direito penal: parte geral**, p. 430.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 431

¹⁴⁶ LUISI, Luís. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**, p. 57.

aqueles elementos para cuja compreensão se faz necessário socorrer a uma valoração ética ou jurídica”¹⁴⁷, podendo variar, portanto, com a interpretação de cada pessoa.

Outrossim, importante salientar que a expressão *elementos constitutivos do tipo* também abarca as circunstâncias qualificadoras, as causas de aumento de pena e as circunstâncias agravantes. Cita-se, a título hipotético, o agente que infringe os costumes contra um descendente, ignorando a situação de parentesco. Deve-se, nessa situação, excluir a qualificadora do artigo 226, inciso II, do Código Penal, vez que inexistente o dolo em relação a essa circunstância especificamente. Outro exemplo abarca a situação na qual o agente furta um carro após conseguir, por meio de fraude, a chave verdadeira do veículo, acreditando, porém, praticar o crime de furto qualificado pelo emprego de chave falsa (artigo 155, § 4º, inciso III, do Código Penal), enquanto, na realidade, não incide o tipo derivado por se tratar de chave genuinamente verdadeira¹⁴⁸.

Há que se destacar, por oportuno, a incidência do erro de tipo em determinados crimes, dadas as suas particularidades. É o caso dos delitos de calúnia, desacato e revelação de sigilo profissional. No primeiro deles, em que se imputa falsamente a alguém a autoria de um fato, acreditando que tenha sido praticado, há a necessidade de que o agente saiba que a imputação não era verdadeira. Se não sabia que era falsa, não se pode falar em dolo, em verdadeiro erro de tipo¹⁴⁹. Tal assertiva mostra-se necessária considerando-se, sobretudo, o contexto de disseminação de notícias falsas em redes sociais e rápida propagação de ideia pelos diversos meios de tecnologia.

Em se tratando de desacato, faz-se imprescindível que o sujeito saiba que a vítima se trata de um funcionário público, ao passo que, se assim não o souber, falta-lhe também o dolo, “podendo configurar, como forma subsidiária, quem sabe, o crime de injúria”. Por último, no que tange à revelação de segredo profissional, estar-se-ia diante de um erro de tipo na situação em que se revela a condição ou doença de um paciente, por exemplo, em uma reunião científica, sem acreditar que isso lhe causará quaisquer prejuízos, mas objetivando algum benefício de tratamento ou cura¹⁵⁰.

Além disso, sublinhe-se, apesar de não constituir objeto primordial desta pesquisa, existe outra modalidade de erro de tipo, destoante da *essencial*, denominada pela doutrina de *acidental*, ou seja, que não versa sobre elementos ou circunstâncias do crime, mas sobre dados

¹⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**: parte general, p. 399.

¹⁴⁸ MASSON, Cléber. **Direito penal**: parte geral, p. 495.

¹⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**: uma análise comparativa, p. 128.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 128-129.

acidentais do delito ou sobre a conduta de sua execução. É o caso do *erro sobre o objeto*, do *erro sobre a pessoa*, do *erro na execução*, do *resultado diverso do pretendido* e do *erro sobre o curso causal*¹⁵¹. É o que prevê, por exemplo, o § 3º do artigo 20 da reprimenda penal, em que “não faz o agente julgar lícita a ação criminosa. Ele age com a consciência da antijuridicidade do seu comportamento, apenas se engana quanto a um elemento não essencial do fato ou erra no seu movimento de execução”¹⁵².

Não se escapa, ademais, a previsão contida no § 2º do mesmo artigo. Embora de simples compreensão, ilustra o caso em que um terceiro leva o sujeito a incidir em erro, devendo, portanto, ser responsabilizado pelo delito. Pode-se imaginar a hipótese em que um médico, desejando matar seu paciente, induz a enfermeira a administrar dose letal ao enfermo, trocando os frascos dos medicamentos sem que essa possa saber ou sequer supor. Nesse caso, em se demonstrando que a enfermeira não violou nenhum dever de cuidado objetivo, o médico deverá responder pelo crime de homicídio, uma vez que induziu a enfermeira ao erro quanto à elementar subjetiva genérica do tipo (dolo).

Apesar de compreendidas os principais aspectos das modalidades de erro à luz da teoria finalista da ação nesta seção, mormente no que se refere ao *erro de proibição*, é certo que referida classificação distancia-se significativamente daquela intentada pelos defensores da teoria causalista, que se encontrava presente no Código Penal de 1940, antes da reforma de 1984. Dessa forma, faz-se relevante traçar as principais distinções, tendo em vista, primordialmente, a evolução dogmática em torno da consciência da ilicitude atrelada às espécies de erro, tal como se tem trabalhado.

4.2.1 Breves distinções em relação ao *erro de fato* e ao *erro de direito* de matrizes causalista

O Código Penal de 1940, fundado na teoria causalista da ação e nas teorias psicológico e psicológico-normativa da culpabilidade – tal como se viu –, insculpiu em seus artigos 16 e 17 os nomeados *erro de fato* e *erro de direito*, com a seguinte redação:

Ignorância ou erro de direito

Art. 16. A ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena.

Erro de fato

Art. 17. É isento de pena quem comete o crime por erro quando ao fato que o constitui, ou quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima.

Erro culposo

¹⁵¹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**, p. 297-299.

¹⁵² BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral, p. 123.

§ 1º Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.

Erro determinado por terceiro

§ 2º Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

Erro sobre a pessoa

§ 3º O erro quando à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime¹⁵³.

À luz do que previa o próprio texto legal, pode-se notar que o *códex* da época consagrou o princípio do *error juris nocet* ou da *irrelevância do erro de direito*. A principal razão, segundo se extrai da própria exposição de motivos, envolve questões relacionadas à política criminal, uma vez que se a escusa fosse permitida, “estaria seriamente embaraçada a ação social contra o crime, pois ter-se-ia criado para os malfeitores um pretexto elástico e dificilmente contestável”¹⁵⁴. Vê-se uma presunção absoluta de conhecimento da lei por todos, a qual, uma vez promulgada e publicada, supõe-se conhecida pelos cidadãos, que devem exercer inderrogável dever cívico.

Nesse sentido, constata-se, quanto ao *erro de direito*, predominou forte influência da *teoria psicológica da culpabilidade*, de matriz essencialmente causalista. Não se atribui qualquer juízo de reprovação social à análise do dolo, que apenas requer a real e atual consciência da ilicitude (dolo natural), sem adentrar à análise conjunta com a pessoa que o pratica:

Para os que aceitam a existência de um elemento normativo no dolo, para os que acham que este não é apenas representação e vontade, mas consciência da antijuricidade, é difícil justificar a irrelevância do erro de direito (...). Se a consciência da ilicitude falta, não há dolo, e sem dolo não existe crime. A nosso ver parêmia *error juris nocet* choca-se com o conceito de culpabilidade normativa¹⁵⁵.

Embora indubitavelmente irrelevante à análise da culpabilidade, conforme dispõe o próprio artigo 16, a ignorância ou a errada compreensão da lei penal, quando escusáveis, eram causas atenuantes da pena, de acordo com previsão expressa no artigo 48, inciso III, do então Código Penal brasileiro. Logo, embora não se sujeitasse à valoração quando da análise da culpabilidade, poderiam atenuar a pena, se escusáveis, tratando-se de evidente transigência por parte do legislador pátrio¹⁵⁶. É notória, malgrado, a confusão que era realizada entre os dois institutos, vez que alocados de maneira equânime no *caput* do então artigo 16.

¹⁵³ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

¹⁵⁴ BRASIL. **Exposição de motivos do código penal de 1940 (decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940)**, p. 4-5.

¹⁵⁵ NORONHA, Magalhães Edgard. **Direito penal**, p. 160.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 160.

Já a Lei de Contravenções Penais (Lei nº 3.688/1941) traz em seu bojo (artigo 8º), com maior amplitude e até os dias atuais, a regra de que “no caso de ignorância ou errada compreensão da lei, quando escusáveis, a pena pode deixar de ser aplicada”¹⁵⁷. A explicação para tal excludente – contemporânea à sua irrelevância no Código Penal –, além da provável influência da *teoria psicológico-normativa da culpabilidade*, reside, principalmente, em critério histórico quando da análise do instituto do *erro*.

Trata-se da diferenciação realizada entre *infrações naturais*, diante das quais o erro de direito seria irrelevante, e de *criação política*, sob as quais se poderia admitir a sua relevância. Essas, também denominadas de infrações meramente convencionais, restariam transladadas, no contexto brasileiro, à Lei de Contravenções Penais, ainda em voga nos dias atuais, porquanto admitida a referida excludente¹⁵⁸. O mesmo não aconteceria com as normas insculpidas no Código Penal, cujas normas se arrastam, evidentemente, “de código em código, apenas por força da inércia de uma pesada tradição romanística, contrária a qualquer sentido de humanidade e em contraste com a natureza psicológica do agir humano”¹⁵⁹.

Vale mencionar, nesse diapasão, o conhecido *Projeto Sá Pereira* (1927-1937), que detalhava os critérios para as referidas infrações. Embora atinente ao Código Penal, dispunha os parâmetros que deveriam e poderiam nortear a relevância do *erro de direito*:

Art. 30. A ignorância da lei penal não exclui a responsabilidade; a ela, porém, atenderá o juiz nas infrações meramente convencionais, verificando que:
 I- A ilegalidade é elementar na qualificação da infração;
 II- a ignorância é devida a força maior, ou impossibilidade manifesta;
 III- o infrator é analfabeto, ou estrangeiro ainda não familiarizado com a língua do país e seus costumes.
 Parágrafo único. A responsabilidade será excluída: I, verificada qualquer das hipóteses do n.º II; II, concorrendo com a hipótese do n.º I qualquer das previstas no n.º III. Fora destes casos, a pena poderá ser livremente atenuada¹⁶⁰.

Já o *erro de fato*, por outro lado, possuía tratamento diferenciado e, à época, em sede doutrinária, já se discutia se deveria estender seus efeitos práticos ao *erro de direito*, em referência, dentre outros aspectos, ao já analisado princípio da culpabilidade:

A regra de que o erro de Direito não exclui a pena está, pois, em contradição com o princípio fundamental da culpabilidade. E há para abandoná-lo, não só uma razão técnica, de dogmática, mas ainda uma consideração prática da Justiça, princípio que constitui a limitação necessária às práticas sugeridas pela necessidade política. E o

¹⁵⁷ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais.

¹⁵⁸ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**, p. 211.

¹⁵⁹ BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**, p. 163-164.

¹⁶⁰ PEREIRA, Virgílio de Sá. **Projecto de código penal: exposição de motivos**.

regime de Direito que não sabe satisfazer esta segunda exigência, sem sacrificar a primeira, é um sistema imperfeito¹⁶¹.

Conforme indica o aludido *caput* do artigo 17, o legislador previu, de forma alternativa, duas espécies genéricas, ambas denominadas de *erro de fato*, tanto em relação à condição integrante do tipo ou àquela que constituiria causa de exclusão do ilícito penal¹⁶².

A primeira hipótese refere-se a elemento constitutivo do fato criminoso, ou seja, macula a própria substância da representação, atingindo diretamente o espírito do agente, pois falta a ele o conhecimento de uma condição essencial e imprescindível à constituição da figura típica. Trata-se, portanto, de uma desconformidade entre aquilo que é representado na mente da pessoa e o que se observa no plano fático. Nesses casos, se o sujeito tivesse por motivação a representação real dos fatos, provavelmente não atuaria na mesma direção¹⁶³. Entretanto, faz-se uma ressalva importante:

Cumpra advertir que, muitas vezes, o erro sobre circunstância essencial de determinado crime não exclui a punibilidade por crime diverso (ex: o indivíduo que dirige impropérios a outro, ignorando que este é um funcionário público *in officio*, não comete crime de *desacato*, mas o de simples *injúria*). Com maior razão, o erro sobre *circunstância qualificativa* não isenta de pena pelo *tipo fundamental* do crime (aquele que favorece a prostituição da própria filha, mas insciente desta sua qualidade, não é punível por *lenocinium qualificatum*, mas por lenocínio simples)¹⁶⁴.

Desse modo, percebe-se facilmente a proeminente ausência do elemento subjetivo – o dolo –, tanto no que se refere à vontade, quanto no que tange à consciência da ilicitude de sua ação. O erro conduz o agente “à consciência de que age de maneira não contrária ao Direito, a não ter dúvida sobre a licitude do seu comportamento. A dúvida conduziria a uma situação de dolo eventual ou de culpa consciente”¹⁶⁵. É o que prevê o próprio § 1º, segundo o qual não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato pode ser punível como crime culposos.

A referida hipótese – *quando o erro deriva de culpa* – remete à ideia dicotômica de *erro invencível* e *erro vencível*, já pontuada anteriormente. A título de rememoração, trata-se da possibilidade factível de se entender que o agente, no primeiro caso, não poderia ter agido de maneira diferente diante da situação que se apresentava, enquanto, no segundo, tal possibilidade, nos parâmetros do homem médio, mostrava-se crível. Logo, se invencível, excluir-se-ia o elemento subjetivo e, portanto, a culpabilidade; mas se vencível, remanesceria a

¹⁶¹ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral, p. 115.

¹⁶² *Ibid.*, p. 119.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 119.

¹⁶⁴ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**, p. 220.

¹⁶⁵ BRUNO, *op. cit.*, p. 120.

punição a título de culpa em sentido estrito (imprudência, negligência ou imperícia), uma vez que embora não se tenha aferido o dolo em decorrência do *erro de fato*, as circunstâncias objetivas possibilitavam evitá-lo.

Frise-se que a punição a título de culpa, decorrente do erro vencível ou inescusável, remonta à possibilidade de consciência da ilicitude de sua conduta. O dolo, por pressupor a efetiva consciência da injuricidade, restaria afastado. Desse modo, pode-se dizer que há um juízo de valoração em relação à culpa em sentido estrito.

Em retomada às teorias da culpabilidade, então, pode-se aferir que a assunção do *erro de fato* vicia o processo psicológico, o qual não pode ser considerado em sua aplicação pura e isolada, como previa a *teoria psicológica da culpabilidade*. Isso significa que “a *ignorantia facti*, quando insuperável, acarreta uma atitude psíquica oposta à da culpabilidade, isto é, a falta de *consciência da injuricidade* (ausência de dolo) e da própria possibilidade de tal consciência (ausência de culpa)”¹⁶⁶.

No que se refere à segunda parte do *caput* do artigo 17, tem-se a denominada *legítima defesa putativa*, a qual, a despeito de ter sido classificada, expressamente, como *erro de fato* no Código Penal de 1940, atualmente apresenta divergências doutrinárias, como se pôde estudar.

Inicialmente, deve-se pontuar que a legítima defesa putativa, prevista como hipótese de erro de fato (excludente de culpabilidade), difere-se da legítima defesa genérica, que, na época, já era considerada como excludente de ilicitude. Isso se dá na medida em que, em sede da genuína legítima defesa, a ação é objetivamente lícita, ao passo que nessa a ação é objetivamente ilícita, porém, por ausência de dolo, exclui-se a culpabilidade, caso o erro não derive de culpa ou o fato não esteja previsto na modalidade culposa. Em outras palavras, na primeira, “quem se defende está realmente sendo atacado ou ameaçado; ao passo que na outra, não: quem se julga defender é que, de fato, agride”¹⁶⁷. Dessa forma, “o erro do agente não diz respeito à gravidade ou importância, mas à existência mesma do perigo ou atualidade da agressão (...) O agente fica isento de pena (...) porque tal suposição obstou que tivesse consciência da injuricidade”¹⁶⁸.

Trata-se de um descompasso entre a realidade e a sua representação na mente do agente, maculando a consciência do valor do fato praticado, que, por erro, crê estar praticando um ato lícito, em consonância com a moral, com a boa-fé e com a lei. Novamente, percebe-se uma

¹⁶⁶ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**, p. 221.

¹⁶⁷ NORONHA, Magalhães Edgard. **Direito penal**, p. 167.

¹⁶⁸ HUNGRIA, *op. cit.*, p. 225.

valoração ético-jurídico imbuída na referida análise, afastando a *teoria psicológica da culpabilidade*. Sumariamente, tem-se que:

a) se o agente, em consequência de um erro invencível, supõe-se achar em face de uma agressão iminente ou atual e injusta, ficará isento de qualquer pena, posto que se tenha contido dentro dos limites da reação que seria necessária contra a suposta agressão; b) se o agente é induzido à mesma suposição por erro superável (inescusável), será punível a título de culpa (...); c) se o agente excede, conscientemente, a medida de defesa que seria necessária contra a imaginária agressão, responderá pelo plus a título de dolo; d) se tal excesso é inconsciente, mas resultante de erro inescusável, responderá o agente pelo plus a título de culpa; e) se o excesso é inconsciente e resultante de erro escusável, nenhuma é a punibilidade do fato¹⁶⁹.

Considerado esse panorama, faz-se plausível realizar distinções entre a modalidade de erro inaugurada pela teoria finalista e aquela respaldada pela teoria causalista da ação, qual seja, o *erro de fato*. Embora haja similitudes, os enfoques e abrangências são distintos.

Não se pode olvidar que o aludido *erro de fato*, como o próprio nome remete, rememora-se, restringia-se a uma situação de fato, ou seja, a um erro sobre uma *coisa*, um *corpo* ou uma *causalidade*. Não abarcava, dessa feita, os elementos objetivos, a citar, exemplificativamente, *documento e funcionário*, e, principalmente, os referidos aspectos normativos do tipo legal, como o *caráter lascivo* de uma conduta. O *erro sobre a situação de fato*, pois, não pode ser equiparado a ele, dado que não se trata de uma oposição entre situação de fato-conceito jurídico, mas, sim, de tipo-antijuridicidade¹⁷⁰.

Nessa direção, há erros de fato que são considerados, sob a ótica finalista, como *erro de tipo*, ao passo que outros são classificados como *erro de proibição*. Cita-se, para melhor compreensão, “o erro sobre as circunstâncias normativas do fato, como estranheza da coisa; e há erros de fato que são erros de proibição: o erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de justificação”¹⁷¹.

Melhor aclarando, o *erro de tipo* pode recair, algumas vezes, como se viu, sobre um *dado jurídico-normativo do tipo*, como é o caso do agente que, por erro, subtrai coisa alheia imaginando que fosse sua. Tal requisito, para ser conhecimento pelo indivíduo, necessita de um juízo de valor, assim como ocorre, por exemplo, com *documento público* e mulher *honestas*. Para a doutrina causalista, nessas situações, por não lidarem puramente com a situação fática, estar-se-ia diante de um *erro de direito*, e não diante de um *erro de fato*¹⁷². Com isso, não há

¹⁶⁹ HUNGRIA, Nelson, p. 232-233.

¹⁷⁰ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**, p. 233.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 234 (tradução livre).

¹⁷² TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**, p. 49-50.

como falar em compatibilidade entre os institutos, em análise evolutiva quanto às teorias da ação adotadas.

Toda a argumentação traçada, embora esclarecedoras e cruciais, expôs, como se pôde notar, problemáticas que ainda necessitam ser mais bem delineadas a fim de se alcançar o objetivo principal da pesquisa, como é o caso da dicotomia existente entre *erro de proibição* e *desconhecimento da lei*.

4.3 Distinções entre o *erro de proibição* e a atenuante de desconhecimento da lei

Adentra-se, neste ponto, a uma das mais nebulosas questões envolvendo a temática do *erro de proibição* e, conseqüentemente, da consciência da ilicitude. Não porque há dissidência doutrinária ou impasse jurisprudencial a respeito da matéria, mas porque, na realidade, não se encontra difundida suficientemente, entre os operadores do Direito, a diferenciação existente entre os institutos da *consciência da ilicitude* e do *desconhecimento da lei*. Notar-se-á, adiante, que existe fulcral distinção entre eles, com conseqüências jurídicas totalmente dessemelhantes na prática, que precisam ser trabalhadas e compreendidas com a devida profundidade, a fim de que, no momento adequado, se possa refletir acerca das causas em torno dessa obscuridade e, no cerne deste trabalho, das problemáticas que ambos representam quando da aplicação da lei penal.

Inicialmente, cumpre rememorar os conceitos de *erro* e *ignorância*, a fim de que não embaracem o conhecimento em tela. Na seara jurídica, lembre-se, prevalece a teoria unitária em relação aos conceitos de *erro* e *ignorância*. Embora o primeiro externar uma falsa representação de uma realidade (estado positivo) e o segundo, uma falta de representação dessa mesma realidade (estado negativo), para o Direito, suas conseqüências podem configurar tanto o *erro de tipo*, quanto o *erro de proibição*, porquanto não se mostra relevante alçar um juízo de valor entre *errar* e *ignorar*. É evidente, porém, que ontologicamente pode-se diferenciar essas duas situações no sentido de que: “erra o agente que pensa estar vendo, parado na esquina, seu amigo, quando na realidade é um estranho que ali se encontra; ignorância, por seu turno, é o estado do agente que não tem a menor ideia de quem está parado na esquina”¹⁷³.

Entretanto, não se pode confundir esses dois termos, que são tratados em igualdade de sentido para o ramo do Direito Penal, com o desconhecimento da lei. Com o advento da Lei 7.209/1984, que alterou a Parte Geral do Código Penal, trazendo, em seu bojo, as contribuições

¹⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**, p. 315.

do sistema finalista da ação, acrescentou-se, no rol das atenuantes genéricas, aquela correspondente, justamente, ao desconhecimento da lei (artigo 65, inciso II, do Código Penal). De igual forma, da parte inicial do *caput* do artigo 21, também do Código Penal, que trata a respeito do *erro sobre a ilicitude do fato*, tem-se que o mesmo desconhecimento da lei é inescusável. À primeira vista, parece-se, pois, estar diante de um conflito normativo, o que se reforça na medida em que se recorda da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a qual, em seu artigo 3º, prevê expressamente: “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”¹⁷⁴.

Pode-se notar, indubitavelmente, diante dos referidos textos legais, que a opção do legislador foi a de vedar a possibilidade de valer-se da argumentação de que se desconhece a norma escrita para praticar crimes, “pois seria impossível, dentro das regras estabelecidas pelo direito codificado, impor limites à sociedade, que não possui, nem deve possuir, necessariamente, formação jurídica”¹⁷⁵. Visa-se, dessa forma, justificadamente, a manter a estabilidade do ordenamento jurídico.

Acontece que, atualmente, tal como trabalhar-se-á com maior propriedade no capítulo seguinte, pode-se notar, na realidade brasileira, um fenômeno significativo de inflação legislativa em matéria penal, tendo em vista que “nossa legislação não é mais a lei das Doze Tábuas, porém um arsenal que todo dia se renova e se aperfeiçoa, à medida que se aprimora o senso da necessidade civil”¹⁷⁶. Atrelada à grande complexidade do sistema jurídico, possibilita-se, mesmo que excepcionalmente, que se invoque, também por razões que perpassam a política criminal, o desconhecimento da lei como atenuante, assim como se tem no artigo 65, inciso II, do Código Penal. Deve-se esclarecer, malgrado, do que se trata essa atenuante.

O conhecimento da lei, mesmo que por ficção jurídica, presume-se ser intrínseca a todos os cidadãos. Trata-se, especificamente, dos dispositivos legislados, isto é, da existência da norma escrita, que percorre etapas constitucionais taxativas em seu processo de aprovação, sendo levada à ciência da população a partir da publicação no *Diário Oficial*. Há, portanto, uma presunção legal absoluta de que todos conhecem a existência da lei após a sua publicação nos veículos oficiais, sendo o desconhecimento inescusável e aplicado apenas como atenuante da pena em situações restritas¹⁷⁷.

¹⁷⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

¹⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**, p. 317.

¹⁷⁶ MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**, p. 61.

¹⁷⁷ ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral, p. 415.

De outra banda, a consciência sobre a ilicitude do fato tem aspecto e consequências jurídicas totalmente diversos. Trata-se, como se estudou, da “relação que existe entre a lei, em abstrato, e o conhecimento de que alguém possa ter de que seu comportamento está contrariando a norma legal”¹⁷⁸. Recai, portanto, sobre o juízo de valor que o agente faz sobre seu comportamento concreto e individualizado, que é matéria da culpabilidade, podendo isentá-lo de pena, se escusável, ou diminuí-la, se inescusável, nos termos do artigo 21 do Código Penal.

Entende-se, aqui, que o ponto fulcral para compreensão de suas distinções reside na representação da ilicitude do comportamento, ou seja:

Por ignorar a lei, pode o autor desconhecer a classificação jurídica, a quantidade de pena, ou as condições de sua aplicabilidade, possuindo, contudo, representação da ilicitude do comportamento. Por ignorar a antijuridicidade, falta-lhe tal representação¹⁷⁹.

Isso significa que na hipótese de desconhecimento da lei, embora o indivíduo desconheça a existência de norma escrita que criminaliza sua conduta, sabe que tal é reprovável, isto é, realiza um juízo de ilicitude em torno do seu comportamento.

A título de exemplo, pode-se imaginar situação em que a pessoa, apesar de desconhecer que desrespeitar o hino nacional configura hipótese de contravenção penal, segundo o artigo 35 da Lei nº 5.700/71, passa a aviltar sua letra, tendo consciência que seu comportamento é reprovado socialmente. Outrossim, vislumbra-se o caso daquele que destrói uma planta de ornamentação de uma residência para levar de presente a um familiar, sem saber que tal conduta, embora socialmente reprovável, encontra-se prevista como delito no artigo 49 da Lei nº 9.605/98.

Em contrapartida, quando o agente não tem consciência sobre a ilicitude do fato que pratica, ou seja, quando não sabe que sobre ele recai um desvalor ético-social, estar-se-ia, então, diante de uma hipótese de *erro de proibição*. Note-se que não se releva, nesses casos, se há ou não conhecimento da norma escrita, mas, sim, se ocorre, na esfera individual, uma representação da ilicitude do comportamento.

Exemplificativamente, visualiza-se o cenário em que o agente, apesar de conhecer a lei, ignora a reprovabilidade do comportamento, como é o caso daquele que crê que a eutanásia não é ilícita, mesmo sabendo que a prática do homicídio configura crime. Há, também, casos em

¹⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**, p. 80.

¹⁷⁹ MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**, p. 20.

que não se tem conhecimento da norma escrita, tampouco da reprovabilidade que recai sobre a ilicitude do fato, como a hipótese de fabricação de açúcar em casa, tipificado criminalmente no artigo 1º, do Decreto-Lei nº 16/1966. Neste caso, por exemplo, o indivíduo não imagina que seu comportamento seja proibido, e sequer tipificado delitivamente.

Vale ressaltar, por fim, que o impasse que tais situações revelam-se críveis na medida em que, não raras as vezes, o dever jurídico não coincide com a lei moral. Embora tal reflexão se faça mais apropriada ao se discorrer, no capítulo nevrálgico desta pesquisa, a respeito das problemáticas em torno da *potencial consciência da ilicitude*, antecipa-se tal discussão, que se sustenta na medida em que:

o direito protege situações amorais e até imorais, contrastando com a lei moral, por razões de política criminal, de segurança social etc. Assim, nem sempre é possível estabelecer, a priori, que seja o crime uma ação imoral. A ação criminosa pode ser, eventualmente, até moralmente louvável. A norma penal, pela sua particular força e eficácia, induzi os detentores do poder político a avassalar a tutela de certos interesses gerais e finalidades, ainda que contrastantes com os interesses gerais do grupo social¹⁸⁰.

Embora restem dirimidas as distinções teóricas existentes entre os dois institutos trabalhados, remanesce a árdua reflexão de compreender a forma como essa representação da ilicitude do comportamento se opera na prática, isto é, de como se pode (tentar) atestar sua ocorrência a partir de uma conduta concreta e individualizada, considerando determinados critérios. Antes de pensar suas problemáticas e (in)suficiências, estudemos seus principais contornos, ou seja, os níveis de exigência em torno da consciência da ilicitude.

4.4 Os níveis de exigência em torno da consciência da ilicitude

De início, rememora-se que antes da reforma do Código Penal de 1984 vigorava, no ordenamento jurídico pátrio, a teoria causalista da ação, a qual compreendia as teorias psicológica e psicológico-normativa da culpabilidade. Assim como se pôde estudar com mais propriedade adrede, podia-se observar, nesse contexto, que para a primeira corrente a culpabilidade era concebida como um mero nexó psíquico entre o sujeito e o resultado. Dessa forma, dolo e culpa eram as duas formas de manifestação da culpabilidade, as quais se diferenciavam com base na relação psicológica, interpretação essa que culminou nos entraves previamente alinhavados, como é o caso, recorde-se, da culpa inconsciente¹⁸¹.

¹⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**: uma análise comparativa, p. 82.

¹⁸¹ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**, p. 167.

Na mesma esteira da culpabilidade, a teoria da pena também se desenvolveu, naquela época, vale mencionar, a partir do prisma psicológico. O delito, então, passou de uma ação antijurídica a um fato contrário à lei e a infração à norma, por sua vez, era compreendida como uma espécie de vulneração da lei penal¹⁸². A fim de que se realizasse, no campo fático, tal premissa, isto é, para que o agente pudesse ser intimidado pela pena decorrente da transgressão, a presunção do conhecimento da ilicitude por todos fazia-se necessária. Havia, entretanto, posicionamentos contrários a essa clássica e irredutível concepção, a qual passou a ser enfrentada:

Frente a uma jurisprudência do *Reichsgericht* aferrada ao princípio *error iuris nocet* e que, portanto, considerava irrelevante o desconhecimento da antijuridicidade, a doutrina alemã, sobretudo a partir de Binding, sustentava que o conhecimento do significado antijurídico dos fatos era também um elemento integrante do conceito de dolo, concedendo ao erro sobre a antijuridicidade a mesma importância que ao erro sobre os fatos, quer dizer, a exclusão da imputação dolosa e a possibilidade de punir, nesse caso, por crime culposo, se o erro fosse devido à culpa do agente¹⁸³.

Resgate-se que, naquele momento, não havia qualquer carga valorativa em torno dos elementos subjetivos do crime, os quais estavam alocados na culpabilidade. Com isso, apesar das reivindicações, a consciência da ilicitude, como elemento normativo, era afastada do conceito de dolo, o que se reflete na antiga redação do artigo 16 da reprimenda penal. Posição diferente, porém, se sucedeu com a teoria psicológico-normativa, responsável por conferir uma relação valorativa de reprovabilidade entre o sujeito e o objeto, de maneira a permitir que o delito passasse a ser encarado sob o prisma cultural. Assim, o elemento subjetivo doloso (*dolus malus*) guardava, em seu bojo, lembre-se, a consciência da ilicitude: “o que *não sabe* que procede injustamente, *não* comete nunca um delito doloso”¹⁸⁴.

Tem-se, sob esse prisma, que o sujeito somente poderia atuar dolosamente se tivesse consciência da ilicitude de sua conduta. No seio do que se consagrou como *teoria estrita do dolo*, o *erro* adquire um contorno unitário, não subsistindo mais a diferenciação entre *erro de fato* e *erro de direito*, estudadas anteriormente. A ausência de ambos excluiria o dolo e, se evitável, permitiria a punição a título de culpa, quando prevista. Dessa maneira, pelo primeiro, exclui-se a vontade de praticar o fato típico e antijurídico, não se fazendo presente, então, o elemento psíquico do dolo, enquanto, pelo segundo, não se tem a consciência da

¹⁸² BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal**, p. 79.

¹⁸³ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo**, p. 20.

¹⁸⁴ MEZGER, Edmund. **Derecho penal: parte general**, p. 49.

antijuridicidade, excluindo-se, com isso, o elemento normativo¹⁸⁵. Acontece que nas situações em que houvesse um erro evitável e não fosse tipificada a modalidade culposa para a delito, não se poderia responsabilizar o agente penalmente, conclusão essa que, em razão das críticas político-criminais que passou a sofrer, começou a ser desacreditada¹⁸⁶.

Sublinha-se que, de acordo com essa concepção, o nível que se atribuía à consciência da ilicitude era o de conhecimento no momento atual em que se pratica o fato. Tem-se, pois, o mesmo caráter e intensidade de qualquer outro elemento que compõe o fato delitivo, seja ele descritivo, normativo ou pressuposto de uma causa de justificação. Logo, o elemento normativo do dolo deveria ser atual e real ao momento da conduta perpetrada pelo indivíduo¹⁸⁷.

Para além das referidas críticas, o nível de consciência *real* passou a ser combatido no sentido de que possibilitaria outra lacuna de punibilidade, no caso, por exemplo, do criminoso habitual, o qual, por não ter, eventualmente, a *real consciência da ilicitude de sua conduta* poderia invocar a extinção do dolo, encontrando amparado na *teoria estrita do dolo*. Outrossim, tem-se que:

A prova perante os tribunais da mencionada consciência atual do injusto seria impossível ou teria que ser inferida por meio de deduções inseguras, fundando-se as condenações criminais (ou as absolvições) não em um critério de certeza¹⁸⁸.

Noutro giro, a *teoria limitada do dolo*, a fim de tentar corrigir as imperfeições da teoria que lhe antecedeu, introduziu o denominado *estado de inimizade* ou de *cegueira ao direito*. Isso significa que o erro evitável continuaria excluindo o dolo e possibilitando a punição a título de culpa, se prevista, excepcionando, todavia, a conjuntura na qual o erro derivaria de uma espécie de *cegueira jurídica*, subsistindo a responsabilização dolosa. Trata-se, pois, nessa hipótese, de um *dolo fictício*¹⁸⁹, de acordo com o qual não se presume a consciência da ilicitude, salvo no referido contexto. Em outras palavras:

Presume-se o dolo se o agente, embora não tivesse o conhecimento atual da ilicitude, virou as costas, fechou os olhos, para o ordenamento jurídico, sendo na verdade seu desconhecimento, ao contrário de uma escusa, prova de sua atitude de hostilidade para com o direito e desprezo ou indiferença pelas regras ético-sociais, tão reprováveis, portanto, quanto o próprio agir conscientemente contra regras conhecidas¹⁹⁰.

¹⁸⁵ BRANDÃO, Cláudio. A consciência da antijuridicidade no moderno direito penal, p. 59.

¹⁸⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en derecho penal**, p. 26.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 25.

¹⁸⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. Teorias do dolo e teorias da culpabilidade: teorias limitadas e teorias extremadas, p. 272.

¹⁸⁹ MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico-penal**, p. 43.

¹⁹⁰ VANZOLINI, Patrícia; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Manual de direito penal**, p. 380.

Nota-se, portanto, situações excepcionais, nas quais se insere a *potencial consciência da ilicitude* como parâmetro exigível do indivíduo. Há, entretanto, críticas relevantes acerca desse nível de exigência em torno da consciência da ilicitude e, conseqüentemente, do chamado *dolo fictício*. Faz-se evidente que tal presunção, calcada na *cegueira ao direito*, representaria uma *culpabilidade pela condução de vida*, incompatível com a culpabilidade pelo fato, já que se centralizaria na personalidade do sujeito¹⁹¹. Remete-se, nesse tópico, ao princípio constitucional penal da culpabilidade.

Não se pode perder de vista – embora não seja o foco deste trabalho – que, sob essa visão, repousava, historicamente, um dos regimes mais autoritários do mundo do século XX, qual seja, o regime nazista alemão, cujo expoente era o ditador austríaco Adolf Hitler. Os embasamentos que se refletem na seara penal, por meio de seus expoentes, não podem ser desassociados do contexto no qual se encontravam inseridos à época e, sobretudo, na efetiva participação política que exerciam junto ao Governo¹⁹².

A principal fonte do Direito Penal sedimentava-se, nesse contexto, na vontade do *Führer*, de modo que a pena exteriorizava uma etapa intermediária voltada à eliminação dos elementos daninhos ao povo e à raça. As concepções biologicistas — materializadas, por exemplo, no *Projeto de Lei sobre o Tratamento dos Estranhos à Comunidade* e na *Lei do Delinquente Perigoso de 1933* — pretendiam justificar as condutas antissociais e promover medidas de higiene racial nos cidadãos. Cogitava-se, até mesmo, às pessoas consideradas *estranhas à comunidade*, medidas de seleção eugênica de castração e esterilização¹⁹³.

Nessa senda, propagavam-se determinados conceitos, na seara jurídico-penal, em nome da necessidade de aferição dos distintos graus de periculosidade e culpabilidade do indivíduo — como os delinquentes *normais* e os delinquentes *perigosos*¹⁹⁴. É exatamente o que se pode notar com o amadurecimento da hipótese do *estado de inimizade* ou de *cegueira ao direito*, ao se discorrer acerca do nível de exigência em torno da consciência da ilicitude através da estereotipação e segmentação de parcela da sociedade da época.

Com a guinada teórica trazida pela corrente finalista e, conseqüentemente, pela teoria normativa pura da culpabilidade – remete-se, neste ponto, ao capítulo anterior –, não havia mais

¹⁹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en derecho penal**, p. 33.

¹⁹² Cita-se, nesse tópico, o jurista alemão Edmund Mezger, cuja crítica, bastante lúcida e minuciosa, se encontra alinhavada na obra de Francisco Muñoz Conde, em obra já utilizada para outras reflexões nesta pesquisa (MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo**).

¹⁹³ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Edmund Mezger e o Direito Penal do *nosso* tempo, p. 154-155.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 158.

sentido em estudar o elemento subjetivo do crime aliado ao aspecto normativo da consciência da ilicitude, uma vez que aquele fora deslocado para a tipicidade, enquanto esse permaneceu, ao lado de outros elementos essencialmente normativos, no estrato da culpabilidade.

Entretanto, os ideais de base neokantistas, que sustentavam a teoria psicológico-normativa da culpabilidade e, em caráter excepcional, a presunção da consciência da ilicitude nos casos de *cegueira jurídica* ou de *inimizade ao direito*, influenciaram sobremaneira aquilo que se consolidou como regra na seara finalista ação: a *potencial consciência da ilicitude*.

A palavra *potencial*, para além dos sentidos consagrados pela Física e relacionados ao *poder*, à *força* e ao *vigor*, filosoficamente, no que interessa ao presente trabalho, guarda em sua etimologia a expressão apenas de uma possibilidade e não da realidade de uma situação, para além de significar um estado latente ou virtual, e representar, no aristotelismo, o que ainda não foi atingido plenamente¹⁹⁵. Isso significa que a possibilidade e a virtualidade de se alcançar o que se pretende — neste caso, a consciência da ilicitude, ainda que esta não exista real e objetivamente — constitui o ponto fulcral e desafiador sobre o qual deve recair a análise.

Nessa senda, mister registrar que há o dever de contínuo sopesamento, muitas vezes inatingível, entre o *Direito* e a *liberdade*. A legislação penal prevê balizas estreitas para a aferição da consciência da ilicitude no atual ordenamento jurídico pátrio, ao passo que a aferição em torno de sua *potencialidade* se relaciona diretamente com a vivência cotidiana e com a possibilidade do agir humano, o qual deve estar, obrigatoriamente, em conformidade com o Direito. Notou-se, principalmente a partir da nova abordagem à culpabilidade conferida pela corrente funcionalista, que referido tema é alvo de preocupações e ponderações constantes, embora ainda não solucionado e pacificado diante da realidade brasileira que se coloca.

Deve-se registrar também, nesse diapasão, que referida tensão entre *Direito* e *liberdade* pretende ser solucionada até mesmo por intermédio da chamada *perspectiva ontológica* desta, aproximando-se dos ideais da Psicologia e afastando-se da perspectiva puramente normativa de liberdade no âmbito do Direito Penal, tal como suscitada, rememore-se, pela vertente funcionalista da ação. Tendo em vista as experiências do cotidiano, e no que se refere justamente à *potencialidade* da consciência da ilicitude, questiona-se se um indivíduo nascido e criado num ambiente de pobreza, desprovido de afeto, ocupações regulares e condicionado ao álcool, por exemplo, sem possibilidade de modificar sua situação, poderia ter liberdade de escolha. Assim, dentro desse contexto, “a liberdade nada mais é do que a capacidade para seguir a voz da razão, da saúde, do bem-estar, da consciência, contra as vozes das paixões

¹⁹⁵ MICHAELIS ONLINE. Potencial, [s.d.].

irracionais”¹⁹⁶. Tem-se, desta feita, que referido debate deve ser ampliado principalmente no âmbito da academia e em razão da realidade fática brasileira, não merecendo qualquer parcimônia teórica, vez que pertinente ao debate proposto.

A consciência da antijuridicidade seria, então, sempre potencial, ou seja, não se indaga:

Se o agente tinha efetivamente esta consciência, mas far-se-á um juízo pessoal sobre o sujeito para aferir se ele tinha, naquelas determinadas circunstâncias do cometimento da ação típica e antijurídica, a possibilidade de ter o conhecimento do injusto¹⁹⁷.

Faz-se possível entoar, nessa senda, estreita semelhança entre aqueles que defendiam a presunção nos casos de *cegueira jurídica* e os finalistas que a classificam como sendo sempre *potencial*. Enquanto os primeiros entendem que se presume a consciência, desde que a conduta do agente seja “incompatível com uma concepção sã, de conforme ao direito e de contrário ao direito”¹⁹⁸, os segundos entendem que se todos podem ter a possibilidade de alcançar a consciência da ilicitude em uma conduta que seria contrária ao Direito, então qualquer indivíduo, no caso concreto, poderia alcançá-la – excluindo-se, claro, aqueles que não preenchem os demais requisitos da culpabilidade, como é o caso dos inimputáveis, por exemplo. Entende-se, pois, que ambos, embora adotem pontos de partida distintos, partilham da mesma ideia.

Tem-se, porém, no contexto no qual impera a teoria finalista da ação, que referido nível de consciência encontra-se atrelado ao convívio social do indivíduo perante à sociedade, a qual se compõe por meio da participação solidária no mesmo código de comunicação. A partir do instante em que o agir comunicativo do agente se destoa dos valores imbuídos nos modelos de comunicação e ele age em desconformidade com o Direito, a pena que recairá sobre ele instrumentalizará a reprovação da conduta individualmente considerada. Sob esse prisma, afirma-se que a consciência da ilicitude no indivíduo é traçada desde tenra idade ao conhecer o grupo social e construir os seus primeiros códigos de comunicação, os quais possibilitam reflexões de toda a sociedade na fase da vida adulta, em todo e qualquer ato de comunicação que exerça¹⁹⁹.

Nesse diapasão, nota-se o que se consagrou, no Direito pátrio, como *consciência material da ilicitude*. Não se exige, portanto, que o sujeito conheça – apenas formalmente – a

¹⁹⁶ FROMM, Erich. **O coração do homem**: seu gênio para o bem e para o mal, p. 140-146.

¹⁹⁷ BRANDÃO, Cláudio. A consciência da antijuridicidade no moderno direito penal, p. 60.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 60.

¹⁹⁹ CAMARGO, Antônio Luis Chaves de. **Culpabilidade e reprovação penal**, p. 162-169.

norma que transgride, mas, sim, que assimile o caráter antissocial da ação que pratica, com fulcro na experiência adquirida em sociedade, o que se denomina, também, de *consciência profana do injusto* ou *valoração paralela na esfera do profano*:

Além dos conceitos absorvidos da sociedade em que se encontra inserido, o agente retira do seu próprio interior essa noção, são as denominadas valorações de cunho interno para a formação da “anti-socialidade”. A isso se chama valoração paralela na esfera do profano, porque será considerada reprovável, pelo autor, toda conduta que possa ser também reprovável pelos sistemas extra-jurídicos que regulam a conduta humana (usos sociais, religião, moral etc)²⁰⁰.

Desse modo, seria dever do cidadão informar-se, reprovando-o quando embora não tenha a consciência atual da ilicitude, poderia tê-la alcançado se procurasse se informar. Por outro lado, a partir de uma análise mais lúcida e crítica, faz-se possível assimilar que referido critério – diga-se, enraizado na legislação penal e nos operadores do Direito há décadas, incluindo os ideais propagados e defendidos pelos expoentes dos regimes totalitários – encontra diversos obstáculos em sua materialização, considerando o contexto atual da sociedade, em especial a brasileira. O próximo capítulo, central desta produção acadêmica, proporcionará um pensamento questionador a seu respeito.

²⁰⁰ FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. A teoria do erro de proibição em Cláudio Brandão, p. 13.

5 A ATRIBUIÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL AO AGENTE À LUZ DOS CONCEITOS TRABALHADOS

Desde a análise do princípio constitucional penal da culpabilidade, perpassando a culpabilidade como elemento do crime e suas teorias evolutivas, até os principais aspectos envolvendo o *erro de proibição*, pôde-se compreender, paulatinamente, como a estrutura analítica do delito transformou-se, com o passar dos anos, ao redor do elemento subjetivo. Sob o manto paradigmático do finalismo, notou-se que o elo psicológico entre a conduta do agente e o resultado experimentado no campo fático afastou-se, de maneira gradual, da consciência da ilicitude, colocando-a, ao lado de outros aspectos puramente normativos, no estrato da culpabilidade. Entretanto, as formulações atinentes aos níveis de exigência em seu entorno, fixadas há décadas, ainda se encontram em voga atualmente, embora incompatíveis com a realidade penal brasileira e, em um quadro ainda mais gravoso, timidamente debatidas no mundo acadêmico e entre os próprios operadores do Direito.

É justamente nesse ponto que recai a abordagem deste quarto e último capítulo, nevrálgico à pesquisa em tela, ao se analisar a adequação da atual percepção da consciência da ilicitude na construção da realidade brasileira. Para isso, contundente pensar, inicialmente, no fenômeno da expansão do Direito Penal, atrelado à sua projeção na legislação brasileira, para, então, analisar a potencial consciência da ilicitude e sua (in)suficiência para avaliar a culpabilidade do agente. Dessa forma, munidos de todo o arcabouço crítico que se propõe, far-se-á possível refletir, com propriedade, acerca dos critérios a serem implementados, como a necessária diferenciação entre o ilícito em geral e o ilícito penal, bem como atestar o objetivo geral do trabalho por meio da jurisprudência do tribunal bandeirante, do Tribunal Regional Federal da Terceira Região e dos tribunais superiores. Veja-se, pois.

5.1 A realidade brasileira em termos de legislação penal

O fenômeno da modernização do Direito Penal guarda, em seu bojo, inúmeros debates entre os próprios defensores da corrente finalista da ação, os quais se deslocam desde a questão envolvendo sua legitimidade até a reflexão em torno dos resultados práticos dela advindos. É certo, porém, que tais embates são e devem ser fomentados em razão de o Direito Penal constituir a forma mais grave de intervenção do Estado perante o indivíduo²⁰¹, por uma vasta

²⁰¹ CRESPO, Eduardo Demetrio. Do direito penal liberal ao direito penal do inimigo, p. 22.

gama de motivos de origem político-criminal que, em que pese sua importância, foge da alçada desta dissertação. Tem-se, de fato, uma contraposição entre o *reducionismo* da ingerência penal e aquilo que se convencionou chamar de *expansão*.

É certo que em uma análise da evolução histórica do Direito Penal, utilizando-se da pena como critério para a fixação, tem-se quatro fases marcantes, quais sejam, a vingança privada, a vingança divina, a vingança pública e o período humanitário²⁰². À luz dos ideais iluministas – já abordados no capítulo inaugural, em que se constatou a relevância secular do princípio constitucional penal da culpabilidade – ao lado da moderação das penas e da concepção do Direito Penal como *ultima ratio*, passou-se a lutar pela tipificação criminal das condutas compreendidas como delituosas, em respeito ao princípio corolário da legalidade²⁰³. Entretanto, sabe-se que apesar do respeito à legalidade, ao se insistir na tipificação constante de condutas estar-se-ia, na realidade, distante das convicções do uso do aparato penal como *ultima ratio*, em verdadeira dicotomia dos princípios liberais, que se consagraram, repise-se, com a *Escola Clássica*.

Na tentativa, então, de manter uma vocação limitada ao Direito Penal, muitas vezes responsável, em razão da injustiça e da inutilidade da pena, por sedimentar relações de domínio socialmente estruturais, formula-se concepções minimizadoras²⁰⁴. Volta-se, de maneira mais radical, à restrição daquilo que seria o *Direito Penal básico*, ou seja, a proteção voltada à vida, à saúde, à liberdade e à propriedade, apenas²⁰⁵. Isso se sucede num contexto que se intensifica especialmente no final do século XX, execrado, por exemplo, no Código Penal espanhol de 1995, no qual se constata a “criação de novos bens jurídicos-penais, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia”²⁰⁶. Analise-se, então, as principais causas dessa *expansão*, atrelando-a à realidade jurídico-penal brasileira.

Sabe-se que, no atual estágio da sociedade, alguns bem jurídicos passam a experimentar um aumento significativo em seu valor, o que legitimaria sua proteção por meio do Direito Penal. Esse fenômeno ocorre não por uma causa isolada, mas por múltiplos fatores responsáveis por cocriarem novos interesses sociais.

²⁰² NORONHA, Magalhães Edgard. **Direito penal**, p. 20.

²⁰³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, p. 17.

²⁰⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do Direito Penal**, p. 205.

²⁰⁵ HASSEMER, Winfried. **Perspectivas de uma moderna política criminal**, p. 49.

²⁰⁶ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**, p. 28.

No clássico caso do meio ambiente, por exemplo, tem-se uma preocupação voltada à sua manutenção devido a um declínio razoável de sua existência nas últimas décadas, o que levou o legislador brasileiro a estampá-lo, inclusive, na Constituição Federal de 1988, proclamando o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Considerando sua inderrogável importância e seu caráter constitucional em um contexto no qual se preocupa com a proteção de bens coletivos e interesses difusos, eleva-se, desproporcionalmente, sua classificação, até mesmo ao patamar do bem jurídico tutelado constituindo a própria vida humana, isto é, a vida com qualidade, em uma verdadeira espécie de direito fundamental²⁰⁷. Não se nega, por óbvio, a magnitude do bem jurídico a ser tutelado, o que justifica, indubitavelmente, seu caráter constitucional. Entretanto, o que se tem é uma ampla justificativa para a tutela penal, tendo em vista a escassez de uma realidade tradicionalmente abundante²⁰⁸.

Sob esse panorama, observar-se-á, na realidade brasileira, a tipificação penal de uma grande quantidade de condutas em nome da preservação do referido *bem fundamental*, as quais, entende-se, podem ter seu juízo de reprovação questionado. Cita-se, por exemplo, a Lei nº 9.605/98, que criminaliza como delitos determinadas condutas antes tidas apenas como ilícitos administrativos ou civis ou que até mesmo não eram objeto de regulamento, como a pesca em período proibido (artigo 34); o ato de soltar balões que possam causar incêndios (artigo 42); guardar lenha ou carvão sem licença da autoridade competente (artigo 46); a comercialização de motosserra sem registro no *Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis* (IBAMA) (artigo 51); dentre outros. Frise-se, ademais, a criminalização do ato de molestar cetáceos, previsto no artigo 1º da Lei nº 7.643/87, cuja pena varia de dois a cinco anos de reclusão.

Outra concausa apta a justificar a *expansão* da censura penal reside no aparecimento de novos riscos. É inegável que o atual estágio social se encontra abarcado por uma avalanche de novas tecnologias, tanto na área do consumo, dos cidadãos como usuários de produtos industrializados, da genética, das comunicações, da informática, dentre outras, e isso ocorre “pelo fato de que boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente de decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos”²⁰⁹. Essa perspectiva intensifica-se a partir do modelo da pós-industrialização do século XIX.

²⁰⁷ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**, p. 60.

²⁰⁸ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**, p. 33.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 36.

Não se sabe, por exemplo, a procedência de diversos produtos industrializados que se consome diuturnamente, nem mesmo se o veículo, o aparelho eletrônico ou o eletrodoméstico que se utiliza frequentemente são capazes de oferecer total segurança aos indivíduos. Acontece que por motivos incontestes de ordem prática, ainda que signifique maiores restrições à liberdade, renuncia-se a determinados riscos de modo a criar certos *riscos permitidos*, cujos liames, não raro, em comparação aos denominados *riscos desaprovados*, são tênues²¹⁰. Quando, pois, o medo revela-se superior aos efetivos riscos experimentados em sociedade, a segurança converte-se em uma pretensão social para a qual o Estado e, em particular, o Direito Penal, são chamados para (tentar) colocar fim a esse sentimento de angústia. Nesse cenário, o progresso técnico passa a gozar de especial atenção na medida em que passam a existir modalidades lesivas dolosas que se projetam sobre os espaços explorados pela tecnologia.

A criminalidade atrelada aos meios informáticos e à internet, por exemplo, quando trasladada à realidade brasileira, possibilita refletir a respeito de diversas legislações penais criadas, principalmente, após a virada do século. Expõe-se, nesse diapasão, a Lei nº 12.737/12, que tipificou, dentre outras, a conduta de invasão de dispositivo informático; a Lei nº 14.132/21, relacionada ao delito de *stalking*; a Lei nº 14.155/21, responsável por qualificar o furto mediante fraude cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático; dentre outras.

Menciona-se, em especial, a Lei nº 13.964/19, que exaspera, no triplo, a pena dos crimes contra a honra cometidos ou divulgados em quaisquer modalidades das redes sociais, podendo-se questionar a consciência por parte do indivíduo de que se trata de uma proibição mais gravosa, apta a triplicar sua pena. No mesmo sentido, caminha o artigo 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), acrescido pela Lei nº 11.829/08, que criminaliza a mera posse de conteúdo pornográfico infanto-juvenil, crendo o agente que, por não veicular, vender ou expor a terceiros, não estaria incorrendo em uma conduta incompatível com o Direito, sobretudo, com o Direito Penal.

Nessa toada, pode-se refletir, também, a respeito da incapacidade dos indivíduos de “aceitação do caso fortuito, ante a admissão da possibilidade de produção de danos por azar”²¹¹. Os perigos, tal como ressaltamos adrede, são, em certa escala, aceitos, porém, em maior intensidade, são concebidos com certas intermediações de decisões humanas, contribuindo para que a desgraça sempre se transforme em um injusto. Conduz-se, então, a uma inevitável ampliação do Direito Penal, dilatando a imputação da responsabilidade. É que se nota, por

²¹⁰ MENDONZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**, p. 43.

²¹¹ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**, p. 56.

exemplo, na realidade brasileira, ao se observar a imensa quantidade de demandas judicializadas:

O Poder Judiciário concluiu 26,9 milhões de processos em 2021, uma expansão de 11,1% no número de casos solucionados em relação a 2020. No mesmo período registrou-se o ingresso de 27,7 milhões de novas ações – incluídas as que retornaram a tramitar –, revelando um crescimento de 10,4%. Desses processos, 97,2% chegaram à Justiça já em formato eletrônico, de acordo com o Relatório Justiça em Números 2022²¹².

Esse fator também se relaciona diretamente com a identificação da maioria das pessoas com a *vítima*, e não com o *autor* do delito, em um contexto no qual a *vítima* passa a expressar-se como “um personagem muito mais representativo, cuja experiência é projetada para o comum e o coletivo, em lugar de ser considerada individual e atípica”²¹³. Em uma sociedade na qual se foca em determinadas modalidades delituosas, normalmente cometidos por uma determinada parcela segmentada da população, compreende-se esse sentimento, embora equivocado, que se enraíza no tecido social. Tal ocorre devido ao fato de a sociedade não ter sido “capaz de evitar, ao menos em princípio, uma dívida perante ela, consistente no castigo do autor. No cumprimento dessa dívida, além disso, somente as penas de prisão e multa cumprem essa desejada função simbólica”²¹⁴. Daí, então, o surgimento de diversas leis penais, apesar do seu caráter puramente simbólico.

Todo esse panorama, por sua vez, impulsiona o que se consolidou como *Direito Penal de Emergência*. Em detrimento dos padrões tradicionais de tratamento repressivo, cria-se uma espécie de subsistema, diante do qual a criminologia contemporânea coloca-o, grosso modo, na “escala mais elevada de gravidade criminosa a justificar a adoção de mecanismos excepcionais a combatê-la, embora sempre defenda o modelo de Estado Democrático de Direito como limite máximo da atividade legiferante nessa seara”²¹⁵. Certos riscos, então, além de não serem tolerados, devem ser repreendidos mais intolerantemente. No Brasil, pode-se mencionar como retrato dessa demanda a Lei nº 8.072/90, conhecida como *Lei dos Crimes Hediondos*, que regulamentou o que havia sido instituído na própria Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XLIII.

²¹² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2022: judiciário julgou 26,9 milhões de processos em 2021.

²¹³ GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea, p. 55.

²¹⁴ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, p. 68.

²¹⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**, p. 6.

Em seus artigos 2º e 3º, a referida lei estabeleceu as regras aplicáveis aos delitos hediondos (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo) e àqueles equiparados, evidenciando um grupo de delitos diante dos quais se teria mais repúdio, e que, portanto, mereceriam uma sanção mais severa por parte do Estado. Essa concepção dialoga diretamente com o chamado *Direito Penal do Inimigo*, abordado no segundo capítulo desta investigação científica. Rememore-se, em razão da pertinência que assume em relação a esta reflexão, que dita nomenclatura denota um grupo de pessoas, elegidas pelo Estado, que não prometeriam fidelidade jurídica de forma, ao menos, relativamente confiável, e que, por isso, teriam direitos subtraídos. Frise-se que, para tal concepção, recai sobre o próprio *inimigo* a culpa por não reingressar na sociedade, em razão de não cumprir sua dívida portável, ou seja, “por não cuidar para que se possa supor um comportamento fiel ao Direito de sua parte”²¹⁶.

Essa concepção, como se pode notar – embora se discorde da aplicação prática de sua teoria –, justifica em grande medida o cenário penal vigente de hipertrofia legislativa em matéria penal. Além da eleição de determinados alvos, tem-se, como outra característica fundamentadora e latente em nossa realidade, a denominada *antecipação da tutela penal*²¹⁷. Sob esse prisma, o Direito Penal passa a atuar antes da efetiva concretização de um dano ao bem jurídico, de modo a criar tipos penais calcados na antecipação da intervenção do Estado, a citar, como maior expoente dessa galgada, os *crimes de perigo abstrato*. Essas espécies de delito nada mais são do que uma “técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas independentemente da produção de um resultado externo”²¹⁸, por mera presunção jurídica da criação de um risco.

Tendo em vista a realidade brasileira, pode-se mencionar, precipuamente, o delito previsto no artigo 29 da Lei nº 9.605/98, que trata da atividade predatória de espécies da fauna de maneira irregular. A atividade predatória, então, presume uma situação de perigo em comparação ao ecossistema holisticamente pensado, por isso, a atuação preventiva estatal mostrar-se-ia justificável. Sob o prisma do meio ambiente, tem-se claro reflexo do referido fenômeno ao se discorrer a respeito do clássico *princípio da prevenção ou precaução*, voltado ao momento anterior ao suposto dano, por meio do qual se visa à análise de riscos, de modo a priorizar as medidas que evitam o nascimento de ataques ao meio ambiente²¹⁹.

²¹⁶ JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**, p. 40.

²¹⁷ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**, p. 129.

²¹⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**, p. 87.

²¹⁹ MILARÉ, Édís. **Princípios fundamentais do direito do ambiente**, p. 57.

Exemplos outros são os diversos delitos previstos no Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), os quais, não raro, trazem em sua própria redação legal a expressão *gerando perigo de dano* (artigos 309 e 311 da referida lei, por exemplo). É certo, porém, que nessa hipótese o entrave maior, no que se refere à *consciência da ilicitude*, cerne deste trabalho, se dá na medida em que há uma confluência entre ilícitos em geral, mormente na seara administrativa, e aqueles relacionados à matéria penal propriamente dita, o que será trabalhado com maior profundidade apartadamente.

Não se olvida, nessa toada, os crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que visam a proteger as relações de consumo. Essa espécie de crime se justifica, tal como se mencionou, sob a óptica da proteção aos bens jurídicos coletivos, o que se consolidou, na doutrina moderna, como *garantismo penal integral* ou *hiperbólico monocular*:

Deve-se ir além, bem além, a fim de que todos os direitos fundamentais plasmados na Constituição da República (de primeira, de segunda e de terceira geração) possam ser adequadamente assegurados. Para tanto, impõe-se uma releitura ampliativa do sistema geral de garantismo, de modo que seja delineada uma visão integral do sistema penal e do sistema processual penal brasileiro, abarcando, isto é, sem prejuízo daquilo que fora assentado pelo garantismo penal, toda uma gama de bens jurídicos que, tradicionalmente, não ensejava dignidade penal. Referimo-nos, no ponto, aos bens jurídicos difusos ou transindividuais, ou seja, aos bens jurídicos que não estavam vinculados a pessoas determinadas, mas a toda a coletividade, como sucede com a ordem econômica, ordem tributária, a ordem previdenciária, o meio ambiente, o mercado de capitais, enfim, bens jurídicos que guardam estreito liame com os princípios mais caros da nossa Constituição Republicana²²⁰.

Tipifica-se, em grande escala, condutas que para parte dos cidadãos poderiam constituir ilícitos de outras áreas, que não a penal, como é o caso do artigo 66 do referido diploma – sobre afirmação falsa ou ausência de informação acerca das características do produto ou serviço – previsto até mesmo na modalidade culposa. No que tange à *antecipação da tutela penal*, pode-se mencionar, sem maiores dificuldades, os artigos 63 e 64, os quais tratam, respectivamente, da omissão de elementos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos e a não comunicação, às autoridades e aos consumidores, das aludidas características. Não se exige, pois, a produção de qualquer resultado, de modo a antecipar a criminalização pelo fato de que tais condutas, por si sós, são consideradas reprováveis e merecedoras de uma sanção penal. Frise-se que, assim como no caso do artigo 66, o artigo 63 também prevê a modalidade culposa.

²²⁰ CALABRICH, Bruno *et. al.* **Garantismo penal integral**, p. 368.

Pontue-se, ainda nessa área, que a expansão legislativa penal abarca casos em que se questiona, de forma ainda mais contundente, a *consciência da ilicitude*, o que macularia, por conseguinte, como se tem estudado no decorrer do trabalho, a reprovabilidade da conduta e a culpabilidade como elemento do crime. É o caso, por exemplo, do artigo 72 da referida lei, que apenas com detenção de seis meses a um ano ou multa o ato de *impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros*. Além de requerer que todas as pessoas responsáveis por esse controle saibam que, em caso negativo, estariam agindo em desconformidade com o Direito – e não, eventualmente, apenas resguardando informações inerentes ao ofício –, também se exige que elas corrijam a informação inexata que *deveria saber ser* (artigo 73). Imagine-se, portanto, o desafio de aferir tal reprimenda na prática.

Urge como certo que, nessa dimensão de bem jurídicos coletivos, grande fundamentadora da inflação legislativa em matéria penal que se observa, há outras searas que devem ser cuidadosamente analisadas, o que se far-se-á nos tópicos seguintes, dada sua maior relação com as ideias contidas nos tópicos que sucedem. Porém, o que se tem notado e o que se pretende argumentar nesta seção é que a realidade brasileira, em especial, vem sendo atingida por uma expansão legislativa contumaz na senda penal, sem se discutir, aqui, sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito:

Entre as áreas novas ou ao menos distintas das tradicionalmente contidas no Código Penal brasileiro (...), atingidas pela expansão do direito penal, cabe mencionar as disposições penais em matéria de delitos econômicos e financeiros – sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, etc; criminalização das condutas contrárias às relações de consumo; criminalização de delitos ambientais e relacionados com resíduos perigosos; tipificação de delitos de discriminação racial ou de outro tipo e da chamada criminalidade organizada; criminalização do assédio sexual e de condutas relacionadas com espetáculos esportivos e terrorismo²²¹.

Isso se materializa, na realidade brasileira, com uma quantia estrondosa de tipos penais, que ultrapassa a marca de mil, sendo a maioria deles referentes, na esteira do que se enfatizou, após a Constituição Federal de 1988, à preponderância da tutela estatal penal a bens jurídicos de natureza não-individual²²².

Assim, observa-se, nesse contexto, uma idealização do instituto do *erro de proibição* que, em verdade, sob a óptica da realidade brasileira, encontra-se em crise. Exige-se, pois, do brasileiro como *homem médio*, um nível de conhecimento em termos de Direito e, sobretudo,

²²¹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas no Brasil e na Argentina, p. 40.

²²² COPETTI, André. Sobre a expansão penal no Brasil, p. 92-100.

de Direito Penal, que não corresponde à realidade que se coloca. Tal idealização, entende-se, tem como cerne a concepção em torno do *pater familias* da sociedade romana, sobre o qual recaía o poder de administração da família enquanto unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional²²³. Aplica-se, desse modo, a convicção de há, como pressuposto irremediável, um dever ético-social de se alcançar a consciência da ilicitude de todas as condutas, o que está distante de refletir a situação concreta ora analisada, requerendo, portanto, em relação ao erro de proibição, “bitola larga para a inevitabilidade, bitola estreita para a evitabilidade”²²⁴.

Contextualizado, então, o panorama sobre o qual se pretende refletir primordialmente no seio deste trabalho, avança-se para a potencial consciência da ilicitude e sua (in)suficiência para avaliar a culpabilidade do agente.

5.2 A potencial consciência da ilicitude e sua (in)suficiência para avaliar a culpabilidade do agente

Rememore-se que o termo *potencial*, no que atine à pesquisa em tela, sugere a possibilidade ou a virtualidade de se atingir determinado estado de consciência, sendo a ilicitude de determinada conduta, isto é, o agir humano em desconformidade com o Direito, o parâmetro desafiador a ser questionado.

Diante do cenário que se constrói, torna-se possível, cada vez mais, extrair do ordenamento jurídico pátrio uma vasta gama de leis criadas com o intuito de (tentar) regular diversas matérias no âmbito penal. Entretanto, a realidade brasileira, como se sabe e como notar-se-á com maior profundidade nesta seção, encontra-se longe de ser homogênea, o que culmina em diversas particularidades e vivências por todo o território nacional, muito embora o critério da *potencial consciência da ilicitude* seja aplicado – ao menos teoricamente – a todos que pratiquem uma ação típica e antijurídica. E não só isso: o contexto de novas tecnologias, sedimentado no que se constatou como *sociedade de risco*, agrava ainda mais referido critério, tendo em vista a criação de novas responsabilidades e da elevação a novos patamares de determinados bens jurídicos, os quais acabam sendo tutelados mais severamente.

A avaliação em torno da culpabilidade do agente, então, embora respaldada no que já se estudou como *consciência profana do injusto* ou *valoração paralela na esfera do profano*, ainda experimenta diversos entraves no campo fático e encontram-se distantes de revelar uma aplicação factível dos institutos penais, tal como se pretende debater neste trabalho. De início,

²²³ WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**, p. 57.

²²⁴ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal: parte geral**, p. 320.

tal como se adiantou, cumpre refletir, mesmo que sucintamente, sobre a realidade brasileira em seus múltiplos aspectos, desde o socioeconômico até o informacional e cultural, uma vez que esse fator é primordial para a compreensão da problemática que se enfrenta.

O Brasil, que atualmente possui mais de 200 milhões de habitantes²²⁵, encontra-se entre os países de maior concentração de renda no planeta, embora o número apresente leve declínio nos últimos anos. Tem-se, por exemplo, que no ano de 2022 o rendimento médio do 1% da população que ganha mais foi 32,5 vezes maior que o rendimento médio dos 50% que ganham menos²²⁶. Atribui-se, como causa historicamente recente, o típico *status* de subdesenvolvimento ao país, correspondente ao século XX, com alto índice de desemprego, agravado pela contínua precarização do trabalho e pelo relaxamento da proteção social, responsáveis por sinalizarem uma grave crise da sociedade salarial²²⁷.

Nessa direção, o abismo educacional e da própria tecnologia mostram-se, ainda, alarmantes. Em 2019, por exemplo, constatou-se que a proporção de pessoas de 25 anos ou mais de idade que concluíram, no mínimo, o Ensino Médio era de 48,8%, sendo que na região Nordeste três em cada cinco adultos não completaram referida etapa²²⁸. No tocante ao acesso à tecnologia e à informação, até o último ano, 28,2 milhões de brasileiros não possuíam acesso à *internet*²²⁹. Tudo isso demonstra, estatisticamente – apesar de a experiência empírica possibilitar maiores reflexões –, as múltiplas realidades que se tem no país ainda nos dias atuais.

Não se olvida, nesse diapasão, os aspectos multiculturais observados, tendo em vista não somente a dimensão continental que o país detém, mas, sobretudo, a miscigenação histórica do povo brasileiro, atrelada aos referidos fatores, todos corresponsáveis por gerar hábitos e costumes altamente diversos que se enraízam por toda a sociedade. Observe-se, já atrelando-se ao presente estudo, exemplo clássico envolvendo essa questão, qual seja, a denominada *Feira Ver o Peso*, localizada, há décadas, na cidade de Belém do Pará, na região Norte do Brasil. Além de barracas destinadas a vender artesanatos e frutas, há os chamados *erveiros*, compreendidos como sujeitos detentores de conhecimentos tradicionais, que durante toda a vida comercializam produtos como plantas, cascas e raízes medicinais no local, com a finalidade de curar doenças, como o reumatismo, moléstias espirituais, dentre outras²³⁰.

²²⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censo demográfico 2022: prévia da população calculada com base nos resultados do censo demográfico 2022 até 25 de dezembro de 2022.

²²⁶ *Id.*, PNAD contínua: pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua.

²²⁷ CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social**: uma crônica do salário, p. 22.

²²⁸ ESTATÍSTICAS SOCIAIS. PNAD educação 2019: mais da metade das pessoas de 25 anos ou mais não completaram o ensino médio.

²²⁹ ESTADÃO CONTEÚDO. 28,2 milhões de brasileiros não têm acesso à internet, diz IBGE.

²³⁰ DANTAS, Cleide Furtado Nascimento; FERREIRA, Rubens da Silva. Os conhecimentos tradicionais dos(as)

Essa hipótese retrata, cirurgicamente, a ausência de consciência da ilicitude – e, até mesmo, possivelmente, de desconhecimento da lei – acerca da reprovabilidade em torno da prática do charlatanismo e do curandeirismo, previstos, respectivamente, nos artigos 283 e 284 do Código Penal. Trata-se, pois, de um aspecto arraigado, por muitos anos, na cultura da região, o que não leva o indivíduo a atingir a consciência que age em desconformidade com o Direito. Verifica-se que algumas pessoas trabalham como *erveiras* na referida feira há mais de 30 anos²³¹, em verdadeiro ofício e estilo de vida.

De certo, tal como se adiantou no capítulo anterior, a distinção entre *Direito e Moral*, num contexto de hipertrofia legislativa em matéria penal e, principalmente, de múltiplas culturas e de abismos significativos em termos socioeconômico e informacional, embora essencial ao ordenamento jurídico, não se desenha de maneira inequívoca e indubitável na realidade. Há condutas imorais que não são consideradas reprováveis pelo Direito Penal, e vice-versa, reflexão essa que, se aprofundada – apesar de não ser o foco deste trabalho –, leva-se a discussões criminológicas robustas, seguramente no que toca à *dialética do direito*²³². Tem-se, pois, que “o crime não é uma coisa. Crime é um conceito aplicável a certas situações sociais onde é possível e no interesse de um ou de vários grupos para aplicá-lo”²³³. Nessa toada reflexiva, pode-se citar, a título de exemplo, a falência de uma grande empresa por má gestão. Apesar de, no caso concreto, referida conduta gerar, possivelmente, desemprego endêmico, arruinando a vida de diversas famílias, não é considerada crime. Cita-se, também, a quebra de um contrato, que pode trazer significativo prejuízo à parte, mas que se restringe, na maioria das vezes, à seara cível.

De outra banda, a Lei de Combate às Drogas (Lei nº 11.343/06), por exemplo, prevê, em seu artigo 33, §1º, que ter em depósito matéria-prima ou insumo com o qual se possa fabricar drogas, como é o caso da acetona, incorre nas penas do tráfico de entorpecentes, e tal fator, não raro, é analisado objetivamente. O mesmo artigo ainda dispõe, em seu §3º, que oferecer droga, mesmo que eventualmente e sem objetivo de lucro, à pessoa que seja do relacionamento do indivíduo, para consumirem conjuntamente, também é crime, ou seja, o denominado *crime da rodinha*, com fins recreativos, também é apenado criminalmente, o que pode plenamente não ser censurável – e, logo, restar ausente a potencial consciência da ilicitude – por grande parte

erveiros(as) da Feira do Ver-o-Peso (Belém, Pará, Brasil): um olhar sob a ótica da Ciência da Informação, p. 114.

²³¹ *Ibid.*, p. 115.

²³² COSTA, Alexandre; COELHO, Inocêncio. **Teoria dialética do direito**: a filosofia jurídica de Roberto Lyra Filho, p. 10-12.

²³³ CHRISTIE, Nils. **Limites à dor**: o papel da punição na política criminal.

da população, tal como o fato de alguns produtos, como a acetona, que se amolda à hipótese do §1º. Ainda no que tange à referida lei, pode-se imaginar a situação hipotética de uma senhora de baixa classe social e de pouca instrução que adentra com droga em presídio, a pedido do neto preso, e imagina que sua conduta se amolda a outra tipificação penal que não ao tráfico de drogas. Embora, nesse caso, sobre sua conduta recaia um desvalor social e, até mesmo, penal, faz-se possível, entende-se, cogitar ausência de consciência da ilicitude no que se refere ao delito de tráfico de drogas, em verdadeiro erro de subsunção do fato à norma.

Há, em realidade, segundo se desenha doutrinariamente, critérios aptos a determinarem o que deve ou não ser considerado crime numa determinada sociedade, donde exsurtem os conceitos de *delicta in se* e *delicta mere prohibita*. Ao passo que os primeiros relacionam-se à fundamentação do ilícito penal propriamente dito, ou seja, que contrariam princípios de uma ética universal ou de uma imoralidade intrínseca, os segundos – que mais interessam ao presente trabalho em razão da expansão, funcionalização e administrativização em matéria penal – advêm de uma relativização daquilo que é considerado crime em uma determinada sociedade e em um determinado momento histórico, isto é, que não guardam em si um sentimento comum de imprescindibilidade, mas se prestam às funções de regulação, ordenação e organização. Notar-se-á, ulteriormente, tal característica sedimentada mais fortemente nos delitos econômicos. Assim, é imperioso destacar que:

O sentido desvalioso de tais condutas esgota-se na violação de comandos ou proibições, normalmente associados a determinados regimes jurídico-públicos, que prosseguem a ordenação e o funcionamento de determinados sectores da actividade económica. Esse sentido é estranho a um entendimento de legitimidade de intervenção penal, cujo acerto tentaremos comprovar, baseada essencialmente na protecção de necessidades humanas fundamentais individuais ou colectivas. Trata-se, pois de incriminações ilegítimas. Elas merecerão da nossa parte a denominação de *delicta mere prohibita*, por razões que se prendem à artificialidade e formalidade dos fundamentos e dos termos da sua punibilidade²³⁴.

Apesar das discussões em torno daquilo que eventualmente se classifica como uma ou outra espécie de delito, conforme classificação adrede, é certo que os delitos que se convencionam denominar *mere prohibita* encontram, geralmente, barreiras ainda mais vultuosas no que se refere às valorações ético-sociais quando analisados sob o prisma da realidade brasileira, pelas razões sobre as quais se tem debruçado constantemente. Não se esquece, por outro lado, que algumas modalidades de delitos tidos, ao menos teoricamente, como *in se*, como é o caso do homicídio, também são objeto de questionamento quanto à

²³⁴ DIAS, Augusto Silva. **Delicta in se e delicta mere prohibita**: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica, p. 22.

consciência da ilicitude, apesar de apresentado em menor escala e de maneira mais pontual. Cita-se, neste caso, a hipótese da eutanásia, a respeito da qual já se abordou no capítulo anterior. Em relação àqueles, então, reflete-se primordialmente.

Em uma varredura junto à Parte Especial da Lei de Contravenções Penais (Lei nº 3.688/41), que contém 52 artigos, faz-se possível observar uma gama de condutas delituosas que, além da sua não aplicabilidade, podem não ser de conhecimento por parte da população e, ademais, apresentam níveis de censurabilidade questionável. É certo, porém, tal como se discutiu anteriormente, que o artigo 8º da referida lei aduz que a pena pode deixar de ser aplicada em casos de ignorância ou de errada compreensão da lei, quando escusáveis, com as ressalvas de que não dispõe acerca da consciência da ilicitude e de que aludida exceção, apesar de positivada, não se invoca entre os operadores do Direito e, sequer, na jurisprudência pátria, tal como se notará.

Inicialmente, importa compreender que a Lei de Contravenções Penais foi editada no ano de 1941, entrando efetivamente em vigor apenas no ano seguinte. Referida época correspondia a um momento cultural, político e social muito distinto do atual, sendo influenciada pelas tendências italianas da época, mormente aquelas apresentadas pelo Código Rocco de 1930, e materializando-se como resultado de revisão do anteprojeto do *Código Criminal do Sr. Alcântara Machado*. Inseria-se, pois, ideais de coesão social, manutenção da ordem e defesa da paz, segurança e bem-estar da população:

Pode-se dizer que, no tocante à matriz intelectual, o projeto de Alcântara Machado era recheado de idéias caras aos postulados positivistas: previa ele a ampliação da competência judicial dos magistrados, um já mencionado sistema de classificação dos criminosos, a dura punição de ébrios, além da vasta predominância de elementos subjetivos no momento de aplicação da pena. Assim, ainda que apresente ostentar um positivismo menos radical do que sustentavam muitos acadêmicos da mesma linhagem, Alcântara Machado deliberadamente optou um código menos coerente (cientificamente) e mais eficiente (repressivamente), por meio da ampliação do papel da mais conhecida medida positivista de defesa social, a medida de segurança²³⁵.

De introito, então, menciona-se a conduta descrita no capítulo das contravenções referentes ao patrimônio. A venda de instrumento usualmente empregado na prática de furto (artigo 24), bem como a posse, por pessoa reincidente, do mesmo objeto (artigo 25), caracterizam contravenções penais, em verdadeira antecipação de eventual resultado ou dano concreto, abordado no tópico anterior. Para além das problemáticas envolvidas quanto ao agir em desconformidade com o Direito, uma vez que se entende que até mesmo quem vende deve

²³⁵ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (Coord.). **Comentários à lei de contravenções penais**, p. 30.

presumir a utilização do utensílio para fins ilícitos, tem-se, no artigo 25, clara violação ao denominado *Direito Penal do Fato* e ao princípio da culpabilidade, trabalhado no capítulo inicial, ao se incriminar o indivíduo com base em sua vida pregressa, e não efetivamente naquilo que praticou. A sua inconstitucionalidade, então, foi reconhecida, ainda no ano de 2013, pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o contexto histórico ditatorial e elitista no qual a norma fora sancionada:

Não há como deixar de reconhecer o anacronismo do tipo penal que estamos a analisar. Não se pode admitir a punição do sujeito apenas pelo fato do que ele é, mas pelo que faz (...) Acolher o aspecto subjetivo como determinante para caracterização da contravenção penal equivale a criminalizar, em verdade, a condição pessoal e econômica do agente, e não fatos objetivos que causem relevante lesão a bens jurídicos importantes ao meio social²³⁶.

Ainda sob a óptica da Lei nº 3.688/41, pode-se mencionar a proibição contida no artigo 43, atinente à fé pública, a qual apena aquele que se recusa a receber moeda de curso legal no país. Uma conduta que, aparentemente, reveste-se de ilícito meramente civil, para o ordenamento, constitui um delito punível na seara criminal. Faz-se possível refletir acerca do juízo de censura em torno dessa proibição quando se pensa, paralelamente, em condutas anteriormente mencionadas, que, embora moralmente reprováveis e, não raro, causadoras de maiores danos sociais, não constituem delito, a repisar-se a falência de uma grande empresa por má gestão e a quebra de um contrato.

No que se refere às contravenções relativas à organização do trabalho, por suas vezes, mister destacar aquela prevista no artigo 48, que é o exercício, sem observância das prescrições legais, do comércio de antiguidades, de obras de arte ou de manuscritos e livros antigos ou raros. Em um país com as dimensões continentais do Brasil e com a imensa variedade de culturas, como se viu, referido mandamento, não raro, pode ser, a partir de uma justa causa, objeto de questionamento quanto à sua reprovabilidade. Exige-se, em todos os polos comerciais do país, em todas as feiras de antiguidade – as quais ocorrem, inclusive, em praças públicas e em barracas informais –, em todos os sebos que armazenam livros antigos, dentre outros locais congêneres, o conhecimento das exatas prescrições legais, o que não se pode admitir, sob pena de negar a vivência social e desconsiderar a potencial consciência da ilicitude como requisito primordial à análise da culpabilidade como elemento do crime.

Trata-se, pois, de *norma penal em branco* – conforme aprofundar-se-á oportunamente – cujo controle das atividades restam delineados por normativa inferior, a citar o Decreto-lei

²³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 583.523 - RS, p. 18-19.

25/37. Ademais, faz-se possível refletir, assim como em diversas condutas tipificadas na lei, sobre a real necessidade de o comércio de antiguidades, obras de artes, manuscritos e livros antigos ou raros ser regulado pelo ramo mais severo do Direito, enquanto se vislumbra a possibilidade de dirimir os respectivos conflitos em outras searas, como a cível e a administrativa. Isso porque os comportamentos classificados pela lei como crimes mostram-se “na maioria absoluta, ultrapassados, vetustos e antidemocráticos. Promovem formas veladas de discriminação social e incentivam a cizânia dentre pessoas, que buscam resolver seus problemas cotidianos e superficiais no campo penal”²³⁷.

Já as contravenções penais voltadas à polícia e aos costumes também são passíveis de reflexão. É o que se depreende, de forma mais avultosa, dos artigos 59 e 63, inciso II. O primeiro porque pune a pessoa que, voluntariamente, se entrega à ociosidade, sendo válida para o trabalho. Além de a referida conduta, a princípio, sequer gerar reprovabilidade social, vez que adstrita à esfera do indivíduo, e, novamente, voltar-se à pessoa do autor, e não ao fato em si, cria o dever obrigatório de exercer um ofício, obrigação essa sequer prevista pela Constituição Federal e, ademais, rechaçada, dentro de certos aspectos, pelo próprio Código Penal, no título dos crimes contra a organização do trabalho. Frise-se que a realidade brasileira, atualmente, apresenta mais de nove milhões de pessoas desempregadas²³⁸.

Não se escapa, entretanto, que, à época em que a Lei de Contravenções Penais foi promulgada, os ideais de valorização do trabalho e da força laboral, por meio da intervenção estatal nos âmbitos social, econômico e laboral, eram predominantes. A ditadura varguista e a supervalorização do trabalho revelavam uma atitude na qual “o Estado, à sua moda, procuraria apropriar-se da palavra operária, reelaborando-a, tanto quanto possível, ao sabor dos interesses dominantes”²³⁹. Malgrado, necessário voltar-se à realidade brasileira mais de 80 anos após a edição da lei, a fim de efetivar não somente os direitos fundamentais dos indivíduos, por intermédio, por exemplo, do princípio da culpabilidade, mas, também, a efetividade de determinados dispositivos legais, como a *potencial consciência da ilicitude* e a atenuante genérica *de desconhecimento da lei*.

O artigo 63, inciso II, por sua vez, relaciona-se ao fato de servir álcool à pessoa que se encontra em estado de embriaguez. Logo, mesmo a pessoa que esteja exercendo seu trabalho e, corretamente, não possua a liberdade de interferir na esfera privada do outro, estaria incorrendo em uma contravenção penal por fornecer-lhe mais bebida alcoólica. Além disso, há outras

²³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**, p. 130.

²³⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Desemprego.

²³⁹ PARANHOS, Adalberto de Paula. O roubo da fala: origens da ideologia do trabalhismo no Brasil, p. 8.

problemáticas que se relacionam à censura do referido ato, como o fato de, na prática, o liame para tal aferição, em muitos casos, não ser de fácil e simples aferição, já que a lei não delimita – nem pudera – qual o grau de embriaguez seria reprovável e, portanto, passível de reprimenda por aquele que fornece mais bebida. Novamente, vem à tona, de forma clarividente, a ausência de necessidade de aplicação da normativa penal, que, por todas as razões expostas, entende-se, obsta, por conseguinte, a consciência da ilicitude por parte do sujeito, destacando-se que a “multa, a interdição do estabelecimento, a cassação da licença, enfim, medidas de ordem administrativa são muito mais eficientes do que entregar à polícia e ao Judiciário o controle da dosagem alcoólica da população”²⁴⁰.

Adiante, pondera-se a respeito das normas insculpidas no próprio Código Penal (Lei nº 2.848/40), além daquelas referentes ao charlatanismo e ao curandeirismo, e das formas qualificadas dos delitos contra a honra, já abordadas adrede.

Inicialmente, pode-se mencionar, entre os crimes contra a inviolabilidade da correspondência, aquele previsto no artigo 151, § 1º, inciso IV, responsável por equiparar, à violação de correspondência, a conduta de instalar ou utilizar estação ou aparelho radioelétrico sem observância de disposição legal. Novamente, condiciona-se o mero uso de aparelho radioelétrico à preceitos normativos rígidos, como é o caso do Decreto nº 52.795/1963, que aprova, em quase 200 artigos, mandamentos voltados ao regulamento dos serviços de radiodifusão.

O crime previsto no artigo 176, por sua vez, caracterizado por uma fraude ao *tomar refeição em restaurante, alojar-se em hotel ou utilizar-se de meio de transporte sem dispor de recursos para efetuar o pagamento*, evidencia, repetidamente, opção do legislador em trazer à esfera penal demanda que, a princípio, poderia ser resolvida na seara cível, sobretudo em razão de não guardar maior complexidade, como é o caso do insculpido no artigo 43 da Lei de Contravenções Penais, que pune recusa a receber moeda de curso legal no país. Entende-se que, no mínimo, referida proibição não pode ser equivalente à impossibilidade momentânea de realizar o pagamento, vez que “no caso de um cartão subitamente bloqueado, por exemplo, poderá o agente estar albergado por excludente de erro de tipo”²⁴¹. Para além da excludente relacionada ao erro de tipo – se recair sobre alguma das elementares, tal como se estudou no capítulo anterior –, entende-se plenamente cabível a conjectura de suscitar-se o erro de proibição, especialmente ante a necessidade de diferenciação por parte do agente entre o ilícito em geral e o ilícito penal, a ser explorada no tópico seguinte.

²⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**, p. 201.

²⁴¹ SOUZA, Luciano Anderson de (Org.). **Código penal comentado**, p. 667.

No que tange ao delito previsto no artigo 234, principalmente o inciso II, da reprimenda penal em análise, a hipótese de ausência da consciência da ilicitude torna-se, entende-se, bastante plausível e clarividente. O tipo penal em tela visa a criminalizar a conduta, dentre outras, de ter sob sua guarda, mesmo em exposição pública ou espetáculo teatral, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno. Nota-se, a partir da norma proibitiva, clara vedação baseada em aspectos morais, que, inclusive, compromete o próprio preceito constitucional de liberdade cultural e artística livre de censura, previsto no artigo 5º, inciso IX, da Carta Maior²⁴². Outrossim, torna-se difícil determinar, em uma sociedade plural como a brasileira, determinar o que seria considerado, atualmente, obsceno²⁴³. Além disso, “o elemento normativo é demasiadamente impreciso, possuindo o seu significado perigoso e vasto alcance, de modo que o princípio da legalidade é afrontado, sob a perspectiva da taxatividade”²⁴⁴.

Já na seara dos delitos contra a assistência familiar, pode-se refletir acerca daqueles propositados nos artigos 245 e 247 do Código Penal, que reprovam, respectivamente, aquele que entrega pessoa menor de 18 anos para que fique sob responsabilidade de alguém cuja moral é questionável e que permite que pessoa de mesma faixa etária, que está sob seu cuidado, frequente locais de igual natureza, como casa de jogo, espetáculo que possa pervertê-lo, ou que, ainda, viva em mendicância.

Extrai-se, novamente, norma de caráter eminentemente moral, que vincula ações de menores de idade ao controle do responsável, o qual, muitas vezes, tendo em vista a realidade brasileira, não consegue exercer plenamente seu papel, conferindo a parentes próximos ou conhecidos – que, de acordo com a lei, seriam inidôneos – a necessária tarefa de cuidar, temporariamente, da criança ou adolescente, enquanto, por exemplo, o responsável exerce seu labor com o intuito de manutenção da subsistência de sua família. Há dados que revelam que, durante o período da pandemia da Covid-19, 69% das mulheres deixaram suas crianças com outras pessoas para trabalhar, sendo que, quando a análise foi realizada com ambos os pais que trabalham fora de casa, 36% confiavam a guarda a outras pessoas, sem contabilizar as creches e os avós²⁴⁵. Imagine-se, pois, a quantidade de pessoas que estariam incorrendo no crime em tela, e possivelmente condenadas, sem sequer deterem a consciência de que estariam agindo em desconformidade com o Direito.

²⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, p. 207.

²⁴³ REALE JÚNIOR, Miguel; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (Org.). **Código penal comentado**, p. 678.

²⁴⁴ SOUZA, Luciano Anderson de (Org.). **Código penal comentado**, p. 837.

²⁴⁵ G1. 92% das mães em home office são responsáveis pelos filhos, diz pesquisa.

No mesmo contexto pandêmico, faz-se possível pensar no crime previsto no artigo 268 do mesmo diploma, relacionado à infração de medida sanitária preventiva. É certo que muitos estabelecimentos, ou por acreditarem que eventual descumprimento incidiria apenas em um ilícito administrativo – reflexão esta que, ressalte-se, será objeto específico do tópico seguinte – ou por desconhecerem a existência ou o teor da medida sanitária, estariam incidindo, na realidade, em um crime apenado com detenção, de um mês a um ano, e multa.

Em relação a este último fator, sublinhe-se que tal ocorre pelo fato de o presente configurar-se como uma *norma penal em branco* – classificação que será mais bem trabalhada em seguida, no âmbito dos delitos econômicos –, necessitando, portanto, do conhecimento acerca das portarias, decretos e resoluções atinentes. Assim, o sujeito deve conhecer “a determinação do poder público, decidindo pela sua infração. Caso desconheça a norma complementar, pode-se estar diante de caso impunível por tratar-se de erro ou de mera culpa”²⁴⁶. Ademais, se revogadas administrativamente, referidas normas culminam, de maneira indubitável, em exclusão da ilicitude do fato²⁴⁷.

Parte-se, por fim, às leis especiais que tratam sobretudo dos delitos econômicos, tendo em vista suas particularidades que devem ser abordadas com maior cautela. Aclara-se que as demais leis extravagantes, que guardam pertinência com a presente pesquisa, têm sido analisadas paulatinamente, recorde-se, desde o capítulo anterior, ao se discorrer sobre as diferenças existentes entre a atenuante de desconhecimento da lei e a consciência da ilicitude. Não se olvide, porém, que o tópico seguinte, embora voltado aos diplomas normativos que apresentam relação com os ilícitos em geral, principalmente os administrativos, também trará em seu bojo determinadas leis esparsas, com a finalidade precípua de conferir maior concretude a esta investigação científica.

Sabe-se, no seio do que se estudou acerca do fenômeno da *expansão do Direito Penal* e suas principais causas e justificativas, que há contornos específicos que atingem os delitos econômicos, sobre os quais faz-se possível refletir a respeito da insuficiência da potencial consciência da ilicitude na análise da culpabilidade como elemento do crime. É certo, na esteira do que se argumentou no tópico anterior sobre a chamada *sociedade de riscos* e sobre a *antecipação da tutela penal*, que o discurso voltado à proteção de bens classificados como coletivos, como é o caso da ordem econômica e financeira internacional, intensifica-se sobremaneira. Os denominados *novos interesses* de segunda e terceira geração englobam, ao

²⁴⁶ REALE JÚNIOR, Miguel; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (Org.). **Código penal comentado**, p. 796.

²⁴⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte especial, p. 202.

lado daqueles relacionados à área social e cultural, os econômicos, “que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga”²⁴⁸.

Antes de adentrar propriamente à análise da consciência da ilicitude no bojo dos delitos econômicos, faz-se importante esclarecer, mesmo não sendo o foco da presente problematização, que mesmo com a expansão do Direito Penal nessa direção há críticas, das quais não se discorda, tecidas a respeito dos chamados *crimes do colarinho branco* – cometidos por pessoas de elevada respeitabilidade e estimada posição socioeconômica –, principalmente por conta, ainda nos dias atuais, da “percepção de a ação interventiva do direito penal só se voltar praticamente à proteção de bens jurídicos de cunho liberal-iluminista”²⁴⁹, ou seja, dos delitos individuais. Tal dar-se-ia por meio de técnicas de neutralização e por razões que vão desde a inadequação legislativa até a resistência por parte dos aplicadores do Direito. Todavia, apesar de eivado, ainda, de diversas limitações, nota-se um novo panorama de responsabilização penal, que atinge parcela da população brasileira, embora minoritária e privilegiada, razão pela qual se faz imprescindível refletir, assim como nas demais modalidades de crime que se tem pesquisado, acerca da consciência da ilicitude. Analise-se, pois.

A princípio, observa-se, no contexto atual, profundas transformações nas relações sociais, sobretudo com o advento das novas tecnologias. O acesso à informação, então, gera responsabilidades que antes inexistiam, como a possibilidade de acesso, por parte do gestor responsável, aos livros contábeis de uma filial empresarial que se localiza, fisicamente, em outra região do país, o que anteriormente se mostrava inconcebível. Mesmo que, empiricamente, em certos casos, o acompanhamento do fluxo de registros e informações de forma contínua se mostre irrealizável, faz-se crer, pois, que havia a possibilidade de alcançá-lo, porquanto possível eventual reprimenda, até mesmo sob a perspectiva criminal.

Para além disso, tem-se que os delitos econômicos constituem “crimes que se situam entre aqueles de maior complexidade cognitiva no direito penal, uma vez estão voltados à tutela de bem jurídico em geral não internalizado nos valores mais comuns da sociedade”²⁵⁰, ideia essa que permite resgatar a reflexão em torno dos denominados *delicta mere prohibita*, enunciados adrede. É o caso, por exemplo, dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, previstos na Lei nº 7.492/86, da qual se extrai, de seu artigo 3º, a proibição normativa de veicular informação falsa ou prejudicialmente incompleta sobre instituição financeira. Faz-se clara a possibilidade, além da hipótese de se incorrer em evidente erro de tipo, por desconhecer

²⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, p. 6.

²⁴⁹ CALABRICH, Bruno *et. al.* **Garantismo penal integral**, p. 53.

²⁵⁰ MANTOVANI, Luiz Gustavo. O erro de proibição nos crimes contra o sistema financeiro nacional, p. 240.

a natureza da informação divulgada, a ausência de consciência acerca da reprovabilidade da conduta de omitir determinada informação, seja por questões concorrenciais ou corporativas, seja por compreender que, em razão da informação já haver sido veiculada em jornais de grande circulação e que, portanto, já haveria conhecimento público²⁵¹, não recairia sobre ela eventual reprovabilidade.

No que se refere ao artigo 5º, que pretende punir quem, dentre as pessoas previstas no artigo 25 da mesma lei, como o administrador e o gerente, apropria-se de dinheiro ou valor alheio, entende-se que, embora a conduta seja reprovável e a respectiva consciência da ilicitude seja, aparentemente, nítida, aventa-se a questão da necessária distinção entre ilícito civil e ilícito penal. A depender da situação concreta e das suas particularidades, poder-se-ia cogitar uma consciência adstrita à esfera civil, embora tal seja compreendida suficientemente, ponto sobre o qual, sublinhe-se, debruçar-se-á posteriormente.

Em relação ao artigo 18 da mesma lei, o qual visa a proteger a violação de sigilo de operação ou de serviço prestado por instituição financeira do qual a pessoa tenha conhecimento em razão do ofício, interessante notar a falta da expressão *sem justa causa*, cuja ausência pode trazer implicações para a aferição da culpabilidade enquanto elemento do crime²⁵², inclusive, entende-se, no tocante à consciência da ilicitude. Uma vez que o agente compreenda que há fatores que legitimariam a divulgação do conteúdo, até abarcado, concomitantemente, por alguma excludente de ilicitude, como o estrito cumprimento do dever legal (artigo 23, inciso III, do Código Penal), restaria prejudicada a ideia de reprovabilidade da conduta.

Já o artigo 20 da lei sob exame retrata clara situação suscitada previamente, diante da qual se atribui novas responsabilidades aos gestores no contexto da sociedade informacional e tecnológica que se apresenta. O artigo, que apenas com reclusão de até 6 anos quem aplica, em finalidade diversa da estabelecida em lei ou contrato, recursos advindos de financiamento, deve ser cuidadosamente mensurado para que não puna, objetivamente, os diretores da empresa, pelo simples fato de, embora não tendo consciência da ilicitude, deveriam exceder esforços para alcançá-la²⁵³. É o que, ademais, se nomeia de *responsabilidade penal objetiva*, em clara transgressão ao princípio constitucional penal da culpabilidade, detalhado no capítulo exordial da presente pesquisa.

Nesse quadrante, necessário discutir acerca dos delitos contra a ordem tributária e sua íntima conexão com a consciência da ilicitude. Optou-se, devido a razões metodológicas, por

²⁵¹ DELMANTO, Roberto *et. al.* **Leis penais especiais comentadas**, p. 31.

²⁵² *Ibid.*, p. 93.

²⁵³ *Ibid.*, p. 101.

explorar as principais características do erro de proibição incidente nessa espécie de delito, tendo em vista suas particularidades, em vez de discorrer acerca dos tipos penais, como se tem realizado até o momento. Pretende-se, com isso, enfatizar os aspectos mais importantes que abrangem tal modalidade delitiva.

Sabe-se que a legislação tributária, além de não gozar de um conglomerado organizado de enunciados prescritivos, é essencialmente difícil e que em uma estrutura corporativista organizada funcional e hierarquicamente, por exemplo, na qual há especialização segmentada de tarefas e apenas o repasse da informação ou do trabalho realizado ao responsável, o cenário do denominado *estado de dúvida* exsurge de maneira recorrente, exigindo ainda maior cautela ao se analisar a consciência da ilicitude. Não se marginaliza, por óbvio, tal como se notará, o dever de orientação e a responsabilidade de buscar assimilar, na situação concreta, o significado da norma.

Sob o ponto de vista referencial, tem-se que o *estado de dúvida* – ou a inevitabilidade do erro – se rege por três parâmetros referenciais, quais sejam, a plausibilidade jurídica da dúvida, o dever de informação e a atuação nos limites da dúvida²⁵⁴. Nos crimes tributários, tais se desenha, de modo mais específico, uma vez que há normas primárias e sancionatórias, sendo que “o descumprimento da norma primária poderá proporcionar uma sanção administrativa, uma sanção penal ou ambas – o mesmo ilícito pode ser descrito na hipótese de uma norma sancionatória-administrativa e também na de uma norma penal”²⁵⁵.

Há, de todo modo, a necessidade de existir a consciência segura do perfil lícito ou ilícito da conduta perpetrada. Pode-se conjecturar, especificamente, o caso em que sujeito, não obstante ter cumprido de maneira satisfatória o dever de informação, inclusive procurando, cautelosamente, orientação em consulta fiscal, e agiu exatamente de acordo com a solução de consulta fornecida, não se mostra crível ser imposta, a ele, uma sanção por posterior alteração de entendimento, por exemplo, por parte da Fazenda Pública. Além, novamente, de se pontuar a *fragmentação do conhecimento*, há incontestemente ausência de reprovabilidade:

Há seis décadas, o Min. Costa Manso foi relator, no STF, de um Agravo de Petição versando sobre caso em que um contribuinte calculara o imposto de consumo à alíquota aplicável aos ‘tecidos tintos de algodão’, enquanto a Fazenda Federal exigia que o imposto fosse aplicado à alíquota específica dos ‘tapetes e passadeiras’, sujeitos, então, à alíquota superior. O procedimento do contribuinte baseara-se em manifestação anterior da Delegacia Fiscal então existente, que, depois de examinar seu produto, concluíra pela aplicação da alíquota menor. Assim decidiu Costa Manso: ‘(...) A resposta (à consulta) é, pois, um ato oficial e não meramente oficioso; obriga

²⁵⁴ LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido, p. 152.

²⁵⁵ MASINA, Gustavo. **Sanções tributárias**: definição e limites, p. 60.

a Fazenda Pública. Do contrário, a parte ficaria sujeita a verdadeiras ciladas, para gáudio dos fiscais, interessados nas multas (...) Elementaríssimos princípios de moral impedem que agora seja a parte, que teve o cuidado de pedir instruções, condenada a pagar maior imposto, que não cobrou dos seus clientes, e, sobretudo, uma forte multa por sonegação, que pressupõe ato fraudulento ao contribuinte²⁵⁶

Em relação aos outros dois requisitos, isto é, plausibilidade jurídica da dúvida e a atuação nos limites da dúvida, pode-se dizer, respectivamente, que se trata de um critério que ampara a dúvida do autor e a obrigatoriedade de agir nos limites da informação que ele recebeu. Isso significa, por exemplo, trasladando à realidade, que se deve aferir, por exemplo, se simultaneamente houve a busca por meio de uma fonte confiável que indique que a dúvida é altamente plausível – como a opinião jurídica especializada – e se, após recebida a informação, o autor agiu nos seus exatos limites. Desse modo, não haveria como se cogitar, pois, a atuação em desconformidade com o Direito. Dar-se-ia solução diversa se, nesse mesmo caso, apesar da dúvida, o autor não alçasse esforços para procurar informações quanto ao tratamento dado pelo ordenamento jurídico²⁵⁷.

Há que se pontuar, ademais, outro fator pertinente que pode influir na reflexão proposta de desconhecimento do caráter ilícito da conduta, qual seja, a existência recorrente, nessas espécies de crimes, das denominadas *normas penais em branco heterogêneas*. Trata-se de um preceito incompleto, genérico ou indeterminado, que necessita da complementação de outras normas e, no caso de serem heterogêneas, tais normas correspondem a outra instância legislativa, distinta da norma a ser complementada²⁵⁸. A título de ilustração, pode-se mencionar os delitos fiscais, mormente em razão da intersecção com os institutos tributários, exigindo do intérprete um determinado juízo de valor que excede a lei penal²⁵⁹. Tal cenário se agrava na medida em que, na sua essência, a norma complementadora pode ser desconhecida ou, até certo ponto, incompreensível, desconsiderando, ainda, as frequentes alterações que sofrem por intermédio de portarias, por exemplo.

Diante do exposto, para além de todas as questões trazidas à baila, destaca-se que:

O que parece claro no tocante às condutas típicas analisadas, e que possibilitaria uma incidência recorrente do instituto do erro de proibição, é a aparente relação entre os ilícitos penais ali previstos e meras irregularidades de cunho obrigacional e contratual, situação que dificultaria uma apreensão, por parte do destinatário da norma, da antijuridicidade penal da sua conduta. Aqui entraria a ideia de direito penal como última ratio do sistema coercitivo estatal, gerando confusão ou incompreensão nas

²⁵⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. Algumas reflexões sobre a consulta em matéria fiscal, p. 83.

²⁵⁷ LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido, p. 154.

²⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, p. 85.

²⁵⁹ DELMANTO, Roberto *et. al.* **Leis penais especiais comentadas**, p. 254.

hipóteses em que o sistema penal transforma-se em primeira barreira de defesa social, agindo na defesa de interesses predominantemente obrigacionais²⁶⁰.

Assim, verifica-se que a potencial consciência da ilicitude, no contexto da atual realidade brasileira, principalmente no bojo dos delitos abordados ao longo desta pesquisa e nos moldes da corrente finalista da ação – que se subsumiam à realidade do país na metade do século passado –, não se mostra suficiente para aferir a culpabilidade como elemento do crime. Entretanto, há outro aspecto que se levantou de forma constante, inclusive acima, e que necessita ser aprofundado: a impositiva necessidade de diferenciação por parte do agente entre o ilícito em geral e o ilícito penal.

5.3 A necessária diferenciação por parte do agente entre o ilícito em geral e o ilícito penal

No sentido do que se tem notado ao longo do presente trabalho, uma das maiores problemáticas enfrentadas acerca do conhecimento da ilicitude como componente da culpabilidade enquanto elemento do crime refere-se à ponderação entre o que é considerado, pela lei, como ilícito penal e aquelas condutas advindas de outros ramos do direito, sobretudo o administrativo e o cível. É verdade que referida discussão intensifica-se, como se notou no tópico inicial deste capítulo, com o fenômeno de *expansão do Direito Penal*, cujas principais causas e consequências fático-legais foram examinadas na mesma oportunidade.

Exige-se, pois, sob a óptica da realidade pátria – marcada por uma hipertrofia legislativa em matéria penal, por um alto índice de desigualdades e por fatores multiculturais –, que o cidadão brasileiro, além de representar, mentalmente, que determinada conduta é reprovável, faça-o simplesmente em relação ao Direito, e não ao Direito Penal em si. Isso significa que seria suficiente, à responsabilização criminal, que o agente apenas realizasse um juízo de valor sobre sua conduta no que se refere ao ilícito em geral, e não ao ilícito penal, o que não se entende cabível, conforme explicar-se-á.

Inicialmente, tem-se, no âmbito administrativo, uma guinada do que se consolidou como *Direito Administrativo Sancionador*, ou seja, uma política de punições a determinadas condutas que podem ser reguladas administrativamente e o passam a ser intensamente, tal como se pode observar em países como a Espanha e a Alemanha a partir dos anos oitenta²⁶¹. Instituiu-se, assim, paulatinamente, o que também se denominou de *Direito de Intervenção*, a situar-se entre

²⁶⁰ MANTOVANI, Luiz Gustavo. O erro de proibição nos crimes contra o sistema financeiro nacional, p. 242.

²⁶¹ SUAY RINCÓN, José. El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma, p. 188.

o direito civil ou administrativo e o direito penal, sobretudo no que se refere aos direitos transindividuais²⁶². Retoma-se, nessa direção, a ideia bipartite de que as questões atinentes aos direitos difusos deveriam ser tratadas com maior flexibilidade, por meio de penas restritivas de direito e pecuniárias, ao passo que aquelas concernentes aos interesses jurídicos clássicos deveriam continuar serem apenadas por intermédio do Direito Penal²⁶³.

Em um primeiro momento, destaca-se que a diferenciação entre o ilícito penal e o administrativo residia na atribuição, ao primeiro, de uma lesão eticamente reprovável, enquanto o segundo se restringia a um ato de desobediência ético-valorativamente neutro. Mais tardiamente, de acordo com a corrente finalista da ação, intensificou-se a tese de diferenciação quantitativa, sendo que o ilícito administrativo correspondia a um menor conteúdo de injusto. Porém, atualmente, adota-se o critério teleológico, ou seja:

A finalidade que perseguem, respectivamente, o Direito Penal e o administrativo-sancionador. O primeiro persegue a proteção de bens concretos em casos concretos e segue critérios de lesividade ou periculosidade concreta e de imputação individual de um injusto próprio. O segundo persegue a ordenação, de modo geral, de setores da atividade (isto é, o reforço, mediante sanções, de um determinado modelo de gestão setorial). Por isso não tem por que seguir critérios de lesividade ou periculosidade concreta, senão que deve preferencialmente atender a considerações de afetação geral, estatística; ainda assim, não tem por que ser tão estrito na imputação, nem sequer na persecução (regida por critérios de oportunidade e não de legalidade)²⁶⁴.

A par das críticas às teorias que encaram as propostas formuladas – as quais não se adentrará nesta investigação por não se pretender justificá-las –, o que se interessa, em realidade, é constatar a existência inegável de um cenário no qual as sanções penais são criadas diuturnamente, inclusive sob a justificativa de proteger novos bens jurídicos – especialmente os de terceira geração –, enquanto também se tem um movimento contrário, e bastante expressivo, de inflação das repressões em outros âmbitos, gerando uma verdadeira confluência punitiva, de matrizes distintas. Logo, o enfoque jurídico-político deve ser considerado na interpretação do conhecimento da ilicitude que se pratica.

Antes de submergir aos casos concretos da realidade brasileira, pode-se notar que supracitada confluência – que, por conseguinte, favorece a indistinção entre o ilícito em geral e o ilícito penal, com impactos diretos na consciência da ilicitude – exalta-se de maneira mais evidente a partir da própria nomenclatura classificatória em países europeus. Na Itália, na

²⁶² HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra, p. 36.

²⁶³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal das sociedades pós-industriais, p. 184.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 150.

Grécia, na Dinamarca e na Suécia, utiliza-se a expressão *direito penal administrativo*, por exemplo, representando um setor específico dentro do Direito Penal, enquanto Portugal e Alemanha referem-se à sistêmica como *contravenções à ordem*²⁶⁵. Parte-se, então, à realidade brasileira, a fim de que se atribua maior concretude ao trabalho.

A título de contextualização, interessante ressaltar a Lei nº 13.709/18 – ou *Lei Geral de Proteção de Dados*. Em típico exemplo do retromencionado *Direito Administrativo Sancionador*, a lei, que pretende proteger o tratamento de dados pessoais em um contexto de globalização e de exposição massiva de informações pessoais na rede mundial de computadores, não dispõe acerca de crimes, mas, sim, de retaliações que variam desde advertência a multa de R\$ 50 milhões (artigo 52). Segue-se, então, tendo em vista esse expressivo cenário, com a análise da realidade brasileira.

A priori, faz-se possível refletir, na esteira do que se antecipou no primeiro tópico deste capítulo, a respeito do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97). A partir do artigo 160 e até o 255, portanto, em praticamente 100 artigos, o diploma prevê uma série de infrações administrativas que podem ser apenadas, por exemplo, com advertência escrita, multa, suspensão do direito de dirigir, cassação da Carteira Nacional de Habilitação, dentre outras medidas, a depender do grau de infração cometida, sendo que, conforme aduz o §1º do artigo 256, a aplicação das penalidades previstas não elide as punições originárias de ilícitos penais decorrentes de crimes de trânsito, os quais, por suas vezes, encontram-se taxados nos artigos 302 e seguintes, em um rol significativamente menor.

Reflita-se, a título de exemplo, acerca do artigo 309, que apenas, com detenção, aquele que dirige veículo automotor sem a devida permissão para dirigir, de modo a gerar perigo de dano. A par das críticas acerca da expansão legislativa, do que se denominou como *antecipação da tutela penal* e da dificuldade para sua aferição na prática, nota-se que a referida conduta também é sancionada pelo artigo 162 da mesma lei, embora esse artigo não exija o que se consolida como *perigo de dano*. O mesmo ocorre com o artigo 310 e com o seu correspondente administrativo sancionatório, qual seja, o artigo 163, que pune quem entrega o veículo a pessoas que, por determinadas razões, não poderiam dirigir, apesar de não haver sequer a distinção acerca do perigo de dano, o que não afasta a reflexão em torno da sua inconstitucionalidade²⁶⁶. Pertinente anotar, além disso, que o artigo 311, por exemplo, não criminaliza a mera conduta

²⁶⁵ RANDO CASERMEIRO, Pablo. **La distinción entre derecho penal y el derecho administrativo sancionado**,

p. 69.

²⁶⁶ DELMANTO, Roberto *et. al.* **Leis penais especiais comentadas**, p. 486-487.

de ocultar placa de veículo automotor, que constitui apenas infração administrativa, exceto se o componente for previamente alterado ou remarcado (§ 2º, inciso III).

Há, portanto, uma notória condensação entre as searas administrativa sancionatória e a criminal. Embora possa-se sustentar que referidas condutas são socialmente reprováveis, logo, inafastável, à primeira vista, a consciência da ilicitude, deve-se analisar no caso concreto se referida censura ultrapassava as barreiras do ilícito administrativo, podendo-se cogitar, entende-se, a *excusabilidade do erro de proibição*. Também há que se pontuar que, em não sabendo firmemente, no caso dos artigos 163 e 310, por exemplo, o sujeito da condição do motorista, plenamente justificável a ingerência do *erro de tipo*.

Dessarte, importante mencionar, também, como característica da expansão do *Direito Administrativo Sancionar*, a Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/92, com recente redação conferida pela Lei nº 14.230/21. Trata-se de um combate aos atos ímprobos que importem enriquecimento ilícito, danos ao erário e que ofendem os princípios da administração pública. As penas, relacionadas a cada espécie de infração cometida, podem variar, a citar, exemplificativamente, o ressarcimento do dano, perda de bens ou valores, pagamento de multa civil, proibição de contratar com o Poder Público, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos etc. Pode-se mencionar, nesse mesmo diapasão, a Lei nº 12.846/13 – Lei Anticorrupção ou Lei Empresa Limpa –, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil – sem disciplinar qualquer reprimenda penal – de pessoas jurídicas que intentam atos contra a administração pública.

Nota-se que certas sanções podem, entende-se, serem mais aflitivas que aquelas provenientes, até mesmo, da seara penal, como é o caso da perda da função pública, tida como a sanção mais severa²⁶⁷. Esse panorama corrobora, pois, a ideia de que embora determinada conduta seja significativamente reprovável, tendo em vista, no caso sob exame, a proteção ao patrimônio público, sua proteção pode ocorrer exclusivamente na esfera administrativa, apesar de, em algumas situações, reconhece-se, também haver uma tipificação penal correspondente.

À vista disso, não se sustenta a ideia de que a tipificação penal, nos moldes da atual realidade legislativa brasileira, se restringe, sob essa óptica, a proteger unicamente bens jurídicos essenciais, contribuindo, mais uma vez, às problemáticas em torno da consciência da ilicitude e à necessária diferenciação por parte do agente entre o ilícito em geral e o ilícito penal. Cita-se, nesse passo, a Lei nº 6.766/79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e, ao

²⁶⁷ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**, p. 327.

contrário da Lei de Improbidade Administrativa, prevê como crime, inclusive com regime sujeito à reclusão, determinadas condutas cometidas em face da Administração Pública.

Destarte, na esteira do que se tem refletido, mister destacar outros diplomas normativos de relevo que, além de sanções criminais, também apresentam regramentos punitivos na seara administrativa. É o caso da Lei nº 8.069/90, mais conhecida como *Estatuto da Criança e do Adolescente*, a qual taxa entre os artigos 228 a 244-B os crimes em espécies e entre os artigos 245 e 258-C as infrações administrativas. Faz-se possível observar que embora os crimes previstos correspondam a condutas, em sua maioria, mais reprováveis, não se pode concluir que ao incidir em determinadas delas, como submeter criança ou adolescente a vexame ou constrangimento (artigo 232), tem-se a consciência de que se pratica um delito, já que descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar (artigo 249), por exemplo, trata-se, apenas, de infração administrativa.

Outro exemplo similar abarca a já abordada Lei nº 9.605/98, ao dispor, acerca das atividades lesivas ao meio ambiente, tanto sobre sanções penais, quanto sobre represálias administrativas. Em relação a essas, o artigo 70 da lei estabelece, abertamente, como sendo toda ação ou omissão que transgrida as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente. Exigir-se, pois, nesse cenário, a consciência do ilícito em geral, em detrimento, especificamente, do penal, não seria crível, tampouco coerente com os critérios de culpabilidade. Não é diferente o que ocorre nos crimes tributários, por exemplo, diante dos quais uma sonegação fiscal, até determinada quantia, não é considerada conduta criminosa, não obstante constituir infração administrativa e fiscal:

Sob perspectivas de lesividade concreta, não há base para a intervenção penal, ainda que o significado global, setorial, do gênero de condutas, possa justificar claramente a intervenção do Direito Administrativo (e isso a partir de uma fraude de pouca monta que, multiplicada pelo número de contribuintes, poderia já começar a ter um enorme significado: assim, uma fraude por contribuinte de dez mil pesetas - equivalente a R\$100,00 -, multiplicada por uns 25 milhões de contribuintes, daria a enorme citra global de 250 bilhões de pesetas (ou 2,5 bilhões de reais). O que implica que, obviamente, a fraude de somente 10.000 pesetas deva ser considerada ilícito administrativo e sancionada²⁶⁸.

Repisa-se, nessa toada, a fim de sedimentar com maior robustez o que se argumenta, a questão trabalhada na seção anterior sobre a infração de medida sanitária durante o período pandêmico da Covid-19. Além de a conduta possivelmente constituir crime, de acordo com o Código Penal, tal como se viu, houve decretos estaduais e municipais, na linha do que

²⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal das sociedades pós-industriais, p. 154.

determinava, por exemplo, a Lei Federal temporária nº 13.939/20, disciplinando punições administrativas, como multa e a interdição do estabelecimento. Admitindo-se, então, o juízo de censurabilidade, reflete-se que não seria adequada a punição com fulcro na reprimenda penal se, em havendo decreto específico na área de abrangência do sujeito, apenas sobre esse recaísse seu desvalor.

Tem-se, diante do exposto, que o instituto da potencial consciência da ilicitude, nos moldes concebidos pela corrente finalista, deve ser reinterpretado e melhor avaliado, tendo em vista a realidade brasileira. Não se pode admitir que a vinculação ao saber penal europeu – donde se importam institutos muitas vezes estanques e de difícil alteração – gere uma defasagem no ordenamento jurídico pátrio, sendo de rigor, nesse contexto, que “as intervenções dogmáticas jamais desprezem o quadro estrutural e conjuntural de nossa sociedade, economicamente subdesenvolvida e periférica”²⁶⁹.

Compreende-se, então, que para definir o objeto da consciência do injusto, ou seja, o substrato psíquico mínimo de conhecimento do injusto exigido no intuito de configurar a consciência da ilicitude do fato que pratica, deve-se adotar o que se denominada de *teoria moderna*, em detrimento da chamada *teoria tradicional*:

1. Teoria tradicional: situa a ilicitude material como objeto de consciência do injusto, caracterizada pelo conhecimento da contradição entre o comportamento real e ordem comunitária, que possibilitaria ao leigo saber que sua conduta infringe o ordenamento jurídico ou moral, independentemente de conhecer o bem jurídico lesionado ou a punibilidade do fato.
2. Teoria moderna: apresenta a punibilidade do fato como objeto de conhecimento do injusto, ou seja, a consciência do injusto significaria o conhecimento da punibilidade do comportamento através de uma norma penal positiva e, assim, consciência de infringir uma prescrição penal, embora não exija um conhecimento preciso da norma penal infringida²⁷⁰.

Isso porque, entende-se, a *teoria tradicional* “contraria o âmbito elementar de previsibilidade das ações dos sujeitos”²⁷¹, já que, na consciência do agente que pratica um determinado fato típico, encontra-se imbuída, no máximo, a violação a determinado bem jurídico não abarcado pelo Direito Penal, o que não se mostra suficiente para a aplicação da reprimenda nessa seara. Não se antevendo, portanto, a possibilidade de transgressão a uma proibição de viés delitivo, pensa-se equivocada referida admissão por mero *conhecimento*

²⁶⁹ COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**, p. 30.

²⁷⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**, p. 232-233.

²⁷¹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**, p. 90

profano do injusto, reflexão esta que se revela ainda mais plausível no contexto de hipertrofia da realidade legislativa brasileira. Tem-se, exemplificativamente, que:

Quem espalha um segredo confiado por um amigo antevê a possibilidade de ser descoberto e perder a confiança daquele; quem atrasa o pagamento de uma conta sabe que arcará com a multa contratual; quem peca sabe que terá de lidar com a culpa e executar uma determinada penitência para ver-se perdoado. Em todas essas situações, o conhecimento da regra que rege a relação social, religiosa ou jurídica foi decisivo para levar a cabo um determinado projeto. Foge ao escopo do presente trabalho analisar a legitimidade de uma reação extrajurídica em face de um resultado não previsto, exemplificativamente: o amigo cujo segredo foi revelado viu nisso mais do que uma deslealdade, encarando a ação como uma traição, rompendo a relação com o então amigo; ou, ainda, o representante religioso, considerando o pecado uma heresia profunda, dá início a um procedimento de excomunhão do referido pecador. A reação “extra” do Direito em virtude de um ilícito que se cria civil (e se mostrou delitivo) com uma pena em sentido forte, contudo, pode e deve ser analisada sob o crivo da legitimidade²⁷².

Ademais, deve-se considerar, como ponto fulcral à discussão em tela, que a própria natureza da distinção entre um ilícito em geral e um ilícito penal pressupõe, ao menos teoricamente, que, em relação ao primeiro, recaia um ato juridicamente corrigível, ao passo que, sobre o segundo, uma questão de pura punibilidade. Assim, pode-se refletir exatamente no sentido de que

enquanto o ordenamento jurídico se contenta, na primeira hipótese, com a restauração e com o reestabelecimento da situação jurídica, sem opor uma reprovação ao lesionador da obrigação, aduz, na segunda situação, sua desaprovação em face do autor, de modo a punir o seu ato²⁷³.

Rememore-se, nesse ínterim, o debate salutar em torno da *perspectiva ontológica da liberdade humana* trabalhada adrede, com o fito de contribuir para a discussão em torno da culpabilidade enquanto elemento do crime e, por conseguinte, da potencial consciência da ilicitude. Para os seus defensores, “a conscientização dessa perspectiva ontológica de liberdade (...) poderá certamente contribuir para a humanização cada vez maior do Direito Penal, sem que com isso sejam enfraquecidas suas almeçadas funções preventivas e socializadoras”²⁷⁴.

Trabalhados, portanto, todos os aspectos que se objetivavam com a presente investigação científica, examinar-se-á, por derradeiro, o comportamento jurisprudencial atinente ao conteúdo explorado ao longo desta dissertação. Pretende-se, com isso, visualizar,

²⁷² TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**, p. 91.

²⁷³ *Ibid.*, p. 91.

²⁷⁴ DUEK, Oswaldo Henrique. A culpabilidade e a perspectiva ontológica da liberdade, p. 70.

na prática, a (falta de) abordagem que é conferida, pelos operadores do Direito, à *consciência da ilicitude*, por meio do instituto do *erro de proibição*.

5.4 A jurisprudência do tribunal bandeirante, do Tribunal Regional Federal da Terceira Região e dos tribunais superiores no tocante ao *erro de proibição*

O objeto de análise do presente tópico constitui na busca e análise jurisprudencial de acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, aqui denominado também de *tribunal bandeirante*, pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região e pelos tribunais superiores, quais sejam, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF), no tocante ao tratamento conferido ao instituto do *erro de proibição*²⁷⁵. Pretende-se, dessa forma, responder a duas perguntas principais: (i) os respectivos tribunais enfrentam, efetivamente, as problemáticas advindas da (ausência de) consciência da ilicitude? e (ii) em caso negativo, quais as possíveis causas desse cenário, já que se trata de um instituto importante e que possui a consciência da ilicitude como aspecto central?

A pesquisa foi realizada por meio da rede mundial de computadores, no sítio eletrônico disponibilizado de maneira *on-line* pelos próprios tribunais, em ferramenta voltada precipuamente à pesquisa jurisprudencial. Acerca dos parâmetros utilizados, no que se refere ao tribunal bandeirante, aliou-se a expressão *erro de proibição* a outros termos correlatos e concernentes ao presente estudo, na esteira do que se explanará. Já no que tange aos tribunais superiores, não se estabeleceu um recorte específico, tendo em vista que a pesquisa prévia pelo termo isolado *erro de proibição*, por si só, já apresentou limitações suficientes e exequíveis, conforme também será exposto adiante.

Esclarece-se, por oportuno, que nem o objetivo central do trabalho, tampouco a metodologia empregada em sua maior extensão, tal como se tem observado, fundam-se na análise minuciosa de acórdãos e/ou decisões monocráticas – por meio de subdivisões de órgãos julgadores, como câmaras ou turmas, e anexos, por exemplo – porquanto utilizada apenas para contrastar com o que se defende teoricamente, após ter definido todos os conceitos relativos ao tema. Inicie-se, então, após aportados tais esclarecimentos, com o tribunal bandeirante, para

²⁷⁵ A pesquisa jurisprudencial se restringiu aos tribunais do Estado de São Paulo e aos tribunais superiores para que não se tornasse demasiadamente extensa, já que sua finalidade precípua, neste trabalho, é de ilustração. Em relação ao tribunal bandeirante e ao Tribunal Regional Federal da Terceira Região, especificamente, a escolha se deu em razão de ambos abarcarem a Universidade fomentadora do presente estudo e, ademais, por possibilitarem maior proximidade com a realidade fática do pesquisador.

posteriormente analisar o Tribunal Regional Federal da Terceira Região e, em seguida, os tribunais superiores, de modo a tecer as conclusões pertinentes.

A busca na ferramenta *pesquisa livre* junto ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aliou à expressão *erro de proibição* termos julgados pertinentes à pesquisa, tendo em vista os delitos expostos nos tópicos anteriores. Sublinhe-se que não se pretendeu esgotá-los, tampouco subdividi-los minuciosamente, de maneira a focalizar nas principais questões.

Daqueles contra o meio ambiente, por exemplo, buscou-se por expressões como *pesca em período proibido* (duas apelações, ambas improvidas), *soltar balões* (uma apelação improvida), *atividade predatória e fauna* (uma apelação improvida), *motosserra e molestar cetáceos* (nenhum resultado pertinente para ambos). Destaca-se um dos casos voltados à pesca em período proibido, no qual a consciência da ilicitude foi presumida fundamentada em que “qualquer pessoa sabe que é crime pescar em período de piracema, tendo em vista que há uma intensa movimentação da mídia, bem como há várias campanhas dos órgãos públicos e privados e das ONGs nacionais e internacionais”²⁷⁶.

Dessarte, no que se refere aos crimes contra a honra praticados por meio de internet e à posse de conteúdo de pornografia infantil, pesquisou-se, respectivamente, pelos termos *crime contra a honra e internet*, e *posse e pornografia infantil*, não sendo encontrados resultados relevantes para ambas as pesquisas. No mesmo sentido enveredou a pesquisa com as palavras *consumidor e defesa do consumidor*, bem como *curandeirismo e charlatanismo*.

Em relação à *Lei de Drogas*, o próprio termo atinente à lei trouxe resultados limitados, não se logrando encontrar decisões que reconheceram a ausência da consciência da ilicitude. Pelo contrário, no caso de venda de anabolizantes, entendeu-se que “o réu era comerciante e vendedor de produtos e suplementos alimentícios controlados [...] [sendo a proibição] de juízo comum e extremamente divulgado em vários meios de comunicação”²⁷⁷. A busca mais acurada, na direção do que se expôs no tópico pregresso, por *acetona, oferecer gratuitamente e recreação* não trouxe quaisquer resultados satisfatórios.

A *Lei de Contravenções Penais*, por sua vez, amplamente trabalhada adrede e com uma ampla gama de dispositivos, sobre os quais, entende-se, poder-se-ia recair questionamentos acerca da consciência da ilicitude, não apresentou abordagem prática minimamente

²⁷⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Criminal n. 0006169-86.2018.8.26.0320.

²⁷⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Criminal n. 0028515-10.2016.8.26.0576.

proporcional, restando atrelada, em busca genérica por *contravenção penal*, à lesão corporal no âmbito da violência doméstica, à prática de jogos de azar e ao oferecimento de bebida a menores de idade, embora em nenhum dos casos se tenha reconhecido a incidência do instituto²⁷⁸. Pode-se destacar, nesse contexto, a observância em relação à certa confusão entre o referido componente da culpabilidade e a atenuante de desconhecimento da lei, cujos conceitos foram trabalhados e diferenciados no capítulo anterior, sendo “Exploração de jogo de azar - Autoria e materialidade comprovadas – Absolvição – Impossibilidade - Erro de proibição - Não cabimento - Ninguém pode alegar desconhecimento da lei para não cumpri-la”²⁷⁹.

Dos crimes atinentes ao Código Penal, pesquisou-se: *violação de correspondência e aparelho radioelétrico; medida sanitária e pandemia; tomar refeição e sem dispor de recursos; exposição pública e objeto obsceno; e assistência familiar e menor de idade*. Não foram obtidos quaisquer resultados, o que reflete sobremaneira a postura do tribunal bandeirante em relação à temática em tela. O mesmo se sucedeu em relação ao *Sistema Financeiro Nacional*, ao passo que a expressão *ordem tributária*, no entanto, embora não tenha propiciado nenhum resultado atinente ao reconhecimento do erro de proibição, teve enfrentamento da tese em cinco casos de apelação, destacando-se, novamente, a confusão teórica em relação à atenuante genérica de desconhecimento da lei e pautando-se no dever de conhecimento de matéria contábil e jurídica: “Ainda, não se cogita de erro de proibição, uma vez que, além de o eventual desconhecimento da lei ser inescusável, a simples alegação de que acreditaram no assessoramento contábil e jurídico de terceiros não se mostra apta a afastar a culpabilidade da conduta”²⁸⁰.

Por derradeiro no que se atine ao tribunal bandeirante, em relação ao *Estatuto da Criança e do Adolescente*, não se logrou êxito na pesquisa, tampouco no que toca ao *Código de Trânsito Brasileiro*. Em relação a esse, malgrado, observou-se dois casos de apelação que não reconheceram a ausência de consciência da ilicitude, no que se referem ao delito de dirigir sob o efeito de álcool.

No âmbito do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, a busca inicial apenas pelo termo *erro de proibição* logrou encontrar 994 acórdãos, fazendo-se necessário, dessa forma, realizar um recorte temporal suficiente para que a presente pesquisa se tornasse exequível e pertinente. Esclarece-se que, em razão da restrição das infrações penais de competência da

²⁷⁸ Aclara-se, nesse ínterim, que não foi possível o acesso ao banco de dados dos Colégios Recursais, porquanto a busca pelas contravenções penais isoladamente, isto é, sem estarem em contexto fático de concurso com crimes, restou prejudicada.

²⁷⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Criminal n. 0008648-23.2010.8.26.0291.

²⁸⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Criminal n. 0002931-59.2011.8.26.0464.

Justiça Federal, optou-se pelo referido recorte temporal, em detrimento daquele utilizado no tribunal bandeirante, no qual havia a possibilidade de conjugar separadamente, ao *erro de proibição*, uma maior quantidade de delitos.

Tendo em vista, pois, a atual percepção da realidade brasileira, realizou-se a investigação entre os dias 01°.01.2023 e 15.09.2023, da qual resultaram 78 acórdãos, dentre os quais muitos não continham a expressão relacionada diretamente àquele julgado. Dentre os crimes cuja tese foi diretamente enfrentada, destacam-se o contrabando, o descaminho, o uso de documento falso, os crimes contra a ordem tributária, o uso de símbolo oficial e logotipo identificador de órgão da administração pública, o estelionato majorado, a sonegação de contribuição previdenciária e a instalação e uso de radiotransmissor.

Observou-se que a temática, embora sem nenhum provimento, encontra-se suscitada em maior frequência neste Tribunal do que no tribunal bandeirante, por exemplo. Entretanto, remanescem os mesmos equívocos, como por exemplo a condensação com o conceito da atenuante de desconhecimento da lei: “A alegação de desconhecimento da legislação não se sustenta porque a ignorância da lei é inescusável (...) No caso, foi devidamente comprovado que o apelante tinha a possibilidade de saber da ilicitude de sua conduta.”²⁸¹

Outrossim, em casos nos quais se realizou acertadamente a referida distinção, pôde-se notar imperfeita associação da potencial consciência da ilicitude com o elemento subjetivo do tipo: “As provas dos autos não permitem concluir que o apelante não tivesse consciência da ilicitude de sua conduta. Agiu com vontade livre e consciente de praticar o delito de uso de documento falso (...) Erro de proibição não configurado”²⁸²; e “Elemento subjetivo. O erro de proibição ou erro sobre a ilicitude do fato não se equipara ao mero desconhecimento da lei, tratando-se, na verdade, do desconhecimento de que sua conduta é contrária à legislação”²⁸³.

Já no que se refere aos tribunais superiores, a busca pela expressão *erro de proibição* logrou por encontrar, no Superior Tribunal de Justiça, até janeiro de 2023, 113 resultados para os acórdãos, sendo (i) 90 recursos não conhecidos, principalmente pela impossibilidade de reexame de matéria fático-probatória, além, em menor parte, da ausência de prequestionamento, inadequação da via eleita ou prejudicado por causa extintiva da punibilidade; (ii) 4 recursos conhecidos, porém desprovidos; (iii) 1 processo no qual foi reconhecido o erro de proibição em

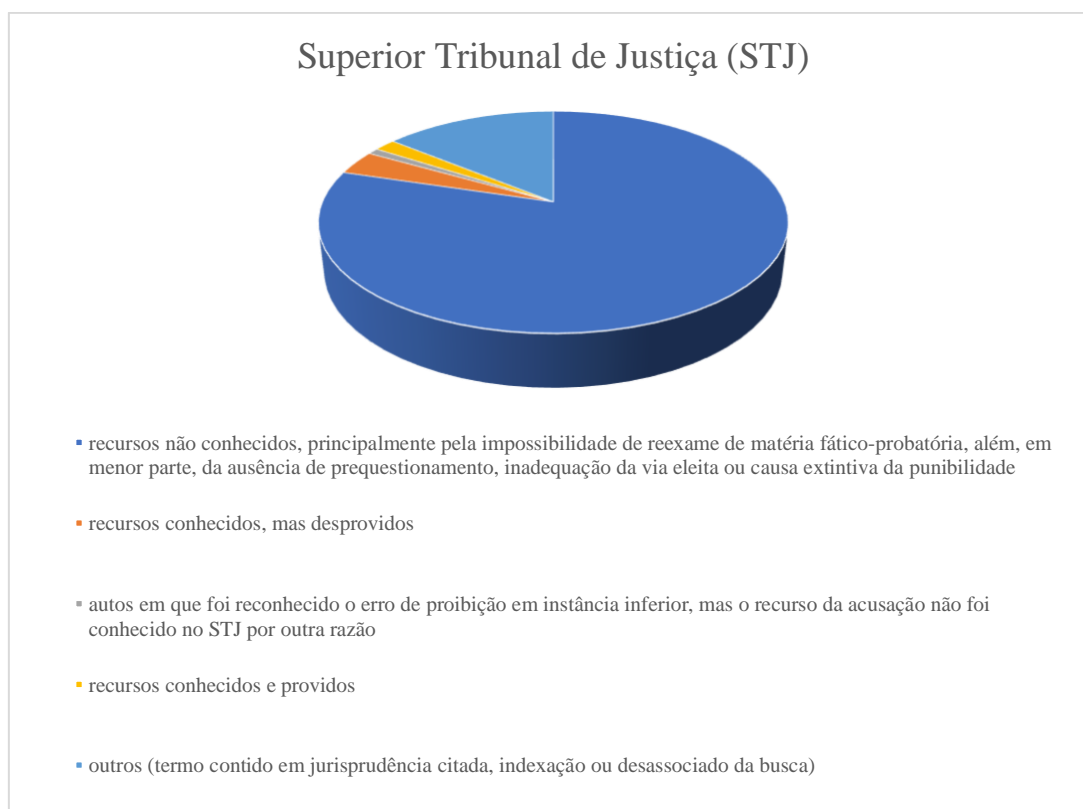
²⁸¹ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO. Apelação Criminal n. 0004721-95.2016.4.03.6181.

²⁸² TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO. Apelação Criminal n. 0004339-39.2015.4.03.6181.

²⁸³ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO. Apelação Criminal n. 5005720-16.2019.4.03.6000.

instância inferior, mas o recurso da acusação não foi conhecido no Superior Tribunal de Justiça por outra razão; (iv) apenas 2 conhecidos e providos, implicando a aceitação do *erro de proibição*; e (v) 16 outros, constituindo termo contido em jurisprudência citada, indexação ou desassociado da busca. Trata-se, reforça-se, de uma análise restrita aos acórdãos, sem considerar as decisões monocráticas. Visualize-se, pois, o gráfico abaixo:

Gráfico 1 – Erro de proibição no Superior Tribunal de Justiça



Fonte: Elaborado pelo autor (2023).

Dos somente dois acórdãos conhecidos e providos, em um universo de 113 relacionados à busca, um deles data de 1995 e o outro de 1998, sendo um de cada Turma do Superior Tribunal. O primeiro – pautado na Lei nº 7.492/86, acerca do Sistema Financeiro Nacional – se relaciona à alteração de orientação imposta pela Receita Federal, a qual não poderia, no caso, “acarretar a condenação criminal dos dirigentes dessas empresas, por ausência de juízo de reprovabilidade, configurando erro inevitável sobre a ilicitude do fato, ou erro de proibição”²⁸⁴, enquanto o segundo, também atrelado à mesma lei, compreende que o ato, na conduta de

²⁸⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 6.606 - SP (1997/0050657-6).

diretores de consórcio, de empresar numerário de seus recursos próprios só poderia configurar crime previsto na antiga redação do artigo 17 da lei se houvesse consciência da ilicitude, hipótese apartada do caso concreto²⁸⁵.

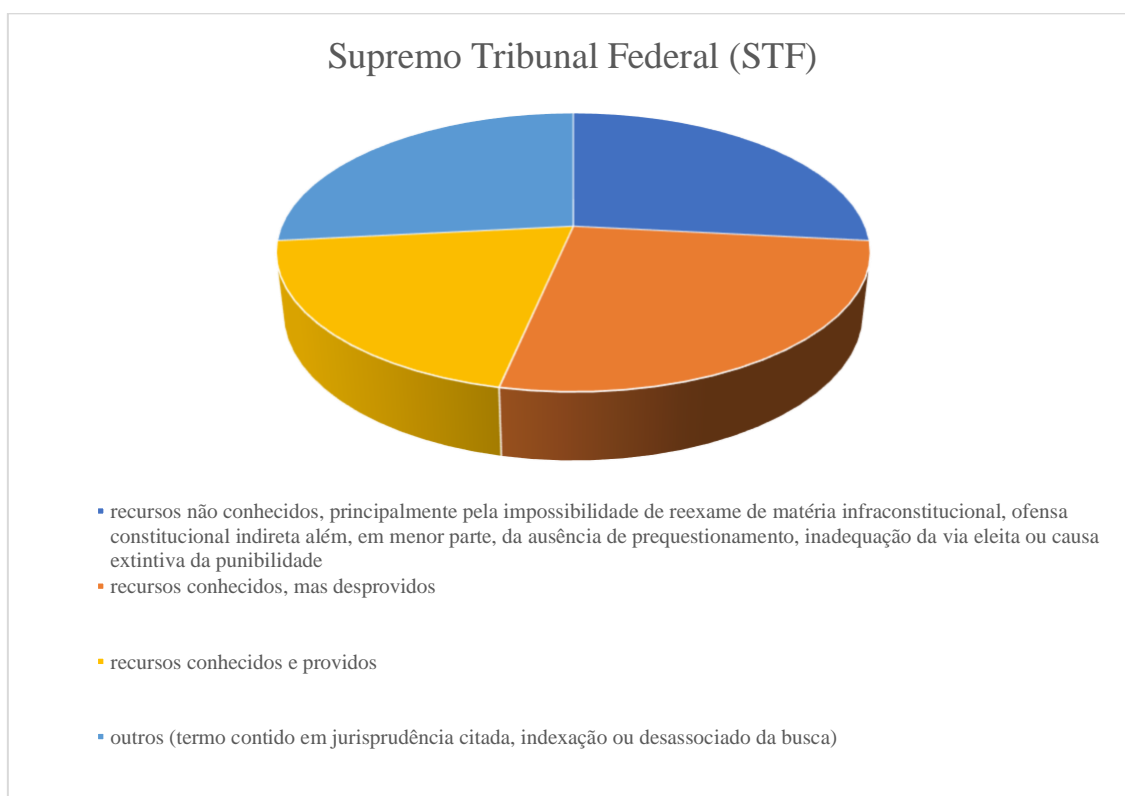
Entre as razões, nos quatro acórdãos, que são conhecidos, porém desprovidos, pode-se citar, preponderantemente, o grau de instrução da parte, a profissão exercida previamente e, especificamente, no caso envolvendo exploração de casa de prostituição, que “a possível condescendência dos órgãos públicos e a localização da casa comercial não autoriza, por si só, a aplicação da figura do erro de proibição, com vistas a absolver o réu”²⁸⁶.

A pesquisa pelo termo *erro de proibição*, no Supremo Tribunal Federal, por seu turno, possibilitou resultado ainda mais profícuo, com somente 15 resultados para os acórdãos até janeiro de 2023, sendo (i) 4 recursos não conhecidos, principalmente pela impossibilidade de reexame de matéria fático-probatória, além, em menor parte, da ausência de prequestionamento, inadequação da via eleita ou prejudicado por causa extintiva da punibilidade; (ii) 4 recursos conhecidos, porém desprovidos; (iii) apenas 3 conhecidos e providos, implicando a aceitação do *erro de proibição*; e (v) 04 outros, constituindo termo contido em jurisprudência citada, indexação ou desassociado da busca. Trata-se, repise-se, de uma análise restrita aos acórdãos, sem considerar as decisões monocráticas. Visualize-se, pois, o gráfico abaixo:

²⁸⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 4.146 - SP (1994/0037221-3).

²⁸⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 870.055 - SC (2006/0133207-0).

Gráfico 2 – Erro de proibição no Supremo Tribunal Federal



Fonte: Elaborado pelo autor (2023).

Vale destacar, nesse passo, o teor dos três acórdãos conhecidos e providos. O primeiro, cujo julgamento ocorreu em 2011, volta-se ao artigo 350 do Código Eleitoral, que trata da subscrição de nova prestação de contas em substituição a documento anteriormente apresentado perante a justiça eleitoral, em vez de providenciar sua retificação. Assim, “diante da formação profissional do denunciado e das informações que lhe foram erroneamente repassadas pelo corpo técnico da agremiação partidária por ele dirigida”²⁸⁷, operou-se, no caso em tela, o erro de proibição.

O segundo, datado de 1987, também relacionado a delito eleitoral, compreendeu que a pintura de propaganda de candidatura na pista asfáltica de rodovia constituía, à época, conduta generalizada entre os concorrentes a cargos eletivos, porquanto não poderia ser considerada delituosa²⁸⁸. Já o terceiro, mais recente, datado de 2014, embora também vislumbrado no contexto eleitoral, interliga-se com a apuração, durante a instrução processual, de atos que não comprovavam a unidade de desígnios dos acusados, já que agentes administrativos, pelos atos

²⁸⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inquérito n. 2.559.

²⁸⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inquérito n. 321-2.

que praticaram previamente à assinatura das nomeações ilegais pelo Prefeito, induziram o réu do caso em erro²⁸⁹.

Todo esse cenário constatado, por sua vez, contribui para compressão no sentido de que a problemática atinente à consciência da ilicitude, a qual se projeta em diversos diplomas normativos penais, tal como se demonstrou nos tópicos anteriores, não é discutida, de maneira expressiva, na jurisprudência pátria, restando atrelada, muitas vezes, a uma modalidade bastante restrita de delitos, como é o caso, timidamente, do Sistema Financeiro Nacional, na seara do Superior Tribunal de Justiça, e dos crimes eleitorais no Supremo Tribunal Federal. Essa ausência de abordagem ocorre, entende-se, por diversos fatores conglobantes.

É o caso, por exemplo, da presunção praticamente absoluta de que todos têm consciência sobre a ilicitude dos fatos que cometem na esfera do profano, enquanto, na realidade, isso não corresponde à realidade, tendo em vista, principalmente, a vasta quantidade de normas penais em vigor. Entende-se que esse pensamento se reforça na medida em que, até a reforma do Código Penal de 1984, observava-se, na esteira do que se estudou, a inescusabilidade do então denominado *erro de direito*, na redação antiga do artigo 16 do Código Penal, o qual, embora não seja sinônimo do atual *erro de proibição*, guarda algumas similitudes. Não se descarta, ademais, o milenar percurso histórico, que durante muito tempo rechaçou qualquer relevância sobre o próprio *erro* e, ainda mais, sobre o erro quanto à ilicitude do fato.

Não se olvida, nessa toada, as problemáticas envolvendo o *Estado de Dúvida*, encarado pela doutrina e pela jurisprudência como incompatível com o erro de proibição, sendo as principais razões fruto da herança dogmática do dolo, trabalhada com maior profundidade do capítulo segundo desta pesquisa:

Especialmente na jurisprudência brasileira, mas não só, parece existir um equivocado entendimento de que a afirmação do erro de proibição implica quase que automaticamente em uma sentença de absolvição. Mas assim se ignora que a avaliação da evitabilidade do erro de proibição tem natureza elástica e deve ser realizada autonomamente, a teor do nosso art. 21.

(...)

A doutrina e jurisprudência esmagadoramente dominantes entendem que a dúvida sobre a proibição exclui a aplicação direta das regras do erro de proibição e funda uma chamada consciência eventual do injusto, fenômeno aparentado ao dolo eventual no plano do injusto. Predomina que é possível designar de tese da incompatibilidade entre dúvida e erro

(...)

Nesse contexto, o mais racional é tratar a dúvida sobre a proibição como uma forma de erro de proibição e deslocar a atenção dogmática para a análise da evitabilidade deste erro, que deve ser determinada nos termos do parágrafo único do art. 21²⁹⁰.

²⁸⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Penal n. 595 - SC (9930645-09.2011.0.01.0000).

²⁹⁰ LEITE, Alaor; ASSIS, Augusto. **O erro, especial foco no erro de proibição**. In: BUSATO, Paulo César (Org.). Teoria do delito, p. 301-304.

Por fim, há de se reconhecer a ausência de conhecimento técnico-jurídico aprofundado por parte dos aplicadores do Direito. Isso ocorre sobretudo em relação à distinção entre *desconhecimento da lei* (atenuante genérica) e ausência de *conhecimento sobre a ilicitude do fato* (erro de proibição), o que acaba por tratá-los, equivocadamente, como sinônimos, e não aplicar nenhum dos dois nos casos concretos.

6 CONCLUSÃO

A presente dissertação cumpriu seu objetivo primário, assim como os seus objetivos secundários. Acredita-se ter sido possível analisar a adequação da atual percepção da consciência da ilicitude na construção da realidade brasileira, constatando-se, a partir da valoração de múltiplos diplomas normativos, a insuficiência do critério da potencialidade para avaliar a culpabilidade do agente. Ademais, em um cenário de hipertrofia legislativa e de idealização do erro de proibição, especialmente no que se refere ao recorte fático da realidade brasileira, restou demonstrada a necessidade de diferenciação entre o ilícito em geral e o ilícito penal. Apresentou-se, com o fito de contrariar o que se concluiu teoricamente, pesquisa jurisprudencial do tribunal bandeirante, do Tribunal Regional Federal da Terceira Região e dos tribunais superiores, revelando-se que a temática trabalhada encontra-se pouco explorada, além de evidenciar associações de conceitos distintos e de atribuição de uma responsabilidade penal que despreza a culpabilidade, no sentido do conhecimento do ilícito pelo agente.

No primeiro capítulo da pesquisa, trabalhou-se, em primeiro lugar, a importância da qual os princípios constitucionais em geral gozam no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista, sobretudo, a recente ressignificação pelas quais eles passaram em relação à força normativa, à luz das três fases marcantes do jusnaturalismo, do positivismo e do pós-positivismo. Estudou-se, por conseguinte, a natureza do princípio constitucional penal da culpabilidade, verificando-se que sua produção histórica é primordialmente fruto do processo penal democrático por estabelecer uma vedação à responsabilidade penal objetiva, de modo a conferir proporcionalidade entre o delito cometido e a pena aplicada, não se podendo, pois, confundi-lo com o conceito de culpabilidade como elemento do crime e, também, com a concepção de reprovabilidade da aplicação da pena, intimamente conectada a este. Constatou-se, por fim, que essa equivocada aglutinação conceitual ocorre em razão da evolução interpretativa no tocante às teorias da ação, já que, a partir da corrente finalista, o elemento subjetivo, basilar do princípio em tela, foi transferido justamente da esfera da culpabilidade à esfera da tipicidade.

O segundo capítulo debruçou-se sobre a culpabilidade como elemento do crime, sob o olhar das teorias do causalismo, do finalismo e do funcionalismo, apartando-a do princípio constitucional examinado. Fez-se possível notar, primeiramente, que a teoria causalista da ação, através de uma acepção naturalística de conduta, remetia o conteúdo da consciência e da vontade à culpabilidade, em um deslize da teoria psicológica para a teoria psicológico-normativa, isto é, em um contexto no qual dolo e consciência da ilicitude passaram a caminhar

gradativamente juntos, no que se consagrou como *dolus malus*. Por sua vez, com a teoria finalista da ação, parâmetro teórico do trabalho, fez-se possível perceber uma reinterpretação da maneira de encarar a ação, devendo ser concebida como o exercício de uma atividade final, transportando o aspecto volitivo à tipicidade, em uma acepção ontológica, praticamente confundindo-se com a intenção, devendo, então, a consciência da ilicitude e os demais elementos normativos de reprovabilidade serem analisados exclusivamente na esfera da culpabilidade, na esteira do que propõe a teoria normativa pura. Apresentou-se, por fim, a teoria funcionalista da ação e sua nova proposta de abordagem à culpabilidade, possibilitando-se compreender, sob as ópticas teleológica e sistêmica, que o Direito Penal deve proteger bens jurídicos por meio da prevenção geral ou especial a partir da política criminal e da aferição da responsabilidade do sujeito apartada do livre-arbítrio e focada na análise empírica, sendo que a função primordial desse ramo do direito, em uma visão ainda mais radical, seria de reafirmar a validade das normas.

O terceiro capítulo da pesquisa, por sua vez, adentrou a seara propriamente dita do *erro de proibição*, discorrendo, inicialmente, acerca das suas particularidades em matéria penal, das disposições teóricas a serem concebidas, como é o caso do *erro* e da *ignorância*, e das suas classificações doutrinárias, tais como o erro de proibição *direto*, *mandamental* e *indireto*. Em relação a esta, especialmente, notou-se, por meio das *teorias limitada* e *extremada da culpabilidade*, discussões doutrinárias infundáveis, em razão de parte compreender, respectivamente, que se trata ora de *erro de tipo*, ora de *erro de proibição*, e parte compreender que é sempre caso de *erro de proibição*, corrente à qual se filiou neste trabalho. Por conseguinte, apresentaram-se as principais características do *erro de tipo*, o que possibilitou traçar distinções com os pretéritos *erro de fato* e *erro de direito*, de modo a compreender que não são sinônimos dos atuais institutos. Por fim, aproximando-se do aspecto nevrálgico do trabalho, realizaram-se distinções importantes entre o instituto do *erro de proibição* e a atenuante genérica de desconhecimento da lei, e aprofundou-se sobre os níveis de exigência em torno da consciência da ilicitude. Para o causalismo, com determinadas exceções, como é a hipótese de *estado de inimidade* ou de *cegueira ao direito*, o momento da consciência da ilicitude deveria corresponder ao momento da conduta, vez que atual e real, já sob o manto do finalismo, basta que haja a potencialidade de atingi-la, permitindo-se concluir, por meio de uma análise mais lúcida e crítica, que referido critério de potencialidade, enraizado na legislação penal e nos operadores do Direito há décadas, encontra obstáculos em sua materialização, com ênfase à tensão entre *Direito e liberdade* e à denominada *perspectiva ontológica da liberdade humana*.

No último capítulo, cumpriu-se o objetivo principal deste escrito e concluiu-se pela inadequação da atual percepção da consciência da ilicitude na construção da realidade brasileira. Aferiu-se que o contexto de expansão do Direito Penal, materializado no denominado *Direito Penal de Emergência* e na *antecipação da tutela penal*, quando analisado sob o prisma da *sociedade de risco* — e, particularmente, em conjunto com a realidade fática brasileira —, gera a necessidade de se considerar a consciência da ilicitude em sua vasta amplitude, defendendo-se, pois, que se exija que o agente tenha a consciência, no caso concreto, além da percepção do ilícito, que tal reprovabilidade recaia sobre um ilícito penal, e não apenas sobre um ilícito em geral, à luz do que propõe a denominada *teoria moderna*, em detrimento da *teoria tradicional*. Isso porque, atualmente, se observa uma guinada do que se tem consolidado como *Direito Administrativo Sancionador*, mormente no que se refere às questões de direitos difusos.

Ainda no âmago do objeto principal desta investigação, pôde-se observar que referida conclusão justifica-se na medida em que, estatisticamente, o Brasil possui significativa concentração de renda e abismos consideráveis em níveis sociais, educacionais, econômicos e informacionais, sem se olvidar dos aspectos multiculturais, que permeiam toda a sociedade, e que devem ser considerados no momento da aplicação da lei penal. Da análise das leis propriamente ditas, notou-se que diversas delas apresentam pontos fulcrais que devem ser debatidos, caso a caso, no tocante à consciência da ilicitude, por expressarem juízos de reprovabilidade questionáveis e, também, por serem considerados *delicta mere prohibita*.

Nota-se, dessa forma, a partir de uma visão crítica, que o instituto da potencial consciência da ilicitude, no formato originalmente concebido pela corrente finalista, deve ser reinterpretado e melhor avaliado, tendo em vista a realidade brasileira. Isso se torna ainda mais evidente ao se debruçar sobre a jurisprudência do tribunal bandeirante, do Tribunal Regional Federal da Terceira Região e dos tribunais superiores a respeito do assunto, que se mostrou bastante escassa e, em sua maioria, inapta a reconhecer a ausência da consciência da ilicitude, sob justificativa equivocada, isto é, mesclando a aplicação dos institutos do erro de proibição e da atenuante de desconhecimento da lei, e até mesmo do elemento subjetivo. Embora a quantidade de diplomas normativos sobre os quais possa recair referido questionamento seja ampla, nota-se, quando do seu reconhecimento, restrição a determinados objetos.

Descortina-se, então, a partir da realidade brasileira, a urgência de se discutir a temática, não apenas por parte dos tribunais, mas, principalmente, pelos próprios operadores do Direito e por todas as partes do processo. Perspectivas como a *ontológica da liberdade humana* e da *teoria moderna* do ilícito penal devem gozar de especial relevo no debate acadêmico. Não se pode corroborar a presunção praticamente absoluta de que todos têm consciência sobre a

ilicitude dos fatos que cometem na esfera do profano, sob pena de negar vigência à realidade que se apresenta.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Claudio do Prado. **Princípios penais: da legalidade à culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003, v. 24. 252 p. (Monografias IBCCRIM). Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/exibir/493>. Acesso em: 20 dez. 2022.
- ASÚA, Luís Jimenez de. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Losada S.A, 1982, tomo 6.
- ASÚA, Luiz Jiménez de. **La ley y el delito: curso de dogmática penal**. Caracas: Editorial Andrés Bello, 1945.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas no Brasil e na Argentina. **Revista São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 18, n. 1, 2004, p. 39-48.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. 3. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003.
- BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo**. Buenos Aires: Librería El foro, 2002.
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. 2. ed. Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, v. 2.
- BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2020.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRANDÃO, Cláudio. A consciência da antijuridicidade no moderno direito penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 34, n. 136, p. 55-61, out./dez. 1997.

BRANDÃO, Cláudio. Teorias da conduta no direito penal. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 37, n. 148, p. 89-95, out./dez. 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/631/r148-05.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 16 mar. 2023.

BRASIL. Decreto n. 52.795, de 31 de outubro de 1963. Aprova o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 nov. 1963. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d52795.htm. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Decreto n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 dez. 1979. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16766.htm. Acesso em: 11 jul. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 9 set. 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 26 maio 2023.

BRASIL. **Exposição de motivos do código penal de 1940 (decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940)**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1941. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-pe.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2023.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 dez. 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm. Acesso em: 9 jul. 2023.

BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2 ago. 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 11 jul. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 11 jul. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 maio 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 9 jul. 2023.

BRASIL. Lei n. 14.132, de 31 de março de 2021. Acrescenta o art. 147-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de perseguição; e revoga o art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). **Diário Oficial da União**, Brasília, 1 abr. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114132.htm. Acesso em: 9 jul. 2023.

BRASIL. Lei n. 14.155, de 27 de maio de 2021. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tornar mais graves os crimes de violação de dispositivo informático, furto e estelionato cometidos de forma eletrônica ou pela internet; e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para definir a competência em modalidades de estelionato. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 maio 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114155.htm. Acesso em: 9 jul. 2023.

BRASIL. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jun. 1986. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17492.htm. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Lei n. 7.643, de 18 de dezembro de 1987. Proíbe a pesca de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 dez. 1987. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17643.htm. Acesso em: 9 jul. 2023.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 9 jul. 2023.

BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em: 9 jul. 2023.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 9 jul. 2023.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 jun. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 11 jul. 2023.

BRASIL. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 set. 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503compilado.htm. Acesso em: 9 jul. 2023.

BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 fev. 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 9 jul. 2023.

BRITO, Alexis Couto de *et al.* **Direito penal brasileiro: parte geral – princípios fundamentais e sistema**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CALABRICH, Bruno *et. al.* **Garantismo penal integral**. Salvador: Juspodivm, 2010.

CAMARGO, Antônio Luis Chaves de. **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CAMUS, Albert. **O Estrangeiro**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. Petrópolis: Vozes, 1999.

CEREZO MIR, José. **Curso de derecho penal español: parte general**. 6. ed. Madri: Tecnos, 2004.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHRISTIE, Nils. **Limites à dor: o papel da punição na política criminal**. São Paulo: Editora D'Plácido, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2022: judiciário julgou 26,9 milhões de processos em 2021. **CNJ**, Brasília, 1 set. 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2022-judiciario-julgou-269-milhoes-de-processos-em-2021/#:~:text=Justiça%20em%20Números%202022%3A%20Judiciário,processos%20em%202021%20%2D%20Portal%20CNJ&text=O%20Poder%20Judiciário%20concluiu%2026,soluçionados%20em%20relação%20a%202020>. Acesso em: 2 jun. 2023.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Imprensa, 2000.

COPETTI, André. Sobre a expansão penal no Brasil. **RVMD**, Brasília, v. 6, n. 1, p. 77-114, jan./jun, 2012. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/2833>. Acesso em: 10 jun. 2023.

CORREA, Tatiana Machado. Em busca de um conceito latino-americano de culpabilidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: RT, v. 16, n. 75, p. 71-99, nov./dez. 2008.

COSTA, Alexandre; COELHO, Inocêncio. **Teoria dialética do direito: a filosofia jurídica de Roberto Lyra Filho**. Brasília: Faculdade de Direito – UnB, 2017.

COSTA, Pedro Jorge. Culpabilidade na dosimetria da pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 126, p. 109-132, dez. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.126.04.PDF. Acesso em: 17 mar. 2023.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Do direito penal liberal ao direito penal do inimigo. **Revista de Ciências Penais**, São Paulo, n. 1, p. 9-37, dez/2004.

DANTAS, Cleide Furtado Nascimento; FERREIRA, Rubens da Silva. Os conhecimentos tradicionais dos(as) erveiros(as) da Feira do Ver-o-Peso (Belém, Pará, Brasil): um olhar sob a ótica da Ciência da Informação. **Perspectivas em Ciência da Informação**, Belo Horizonte, v.18, n. 2, p. 105 -125, abr./jun. 2013.

DELMANTO, Roberto *et. al.* **Leis penais especiais comentadas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIAS, Augusto Silva. **Delicta in se e delicta mere prohibita: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DUEK, Oswaldo Henrique. A culpabilidade e a perspectiva ontológica da liberdade. **Revista Justitia**, São Paulo, v. 197, n. 64, p. 65-71, jul./dez. 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTADÃO CONTEÚDO. 28,2 milhões de brasileiros não têm acesso à internet, diz IBGE. **InfoMoney**, São Paulo, 19 set. 2022. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/consumo/282-milhoes-de-brasileiros-nao-tem-acesso-a-internet-diz-ibge/>. Acesso em: 10 jul. 2023.

ESTATÍSTICAS SOCIAIS. PNAD educação 2019: mais da metade das pessoas de 25 anos ou mais não completaram o ensino médio. **Agência IBGE Notícias**, Brasília, 15 jul. 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28285-pnad-educacao-2019-mais-da-metade-das-pessoas-de-25-anos-ou-mais-nao-completaram-o-ensino-medio>. Acesso em: 10 jul. 2023.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Os princípios constitucionais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. A teoria do erro de proibição em Cláudio Brandão. **Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [s.l.], v. 5, n. 8, p. 68-113, 2020. DOI: 10.24861/2526-5180.v5i8.121. Disponível em: <https://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/121>. Acesso em: 24 maio 2023.

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. Lineamentos político-dogmáticos sobre as discriminantes putativas no direito penal brasileiro. **IBCCRIM**, São Paulo, 1 jan. 2012. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/5439/#:~:text=As%20discriminantes%20putativas%2C%20ou%20tamb%C3%A9m,tornaria%20leg%C3%ADtima%20a%20sua%20conduta>. Acesso em: 26 abr. 2023.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte especial**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: B de F., 2004.

FROMM, Erich. **O coração do homem: seu gênio para o bem e para o mal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

G1. 92% das mães em home office são responsáveis pelos filhos, diz pesquisa. **G1 Economia**, São Paulo, 7 maio 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e->

emprego/noticia/2021/05/07/92percent-das-maes-em-home-office-sao-responsaveis-pelos-filhos-diz-pesquisa.ghtml. Acesso em: 10 jul. 2023.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. São Paulo: Notícias Forenses, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição: a evolução da teoria causal-naturalista para a teoria finalista da ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: RT, v. 8, n. 32, p. 120-163, out./dez. 2000.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. Tradução de Carlos Eduardo Vasconcelos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 6, abr./jun, 1994.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 8, out. 1994.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1993.

HERRERA, Lucio Eduardo. **El error en materia penal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, v. 1, tomo 2.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censo demográfico 2022: prévia da população calculada com base nos resultados do censo demográfico 2022 até 25 de dezembro de 2022. **IBGE**, Brasília, 22 jun. 2023. Disponível em: https://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2022/Previa_da_Populacao/POP2022_Municipios_20230622.pdf. Acesso em: 10 jul. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Desemprego. **IBGE**, Brasília, [s.d.]. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 10 jul. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. PNAD contínua: pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua. **IBGE**, Brasília, [s.d.]. Disponível em:

<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html?edicao=36796>. Acesso em: 10 jul. 2023.

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

JESCHECH, Hans-Heinrich. El principio de culpabilidad como fundamento y límite de la punibilidad en el derecho alemán y español. **Eguzkilore – Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología**, San Sebastián, n. 9, p. 25-38, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general**. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Culpabilidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). **Direito penal**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/414/edicao-1/culpabilidade>. Acesso em: 29 jan. 2023.

LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LEITE, Alaor; ASSIS, Augusto. **O erro, especial foco no erro de proibição**. *In*: BUSATO, Paulo César (Org.). Teoria do delito. Curitiba: Juruá, 2012.

LUIZI, Luís. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

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

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Edmund Mezger e o Direito Penal do *nosso* tempo. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 153-159, mai. 2005.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MANTOVANI, Luiz Gustavo. O erro de proibição nos crimes contra o sistema financeiro nacional. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 233-244, jan./jun. 2011.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1956, v. 2.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MASINA, Gustavo. **Sanções tributárias: definição e limites**. São Paulo: Malheiros, 2016.

MASSON, Cléber. **Direito penal:** parte geral. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MELIÁ, Manuel Cancio *et al.* **Um novo sistema do direito penal:** considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. A evolução do conceito de culpabilidade e a moderna doutrina alemã. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, ano 7, n. 12, p. 261-291, jan./jun. 2010.

MENDONZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo.** Madrid, Civitas, 2001.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal:** parte general. Tradução de Conrado Finzi. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1955.

MEZGER, Edmund. **Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal.** Valência: Tirant lo Blanch, 2000.

MICHAELIS ONLINE. Erro. **Uol**, São Paulo, [s.d.]. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/erro/>. Acesso em: 26 maio 2023.

MICHAELIS ONLINE. Potencial. **Uol**, São Paulo, [s.d.]. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/potencial/>. Acesso em: 28 set. 2023.

MILARÉ, Édis. Princípios fundamentais do direito do ambiente. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 756, p. 53-68, out. 1998. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5337704/mod_resource/content/1/Texto%2003%20Princ%20C3%ADpios%20do%20Direito%20Ambiental%20-%20C3%89dis%20Milar%20C3%A9.pdf. Acesso em: 24 jun. 2023.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal:** parte general. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo:** a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2011.

MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico-penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

MUNHOZ NETTO, Alcides. Erro de fato e erro de direito no anteprojeto de código penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 9, nov. 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo**. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en el derecho penal**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. Bogotá: Temis, 1984.

NORONHA, Magalhães Edgard. **Direito penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PALAZZO, Francesco. **Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado**. Tradução de Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PARANHOS, Adalberto de Paula. **O roubo da fala: origens da ideologia do trabalhismo no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1996.

PEREIRA, Virgílio de Sá. **Projecto de código penal: exposição de motivos**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1927.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RANDO CASERMEIRO, Pablo. **La distinción entre derecho penal y el derecho administrativo sancionador**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

REALE JÚNIOR, Miguel; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (Org.). **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: RT, n. 39, jul./set. 2002. Tradução de Luis Greco.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Madri: Civitas, 2008, tomo 1.

ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço de seus méritos e deficiências. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: RT, v. 15, n. 65, p. 9-25, mar./abr. 2007.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (Coord.). **Comentários à lei de contravenções penais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Curitiba: Fórum, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Algumas reflexões sobre a consulta em matéria fiscal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 7, p. 83-114, fev. 2011.

SEARLE, John. Social ontology: some basic principles. *In*: CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS. **Philosophy in a new century**: selected essays. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. Os princípios constitucionais fundamentais. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**, Brasília, v. 6, n. 4, p. 17-22, out./dez. 1994.

SOUZA, Luciano Anderson de (Org.). **Código penal comentado**. Tradução de Chiavelli Fazenda Falavigno. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

SUAY RINCÓN, José. El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma. **Revista de Administración Pública**, Madri, n. 9, 1986.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 870.055 - SC (2006/0133207-0). Órgão Julgador: 5ª Turma. Relator: Ministro Gilson Dipp. Data do Julgamento: 27 fev. 2007. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 30 abr. 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 4.146 - SP (1994/0037221-3). Órgão Julgador: 5ª Turma. Relator: Ministro José Dantas. Data do Julgamento: 15 mar. 1995. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 abr. 1995.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 6.606 - SP (1997/0050657-6). Órgão Julgador: 6ª Turma. Relator: Ministro Vicente Leal. Data do Julgamento: 19 fev. 1998. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 out. 1998.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Penal n. 595 - SC (9930645-09.2011.0.01.0000). Órgão Julgador: 1ª Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Data do Julgamento: 25 nov. 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 fev. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inquérito n. 2.559. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data do Julgamento: 18 ago. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inquérito n. 2.559. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data do Julgamento: 18 ago. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inquérito n. 321-2. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Madeira. Data do Julgamento: 2 set. 1987.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 583.523 - RS. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data do Julgamento: 3 out. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 22 out. 2014.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variações e tendências. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1977.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOLEDO, Francisco de Assis. Teorias do dolo e teorias da culpabilidade: teorias limitadas e teorias extremadas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 71, v. 566, dez. 1982.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Criminal n. 0008648-23.2010.8.26.0291. Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Pedro Menin. Data do Julgamento: 27 maio 2014. **Diário de Justiça Eletrônica**, São Paulo, 29 maio 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Criminal n. 0002931-59.2011.8.26.0464. Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Amaro Thomé. Data do Julgamento: 30 nov. 2017. **Diário de Justiça Eletrônica**, São Paulo, 1 dez. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Criminal n. 0028515-10.2016.8.26.0576. Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal. Relatora: Fátima Gomes. Data do Julgamento: 5 dez. 2021. **Diário de Justiça Eletrônica**, São Paulo, 5 dez. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Criminal n. 0006169-86.2018.8.26.0320. Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Marcos Correa. Data do Julgamento: 21 jun. 2022. **Diário de Justiça Eletrônica**, São Paulo, 21 jun. 2022.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO. Apelação Criminal n. 5005720-16.2019.4.03.6000. Órgão Julgador: 11ª Turma de Direito Criminal. Relator: Fausto Martins de Sanctis. Data do julgamento: 05 jun. 2023. **Diário de Justiça Eletrônica**, São Paulo, 06 jun. 2023.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO. Apelação Criminal n. 0004339-39.2015.4.03.6181. Órgão Julgador: 11ª Turma de Direito Criminal. Relator: Nino Oliveira Toldo. Data do Julgamento: 28 jul. 2023. **Diário de Justiça Eletrônica**, São Paulo, 04 ago. 2023

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO. Apelação Criminal n. 0004721-95.2016.4.03.6181. Órgão Julgador: 11ª Turma de Direito Criminal. Relator: Nino Oliveira Toldo. Data do Julgamento: 28 jul. 2023. **Diário de Justiça Eletrônica**, São Paulo, 03 ago. 2023.

VANZOLINI, Patrícia; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Manual de direito penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2004.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. 12. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal**. Barcelona: Ariel, 1974.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Imprenta Buenos Aires, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.