



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



Alfredo Carlos Gonzaga Falcão Júnior

**Associação diferencial e erro penal quanto aos elementos normativos do tipo: critério tópico e  
indiciário de diferenciação entre os erros de tipo e de proibição.**

Dissertação de Mestrado

Recife  
2013

Alfredo Carlos Gonzaga Falcão Júnior

**Associação diferencial e erro penal quanto aos elementos normativos do tipo: critério tópico e indiciário de diferenciação entre os erros de tipo e de proibição.**

Dissertação apresentada ao Programa de pós-graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em direito.

Área de concentração: Teoria Geral do Direito Contemporânea.

Linha de pesquisa 3.2: Teorias da decisão jurídica.  
Orientador: Professor Dr. Cláudio Brandão.

Recife

2013

Catalogação na fonte  
Bibliotecário Wagner Carvalho CRB/4-1744

F178a Falcão Júnior, Alfredo Carlos Gonzaga  
Associação diferencial e erro penal quanto aos elementos normativos do tipo: critério tópico e indiciário de diferenciação entre os erros de tipo e de proibição / Alfredo Carlos Gonzaga Falcão Júnior – Recife: O Autor, 2012.  
183 f.

Orientador: Prof<sup>o</sup>. Dr<sup>o</sup>. Cláudio Brandão  
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, 2013.  
Inclui referências.

1. Direito penal – Brasil. 2. Erro (direito penal). 3. Política criminal. 4. Erro de tipo e de proibição. I. Brandão, Cláudio (Orientador). II. Título.

345.81 CDD (22. ed.)                      UFPE (BSCCJ2017-42)

**Alfredo Carlos Gonzaga Falcão Júnior**

**Associação diferencial e erro penal quanto aos elementos normativos do tipo: critério tópico e indiciário de diferenciação entre os erros de tipo e de proibição.**

### **TERMO DE APROVAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de pós-graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em direito. Área de concentração: Teoria Geral do Direito Contemporânea. Linha de pesquisa 3.2: Teorias da decisão jurídica. Orientador: Professor Dr. Cláudio Brandão.

Defesa de dissertação realizada em 25/02/2013

Julgamento (MENÇÃO GERAL):           APROVADO            
BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. George Browne Rego (presidente da Banca Examinadora)  
Universidade Federal de Pernambuco

---

Prof. Dr. José Luiz de Amorim Ratton Júnior (1º examinador externo)  
Universidade Federal de Pernambuco

---

Prof. Dr. Ricardo de Brito (2º examinador interno)  
Universidade Federal de Pernambuco

Recife  
2013

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Alfredo (*in memoriam*) e Ana, por me ensinarem a lutar contra os percalços da vida; ao meu irmão Adriano, parte minha.

À Flavinha, querida esposa, com quem me fiz adulto, com quem compartilho cotidianamente o amor. Poucos são os congratulados com a fortuna. És e estás em mim para sempre.

A Luiz Bispo e Silvio, cada um a seu modo, hoje juristas e irmãos.

Aos amigos, com quem compartilho as experiências de vida e, por isso, fazem parte de mim.

A Pedro Jorge, pelo incentivo e pela amizade que se construiu dentro do Ministério Público Federal.

Ao Prof. João Maurício Adeodato, que me ensinou a importância da Academia; a George Browne, cuja simplicidade quero seguir.

A Cláudio Brandão, pela essencial orientação, subtraída de seu tão precioso tempo.

## RESUMO

FALCÃO JR., Alfredo Carlos Gonzaga. **Associação diferencial e erro penal quanto aos elementos normativos do tipo: critério tópico e indiciário de diferenciação entre os erros de tipo e de proibição.** 2012. 175 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

O tema da dissertação foi a distinção entre os erros de tipo e de proibição no que tange aos elementos normativos do tipo penal. Sugeriu-se um critério tópico que permita identificar a intencionalidade do investigado. A necessidade do trabalho se justificou para repensar a prática jurídica que, diante da dúvida, opta pelo erro de tipo como critério dedutivo lógico. Tal medida traz inconvenientes político criminais de beneficiar aquele que adrede se nega a conhecer o direito, além desrespeitar as circunstâncias do caso concreto, afastando-se, portanto, do critério de justiça. Recorde-se que o erro de tipo invencível absolve e o vencível, diferente do erro de proibição, quase sempre absolve à míngua da previsão de crime culposos. Foi feita digressão histórica acerca do assunto, com o fim de demonstrar a conexão entre dogmática, erro e política criminal. Após, foram construídos os critérios penais a serem manejados no corpo da pesquisa. O erro de tipo teria como contrapartida o dolo como coconsciência, i.é, consciência implícita acerca dos fatos; e o erro de proibição, como dever de se informar orientado pela culpa e pelo princípio da prevenção da pena. Tais critérios devem ser preenchidos mediante a justificação das escolhas, o que passa pela demonstração de um conjunto de indícios. No trabalho, apresentou-se a associação diferencial como importante fator tópico indiciário, uma vez que a história de vida do sujeito, e suas relações pessoais e institucionais, são elementos que apontam para o que o ele pensa, permitindo, dessa forma, diferenciar o que seria coconsciência e dever de se informar.

Palavras-chave: Erro. Penal. Proibição. Tipo. Política.

## ABSTRACT

FALCÃO JR., Alfredo Carlos Gonzaga. **Associação diferencial e erro penal quanto aos elementos normativos do tipo: critério tópico e indiciário de diferenciação entre os erros de tipo e de proibição.** 2012. 175 p. Dissertation (Masters Degree in Law) – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

The theme of dissertation was to distinguish between type errors and prohibition with respect to the normative elements of the offense. It was suggested a criterion for identifying the topic of intentionality investigated. The necessity of the work was justified to rethink legal practice that, given the doubt, opt for type error as a criterion deductive logic. This measure brings inconveniences to benefit political criminal who adrede refuses to meet the right, beyond disrespect the circumstances of the case, moving away, therefore the criterion of justice. Remember that the type error absolve invincible and vincible, different error ban almost always absolve starved of predicting crime manslaughter. Was made historical digression on the subject, in order to demonstrate the connection between dogmatic error and crime policy. Following were constructed criteria criminal to be managed in the body of research. The type of error would return as coconsciência deceit, ie, implicit awareness about the facts, and the error of prohibition, as a duty to inform guilt and driven by the principle of prevention worth. Such criteria must be met by the justification of the choices, which passes through the demonstration of a set of indicators. At work, presented the differential association as an important topic evidentiary factor, since the life history of the subject, and their personal relationships and institutional, are elements that point to what the subject thinks, allowing thus differentiate would coconsciência and duty to inform.

Keywords: Mistake. Criminal. Law. Fact. Policy.

## SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	09
1	HISTÓRIA E PROBLEMA DO ERRO DOS ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO PENAL	20
A	Erro Penal: entre a Dogmática e a Política Criminal	19
B	História do Erro Penal: Culpa e Prova	27
C	História do Erro no Brasil	35
1.2	Erros de Tipo e de Proibição: a História do Tipo Indício de Ilicitude	37
A	Teorias Psicológica e Normativa da Culpabilidade	43
1.3	Teorias Estritas e Limitadas do Dolo e da Culpabilidade	46
1.4	Erros de Tipo e de Proibição	49
1.5	Elementos Normativos e Descritivos do Tipo Penal	51
A	Elementos de Valoração Global do Fato e Elementos Indivisíveis: Incursão Histórica sobre os Elementos Normativos	54
B	Lei Penal em Branco	60
1.6	Consciência de Ilicitude e Erro Penal: Reflexo da Teoria do Delito ?	62
1.7	Erro Penal e Política Criminal	78
A	Muñoz Conde e Claus Roxin	78
B	Polêmica no Direito Brasileiro	91
2	ERRO PENAL SEGUNDO A POLÍTICA CRIMINAL	100

2.1	O que é e qual é o Objeto do Conhecimento de Antijuridicidade (para os erros de tipo e de proibição)?	100
2.2	Consciência Implícita e da Consciência de Antijuridicidade: Direito Material e Processual	109
2.3	Evitabilidade do Erro: Necessidade do Motivo Decorrente do Background e das Redes Internas de Crenças	113
2.4	Meios de se Informar e Suficiência das Informações	125
3	ANÁLISE MATERIAL PROCESSUAL DO ERRO: A ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL COMO CRITÉRIO TÓPICO INDICIÁRIO DE DISTINÇÃO DOS ERROS DE TIPO E DE PROIBIÇÃO DOS ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO	126
3.1	Ônus Probatório de Argumentar os Indícios do Erro Penal	126
A	Pequeno Introito	126
B	Legitimidade e Ônus Probatório	130
C	Construção Abdutiva do Erro Penal a Partir dos Indícios	130
3.2	Teoria da Associação Diferencial como Critério Tópico Indiciário dos Erros de Tipo e de Proibição	132
3.3	Ignorância Deliberada dos Elementos Normativos do Tipo	139
	CONCLUSÃO	157
	REFERÊNCIAS	171

## INTRODUÇÃO

Este estudo almeja dar cor e vida ao erro penal. Tratá-lo como recorte normativo do diálogo entre o cidadão e a ordem jurídica.

A forma com que alguém se relaciona com o mundo é importante pista sobre o que ele entende ser a norma. Não é um caminho irretocável, pois é um indício que deve ser inserido no discurso jurídico naturalmente argumentativo.

Na prática do direito, é comum a dúvida sobre qual é a espécie de erro penal quando se cuida do equivocado conhecimento dos elementos que formam o tipo. As soluções caminham pela consideração dogmático-dedutiva e abstrata do que sejam o dolo, o tipo e a consciência de antijuridicidade.

A doutrina nacional<sup>1</sup> e jurisprudências<sup>2</sup> optam por considerar a questão como erro de tipo por se tratar de elementos normativos situados no tipo, além de ser a melhor solução em prol do cidadão, já que leva à absolvição no erro invencível e, quase sempre, no vencível, ante a falta de previsão de crime culposos.

No entanto, a resolução *a priori* do problema traz efeitos indesejáveis, como a de privilegiar os que, de propósito, são cegos ao direito, quanto o de absolvições expressivas, por erro de tipo vencível, na falta de previsão de crime culposos.<sup>3</sup>

Isso ocorre porque o desconhecimento do tipo penal não deve ser tratado sempre como assunto afeito ao erro de tipo.

O momento existencial do indivíduo e reflexões de política criminal preventiva são imprescindíveis para saber se, de fato, o desconhecimento da norma afeta a percepção de mundo, ao ponto de impedir a interação com o outro (e. de tipo), ou se o referido desconhecimento, na verdade, é uma negligência do ônus de se informar acerca do sentido de proibido (e. de proibição). O

---

1

TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 102-129. BITENCOURT, Cezar Roberto. **erro de tipo & erro de proibição. Uma análise comparativa**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 107-110. CRUZ, Flávio Antônio da. **O tratamento do erro em um direito penal de bases democráticas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 307-314.

<sup>2</sup> ACR 91.01.00865-0/BA, TRF1.

<sup>3</sup> MARTÍN, Adán Nieto. **El conocimiento del derecho**. Um estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición. Barcelona: atelier, 1999, p. 237-238.

enquadramento teórico de que o desconhecimento de preceitos da norma penal pode afetar tanto a consciência psicológica dos fatos quanto a consciência de ilicitude<sup>4</sup> do fato deve ser esclarecido com os olhos no caso concreto.

A dogmática do erro visa garantir o direito fundamental de que a punição só ocorrerá com a constatação da culpa,<sup>5</sup> haja vista que a vontade punitiva do Estado deve estar relacionada a uma política penal preventiva associada ao merecimento de culpa. Não é suficiente punir para prevenir, mas só prevenir se, no mínimo, houver culpa.

Saca-se, por conseguinte, o crédito de, inicialmente, colher os critérios seletores do direito penal para enxergar a realidade e, depois, verificar como essas caixas seletoras podem ser preenchidas.

É o que basta para entender nossa tese. O erro de tipo estaria reservado para as condutas realizadas por sujeitos cuja história demonstra pouco contato com os dizeres da norma penal, ao passo que o erro de proibição seria lugar para quem gozaria de passado de maior vivência com a norma a ser aplicada e que, por isso, teria condições de exercer o ônus de se informar.

Se o sujeito não viver qualquer relação material preconizada pelo tipo, aí seria espaço para o erro de tipo.

Do contrário, vivendo as relações materiais-normativas, seria esgotada a discussão do erro de tipo, dada a intensidade das representações das circunstâncias do fato, antevista no dolo.<sup>6</sup> Ato contínuo, o ônus de se informar seria cobrado daquele que tivesse contato com a norma.

A consequência prática seria imensa, já que ao erro de proibição é reservado tratamento mais rigoroso, onde há, ou exclusão da culpabilidade, ou redução de pena. Isso evita a absolvição pela falta de previsão de crime culposo (hipótese do erro de tipo vencível) e não constitui óbice para a punição por participação, posto haver o injusto penal a despeito da exclusão da culpabilidade – diferente do erro de tipo invencível.

---

4

O termo ilicitude e antijuridicidade serão usados como sinônimos no decorrer da pesquisa. Não se desconhece que antijuridicidade é vocábulo incompatível com o fato jurídico que é o crime, mas o ente jurídico delito é a contradição entre o fato do homem e a lei. CARRARA, Francesco. **Direito Criminal**, vol. I. Campinas-SP: LZN, 2002, p.64-67.

<sup>5</sup> Art. 5º, LIV e LVII, Constituição Federal. “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

<sup>6</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 85-86. Veja-se também. TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Rio de Janeiro: delrey, 2002, p. 346-355.

Por exemplo, pense-se nos delitos econômicos. É cediço que o erro de tipo vencível implica a punição por crimes culposos<sup>7</sup> e que o erro de proibição vencível acarreta a diminuição da pena do crime doloso.<sup>8</sup>

Acontece que o ordenamento brasileiro não prevê a figura culposa para os delitos econômicos (art. 18, II, CP – Código Penal). Dessa forma, a absolvição na espécie erro de tipo vencível, à míngua de regramento criminal, deve ser deixada para os que apresentam contexto biográfico estranho à norma jurídica, cujo grau de reprovação é menor do que os que viveram mais próximos a ela.

O dito é que os fragmentos da vida de alguém devem ser levados em conta, muito seriamente, entre as séries de circunstâncias possíveis no momento de decidir se o caso é erro de tipo ou proibição.

Recorde-se que a contraface do erro, como instituto penal que visa a estabelecer a conversa entre o indivíduo e ordenamento, é a *ignorantia affectata*. Esta nada mais é do que a cegueira jurídica, situação de indiferença ou despreocupação com o ordenamento jurídico,<sup>9</sup> de quem não se esforçou para viver comunitariamente.

Por isso que a teoria da associação diferencial será de grande valia. É o instrumento por meio do qual se investigará quais eram as relações pessoais e os hábitos do indivíduo em censura, a fim de saber a postura jurídica dele no mundo.<sup>10</sup>

A associação diferencial é um aporte da criminologia voltado para a intencionalidade, mas que também permitirá iluminar uma diversidade de conceitos do direito penal. Isso ocorre com os critérios que demarcam o grau de tolerância política com o erro – p.ex., normas técnicas ou sociais – e com a identificação do ônus de se motivar – quando a conduta implica risco social, é um estereótipo de ilicitude, é de boa-fé etc.

O fundamento epistemológico dessa teoria, emprestada da sociologia do crime, é o interacionismo simbólico originado da filosofia pragmatista de George Mead.

---

<sup>7</sup>Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

<sup>8</sup>Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

<sup>9</sup>MEZGER, Edmund. **Derecho penal**. Libro de estudio. Parte general. Buenos Aires: bibliografica argentina, 1958, p. 247-255.

<sup>10</sup>SUTHERLAND, Edwin H. **Principles of criminology**. 6º ed. Chicago: J.B. Lippincott Company, 1960, p. 76-80.

Colima-se, com isso, a construção tópica de extrema utilidade para a atividade probatória ao distinguir se a situação é erro de tipo ou de proibição.

Toma-se nota de que as soluções puramente materiais, tão-só vistas pelo ângulo do direito penal, como a de considerar aplicável à problemática do erro a teoria do *dolus malus*<sup>11</sup> ou a incidência irrefragável do erro de tipo,<sup>12</sup> não resolvem a pontualidade dos casos de cegueira jurídica ou da lacuna do erro de tipo vencível.

O enfrentamento dessa particularidade só se pode fazer com uma abordagem processual, que esclareça como devem ser preenchidos os critérios seletivos do direito penal, bem assim com a consciência das consequências político criminais das premissas teóricas adotadas.

É de se ressaltar que esta dissertação se constitui em duas fases. A primeira é esclarecer quais são os critérios seletivos do direito penal para assinalar os aspectos relevantes da realidade; e a outra é dizer justamente como esses critérios podem ser preenchidos no processo penal.

A diretriz da associação diferencial deve estar contida num catálogo de intencionalidade aberto,<sup>13</sup> onde ela seja apenas e tão só uma das linhas sugeridas e possíveis.

O trabalho se eleva no fim de auxiliar os operadores do direito que cotidianamente enfrentam a dúvida de saber qual espécie do erro penal que qualifica a situação conflituosa.<sup>14</sup>

É útil tecer algumas palavras sobre o aspecto material da trama.

O estudo da consciência de antijuridicidade percorreu um longo caminho na história do erro penal.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> GÓMEZ, Yamila Fakhouri. **Delimitación entre error de tipo y de prohibición**. Las remisiones normativas: um caso problemático. Pamplona: civitas, 2009, p. 453-467.

<sup>12</sup> CONDE, Francisco Muñoz. **El error em derecho penal**. Buenos Aires: rubinzal – culzoni, 2005, p. 111-118 e 124 – 127.

<sup>13</sup> No jargão jurídico, seria chamado *numerus apertus*. O catálogo de intencionalidade é um conjunto de sugestões que funciona como indicadores probatórios para a instrução processual. A associação diferencial, por sua vez, é um dos topoi úteis para o deslinde da questão do erro deduzida em juízo. VIEWEG, Theodor. **Topica y jurisprudencia**. Madrid: taurus, 1986, p. 121 – 136.

<sup>14</sup> BARTOLI, Roberto. La prova delle componenti psichiche: volontà, conoscenza, conoscibilità. In: FRANCESCO, Giovannangelo de *et al* (orgs). **La prova dei fatti psichici**. Torino: g. giappichelli, 2010, p. 217-233.

<sup>15</sup> Ao analisar as decisões jurisprudenciais acerca do erro de interpretação dos elementos normativos do tipo fiscal, estudadas no artigo FALCÃO JÚNIOR, Alfredo C. G. Ignorância da lei penal como erro de proibição nos crimes fiscais. **Revista dos tribunais**, vol. 900, ano 99. São Paulo: RT, out. de 2010, p. 407 – 427, há o seguinte panorama: a) o erro de proibição não se confunde com a ignorância das leis fiscais (ACR 200351020057476, TRF 2.<sup>a</sup> Região. O desconhecimento da lei é inescusável: ACR 200261020049508, TRF3); b) o agente teve condições potenciais de alcançar a consciência de antijuridicidade por ter curso

E por quê? O erro de direito, confundido com a consciência de antijuridicidade, não teria relevância jurídica; entretantes, o erro de fato, sim.

O indivíduo, que não conhecia o ordenamento, não poderia ter sua conduta perdoada, ressalvadas as exceções romanas daqueles cuja rusticidade intelectual ou modo simples de vivência justificava o desconhecimento normativo. O erro de fato era reservado para a ignorância do fato, como para quem desconhecia normas extrapenais.<sup>16</sup>

Essa dicotomia estava construída sob a figura do *dolus malus*. Uma teoria que punha a consciência de antijuridicidade no próprio dolo.

Ademais do *dolus malus*, havia a criatividade da jurisprudência para ludibriar a presunção de culpabilidade daqueles que não conheciam o ordenamento. Tratou-se de distinguir o que era norma penal da extrapenal.<sup>17</sup>

Numa segunda etapa, a alteração da nomenclatura do erro – para os erros de tipo e de proibição – correspondeu a uma mudança sistemática dentro da própria teoria do delito, já que o erro de tipo estaria voltado para o dolo naturalístico, composto pela representação do fato e pela vontade do sujeito em executar o ato, e o erro de proibição para a consciência de antijuridicidade material do fato.<sup>18</sup>

Isso só foi possível com o acolhimento da culpabilidade normativa – onde estaria a consciência potencial de antijuridicidade –, e, por outro lado, com o dolo naturalístico.<sup>19</sup>

Nada obstante, como pontua Jorge Figueiredo Dias, o par erro de tipo e de proibição pressupõe, respectivamente, que um esteja para o tipo e o outro para a ilicitude, tomando esses dois espaços como plenamente diferenciáveis.<sup>20</sup> E é nesse diapasão que está o problema.

---

superior, pela natureza da atividade empresarial exigir esmero em obter a informação etc (ACR 199961130017380, TRF 3.<sup>a</sup> Região; ACR 200472010066433, TRF 4.<sup>a</sup> Região; ACR 200004011274888, TRF 4.<sup>a</sup> Região; e ACR 9704010788, TRF 4.<sup>a</sup> Região); e c) e erro de tipo escudado na errônea valoração dos elementos normativos do tipo, o que enseja a exclusão do dolo (ACR 200061170004418, TRF 3.<sup>a</sup> Região. Tese da defesa rebatida: ACR 199961130017380, TRF 3.<sup>a</sup> Região, e HC 13968, TRF 3.<sup>a</sup> Região.).

<sup>16</sup> BALESTRA, Carlos Fontán. **El elemento subjetivo del delito**. Buenos Aires: roque depalma, 1957, p. 142 -153.

<sup>17</sup> PATRONO, Paolo. L'errore nel diritto penale tributario. **Rivista trimestrale di diritto penal dell'economia**. Minalo: cedam, anno XV, n° 03, Luglio – settembre, 2002, p. 555 -567.

<sup>18</sup> ACCIOLY NETO, Francisco. Alcides Munhoz Netto e o erro em matéria penal. **Ciência penal – coletânea de estudos em homenagem a Alcidez Munhoz Netto**. Curitiba: JM Editora, 1999, p. 165-192.

<sup>19</sup> *Idem, ibidem*.

O estudo dos elementos normativos do tipo demonstra que o tipo penal sofre inferências de elementos de antijuridicidade.<sup>21</sup>

Veja-se o conceito de justa causa, capitulado no art. 5º, IV, da lei crimes contra ordem econômica (Lei nº 8.137/90), em que se criminaliza a negativa sem justa causa de informações à autoridade pública.<sup>22</sup>

A noção de justa causa – e o dever de se informar sobre ela – varia na medida de contato que o indivíduo tem com a norma jurídica; e isso depende das relações materiais vividas e subjacentes à conduta preconizada no tipo penal.

Os contornos materiais e processuais do problema poderiam ser deste modo desenhados: a coconsciência, como objeto do dolo,<sup>23</sup> deve ser exigida para aqueles que pouco mantiveram contato com a norma, resolvendo-se a questão no âmbito do dolo e do erro de tipo, entretanto o ônus de se informar para alcançar a consciência de antijuridicidade seria adstrito aos que tiveram maior contato com a norma. Com isso, evitar-se-ia a dependência da previsão culposa no erro de tipo vencível contra sujeitos que deveriam ter obtido a informação necessária para agir fielmente ao direito.

Os operadores do mundo jurídico têm o papel de mediador entre a linguagem técnica e a profana. A dificuldade prática de encontrar o que está na cabeça do agente consiste em traduzir as exigências jurídicas para o mundo cotidiano e, depois, buscar suporte material para asseverar o que o agente sob censura sabe acerca da norma jurídica.

---

<sup>20</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 5º Ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p. 294-302.

<sup>21</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: roque depalma, 1956, p. 86 – 91.

<sup>22</sup> Art. 5º Constitui crime da mesma natureza: (Vide Lei nº 12.529, de 2011) IV - recusar-se, sem justa causa, o diretor, administrador, ou gerente de empresa a prestar à autoridade competente ou prestá-la de modo inexato, informando sobre o custo de produção ou preço de venda.

Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

<sup>23</sup> ROXIN, § 12.

Contra esse desafio, o pano de fundo filosófico desta pesquisa é o interacionismo simbólico<sup>24</sup> e o estudo da intencionalidade do agir prático. É a partir desse aporte teórico que será suscitado o critério da associação diferencial, no bojo de um catálogo de intencionalidade aberto, para ser usado no reconhecimento do que seja erro de tipo ou de proibição.<sup>25</sup>

O estado de intencionalidade passa pela interlocução de dois fatores, *background* e regras constitutivas comuns.<sup>26</sup>

Falamos de regras comuns porque as normas jurídicas, como institutos sociais, devem explicar o comportamento do réu tanto para o observador quanto para o próprio investigado;<sup>27</sup>e, de outro lado, de *background*, porque seria um conjunto de habilidades compartilhadas entre os interlocutores por ser inerente ao processo de aprendizado humano na formação de diversos estados de intencionalidade.

Por exemplo, saber o que é indevidamente, para um servidor público que deixa de praticar ato de ofício, depende de investigar o tempo de serviço, os atos que costuma executar e outras diligências a fim de concluir se ele poderia alcançar a consciência do que seja indevidamente no cotidiano da Administração Pública.<sup>28</sup>

Deve-se perquirir se o acusado exercia atividade profissional que exigia o conhecimento social do ato censurado, se, enfim, havia associações diferenciais outras que demonstrassem a

<sup>24</sup>MEAD, George H. **Mind, self, & society**. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago – London: university of Chicago press, p. 273-281. E essa aproximação se dá em vista de o indivíduo só existir na vida social. A sua personalidade (*self*) se define enquanto sujeito que se conforma às normas convencionais (*me*), tais como a jurídica e moral, e, outrossim, quando transgride as convenções sociais se auto-afirmando em face do outro (*i*). Essa construção interativa está apoiada na linguagem (*mind*) como símbolo significativo compartilhado, que indica a complexidade de nossos atos no mundo. MEAD, George H. **Mind, self, & society**. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago – London: university of Chicago press, p. 117-125. Conferir também MEAD, George H. **The philosophy of the act**. Chicago - London: the university of Chicago press, 1972, p. 103-125.

<sup>25</sup> O papel da filosofia, especialmente do processo, enquanto método para criar soluções normativas para a situação jurídica debatida em fase inquisitória ou judicial, só é viável com a união entre teoria e prática. Embora sob pressupostos teóricos outros, Arthur Kaufmann tem razão quando giza que o papel da filosofia do direito é viver para a prática da experiência jurídica. KAUFMANN, Arthur. Perché la filosofia del diritto oggi? **Revista Internazionale di filosofia del diritto**. Vol. IV, ano XLIX. Milano: Giuffrè, 1972, gennaio – marzo, p. 98/99.

<sup>26</sup> SEARLE, John R. **Consciência e linguagem**. São Paulo: 2010, p. 248 – 253.

<sup>27</sup>*Idem, ibidem*, p. 220.

<sup>28</sup> Código Penal. Prevaricação. “Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.”

intimidade do investigado com o conceito de indevidamente, ao ponto de haver uma legítima cobrança para o exercício do ônus de se informar (erro proibitivo).

A compreensão da intencionalidade do sujeito deve ser feita a partir de um catálogo de intencionalidade aberto cujas diretrizes funcionem como *topoi*, dada a imprescindibilidade de se analisar o caso penal singular.<sup>29</sup>

E dentro desse catálogo nos parece útil compreender o conceito de associação diferencial, que permite inferir o quanto de intimidade o sujeito investigado tem com a norma jurídica. Ou melhor, por meio das associações se permite evidenciar se a experiência de vida do acusado contém fatos que mostrem vivência dos elementos preconizados no tipo penal.

Como intuitivo, qualquer trabalho é passível de crítica e este pode ser contestado de duas maneiras.

A primeira é a de relacionar atos de intencionalidade e o estudo comportamental (behaviorismo).

No entanto, o objetivo da tese não é esgotar o tema da intencionalidade em função do behaviorismo, pois, além do comportamento, é consabido que a filosofia, a sociologia e outras disciplinas lançam mão de outras variáveis para entender o que se passa na cabeça do sujeito, como o estudo de fatores neurológicos.<sup>30</sup> O objetivo é mais humilde e prático, que é edificar um catálogo de intencionalidade que auxilie os operadores do direito na distinção entre os erros de tipo e o de proibição. Nesse passo, a mudança de postura metodológica se faz de rigor, uma vez que a concepção formal e abstrata dos valores (neokantismo) não oferece conceitos operativos para aproximar o mundo da cultura do natural, onde todos nós vivemos.<sup>31</sup>

Outra crítica – essa mais difícil de ser debelada – é que envolve mais de perto o direito penal. O estado de intencionalidade pode se confundir com uma culpabilidade por conduta de vida e, além do mais, para quem não detém experiência de vida com a norma, a questão poderia facilmente ser resolvida com o erro de proibição invencível, sem subordinar a dogmática à política criminal.

---

<sup>29</sup> O catálogo de intencionalidade é um conjunto de sugestões que funciona como indicadores probatórios para a instrução processual. A associação diferencial, por sua vez, é um dos *topoi* úteis para o deslinde da questão do erro deduzida em juízo. VIEWEG, Theodor. **Topica y jurisprudencia**. Madrid: taurus, 1986, p. 121 – 136.

<sup>30</sup> SEARLE, John R. **O Mistério da consciência**. São Paulo: paz e terra, 1998, p. 31-45.

<sup>31</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3º Ed. Lisboa: fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 137.

No que concerne à culpabilidade pela conduta de vida. O catálogo de intencionalidade se transmuda num critério pessoal-objetivo como dito por Jorge Figueiredo. Não é uma manifestação de personalidade, de culpa do autor, mas a perspectiva de desvelar uma consciência jurídica segundo atitude refletida no fato em censura, o que só pode se compreendido à luz da história de vida do investigado.<sup>32</sup> É a única maneira de rechaçar que alguém se beneficie da própria torpeza, da conduta intencional de estranhamento ao Direito.<sup>33</sup>

O dilema é que o estudo do erro é um assunto político, cuja solução não é reflexo dedutivo da teoria do delito, portanto a preocupação é com a porta aberta para o casuísmo ou para soluções que se afastam da pluralidade das circunstâncias da realidade. Respectivamente, tenta-se evitar a arbitrariedade ou a intolerância estatal.

A solução proposta nesta pesquisa é a de um critério jurídico autônomo, que garanta razoável segurança jurídica a despeito da abertura política irreversível a que o direito penal está sujeito.

A justificação no ato de decidir com base na associação diferencial é possível a partir do compartilhamento de habilidades comuns e potenciais<sup>34</sup> entre os interlocutores, a exemplo de julgador e partes. Ademais, o alinhamento dos fatos justificantes dá publicidade aos critérios tópicos da decisão, ensejando controle de racionalidade posterior.

O primeiro capítulo versará sobre a história do erro penal. A problemática terá como elo comum o diálogo do indivíduo com a norma jurídica. Será demonstrado que a divisão erro de direito e erro de fato pelos romanos não teve fim sistemático, mas, com cariz num direito comunitário, estabeleceram-se critérios de prova para orientar o trabalho diário dos pretores na identificação da importância do argumento de ausência de consciência do direito.<sup>35</sup>

A par do estudo dos erros de tipo e de proibição, resultado de alterações na dogmática do delito, será desvencilhado pensamento penal que relaciona erro e política criminal. O objetivo será demonstrar o panorama histórico sobre a questão do erro. A relação entre política criminal e erro foi importante para esclarecer os limites da dogmática, mas não se aprofundou como os critérios penais poderiam ser preenchidos no processo.

---

<sup>32</sup>DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra editora, 2001, p. 346.

<sup>33</sup>MEZGER, Edmund. **Derecho penal**. Libro de estudio. Parte general. Buenos Aires: bibliografica argentina, 1958, p. 247-255.

<sup>34</sup>Sujeitos “potenciais” seriam quaisquer interlocutores que têm a capacidade de adquirir a habilidade.

<sup>35</sup>BINDING, Karl. **La culpabilidad em derecho penal**. Montevideo – Buenos Aires: IBdeF, p. 65-78.

O propósito é que o leitor se familiarize com o tema, sobretudo com as facetas de política criminal, da dogmática e da interpretação do caso concreto. E, após, reflita sobre a relação entre dogmática e política criminal; e, por fim, aprofunde os percalços da interpretação do caso concreto.

Nessa senda, no segundo capítulo será iniciada a construção da hipótese de pesquisa. Serão fixados os critérios de relevância da realidade. A posição funcionalista será sublinhada quando, para o erro de tipo, o dolo terá como âmbito intelectual a coconsciência, e, para o erro de proibição, destacar-se-ão as implicações políticas do ônus de se informar. Devem ser ainda pontuados o objeto da consciência de antijuridicidade e qual é o grau de precisão de conhecimento da norma para que ao sujeito possa ser imputada a coconsciência. A exposição dos elementos penais norteadores da pesquisa, desde logo, planteará a importância da análise processual da matéria, sobretudo quando, ainda se resenhar acerca dos meios de se informar para atingir a consciência de antijuridicidade. Como provar que o indivíduo se informou ou que correr o risco da ignorância?

No terceiro e último capítulo serão debatidas a legitimidade para o exercício do ônus probatório, a teoria da associação diferencial como indício de prova e, por fim, a relação entre erro penal e cegueira jurídica. Os temas serão concatenados com base na importância do raciocínio abduutivo para o direito. Os indícios colhidos a partir dos princípios da associação diferencial funcionarão como *topoi* da cadeia argumentativa que justificaria a figura dos erros de tipo ou de proibição. A demonstração do raciocínio abduutivo seria fundamental para evitar julgamentos presuntivos, onde, em vez do fato, é censurada a história de vida do sujeito; além disso, permite que o operador jurídico acautele-se contra o fenômeno da cegueira jurídica.

A metodologia da investigação acolheu o método científico criado por Peirce e aprofundado por John Dewey, ou seja, está no pragmatismo.<sup>36</sup> É um trabalho orientado para inquietações que surgiram ao olhar a prática jurídica, quebrando o sistema de crença de que o erro de tipo e de proibição, segundo o modelo finalista, poderia resolver o problema da equivocada interpretação dos elementos normativos do tipo.

Quanto à estética do trabalho, será narrado de maneira lógico-dedutiva, em que os problemas serão apresentados no primeiro capítulo, conforme linha história do tema. No segundo, repise-se, serão estudados os aspectos materiais e políticos da questão;; no terceiro, as peculiaridades da interpretação do caso concreto segundo a teoria da associação diferencial.

A hipótese do trabalho – de que a associação diferencial pode integrar um catálogo de intencionalidade que oriente a distinção entre erro de tipo e de proibição – foi testada com mira em confirmar ser possível uma justificação objetiva que sirva de supedâneo para a distinção entre os

---

<sup>36</sup> DEWEY, John. **How we think**. Chicago, D.C. heath & CO publishers, 1910, p.68- 101.

erros. A empreitada teve como motivação a descoberta de que a jurisprudência é casuística e não pensa os efeitos futuros da decisão judicial. Há um conjunto configurado na linha jurisprudencial que une a presunção de que todos conhecem a lei, de que o dolo é naturalístico e de que, a despeito disso, para agir fielmente ao direito, o homem deve conhecer todos os elementos do tipo.<sup>37</sup>

O *corpus* da pesquisa serão julgados proferidos pelos tribunais federais, além do estudo pontual de arestos dos tribunais superiores.

A seleção dos documentos será por amostragem. Vale ressaltar que a escolha das jurisprudências não dá azo ao perigo de serem direcionadas para a hipótese da investigação, uma vez que não se cuida de descrever a realidade, mas de dar sistematicidade ao exercício de decidir que variavelmente adota a história de vida do sujeito para rechaçar o erro penal, sem pensar nas conseqüências sistemáticas para o direito daí advindas.<sup>38</sup> É, em suma, uma tese prescritiva, cujo ponto de contato com a realidade está em apenas ressaltar o problema que ela vive e como ela deveria viver.

Não é demasiado dizer que o catálogo de intencionalidade apenas destaca um dos aspectos da realidade tratada. Não há pretensão absolutista teórica, pois. Logo, qualquer jurisprudência pode ensejar inquietações que complementem ou até contrariem o nosso posicionamento.

O meritório é que qualquer análise sempre esteja baseada no sentimento do justo, ainda que relativo e temporalizado. Nesta pesquisa, a contribuição para o justo consistiu em trazer a lume critérios que auxiliem na arte do bom e do equitativo.<sup>39</sup> Enfim, como diz o pernambucano Everardo Luna, o estudo do erro penal é a consideração da própria justiça, não devendo se resolver em categorias abstratas.<sup>40</sup>

Convém registrar, por último, que a estética do trabalho se compõe da letra *Times New Roman*, tamanho 12, espaço 1,5 entre linhas. A opção em itálico foi usada para palavras estrangeiras. O recurso do sublinhado foi manejado para destacar termos chaves no curso do texto.

---

<sup>37</sup> O método abduutivo consagra que primeiro surge a conclusão de um problema, depois são testadas várias hipóteses para, junto com a premissa maior, confirmar a conclusão. SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 49-67.

<sup>38</sup> AC nº 2008.33.10.000878-0/BA, TRF1.

<sup>39</sup> CÍCERO. **Os três livros de Cícero sobre as obrigações civis**. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1910, p. 18-31.

<sup>40</sup> “A solução ideal seria a unificação do erro para os fins de aplicação da pena, com uma única distinção: erro escusável e erro vencível, que exclui o dolo, e erro que mantém a culpa no sentido estrito, seja o *erro de fato*, seja o *erro de direito*.” Embora o prof. Everardo Luna adote o conceito de *dolus malus*, sua reflexão é atual quando se trata da problemática do erro. LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de direito penal**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 200-201.

As citações foram feitas de modo completo, na nota de rodapé, onde o título da obra foi negrito, mesmo em se tratando de expressão estrangeira.

## **1. CONTEXTO DA HISTÓRIA E DO PROBLEMA DO ERRO DOS ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO PENAL**

### **A. Erro Penal: entre a Dogmática e a Política Criminal.**

Como a investigação visa esclarecer a problemática material e processual do modo de distinção entre os erros de tipo e de proibição a respeito do conhecimento equivocado dos elementos normativos do tipo penal, neste primeiro capítulo serão estabelecidos os pressupostos conceituais a serem manejados durante a pesquisa.

Logo, termos como elementos normativos do tipo, sua classificação e relações com o estudo do erro penal devem agora ser discutidos, com a finalidade de apresentar ao leitor o tecido normativo no qual se girarão as dúvidas decorrentes das circunstâncias sobre o desconhecimento do real (e. de tipo) ou a omissão do ônus de se informar sobre o sentido de antijuridicidade da conduta (e. de proibição).

Metodologicamente, do ponto de vista da filosofia, este trabalho se orientará pela filosofia de John Searle e do pragmatismo social de George Mead. Sob o ângulo penal e processual, de valia serão as contribuições de autores que relacionam dogmática e política criminal, como Claus Roxin.

O direito é entendido como uma realidade subjetiva, porque sua existência depende de ser vivida pelos seus destinatários.<sup>41</sup> Desse modo, o erro penal é um estado mental que origina atos de fala frustrados, uma vez que não há o correto direcionamento mente-mundo, haja vista que o pensado pelo sujeito não é o existente do mundo real, seja pelo falso entendimento da realidade (e. de tipo), ou seja por, apesar da possibilidade de adquirir o entendimento, não ter exercido o ônus de se informar (e. de proibição).

O conhecimento pretérito é importante indício para saber se o indivíduo poderia perceber as circunstâncias de fato e quando nasce o ônus de se informar. É mecanismo essencial para a justificação das decisões, a fim de que terceiro avaliador dos fatos não lance mão de juízos internos

---

<sup>41</sup> SEARLE, John. Social ontology: some basic principles. **Philosophy in a new century**. Selected essays. New York: Cambridge press, 2008, p. 26-52.

e incontroláveis para dizer quando o sujeito tinha conhecimento do real e quando censuravelmente deixou de se informar.

Por isso que termos como *background* e redes internas de habilidade serão adotados durante a pesquisa, com o fim primeiro de amparar a assertiva de que o controle de racionalidade acerca dos limites de tolerância do conhecimento jurídico e do real passa pela biografia do sujeito.

Outro ponto que já merece menção é que será tomada de empréstimo da criminologia a teoria da associação diferencial, de E. Sutherland,<sup>42</sup> para compreender a história de vida do investigado e o seu *background*. O fundamento filosófico das associações diferenciais é o pragmatismo social de George Mead, que joga luzes sobre o problema da construção da personalidade em interação simbólica com outros.<sup>43</sup>

Tais ferramentas teóricas serão imprescindíveis para entender a relação entre a posição material e processual do erro, a fim de que os critérios seletivos do direito penal não sejam preenchidos no processo de maneira não motivada e, portanto, irracional.

Acredita-se que os pressupostos filosóficos desta dissertação podem ser compatibilizados com o funcionalismo penal de Claus Roxin. A ideia de que o direito penal é um sistema orientado para as consequências político-criminais<sup>44</sup> se coaduna com o status do direito enquanto instituição ontologicamente subjetiva.

Nesse ínterim, o conceito de ação adotado é o de agir pessoal positivo ou negativo que produz externalidades jurídicas e demarca a posição do sujeito em face do conjunto valorativo das normas penais.

É fácil assinalar que a ação não poderá ser pensada sem o juízo crítico sobre o tipo e as causas excludentes de antijuridicidade. Afinal, a posição jurídica de alguém só pode ser conhecida quando em cotejo com as restrições de liberdade (tipo) ou com as tolerâncias do ordenamento (causas excludentes).<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **Principles of criminology**. 6º ed. Chicago: J.B. Lippincott Company, 1960, p. 76-80.

<sup>43</sup> MEAD, George H. **Mind, self, & society**. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago – London: university of Chicago press, p. 273-281.

<sup>44</sup> ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. **Revista brasileira de ciências criminais**, ano 18, nº 82, jan.-fev./2010, São Paulo: IBCCRIM, p. 24-47.

<sup>45</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: civitas, 1997, p. 265-266.

Sob o viés da culpabilidade, a ideia de que o livre arbítrio é uma escolha volitiva, insuscetível de ser explicada pela ciência,<sup>46</sup> também não deixa de ser compatível com a concepção de Roxin sobre o tema, porquanto este autor considera o assunto despiendo para o direito penal, pois a culpabilidade deve ser pensada dentro da ampla categoria da responsabilidade penal e como limite ao poder de punir.

Isto é, em vez da indagação metafísica sobre o que é o livre arbítrio, deve-se partir do pressuposto de que as pessoas se socializam conforme cotas de expectativas sociais levadas a efeito com sucesso, de acordo com a manifestação de vontade de cada um. Diante da constatação de que o homem se movimenta no mundo, por escolha pessoal, o direito penal se dá por satisfeito.<sup>47</sup>

Tal visão transparecerá no grau de exigência devido para avaliar o ônus de se informar, além de, na última etapa da pesquisa, transparecer no exame das associações diferenciais cujo estudo não pode significar uma culpabilidade pela condução de vida; todavia, e sim, escolhas personalíssimas.

É claro que, embora o pensamento de C. Roxin seja o eixo dogmático da grande indagação deste escrito, isso não impede que lhe sejam tecidas críticas, decorrentes dos pressupostos epistemológicos citados acima – interacionismo simbólico e apontamentos sobre o estado de satisfação da mente.

As correções de método começam por onde está a virtude do pensamento do prof. de Munique: a abertura do sistema penal às indagações teleológicas da política criminal. A forma como esse sistema se fecha é hoje assunto das polêmicas mais acirradas na doutrina contemporânea<sup>48</sup> e que demanda uma tomada de postura sincera neste trabalho.

É evidente que pensar o sistema penal tão só sob o olhar da política orientada para a prevenção de crimes abre um leque de subjetivismo e de decisões autoritárias sem controle. Por isso que C. Roxin averba que o bem jurídico tem o papel de aliar as considerações tópicos-preventivas da política com a dogmática. Essa incumbência se aperfeiçoa com a consideração do texto constitucional como baliza do permitido e proibido, que funciona como marco cultural de uma época.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> SEARLE, John. **Rationality in action**. Cambridge, Massachusetts, London and England: MIT press, 2001, p. 92-96.

<sup>47</sup> ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención en derecho penal**. Madrid: réus, 1981, p. 54-56.

<sup>48</sup> BACIGALUPO, Enrique. **Hacia el nuevo derecho penal**. Buenos Aires: hammurabi, 2006, 19-47. SANCINETTI, Marcelo A. **Casos de derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: hammurabi, 2006, p. 47-77. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: ediar, 2011, vol. II, p. 421-457.

Os preceitos garantistas da dignidade humana e da proporcionalidade da medida de pena seriam contenções constitucionais contra a arbitrariedade da prevenção a qualquer custo e encontrariam repouso no subsistema de cultura semelhante ao de T. Parsons,<sup>50</sup> que faz às vezes de um agregador dos valores comunitariamente vividos.

Em resumo, Roxin acredita que o instrumental do bem jurídico assegura ao direito penal cumprir seu fim de reestabelecer a paz social dentro dos marcos garantistas do menor prejuízo possível à liberdade individual.

A combinação do ideário iluminista de respeito ao ser humano e do Estado social produtor de felicidades teria a fonte operatória na criação do conceito de risco proibido relevante; sem tal risco propositalmente criado, a medida penal seria demasiado gravosa e inútil, seja no âmbito do legislativo, seja nas resoluções de problemas concretos.<sup>51</sup>

Isso, porém, destoa da interação simbólica presente nas relações sociais, bem assim do exame filosófico da intencionalidade das ações humanas. O texto constitucional é apenas a pedra onde será escrita a interpretação das normas, consoante o uso cultural da linguagem comum.

A noção de verdade das interpretações, num primeiro andar, depende de crenças comunitárias que compartilham as consequências das premissas teóricas; e, num segundo passo, estaria constituída numa rede interna de habilidades e de *background* que fundamentaria as condições de satisfação do discurso, *in casu*, do erro penal.

Em que pese os esforços de Claus Roxin, a utilização do bem jurídico contra a argumentação punitiva seria aceita se apoiada no direito natural de conteúdo variável. Pois as estruturas culturais

---

<sup>49</sup> A noção de bem jurídico atrelada ao texto constitucional se impõe haja vista o rarefeito campo semântico do primeiro. ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: civitas, 1997, p. 71.

<sup>50</sup> O subsistema da cultura seria o espaço integrador do subsistema de agir. PARSONS, Talcott. **The structure of social action**. Vol. II. New York – London: free press, 1968, p. 727-775.

<sup>51</sup> Bem jurídico seriam circunstancias reais ou finalidades úteis ao desenvolvimento do indivíduo e seu livre desenvolvimento dentro de um sistema social que dê apoio ao desenvolvimento humano. Logo, não se confundiria com opiniões majoritárias, com bens individuais ou com um método jurídico de identificar os valores das normas. De qualquer sorte, ressalte-se, o autor reconhece que, dentro dos limites constitucionais, as referências do bem jurídico podem mudar de acordo com as mudanças sociais e progressos científicos. ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: civitas, 1997, p. 51-63. Aqui é o ponto chave do pensamento de Roxin, porque há uma abertura do sistema para o valorativo, mas ele não indica como ocorrer o fechamento, deixando em aberto opções culturais, argumentativas etc.

de uma sociedade, mesmo sob a filtragem constitucional, não definem o que seja bem jurídico, haja vista que a constituição nada diz se não for dentro de um circunlóquio argumentativo.<sup>52</sup>

O dia a dia demonstra que nem sempre as preocupações garantistas cingem a atividade legislativa ou judiciária. E isso ocorre porque não há uma limitação substancial, a qual, se existisse, vale frisar, de pronto seria tachada de arbitrária por ser insuscetível de acomodação num Estado democrático plural.

A tentativa de construir um direito natural de conteúdo variável,<sup>53</sup> como regulador contramajoritário do pensamento jurídico, é debalde quando inserida no contexto político criminal carente de fundamentações axiológicas absolutas.

Na verdade, a tensão entre bem jurídico, preocupado com a proteção de direitos individuais, e a função jurídica de garantir as expectativas sociais, impelem o direito penal a ser protetor de visões de mundo.

Em vez da ideia categórica da pessoa individual universal, de cunho kantiano, o direito penal orienta as pessoas no mundo, cujas crenças coletivas tornam sobranceira a proteção do meio ambiente, do patrimônio fiscal e de outras importações coletivas cujo vínculo direto com o ser humano atomizado não é mais tão concreto e imediato quanto na época liberal de Birnbaum – período histórico em que o direito penal se orientava para as lesões individuais de direitos.<sup>54</sup>

A visão profana e comunitária do poder punitivo clarificam o duplo aspecto do princípio da legalidade.

De um lado, a função política de controle do citado princípio, como viés limitador de um grupo social sobre o outro, a fim de que posturas sociais diversas não sejam criminalizadas por oponentes políticos *tout court*. A restrição da liberdade localizada no tipo deve ser objeto da mais ampla discussão pública.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> De modo que está afastado qualquer posicionamento dedutivo em prol de um resultado discursivo.

<sup>53</sup> HASSEMER, Winfried. **Persona, Mundo y responsabilidad**. Bogotá: temis, 1999, p. 1-13.

<sup>54</sup> SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: RT, 2011, p. 476-478. BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito**. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2010, p. 35-71.

<sup>55</sup> SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: RT, 2011, p. 473-476. Segundo o autor em referência, a teoria do delito também deve enxergada sob o prisma da teoria das normas. Nesse sentido, a dogmática penal pouco evoluiu quando se trata da norma penal secundária (preceito sancionatório). As discussões penais ainda se restringem ao tipo, mas não abordam a culpabilidade e a pena, categorias individualizadas que devem ser pensadas segundo as finalidades garantistas, repressivas e ressocializadoras do direito penal. *Idem, ibidem*, p. 479-548.

De outro, a função propriamente jurídica. Os princípios ligam o poder legislativo ao judiciário, exigindo que o operador do direito confira relativo grau de estabilidade às interpretações das normas penais, haja vista que a legitimidade da jurisprudência deve sempre retornar à proposição de que sua fonte de trabalho dimana dos representantes do povo, que fazem leis.<sup>56</sup>

Perceba-se então que a finalidade política e jurídica do princípio da legalidade, mais as considerações pragmático-sociais do ser humano, trazem à luz a imperfeição do pensamento de Roxin em considerar que a constituição e o subsistema cultural podem ser a chave para fechar o sistema penal tópico.

As considerações sobre o grau de precisão do conhecimento da dogmática penal enveredam por limitadores negativos, e não positivos, sobretudo após a revolução de paradigmas por que passou as ciências naturais, certificando a falibilidade do progresso científico.<sup>57</sup>

Não é possível dizer quando há erro de tipo ou de proibição, porém dizer quando provavelmente não o há. Mais importante do que a solução de problemas, é discuti-los no contexto social em que vividos, a fim de apontar o espectro de soluções possíveis.

A crítica ao pensamento tópico de Claus Roxin oportuniza duas vias a serem seguidas por este trabalho. Ou um caminho de apontamentos oriundos do círculo hermenêutico pós Segunda Guerra Mundial, em que o controle interpretativo das decisões ganha indeterminação jamais vista – pois relativiza as críticas ao resultado interpretativo de quem não compartilha do famoso círculo. Ou um ponto de vista mais ameno, que reconhece serem os problemas penais fonte de angústia que não se restringe a um país, ou uma pessoa, mas a um conjunto de nações com razoável homogeneidade cultural.<sup>58</sup>

---

56

*Idem, ibidem.*

<sup>57</sup> POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: editora cultrix, 1972, ano 10, p. 41-46; e KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: perspectiva s.a., 2003, p. 137-138. PEIRCE, Charles S. What pragmatism is. In: THAYER, H. S. (org.). **Pragmatism**. The classic writings. Indianapolis, Cambridge: hackett publishing company, 1982, p. 108-109.

<sup>58</sup> O autor a seguir, de maneira original, questiona a divisão proposta por Hassemer entre a produção do caso e a apresentação do mesmo. Diz que tal diferença está apoiada no exagero que a teoria fundada no círculo hermenêutico propicia. Se é certo que a jurisprudência dos conceitos negligenciou o papel criativo do intérprete, a teoria do círculo, continuando uma tradição de Heidegger e Gadamer, tornar intangível a críticas a escolhas valorativas daqueles que estão fora do círculo do intérprete. Por isso propõe que as opções valorativas sejam suscetíveis de controle, sobretudo pela semântica da linguagem ordinária (não técnica) e comum em face da linguagem jurídica. SCHÜNEMANN, Bernd. Acerca de la relación entre norma y estado de cosas en la aplicación del Derecho, entre premissa mayor y menor em el silogismo

A segunda via será a adotada. A abertura do sistema penal, propiciada por Roxin, deve ser permeada pela filosofia da linguagem vivida cotidianamente, a qual, distante de pretender respostas fechadas, concilia-se com um conjunto de fontes teóricas – pragmatismo social, “ordinary language” e outros –, convergentes numa verdade comunitária que delimita o que seja arbitrário, mas deixa o sentido de justo para os homens de carne e osso.

É assim que avulta o estudo das peculiaridades do processo como momento em que se preenchem os critérios penais (leia-se, erro penal). O lugar de aplicação da pena é onde toda a categoria material do erro deve ser pensada segundo as finalidades do direito penal.

Para tanto, é necessária a justificação do que decidido. A tese desta investigação é a de que os escopos preventivos de intimidação e ressocialização, alinhados com as garantias liberais da proporcionalidade e da dignidade humana, são melhores justificados quando evidenciados na história de vida do sujeito.

O contexto da invenção – azo criativo e pessoal na qualificação jurídica dos fatos – torna-se menos arbitrário quando o contexto da justificação se apoia em situações pessoais levantadas durante a instrução processual, com o desiderato de os dois contextos serem visualizados sob o ritmo do contraditório.

É esta a preocupação da pesquisa. Primeiro esclarecer os problemas materiais em torno do erro penal, especialmente a passagem de uma dogmática fruto da razão iluminista para uma orientada para as consequências político criminais de sua estrutura. E segundo, e por último, esclarecer como os operadores do direito podem ter razoável controle de que o erro penal efetivamente seja pensado segundo suas consequências, como meio de evitar a imposição disfarçadamente autoritária de decisões ou argumentos que dissimulem a ignorância deliberada para conseguir proveitos ilícitos.

É indubitável que o problema do erro ressalta importante linha tênue entre a vontade punitiva do Estado, às vezes rebelada contra quem pouco entende de normas, e o desconhecimento proposital das normas jurídicas.

Ideal seria que houvesse uma diretriz perfeita, independente das maledicências das estratégias processuais, mas qualquer tentativa nessa direção afrontaria o critério de justiça inerente ao ser humano concreto.

---

jurídico y entre cuestiones de derecho y de hecho em el proceso penal. Revista de derecho penal y Procesal Penal. Buenos Aires, octubre, 2005, pp. 1665-1678. In: DONNA, Edgardo Alberto (orgs.). **Obras**. Buenos Aires: rubinzal-Culzoni, 2009, tomo I, p. 51-82.

As condições de sucesso de uma argumentação acerca da afirmação de que houve o erro penal necessariamente devem passar por uma prova de que a direção de pensamento mente mundo não se satisfaz; e isso ocorre quando as pretensões de atingir a realidade têm sua realização frustrada por circunstâncias alheias ao orador.

Apenas um conjunto de indícios pode assinalar a existência de um estado mental fracassado em suas condições de realização no mundo; todavia nada de maneira peremptória.

Vale-nos de consolo que, se não se pode ir além das angústias diárias, o direito também não pode ficar aquém do senso de justiça das regulações humanas; desta feita, também não é possível que o erro penal seja uma roupa que caiba em qualquer decisão.

### **B História do Erro penal: Culpa e Prova.**

É imprescindível abordar a história do erro penal, que deve buscar o equilíbrio entre o princípio civil da tutela da boa-fé e a efetividade do Ordenamento Jurídico.

O equilíbrio entre os dois extremos está na separação entre os erros de tipo e de proibição, cada um com sua funcionalidade dentro do sistema penal. Seria um equívoco reduzir sempre ao erro de tipo a situação do equivocadamente conhecido dos elementos normativos independente de se perscrutar a situação concreta e, de igual modo, reduzir o erro de tipo ao de proibição seria beneficiar quem conhece os fatos e poderia se motivar de acordo com a norma.

Ao revés da absorção de um erro pelo outro, os erros de tipo e de proibição podem conviver tranquilamente. Para o dolo, atenta-se com o nível de consciência implícita, que, como será visto, é indiciado com a história de vida do sujeito, onde se demonstra maior contato com a norma jurídica. Ainda sim, a potencial consciência de ilicitude continua sobranceira, como reprovação pessoal de quem não buscou a informação para se motivar legalmente, conquanto vivesse em contato com a norma.

Neste tópico, sobre a história do erro penal, haverá o desejo de expor várias teses acerca do tema, a fim de ilustrar o espaço que almeja ser preenchido por este trabalho.

O conhecimento de vários pontos de vista permitirá ao leitor ter consciência da confusão em que está imerso o assunto, especialmente saber das posições que advogam uma solução tão-só política criminal para o erro, sem mais fundamentá-la na teoria do delito. De logo, acredita-se que é possível unir política criminal e dogmática, abdicando-se de redução de uma a outra.

Pois, falar do erro penal, é dissertar também sobre o conceito de dolo e o que se entende por consciência de antijuridicidade, a fim de adequar tais categorias do delito aos contornos da política criminal.

De acordo com a doutrina finalista, o erro de tipo é a exclusão do dolo finalista - tradicionalmente entendido como consciência do fato e vontade de realizá-lo (art. 18, I, CPB), e o erro de proibição é o sentido antijurídico do fato, olvidado por aquele que poderia ter alcançado a consciência do proibido.

*Quid juris* se a ausência de sentido da norma penal afetar tanto a consciência do fato quanto o sentido abstrato de proibido? Por exemplo, quem não sabe que o bem é especialmente protegido por lei e o destrói (art. 62, I, Lei nº 9.605/98), comete qual erro? Eis o cerne do nosso problema.

Do ponto de vista político criminal, defende-se que o conhecimento das circunstâncias de fato envolve também aspectos valorativos, que devem estar presentes no dolo. Se o sujeito detém essa consciência, mas não atualiza seus conhecimentos para se orientar de acordo com a norma, aí então se discute o erro de proibição. O importante, repise-se, é avaliar se o sujeito tinha condições de agir de acordo com direito (e. de tipo) e reprovar caso ele não tenha se motivado como poderia.<sup>59</sup>

A mudança de paradigma fica perfeitamente evidente, caso se recupere o conjunto histórico da questão, atentando-se para o tênue limite entre a consciência psicológica exigida para o dolo e o dever de se informar presente na consciência potencial de antijuridicidade da culpabilidade.<sup>60</sup>

Comece-se com os erros de fato e direito. A antiga dicotomia erro de fato e de direito é bem definida, respectivamente, como o óbice para que o sujeito alcance a representação real do fato nas suas características objetivas e no seu sentido social-jurídico.<sup>61</sup>

Em Roma, havia a distinção entre erro de fato e de direito. A literatura não é clara de como surgiu tal dicotomia. O que se sabe é que, ao lado da doutrina de direito material, tal dicotomia funcionava como regra de prova, porque o erro de direito não desculpava, enquanto que o erro de fato sim.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: civitas, 1997, p. 873-878.

<sup>60</sup> A consciência potencial não é propriamente uma consciência, mas se trata de um estado psíquico atualizável. BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: forense, 2008, p. 212.

<sup>61</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte geral. Tomo II. Rio de Janeiro: forense, 2005, p. 70.

Aliás, Lucio Eduardo Herrera traz à tona o detalhe de que nenhum erro é perdoável quando resultado de uma negligência manifesta, porém se presumia que o erro de direito era consequência de uma grande negligência, ao passo que o de fato não podia o ser.<sup>63</sup>

A crítica de K. Binding é que não existe erro de fato, pois todo fato só é relevante para o direito se assim previsto na norma – trata-se de um fato juridicamente relevante –, ao tempo que o erro de direito é relevante, já que a consciência de antijuridicidade é essencial para que alguém possa ter vontade de agir contrariamente ao Ordenamento.<sup>64</sup>

Então fica a pergunta: qual era o crédito de quem alegava desconhecer a norma? Para o prof. de Leipzig, não havia fonte romana que adotasse uma presunção absoluta no âmbito penal, tampouco a dicotomia erro de fato e de direito. O *error juris sui nocet* era empregado no direito privado, quando alguém não usava o direito subjetivo que titulava e depois perdia a legitimidade para alegá-lo em benefício próprio. Nesse ínterim, se alguém dizia que desconhecia o próprio fato que ensejou o surgimento do direito subjetivo, então, sim, haveria o erro de fato com a capacidade de desculpar a conduta.<sup>65</sup>

Todavia, Jorge Figueiredo Dias acrescenta que, a despeito das críticas de K. Binding, as fontes romanas não deixaram de ser interpretadas à luz do direito material penal.<sup>66</sup>

É que a consciência de antijuridicidade se apresentou sobre a dicotomia erro de direito e erro de fato. E, por conseguinte, a ausência de consciência era tomada por irrelevante quando se tratasse dos delitos naturais, internalizados na consciência coletiva, já que o erro de direito assim o era, dando-se apenas a pecha de escusável ao erro de fato.

Com efeito, desse modo deveriam ser aceitas as palavras de Paulo, ao asseverar que a ignorância legal não perdoa, diferente da ignorância dos fatos.<sup>67</sup>

<sup>62</sup> BINDING, Karl. **La culpabilidad em derecho penal**. Montevideo – Buenos Aires: IBdeF, 2009, 65-71. E, conforme se sabe, Karl Binding defende que o mundo das normas, com sua estrutura de mandados e proibições, é independente das vicissitudes empíricas. BINDING, Karl. **La culpabilidad em derecho penal**. Montevideo – Buenos Aires: IBdeF, 2009, p. 23 – 29.

<sup>63</sup> HERRERA, Lucio Eduardo. **El error em material penal**. Buenos Aires: abeledo-perrot, p. 15.

<sup>64</sup> *Idem, ibidem*, p. 73-81.

<sup>65</sup> *Idem, ibidem*, p. 73-81.

<sup>66</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 27-36.

<sup>67</sup> *Regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*, p. 28

O autor português ensina que as críticas de Binding devem ser aceitas apenas com o fim de demonstrar que a interpretação correta das fontes paulianas não deveria ser uma distinção intrínseca (ontológica) entre o erro de fato e de direito, mas sim relacionar as duas categorias do erro ao significado concreto da culpa do agente, que deveria agir com *dolus malus*, isto é, com a consciência de ilicitude.<sup>68</sup>

Tal afirmação se ilumina com o caráter casuístico da jurisprudência romana. Seria de estranhar que houvesse uma regra *a priori* a dizer que a consciência de antijuridicidade, ou melhor, o erro de direito é incensurável, ao passo que o de fato, não. É tanto que a doutrina faz duas conclusões sobre o pensamento da época.

A primeira. Há exceções à regra da inescusabilidade do erro de direito, a favor dos soldados, rústicos, mulheres e crianças. A segunda. Deve-se separar os crimes naturais dos crimes políticos, pois estes admitem a relevância do erro de direito.<sup>69</sup>

Ora, assimila-se que a natureza do erro não muda de acordo com o sujeito que alega, tampouco com a espécie do objeto que se erra; contudo, sim, que a regra pauliana é relativa, além de se construir sob pilares ainda hoje presentes no debate doutrinário.

A presunção do erro inescusável é flexibilizada de acordo com os indícios tomados como referência.

O magistério é confirmado pelo comentário de que o rigorismo do erro de direito cessa quando o assunto é objeto de controvérsia entre jurisconsultos ou quando a regra pertence ao direito particular.<sup>70</sup> Era preciso distinguir o *juris civilis* do *juris gentium*, que era o direito natural comum pertencente a todos os homens, sendo o primeiro o direito particular de cada povo.

É importante a ilação de Alcidez Munhoz Neto, detalhada nos tópicos a seguir, quando sintetiza o conjunto de exceções que se aceita para a ignorância jurídica: olha-se a natureza universal ou convencional da norma violada; a possibilidade de o autor conhecer a proibição ou imperativo jurídico; o fato de erro estar baseado em informações de órgãos públicos (princípio da confiança); e, por último, o caráter generalizado do falso entendimento.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> *Idem, ibide.*

<sup>69</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal.** Coimbra: Coimbra, 2000, p. 33-34.

<sup>70</sup> HERRERA, Lucio Eduardo. **El error en material penal.** Buenos Aires: abeledo-perrot, p. 15

<sup>71</sup> MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal.** Rio de Janeiro: forense, 1978, p. 95.

Embora as diretrizes de Munhoz Netto doravante sejam melhores fundamentadas, a sua anotação deixa claro que a posição inflexível da inescusabilidade do erro de direito não se apoiava na natureza do erro ou da culpa, porém numa mudança de metodologia que foi se evidenciando já Idade Média, subordinando os efeitos do erro penal a interesses de vigência das normas e do caráter preventivo da pena.

Os trabalhos dos juristas no medievo incorporaram para o direito penal as presunções de erro e, como não havia critério material-penal inequívoco para distinguir erro de fato e de direito, respectivamente, as conotações das duas espécies de erro significavam a necessidade e a dispensa da prova no espaço do processo penal.

O pensamento em tela foi consolidado com a teoria da coação psicológica, aplicada por Feuerbach no direito penal, uma vez que resultava no princípio de que a pena tem um fim educativo e alegar o desconhecimento da lei era vulnerar os fins da pena. Em tom crítico, Binding comentou os pontos negativos da referida teoria, ao salientar a confusão da lei com norma jurídica e a criação de uma presunção em prejuízo da culpabilidade, haja vista que inocentes deveriam ser condenados em prol da vigência da lei.<sup>72</sup>

Acontece que o problema do erro de direito não é um capítulo tão só pertencente ao fins da pena ou ao direito processual. A discussão sobre prevenção ou a credibilidade da alegação do erro só foi tornada possível pela perspectiva de direito material penal, que reconheceu a relação do problema com a consciência de antijuridicidade do delito. Conquanto não possa ser descuidada a conexão entre processo e a irrelevância do erro de direito, tem razão Córdoba Roda quando assevera que essa relação não poder ser a razão principal da irrelevância do erro de direito, pois não existe regra expressa proibindo a prova no processo; ao contrário, existe princípio de direito material com efeitos processuais de tornar irrelevante o argumento do erro *juris*.<sup>73</sup>

A raiz da questão é que o conhecimento de antijuridicidade exigido para o erro de direito tinha uma presunção de irrelevância por se referir a normas socialmente disseminadas – daí as exceções para pessoas que não estavam totalmente integradas no convívio social – ou, cronologicamente mais tarde, por se confundir com o conhecimento legal, ao tempo que o erro de fato comungava de uma consciência de antijuridicidade presumidamente relevante, por se referir aos fatos.

---

<sup>72</sup>*Idem, ibidem*, p. 73-81.

<sup>73</sup> RODA, Córdoba Juan. **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito**. Barcelona: BOSCH, 1962, p.20.

Não obstante, a natureza do conhecimento jurídico para os dois erros era a mesma, por isso a divisão entre erro de fato e de direito era artificial e causava problemas na prática forense à medida que normas complexas passavam a integrar o direito penal.

Tal distinção espúria apoiava-se apenas em premissas metodológicas. Observe-se como o erro de direito, irrelevante, começou a ser identificado com o conhecimento legal.

Na Idade Média já se travava a disputa se as normas romanas deveriam ser identificadas com prescrições gerais. Como pontua Jorge Figueiredo, os glosadores, ao adotar o *Corpus Juris Civilis* como um diploma de norma geral e abstrata, deram mais importância à lei do que ao caso concreto. Foi a oportunidade para identificar o erro de direito com a mera ignorância da lei sob o escudo do princípio de que a ignorância da lei a ninguém aproveita. Porém essa progressiva absorção do fenômeno direito pela técnica não foi feita sem contestações.<sup>74</sup>

A par da polêmica identificação entre erro de direito e ignorância de leis, o direito canônico seguia caminho peculiar, pois considerava que, mais importante do que a regra do erro de direito ou de fato, dever-se-ia considerar o juízo de censura sobre o comportamento do agente.

Hoje ainda, no cânone nº 15, admite-se a prova em contrário para a presunção de que todos conhecem a lei.<sup>75</sup>

Afora essa exceção, entretentes, o iluminismo se encarregou em dizer que as produções legislativas eram resultado da razão. Portanto, ninguém poderia alegar a ignorância da lei. Foi a época da teoria da coação psicológica de Feuerbach, com o código da Bavária de 1813, e do código penal francês de 1810.<sup>76</sup>

Com o racionalismo dos códigos, é possível tomar a seguinte anotação: de acordo com o pressuposto metodológico (epistemológico) adotado, a presunção de irrelevância do erro de direito foi explicada de diferentes formas.

Então, no século XIX em diante, distinguiam-se três correntes, cada uma com metodologia de diferente matiz: a) teorias do racionalismo, que diziam ser irrelevante conhecimento de antijuridicidade por se referir à lei, fruto da razão; b) do positivismo social, dizia que o consciência

<sup>74</sup>DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2000, p 38-39.

<sup>75</sup>“Can. 15. – § 1. Ignorantia vel error circa leges irritantes vel inhabilitantes earundem effectum non impediunt, nisi aliud expresse statuatur. § 2. Ignorantia vel error circa legem aut poenam aut circa factum proprium aut circa factum alienum notorium non praesumitur; circa factum alienum non notorium praesumitur, donec contrarium probetur.”

<sup>76</sup> MARTÍN, Adán Nieto. **El conocimiento del derecho**. Um estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición. Barcelona: atelier, 1999, p. 159-178.

de ilicitude se remeteria à moral, e não à lei; e c) a do positivismo jurídico alemão, que, fundada no § 59 do código do Império, passou a admitir a relevância da consciência de antijuridicidade quando necessária para compreender as circunstâncias de fato.

Já comentada acima a alínea “a)”, passe-se ao positivismo social.

No auge do positivismo social, Enrico Ferri opinou que era possível alegar a ignorância de antijuridicidade, contanto que se tratasse de norma que não tivesse o respaldo da moral coletiva, percuciente ao direito penal regulamentar (administrativo).<sup>77</sup>

Cumpra observar que Ferri não inovou, uma vez que já Carrara publicara que a inescusabilidade seria limitada ao erro de direito penal, mas não quando houvesse dúvidas com base em outras leis sobre o sentido da norma penal. É importante lembrar que Carrara conceituava o dolo como intenção mais ou menos perfeita de praticar um ato que se sabe contrário à lei, que, evidentemente, encontre legitimidade no seio social.<sup>78</sup>

Colhe-se, portanto, e mais uma vez, que a presunção de inescusabilidade do erro de direito sempre foi relativizada.

Quanto ao positivismo jurídico, na Alemanha, nesse meio tempo, embora a teoria de Feuerbach tivesse ampla repercussão, houve um desenvolvimento particular, que culminou numa dogmática adotada pela maior parte dos países sob sua influência cultural.

A evolução do pensamento de Beling é sintomática. No início da sua doutrina, o autor dizia que o dolo é algo externo ao tipo. O § 59 do código alemão prescrevia que o sujeito devia conhecer as circunstâncias de fato, logo o dolo não poderia pertencer à conduta e o erro de direito, a princípio, seria irrelevante porque não trataria dos fatos previstos no tipo. No entanto, ao perceber que o tipo também deveria abranger elementos subjetivos, Beling criou o conceito de “tipo de delito”. Essa mudança demonstrou que o sujeito, além de conhecer os fatos naturais, também deveria ter consciência dos elementos subjetivos previstos na norma.<sup>79</sup>

Essa mudança doutrinária ocorreu durante a polêmica vivida pela jurisprudência alemã, que culminou na adoção dos erros de tipo e de proibição, sob a ingerência dos ensinamentos de Graf Zu Dohna.

---

<sup>77</sup> FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**. O criminoso e o crime. Campinas/SP: Russell, 2009, p. 407.

<sup>78</sup> CARRARA, Francesco. **Programa do curso de Direito Criminal**. Direito Criminal. Parte Geral. Volume I. Campinas/SP: LZN, 2002, p. 69.

<sup>79</sup> RODA, Juan Cordoba. **Una nueva concepción del delito**. La doctrina finalista. Barcelona: Ariel, 1963, p. 14-17.

Vale repassar o posicionamento do supremo tribunal alemão.

A jurisprudência considerava relevante qualquer erro de direito apoiado numa referência expressa à ilicitude da ação que o preenche, bem assim qualquer erro de direito não penal ou, ainda, incidente sob a lei penal em branco.<sup>80</sup>

Recorde-se o magistério de Binding ao resenhar que a redação do § 59 do código penal do império (StGB), conquanto não fosse técnica, permitiria compreender a exata dimensão material do erro.

O § 59 dizia “se ao tempo da comissão de uma ação punível o agente desconhecia a concorrência de circunstancias de fato que foram parte do tipo legal ou que incrementam a punibilidade, estes elementos não devem ser imputados ao agente.”<sup>81</sup>

Tirante a parte “incrementam a punibilidade”, a leitura do artigo daria a exata dimensão de que não havia como distinguir o erro de fato do direito, porque o importante era recortar as circunstâncias da realidade que formam parte do delito. São os fatos juridicamente relevantes.

Ocorre que a redação desse parágrafo adveio do § 52 inserido no código penal da confederação do norte da Alemanha, de maneira que tal posição doutrinária permaneceu na Alemanha imperial,<sup>82</sup> quando inserida em seu código.<sup>83</sup>

É tanto que o supremo tribunal do império alemão tentou flexibilizar o dogma da inescusabilidade, ao chancelar a idéia de que a escusação do erro de direito não dependeria da conduta do agente, mas da natureza do objeto do erro, isto é, se se trata de norma penal ou extrapenal.

Nada obstante, Binding criticou essa divisão, diante da impossibilidade de distinguir dogmaticamente as duas classes de erro de direito,<sup>84</sup> quando há termos que pertencem tanto ao direito penal como a outros ramos. Na ordem brasileira, p.ex., mencione-se o conceito de

---

<sup>80</sup> BINDING, Karl. **La culpabilidad em derecho penal**. Montevideo - Buenos Aires: IBdeF, p. 95-104.

<sup>81</sup> § 59 (StGB) “Se em la comisión de una acción punible El agente desconocía La concurrencia de circunstancias del hecho que Forman parte del tipo legal o que incrementan la punibilidad, estos elementos no deberán imputársele.”

<sup>82</sup> *Idem, ibidem*, p. 81.

<sup>83</sup> Segundo Mezger, a proximidade da Baviera e a edição, em 1861, do código desse Estado, fizeram com que o código da confederação do Norte tivesse ampla influência dele. MEZGER, Edmundo. **Tratado de direito penal**. Tomo I. Madrid: editorial revista de derecho privado, 1935, p. 64.

<sup>84</sup> *Idem, ibidem*, p. 95-104.

funcionário público, que encontra os contornos gerais no art. 327, CPB, mas o preenchimento dessas linhas depende da precisão das normas de direito público.

A crítica de Binding espelhou a crise do direito material que não conseguia resolver os problemas pertencentes ao erro penal. Se a jurisprudência já admitia exceções ao próprio erro de direito, é porque o erro de direito inescusável não se sustentava sobre as ingerências da política criminal.

Foi-se então o momento dos antigos erros de direito e de fato serem substituídos pelos erros de tipo e de proibição, advindos da teoria finalista. O que é assunto para o próximo ponto, eis que ainda falta fazermos um breve comentário sobre a história do erro no Brasil, até que se chegue aos atuais erros de tipo e de proibição prescritos no código de 1984.

### C. A História do Erro no Brasil

No Brasil, é possível recuperar o início da história com as Ordenações Filipinas. Munhoz Netto conta dois casos. Quanto ao erro de fato, admitia-se a isenção de pena para o cristão que dormisse com infiel, desde que não soubesse que a pessoa era de outro credo.<sup>85</sup> Quanto ao erro de direito, é possível lembrar a lei de 25 de janeiro de 1794, que registrava ser de conhecimento de todos as leis publicadas nas comarcas.<sup>86</sup>

Porém as exceções eram as mesmas do direito romano. Por exemplo, era escusável a ignorância de direito em relação às mulheres, crianças, rústicos e militares, desde que não incidisse sobre preceitos de direito natural e que houvesse sido impossível a consulta a peritos.

Os projetos de Bernardo Pereira de Vasconcelos e João Clemente Pereira não fizeram alusão ao erro de direito. Destarte, o código de penal de 1830 não tinha previsão expressa acerca do erro de direito, mas o art. 3º punha na claridade o que considerava relevante para a culpa: “Art. 3º Não haverá criminoso, ou delinquente, sem má fé, isto é, sem conhecimento do mal, e intenção de o praticar.”

É de considerar os comentários de Pereira de Vasconcelos e de Antonio Cordeiro, quando dizem que o dito no art. 3º não pode ser levado a Júri, porque está na cabeça do agente.<sup>87</sup> Posto isso,

---

<sup>85</sup> Liv. V, tít. 14.

<sup>86</sup> MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: forense, 1978, p. 49-50.

<sup>87</sup> CORDEIRO, Carlos Antonio. **Código criminal do império do Brasil**. Rio de Janeiro: typ. Quirino e irmão, 1861, p. 2 e PEREIRA DE VASCONCELOS, J.M. **Código criminal do Império do Brasil**. Rio de

não é novidade afirmar que a jurisprudência, por praticidade processual, seguiu a doutrina romana de que o erro de direito não perdoa, já que todos conhecem as leis da sociedade.<sup>88</sup>

Em 1890 as discussões se acirraram. Polemizava-se que nem mesmo os técnicos conheciam as leis, logo não se poderia exigir isso de todos os cidadãos. Efeito dessas pontuações, a exceção da natureza das infrações passou a gozar de status predominante. Para os *delicta juris civitati* seria lícito ao juiz apreciar a procedência da alegação de ignorância da lei, desde que o agente demonstrasse a impossibilidade de conhecê-la, ao passo que para os delitos comuns (naturais) continuava a valer a inescusabilidade da lei (*jus gentium*).<sup>89</sup>

Cumpre anotar a observação de Nelson Hungria, que lembra a opinião de Sá Pereira no projeto do código esquecido em 1930, por força da subida de Getúlio Vargas ao poder: se a ignorância legal é irrelevante, uma vez que os delitos estão na consciência coletiva, diverso é o caso das infrações meramente convencionais.

Foi justamente essa posição que prevaleceu na lei de contravenções penais – 1940 –, cujo art. 8º terminou por incorporar a comentada crítica: “Art. 8º No caso de ignorância ou de errada compreensão da lei, quando escusáveis, a pena pode deixar de ser aplicada.”<sup>90</sup>

Nesse contexto, é que se entende o pertinente comentário de Hungria quando diz que é irrelevante a ignorância da lei ou o erro de direito, pois estão em pé de igualdade. Praticamente tanto faz a ausência total de conhecimento (ignorância) quanto o conhecimento desconforme com a realidade (erro), excepcionando os casos dos delitos convencionais, onde o conhecimento seria imprescindível, por não ser norma fruto da moral social.<sup>91</sup>

O código penal de 1940 permaneceu fiel ao brocardo *error juris nocet*.<sup>92</sup>

Aníbal Bruno leciona que o código penal de 1940 não adotou a distinção erro de direito penal e extrapenal, até porque não se pode lograr reconhecer a causa penal ou extrapenal na

---

Janeiro: Antonio Gonçalves Guimarães & c., 1860, p.6.

<sup>88</sup> FILGUEIRA JÚNIOR, Araújo. Código criminal do império do Brasil anotado. 1876, p. 6 *apud* p. 53

<sup>89</sup> MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: forense, 1978, p. 52 e 53

<sup>90</sup> HUNGRIA, Nélon e FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao código penal**. Vol. I. Tomo II. Arts 11 a 27. Rio de Janeiro: forense, 1978, p. 217-218

<sup>91</sup> HUNGRIA, Nélon e FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao código penal**. Vol. I. Tomo II. Arts 11 a 27. Rio de Janeiro: forense, 1978, p. 216,

<sup>92</sup> HUNGRIA, Nélon e FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao código penal**. Vol. I. Tomo II. Arts 11 a 27. Rio de Janeiro: forense, 1978, p. 217.

consciência normativa que se orienta para o crime. O que fez o código foi abraçar paliativos legais, tais como a redução de pena pela errada compreensão ou ignorância legal (art. 48, III c/c 42, CPB/1940).<sup>93</sup>

Como explica Francisco de Assis, com a reforma da parte geral do código penal de 1984, o direito brasileiro adotou a dogmática alemã para positivizar as figuras dos erros de tipo e de proibição, porque havia situações nebulosas com base na doutrina anterior. Por exemplo, o erro de direito extrapenal, embora de direito, era tratado como erro de fato. Observe que, nesse exemplo, a natureza do erro continuava a tocar a consciência de antijuridicidade, mas, por uma tergiversação prática, a jurisprudência equiparava ao erro de fato.<sup>94</sup>

Nesse passo, é hora de distinguir os erros de tipo e de proibição com mais vagar.

## **1.2 Erros de Tipo e de Proibição: a História do Tipo Indício de Ilicitude.**

Graf Zu Dohna foi o primeiro a dizer que a dicotomia erro de fato e de direito não estava estruturada sob uma natureza intrínseca dos conceitos, mas sim numa contraposição do erro sobre o comportamento típico e no do erro sobre o caráter proibido do tipo.<sup>95</sup>

Imediatamente, o pressuposto da teoria do erro correspondeu à diferença conceitual-sistemática entre tipo e ilicitude. Essa mudança de perspectiva, entretanto, significou mexer em séculos de entendimento que remontava ao pensamento romano, conforme visto acima.

A mudança de paradigma em torno do erro se deu ao redor das interpretações do § 59 do código alemão – consoante oportunamente comentado no ponto anterior. Graf zu Dohna diz que a

---

<sup>93</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte geral. Tomo II. Rio de Janeiro: forense, 2005, p. 74 e 75.

<sup>94</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Erro de tipo e erro de proibição no projeto de reforma penal. **Revista da procuradoria geral do estado de São Paulo**. Nº 20. São Paulo: centro de estudos, 1983, junho, p.23-38.

<sup>95</sup> GRAF ZU DOHNA, Alexander. **La ilicitud**. La estructura de la teoría del delito. Buenos Aires: El foro, 2006, p. 194-198. WELZEL, Hans. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: roque de palma, 1956, p.169-180

norma não assinala apenas fatos, mas circunstâncias de fato previstas no tipo penal,<sup>96</sup> logo deveriam ser objeto da consciência de ilicitude.

Analisando a questão sob o ângulo do dolo, autores do início do século XX, como von Liszt, negam que o conhecimento legal seja objeto do dolo. Este não se relacionaria com a eficácia da lei, com questões de administração da justiça. Só haveria uma única exceção, quando a norma inclui qualificações de antijuridicidade como seu requisito.<sup>97</sup> Dessa maneira, para se verificar a incidência do dolo, dever-se-ia ver se o erro impediu que o agente tivesse a correta representação da realidade. Não haveria sentido, pois, de se distinguir entre erro de fato ou de direito.

Beling, por sua vez, na segunda fase do seu pensamento, diz que o § 59 exige a consciência de antijuridicidade da ação. A intenção, que é parte do dolo, deve ser dirigida ao tipo de ilícito. O fato de o § 59 não se referir à consciência de antijuridicidade não justifica que esta tenha sua importância olvidada. O sujeito é consciente da antijuridicidade quando age cõscio de que sua vontade é contrária à vontade do Estado. O dolo deve ser um “dolus indeterminatus”, ou seja, basta que se tenha ciência da possibilidade de lesar a ordem jurídica. A boa-fé e o dolo são duas situações incompatíveis, age de boa-fé aquele que, por ignorância de direito, pensa que o fato é antijurídico.<sup>98</sup>

Não obstante os posicionamentos acima, o Supremo Tribunal Alemão entendia que o § 59 compreendia somente as circunstâncias de fato, por isso o conhecimento de direito seria irrelevante. Posteriormente, como já visto, essa posição foi mitigada para os casos em que a consciência de antijuridicidade é requerida, a exemplo de quando a norma penal menciona preceito extrapenais, hipótese em que o erro de direito era equiparado ao de fato, e também quando a norma menciona pressupostos objetivos de punição à antijuridicidade.<sup>99</sup>

Malgrado a evolução jurisprudencial, o panorama mudou com a famosa decisão de 18 de março de 1952, quando o tribunal federal adota a teoria do erro de proibição, preconizada por Graf Zu Dohna, conseqüência da teoria da culpabilidade (exposta no próximo ponto).

---

<sup>96</sup> § 59 (StGB) “Se em la comisión de una acción punible el agente desconocía La concurrencia de circunstancias del hecho que forman parte del tipo legal o que incrementan la punibilidad, estos elementos no deberán imputársele.”

<sup>97</sup> LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Vol. I. Brasília: senado federal, 2006, p. 285-286.

<sup>98</sup> BELING, Ernst Von. **Esquema de Direito penal**. A doutrina do delito-tipo. Campinas/SP: servanda, 2010, p. 82-86.

<sup>99</sup> BELING, p. 84.

Como explica Hellmuth Von Weber, o tribunal federal foi criado em primeiro de outubro de 1950. É um organismo novo, com nova composição, de nenhuma forma vinculado à jurisprudência do seu antecessor. O Tribunal anterior estruturava suas decisões com base no § 59 do código penal e distinguia o erro de direito do de fato a partir da natureza da norma jurídica – vale recordar, norma penal e extrapenal.<sup>100</sup>

Nesse momento, é útil lembrar os comentários acima sobre essa discussão, a fim de evidenciar que o magistério da jurisprudência há tempos não tinha ressonância na doutrina.

Von Liszt afirmava que não havia como distinguir erro de fato e de direito, já que o § 59 se referia apenas a fatos.

Karl Binding, por sua vez, considerava que a consciência de antijuridicidade integrava o dolo, e não haveria razão de distinguir entre erro de fato do erro de direito, tampouco erro de direito penal do extrapenal. Os preceitos jurídicos devem ser homogêneos em sua origem, formando um comando oriundo da evolução dos costumes. A norma jurídica não se confundiria com a lei, que pode ter elementos dentro de diversos ramos do direito.<sup>101</sup>

Em 18 de março de 1952, o Grão Senado do Tribunal Federal, mediante consulta do segundo Senado, publicou decisão cujo teor é o seguinte: “no parágrafo 240 do código penal alemão, o autor deve conhecer as circunstâncias de fato do inciso primeiro do dito parágrafo, as quais não afetam a antijuridicidade e, ademais, deve ter ou haver podido ter consciência de empregar a coação de modo injusto”.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> WEBER, Hellmuth. Sobre el “error júris” en las más modernas tendencias jurídicas alemanas. ADCP, Tomo VI, fascículo I, 1953, p. 10-12.

<sup>101</sup> É de lembrar ainda que a teoria da causalidade já vinha sofrendo fortes resistências com o reconhecimento dos elementos subjetivos do tipo e com o conceito normativo da culpabilidade. RODA, Córdoba Juan. **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito**. Barcelona: BOSCH, 1962, p. 105-129.

<sup>102</sup> Art. 240 “Quem obrigue a outro injustamente a uma ação, omissão ou tolerância, mediante força ou ameaça de um mal grave, será apenado com prisão ou multa e, em casos de especial gravidade, com presidio ou prisão não inferior a seis meses. Se tem por injusto o ato sempre que a aplicação da força ou ameaça do mal tenha por objeto algo que contradiga o sã sentimento popular. A tentativa é punível.” Sobre a problemática distinção entre erro de tipo e de proibição, é possível indicar as sentenças do 4º Senado e do 2º Senado, referidas ao parágrafo 356 do código penal da época, que cuida do caso do advogado que, “contrariamente ao seu dever”, serve a interesses opostos. RODA, Córdoba Juan. **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito**. Barcelona: BOSCH, 1962, p. 36 e 118.

O caso era o seguinte. O acusado era um advogado de uma processada no juízo penal oral, para cuja defesa não tinha combinado previamente honorários. Para que ocorresse a defesa, o advogado exigiu da cliente a assinatura de termo de reconhecimento de dívida, 400 marcos. O Tribunal considerou que a imputação contra o advogado dependia de que o agente tivesse ciência da antijuridicidade da sua ação. Além disso, o erro sobre a proibição legal, quando insuperável, exclui a culpabilidade e, sendo evitável, implica a redução de pena do crime doloso.<sup>103</sup>

A jurisprudência em tela, conquanto não tenha mencionado expressamente a teoria da ação final, firmou que o erro sobre as circunstâncias de fato exclui o dolo, em tanto que sobre a proibição, quando o erro é relevante, exclui a culpabilidade ou diminui a reprovação. Como se vê, a reviravolta dogmática só foi possível a partir do corpo de conhecimento desenvolvido por H. Welzel, que sustentava ser o dolo natural e a consciência potencial de antijuridicidade um elemento da culpabilidade.<sup>104</sup>

No entanto, a teoria abraçada pela Corte Federal alemã não gozou de plena unanimidade. A crítica que a corte sofreu foi justamente quanto aos elementos normativos do tipo, que demonstram nem sempre estarem separadas as circunstâncias de fato e a valoração jurídica. Estas duas qualidades variavelmente estão presentes no tipo e contribui para inferir a antijuridicidade de toda a conduta —<sup>105</sup> a exemplo dos elementos de valoração global,<sup>106</sup> que exigem um exame concreto do erro para saber se se dá sobre o fato ou a consciência de antijuridicidade.

Assim, demonstra-se, mais uma vez, que a separação entre erro de tipo e de proibição reflete uma controversa separação entre tipo e antijuridicidade. É um ponto debatido com intensa acuidade por Jorge Figueiredo Dias, o qual propõe uma nova classificação, fundada no erro intelectual e erro de valoração, a ser aprofundada no próximo subtópico, quando se tratar da consciência de antijuridicidade.

---

<sup>103</sup> HERRERA, Lucio Eduardo. **El error em material penal**. Buenos Aires: abeledo-perrot, p. 90.

<sup>104</sup> WEBER, Hellmuth. Sobre el “error júris” en las más modernas tendencias jurídicas alemanas. ADCP, Tomo VI, fascículo I, 1953, p.17.

<sup>105</sup> WEBER, Hellmuth. Sobre el “error júris” en las más modernas tendencias jurídicas alemanas. ADCP, Tomo VI, fascículo I, 1953, p. 20.

<sup>106</sup> Como exemplo, tem-se o conceito de documento, cujo sentido influi tanto para a consciência dos fatos quanto para a da antijuridicidade.

J. F. Dias desconstrói a ideia do tipo indício de antijuridicidade. Para ele, o momento essencial do delito seria a antijuridicidade, e o tipo, como já prenunciava Eduardo Correia,<sup>107</sup> seria um portador de antijuridicidade.

Estranha seria a equiparação entre uma conduta típica e antijurídica e uma conduta típica justificada e, em outro giro, estranho também o critério de adequação social como orientador da ilicitude da conduta, reconhecendo apenas uma tipicidade formal. Para o autor português, não faz sentido o argumento contrário à sua tese, de comparar a morte por motivo fútil e uma morte provocada por estado de necessidade, pois, na verdade, um “tipo justificado” não teria preenchido o requisito da tipicidade.

Segundo Jorge Figueiredo, essas incongruências só podem ser esclarecidas se a ilicitude for algo maior do que o tipo e este for compreendido como um portador técnico-legal do proibido.

É o objeto do proibido onde vai recair o erro intelectual caso não se tenha a real percepção das circunstâncias da conduta, diferente da valoração do objeto, percuente às considerações de antijuridicidade e do conhecimento da norma, que é espaço para o erro de valoração.<sup>108</sup>

Nesse passo, se a essência do crime é a ilicitude da conduta, não há porque distinguir tipos abertos, momentos especiais de ilicitude ou tipos fechados, porque todos são apenas representações do proibido.<sup>109</sup>

Perceba-se que o autor português propõe um aprofundamento da teoria da cultura de M. Mayer, já que o tipo seria uma porção da cultura assumida pelo direito. Portanto, o tipo seria o sentido de proibição, e não um simples objeto de valoração.

Por fim, a adoção dos critérios erro intelectual e erro de valoração daria autonomia ao problema da consciência de antijuridicidade, uma vez que a culpa de consciência não pode ser mero reflexo da doutrina do tipo e do ilícito, quando a sua consideração sistemática deve ser a natureza do

---

<sup>107</sup> CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Vol. I. Coimbra: almedina, 2008, p. 273-276.

<sup>108</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 78-86.

<sup>109</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 81.

ato de conhecimento, se intelectual ou valorativo. Em outras palavras, o problema do erro não pode ser simples consequência da questão sistemática da teoria do delito.<sup>110</sup>

Nada obstante, ao tratar da norma penal em branco, conceito explicado nos tópicos seguintes, presente nas contraordenações portuguesas,<sup>111</sup> semelhante às nossas contravenções penais, Jorge Figueiredo propõe regime jurídico diferenciado do exposto acima, uma vez que seria aplicável a teoria do dolo, onde seria examinado o erro de valoração para aquele que desconhece as normas penais. Haveria a necessidade do conhecimento da lei para que o agente pudesse conhecer as circunstâncias de fato e, depois, valorar a sua conduta.<sup>112</sup>

Para o autor referido, o conhecimento da lei deve integrar o dolo dos delitos de criação política, condição a partir da qual o sujeito poderia alcançar a consciência de antijuridicidade material – eis o motivo por que se lhes aplica a teoria do dolo.<sup>113</sup> Enquanto os delitos comuns (direito penal de justiça) conteriam condutas axiologicamente relevantes, bastando o conhecimento de sua realidade fática para alcançar a consciência de antijuridicidade, âmbito no qual se aplicaria o estudo da consciência potencial de antijuridicidade (teoria da culpabilidade).<sup>114</sup>

Nos delitos de mera ordenação, os tipos incriminadores seriam expressão de uma ilicitude constituída pela própria proibição, sendo esta, na verdade, elemento constitutivo do tipo penal.<sup>115</sup> Tal resenha, vale frisar, é completamente diferente do direito penal de justiça, consoante visto acima.

<sup>110</sup>DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 93-101.

<sup>111</sup> Contraordenações seriam todo fato ilícito ao qual se atribui uma coima (multa), conforme previsão no DL n° 433/82 e na Lei n° 109/2001.

<sup>112</sup>DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 392-415.

<sup>113</sup>DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 392-402. É útil mencionar que nosso art. 8.º da Lei das Contravenções Penais (LCP) – infrações de menor gravidade, pois –, trata o erro de direito como causa de perdão judicial: “Art. 8.º No caso de ignorância ou errada compreensão da lei, quando escusável, a pena pode deixar de ser aplicada”. Aponta-se, em classificação questionável (vide os crimes fiscais), que, para a LCP, foram transferidas todas as infrações de mera criação política, cf. HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentário ao Código Penal* cit., vol. 1, t. II, p. 218. O nosso Código Penal Militar (CPM) admite a ignorância da lei como atenuante de pena: art. 35, CPM.

<sup>114</sup>*Idem. Ibidem.*

<sup>115</sup>DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 392-402.

Posto isso, é oportuno evidenciar que, por detrás das teorias dos erros de fato e de direito, de tipo e de proibição e intelectual e de valoração, há as teorias da culpabilidade que disputaram o papel de protagonista na primeira metade do século XX.

### **A. Teorias Psicológica e Normativa da Culpabilidade**

A teoria psicológica concebe a culpabilidade como um fato psicológico, esgotando-se com o dolo e a culpa. A capacidade de culpabilidade é um pressuposto para a reprovação pessoal.

Não houve uma teoria psicológica pura, até porque esse juízo é uma reprovação do ponto de vista da norma penal. E mesmo os autores causalistas como Von Liszt e Beling negaram defender uma concepção psicológica pura.<sup>116</sup> Por isso que Soler agrega à culpabilidade psicológica um elemento valorativo, já que não era o erro de fato em si que a excluía, mas sim o efeito que o erro produz, como impeditivo de compreensão da realidade.<sup>117</sup>

Por outro lado, a teoria normativa da culpabilidade é creditada a Frank, juntamente com James Goldschmidt e Freudenthal.

James Goldschmidt diz que, ao lado de cada norma jurídica, há uma norma de dever que exige uma correspondente conduta interior. Se a norma jurídica regula a conduta exterior, a norma de dever é um mandato para que as motivações de foro íntimo sejam guiadas pelas normas jurídicas. Assim se pressupõe um poder agir de outro modo, que orienta o livre-arbítrio das pessoas.<sup>118</sup>

Conclui-se que, de acordo com J. Goldschmidt, a culpabilidade deveria conter elementos normativos que permitiria censurar aquele que se orientou de forma contrária ao Ordenamento Jurídico.

---

<sup>116</sup> HERRERA, Lucio Eduardo. **El error em matéria penal**. Buenos Aires: abeledo-perrot, p. 74

<sup>117</sup> *Idem, ibidem*. SOLER, Sebastián. **Derecho penal argentino**. Buenos Aires: tea, p. 83-98.

<sup>118</sup> GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: editorial IBdeF, p. 83-106.

Com os neokantistas, esse princípio não se perdeu, ao asseverar que a culpabilidade é um conjunto de pressupostos que permitem identificar se era possível exigir conduta diversa.<sup>119</sup>

No entanto, como reconhece Eduardo Herrera, a culpabilidade é um juízo de reprovação que está na cabeça de terceiro, que vai analisar se determinada conduta merece ser reprovada.

Para o erro penal, por conseguinte, importa dizer que a concepção normativa da culpa teve repercussão. A ideia de que a imprudência de direito não deveria resultar na exclusão do dolo – posto não se integrar à conduta –, mas só na diminuição da pena ou na exclusão da culpa.

Essa ideia foi inicialmente disseminada por Von Hippel, ao criar a figura do dolo misto, que era o dolo naturalístico voltado à produção do resultado, mais o erro culposo acerca da ilicitude da conduta.<sup>120</sup> Contudo, o esclarecimento da teoria da culpabilidade para o erro foi reconhecidamente feito pelo finalismo.

H. Welzel considera que a ação humana é o exercício da atividade final, logo a ação é um acontecer finalista e não meramente causal. O homem pode prever as conseqüências de seus atos, assim, dirige suas atividades segundo objetivos antecipadamente traçados. É uma manipulação da causalidade na natureza, que é disposta segundo o agir final do ser humano.<sup>121</sup> Por isso o lugar do dolo seria na ação, e, por conseguinte, no tipo penal doloso.

Nesse contexto, os críticos de Welzel dizem que há um esvaziamento da culpabilidade, já que o juízo de reprovação se antecipa para o momento do ato. Esse defeito melhor se veria no crime culposo, reprova-se antecipadamente uma finalidade que não foi seguida, ao que Welzel retruca, informando que é preciso depurar a culpabilidade dos elementos psicológicos, por isso a única saída é considerar o dolo como elemento do tipo.<sup>122</sup>

Como dolo passa a ser elemento do tipo – em sua forma psicológica, depurada de qualquer sentido normativo – um erro sobre o fato exclui o dolo e, por conseguinte, o tipo – é um erro de tipo, pois. Em troca, a consciência de antijuridicidade é um juízo de reprovação, motivo por que um

---

<sup>119</sup> MEZGER, Edmundo. **Derecho penal**. Libro de estudio. Parte general. Buenos Aires: bibliografía argentina, 1958, p. 189-192.

<sup>120</sup> RODA, Córdoba Juan. **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito**. Barcelona: BOSCH, 1962, p. 111-112.

<sup>121</sup> WELZEL, Hans. **Estudios de derecho penal**. Montevideo – Buenos Aires: IBdeF, 2007, p. 17-31.

<sup>122</sup> MIR, José Cerezo. **Problemas fundamentales del derecho penal**. Madrid: tecnos, 1976, p. 104-133.

erro sobre esse conhecimento exclui a culpabilidade (reprovação), já que o agente não agiu com a consciência que deveria.

Repare que a grande discussão teórica é que, na teoria psicológica, a consciência de antijuridicidade estava no dolo e este compunha a culpabilidade e, na teoria normativa, o dolo foi passado para a tipicidade, com a consciência de antijuridicidade, em sua forma potencial, permanecendo na culpabilidade.

As diferenças práticas para o erro vão ser mais evidenciadas com as teorias do dolo e da culpabilidade, onde já se pode antever: para erro invencível, a teoria do dolo pede a exclusão do tipo; a teoria da culpabilidade, da culpabilidade. Para o erro vencível, a teoria do dolo qualifica o fato como culposo, aplicando-se a pena correspondente se houver previsão legal e a teoria culpabilidade preleciona permanenciado dolo, com a aplicação de uma pena atenuada.<sup>123</sup>

Cumprir destacar que aí novamente está o cerne da questão do trabalho, consistente na demonstração de que – em alguns casos no qual a história de vida do agente demonstre que ele deveria conhecer a norma penal – ou que havia um dever especial de se informar em função da sua história –, é possível optar de forma fundamentada pelos erros de tipo ou de proibição, vencível ou invencível.

O erro de tipo qualificaria aqueles fatos onde a história de vida do sujeito indicie que havia uma total falta de necessidade de conhecer a norma, de modo que, ao se deparar com o fato previsto na norma, o agente tinha um completo desconhecimento da realidade.

Por conseguinte, o problema não se resolveria numa categoria dogmática entre os erros de tipo e de proibição, com escolha *a priori*, mas no exame do caso concreto, já que, do ponto de vista político-criminal, a escolha de uma só das opções pode se mostrar injusta nas hipóteses em que o conhecimento do elemento normativo do tipo influi tanto na consciência psicológica do fato quanto na da antijuridicidade. É dizer que a escolha *a priori* poderia resultar no beneficiamento indevido – cegueira jurídica.

Por ser útil ao aprofundamento da tese, veja-se cada uma das teorias do dolo e da culpabilidade, que se dividem em estrita e limitada.

---

<sup>123</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: forense, 2007, p. 195 – 208.

### 1.3 Teorias Estritas e Limitas do Dolo e da Culpabilidade.

Como visto acima, a teoria estrita do dolo funda-se na dogmática de Binding, para quem a consciência de antijuridicidade do fato se integra ao dolo.

H. Welzel critica duramente essa teoria, já que o dolo exige um conhecimento real e efetivo no momento de realizar o tipo. Ademais gera um sério problema criminal, que ocorre no erro de proibição vencível. Muitas vezes a pena não será aplicada porque não existe a previsão de crime culposo, conforme exigiria a teoria do dolo.<sup>124</sup>

A teoria estrita do dolo ainda teria o problema de adequação teórica com o crime de tentativa, pois, sem o dolo naturalístico, como seria possível a tentativa? Eis a pergunta de Welzel. Por isso que a incidência do dolo deve exigir a representação atual no momento do fato e um componente volitivo, ao passo que a consciência de antijuridicidade deve ser potencial e pertencer à culpabilidade, já que se reprova aquele que não conheceu o que deveria.<sup>125</sup>

A teoria do dolo, na Alemanha, começou a perder adeptos quando o Grão Senado do Tribunal Federal, em 18 de março de 1952, consoante já visto acima, analisou a teoria do dolo e da culpabilidade e optou por esta. Na oportunidade, considerou o Tribunal que a teoria do dolo exigira a previsão de uma culpa jurídica, inexistente no Ordenamento, o que levaria a expressivo número de absolvições.<sup>126</sup>

Por outro lado, a teoria limitada do dolo foi uma teoria inicialmente defendida por Mezger, que sustentava uma consciência atual de ilicitude contida no dolo.<sup>127</sup> Ocorre que, depois da decisão do Tribunal Federal de 1952, Mezger reformulou sua teoria. Agora, excluiu o problema político criminal de o erro vencível sempre recair no crime culposo. Dentro do conceito do dolo caberia um estado latente de ilicitude. Em vez de se verificar a real consciência, o que é impossível na prática,

<sup>124</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: roque de palma, 1956, p.

<sup>125</sup> *Idem, ibidem*, p. 189-200.

<sup>126</sup> HERRERA, Lucio Eduardo. **El error em matéria penal**. Buenos Aires: abeledo-perrot, p. 85.

<sup>127</sup> MEZGER, Edmondo. **Diritto Penalle**. Padova: CEDAM, 1935. p. 327-334.

como reconheceu o Tribunal alemão, bastaria deixar incontestada a existência de uma atitude do autor incompatível com uma concepção sã do que é o direito e injusto.<sup>128</sup>

Uma definição clara da teoria estrita do dolo se encontra num comentário de Córdoba Roda, ao falar sobre o projeto Gürtner de 1936, cujo texto diz: “atua dolosamente quem leva a cabo o fato com consciência e vontade, sendo consciente de praticar o injusto ou de infringir a lei (parágrafo a, parágrafo 2)... O erro é irrelevante se se baseia numa atitude que é incompatível com uma concepção sã do direito e do injusto (parágrafo b)... atua por imprudência o sujeito que desconhece que sua conduta é antijurídica ou ilegal. Se a simples imprudência não está castigada, ao autor se impõe a pena de ... (parágrafo c, parágrafo 2).<sup>129</sup>

Sob outra estrutura da teoria do delito, Graf Zu Dohna foi o principal artífice da teoria estrita da culpabilidade. Ele separa bem o que é o tipo, antijuridicidade e a culpabilidade. Aquilo que é proibido não pode ser uma característica do tipo, uma vez que, precisamente, a concreção do tipo é o objeto da proibição.

Assim, a censura recai sobre o ato doloso, por isso é incorreto que a ausência de consciência de antijuridicidade implique excluir o dolo. P.ex., quem mata, achando que não transgredir o ordenamento, age dolosamente. De outro lado, um ato culposos é má previsão das consequências do ato, e não esquecimento da norma de dever de conhecer, por isso seria incorreta a solução da teoria do dolo, em que o erro vencível do fato resultava no crime culposos.<sup>130</sup>

Ainda nesse raciocínio, Dohna critica a posição do Supremo Tribunal quanto à interpretação do §59, já que o Tribunal firmara o posicionamento de considerar quase sempre irrelevante o erro de proibição. Diz que considerar o erro de proibição como irrelevante é extremamente injusto. A ficção do conhecimento das leis não é compatível com o juízo de reprovação. Ademais, ao cometer o fato, todos têm algum sentimento moral ou social sobre a conduta que realiza, que apenas falta naqueles

---

<sup>128</sup> MEZGER, Edmundo. **Derecho penal**. Libro de estudio. Parte general. Buenos Aires: bibliografía argentina, 1958, p. 247-255

<sup>129</sup>

RODA, Córdoba Juan. **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito**. Barcelona: BOSCH, 1962, p. 108-109. Conf. Também: Apud Herrera. *Idem, ibidem*, p. 86.

<sup>130</sup>

GRAF ZU DOHNA, Alexander. **La ilicitud**. La estructura de la teoría del delito. Buenos Aires: El foro, 2006, p. 194 e 195.

delitos de criação política, como na decisão do tribunal superior da Baviera em 1925, que absolveu o acusado por realizar reuniões desportivas sem autorização policial, uma vez que em data passada, próxima ao evento, era admitida tal conduta.<sup>131</sup>

Continuando o caminho iniciado por Dohna, a doutrina da ação finalista assinala ao dolo o papel de vontade final de ação no tipo de delitos dolosos. Ficando, então, a consciência potencial de antijuridicidade como elemento da culpabilidade.

Concluindo-se, o erro de proibição não pode nunca excluir o dolo, mas pode afastar a culpabilidade se inevitável. Caso seja evitável, a responsabilidade dolosa subsiste com pena atenuada.

Entre a teoria estrita e a limitada da culpabilidade a divergência se dá acerca das circunstâncias de fato sobre as quais é erroneamente aplicada uma causa de justificação. Considera-se ser o caso de erro de tipo, excludente do dolo, ao tempo em que, pela teoria estrita da culpabilidade, seria erro de proibição.

A grande discussão é sob qual polo deve gravitar a reprovação. Optando pela esfera jurídica, seria erro de proibição porque alguém aplica mal a norma ao considerá-la como motivação de agir; porém, se for pelo fato, é erro de tipo, porquanto é de se levar em conta o sujeito que age dolosamente, só errando quanto à motivação jurídica.

Como diz Munhoz Netto, adotando posição minoritária na doutrina brasileira – ao se filiar à teoria estrita, em caso de erros de tipo e de proibição –, o grande problema da teoria limitada é que ela revive a distinção entre erro de fato e de direito, optando pelo erro de fato quando se trata das causas de justificação pensadas equivocadamente sobre os fatos.

A teoria limitada, diz o autor brasileiro, olvida a situação espiritual de quem, com representação correta dos fatos, engana-se sobre a justificação da conduta – isto é, esquece a análise de que o sujeito se equivocou sobre normas, e não sobre fatos – e salienta um erro relativo à ocorrência de um fato, que, a se ter produzido, daria lugar a uma causa de justificação.<sup>132</sup>

<sup>131</sup>

GRAF ZU DOHNA, Alexander. **La ilicitud**. La estructura de la teoría del delito. Buenos Aires: El foro, 2006, p. 196.

<sup>132</sup> MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: forense, 1978, p. 86 e 87. É também a opinião de José C. Mir, que relaciona o problema com a dupla posição do dolo, no tipo e na culpabilidade. Para ele, a teoria limitada, além de ofender o justo, enseja uma dupla

Ante tudo o exposto, retomando a discussão central da dissertação, é salutar tecer algumas críticas. O que se observa em cada uma dessas teorias é algo já denunciado por H. Weber. Em que pese as divergências teóricas, que, a depender do ponto de vista adotado, destacam determinada face do problema, a prática jurídica não se filia a qualquer das teorias. As soluções do caso concreto se guiam pelo senso de justiça que bastas vezes escapam das malhas limitadas de arcabouços teóricos fechados. Como base nessa idéia é que mais a frente se detalhará a corrente dos que pretendem unificar a categoria do erro.<sup>133</sup>

Se a teoria do dolo tinha o grave problema político de – ora favorecer vários agentes, à míngua de previsão de crime culposo (teoria estrita) –, ora descambar pela culpa de personalidade com o conceito de cegueira jurídica (teoria limitada do dolo)<sup>134</sup> –, a teoria da culpabilidade desconhece que, muitas vezes, o dolo depende do conhecimento legal, como, vale destacar, o próprio Zu Dohna reconheceu em face do recurso frequente a tipos legais em que não há uma diferença nítida entre tipicidade e antijuridicidade.<sup>135</sup>

Antes de se refletir sobre as decisões mais contemporâneas sobre o tema, é preciso estudar mais detidamente o que são os erros de tipo e de proibição.

#### **1.4. Erros de Tipo e de Proibição**

valoração do dolo, já que se afasta o dolo na culpabilidade por não ter previsto questão fática não importante para o agir intencional. Vale lembrar, J. C. Mir defende que o dolo esteja no tipo por uma questão de adequação normativa. MIR, José Cerezo. La doble posición del dolo em la Ciencia del D. P. española. **Anuário de derecho penal y ciências penales**. Tomo XXXV, fascículo III. Madrid: ministério de justicia, 1981, p. 455-460.

<sup>133</sup> WEBER, Hellmuth. Sobre el “error júris” en las más modernas tendencias jurídicas alemanas. ADCP, Tomo VI, fascículo I, 1953, p. 14. Disponível também em <http://www.cienciaspenales.net>, em 02/02/2012. Com outro autor: o Tribunal Federal Alemão sempre se guiou pela importância do caso concreto para distinguir o erro de direito do de fato, atribuindo relevância ao erro de fato quando o caso demandasse a absolvição ou punição pelo crime culposo. RODA, Córdoba Juan. **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito**. Barcelona: BOSCH, 1962, p. 31.

<sup>134</sup> Quando Mezger abandonou a teoria estrita do dolo, em prol da teoria limitada do dolo, defendeu o conceito de cegueira jurídica e culpabilidade pela conduta de vida. Quem externa uma atitude hostil ao direito se equipara quanto aos efeitos jurídicos a uma ação dolosa. MEZGER, Edmundo. **Derecho penal**. Libro de estudio. Parte general. Buenos Aires: bibliografía argentina, 1958, p. 253-255.

<sup>135</sup> Exemplo da distorção entre prática e teoria pode ser vista na decisão do Tribunal da Baviera, o qual, ainda em 1925, optou pela relevância do desconhecimento legal, apartando-se tanto da teoria do dolo quanto da culpabilidade. GRAF ZU DOHNA, Alexander. **La ilicitud**. La estructura de la teoría del delito. Buenos Aires: El foro, 2006, p. 196-198.

Erro de tipo seria o que versa sobre as características do tipo penal. Em princípio, erro de tipo não é o que apenas recai sobre a materialidade do crime. É também o falso conhecimento de uma característica de índole valorativa contida no tipo. Por exemplo, documento e funcionário público. Estaria fora a antijuridicidade do fato, pois.

A dificuldade surge quando no tipo há o emprego de termos como “antijurídico”, “sem autorização” e expressões do mesmo jaez. H. Welzel considera que seria o caso de erro de proibição,<sup>136</sup> embora sua opinião seja minoritária conforme visto a seguir, no aprofundamento da consciência de antijuridicidade.

Maurach faz a seguinte divisão. Caso se trate de um particular elemento do tipo, a antijuridicidade será característica do tipo objetivo, logo é erro de tipo. Caso o juízo de antijuridicidade se refira à totalidade do processo de ação, segue a opinião de Welzel, pois a situação deve ser tratada segundo o erro de proibição. Seria a mesma situação da que Roxin denomina elementos de valoração global do fato, quando a incidência do elemento normativo já indica a ilicitude da conduta.<sup>137</sup>

Quanto aos efeitos que produz o erro de tipo, há de distinguir os delitos dolosos dos culposos.

Nos delitos dolosos, o erro de tipo exclui sempre o tipo doloso, seja o erro evitável ou inevitável. Se não está prevista a particular forma culposa, há absolvição no erro evitável.

Nos delitos culposos, é problemática a relação com o erro de tipo. Maurach diz que a questão se resolve no juízo de culpabilidade; mas tal opinião se dá nos casos em que indivíduo pensa que comete delito mais benigno, mas, a bem da verdade, trata-se de delito mais gravoso.<sup>138</sup>

<sup>136</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: roque de palma, 1956, p. 177-178.

<sup>137</sup> MAURACH, REINHART. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: astrea, 1994, p. 404-405.

<sup>138</sup> Por força do § 16.2, do código penal alemão, deve responder por delito mais benigno. MAURACH, REINHART. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: astrea, 1994, p. 406 e 407. “§ 16. **Error sobre las circunstancias del hecho**(1) Quien en la comisión de un hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. La punibilidad por la comisión culposa permanece intacta. (2) Quien en la comisión de un hecho suponga circunstancias erradas, que realizarían el tipo de una ley más benigna, solo podrá ser castigado por comisión dolosa conforme a la ley más benigna.” No direito brasileiro, é possível aplicar art. 29, §2º, CPB, ao caso: “Regras comuns às penas privativas de liberdade. Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.(...)§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.”

É interessante anotar a incompatibilidade entre o erro de tipo e o crime culposos. O primeiro se refere a uma conduta intencional, mas que compreende mal as circunstâncias de fato, entretanto o segundo é quando a vontade se orienta para um fim lícito, sendo defeituosa apenas a respectiva execução.

Basta pensar que, se o erro vencível fosse crime culposos estrito senso, não faria sentido a dupla disciplina no código. Na verdade, o erro vencível é equiparado a crime culposos por questão de política criminal, em face da menor censurabilidade do ato, e por questão da dogmática, pois, quanto ao fim censurado, só age dolosamente quem tem pleno conhecimento dos fatos.

O erro de proibição transcende o tipo. O autor não conhece a norma jurídica, ou, erroneamente, interpreta-a ou acredita numa causa de justificação.

É inevitável quando o agente não tem a consciência de antijuridicidade do fato, excluindo-se a culpabilidade. É evitável quando o agente poderia alcançar a consciência de antijuridicidade. Lembre que, para o finalismo, a consciência é potencial, mas se reconhece que a ausência efetiva dela pode excluir ou minorar a pena, a depender do motivo do réu não ter atingido a consciência.

A distinção do erro de proibição para o de subsunção é que este resulta de uma mera interpretação equivocada da norma em abstrato. Como diz Roxin, o erro de subsunção é decorrente de uma interpretação não voltada para o agir concreto.<sup>139</sup>

Em suma, o erro de proibição pode ser dividido em três espécies: 1º) desconhecimento de uma norma geral proibitiva ou mandamental; 2º) existência equivocada de uma causa de justificação; 3) os limites de uma causa de justificação.

Feito o exame das espécies de erro, é necessário que sejam apresentados os conceitos de elementos normativos do tipo penal e da lei penal em branco, a fim de facilitar a operacionalização dessas ferramentas ao se examinar a consciência de antijuridicidade.

## 1.5 Elementos Normativos e Descritivos do Tipo Penal

---

<sup>139</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: civitas, 1997, p. 872-873.

A razão de ser dos elementos normativos do tipo penal é a validação de que a realidade não se esgota numa descrição neutra. E, como o tipo penal é um recorte do mundo real, a fim de alertar os cidadãos sobre o sentido do proibido, ele não poderia ficar imune à complexa tarefa de reproduzir as condutas.

Assim, os elementos normativos ocasionam várias dúvidas para o capítulo do erro penal, porque o conhecimento do sentido do tipo é infinito diante das pluralidades de condutas que podem ser praticadas no dia a dia.

A dicotomia elementos descritivos e normativos, não é despendendo dizer, é temática que não se reflete só no erro penal, mas em toda a estrutura da teoria geral do delito, já que envolve as dificuldades que o agente tem para se orientar de acordo com o Ordenamento Jurídico.

Os desencontros não são poucos, eis que, para estudar o problema do erro, devem-se discutir questões do dolo, da antijudicidade e da culpabilidade.

Como diz Suay Hernández, os erros de proibição e de tipo são os que melhores expõem o problema que o estudo dos elementos normativos do tipo ensejam, porque trazem à tona a zona gris entre tipicidade e antijuridicidade.<sup>140</sup>

Nessa senda, sob a ótica do direito brasileiro, que trabalha com o erro de tipo e com o erro de proibição,<sup>141</sup> a despeito dos elementos normativos pertencerem ao tipo, eles guardam valorações que também pertencem à fase da antijuridicidade e que, por sua vez, influem na consciência de antijuridicidade que o destinatário das normas precisa ter.

Consoante a teoria finalista, é de conhecimento comum que a divisão analítica do crime é ação típica, antijurídica e culpável. Logo, saber se certos elementos normativos do tipo são parte do tipo ou da antijuridicidade é a ante-sala do debate vindouro, porque tal incumbência ocupa tarefa preliminar a aquela objeto do próximo capítulo, que é estudar o estudo erro penal segundo sua orientação político-criminal.

Pois bem, sobre os elementos normativos, há duas escolas clássicas que dividem a sua denominação, sendo as demais derivações delas.<sup>142</sup>

---

<sup>140</sup> SUAY HERNÁNDEZ, Celia. Los elementos normativos y el error. **Revista peruana de ciencias penales**, nº05, Lima, 1997, p. 99.

<sup>141</sup> ALMEIDA, André Vinícius de. **O erro de tipo no direito penal econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 91-94.

<sup>142</sup> CONLLEDO, Miguel Díaz y García. **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madrid: La ley, 2008, p. 39-50.

A primeira aduz que os elementos normativos são os vocábulos legais cujo entendimento depende de um ato valorativo, em tempo que os descritivos dependem de um ato de conhecimento. Os elementos normativos são aqueles que o juiz tem de captar o sentido no mundo fenomênico, incluindo valorações jurídicas e culturais, como o que é coisa alheia, ou a dignidade ou decoro.<sup>143</sup>

A segunda escola diz que os elementos normativos são aqueles que fazem referência a normas estranhas ao tipo penal. Os descritivos seriam referências ao mundo da natureza ou a preceitos que não dependeriam do conhecimento de uma norma estranha para serem compreendidos.<sup>144</sup> Veja que se afasta de uma ontologia de diferença entre o ato cognoscitivo e o valorativo, para se defender funcionalmente que os elementos normativos e descritivos se bifurcam, respectivamente, em valorativos ou realidades sensíveis.<sup>145</sup>

Claus Roxin diz que, se os elementos descritivos corporificam processos físicos da realidade, os normativos são os que pressupõem uma valoração. Todavia, se o mundo é complexo e entrelaçado, não há elementos puramente descritivos, tampouco valorativos. Recorde-se que não há separação exata entre o mundo da natureza e o da cultura, ou até uma sobreposição exata entre eles.<sup>146</sup> Basta dizer: o processo físico de matar alguém pode ganhar diferentes conotações sociais dentro de uma mesma ordem jurídica.

Maurach oferece uma síntese sobre o tema, quando averba que a prática jurídica demonstra cotidianamente que os elementos descritivos também precisam de interpretação, como o conceito de homem e nascimento, que pode variar no direito civil e no direito penal. Portanto, não existe uma separação precisa entre valorativo e descritivo.<sup>147</sup>

Com arrimo no pensamento de J. Searle, BURKHARDT defende que os elementos descritivos seriam os naturais, enquanto que os normativos seriam os fatos institucionais.<sup>148</sup> Observe que John Searle nomeia os fatos naturais como os que se encontram na natureza e cuja existência

---

<sup>143</sup>MEZGER, Edmundo. **Tratado de direito penal**. Tomo I. Madrid: editorial revista de derecho privado, 1935, p. 320 – 322.

<sup>144</sup>BALESTRA, Fontan. **Derecho penal**. Introduccion y parte general. Buenos Aires: abeledo-perrot, 1976, p.243-244.

<sup>145</sup>MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Parte general. Montevideo – Buenos Aires: IBdeF, 2010, 231-232.

<sup>146</sup>ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: civitas, 1997, p. 305-307.

<sup>147</sup>MAURACH, Reinhart. **Derecho penal**. Parte general. Buenos aires: astrea, 1994, p. 365-366.

<sup>148</sup>CONLLEDO, Miguel Días y García. **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madrid: La ley, 2008, p. 223

independe do homem, tal qual o termo fogo e cadáver e os fatos institucionais seriam os de criação humana, como documento e tributo.<sup>149</sup>

Ocorre que, como se adiantou, os dois posicionamentos clássicos padecem de vícios que, por sua vez, contaminam as idéias daí derivadas.

O exemplo do cadáver, inscrito no art. 212, CPB, é esclarecedor. O referido termo pode ter sua definição discutida, inclusive com o auxílio de conceitos normativos de ciências extrajurídicas, dando a ele a mesma conjectura de incerteza de um elemento normativo-valorativo como documento e tributo. Assim, a discussão, se é normativo ou descritivo é superada.

É cediço que os elementos descritivos contêm momentos no quais é necessária a busca por outras normas para compreendê-los, no entanto, em outras situações, o núcleo semântico é tão sedimentado que não há dúvida sobre a sua definição. Desse modo, o importante é reconhecer a funcionalidade da classificação descritivo e normativo para a dogmática penal, pois só interessará ao erro de tipo questões que envolvam aqueles vocábulos cuja definição não comungue de pacífica identificação.<sup>150</sup>

É tanto que Stratenwerth afirma que qualquer elemento do tipo é normativo, haja vista que, ao ser incorporado à norma penal, a expressão lingüística passa a ter um conteúdo valorativo.<sup>151</sup> Essa também é a opinião de Bockelman e K. Volk, na medida em que o tipo é um recorte valorativo da realidade.<sup>152</sup>

#### **A. Elementos de Valoração Global do Fato e Elementos Indivisíveis: Incursão Histórica sobre os Elementos Normativos.**

A opinião dos autores que questionam a distinção descritivo e normativo não está de todo equivocada, mas é preciso se concentrar em qual o efeito prático dessa questão para o tema do erro

---

<sup>149</sup> SEARLE, John R. **The construction of social reality**. London: peguin books ltd, 1995, p. 1-29.

<sup>150</sup> Tischler tentou escrever a história do elemento normativo de 1915 a 1983, mas conclui que tal termo não é suscetível de definição precisa. HERNANDEZ, Celia Suay. **Los elementos normativos y el error**. ADCP, Tomo XLIV, fascículo I, 1991, p.106 .

<sup>151</sup> STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**. Parte general I. El hecho punible. Navarra: aranzadi, 2005, p. 149-150.

<sup>152</sup> BOCKELMANN, Paul e VOLK, Klaus. **Direito Penal**. Parte Geral. Belo Horizonte: delrey, 2007, p. 43-53.

penal. Indagação que só se resolve com uma pequena incursão histórica sobre os elementos normativos do tipo.

É importante lembrar que, em 1910, Beling revolucionou a dogmática. Ele foi o criador da figura do tipo penal, então decorrendo os elementos descritivos. O tipo teria a função precípua de descrever a conduta proibida, pois no tipo penal deveria estar enfeixada a realidade social onde ocorre o crime. Obviamente, havia os elementos normativos, mas Beling os tomava como uma entidade imaterial não pertencente ao tipo, e, sim, à antijuridicidade.<sup>153</sup>

Entrementes, a par do positivismo então em voga, a filosofia do direito voltou a discutir a importância do valor no fenômeno jurídico em meados de 1910.<sup>154</sup>

A polarização se deu entre os penalistas M. Meyer e E. Mezger que vieram a ser conhecidos como neokantistas.<sup>155</sup>

Eles estavam no contexto das discussões da academia de Baden e Marburgo, onde, respectivamente, aprofundavam-se os limites do conhecimento humano na seara das ciências naturais e na das ciências culturais. Baden, diferente de Marburgo, questionava o status de científico das ciências humanas.

Embora não houvesse uma filiação exata desses autores a uma dessas escolas, vale ressaltar o ambiente nos quais inseridos para demonstrar que a polêmica em torno dos elementos normativos e dos valores iria ganhar papel de protagonista no debate do erro penal.

E tal centralidade nas discussões é fruto da posição que a axiologia passara a gozar na compreensão do crime. Agora, os valores fazem parte da ciência jurídica, que se apresenta com o rigor metodológico e com a compreensão da esfera de agir consoante os valores.<sup>156</sup>

---

<sup>153</sup> BELING, Ernst von. **Esquema de Direito Penal**. A doutrina do delito-tipo. Campinas: servanda, 2010, p. 61-62.

<sup>154</sup> É comum dizer que, em 1915, Mayer introduziu o conceito de elemento normativo; no entanto, Suay diz que Kolrausch introduziu o conceito em tela à luz dos pressupostos kantianos, atendendo aos pressupostos de separação entre as ciências da natureza e da cultura. Na época, definiram-se três características: a) não são perceptíveis sensorialmente; b) estão referidos a processos de valoração; e c) são elementos de antijuridicidade. P. 102

<sup>155</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo. Buenos Aires: hammurabi, 2007, p. 156-166

<sup>156</sup> WINDELBAND, W. **History of philosophy**, 2º ed. New York: Macmillan Company, 1957, p. 681. Também vale a consulta: MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do direito e do estado**. Coimbra: Coimbra editora, 2006, p. 320-333.

Destarte, o tipo penal seria composto de corpos que são sinal da presença de antijuridicidade (valor). Todavia, como explicar tal relação entre tipo e antijuridicidade? A resposta depende da visão com a qual cada um dos autores enxergava a experiência jurídica.

Segundo Mezger, as normas jurídicas teriam a missão de regular o complexo total de cultura, que só seria possível a partir das leis, conquanto estas não esgotassem o Direito. O Direito supralegal nasceria do complexo de cultura formador da ordem totalitária da vida, porque só por efeito dessa ordem, para além da regulação positiva, seria conciliável o interesse particular com o comunitário.<sup>157</sup> Destarte, não haveria distinção entre o mundo do *ser* e do *dever ser*, por isso o tipo não era outra coisa que a *ratio essendi* da antijuridicidade.

Isso se justifica porque a norma penal pertence a uma concepção teleológica que se identifica com o interesse individual e o social, ambos sintetizados na ideia reitora de bem jurídico. Direito seria o próprio valor.<sup>158</sup>

Nesse passo, o Direito teria o importante papel de denotar os valores que seriam essenciais para a convivência humana,<sup>159</sup> além de o tipo ser o delito total, isto é, a “*ratio essendi*” da antijuridicidade.<sup>160</sup> A tipicidade se perfaria com o juízo de valor de antijurídico, porque não haveria uma separação arbitrária entre ser e valorações (dever ser). Nessa ordem, o tipo seria um só instituto que abrangeria o mundo da cultura e da natureza.<sup>161</sup>

---

<sup>157</sup> MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. trad. José Arturo Rodriguez Muñoz. Tomo I. Madrid: revista de derecho privado, 1935. “Pero tales presupuestos de la ley lo constitutem el *total complejo de cultura*, de la que el Derecho surge e a la que se refiere regulándola, y la *Idea racional del Derecho* mismo, que sólo crea Derecho como tal Derecho. El mérito de la obra de Graf zu Dohna, publicada en el año de 1905 y orientada em la filosofía neokantiana, consiste em haver referido por vez primera *fundamentalmente* la ciência del Derecho Penal a tales pensamientos críticos.” p. 337.

<sup>158</sup> MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. trad. José Arturo Rodriguez Muñoz. Tomo I. Madrid: revista de derecho privado, 1935, p. 332 e 333.

<sup>159</sup> *Idem, ibidem*, p. 297 e 298.

<sup>160</sup> *Idem, ibidem*, p. 308.

<sup>161</sup> MEZGER, Edmundo. **Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal**. Valencia: tirant lo blanch, 2000, p. 16-19. Tal conclusão acerca de Mezger também pode ser tirada de Suay. HERNANDEZ, Celia Suay. **Los elementos normativos y el error**. ADCP, Tomo XLIV, fascículo I, 1991, p. 104.

Percebe-se, então, que Mezger não se capitula no neokantismo, tendo uma ponte de contato com a filosofia espiritual hegeliana: portanto, para ele, as ideias jurídicas teriam função reguladora e constitutiva do mundo real.<sup>162</sup>

Por outro lado, é útil destacar o pensamento de M. Meyer, que, segundo Mezger, de maneira inadmissível, concede à norma de cultura preferência ante a norma jurídica.<sup>163</sup>Essa postura implicará uma nova relação entre tipo e antijuridicidade.

Com efeito, Meyer é textual ao dizer que só é possível compreender o que é antijuridicidade material ao se prestar atenção às normas pré-jurídicas a partir das quais o Direito se constrói.<sup>164</sup> Nesse ponto, deveras os elementos normativos do tipo têm um significado valorativo, contudo o tipo teria função indiciária da antijuridicidade, seria a “*ratio cognoscendi*”.<sup>165</sup>

A antijuridicidade, por sua vez, em vez de ser mera contrariedade à norma penal (antijuridicidade formal), é também contrariedade às normas de cultura (antijuridicidade material); e os elementos normativos seriam a própria expressão da cultura.<sup>166</sup>

Destarte, a disputa entre Meyer e Mezger ajuda a equacionar a relação entre valor e elemento normativo, orientando o problema que vamos tratar, que é como captar o sentido valorativo dos elementos normativos do tipo na cabeça do agente, e tornar inteligível quando o erro deve ser posto na consciência psicológica (dolo) ou no dever de se informar (consciência potencial de antijuridicidade).<sup>167</sup>

Mezger – ainda vinculado à dicotomia erro de direito e erro de fato e, pois, preso ao conceito de *dolus malus* – trabalhara com o conceito de “esfera paralela do profano” a fim de mostrar que ao

---

<sup>162</sup> Inclusive, Mezger diz que as normas constitutivas da realidade não se confundem com a lei, adotando a teoria de Binding. BINDING, Karl. **La culpabilidad em derecho penal**. Montevideo - Buenos Aires: IBdeF, p. 312 e 313

<sup>163</sup> MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. trad. José Arturo Rodriguez Muñoz. Tomo I. Madrid: revista de derecho privado, 1935, p. 338.

<sup>164</sup> MAYER, Max Ernst. **Derecho penal**. Parte general. . Montevideo - Buenos Aires: IBdeF, p. 227.

<sup>165</sup> *Idem, ibidem*, p. 231. Conferir também TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del rey, p. 189 – 191.

<sup>166</sup> *Idem, ibidem*, p. 231.

<sup>167</sup> O sujeito não valora como jurista, mas alguém inserido no seio social. MEZGER, Edmundo. **Diritto Penale**. Padova: CEDAM, 1935. p. 352.

cidadão não deve ser exigido o conceito técnico jurídico para o dolo, mas aquele vivido pela comunidade social para compreender o valor contido no tipo.

Para que o agente possa compreender os elementos normativos, segundo Mezger, basta uma valoração paralela na esfera do profano, não é necessário um juízo de subsunção igual ao de um jurista; ao final o direito está na cultura.<sup>168</sup>

Pois bem. Estabelecido o horizonte neokantiano, parece fácil intuir que o debate se resolveria com a consideração de que a conduta dolosa deveria abranger o tipo total de injusto, incluindo-se o sentido social inerente ao tipo; assim sendo, o erro de fato seria relevante, e o de direito, irrelevante, já que estaria nas normas sociais apreensíveis por todos os destinatários normativos.

Acontece que, posteriormente, H. Welzel demonstrou que o tipo penal era uma estrutura demasiado complexa, envolvendo tipos abertos e fechados.

O tipo aberto seria quando a compreensão do tipo dependesse das alusões de antijuridicidade contidas no tipo, em oposição ao tipo fechado, sem qualquer referência expressa ao mundo valorativo.

Essa postura, por sua vez, está relacionada à missão do direito penal, que não é de evitar o resultado – como pensara os neokantianos – mas de assegurar a vigência do bem jurídico decorrente da consciência comunitária, ou, em outros termos, a fidelidade jurídica a fim de afastar o injusto pessoal.<sup>169</sup>

Essa tarefa do direito penal seria manifestada, sobretudo, com o tipo aberto, onde os cidadãos, de antemão, seriam alertados para elementos normativos cujo ato de compreensão estaria além do mundo do ser. Seria um ato espiritual decorrente do juízo paralelo na esfera do autor, não necessariamente incólume ao erro penal – leia-se, agora, erro de proibição.<sup>170</sup>

---

<sup>168</sup> MEZGER, Edmundo. **Derecho penal**. Libro de estudio. Parte general. Buenos Aires: bibliografía argentina, 1958, p. 226-230 e p. 238.

<sup>169</sup> *Idem, ibidem*, p. 1-21.

<sup>170</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: roque depalma, 1956, p. 57-66.

Essa consciência ético-social se manifestaria na história de determinado povo e poderia ser apreendida por qualquer indivíduo que, como ser humano, teria a capacidade de transcender sua consciência individual para abraçar valores comunitários.<sup>171</sup>

Como diz Juarez Tavares, em Welzel há uma combinação do imperativo categórico em que qualquer indivíduo pode transformar sua ação em preceito universal e do uso da filosofia ôntica dos valores que orientam qualquer conduta porque eles existem objetivamente.<sup>172</sup>

A opinião de Welzel não passou incólume pela literatura penalística que se seguiu posteriormente. Se o prof. de Bonn reconheceu a conexão entre a antijuridicidade, o tipo aberto e a consciência do profano, essa posição tendeu a ser alargada com as escolas vindouras. Ideia corriqueira nos manuais, a crítica ao tipo aberto consistiria justamente na separação quase asséptica deste dos fechados.

O modo de verpor Roxin é preciso quando demonstra que os valores se relacionam com o mundo sensível e este com aqueles, não sendo possível uma separação exata consoante pretendido com a distinção entre tipo aberto e fechado. Daí a importância dos elementos de valoração global do fato.<sup>173</sup> Estes seriam conteúdos que se refeririam à tipicidade e à antijuridicidade. É uma valoração definitiva do injusto e compreendem todos os momentos de conduta regulados, de modo que, ao se perfazer o juízo de tipicidade, conclui-se também pela antijuridicidade. É possível apenas distinguir os pressupostos de valoração global do fato, ligados ao tipo, enquanto a valoração deles corresponderia à antijuridicidade.<sup>174</sup>

Sobreleve-se que os elementos de valoração global tanto pertenceriam ao tipo quanto à antijuridicidade, já que eles ajudam a descrever o tipo, conquanto sejam valorativos, bem assim preenchem seu duplo papel por ser termo-chave no reconhecimento da ilicitude.

---

<sup>171</sup> WELZEL, Hans. **Estudios de derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2007, p. 16-35.

<sup>172</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del rey, p. 191 – 194. A fundamentação dos valores pode ser encontrada em HARTMANN, Nicolai. **Moral values**. Vol. 02. New Brunswick – London: transaction publishers, 2004, p. 228 – 238. Ou na obra do prof. João Maurício. ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**. Uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo: saraiva, 1996, p. 125 – 135 e p. 171-188.

<sup>173</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: civitas, 1997, p. 299-302.

<sup>174</sup> *Idem. Ibidem.*

É uma opção do legislador que confia na construção semântica de termos pela comunidade jurídica. A exemplo, a expressão “revelar indevidamente proposta pública” (art. 311-A, Código Penal Brasileiro – CPB). O termo “indevidamente” vai ser construído a partir de práticas administrativas que lidam com fraude em seleções públicas. Dependendo do grau de complexidade do termo, não deixa de ser razoável a hipótese de erro de tipo praticado por particular, que preenche equivocadamente formulário em sua primeira licitação.

A par da hipótese em comento, Roxin ainda especula a existência dos elementos de valoração global de conteúdo indivisível, porque se trataria da concepção de conceitos jurídicos que não encontrariam referências semânticas no contexto social fora do direito.

A compreensão de termos como tributo, e outros bastante comuns no direito penal econômico, dependeria do conhecimento, ainda que perfunctório, de conceitos jurídicos. E, nesse caso, afirma Roxin, a distinção entre erro de tipo e de proibição seria nebulosa, embora se devesse optar pelo erro de tipo, pois o raio de conhecimento do dolo abrangeria todas as informações para que o sujeito pudesse compreender o contexto fático da situação.<sup>175</sup>

Feito esse breve comentário sobre os elementos normativos, importa agora examinar fenômeno semelhante, que é o da lei penal em branco.

## **B. Lei Penal em Branco.**

As leis penais em branco são aquelas que precisam ter suas disposições completadas por outros preceitos normativos. É expediente corriqueiro no direito penal econômico, ou secundário, porque se trata de normas técnicas que mudam segundo rotações administrativas de prevalência do interesse público.<sup>176</sup>

Quanto aos efeitos para o erro penal, há quem diga que a característica da lei penal em branco é uma remissão em bloco ao conjunto normativo extrapenal; e que, nos elementos normativos do tipo, há meramente uma remissão interpretativa à norma extrapenal.

---

<sup>175</sup>*Idem. Ibidem.*

<sup>176</sup>SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales.** Madrid: Cuadernos Civitas, 1999, p. 21.

Outrossim, também existe o posicionamento de que não há diferença entre elementos normativos e lei penal em branco, contanto que a referência normativa seja para proposições prescritivas.<sup>177</sup>

Dessarte, haveria um só tratamento para o erro penal, seja hipótese de elemento normativo, seja lei penal em branco. Bem assim haveria uma só subordinação ao princípio da legalidade e ao corolário da máxima determinação do imperativo penal.<sup>178</sup>

Essa posição deve prevalecer. Com efeito, Carlos Martínez-Bujan Pérez pontifica que a técnica em menção é equivalente aos mecanismos dos elementos normativos do tipo. E isso se aplicaria independente de a lei penal fazer referência a um diploma de nível inferior, ou, conforme contemporaneamente é aceito, cuidasse de norma da mesma hierarquia. O decisivo é haver vinculação entre as normas, compartilhando a definição do tipo penal.<sup>179</sup> Posto isso, o problema da lei penal em branco está no mesmo patamar dos elementos normativos.

Nesse ponto, a achega de Jakobs é oportuna. Diz-nos que o efeito regulador da norma complementadora deve ser conhecido pelo dolo – assim, em regra, quando o conhecimento da norma proibida equivaler ao conhecimento de uma proibição, p.ex., o conhecimento da exigibilidade do tributo no crime de sonegação fiscal. No entanto, pode ocorrer o caso de referências mais abstratas, cujo teor semântico estaria espreado em normas sociais. Nesse segundo caso, a eficácia da norma não estaria no espaço obrigatório do âmbito cognitivo do dolo, porém no da culpabilidade, ensejando possível erro de proibição, p.ex., condutas que, além da punição penal, houvesse a administrativa difundida nos hábitos sociais.<sup>180</sup>

Observe-se, portanto, que as margens do limite de cognição do dolo dependem do tipo que se está a analisar. Como diz Miguel Díaz e García Conlledo, é viável que, ora o legislador utilize a técnica da lei penal em branco para que o sentido do tipo dependa da norma penal a referir, ora se trate de mera economia legislativa.<sup>181</sup>

---

<sup>177</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>178</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>179</sup> MARTÍNEZ-Buján Pérez, Carlos. **Derecho penal econômico.** Parte General. Valencia: tirant lo blanch, 1998, p. 120-122.

<sup>180</sup> JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal.** Teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 407- 410.

Nesse passo, mais uma vez, parece correto que seja relativizada a distinção entre elementos normativos – e aqui se incluem o fenômeno da lei penal em branco e do elemento de valoração global do fato – e elementos descritivos do tipo.

Em resumo, deve-se averiguar o tipo penal concreto que é objeto de polêmica, para saber se o conteúdo integrante do tipo é essencial para realização do ato.

Como aprofundado no ponto a seguir, o controverso é saber sematerial e processualmente o indivíduo tem o conhecimento dos elementos normativos do tipo para se orientar de acordo com a norma ou quando, apesar de ter o conhecimento de antijuridicidade, o sujeito não se esforçou para atualizá-lo e agir como cidadão fiel ao direito.

### **1.6 Consciência de Ilicitude e Erro Penal: Reflexo da Teoria do Delito ?**

Convém que se pontue e aprofunde um pouco mais a visão de Welzel sobre o erro penal. A tarefa ambiciona melhor situar os autores mais recentes cuja doutrina será exposta a seguir, a fim de tornar patente as limitações de cada posição doutrinária.

Para Welzel, continuador da doutrina de Graf Zu Dohna, as conceituações de erros de tipo e de proibição dependem de uma exata delimitação do injusto e da culpabilidade.

Segundo Welzel, o conceito de injusto é intrínseco à compreensão do que seja a ação final. Acontece que esta é a conduta humana dirigida por um ato de vontade e que tem um sentido social. Daí derivaria a conceituação de injusto e de bem jurídico, porque o sentido da ação sempre se refere a um valor que, ao ser tutelado pela direito, ganha o nome de bem jurídico.<sup>182</sup>

Assim, deve-se afirmar que os valores sociais pré-existem à ação e que a ação pré-existe ao ato de censura (culpabilidade) da decisão pessoal que resultou na conduta dirigida com desiderato final de lesionar a ordem social.

---

<sup>181</sup> CONLLEDO, Miguel Días y García. **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madrid: La ley, 2008, p. 430-433.

<sup>182</sup> WELZEL, Hans. **Estudios de derecho penal**. Montevideo – Buenos Aires: IBdeF, 2007, p. 15-80.

Logo, não há como confundir culpabilidade e injusto pessoal. Este é um desvalor da ação e não, como queria Mezger, um desvalor do resultado. Se fosse um desvalor da conduta acabada, o direito penal não censuraria o ser humano, mas só o resultado naturalístico. Mas isso é falso, pois uma mesma conduta, de acordo com a intenção, pode receber diferentes graus de reprovação.<sup>183</sup>

Destarte, o dolo é ínsito à ação, já que até mesmo um incapaz comete conduta dolosa. E o dever de se informar é a consequência da potencial consciência de ilicitude, integrante da culpabilidade porque trata de reprovar pessoalmente a decisão do sujeito, que não atuou segundo a ordem de valores. E essa reprovação só pode ser feita consoante a ordem de valores comunitários em que se situa o direito penal.<sup>184</sup>

Então é natural que o ramo penal seja a reprovação do “eu” que se direciona por manipular as causalidades da natureza em sentido danoso ao próximo. Trata-se de uma ontologia da ação a qual ninguém pode esquecer, porque as redes causais do mundo são interpretadas por leis físicas e intencionais (sujeito a valor, pois).

O objeto de reprovação da culpabilidade é a vontade antijurídica de ação, que pode ser dolosa ou culposa. O ato valorativo consiste na reprovação do sujeito que podia alcançar a consciência de antijuridicidade e se motivar de acordo com o Ordenamento, isto é, consentâneo com sua autonomia de sujeitar as leis causais ao seu desejo. É indiferente que haja uma consciência de antijuridicidade atual no momento da conduta, já que o importante é a potencialidade de reflexão, é o sujeito ser capaz de refletir sobre o que faz.

A razão de ser do erro de proibição é excluir ou diminuir a reprovação do agente que apresentar contramotivos razoáveis por não ter se orientado de acordo com a norma. A consciência de antijuridicidade não é um saber jurídico, mas uma apreensão de significado social que permite ao sujeito valorar condutas humanas, aprovando-as ou reprovando. Como já dito, é um conhecimento que não surge num tempo determinado, já que é consequência de um processo de aprendizagem na formação do “eu” e resulta num conhecimento inatual.<sup>185</sup>

---

<sup>183</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>184</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>185</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Trad. de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2010, p. 134-151. Veja-se também: WELZEL, Hans. **Estudios de derecho penal**. Montevideo – Buenos Aires: IBdeF, 2007, p. 70-72, e WELZEL, Hans. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: roque de palma, 1956, p. 81 e 82.

Ainda segundo as lições do autor em comentário, para o dolo deve ser exigido o conhecimento correspondente dos conceitos legais, vinculado ao significado social dado pela comunidade; tal ensinamento, inclusive, aplica-se aos elementos objetivos do fato previsto no tipo, que pode ser de cunho real ou normativo, como coisa ou documento.

O dolo, em síntese, tem como elemento intelectual um conhecimento atual, traduzido por valoração paralela na esfera do profano, ou melhor, na esfera do autor, pois é de um sujeito determinado de que se trata.

Destarte, termos de antijuridicidade, p.ex., “não justificado” ou especiais deveres jurídicos igual a “sem autorização” são características de ilicitude que devem ser examinadas no erro de proibição. Da mesma forma é o caso das leis penais em branco. É erro de proibição quando uma norma penal fixa a pena, mas diz que o sentido de proibido está em outra. Não há como confundir com o erro de subsunção que é o equívoco do pensamento abstrato a respeito de uma norma.<sup>186</sup>

O erro de proibição teria outro papel. É o reconhecimento de que o direito penal não deve reprovar aquele cuja conduta não seja sinônimo de infidelidade ao direito, uma vez que os motivos apresentados retiram a censura da conduta objetivamente injusta.

Como se vê, é possível colher do pensamento de Hans Welzel que a delimitação dos erros de tipo e de proibição obedece a uma ordem lógica e ontológica que se inicia com o conceito de ação final e se consuma com a missão do direito penal.

Em resumo, os erros de tipo e de proibição se encaixariam na seguinte ordem: o dolo, parte da ação típica, seria o espaço para a valoração paralela na esfera do autor, após viria a antijuridicidade e só então o exame de culpabilidade, onde se verificaria se a potencial consciência de antijuridicidade foi alcançada e, caso não, o motivo.

Welzel afirma que o direito penal não tem uma missão conservadora, porém o papel de transformação caberia ao direito natural, que seria compreendido sob duas vertentes. A primeira é a de direito como regulação de condutas que se impõe, ora pela força, ora pela aceitação social segundo a autonomia de agir, e a outra ideia é o termo “natural”, que é uma concepção revolucionária questionadora da ordem social posta.<sup>187</sup>

---

<sup>186</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: roque de palma, 1956, p. 175- 178.

<sup>187</sup> WELZEL, Hans. **Diritto naturale e giustizia materiale**. MILANO: GIUFFRÈ, 1965, p. 359-383.

Desse modo, a missão do direito penal é transmitir à sociedade os valores sociais fundamentais, cuidados como bem jurídicos, mas adaptáveis às evoluções da cultura do que viola e não viola determinado bem. No entanto, a mudança de sentido já é tarefa do homem que racionalmente julga o outro segundo uma ordem lógica das coisas, e não do direito penal, que deve ser instrumento de fidelidade ao ordenamento jurídico.<sup>188</sup> Assim, o injusto seria o valor da ação e demarcaria o sentido de proibido, e o direito natural seria a perspectiva revolucionária posta em ação para cambiar os valores sociais.

Em resumo, observe-se que Welzel acredita ser possível encontrar os valores comunitários e transmiti-los a partir do direito penal, mas não faz uma conexão entre este ramo normativo e a política criminal. Eis o limite crítico do finalismo.

Sob a perspectiva do agir final, o erro penal seria um instituto para imposição de valores cujas consequências sancionatórias só seriam afastadas se se ficasse comprovado que não houve uma atitude infiel ao direito.

A par da posição tradicional, acima exposta, cumpre lembrar a doutrina de Jorge Figueiredo, que tentou superar as categorias dos erros de tipo e de proibição. A incursão é útil para alumiar os problemas da doutrina finalista.

Como não poderia deixar de ser, a substituição dos erros de tipo e de proibição pelos erros de intelecto e de valoração depende de uma concepção particular sobre as decisões humanas. À pergunta: é possível imputar ao agente a reprovação por agir com dolo do fato mas sem a consciência da ilicitude? A resposta depende de saber qual é a autonomia do dolo e da culpabilidade como esferas autônomas de reprovação, o que já afastaria qualquer pretensão de unificar as categorias dos erros, como quis H. V. Weber. E mais, a consideração dos erros intelectual e de fato importaria trazer a lume o conceito de culpa material, relacionado à personalidade do sujeito e destacar a função político-criminal do ato de julgar, posto este se figurar uma reprovação pela atitude do agente que voluntariamente se afastou dos valores comunitários.<sup>189</sup>

---

<sup>188</sup> Hoje já é plenamente questionável essa missão do direito penal; são elucidativas as palavras de Juarez Tavares, no sentido de que o direito penal deve admitir a pluralidade moral da sociedade, de maneira a cuidar apenas do mais elementar ao convívio das pessoas. TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del rey, p. 137-142 e p. 150-153.

<sup>189</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal. Parte Geral**. Coimbra: Coimbra; São Paulo: RT, 2007, p. 548-549.

O autor português admite a ideia da heterogeneidade entre a consciência psicológica e a valorativa. O dolo se direciona ao mundo dos fatos e uma percepção equivocada da realidade é algo que se constitui tão só no indivíduo que não exerceu a sua capacidade de conhecimento em função de algum desvio físico-sentimental. A consciência valorativa, de outro lado, é atribuição que pertence a qualquer ser humano como capacidade transcendental que se realiza num espaço e num tempo. Eventual desvio constitui um erro pertencente tão só ao indivíduo, que se afastou dos valores comunitários que tinha aptidão para apreender igual a qualquer outro ser humano.

Usando expressões hegelianas, J. Figueiredo afirma que o erro de ilicitude (ou moral ou valorativo) seria um erro para si, ao passo que o erro factual (ou intelectual) seria em si e para si, porque destacaria a visão do indivíduo de uma realidade que cabia só a ele apreender.<sup>190</sup>

Por isso que, a rigor, para quem atua sem dolo não é dado concluir que foi infiel ao direito, porque o erro está sob uma subjetividade intransponível de uma realidade deformada para um único ser humano no mundo. No entanto, a falta de consciência ética é diferente, por ocorrer num ser humano que, lembre-se, tem a capacidade transcendental de apreendê-la,<sup>191</sup> isto é, que tem a capacidade de não errar sempre! A ausência de consciência ética é um próprio desvio de personalidade caracterizado como desvio ético-juridicamente relevante,<sup>192</sup> em cotejo com a personalidade conformada com as exigências do direito penal.

Nessa senda, o erro de valoração pressupõe o acerto do conhecimento da realidade, já que a falta de ligação da personalidade com os valores jurídicos totais depende de um conhecimento da realidade na qual se atua. Perceba que a diferença entre os erros não é intrínseca, mas estruturada sob a teleologia da culpa e do grau de reprovação que cada um merece em face da espécie do ato de conhecimento, se intelectual ou valorativo. O erro intelectual exprime uma personalidade

---

<sup>190</sup>DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal.** Coimbra: Coimbra, 2000, p. 283-292.

<sup>191</sup> Deste “centro” da fundamental estrutura humana derivam o sentimento da moral e do direito e a decisão da vontade em acordo ou desacordo com ele; deste centro faz parte a consciência-ético-jurídica e portanto também, em último termo, o fundamento da presença ou ausência da advertência dos sentimentos que constitui a consciência-psicológica da ilicitude. DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal.** Coimbra: Coimbra, 2000, p. 290.

<sup>192</sup>DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal.** Coimbra: Coimbra, 2000, p. 269-282.

descuidada sobre os fatos que a cercam e o erro moral uma personalidade cega em face dos valores.<sup>193</sup>

Convém dizer que o erro intelectual não se confundiria com o de tipo, tampouco o de valoração com o proibitivo. O desconhecimento de um texto legal, p. ex., por ser extremamente técnico, pode ser caracterizado como erro intelectual; por outro lado, o de uma norma de fundo moral, seria erro valorativo. Logo, não importa o objeto para caracterizar o erro, e sim o processo de conhecimento, que se refere à personalidade sob diferentes formas.

Cuida-se de censurar a personalidade, porque, sob qualquer ângulo, a reprovação penal se dirige ao homem aristotélico, cuja pré-disposição no mundo é atuar segundo fins; e, para tal, precisa conhecer a realidade que o cerca e conhecer os valores de certo e errado. Essa capacidade é a própria personalidade, o ser do homem.<sup>194</sup>

Nada obstante, também é possível uma falta de consciência da ilicitude não censurável. O critério não está na vencibilidade do erro e do poder agir de outro modo, bases do erro de proibição, tampouco no dever de se informar sobre o direito; todavia na constatação de que o erro positivado no fato não resvala numa qualidade desvaliosa e juridicamente censurável da personalidade do agente. Apesar de ter errado moralmente, a personalidade ainda se apresenta conformada com a ordem jurídica. E isso não recai numa culpa de caráter, já que se trata de valorar a personalidade a partir dos próprios fatos que compõem a conduta censurada. Por exemplo, a suspensão da censura pode ocorrer sob a alcunha de inexigibilidade de comportamento diverso ou até quando a decisão do agente também importa no reconhecimento de valores fundamentais da ordem jurídica.<sup>195</sup>

Essa não censurabilidade depende do amor da verdade, do esforço contínuo para apreender o bem objetivo (valores tutelados pelo direito) e de um projeto de existência vinculado ao fim da perfeição moral.<sup>196</sup>Esses dois fatores são objetivos, porque pertencem à relação histórica do ser humano, que é um ser com o outro, a despeito dos momentos em que esteja só.

---

<sup>193</sup> *Idem. Ibidem*, p. 296-299.

<sup>194</sup> *Idem. Ibidem*.

<sup>195</sup> *Idem. Ibidem*, p. 319-335.

<sup>196</sup> *Idem. Ibidem*, p. 339-340.

Em outras palavras, significa que há um projeto existencial inerente às escolhas de cada um e que a ordem jurídica democrática deve respeitar as divergências e autonomia da personalidade,<sup>197</sup> debelando censuras de comportamentos que também expressam valores jurídicos aceitáveis.<sup>198</sup>

Assim, ante os comentáriotecidos, já é possível fazer uma análise do trabalho de Figueiredo Dias. No pensamento dele está o destaque para o papel da personalidade nas escolhas da prática humana. Ainda que a responsabilidade penal se oriente pelo fato, é ineludível que o juízo de censura depende de conhecimentos pretéritos para inferir se o ato em análise merece reprovação jurídica.

Se o ato humano é manifestação teleológica de vontade,<sup>199</sup> é bem verdade também que a raiz da culpabilidade normativa está na reprovação daquele que viola um imperativo de conduta – para J. Figueiredo, o desvio do amor à verdade.

Tradicionalmente, entende-se que o juízo de reprovação pessoal está fundado no poder agir de outro modo,<sup>200</sup> já que qualquer ser humano estaria sujeito à regra inerente a toda norma jurídica de não violar o direito de outrem, conforme o imperativo categórico.<sup>201</sup>

No entanto, para as implicações político-criminais do erro penal, é despicienda a discussão do livre arbítrio. A eleição de caminhos é ato de vontade insuscetível de ser explicado por leis causais<sup>202</sup> – daí a esterilidade das discussões (in)deterministas. O que importa é verificar que todo

---

<sup>197</sup> Discussão que se encontra entre a liberdade de culto e a indisponibilidade da vida, no caso de alguém que nega a transfusão de sangue do filho. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra, 2001, p.309-348.

<sup>198</sup> O pensamento de J. Dias influenciou a redação do código penal português. Erro sobre a ilicitude - artigo 17º - 1 - Age sem culpa quem actuar sem consciência da ilicitude do facto, se o erro lhe não for censurável. 2 - Se o erro lhe for censurável, o agente é punido com a pena aplicável ao crime doloso respectivo, a qual pode ser especialmente atenuada.

<sup>199</sup> 1112a15 e 1135a20. ARISTÓTELES. **Ética Nicomáquea. Ética Eudemia**. 1. ed. 6. reimpr. Trad. Julio Pallí Bonet. Madrid: Biblioteca Gredos, 1985, respectivamente, p. 187 e 258.

<sup>200</sup> FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche em el derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2006, p. 65-83.

<sup>201</sup> GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de La culpabilidad**. Montevideo – Buenos Aires: IBdeF, 2007, p. 87-106.

<sup>202</sup> SEARLE, John. **Rationality in action**. Cambridge, Massachusetts, London and England: MIT press, 2001, p. 92-96.

cidadão aprende com o outro e pode adotar ou não as normas jurídicas como regra de conduta.<sup>203</sup> Essa dirigibilidade da vontade é que merece ser valorada político-criminalmente.

Por fim, para encerrar as críticas ao autor português, ainda vale mencionar que a separação entre o que se valora e o que se conhece é insuscetível de critério objetivo de distinção.

As normas penais, mesmo quando se trate do direito penal econômico, já são fruto de uma valoração prévia do legislador. Logo, o seu desconhecimento não deixa de ser também um erro de valoração, e não meramente erro intelectual.<sup>204</sup> É impossível, numa instrução processual, ter uma prova direta se o conceito de documento deve ser compreendido à luz de um ato intelectual ou de um ato valorativo, pois, no dia a dia, as duas espécies de atos são necessárias.

Para esta dissertação, o que se deve destacar de Jorge Figueiredo Dias é a importantíssima contribuição acerca do reconhecimento da historicidade do sujeito como importante elemento a ser levado em conta no juízo de censura.

Embora tal ponto deva ser aprofundado nos próximos capítulos, é possível que se entenda a história de alguém como indicio a ser analisado na compreensão do fato supostamente ilícito, e isso se mostra a partir da teoria da associação diferencial do pragmatista E. Sutherland.

Voltando a discorrer sobre as doutrinas do tema, pode-se adentrar nas relevantes discussões dos anos de 1970, escudadas pela filosofia analítica e pela teoria da comunicação.

É uma escola que procurou superar a tradição de entender os elementos normativos e fenômenos quejandos a partir do texto legal, ao contrário de autores mais antigos, como Welzel, ainda preocupado com uma relação semântica da norma, isto é, do que a norma deveria dizer para o sujeito. Com a filosofia analítica, houve uma triangulação (pragmática) em que se estudou o erro segundo o contexto dos sujeitos e do ordenamento; tudo em constante interação.

Como natural, cumpre dizer que os estudos analíticos contribuíram por mostrar um novo enfoque do problema, já que se partiu de um novo referencial teórico, mas não houve soluções definitivas para as questões decorrentes da dúvida sobre o objeto de conhecimento do erro penal –

<sup>203</sup>MEAD, George H. **Mind, self, & society**. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago – London: university of Chicago press, p. 273-281.

<sup>204</sup> CRUZ, Flávio Antônio da. **O tratamento do erro em um direito penal de bases democráticas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 252-258. O autor rechaça a posição de Jorge Figueiredo Dias, por considerá-la próxima ao conceito de Mezger de inimidade ao direito; no entanto, considera-a ao dissertar sobre os elementos normativos do tipo penal técnico, cuja conhecimento deve estar na esfera do dolo.

qual critério penal poderia comprovar que o sujeito agiu com dolo, mas não se motivou de acordo com a norma? É uma resposta essencial para saber quando o erro deve ser qualificado como de tipo ou de proibição.

Vamos ao primeiro dos autores. Urs Kindhäuser ensina que os elementos descritivos do tipo penal se referem a qualidades naturais e são pensados com base em juízos teóricos, cuja finalidade é de constatação, a fim de indicar o que é. Expressam a qualidade do objeto no mundo. Já os elementos normativos se referem a qualidades convencionais e são pensados com base em juízos práticos, cuja finalidade é de indicar como as ações devem ser realizadas.<sup>205</sup>

Para entender o dolo, Kindhäuser diz que se deve distinguir entre o conteúdo de uma asserção (norma jurídica), que está na seara do sentido, e as condições sob as quais a asserção (norma jurídica) é verdade, que se refere ao mundo das coisas.<sup>206</sup>

O objeto do dolo seriam as condições de realização do tipo, ou seja, deve-se preencher as condições sob as quais a asserção é verdade (é um erro sobre a verdade); e o da consciência de antijuridicidade seria o sentido do vocábulo (erro sobre o sentido). Tome-se outro exemplo, quem erra sobre o sentido de documento, poderia ter cometido erro de proibição, quando altera papel rabiscado que registra o consumo num restaurante, porque tem consciência sobre o efeito prático de adulterar o papel, que é o de consumo inverídico, mas se equivoca quanto ao conteúdo da norma jurídica.<sup>207</sup>

Para o autor em comento, a imputação de um fato a alguém passa por dois níveis. Inicialmente, pergunta-se se o autor estava intelectual e fisicamente em condições em evitar a realização do tipo se tivesse o motivo para tanto. Depois se pergunta se há razões para o autor ter se afastado das motivações exigidas pelo direito.<sup>208</sup>

---

<sup>205</sup> KINDHÄUSER, Urs. Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho. In: FRISCH, Wolfgang *et al* (orgs.). **El error em el derecho penal**. Buenos Aires: ad-hoc, 2010, p. 141-151. Conferir também: SUAY HERNÁNDEZ, Celia. Los elementos normativos y el error. **Revista peruana de ciencias penales**, nº05, Lima, 1997, p. 115.

<sup>206</sup> KINDHÄUSER, Urs. Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho. In: FRISCH, Wolfgang *et al* (orgs.). **El error em el derecho penal**. Buenos Aires: ad-hoc, 2010, p. 141-151.

<sup>207</sup> Nesse caso, o autor reconhece que poderia ser o caso de erro de subsunção. KINDHÄUSER, Urs. Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho. In: FRISCH, Wolfgang *et al* (orgs.). **El error em el derecho penal**. Buenos Aires: ad-hoc, 2010, p. 151-154.

O ponto chave na primeira fase é saber se o autor tinha condições de evitar o resultado, que corresponde justamente à compreensão das coisas no mundo referidas pela norma jurídica; por isso, para tanto, deveria conhecer as circunstâncias onde vai agir. Na segunda fase, há de se perguntar se a falta de motivo constitui um déficit de fidelidade ao direito, pois, para cumprir essa tarefa, deveria ter plena consciência de antijuridicidade.

Dessa maneira, a imputação a título doloso depende de pressupor que o autor conhecia corretamente a norma penal e só depois verificar se realmente a conhecia.<sup>209</sup>

O autor critica o conceito de esfera paralela do profano, porque não se trata de um conceito paralelo, mas do exato conceito que o agente deve ter para realizar uma conduta dolosa. E isso não se confunde com o erro de subsunção. Este é o conhecimento técnico da norma. O que se exige de qualquer cidadão é que, ao se conscientizar dos fatos ao seu redor, possa entender os valores sociais em jogo e evitar a conduta ilícita.<sup>210</sup>

Já no mundo da culpabilidade, estão relacionados os papéis de destinatário e autor das normas penais. Logo, é preciso admitir o raciocínio de que, ao fixar o código de conduta, o legislador esteja consciente do espelho que isso significa, haja vista que o código penal é também vinculante para quem o estabelece.<sup>211</sup>

Em outras palavras, a capacidade de exercício de uma pessoa em ser autor e destinatário da norma é a outra face da capacidade de cumprimento da norma. É a substituição de um pensamento metafísico por um discursivo em que se respeita a autonomia do indivíduo conforme o papel de agir fielmente ao direito.<sup>212</sup>

A crítica que se faz a Kindhäuser é que adota um conceito demasiado restrito para o âmbito intelectual do dolo. P. ex., o sentido de documento é essencial para que o sujeito possa orientar sua

<sup>208</sup> KINDHÄUSER, Urs. Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho. In: FRISCH, Wolfgang *et al* (orgs.). **El error em el derecho penal**. Buenos Aires: ad-hoc, 2010, p. 154-163.

<sup>209</sup> KINDHÄUSER, Urs. Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho. In: FRISCH, Wolfgang *et al* (orgs.). **El error em el derecho penal**. Buenos Aires: ad-hoc, 2010, p. 149-154.

<sup>210</sup> *Idem, ibidem*, p.161-162.

<sup>211</sup> KINDHÄUSER, Urs. Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de derecho. **Revista brasileira de ciencias criminais**, 2009, n° 78, p. 82-92.

<sup>212</sup> KINDHÄUSER, Urs. Personalidad, culpabilidad y retribución. In: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo (orgs.). Montevideo - Buenos Aires: IBdeF, 2011, p. 26-28.

conduta para falsificar suporte material juridicamente relevante. Impende o autêntico significado material do elemento normativo para que o agente possa atuar dolosamente; se o sujeito não tem noções sobre o conceito de documento, não pode dirigir sua vontade.<sup>213</sup>

Ingeborg Puppe entende que para os elementos normativos não é necessário uma exigência especial de sentido. Os tipos denotam ações incompletas, já que não podem regular todas as condutas humanas. Assim, os fatos da realidade não são a extensão – o objeto referido pela linguagem –, como pensara Kindhäuser, mas são o complemento de sentido do tipo.

Uma prova disso pode ser obtida com as diferentes ações que podem se subsumir ao sentido do tipo (frase L – equivalentes). Para que se impute a responsabilidade dolosa, não basta apreender os pressupostos fáticos, é também necessário captar o significado essencial do tipo.<sup>214</sup>

Por fim, vale anotar que a distinção entre direito penal e extrapenal, adotada pelo tribunal do império Alemão, perde a razão de ser porque o conhecimento de relações jurídicas referidas pela norma penal depende de compreensão de sentido tanto quanto das normas extrapenais ou penais.

O fenômeno da norma penal em branco também mereceu a atenção de I. Puppe. No entanto, tal instituto, bem assim os elementos de valoração global, são estudados como instrumentos a partir dos quais se dá a socialização do homem.<sup>215</sup>

Posto isso, o cidadão não precisa conhecer os elementos exatos da norma penal, exceto o caso de normas extremamente técnicas,<sup>216</sup> cuja falta de divulgação por parte do Estado não pode se dar em prejuízo do particular.

---

<sup>213</sup> CONLLEDO, Miguel Días y García. **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madrid: La ley, 2008, p. 332-333.

<sup>214</sup>Por conseguinte, o erro de subsunção seria um pensamento mais abstrato derivado do sentido extraído do tipo e que não teria o condão de relevar a pena. PUPPE, Ingeborg. Error de hecho, error de derecho, error de subsunción. In: FRISCH, Wolfgang *et al* (orgs.). **El error em el derecho penal**. Buenos Aires: ad-hoc, 2010, p. 91-98.

<sup>215</sup> A autora ainda usa o termo predicado de valor, usado quando a norma penal remete a outras relações jurídicas. PUPPE, Ingeborg. Error de hecho, error de derecho, error de subsunción. In: FRISCH, Wolfgang *et al* (orgs.). **El error em el derecho penal**. Buenos Aires: ad-hoc, 2010, p. 126-138.

<sup>216</sup> PUPPE, Ingeborg. Error de hecho, error de derecho, error de subsunción. In: FRISCH, Wolfgang *et al* (orgs.). **El error em el derecho penal**. Buenos Aires: ad-hoc, 2010, p. 104-109.

O conceito de L-equivalentes serve também na atividade de instrução probatória. Por ex., para saber qual o significado que o agente tinha na cabeça sobre o tipo, o juiz deve fazer várias perguntas, partindo da definição técnica a mais banal usada no dia a dia.<sup>217</sup>

A crítica que se faz a Ingeborg Puppe é que assume um conceito elástico para o dolo, impedindo que se diferencie com razoável grau de segurança jurídica a distinção entre erro de tipo e de proibição. Como diz García Conlledo, há pouca precisão falar em conhecimento de significado, sobretudo quando nesse termo devem convergir o significado da ação e o das palavras, logo o dolo abrange o conhecimento dos fatos e da antijuridicidade.<sup>218</sup> Além disso, a forma de investigar a L-equivalentes, por meio de perguntas e respostas, pode ser um caminho falho caso o réu minta.<sup>219</sup>

Roxin também faz crítica parecida. Para ele, Puppe não resolve a questão probatória do dolo. Então, como comprovar o estado de consciência? Embora Puppe trate com maior rigor o uso vocabular dos institutos, a partir da filosofia da linguagem, não há um critério seguro para separar o conhecimento dos fatos jurídicos – o que equivaleria ao conhecimento dos elementos normativos – do conhecimento de antijuridicidade.<sup>220</sup>

Para contrastar com o pensamento de Kindhäuser e Ing. Poppe, é útil comentar as ideias de Suay Hernandez, pois esta averba que o tipo penal deva ser analisado sob o referencial intensivo e extensivo. O primeiro seria cuidar do significado, remontando ao mundo dos conceitos ou regras explicativas. O segundo se refere ao conjunto de objetos reais a que se referem às palavras.<sup>221</sup>

Os elementos normativos do tipo, quando submetidos ao estudo intensivo e extensivo, não permitem uma diferenciação entre o que classicamente se define como descritivo ou normativo. A consequência prática é que o erro de tipo tenha aplicação mais ampla do que o erro de proibição, sobretudo em normas cuja extensão seja imprecisa. Em regra, o erro que recaia sobre fatos e coisas

<sup>217</sup> PUPPE, Ingeborg. Error de hecho, error de derecho, error de subsunción. In: FRISCH, Wolfgang *et al* (orgs.). **El error em el derecho penal**. Buenos Aires: ad-hoc, 2010, p. 95-99.

<sup>218</sup> CONLLEDO, Miguel Días y García. **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madrid: La ley, 2008, p. 352-353.

<sup>219</sup> Art. 5º, LXIII, CF: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.” HC 52.370/SP, STJ.

<sup>220</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. **Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: civitas, 1997, p. 471.

<sup>221</sup> SUAY HERNÁNDEZ, Celia. Los elementos normativos y el error. **Revista peruana de ciencias penales**, nº05, Lima, 1997, p. 111 e 112.

seria erro de tipo, e o que se refere à posição do sujeito frente à Ordem Jurídica seria de proibição, mas o dolo também exige o conhecimento de contrariedade ao direito.

Chame-se a atenção que Suay Hernández adota um conceito mais restrito do dolo do que Ing. Poppe. Considera que o conhecimento dos elementos normativo a que a norma penal remete são essenciais para a conduta dolosa; no entanto, o objeto do dolo são fatos. O cidadão comum conhece apenas coisas. O juiz é que parte do texto da lei para buscar o significado social dos termos legais.<sup>222</sup>

Nessa ordem de raciocínio é que é razoável falar em esfera paralela do profano; elemento que deve ser examinado no curso do processo ou em qualquer outra atividade na qual um técnico do direito procure qualificar a conduta de um terceiro.

O âmbito intelectual do dolo seria o indicado pelo bem jurídico, entendido como relação social concreta sintetizada na norma penal, que corresponderia a uma redução teleológica dos fatos.

O erro de subsunção só comete aquele que conhece o significado social da norma e interpreta erroneamente a seu favor o correspondente elemento do tipo normativo. Seria uma incongruência entre a intensão vulgar e técnica – isto é, uma discrepância entre aquilo que se refere o cidadão comum e o técnico jurídico. Para a autora o erro de subsunção só deveria ganhar relevância quando não houvesse correspondência entre o nível vulgar e técnico da linguagem, quando o erro de subsunção corresponderia ao erro de tipo, como maneira de compensar o déficit de determinação da norma.<sup>223</sup>

A autora em tela diz que a segurança jurídica quanto ao erro de subsunção está em definir dois conceitos. O da construção dogmática, que são interpretações do tipo penal baseadas em princípios jurídicos, notoriamente constitucionais. E o outro é o da aplicação particular, observando as circunstâncias do caso concreto, que são interpretações que fogem da tradição jurídica.

Tanto a construção dogmática quanto a aplicação particular seriam operacionalizados quando houvesse a interpretação dos termos legais normatizados e os vagos. Aqueles seriam os sedimentados pela jurisprudência e que já teriam ressonância social, e estes aludiriam a relações comunicativas entre os sujeitos. Apesar da opinião de Kindhäuser, que restringe o dolo à

---

<sup>222</sup> SUAY HERNÁNDEZ, Celia. Los elementos normativos y el error. **Revista peruana de ciencias penales**, nº05, Lima, 1997, p. 122-123.

<sup>223</sup> *Idem, ibidem*, p. 125-128.

compreensão das condições de satisfação da linguagem, para Suay os termos legais vagos teriam importância para o dolo, porque os seus significados seriam inerentes à conduta que se quer adotar.<sup>224</sup>

Por último, quanto à dúvida se é erro de tipo ou de proibição nos casos de elementos normativos cuja compreensão é necessária para entender as circunstâncias da realidade, já que esses elementos normativos desvelam o sentido de ilícito da conduta, a autora em referência segue a opinião de Muñoz Conde. Ou seja, se a teoria do delito é trifásica – tipo, antijurídica e culpável –, é de se dar prevalência ao que vem primeiro, que é o juízo de tipicidade e, por consequência, o erro de tipo.<sup>225</sup>

Miguel Díaz y García Conlledo tem opinião de que o âmbito intelectual do dolo é todo o elemento típico necessário para o agente compreender o sentido material presente no fato. Tal se faz imprescindível para a compreensão do caráter danoso da conduta, sob pena de ocorrer o erro de tipo.<sup>226</sup>

É despreciando conhecer as relações jurídicas e o teor técnico da norma, mas não se pode abrir mão dos pressupostos materiais de proibição, que são justamente o significado material da conduta pretendida. Nesse sentir, é inútil polemizar a relação entre bem jurídico e dolo, como o faz Suay Hernández, porque, na verdade, a relação seria tipo e dolo, havendo apenas um jogo de palavras quando se fala em bem jurídico.<sup>227</sup>

O erro de subsunção ocorre quando o indivíduo questiona o significado dos elementos normativos em abstrato. Não se confunde com o erro de tipo, já que o agente não parte dos fatos. Ademais, a dúvida semântica sem o referencial de um caso concreto apenas pode ter relevância no âmbito do erro de proibição. Porém, na prática, esse caso geralmente resvala para a cegueira

---

<sup>224</sup>*Idem, ibidem*, p. 128-132.

<sup>225</sup>*Idem, ibidem*, p. 135-136.

<sup>226</sup> CONLLEDO, Miguel Díaz y García. **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madrid: La ley, 2008, p. 378-427.

<sup>227</sup>Nesse sentir, é inútil polemizar a relação entre bem jurídico e dolo, como o faz Suay Hernández, porque, na verdade, a relação seria tipo e dolo, havendo apenas um jogo de palavras quando se fala em bem jurídico. CONLLEDO, Miguel Díaz y García. **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madrid: La ley, 2008, p. 368-378.

jurídica, muitas vezes manifestada nas condutas praticadas por convicções exorbitantes do parâmetro social ordinário.<sup>228</sup>

Logo, é possível dizer que a autor adota o antigo conceito de *dolus malus* – o que ele chama dolo objetivamente mal, pois parte da construção do homem médio. O dolo deve abranger aquilo que o homem médio toma como importante para entender o caráter proibido da conduta.<sup>229</sup>

Assim sendo, repassada a teoria de todos os autores acima, com vistas ao desenvolvimento do trabalho, é possível fazer o seguinte apanhado.

Geralmente, o estudo do erro provoca três perplexidades: a) como delimitar o espaço intelectual do dolo, já que este deve abranger todo o conhecimento necessário para saber o significado social da conduta que vai praticar e como saber o momento em que nasce o ônus de se motivar; e, b) além das duas indagações, como dividir essas duas fases processualmente.

Responder a esses pontos são justamente o objeto desta dissertação, que será percorrido nos próximos dois capítulos.

Primeiro, destacar quando nasce o dever de se motivar de acordo com a norma (e. de proibição), o que só pode ser feito por aqueles que tinham condições de conhecer a realidade e, portanto, de agir dolosamente (e. de tipo).

Segundo, apresentar as peculiaridades processuais no reconhecimento dos erros de tipo e de proibição.

Nesse contexto, no que toca ao conhecimento da realidade, a referência ao bem jurídico, para entender o que se exige para o dolo, como diz Conlledo, seria desnecessária, uma vez que este deve abranger todos os elementos contidos no tipo, como pressuposto essencial para compreender a ilicitude da conduta. Não há necessidade de duplicar o problema.

Todavia, não se trata de um *dolus malus*, segundo pretende o autor em comentário, já que não é cabível indagar qual o matiz do elemento normativo, se penal ou extrapenal, tampouco a influência do bem jurídico para que o agente possa perceber o caráter proibido da conduta. Assim também, diferente de Suay, não faria sentido vincular o bem jurídico ao espaço intelectual do dolo. Não haveria porque invocar o bem jurídico, uma vez que, vale repetir, seria duplicar o que deve estar

---

<sup>228</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>229</sup> *Idem, ibidem.*

contido no tipo, posto que o bem já é o objeto do tipo.<sup>230</sup> Em suma, o relevante é que estejam no dolo todos os elementos essenciais à compreensão do pressuposto de ilicitude.

Por óbvio, o conhecimento das circunstâncias de fato por um leigo não pode ser igual ao de um técnico. O nível profano e o técnico precisam dialogar. Novamente deve ser afastada a idéia de Suay de que, se o referencial técnico não encontrar semelhança no mundo profano, é caso de considerar o erro de subsunção como de tipo, já que tal indagação deve ser resolvida no âmbito da constitucionalidade da norma, e não no do erro, posto que normas de difícil compreensão violam o princípio da legalidade.<sup>231</sup>

Em suma, é tarefa do operador do direito traduzir de todas as maneiras possíveis a linguagem técnica para a profana, ou melhor, para aquelas suficientemente claras para o homem leigo compreender o caráter proibido da conduta, que é o sentido material requerido para o dolo. Se isso não for possível, a questão deve ser resolvida no âmbito da constitucionalidade da norma.

Por outro lado, o termo valoração paralela no profano ainda não foi superado, já que nesse termo há uma verdade apontada para o que é o sentido material do tipo, longe de ser o significado abstrato do tipo ou o subjetivismo do que alguém entende sê-lo.<sup>232</sup>

Finalmente, quanto à constatação do que foi conhecido pelo sujeito, o conceito de L-equivalente de I. Poppe diz bem a respeito das dificuldades processuais para entender o que está na cabeça do sujeito.

O conceito de L-equivalentes pode ser útil como uma das ferramentas utilizáveis pelo profissional do Direito, que, a partir da teoria da associação diferencial, pode reconstruir o sentido intencional e extensional da norma jurídica.

Em termos de raciocínio jurídico, as associações diferenciais funcionariam como um *topus* de onde se iniciaria uma construção argumentativa criativa a fim de atender os rigores da prova no processo penal.

---

<sup>230</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: forense, 2005, p. 107.

<sup>231</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: forense, 2005, p. 93-117.

<sup>232</sup> CONLLEDO, Miguel Días y García. **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madrid: La ley, 2008, p. 310-315.

Observe que tal medida vem a ser uma proposta melhor do que aquelas que adotam posições fixas em face da aporia da questão do erro e os elementos normativos do tipo.

Um exemplo dessas posições, dogmaticamente fechadas, é a de Muñoz Conde, cujas ideias serão agora discutidas.

## 1.7 Erro Penal e Política Criminal<sup>233</sup>

### A. Muñoz Conde e Claus Roxin

O erro penal orientado político-criminalmente visa a garantir que os erros de tipo e de proibição sejam aplicados quando a ofensa do bem jurídico não for gravemente censurada. Em última análise, apoia-se num conceito de culpabilidade não mais fundamentado no livre arbítrio, mas na confiança de que o homem possa interagir socialmente e atender a expectativas sociais.<sup>234</sup>

Uma ótima introdução para o tema direito penal e suas consequências político criminais pode ser feita por Claus Roxin, quando ensina que a orientação funcional do injusto não se dá em vista da validade da norma jurídica ou de premissas ontológicas que preexistem à compreensão do real, mas da realidade social cujos conflitos e valores a serem protegidos são expressos no bem jurídico objeto da norma.<sup>235</sup>

O bem jurídico é o ponto de sustentação da funcionalidade do sistema de Roxin, pois a missão última do direito penal é proteger a liberdade do homem.<sup>236</sup>

---

<sup>233</sup> Por se ater aos autores onde a questão do erro foi melhor debatida, não se mencionou a outros que também se consagraram como teóricos funcionalistas, como Jakobs e G. Ordeig.

<sup>234</sup> Nessa toada, há apenas uma mudança de método na tentativa de se livrar da metafísica. Desconsiderar a liberdade de agir do homem significaria mudar a pena por uma medida de segurança. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas bastos, 2002, p. 213-241.

<sup>235</sup> ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal el derecho penal y el proceso penal*. valencia: tirant lo blanch, 2000, p .44-50.

<sup>236</sup> Juarez Tavares chama o sistema de Roxin de funcionalismo impróprio. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del rey, p. 197.

Por isso os fins preventivos da pena devem ser construídos para o conceito de ação pessoal, entendida como decisão de conduta valorativa, uma vez que nela o sujeito expressa quais valores sociais adotou na sua atuação no mundo real.<sup>237</sup>

Muñoz Conde, autor a seguir comentado, adota o que se chama de funcionalismo utilitário, pois considera que a estabilização do sistema jurídico ocorre mediante reações (*output*) a perturbações sociais (*input*) sob o pressuposto da utilidade. Porém, Muñoz Conde não considera o direito penal firmado numa funcionalidade a mercê da norma jurídica ou do bem jurídico enquanto interesse político juridicamente tutelado, e sim à realidade existencial da pessoa humana, ainda que, às vezes, essa realidade seja rotulada de bem jurídico.<sup>238</sup>

O autor em comento assevera que a culpabilidade não se sustenta no livre arbítrio, mas num poder agir de outra maneira, construído pela interação social. O conceito de prevenção seria inerente à culpabilidade na medida em que esta deriva de processo comunicativo, em que devem ser evitados os exageros da punição decorrente de um juízo dedutivo da dogmática penal e os de uma punição tão-só com fins preventivos. O equilíbrio deve ocorrer entre a balança de uma pena justa para reestabelecer a norma e uma pena que cumpra os fins preventivos e integradores dos valores consubstanciados no bem jurídico.<sup>239</sup>

Perceba-se que o sistema de Muñoz Conde é bastante próximo ao de Roxin. E a questão a ser respondida nesse trabalho, que tem uma preocupação processual notória, é saber o quanto cada um desses autores trabalha com a ideia de sistema aberto a vicissitudes da reconstrução do fato no processo.

Como se verá a seguir, Muñoz Conde termina por subordinar a dogmática penal do erro à política criminal segundo concepção particular de humanismo, por isso defende que o erro de tipo deve sempre ter prevalência sobre o de proibição em caso de dúvida de qual espécie de erro cabível.

Por outro lado, Roxin, conforme já adiantado, também reconhece que há situações nebulosas quando há a presença dos elementos de valoração global. Nessas hipóteses, diz que seria o caso de

---

<sup>237</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: civitas, 1997, p 208-230.

<sup>238</sup> CONDE, Francisco Muñoz. **Derecho penal**. Parte general. 3 ed<sup>a</sup>. Valencia: tirant lo blanch, 1998, p. 63-68. Conferir também: TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Del rey, p. 195.

<sup>239</sup> CONDE, Francisco Muñoz. **Derecho penal**. Parte general. 3 ed<sup>a</sup>. Valencia: tirant lo blanch, 1998, p. 320-340.

aplicar o erro de tipo, pois, na prática, haverá quase sempre ausência de informação para compreender as circunstâncias de fato,<sup>240</sup> mas, vale repisar, não fecha o sistema para uma única resposta.

Conquanto não discuta expressamente questões processuais para aplicação do erro penal, o prof. de Munique garante a construção cênica do processo ao reconhecer a importância de um sistema jurídico equilibrado entre a tópica e um conjunto de normas que salvguarde a liberdade humana. Nesse senso, sua posição parece preferível à de Munhoz Conde.

É claro que Roxin não responde a todas as perguntas deste trabalho, uma vez que a estabilidade (equilíbrio) do seu sistema está apoiada num conceito de cultura que funciona como subsistema agregador do sistema de ação humana.<sup>241</sup> Essa posição não é acatada nesta dissertação, em face dos pressupostos epistemológicos já ressaltados, no sentido de reconhecer que valores têm existência dependente da vivência comunitária e, sobretudo, por ser demasiado metafísico falar em sistema ético homogêneo.

O normal é que razões de agir sejam precedentes frágeis, válidos apenas de maneira circunstancial, ainda que apoiados por dimensões de significância universais que revestem um argumento com a qualidade de razoável.<sup>242</sup> Logo, não há como subordinar o sistema jurídico a interesses que, na verdade, não são estáveis.

No âmbito do processo penal, a fim de evitar a irracionalidade, a escolha pelo erro de tipo ou de proibição tem de está estribada em justificações apoiadas em fatos, a exemplo das associações diferenciais, que funcionam como critério tópico-indiciário. Não há como ir além disso, sob pena de se formarem presunções cujos efeitos são imprevisíveis, ora beneficiando, ora prejudicando o réu.

Assim, a importância do trabalho de Roxin deve ser sublinhada porque os critérios penais que estabelece para o erro penal são suficientemente abertos para ser preenchidos no processo penal, a despeito de sua opinião sobre o sistema de cultura. Diferente, ressalte-se, é a posição de M. Conde, que termina por criar presunções destoantes do equilíbrio que deve reger o processo.

---

<sup>240</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: civitas, 1997, p. 299-302.

<sup>241</sup> PARSONS, Talcott. *The structure of social action*. Vol. II. New York – London: free press, 1968, p. 727-775.

<sup>242</sup> SEARLE, John. Fact and value, “is” and “ought,” and reasons for action. *Philosophy in a new century*. Selected essays. New York: Cambridge press, 2008, p. 161-180.

Veja-se a doutrina de M. Conde. O autor ressalta a importância da relevância jurídica da consciência de antijuridicidade na reforma do código penal espanhol em 1983, que adotou a dicotomia erros de tipo e de proibição. Eleva-a como pressuposto de um direito penal democrático, já que este deve dar importância ao agente destinatário de normas e não só ao fato.

Cuida-se de um direito fundamental do cidadão que impõe limites às criminalizações estatais, haja vista que a identificação do cidadão com as políticas públicas não pode ser imposta a qualquer custo.<sup>243</sup>

Reconhece que a teoria estrita do dolo é falha, porque equipara o erro de proibição e o de tipo, de maneira que a consciência atual para o dolo é possível de absolvições incorretas. A teoria limitada do dolo corrige isso, mas, a par de se fiar no conceito de inimidade ao direito, comparando a consciência atual a uma culpabilidade pela vida, termina por comparar o erro de proibição vencível ao de tipo vencível.<sup>244</sup>

Quanto à teoria da culpabilidade, M. Conde diz que ela corrigiu vários problemas. Político-criminalmente, o erro de proibição vencível passou a ter pena atenuada, diferente do erro de tipo, que depende da punição por crime culposos. E a culpabilidade transformou-se num conceito normativo.

No entanto, as críticas não foram poucas à referida teoria. Atacou-se a difícil separação entre tipo e antijuridicidade. P.ex., há elementos normativos que também integram a antijuridicidade, como o valor de R\$ 10 mil reais nos delitos tributários no Brasil.<sup>245</sup> Ou o caso das referências de antijuridicidade, como o já comentado termo “indevidamente” no tipo de prevaricação.<sup>246</sup>

Todas essas críticas, em suma, mostrariam que a teoria da culpabilidade, em variadas hipóteses, também pode ser incompatível com a justiça material, já que pode resultar na punição por erro de proibição vencível em vez do erro de tipo vencível – o qual frequentemente resulta na absolvição por falta de previsão do crime culposos.

---

<sup>243</sup> CONDE, Francisco Muñoz. **El error em derecho penal**. Buenos Aires: rubinzal – culzoni, 2005, p. 19-24.

<sup>244</sup> Idem, *ibidem*, p. 25-33.

<sup>245</sup> Fala-se do limite de R\$ 10.000,00, a fim de que o débito tributário abaixo desse valor seja considerado insignificante. AgRg no REsp 1112241-SC, STJ; HC 9574-PR, STF.

<sup>246</sup> “Prevaricação. Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.”

Por isso que o professor de Sevilha entende que a jurisprudência termine por adotar critérios casuísticos para resolver as situações.<sup>247</sup> Não obstante, M. Conde acredita que é possível elaborar uma teoria sobre o tema.

Fala-se, então, de uma teoria do erro orientada às consequências, cuja originalidade é de afastar o pré-julgamento de premissas dogmáticas de cunho dedutivo. O autor acrescenta que sua teoria encontra supedâneo na doutrina de Roxin, que ensaiou uma nova metodologia para o direito penal, em que haveria uma junção entre política criminal e sistema de direito.<sup>248</sup>

A administração da justiça deve estar consciente das consequências de suas leis e de como a sociedade as absorve – o que o autor rotula orientação *in put*. O direito penal não vive de um conceito abstrato de justiça, mas dos efeitos que produz no corpo social.<sup>249</sup>

A relação entre direito penal e seus efeitos se enxerga quando se abre a vestimenta teórica para compreender que o direito penal é parte do sistema social agregado por forças econômico-sociais.<sup>250</sup>

O processo de motivação de um sujeito não é estritamente psicológico, mas se origina de subsistemas sociais espelhados em diferentes formas de agir. Logo, o delito é reflexo de subsistema social destoante do sistema social oficial, consubstanciado na ordem jurídica.<sup>251</sup>

Assim, a antijuridicidade é parte de um discurso oficial que não pode ser imposto a ferro e fogo através das normas penais. Cumpre relevar as consequências político-criminais da decisão.

E quais seriam as consequências? Optar por erro de tipo, com risco da vencibilidade levar à absolvição, ou, por erro de proibição, com a mera diminuição de pena, que também seria uma opção compatível segundo o ângulo lógico e dogmático.

---

<sup>247</sup> CONDE, Francisco Muñoz. **El error em derecho penal**. Buenos Aires: rubinzal – culzoni, 2005, p. 33-46.

<sup>248</sup> *Idem, ibidem*, p. 113-116.

<sup>249</sup> *Idem, ibidem*, p. 119-120.

<sup>250</sup> Por isso deve-se sempre desnudar o papel ideológico da função da pena geral positiva. CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal e controle social**. Rio de Janeiro: forense, 2005, p. 22-30.

<sup>251</sup> CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal e controle social**. Rio de Janeiro: forense, 2005, p. 26.

M. Conde defende que a escolha deve se guiar pelo erro de tipo porque é um antecedente analítico da antijuridicidade e também porque as manobras do Estado para reconhecimento da política de tributos – ou de qualquer direito penal acessório – não pode ser feita mediante a manipulação do Direito Penal.<sup>252</sup>

A mudança de postura significa uma alteração do próprio entendimento da culpabilidade, que deixa de ser somente uma categoria dogmática de reprovação de decisões individuais. A culpabilidade esconde em sua estrutura o jogo de forças sociais sobre o que seja tolerado. É um fenômeno social, antes de individual. Portanto, há uma relação entre culpabilidade e prevenção geral que não pode ser olvidada.<sup>253</sup> O dever de ser motivar de acordo com a norma tem de ser cotejado com o custo que o Estado impõe aos particulares para cumprir esse dever, o qual não pode ser excessivo, mormente no direito penal acessório.

Nesse raciocínio, o erro de proibição seria um espaço de negociação entre o direito penal e o indivíduo, buscando compor o equilíbrio entre a vigência da norma penal e a liberdade do homem.

É de se firmar que a consciência potencial de ilicitude, própria do erro de proibição, diferiria da consciência exigida no dolo, pois aquela se refere ao aprendizado social que torna o indivíduo capaz de valorar sua conduta e a segunda consciência é o conhecimento necessário para entender a conduta que pratica.<sup>254</sup>

Muñoz Conde assevera ainda que o comportamento correto da vida cotidiana não se adquire através de normas abstratas, mas em situação de interação, que pode ser muito bem captada pelos práticos jurídicos a quem cabe intermediar a linguagem da vida cotidiana e da vida técnica.<sup>255</sup>

---

<sup>252</sup> CONDE, Francisco Muñoz. El error em el delito de defraudación tributaria Del artículo 349 del código penal. **ADPCP**, Tomo XXXIX, fascículo II, 1986, p. 387 – 393. Disponível em [Http://www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net), 15.01.2012.

<sup>253</sup> CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. Trad. de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: fabris, 1988, p. 128-131.

<sup>254</sup> CONDE, Francisco Muñoz. El error em el delito de defraudación tributaria Del artículo 349 del código penal. **ADPCP**, Tomo XXXIX, fascículo II, 1986, p. 387 – 393. Disponível em [Http://www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net), 15.01.2012.

<sup>255</sup> CONDE, Francisco Muñoz. **El error em derecho penal**. Buenos Aires: rubinzal – culzoni, 2005, p. 69-70.

Assim, o conhecimento de antijuridicidade não é um problema psicológico individual, mas uma questão.<sup>256</sup> Impende que o direito penal olhe para isso, a fim de evitar decisões casuísticas e não formalizáveis como é comum em sistemas sociais não jurídicos.<sup>257</sup>

Ademais, contornados os limites entre os erros penais, é se lembrar que, se a diferença entre tipo e antijuridicidade é nítida no plano conceitual, não o é no plano teórico legislativo que utiliza simultaneamente conceitos pertencentes à tipicidade e à antijuridicidade.

Assim, conclui Muñoz Conde, ante o problema incontornável de distinguir erro de tipo e de proibição, mais uma vez, o autor diz que é preciso atentar para o caráter seqüencial das distintas categorias do erro penal. Uma vez solucionado o problema do erro de tipo, adentrar-se-ia na questão do erro de proibição.<sup>258</sup>

Segundo o prof. M. Conde, é preciso ter-se em mente que a distinção não é fácil quando se debruça sobre as questões concretas, especialmente se houver a presença de elementos de valoração global do fato.

Logo, a pergunta seria: onde será posto o custo da vida em sociedade? Se na conta do cidadão, que tem o dever de se informar, erro de proibição; se no do Estado, que não pode considerar a vigência da norma independente da legitimidade da prescrição, erro de tipo.

Tendo em conta que o direito penal é para tutelar a liberdade pessoal, entre os erro de tipo e de proibição deve se resolver com a incidência do erro de tipo, sempre.<sup>259</sup>

O argumento contrário à posição expendida seria a lacuna de punibilidade, em prejuízo da efetividade das políticas públicas, mas isso se evita, já que, quando se trata de delitos artificiais, onde há maior prática do erro, o ônus deve ser do Estado, eis que o particular não é obrigado a

---

<sup>256</sup> Segundo o autor em tela, a importância de distinguir entre o erro de tipo e de proibição não se dá apenas em sua vencibilidade; todavia também quando invencível, pois para o erro de tipo há exclusão do tipo e, para a proibição, da culpabilidade, ou seja, trata-se de distinção de suma importância para fins de autoria e participação. CONDE, Francisco Muñoz. **El error em derecho penal**. Buenos Aires: rubinzal – culzoni, 2005, p. 59.

<sup>257</sup> CONDE, Francisco Muñoz. **El error em derecho penal**. Buenos Aires: rubinzal – culzoni, 2005, p. 59, p.117.

<sup>258</sup> CONDE, Francisco Muñoz. **El error em derecho penal**. Buenos Aires: rubinzal – culzoni, 2005, p. 69-70.

<sup>259</sup> *Idem, ibidem*, p. 122-123

conhecer normas mutáveis em descompasso com a evolução social, especialmente quando existem sanções administrativas que suprem a omissão do ramo penal.<sup>260</sup>

Em suma, Francisco Muñoz Conde procurou superar o conflito entre norma estatal e liberdade individual, dando preferência à solução que privilegie a pluralidade de convicções manifestadas no livre agir.

Pois bem. Eis o momento, então, de tecer comentários sobre a teoria de Munhoz Conde, em complemento ao que foi exposto no início deste tópico.

Os estudos sobre o erro penal sempre falharam porque não se atentaram à natureza pragmática do processo.<sup>261</sup> E isso ocorre porque a consciência de antijuridicidade não é suscetível de ser provada diretamente. Em vez disso, é preciso que fatos indiretos sejam constatados do ponto de vista empírico.

Por isso que no próximo capítulo será abordado o conceito de associação diferencial. Tal ferramenta deve ser usada no processo penal como um *topus*, o qual, junto a outros indícios, assinalará o que se passa na cabeça do réu.

Para tal tarefa, o interacionismo simbólico de G. Mead tem muito a contribuir, uma vez ser o fundamento epistemológico para compreender a relação do indivíduo com os outros.

Conforme reconheceu o próprio M. Conde, a reprovação político criminal, no âmbito da culpabilidade, deve observar comportamento da vida cotidiana. Só nesse contexto se pode reprovar quem não exerceu o ônus de se motivar de acordo com a norma.

Tomando como pressupostos os aprendizados comuns numa sociedade, dificilmente se aceita que alguém desconheça normas penais clássicas como não matar e não roubar, haja vista que tais normas ajudam a formar a própria personalidade do indivíduo. Por outro lado, normas artificiais e mutáveis, como as do direito penal econômico, só podem ser esclarecidas quando o indivíduo exerce atividades em determinado círculo social onde as relações são dependentes do conhecimento da norma ou quando o particular resolve ingressar nesses âmbitos especialmente regulamentados.

---

<sup>260</sup> *Idem, ibidem*, p. 75-76.

<sup>261</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: forense, 1997, p. 30-35.

Nessa senda, o aprendizado social-comunitário e técnico pode ser inferido a partir do círculo social do agente, uma vez que as associações diferenciais de cada um revelam a própria personalidade em face da simbiose entre o “eu” e o outro.<sup>262</sup>

Não obstante, é de se criticar a opinião de Muñoz de que o direito penal acessório merece ser visto com maior benevolência do que o direito penal clássico, já que o primeiro representaria um corpo de normas sem identidade social.

Ora, como bem critica Buján-Perez, o bem jurídico imediato no direito penal acessório são sempre questões individuais ou supraindividuais ou difusas com referência concreta, as quais devem ser objeto do dolo, sob pena de o sujeito não saber como se conduzir fiel à norma.<sup>263</sup>

O bem jur. imediato é o interesse diretamente tutelado com o cumprimento da norma, p.ex., retomando o exemplo dos delitos fiscais, o bem imediato seria a integridade do patrimônio do Estado na específica relação censurada, enquanto que o mediato o respeito à política fiscal como um todo, que, variavelmente, não se afronta com um ataque de médio ou pequeno valor. Por outro lado, acrescente-se também que os delitos acessórios são praticados por um público específico, onde há um dever de se informar mais rigoroso do que para os demais cidadãos.<sup>264</sup>

Posto isso, é de se ver que o direito penal acessório é compatível com o direito penal clássico, haja vista que o objeto de tutela é sempre uma relação jurídica concreta, violada ou posta em perigo. E isso se dá diretamente com o bem jur. imediato, cuja violação se reflete nos direitos conexos, como a liberdade de agir e outros direitos fundamentais, que ficam prejudicados com a falência das políticas públicas.<sup>265</sup>

---

<sup>262</sup> MEAD, George H. **The philosophy of the present**. Amherst - New York: Prometheus, 2002, p. 73-91.

<sup>263</sup> O bem jurídico individual, p.ex., seria uma relação de consumo em que houve o produto que causou dano antijuridicamente; o bem supraindividual seriam as relações econômicas que não teriam um sujeito passivo pessoa física, p. ex., venda com preços abaixo do regulamentado, mas que trataria de uma relação concreta, individualizando o infrator. Assim, o bem jurídico imediato funciona como um intermediário entre o problema concreto e o bem difuso (que não afetam a totalidade das pessoas) ou geral (que afetam a totalidade das pessoas). MARTÍNEZ-Buján Pérez, Carlos. **Derecho penal econômico**. Parte General. Valencia: tirant lo blanch, 1998, p. 90-117.

<sup>264</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>265</sup> MARTÍNEZ-Buján Pérez, Carlos. **Derecho penal econômico**. Parte General. Valencia: tirant lo blanch, 1998, p. 113-117.

Também é criticável a opinião M. Conde no sentido de que, nos delitos penais acessórios, o ônus da desinformação é do Estado, por isso deveria ser suportado no espaço do erro de tipo. Ora, se existem sanções administrativas que também punem o fato, o conhecimento da norma, em si, é despreciando para o dolo, logo a imputação deveria ser discutida no âmbito do erro de proibição.<sup>266</sup>

Por último, a análise da teoria de Roxin é necessária, já que ele foi o grande divulgador da relação entre direito penal e política criminal, ao afirmar a necessidade de se pensar o sistema penal a partir do problema (do caso concreto e da prevenção da pena), tendo o cuidado de manter o sistema aberto para a construção tópica inerente à aplicação do direito.

Os institutos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade devem estar abertos às exigências do mundo político, que é o palco para se discutir as consequências desejáveis do direito penal. O “link” entre direito penal e política se daria com o bem jurídico, objeto de tutela do primeiro no caso de ser necessária a sua intervenção.<sup>267</sup>

A ação, tradicionalmente entendida como ontologicamente finalista, passaria a ser um conceito normativo, que demonstra a personalidade do agente, por se tratar algo que pode imputado tão só a uma pessoa.

É ainda um conceito unitário, pois é o elo entre o tipo penal e os elementos do delito; no entanto, ela está sob o filtro do que é juridicamente permitido ou proibido, fora disso, a ação não interessa ao direito penal.<sup>268</sup>

O tipo, baluarte do princípio da legalidade, teria a função de motivar a conduta do agente de acordo com a norma; a antijuridicidade, a tradução jurídica dos conflitos sociais enxergados segundo a ótica dos princípios da autoproteção, proporcionalidade e outros; e, por fim, a culpabilidade, transmutada no conceito de responsabilidade, pois, além da reprovação pessoal, dever-se-ia aglutinar os fins da pena, notoriamente o da prevenção.<sup>269</sup>

---

<sup>266</sup> JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal**. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 407-410.

<sup>267</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Buenos Aires: hammurabi, 2006, p. 31-74.

<sup>268</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: civitas, 1997, p. 194 e p. 265-266.

<sup>269</sup> *Idem, ibidem*.

Como este trabalho disserta sobre o erro e a consciência de antijuridicidade, é válido se deter mais no conceito de culpabilidade. É dito que a culpa é necessária mas não suficiente para a pena.

A culpabilidade seria uma reprovação porque que não se motivou de acordo com a norma a despeito de poder. Não se funda no livre-arbítrio, mas nas exigências do ordenamento consentâneas com as circunstâncias da realidade e com a capacidade de agir do sujeito. Verificada a culpa, ainda haveria necessidade de valorar se haveria necessidade da pena segundo a finalidade preventiva positiva e geral do direito penal – aqui já seria o momento da responsabilidade como categoria que abrangeria a culpa.<sup>270</sup>

Dessa maneira, no dolo deveriam estar todas as informações necessárias para que o sujeito tivesse a capacidade de se motivar juridicamente.

Roxin tenta inserir a política criminal na teoria do delito, corrigindo, segundo ele, problemas da teoria finalista, a qual tinha incorporado nuances ontológicas, como o agir final aristotélico, sem destacar a importância da situação individualizada.<sup>271</sup>

Um das aporias do finalismo, segundo o autor, é o significado social do injusto presente nos elementos do tipo não dirigíveis pela vontade. P.ex., à baila, o exemplo da injúria. Como o sujeito apreende o sentido social do tipo a partir de elementos causais? É sem razoabilidade compreender a injúria como a direção final das ondas sonoras. Tal estranhamento tem como causa o fato da teoria finalista tentar deduzir soluções ontológicas para questões políticas, em vez de seguir a concepção valorativa do agir prático.<sup>272</sup>

<sup>270</sup> A pena não se sustentaria no medo (prevenção negativa) e prescindiria instrumentalizar o homem (prevenção especial). ROXIN, Claus. **Culpabilidade y prevención en derecho penal**. Madrid: réus, 1981, p. 57-114. A categoria da responsabilidade estaria fundada em duas premissas: a) a dogmática deve estar descerrada à política criminal; b) e, a despeito disso, não se pode abrir mão dos princípios do Estado democrático de Direito. ROXIN, Claus. **Culpabilidade y prevención en derecho penal**. Madrid: réus, 1981, p. 149-150.

<sup>271</sup> “(...) onde Welzel vislumbrava um Direito Penal orientado à conformação moral dos cidadãos, Roxin encontrava a tarefa de prevenir a prática de delitos; onde Welzel imaginava um sujeito racional, Roxin se limitava a aceitar a indemonstrabilidade do livre-arbítrio; à pena como retribuição da culpa, de Welzel, Roxin ofereceu a pena orientada às finalidades de prevenção.” TANGERINO, Davi de P. Costa. **Culpabilidade**. Rio de Janeiro: campus, 2011, p. 85-86.

<sup>272</sup> ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. **Revista brasileira de ciências criminais**, ano 18, nº 82, jan.-fev./2010, São Paulo: IBCCRIM, p. 29-47. A perspectiva normativa, conquanto tenha uma base empírica, interpreta os fatos segundo o alcance das normas. “Causalidade e finalidade são categorias do ser, e as teorias que nelas se baseiam somente podem explicar o que é um homicídio, um dano

Assim, arremata Roxin, se o dolo deveria abranger todo o conhecimento necessário para se motivar, o erro de tipo, por óbvio, é quando na representação de alguém falta um elemento do tipo ou tem uma representação equivocada dele. O erro de tipo, portanto, é quando se tem o conhecimento equivocado ou a ausência da ciência das circunstâncias do fato, enquanto que o erro de proibição relaciona-se ao ônus de se motivar de acordo com o direito.

O direito penal deve estar atento às razões de distinção entre os erros e suas respectivas consequências, haja vista que tanto a percepção sensorial quanto a valorativa são essenciais para a compreensão dos fatos, tornando às vezes imprecisa a distinção entre os dois erros.<sup>273</sup>

Por ex., para melhor compreender o pensamento de Roxin, cumpre recordar o caso em que o elemento intelectual do dolo não pode abrir mão das qualificações jurídicas para compreender as circunstâncias de fato, posto estar orientado segundo a fórmula de Mezger “valoração paralela na esfera do profano”. Nesses casos, *quid juris*, seria hipótese de erro de tipo ou de proibição?

Desde logo, Roxin afasta a hipótese de erro de subsunção, o qual é irrelevante, haja vista que o elemento intelectual do dolo prescinde da discussão em abstrato do significado da norma jurídica.<sup>274</sup>

Quando o erro resvala unicamente para a antijuridicidade da ação típica, é hipótese de erro de proibição. O que ocorre com os elementos de valoração global do fato. Vejamos: termos como

---

ou uma lesão, desde esses postulados. Ao contrário, a partir da concepção aqui desenvolvida, cada homicídio – só para ficarmos com este exemplo – pressupõe, certamente, um substrato empírico. Mas a questão de se uma causação da morte representa uma ação homicida é um assunto que deverá decidir-se normativamente, segundo a observância ou a superação do risco permitido. (...) Portanto, a teoria da imputação objetiva resulta à constituição do injusto penal muito mais produtiva que as categorias ontológicas valorativamente cegas, como, efetivamente, são a causalidade e a finalidade.” ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2009, p. 42 e 43.

<sup>273</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: civitas, 1997, p. 458-462.

<sup>274</sup> *Idem, ibidem*.

indevidamente (arts. 151; 311, §2º; 311-A, e outros do código penal brasileiro)<sup>275</sup> contêm um sentido social, de maneira que a discussão de tais termos e quejandos recai, em tese, no erro de proibição.

Porém, só em tese seria erro de proibição, já que, quando não há um sentido social para os termos discutidos acima e outros, de modo que o sentido jurídico seja o próprio social, essas valorações integram o conhecimento do dolo, conquanto sejam praticamente idênticas ao juízo de antijuridicidade. Trata-se de elementos de valoração global do fato indivisíveis, p. ex., se o devedor não sabe, ante a relação jurídica concreta, o que é débito tributário, não há como pressupor a existência do dolo, ainda que tal vocábulo também influa no sentido de antijurídico do fato.<sup>276</sup>

Quando se trata das leis penais em branco, o raciocínio é o mesmo do já desenvolvido para os elementos normativos do tipo. A princípio, o desconhecimento da norma integradora é erro de proibição, porém, quando o conhecimento dessa norma é essencial para a compreensão concreta acerca dos fatos, já se adentra no campo do erro de tipo.<sup>277</sup>

Roxin descarta as opiniões extremas sobre o dolo, entre a exigência de um conhecimento refletido e de um conhecimento marginal, o qual se confundiria com a culpa consciente.

Ele diz que é necessário tomar emprestado o conceito de coconsciência, desenvolvido por Platzgummer, com base na psicologia de associação, porque os conceitos da natureza e da cultura são incorporados ao indivíduo que os vivencia.

Essa doutrina se aproxima do conceito cunhado por Schmidhäuser, quando, com base na psicologia da linguagem, diz que o dolo se refere a uma consciência material do conceito (fatos), ao tempo em que o sentido de antijuridicidade seria uma consciência lingüístico-conceitual.<sup>278</sup>

---

<sup>275</sup>**Violação de correspondência** Art. 151 - Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. **Adulteração de sinal identificador de veículo automotor.** Art. 311 - Adulterar ou remarcar número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento: Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa. (...) § 2º - Incorre nas mesmas penas o funcionário público que contribui para o licenciamento ou registro do veículo remarcado ou adulterado, fornecendo indevidamente material ou informação oficial. **Fraudes em certames de interesse público.** Art. 311-A. Utilizar ou divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso de: (...)Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

<sup>276</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. **Parte General.** Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: civitas, 1997, p. 464-465.

<sup>277</sup>*Idem, ibidem.*

<sup>278</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: civitas, 1997, p. 472-475.

É claro, argumenta Roxin, que a consciência implícita pode trazer alguns perigos, haja vista que é tentadora a idéia de presunção de dolo ante experiências prévias. Por isso deve-se atentar para o caso concreto. E, como será dito adiante, a reprovação não se dá pelo passado do sujeito, mas pela omissão prévia que o levou assumir risco de fato futuro e determinado.<sup>279</sup>

Dessa forma, avaliando a tese de Roxin, o estado da arte demonstra que a discussão sobre a relevância do erro penal está presa ao grau de tolerância política com a ignorância jurídica, denotando o equilíbrio que deve haver entre aquele que ignora por sua própria condição existencial (boa-fé) e o que tenta se beneficiar da ignorância.

Pontilhados os principais pontos a respeito do erro penal e da política criminal, é necessário verificar a contribuição da doutrina nacional ao tema sobre a distinção entre erro de tipo e de proibição quanto aos elementos normativos do tipo.<sup>280</sup>

## **B. Polêmica no Direito Brasileiro**

Como os dois próximos capítulos deste trabalho já serão direcionados a responder à indagação de nosso problema – mediante a verificação da hipótese de que os erros de tipo e de proibição podem ser diferenciados, entre outros critérios, em função da história de vida do sujeito –, agora deve ser feita uma análise da doutrina brasileira, para ficar claro o paralelo de reflexões com os autores estrangeiros já citados, bem assim as divergências; tudo para caracterizar o que pensa nossa doutrina.

Antes, porém, registre-se um rápido panorama dogmático. O código penal brasileiro de 1940 se filiava à teoria do dolo e à irrelevância do erro de direito. Os artigos 14 e 48, III, admitiam apenas a atenuação de pena com base na ignorância legal.<sup>281</sup> O código penal militar de 1969, em seu art.

---

<sup>279</sup> Ademais, o conceito de coconsciência não explica as ações automatizadas ou passionais. Nesses dois casos, é preciso observar se o sujeito tinha ao menos consciência do resultado que produziu. *Idem, ibidem*, p. 476.

<sup>280</sup> Fala por si a observação de García Conlledo, quanto a equiparar teorias. Apesar de elas adotarem o mesmo rótulo (erro de tipo e de proibição, p.ex.), o problema de comparar teorias é que cada autor dá aos rótulos efeitos particulares, dificultando-se comparações doutrinárias. CONLLEDO, Miguel Días y García. **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madrid: La ley, 2008, p. 368-378.

35,<sup>282</sup> e o código penal de 1969, que nunca entrou em vigor, em seu art. 20,<sup>283</sup> também adotavam o dogma da irrelevância do erro de direito. A lei de contravenção penal, ainda vigente, em seu art. 8º,<sup>284</sup> admite o perdão judicial facultativo em caso de ignorância ou errada compreensão da lei. Já o atual código penal/1984, como cediço, adota os erros de tipo e de proibição, conforme os artigos 20 e 21.<sup>285</sup>

É interessante também perfilar as exposições de motivos dos respectivos códigos penais, averbando a evolução doutrinária. O código de 1940, na nota 14 atesta que não se faz distinção entre erro de direito penal e erro de direito extrapenal. A do código de 1969 diz que o erro de direito extrapenal é equiparado ao erro de fato, conforme o entendimento consagrados pelas doutrina e jurisprudência pátrias. A exposição de motivos do código penal de 1984 já reconhece, na nota 18, a escusabilidade da falta de consciência da ilicitude, eliminando-se os resíduos de responsabilidade objetiva, bem assim abraça a teoria limitada da culpabilidade na nota 19.

Pois bem, agora cumpre pontuar as contribuições dos autores brasileiros ao tema desta dissertação.

É conhecida a posição de Nélson Hungria, defendendo a irrelevância do erro de direito. Tal se justifica, naturalmente, em razão da época em que o autor publicava seu pensamento, haja vista

---

<sup>281</sup>“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. - Circunstâncias atenuantes - Art. 48. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:III - a ignorância ou a errada compreensão da lei penal, quando excusáveis.”

<sup>282</sup> Êrro de direito - Art. 35. A pena pode ser atenuada ou substituída por outra menos grave quando o agente, salvo em se tratando de crime que atente contra o dever militar, supõe lícito o fato, por ignorância ou êrro de interpretação da lei, se excusáveis.

<sup>283</sup>Art. 20. A pena pode ser atenuada ou substituída por outra menos grave, quando o agente, por excusável ignorância ou êrro de interpretação da lei, supõe lícito o fato. (Êrro de direito).

<sup>284</sup> Art. 8.º No caso de ignorância ou errada compreensão da lei, quando excusável, a pena pode deixar de ser aplicada.

<sup>285</sup>Erro sobre elementos do tipo (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) - 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). Erro sobre a ilicitude do fato (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) - Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

que, segundo ele, o grau de ignorância da sociedade brasileira prejudicaria a vigência do ordenamento nacional caso o erro de direito fosse considerado relevante.<sup>286</sup>

Logo, ainda diz Nelson Hungria, no Brasil não poderia ser aplicada a discussão alemã de unificação dos erros, ou até da relevância do erro de direito, com pressupostos diversos do erro de fato. Lembre-se de que o *error juris nocet* é uma questão de política criminal, para garantir a vigência da ordem jurídica brasileira, a fim de evitar a falência da defesa social.<sup>287</sup>

Nesse passo, o erro de fato seria relevante e consistiria na suposição da inexistência de elemento de fato integrante do crime ou, o que não interessa à dissertação, equivocadamente pensar sobre a existência de situação de fato excludente da injuridicidade da ação. O padrão de avaliação seria sempre o tipo psicológico do homem médio. E, dogmaticamente, como o Código Penal da época era filiado à teoria do dolo, absolviam-se em vista do agente não ter a consciência de antijuridicidade ou da possibilidade de consciência (ausência de culpa) para compreender o fato.<sup>288</sup>

Aníbal Bruno, por sua vez, reconhece que a completa irrelevância do erro penal é incompatível com o princípio da culpabilidade.<sup>289</sup> E, além da consideração técnica, há a consideração de justiça, especialmente em face de normas jurídicas de difícil assimilação social. Por isso não deixa de ser razoável a posição que dá igual relevância entre os erros de fato e de direito. O importante é que, para o erro de direito ser relevante, deve afetar a consciência de antijuridicidade do sujeito, a mercê da difícil questão probatória.

Geralmente, diz A. Bruno, o próprio erro de direito pode gerar erro de fato, como no caso de alguém que ignora a qualidade de funcionário público da vítima, sendo, na verdade, um erro sobre os elementos integrantes do tipo.<sup>290</sup> Por fim, o professor pernambucano também critica a distinção

---

<sup>286</sup> HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao código penal**. Vol. I. Tomo II. Arts 11 a 27. Rio de Janeiro: forense, 1978, p. 216-221.

<sup>287</sup> De qualquer maneira, dando pitaco na polêmica alemã, Hungria discorda da classificação entre erro de direito penal e extrapenal, pois, a exemplo de K. Binding, reconhece que a norma penal é uma só, não importa se faz referência a outro ramo do direito. *Idem. Ibidem.*

<sup>288</sup> *Idem. Ibidem*, p. 225-233.

<sup>289</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo 2º. Rio de Janeiro: forense, 1967, p. 113-116.

<sup>290</sup> *Idem. Ibidem*, p. 119-120.

dos erros de direito penal e extrapenal, eis que o vício no movimento psíquico-normativo penal é o mesmo nas duas espécies de erro.<sup>291</sup>

Everardo Luna ofereceu importantes contribuições ao estudo do nosso problema, já sob o giz da reforma penal de 1984 (art. 21, CPB). Primeiro considera que a consciência de antijuridicidade deve ser atual e que deve ter como objeto o sentimento de contrariedade ao Direito, não se vinculando apenas à categoria penal. Devem-se afastar as posições extremas de se identificar a consciência de antijuridicidade com a consciência de punibilidade, bem assim com a consciência social do fato. Vale o termo médio, pois.<sup>292</sup>

A razão é ser o crime um fato antijurídico porque, primeiro, ele é contrário ao ordenamento jurídico (antijuridicidade geral) e depois por ser contrário ao ordenamento penal (antijuridicidade especial), numa relação de gênero e espécie. Logo, basta a consciência de contrariedade ao gênero.<sup>293</sup>

Contudo, quando se trata da antijuridicidade especial, ou seja, aquela prevista no tipo penal, como o termo “indevidamente”, E. Luna chama o leitor à reflexão, pois, nesse caso, em que há elemento alusivo à antijuridicidade, tal expressão vocabular deve ser objeto do dolo; e o erro se resolve na absolvição ou na punição de crime culposos, se houver previsão normativa para tanto.<sup>294</sup>

Quanto ao tema da ignorância da lei, bastante atual com o direito penal econômico, Everardo Luna não deixou de analisá-lo,<sup>295</sup> ao dizer que a inescusabilidade referida na cabeça do art. 21, do CPB, deve ser entendida como simples desconhecimento da punibilidade do fato. Às vezes, frisa o autor, a antijuridicidade, como contrariedade à norma geral ou penal, pode depender do

---

<sup>291</sup> É essencial dizer que, em face do sistema normativo da época, A. Bruno reconhece que o erro de direito é irrelevante, ressalvadas as atenuações legais. BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo 2º. Rio de Janeiro: forense, 1967, p. 112-120.

<sup>292</sup> LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de direito penal: parte geral, com observações à nova parte geral do código penal**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 245-253

<sup>293</sup> Essa classificação não se confunde com a qualificação de o crime também ser um fato jurídico, porque previsto pelo direito. LUNA, Everardo da Cunha. **Estrutura jurídica do crime**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 3-4 e 53-54.

<sup>294</sup> LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de direito penal: parte geral, com observações à nova parte geral do código penal**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 245-253

<sup>295</sup> LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de direito penal: parte geral, com observações à nova parte geral do código penal**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 257-260.

conhecimento da lei, haja vista esta ser a porta da entrada para o conhecimento do comportamento contrário ao direito.

Nesse contexto, é possível rápido comentário sobre o pensamento de E. Luna. Ele tem razão ao asseverar que não basta o indivíduo saber que a conduta agride normas sociais, mas também deve saber que viola o direito. É preciso, inclusive, acrescentar que, no caso de normas jurídicas do direito penal secundário, há um especial dever de conhecer a lei em face da especificidade normativa da matéria.

Sob outro ângulo, a exigência de consciência de antijuridicidade atual esvazia o conceito de reprovação normativa da culpabilidade, fase em que o intérprete do direito só deve chegar após passar pelo exame da coconsciência exigida para o dolo. Esse caminho é longo e tenta compatibilizar o direito penal do fato oposto a um direito que privilegie a cegueira jurídica.

Quanto à antijuridicidade especial, E. Luna intuiu a discussão central desta tese, que é cuidar do problema do elemento normativo que influi tanto para a consciência de antijuridicidade implícita no dolo quanto no ônus de se motivar para agir de acordo com o Direito. Em palavras concisas, a pergunta é: como tratar o desconhecimento de elementos que influem para a coconsciência do sujeito e para a possibilidade de se motivar de acordo com a norma?

Todavia, a solução proposta por E. Luna não se ajusta à proposta da dissertação, porque o problema é resolvido segundo a teoria estrita do dolo. Assim, é ruim do ponto de vista político criminal, já que pode levar a absolvição de boa parte dos casos na situação do erro vencível. E também não é boa sob a luz da boa dogmática do delito, já que para E. Luna a consciência de antijuridicidade atual integra o dolo.

Passe-se, agora, à doutrina de Alcides Munhoz Netto. Ele escreveu monografia de excelente valor, onde recapitulou as dúvidas sobre o erro de proibição.<sup>296</sup>

No tema em apontamento, disse que a dogmática ainda está sob os escólios dos direitos romano e canônico.

Como já visto, no tópico sobre a história do erro, no período clássico, em Roma não havia notícias de mitigação do princípio da irrelevância da *ignorantia juris*. Mas, em época posterior, as glosas pós-clássicas registraram as exceções do princípio em tela para mulheres, menores, soldados ou rústicos. O direito canônico, outrossim, reconheceu a relevância do erro relativamente às

---

<sup>296</sup> MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: forense, 1978.

violações de normas locais emanadas dos bispos, bem assim nas hipóteses em que o erro não fosse consequência da negligência grassa.<sup>297</sup>

No século XV, as regras canônicas viraram regras do direito comunitário, presentes na relevância do erro de proibição em leis recentemente publicadas, de difícil interpretação, em normas locais não conhecidas por forasteiros etc.. É sintomática a distinção entre pena *vindicativae* e as *medicinales*: para a aplicação das primeiras bastaria o conhecimento criminal do fato, ao tempo que para as segundas dever-se-ia saber que a conduta estava censurada pela norma em específico.<sup>298</sup>

Nesse contexto, a questão do erro já anunciaria o cuidado com a aplicação tópica-indiciária das normas. O perdão obedeceria a quatro ponderações: a) natureza universal ou convencional da norma violada; b) natureza particular da norma; c) estar o erro baseado em interpretações equivocadas de órgãos públicos – os entes públicos podiam ser de natureza judicial ou administrativa; e d) o caráter disseminado do erro.<sup>299</sup>

A primeira alínea vigeria sobre os crimes naturais e políticos, em que estes teriam mitigada a sua obrigatoriedade, com absolvição ou diminuição de pena, haja vista que se cuidam de normas de pouca convivência social. O segundo caso ocorre ao ser a lei ambígua, ou quando a lei tem publicação recente, envolvendo o princípio da legalidade.

Aliás, essas duas alíneas merecem a concordância de Juarez Cirino dos Santos, que diz ser uma imposição político criminal, pois o Estado não pode impor o conhecimento de normas apartadas das convenções comunitárias.<sup>300</sup>

O terceiro caso seria a verdadeira proteção da boa-fé civil, já que, como bem explica Jakobs, funcionalmente o direito não pode censurar aqueles que se baseiam em informações do próprio Estado, agindo dentro de sua esfera de competência.<sup>301</sup> Ressalvam-se hipóteses de informações

---

<sup>297</sup> MUNHOZ NETTO, Alcides. Erro de fato e erro de direito no anteprojeto de código penal. **Revista brasileira de criminologia e direito penal**. Ano I. Jan.-Março, 1964, p. 55-76.

<sup>298</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>299</sup> MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: forense, 1978, p. 95-100.

<sup>300</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. Rio de Janeiro: Freitas bastos, 2002, p. 240-241. Essa também é a opinião de MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico-penal**. São Paulo: RT, 2009, p. 161-163.

<sup>301</sup> JAKOBS, Günther. Conocimiento y desconocimiento de la norma. In: JAKOBS, Günther e STRUENSEE, Eberhard (Org.). **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Buenos Aires: hammurabi, p. 55-81.

grosseiramente fornecidas, já que a expectativa de vigência das normas estaria frustrada por causa de erro manifesto.<sup>302</sup> Já a quarta hipótese, segundo Munhoz Netto, seria influência da também doutrina civilista – *error communis facit jus* – que é uma espécie de boa-fé coletiva, em função da sociedade vivenciar um sentido de antijuridicidade diferente do prescrito na norma.<sup>303</sup>

Todavia, arremata o autor brasileiro em comentário, todos os critérios acima são insatisfatórios, porque dependem do poder discricionário de verificar a situação concreta. Logo, considera a ideia do homem médio ser afastada, porque o exame do perdão do erro atua sob o parâmetro da imprudência jurídica, a fim de censurar aquele que podia se aperceber dos valores ético-sociais da vida dos seus iguais.<sup>304</sup> Com efeito, há uma abertura da parte geral do direito penal a valorações político-criminais no estudo da espécie concreta.

Munhoz Netto segue a linha de que não há distinção entre o erro de direito penal e extrapenal. Afirma que o importante não é distinguir o conceito penal ou extrapenal do direito, porém verificar se o conceito é requisito da conduta típica. Assim, é necessário separar os elementos normativos do tipo e dos da ilicitude. Aqueles seriam circunstâncias do fato criminoso, como documento e cheque, enquanto estes acentuariam o desvalor da conduta, como a expressão indevidamente. Um estaria para o erro de tipo; e o outro, erro de proibição.<sup>305</sup>

Nesse ponto, como se vê, Munhoz Netto não tocou no problema dos elementos normativos do tipo que interessam tanto à tipicidade quanto à antijuridicidade.

Francisco de Assis Toledo, coordenador da reforma penal de 1984, conquanto com base na então moderna teoria alemã do erro de tipo e de proibição,<sup>306</sup> afirma que nunca o sentido abstrato da lei vai ser um problema do erro de proibição, posto que este se refere à culpabilidade do agente ante

---

<sup>302</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>303</sup> MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal.** Rio de Janeiro: forense, 1978, p. 99.

<sup>304</sup> MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal.** Rio de Janeiro: forense, 1978, p. 100.

<sup>305</sup> MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal.** Rio de Janeiro: forense, 1978, p. 128-134

<sup>306</sup> Assim ficou a redação com a reforma: “*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 consciência.” Destaque nosso.

um fato concreto, ao tempo que a obrigatoriedade da lei e o conhecimento dela são uma condição de validade do ordenamento aplicável a todos os seus destinatários.<sup>307</sup>

Nesse ponto, o autor não considera que o conhecimento abstrato da norma às vezes se faz necessário, sobretudo nos delitos técnicos, onde o conhecimento da lei variavelmente seria imprescindível para o sujeito se orientar de acordo com o Ordenamento.<sup>308</sup>

Ao tratar do erro penal, Francisco de Assis também adota uma visão estanque, separando o erro de tipo do erro de proibição. Assevera que o erro de tipo é aquele que recai sobre os elementos essenciais do tipo, não importa a sua natureza, pode ser fático, descritivo ou normativo.<sup>309</sup> O erro de proibição não afeta o dolo, mas a consciência de ilicitude, ou melhor, a censura de culpabilidade. Logo, com arrimo no pensamento de Miguel Reale, na teoria tridimensional do direito, F. de Assis reconhece que é impossível a identificação do direito com a lei, já que o sistema jurídico é um sistema de normas em ato, compreendendo as fontes do direito – fato, valor e norma – e todas as suas projeções.<sup>310</sup>

Nesse passo, haveria três correntes para explicar o objeto da consciência. A que identifica a referida consciência com a ciência de que se infringe a norma (formal, a exemplo de Bindig), a segunda que exige a consciência da antissocialidade do comportamento (material, a exemplo de Meyer e Mezger) e a terceira, adotada pelo Supremo Tribunal Alemão na já vista decisão de 1952, que diz ser necessário conhecer o injusto a partir de um esforço de consciência.<sup>311</sup> F. de Assis termina por optar pela posição de Welzel, que, em acréscimo ao posicionamento da jurisprudência alemã, reconhece que o dever de se informar pode ser exigido com maior rigor para quem exerce

---

<sup>307</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. 18. tir. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 262-265.

<sup>308</sup> FALCÃO JÚNIOR, Alfredo C. G. Ignorância da lei penal como erro de proibição nos crimes fiscais. **Revista dos tribunais**, vol. 900, ano 99. São Paulo: RT, out. de 2010, p. 407 – 427. Nesse artigo se adota o entendimento de que a ignorância legal amiúde geraria o erro de proibição. Não houve, por conseguinte, o desenvolvimento de quando seria erro de tipo – ou as conexões do tema com a política criminal – o que está sendo feito agora nesta dissertação com o auxílio da teoria da associação diferencial como importante indício material probatório da distinção entre os dois erros.

<sup>309</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Erro de tipo e erro de proibição no projeto de reforma penal. **Revista da procuradoria geral do estado de São Paulo**. Nº 20. São Paulo: centro de estudos, 1983, junho, p. 23-38.

<sup>310</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**. São Paulo: saraiva, 1977, p. 79.

<sup>311</sup> Conforme antevisto no tópico acima, a posição da antessala do Senado já é fruto do acolhimento da posição de Welzel, ainda que mitigada.

atividades regulamentadas, a fim de que, também mediante uma valoração leiga, possa-se alcançar a consciência profana do injusto.<sup>312</sup>

Observe-se, nessa quadra, que F. de Assis também não discute expressamente o limite do dever de ser informar em sua preciosa monografia sobre erro penal. O que será feito no capítulo seguinte da dissertação, quando se deixará mais clara a conexão entre erro e política criminal, já prognosticado com o pensamento de Muñoz Conde e Roxin.

F. de Assis Toledo apenas considera, com base na filosofia de Aristóteles, que a imputação do erro sempre deve perpassar a análise da voluntariedade do ato.<sup>313</sup> Tal precaução evitaria o difícil problema de imputar algo a alguém em razão de desvio de personalidade ou por uma condução de vida reprovável.<sup>314</sup>

Nessa toada, haveria o seguinte esquema para a inadmissibilidade do erro de proibição: a) exclui-se o erro quando o sujeito atua com consciência profana do injusto; b) sem a consciência, embora fosse fácil obtê-la nas circunstâncias, mediante próprio esforço; c) atua sem essa consciência, por ter, na dúvida, deixado adrede de se informar (*ignorantia affectata*); d) e, por fim, quando deixa de se informar, mesmo sem má intenção, para o exercício de atividades regulamentadas (*ignorantia vincibilis*).

Ante esses critérios, a impressão é que F. de Assis termina adotando um dever de se informar demasiado rigoroso, já que não faz relações com a política criminal, especialmente também porque deixou de abordar a necessidade do erro ser estudada segundo as peculiaridades do caso concreto. Assim, o erro penal, para ele, continua a ser categoria cujos resultados práticos dependeriam da correta intelecção da norma, isto é, o tema erro penal é analisado apenas sob o ângulo da semântica, sem perquirir a interação entre sujeito e norma.

De toda sorte, a obra de F. de Assis é de extrema importância por destacar o dever de se informar, constituído em verdadeiro ônus, já que o seu não exercício implica graves consequências penais.

Por último, é importante atentar para o pensamento de Luís Sanzo Brodt, que adota a teoria limitada da culpabilidade. Para ele, questões envolvendo os elementos normativos do tipo deveriam ser resolvidas com o erro de tipo, sempre.

<sup>312</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1977, p.72-75.

<sup>313</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 33-36.

<sup>314</sup> *Idem, ibidem*, p.95-100.

A justificação não é encontrada na política criminal, como em M. Conde, porém na tradição brasileira de privilegiar o erro de tipo, após o código penal de 84.<sup>315</sup>

Quanto à definição entre erro de tipo e de proibição, o autor adota a posição de F. de Assis de distinguir o erro de tipo como o que envolve o conhecimento dos fatos e o erro de proibição como aquilo que se refere à consciência de ilicitude, entendida como a relação de contrariedade entre o ato de vontade e a ordem jurídica.<sup>316</sup>

Em suma, contemporaneamente, a doutrina nacional parece seguir a posição de que, em caso de dúvida, deve-se optar pelo erro de tipo. Seja por questão de sistemática da teoria do delito, seja pelos argumentos político-criminais de F. Muñoz Conde de que essa é a melhor solução para o réu.<sup>317</sup>

Postas as discussões sobre o erro e a política criminal, é hora de traçar os critérios penais que vão apontar quais aspectos da realidade são relevantes e, depois, debater como esses critérios podem ser preenchidos no âmbito do processo penal.

## 2. ERRO PENAL SEGUNDO A POLÍTICA CRIMINAL

### 2.1 O que é e qual é o Objeto do Conhecimento de Antijuridicidade (para os erros de tipo e de proibição)?

Para se falar de erro penal é necessário que, anteriormente, aborde-se o entendido por conhecimento de antijuridicidade. Aparentemente, é uma equação lógica, uma vez que, existindo conhecimento, não há erro.

---

<sup>315</sup> O autor segue a posição de F. de Assis, exceto a questão da inescusabilidade da ignorância da lei, que poderia gerar o erro de proibição. BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro**. Belo horizonte: Del Rey, 1996, p. 123-126.

<sup>316</sup> BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro**. Belo horizonte: Del Rey, 1996, p. 22 e 84.

<sup>317</sup> A exemplo de todos: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo & erro de proibição**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 107-110, e GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição**. São Paulo: revista dos tribunais, 2001, p. 136-138.

O ideal para a convicção do observador é que, ao se praticar um fato ilícito, o infrator dissesse para si que está realizando um ato contrário ao ordenamento jurídico. Porém amiúde os crimes não ocorrem dessa forma. Dificilmente alguém reflete sobre o fato que pratica. Quando vários empresários resolvem estabelecer acordo de preços a fim de obter mais lucros, é bem razoável que eles só estejam pensando numa forma de obter maior vantagem comercial, sem se deter sob aspectos da norma jurídica penal.<sup>318</sup>

A distância entre o ideal e o que ocorre na prática é o dilema entre a teoria do dolo e da culpabilidade. Pelo fato de poucas vezes alguém agir com a consciência de antijuridicidade atual é que a teoria da culpabilidade ganhou prevalência.

A incumbência foi levada a feito pelo finalismo, que apresentou a teoria da culpabilidade como opção à teoria do dolo. Ao lado do saber natural e atual, percuciente ao dolo, existiria o conhecimento potencial de antijuridicidade pertencente à culpabilidade. O dolo exigiria uma ciência atual dos fatos, ao modo de uma compreensão naturalística, e o significado social do comportamento. De outro lado, na culpabilidade, a falta do conhecimento de antijuridicidade, se não fosse adrede deliberada, acarretaria o erro penal invencível pela impossibilidade do dever de se informar; ou, quando houvesse possibilidade de tal dever, o conhecimento potencial seria avaliado no âmbito da vencibilidade do erro.<sup>319</sup>

É bom lembrar, no entanto, como já visto no capítulo anterior, que a consciência potencial e seu correlato dever de se informar eram conceitos apoiados na construção ontológica do agir final. Welzel aplicou um raciocínio dedutivo. A partir da conduta dirigida por uma finalidade, ele deduziu que o sujeito teria o dever de se informar – como agente inserido num projeto histórico coletivo – acerca do significado social de seu ato.<sup>320</sup> Todavia, nunca houve a indagação de qual seria o limite do dever de se informar. Ficaram em aberto questões como o custo político criminal de exigir que alguém se informe independente da natureza da conduta empreendida, sobretudo nos delitos de complexidade técnica ou de curto-circuito. P.ex., o sujeito que está a passeio numa floresta e resolve, de inopino, abater animal sem se perguntar se é possível a caça no local.<sup>321</sup>

---

<sup>318</sup> Art. 4º, I, a, Lei nº 8.137/90. “Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:a) ajuste ou acordo de empresas; Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.”

<sup>319</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: roque de palma, 1956, p. 81-83 e p. 166-168.

<sup>320</sup> WELZEL, Hans. **Estudios de filosofia del derecho y derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2006, p. 1-16.

Assim se vê que a teoria do erro penal apresenta contornos próprios, que, ora alargam-na a aplicação, ora restringem-na. O importante é que esses contornos sejam sempre pensados de acordo com o respectivo impacto político-criminal.

É certo que o erro penal é um tema autónomo, mas seus contornos são desenhados por limitações internas, decorrentes da estrutura da teoria do delito, e outros externos, como a tolerância funcional com o cumprimento da norma.<sup>322</sup>

Essa visão é compatível com a lei brasileira. É interessante notar que a redação legal do código pátrio de 84, igual ao espanhol de 83, não necessariamente refere o erro ao conhecimento de antijuridicidade,<sup>323</sup> diferente do código penal alemão.<sup>324</sup>

Nesse passo, o problema do erro pode ser tratado com autonomia e maior coerência, de modo que nem sempre a ausência de conhecimento seja a presença do erro (p.ex., ignorância deliberada). O erro é um problema estritamente normativo de cunho político-criminal, e não psicológico.<sup>325</sup>

---

<sup>321</sup> Art. 29, *caput*, da Lei nº 9.605/98. "Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa."

<sup>322</sup> FELIP I SABORIT, David. **Error juris**. El conocimiento de La antijuridicidad y el artículo 14 del código penal. Barcelona: atelier, 2000, p. 256-258.

<sup>323</sup> Código brasileiro: "**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. **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 consciência." Código espanhol: **Artículo 14** 1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

<sup>324</sup> Código penal Alemão. "**§ 17. Error de prohibición** Si le falta al autor en la comisión de un hecho la comprensión de lo injusto de su actuar entonces actúa sin culpa si el no pudo evitar ese error. Si el autor pudo evitar el error, entonces puede atenuarse la pena conforme al § 49, inciso 1."

<sup>325</sup> Veja que a autonomia do erro ocorre por se apartar do tema da consciência de antijuridicidade. Talvez por estar escudado numa ideia essencialista na separação entre ato de conhecimento e de valoração, é que Jorge Figueiredo Dias diga o inverso, dizendo que o tema do erro tem sua autonomia quando se relacione à questão própria da consciência de antijuridicidade, que é uma só independente da espécie de erro de tipo ou de proibição. DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 175-245.

Por isso que, quando se fala sobre conhecimento de antijuridicidade, à mercê da falta de definição legal, é preciso separar o conhecimento real e efetivo do conhecimento potencial de antijuridicidade (normativo por definição), que se compraz com um conhecimento inatural.<sup>326</sup>

Por conseguinte, tendo em conta a autonomia do erro e o problema do tipo de conhecimento jurídico exigido para o dolo, atual ou potencial, a melhor teoria é a de Claus Roxin, que trouxe para a teoria do delito os estudos de Platzgummer juntamente com indagações da política criminal.

O dolo teria como objeto de conhecimento uma forma explícita, na qual se diz para si que pratica fato antijurídico, e outra implícita, a coconsciência. Esta, na verdade, figurada como um conhecimento surgido, independente de reflexão, ao se decidir praticar uma conduta.<sup>327</sup>

Roxin acredita que, dessa forma, tem-se uma visão mais realista do dolo, uma vez que a coconsciência corresponderia a uma vontade implícita, perfazendo os elementos intelectual e volitivo de que é composto o dolo. Por ex., ao se revelar segredo profissional, sem reflexão premeditada, o sujeito tem consciência da informação obtida mediante o exercício da profissão e, apesar disso, aceita revelá-la.<sup>328</sup>

O prof. de Munique considera que o conhecimento implícito é decorrente da socialização do indivíduo, processo em que incorpora valores coletivamente aceitos. É tanto que todos os estudos psicológicos têm como denominador comum o reconhecimento da consciência implícita.<sup>329</sup>

Assim, acertada é a posição de Roxin, ao postular que o dolo tem como conteúdo o significado sócio-jurídico da conduta – uma valoração paralela na esfera do profano –, envolvendo não só o conhecimento dos fatos, mas também um conhecimento latente decorrente do aprendizado comunitário inerente a cada ser humano.<sup>330</sup>

A teoria de Platzgummer, de feição psicológico-associativa, resolve a difícil tarefa de delimitar a espécie de conhecimento exigida para os elementos objetivos do tipo, seja descritivo,

---

<sup>326</sup> FELIP I SABORIT, David. **Error juris**. El conocimiento de La antijuridicidad y el artículo 14 del código penal. Barcelona: atelier, 2000, p. 258.

<sup>327</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: civitas, 1997, p. 472-476.

<sup>328</sup> *Idem, ibidem*, p. 474-475.

<sup>329</sup> Schmidhäuser, conforme já antevisto no primeiro capítulo, utiliza a filosofia da linguagem para asseverar que o dolo teria como objeto o conhecimento material dos conceitos e a consciência de antijuridicidade se referiria a conceitos propriamente, embora essa delimitação não seja unívoca. *Idem, ibidem*, p. 475-476.

<sup>330</sup> *Idem, ibidem*, p. 458-459.

seja normativo, já que, no ato doloso de conhecer, não há uma divisão entre ato sensível para elementos descritivos e ato valorativo para os normativos. O ato é um só, e os elementos descritivos frequentemente envolvem valoração.<sup>331</sup>

P.ex., é possível que o leigo discuta se o tíquete eletrônico de ônibus pode ser aceito como documento, de modo que a conclusão influa tanto no conhecimento naturalístico quanto no significado jurídico-social da conduta. Nesse caso, a coconsciência se revela no contexto no qual vive o sujeito a fim de evidenciar que este sabia o efeito de adulterar o tíquete, as vantagens que iria lograr e, por fim, que, a despeito de não saber o que é documento, tinha plena consciência dos benefícios e danos da falsificação do cartão. Logo, no exemplo em alusão, como o sujeito sabia dos efeitos da sua conduta, a discussão só poderia ocorrer no dever de se informar e não mais da coconsciência.

Isso demarca uma linha frágil entre o mundo psíquico do conhecimento latente para praticar a conduta e o mundo normativo de um conhecimento que poderia ter se atualizado para compreender o significado de ilicitude do comportamento. Em outras palavras, trata-se do limite entre o erro de tipo e o de proibição.

Conquanto essa questão ainda vá ser aprofundada, vale uma breve menção desde já sobre as espécies de erro.

O erro de tipo invencível seria quando alguém não compreendesse as circunstâncias de fato por haver total ausência de um conhecimento latente, ao passo que o vencível é quando esse conhecimento pudesse ter sido construído ao longo da socialização do sujeito; é claro que a vencibilidade do erro de tipo em raros casos será aplicável, já que se exige uma reprovação distante temporalmente da prática da conduta – o que não pode resultar numa culpa pela personalidade.<sup>332</sup>

Por outro lado, o erro de proibição invencível é quando o indivíduo possui o conhecimento latente, mas, ainda sim, tal *background* não lhe permitiria exercer contento o dever de se informar ao praticar a conduta, enquanto que o erro vencível é quando era possível o sujeito se informar.

Não é preciso dizer a dimensão prática desse problema, justamente pelas diferentes consequências penais que oportuniza. O erro de tipo invencível leva à absolvição pela atipicidade; o vencível, responsabilização por crime culposos, se houver. O erro de proibição invencível, leva à absolvição pela exclusão da culpabilidade; o vencível, apenas à diminuição de pena. Logo, a grande

---

<sup>331</sup> BOTANA, María Fernanda. **Error de prohibición em el derecho penal**. Buenos Aires: Fabián J. di Plácido, 2010, p. 145.146.

<sup>332</sup> Com frequência, o erro de tipo vencível vai recair na figura do erro de proibição vencível ou no crime culposos, quando, neste último caso, o crime for decorrente da não previsão das consequências da conduta.

questão está no erro vencível, que pode ter como consequência a absolvição se não houver previsão de crime culposos (e. de tipo) ou apenas a diminuição de pena (e. de proibição).

De toda sorte, ainda há a utilidade prática da separação entre erros invencíveis de tipo de proibição, pois, lembrando Muñoz Conde, tal lucidez é necessária para avaliar as pontuações sobre autoria e participação.<sup>333</sup>

Prosseguindo. Para uma discussão mais profunda sobre os limites entre os erros penais, é relevante a pergunta se o conhecimento de antijuridicidade se refere ao mundo do Direito ou da norma moral, como questão prévia para delimitar o âmbito intelectual do dolo. Qual é o objeto da consciência de antijuridicidade?

Didaticamente, apontam-se as soluções formalista, material e mista. A primeira presa ao conhecimento da norma jurídica; a segunda, vinculada ao conhecimento da moralidade, inclusive passível de ser apreendida com a consciência dos elementos normativos do tipo; e a terceira – adianta-se – é a tese majoritária, por reconhecer que o indivíduo deve ter noções do ordenamento jurídico, sem estar preso à norma ou ao conhecimento moral, ou seja, esta sintetiza-se na fórmula do conhecimento paralelo do profano, e foi utilizada na decisão de 18 de março de 1952 do Tribunal Federal Alemão.<sup>334</sup>

Se se optasse pelo lado moral, o caminho seria sugestivo para apreciar a socialização do sujeito como critério indiciário para o erro penal. Porém, como também já adiantado no primeiro capítulo, a razão está com os que consideram objeto de conhecimento a contrariedade entre os fatos e a ordem jurídica como um todo.

Na doutrina nacional, lembrando, o pernambucano Everardo Luna é lapidar quando afirma que o crime é uma contrariedade entre o fato e a ordem jurídica. Em linha geral, ressalvados os delitos demasiado técnicos, o direito penal é uma espécie dentro do gênero antijuridicidade, de modo que basta ao sujeito conhecer a contrariedade ao ordenamento.<sup>335</sup>

Na doutrina estrangeira também é possível colher outros argumentos a favor do conhecimento da antijuridicidade geral, sufragando-se a terceira tese como majoritária.

Veja-se o problema da defesa da consciência da antijuridicidade como consciência moral. A ideia de que o fundamento de antijuridicidade encontra justificação nos valores morais é antiga.

---

<sup>333</sup> CONDE, Francisco Muñoz. **El error em derecho penal**. Buenos Aires: rubinzal – culzoni, 2005, p. 59.

<sup>334</sup> RODA, Córdoba Juan. **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoria del delito**. Barcelona: BOSCH, 1962, p. 89-103.

<sup>335</sup> LUNA, Everardo da Cunha. **Estrutura jurídica do crime**. São Paulo: saraiva, 1993, p. 3-4 e 53-54.

Em Roma, p. ex., havia a concepção de que os delitos naturais não deveriam escusar o erro de direito, por se tratar de um defeito de socialização imputável ao agente, porém, cogitando-se de delitos políticos, o erro ganharia relevância.<sup>336</sup> Observe-se que essa é a posição, inclusive, seguida pelos Tribunais estrangeiros, a exemplo da Espanha e da Alemanha, quando afirmam que dificilmente o erro de proibição sobre o direito penal clássico merece relevância.<sup>337</sup>

Todavia, já se põe diante dos olhos o primeiro problema. Por detrás da firme convicção doutrinária em tela, há a separação entre o direito penal clássico e o direito penal artificial ou secundário. Mas, consoante discutido no primeiro capítulo, essa separação é espúria.

Como apontado anteriormente, as consequências dessa distinção não encontram sentido. P. ex., a ideia de apontar as teorias da culpabilidade e do dolo para serem aplicadas, respectivamente, no direito penal clássico e secundário,<sup>338</sup> viola a unidade do tecido normativo penal e, principalmente, separa o direito penal em dois ramos quando ambas as vertentes têm a mesma missão de assegurar os valores básicos da sociedade.

Consoante já explicou Bujan-Pérez, o Direito Penal cuida relações concretas. Mesmo que se trate de proteger bens jurídicos abstratos como o meio ambiente, a reprovação criminal cai sobre um ato definido no espaço e no tempo, que violou um bem jurídico imediato.<sup>339</sup> P.ex., quem mutila um animal exótico, de fato, violou os preceitos do art. 32 da Lei nº 9.605/98,<sup>340</sup> e, por conseguinte, agrediu o bem jurídico imediato presente na proteção física do animal, e só indiretamente, em face na inexpressividade individual da conduta, o bem jurídico mediato figurado na proteção da fauna. Isso demonstra, em suma, que a necessidade que convalida um bem moral em um bem jurídico penal está registrada tanto no direito penal dito clássico quanto no secundário, pois ambos são importantes para o projeto existencial mínimo da sociedade.

---

<sup>336</sup>DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 33-34.

<sup>337</sup> No fundo, em vez de uma presunção sobre o erro, dever-se-ia admitir uma regra de experiência que fortalece o indício de que dificilmente alguém se equivoca sobre uma norma de larga aceitação social. MARTÍN, Adán Nieto. **El conocimiento del derecho**. Um estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición. Barcelona: atelier, 1999, p. 80-89.

<sup>338</sup>DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 392-402.

<sup>339</sup> MARTÍNEZ-Buján Pérez, Carlos. **Derecho penal econômico**. Parte General. Valencia: tirant lo blanch, 1998, p. 90-117.

<sup>340</sup>"Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.;"

Um último argumento, contra a identificação entre consciência de antijuridicidade e moral, é quanto à reconhecida pluralidade de ideias nas democracias modernas, que seria incompatível com um direito penal que tutelasse apenas uma moral.

É conhecido o pensamento de Habermas de que o nível de democracia se mede pela participação social na edição das normas jurídicas, o que exige uma reserva discursiva para que os sujeitos tenham a liberdade de sempre expressarem suas convicções.<sup>341</sup> Esse modo de pensar também é abraçado por Kindhäuser, quando testifica que a legitimação do direito penal só pode encontrar-se na autonomia do indivíduo, de maneira que a pretensão de exigir o cumprimento da norma penal se relaciona com a capacidade de cumpri-la.<sup>342</sup>

Assim, é dado concluir, o conhecimento de antijuridicidade deve sempre ser uma relação do fato com a antijuridicidade penal, sob prejuízo de criar prescrições normativas sem eficácia social.

É essa a razão por que Muñoz Conde diz que o erro penal é o diálogo entre o indivíduo e o ordenamento. Tal assertiva abre dois flancos.

A respeito do Estado. De um lado, jogam-se luzes sobre a omissão do Estado, pois o erro penal é dizer que a norma jurídica não observou plenamente o princípio da legalidade em sua determinação de conduta, já que o Estado não pode impor suas políticas públicas a qualquer preço.<sup>343</sup> De outro, também se avalia a omissão do particular, averiguada na censura da decisão pessoal de alguém por não se adequar ao projeto jurídico-social coletivo.

E, a respeito do particular, o diálogo entre indivíduo e ordenamento deve sempre levar em conta a ideia de que o erro – obviamente não deliberado – causa um sofrimento individual, consubstanciado na equivocada crença sobre o mundo.<sup>344</sup>

---

<sup>341</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia, entre facticidade e validade**. Vol. II, 2ª ed.. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 2003, p. 188-190.

<sup>342</sup> KINDHÄUSER, Urs. Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de derecho. **Revista brasileira de ciencias criminais**, 2009, nº 78, p. 82-92. Ver também KINDHÄUSER, Urs. Acerca de La concepción de La prevención criminal de Cesare Beccaria. In: KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo (Orgs.). **Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho**. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2011, p. 237-238.

<sup>343</sup> CONDE, Francisco Muñoz. **El error em derecho penal**. Buenos Aires: rubinzal – culzoni, 2005, p. 19-24.

<sup>344</sup> JAKOBS, Günther. Conocimiento y desconocimiento de la norma. In: JAKOBS, Günther e STRUENSSE, Eberhard. **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Buenos Aires: hamurabi, 1998, p. 78.

Tanto o enfoque estatal – ora pela censura na omissão estatal, ora pela omissão do particular – quanto o sofrimento pessoal são importantes para o equilíbrio entre o direito de punir e a liberdade individual.

Constatado o erro penal, portanto, deve-se avaliar se o sofrimento ocasionado tem como causa a política criminal mal realizada ou se, apesar do sofrimento individual, o desrespeito à norma deve ser imputado ao particular.

O erro penal deve ser sempre fonte de sofrimento, pois ninguém pode se beneficiar de postura destoante da ordem jurídica. Tal postulado é o princípio de censura ao autor por convicção, posto que esse age sob moral particular que deveria ser tutelada pelo Estado se não fosse a ordem jurídica com seus preceitos fundamentais a delimitar convicções desviantes de um projeto coletivo.

Inclusive a autoria por convicção levanta um ponto a ser esclarecido. É necessário o conhecimento da punibilidade? Num Estado plural, a tolerância com diversos pontos de vista, a princípio, deveria estremar pautas morais apenas quando a pena do crime fosse previsível. Ocorre que tal estado ideal abriria portas para um elevado número de absolvição pelo erro penal.

Nesse sentir, melhor é considerar a falta de previsão da pena criminal – a exemplo de quem pensa se tratar de um ilícito tributário, mas não penal – na dosimetria da pena.<sup>345</sup> O importante, realmente, não é que o indivíduo conheça a pena e, sim, que tome ciência acerca da inadequação da sua conduta com a ordem jurídica e que essa incongruência vai acarretar a repressão estatal.

Quanto ao grau de precisão do conhecimento, é acertado o entendimento de que o sujeito deve ter noção da norma incidente sobre a conduta. Para que o sujeito possa se motivar de acordo com o Direito, é preciso que se conheçam os delineamentos gerais da norma típica. Repare que não se impõe juízo técnico jurídico, muito menos de saber se a norma é penal ou cível, tampouco o conhecimento da pena; mas a razoável ciência de que se comete ato de severas consequências.<sup>346</sup>

Também não deve ser aceito o argumento de Felip I Saborit. Ele diz que haveria um efeito perverso considerar apenas necessário o conhecimento de antijuridicidade geral, já que tornaria de potencial qualificação penal qualquer conduta que o particular tivesse dúvida em praticar.<sup>347</sup> Tal

---

<sup>345</sup> Seria razoável também aplicar a analogia nas hipóteses em que o indivíduo pensa não existir reprimenda penal e, de fato, se não existisse, o Estado não tomaria qualquer medida coercitiva. P.ex., o sobrinho que furto o tio achando que está isento de pena, quando o benefício legal só é admissível se houver coabitação. MARTÍN, Adán Nieto. **El conocimiento del derecho**. Um estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición. Barcelona: atelier, 1999, p. 103.

<sup>346</sup> STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**. Parte general I. El hecho punible. Navarra: aranzadi, 2005, p. 253.

assertiva, como alerta o brasileiro Flávio Antônio da Cruz, daria guarida à ampliação do erro de proibição mediante a simples confusão entre penas administrativas e criminais.<sup>348</sup>

Tratado o assunto da consciência de antijuridicidade – e sedimentado o que se exige para o dolo e os erros de tipo e de proibição – parte-se, então, para o exame da vencibilidade do erro, momento que se traçarão as balizas penais que devem orientar a atividade processual na identificação do erro de tipo e de proibição.

## **2.2 Consciência Implícita e Consciência de Antijuridicidade: Direito Material e Processual.**

No ponto 1. foi dito que o elemento intelectual do dolo é o sentido sócio-jurídico e profano da conduta. Com frequência, esse dado vem na forma de uma consciência implícita que orienta o sujeito na prática do fato.

Estaria, destarte, delimitado o erro de tipo e de proibição, uma vez que este se configuraria com a capacidade de agir de acordo com o direito, isto é, com um preceito que se preocuparia como a possibilidade de ser atualizado o conhecimento mediante o exercício do dever de se informar, e aquele com uma consciência implícita (coconsciência).

O problema a ser resolvido nesta dissertação é quando falta o conhecimento acerca do significado da conduta em razão do desconhecimento dos elementos normativos do tipo, porque, a rigor, nessa hipótese, haveria ausência do dolo e também impossibilidade do dever de se informar.

Por isso, vale repetir, grande parte da doutrina opta pelo erro de tipo, seja por questão de política criminal em prol do acusado,<sup>349</sup> seja por adotar a figura do *dolus malus*.<sup>350</sup>

A opção pelo erro de tipo, sem prejuízo da dedução sistemática do local, na teoria do delito, onde são apreendidos os elementos normativos do tipo, decorre de uma política criminal

---

<sup>347</sup> FELIP I SABORIT, David. **Error juris**. El conocimiento de La antijuridicidad y el artículo 14 del código penal. Barcelona: atelier, 2000, p. 264.

<sup>348</sup> CRUZ, Flávio Antônio da. **O tratamento do erro em um direito penal de bases democráticas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 279-280.

<sup>349</sup> CONDE, Francisco Muñoz. **El error em derecho penal**. Buenos Aires: rubinzal – culzoni, 2005, p. 118-124.

<sup>350</sup> CONLLEDO, Miguel Díaz y García. **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madrid: La ley, 2008, p. 430-433.

garantista, preocupada em preservar o ser humano de uma punição cujas bases metafísicas podem esconder o autoritarismo.

No entanto, é preciso sopesar que nem sempre as infrações são cometidas por vítimas do autoritarismo estatal, tampouco por sujeitos motivados racionalmente.

Veja-se que a ideia de que o direito penal apenas protege bens jurídicos fundamentais e universais contra aqueles que, agindo racionalmente, optam por não seguir o comando prescritivo, é desmentida.

Exemplos contranormativos são dados pelas ciências empíricas, tal a sociologia, que demonstram diversos empecilhos à eficácia do discurso normativo: a) a influência da cultura e outros subsistemas nas motivações dos sujeitos, para além de uma livre escolha;<sup>351</sup> b) o famoso carácter seletivo do direito penal presente na administração da justiça;<sup>352</sup> c) proteção de bens abstratos cuja concreção na norma não goza de amplo acordo;<sup>353</sup> etc.

Por essas razões é que o autor considerou estudar o erro penal sob uma perspectiva tópica, a fim de evitar os extremos da balança. Não se deve privilegiar quem tem acesso à informação com a figura do erro de tipo, sem qualquer fundamentação no caso concreto, em detrimento do erro de proibição, como também não se pode descuidar que normas penais técnicas, de fato, podem impedir a compreensão de um sujeito ordinário.

Aa hipótese deste trabalho é que é possível separar as duas espécies de erros com o desiderato de atingir o equilíbrio entre punir e perdoar.

Basta pensar que a absolvição em face do erro de tipo vencível, quando inexistente a previsão culposa do crime, pode ser um prêmio à cegueira jurídica.<sup>354</sup>

---

<sup>351</sup> A teoria do Sutherland visa justamente demonstrar que a questão não está num determinado subsistema de cultura, mas em relações culturais microsociológicas que permeiam a sociedade. SUTHERLAND, Edwin H e CRESSEY, Donald. **Criminology**. 8º ed. New York: J.B. Lippincott Company, 1970, p. 93-112.

<sup>352</sup> SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O crime de colarinho branco**. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 93-121 e 305-310.

<sup>353</sup> TANGERINO, Davi de P. Costa. **Culpabilidade**. Rio de Janeiro: campus, 2011, p. 164-178. CALLEGARI, André Luis e WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Crime organizado: conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 17, nº 79, jul/ago. de 2009, pp. 33-38.

<sup>354</sup> Por outro lado, a figura *dolus malus* não tem previsão no código penal brasileiro (art. 18, I, CPB), por isso inadequada sua adoção na prática jurídica.

É possível trabalhar com as categorias do dolo e da culpabilidade segundo os quadrantes do funcionalismo, pensados sob a ótica do ser humano, sem afrontar a legislação e a tradição da jurisprudência brasileiras.

Ainda que, metodologicamente, esta pesquisa não tenha esteio no conceito da ação finalista, está por se respeitar a estrutura trifásica do delito, dividida em tipo, antijuridicidade e culpabilidade.

Tome-se nota de que o problema do erro exige um detalhamento de questões não abordadas pelo H. Welzel, quando este delimitava o dolo como o sentido social das coisas, mediante a fórmula da “valoração paralela do profano” e a culpabilidade baseada conhecimento potencial de ilicitude, onde se reprova aquele que não exerceu o dever de informação.<sup>355</sup>

Logo, o objeto deste trabalho está estruturado em duas etapas. Uma, de natureza penal, que é de justamente tornar mais claro o que seria a “valoração paralela do profano” como elemento do dolo e de assinalar as nuances normativas e político criminais do dever de se informar. E a outra, ato contínuo, é discutir as particularidades processuais no preenchimento dos critérios seletivos do direito penal, onde será discutida a teoria da associação diferencial como importante critério processual para distinguir os erros de tipo e de proibição.

É intuitivo, nesse raciocínio, que o trabalho de Welzel será importante para fixar as estruturas do aspecto penal desta investigação, mesmo que sob as premissas críticas do funcionalismo.<sup>356</sup> Observe que toda a dissertação gira em torno de um aspecto não polemizado por Welzel. Não foi outra a tarefa empreendida no ponto acima. Veja-se o conhecimento atual de antijuridicidade, que exige investigações sobre os contornos político criminais do problema e sobre o objeto desse conhecimento, grau de referência ao ordenamento, se abrange apenas a norma proibitiva ou também a norma de cuidado etc.<sup>357</sup>

---

<sup>355</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: roque depalma, 1956, p. 81-82 e p. 169-180.

<sup>356</sup> Qual funcionalismo? A despeito de o trabalho utilizar com bastante frequência a doutrina de Claus Roxin, não se deixa, paradoxalmente, de criticar suas bases epistemológicas fundadas no conceito de ação social de T. Parsons. O corretivo deve ser feito no ponto em que se reconhece o sistema social ser mera ideologia, uma instituição acessível objetivamente, mas de existência relativa, logo é um equívoco de Parsons acreditar que a comunidade societária pode ser um subsistema integrador do subsistema da cultura e da personalidade. É assim o Direito, conquanto tenha um estatuto epistemologicamente objetivo, é ontologicamente subjetivo, já que sua existência depende do observador. SEARLE, John. Social ontology: some basic principles. **Philosophy in a new century**. Selected essays. New York: Cambridge press, 2008, p. 26-52. Quanto ao finalismo, para as limitações do agir final: RODA, Juan Cordoba. **Una nueva concepción del delito**. La doctrina finalista. Barcelona: Ariel, 1963, p. 70-84.

Dessa maneira, vale repetir, nesta dissertação se defende que o erro de tipo deve ser reservado à conduta para a qual faltou a coconsciência (invencível) ou quando ela podia ter sido atingida (vencível) a fim de que o sujeito pudesse compreender as circunstâncias de fato.

Destaque-se que, sob o ângulo do elemento normativo do tipo, dificilmente haverá um erro de tipo invencível, pois essa situação pressupõe alguém completamente fora da vivência societária da norma penal, ao tempo em que o erro vencível pode ocorrer em situações sofisticadas em que o sujeito poderia ter internalizado a norma, mas assim não o fez – conforme no multicitado exemplo do guardanapo do restaurante que serve como documento de consumo,<sup>358</sup> em que o sujeito, mediante relações sociais pretéritas, poderia ter associado o conceito profano de documento ao de guardanapo onde há o registro de bebidas e outras coisas.

O erro de proibição, por seu turno, não questiona o conhecimento latente, mas a motivação daquele que poderia ter sido fiel ao direito. A discussão é sobre o dever (a bem da verdade, como será visto a seguir, um ônus) de se informar e seus limites; e não sobre o conhecimento propriamente, eis que esse é pressuposto quando se reconhece que o agente atuou dolosamente.

Assim, na hipótese do estelionato para obter seguro-desemprego – em que alguém volta a trabalhar a título temporário no intercurso do recebimento das parcelas previdenciárias, sob o argumento de que o indivíduo não sabia a necessidade de avisar as autoridades públicas sobre o seu retorno ao mercado profissional, já que era temporário –, caso o argumento seja aceito, em face de serem normas de ampla repercussão social, só o pode ser no âmbito do erro de proibição, onde se discutirá a possibilidade de exercício do ônus de se informar em face dos conhecimentos latentes daquele que pediu suporte monetário por estar desempregado e depois se empregou. E assim o é porque conceitos como empregado, desempregado e auxílio financeiro já denotam o seu sentido social, vivenciado comunitariamente.<sup>359</sup>

Não obstante essa distinção, no âmbito penal, permanece a grande pergunta sobre como validar a frágil passagem do conhecimento psicológico, implícito, para o exame do dever de se motivar, quando se está na qualidade de observador na tarefa de reconstruir os fatos.

---

<sup>357</sup> Para análise crítica da teoria finalista. RODA, Juan Cordoba. **Una nueva concepción del delito**. La doctrina finalista. Barcelona: Ariel, 1963, p. 81.

<sup>358</sup> CONLLEDO, Miguel Díaz y García. **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madrid: La ley, 2008, p. 332-333

<sup>359</sup> ACR 200461060060810, TRF3. Art. 171, caput, §3º, CPB c/c art. 7º, I, Lei nº 7.998/90. “Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.” “Art. 7º O pagamento do benefício do seguro-desemprego será suspenso nas seguintes situações: I - admissão do trabalhador em novo emprego;”

É curial não olvidar o cerne desta dissertação: as associações diferenciais do sujeito são importantes indícios a fim examinar as conexões psíquicas em sua referência ao mundo das coisas (crenças de *dicto*).

Feito esse pequeno adiantamento do aspecto processual do problema, é hora de perscrutar a ausência evitável da consciência de antijuridicidade, quando, ora será feita referência à coconsciência, ora ao ônus de se informar, com o fim de finalizar o exame penal da matéria para adentrar no processual.

### **2.3 Evitabilidade do Erro: Necessidade do Motivo decorrente do *background* e das Redes Internas de Crenças.**

Agora, serão discutidos o erro vencível e invencível; no próximo capítulo, a compreensão do problema do erro sobre olhar do processo.

Quando alguém não se informa com sucesso sobre a aceção social de sua conduta, o primeiro passo é saber se havia motivo para o sujeito buscar a informação, ou melhor, motivar-se de acordo com a norma.

Se havia o motivo, está afastado o erro invencível, logo se passa a discutir se o erro era vencível ou se existia a ignorância deliberada. Então o momento de verificar a vencibilidade do erro é também o tempo de ver quando nasce o ônus de se informar.

Conforme se verá, algumas das teorias abaixo discutidas polarizam o ser e o dever ser, tomando-os como realidades opostas, p.ex., considerações psicológicas sobre o sentido do ilícito entremeiam-se com as finalidades preventivas da pena.

Metodologicamente, esta dissertação não se filia a essa dualidade, já que o erro penal nada é mais do que um estado mental cujas condições de realização no mundo fracassaram, posto estarem fundadas numa experiência perceptiva (de ver) e de agir equivocadas.<sup>360</sup> Logo, falar do mundo objetivo e normativo só faz sentido a partir da constituição biológica do indivíduo.

Ocorre que a consciência é um discurso de 1º pessoa, insuscetível de ser apropriada pela linguagem, daí a dificuldade material e probatória do direito em lidar com o erro penal.

---

<sup>360</sup> Essa premissa se baseia no realismo neurobiológico de John Searle. SEARLE, John. Fact and value, “is” and “ought”, and reasons for action. **Philosophy in a new century**. Selected essays. New York: Cambridge press, 2008, p. 161-180.

O eixo do debate não está numa polaridade entre ser e dever ser, pois o estado mental do erro é da ordem do ser, voltado para condições de satisfação no mundo (do ser).

Assim, questões psicológicas devem ser pensadas como inseparáveis do contexto linguístico em que o indivíduo está envolvido e das possibilidades decorrentes de se comunicar, unindo-se ser e dever ser.

Registre-se, por fim, que a rejeição do dualismo não se dá por eleger a via fácil de um funcionalismo redutor, de achar que os problemas penais começam e terminam na norma; ao revés, os problemas nascem e terminam na cabeça do sujeito, único ente para o qual as normas jurídicas foram constituídas.<sup>361</sup>

Dessarte, o funcionalismo só tem sua utilidade – e razão de ser – porque vincula o direito penal às necessidades do indivíduo biológico, formado por corpo, mente e linguagem;<sup>362</sup> e não a estruturas ontológicas previamente concebidas no espaço e no tempo (finalismo). Defender o direito penal em função de normas sociais, ou ciclicamente para autodefesa da norma jurídica, independente do mérito de cada uma das escolhas, é uma tarefa inconclusa porque esquece o ser humano como centro de tudo.

Pois bem, feita a ressalva, volte-se ao debate.

Conforme sintetiza Bacigalupo, a inevitabilidade do erro pressupõe razões para pensar a antijuridicidade e a possibilidade de obter uma correta informação sobre o Direito. Se falta um desses requisitos, o erro é invencível.<sup>363</sup>

Antes do estudo do motivo sob o ângulo normativo, havia a teoria psicologista. Era imprescindível a demonstração de que o sujeito viu alguma razão para se motivar de acordo com a norma; e tal ocorreria quando, impulsionado pela decisão de praticar um fato, houvesse o alerta de antijuridicidade decorrente das circunstâncias para agir conforme a consciência. Em outras palavras, trata-se do exercício do livre arbítrio, cunhado na expressão poder agir de outro modo.<sup>364</sup>

---

<sup>361</sup> SEARLE, John R. **O mistério da consciência**. São Paulo: paz e terra, 1998, p. 23-44.

<sup>362</sup> MASLIM, K. T. **Introdução à filosofia da mente**. São Paulo: Artmed, 2009, p.201-220.

<sup>363</sup> BACIGALUPO, Enrique. **Tipo y error**. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 129. É interessante anotar que Bacigalupo defendia ser erro de proibição o erro de valoração sobre elementos normativos do tipo, porém depois alterou sua posição para considerar como erro de tipo. Cf. BOTANA, María Fernanda. **Error de prohibición em el derecho penal**. Buenos Aires: Fabián J. di Plácido, 2010, p. 148-149.

<sup>364</sup> CÓRDOBA, Fernando Jorge. **La evitabilidad del error de prohibición**. Madrid, Barcelona e Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 49-58.

A crítica é que a dependência da dogmática do erro aos estímulos psíquicos tornaria o direito penal refém da vontade de cada um, em prejuízo da vigência do ordenamento jurídico. Ora, só quem teria visto uma razão na decisão é que poderia querer conhecer a norma.

Por isso que o ônus de se motivar foi objetivado, a fim de que, à luz de determinados critérios, possa-se reprovar aquele que deveria ter se incumbido do ônus de se informar e de agir de outro modo.<sup>365</sup>

Cumprir dizer que não é mais um “dever” de se informar, uma vez que o sujeito, por convicções pessoais, pode não desejar ser fiel ao direito; e também não é um poder agir de outro modo, eis que o não exercício desse “poder” enseja consequências sancionatórias negativas, ao molde de se verificar a situação extrema de se afastar a própria existência do erro.<sup>366</sup>

Logo, a conclusão de que não foi exercido o ônus de se motivar é fincada no pressuposto da impossibilidade empírica de demonstrar se o sujeito tinha capacidade de vislumbrar uma razão de conhecer a norma e também na impossibilidade de sujeitar a vigência da norma penal ao livre arbítrio de quem diz não ter tido motivo para duvidar sobre a licitude da conduta. Pense-se no exemplo do autor por convicção, p.ex., ele pode alegar que não veio à sua mente qualquer dúvida sobre o sentido de ilicitude do seu comportamento em consequências de suas convicções extravagantes.

Contudo, do rol de cidadão fiel ao direito, espera-se que as pessoas queiram se motivar de acordo com a norma, devendo, para tanto, procurar conhecê-la antes de praticar um fato duvidoso.<sup>367</sup>

A pesquisa do motivo de agir é, em suma, a adoção de critérios objetivos para reprovar aqueles que não se motivaram como deveriam segundo critérios preventivos da política criminal, daí o conceito normativo de rol de cidadão fiel ao direito.

Reconhece-se, com a presunção de motivação, que o estado mental do erro é culpa do sujeito quando ele tinha condições físicas e intelectuais para se orientar de acordo com a norma.

As capacidades físicas e intelectuais são pressupostos individualizáveis para o erro penal, mas não se confundem com requisitos de imputabilidade.<sup>368</sup>

---

<sup>365</sup>*Idem, ibidem.*

<sup>366</sup>*Idem, ibidem.* Pragmaticamente, detém o ônus o titular que pode não fundamentar seu discurso e assumir os efeitos de sua omissão, ao passo que o poder detém quem pode exigir algo de alguém, mediante o ônus da prova sob pena de sanção. Assim, a posição jurídica se determina pelo(a): a) ônus da prova; b) proximidade com a sanção; e a e) força argumentativa de acusar ou se defender durante o discurso. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: forense, 1997, p. 75-92.

<sup>367</sup>*Idem, ibidem*, p. 66-67.

<sup>368</sup> BACIGALUPO, Enrique. **Tipo y error**. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 132.

Dessa forma, as capacidades físicas e intelectuais são normativo-indiciárias, tais quais aquelas necessárias para o sujeito exercer o ônus de se informar, como o nível de educação do indivíduo. Essa transigência do penal com questões particulares é para compor o equilíbrio entre segurança jurídica e respeito ao ser humano. Afasta-se, por consequência, o exagero do subjetivismo e da política estatal absolutista.

A vontade humana não pode ser subordinada completamente a interesses de prevenção da pena, ainda que, metafisicamente, não se tenha explicado qual a origem dessa vontade.

Segundo explica John Searle, autor essencial para compreender a relação entre o mundo psíquico e o da vivência entre outros, a ciência ainda não pôde explicar o livre-arbítrio porque este faz parte da constituição da pessoa em seu “eu” (*self*), de maneira a impedir qualquer análise do observador acerca da constituição psicológica do observado, um vez que o observador termina por trazer o seu próprio *self* para as explicações de outrem – pois ninguém pode sair de si mesmo para falar de um estranho.<sup>369</sup>

Isso não impede, todavia, que haja a responsabilização, porque o peso moral (valores societários) das escolhas integra o processo de socialização das pessoas desde a tenra idade, fortalecendo um *self* que acompanha o indivíduo até a morte.<sup>370</sup>

A responsabilidade se apoia na capacidade volitiva (*agency*) que todo ser humano tem de fazer escolhas e levá-las a cabo numa experiência de agir personalíssima, uma vez que há uma lacuna (*gap*) entre a escolha de duas ou mais opções. O fenômeno psicológico da primeira escolha não tem antecedente causal, mas volitivo (*agency*), insuscetível de ser explicado pelas leis atuais da ciência.<sup>371</sup>

Para melhor esclarecer os limites e transações entre a visão subjetiva e objetiva, no contexto do erro penal, vale a pena comentar o pensamento de Nieto Martín, por adotar uma posição psicológico-normativa acerca da motivação para agir conforme a norma.

---

<sup>369</sup> SEARLE, John. **Rationality in action**. Cambridge, Massachusetts, London and England: MIT press, 2001, p. 92-96. Hans Welzel – por suposto, sobre outros pressupostos filosóficos – considera que o ato de conhecer envolve a indeterminação das escolhas para eleger uma dado ôntico e compreender suas propriedades. Trata-se de uma subjetividade (livre-arbítrio) insuscetível de ser explicada pela ciência. WELZEL, Hans. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2006, p. 31-45.

<sup>370</sup> *Idem, ibidem*, p. 85-91.

<sup>371</sup> *Idem, ibidem*, p. 73-75.

O prof. da universidade Castilha-La Mancha ressalta que a motivação psicológica não pode ser abandonada em face do princípio da dignidade humana. Assim, é preciso considerar dois aspectos.

De um lado, o autor e sua capacidade de conhecer a norma no momento do fato, quando se perscruta a capacidade física, intelectual, o passado que demonstre o conhecimento da norma e outros indícios a serem manejados para identificação da capacidade de se motivar.

De outro, a norma, quando se investiga a repercussão social da prescrição de conduta, o grau de determinação da norma e outros indícios.

Ainda sob o lado norma, há questões secundárias como o papel das decisões judiciais e administrativas no papel de dizer o que é o Direito, que desoneram o indivíduo que as segue em face do princípio da confiança.<sup>372</sup> Esse limite normativo é o espaço onde se suscita o respeito ao princípio da legalidade.<sup>373</sup>

Nessa ordem de ideias, é que Adán Nieto Martín organiza um conjunto de hipóteses onde vários indícios – subjetivos e objetivos - sobre a vencibilidade do erro podem ser reunidos.

O primeiro conjunto versa sobre a relação do indivíduo com o bem jurídico. De logo, o autor espanhol não concorda com a teoria do dolo aplicada especificamente para os delitos artificiais, porque o erro de tipo vencível acarretaria um grande número de absolvições, além de beneficiar o argumento da cegueira jurídica e de tornar irresolúvel o problema da participação, pois pessoas má-intencionadas podem agir por meio de outras que aleguem não ter tido dolo.

Ante o problema de delitos naturais versus artificiais, ele propõe que o dever de conhecer a norma seja balanceado com o princípio da prevenção penal. Nesse contexto, para quem não está envolvido profissionalmente com a norma do direito penal secundário, tem um ônus menos rigoroso de conhecê-la, dando azo ao erro de proibição invencível, ao tempo em que, para os profissionais, poderia ser levantado apenas o erro de proibição vencível.<sup>374</sup>

---

<sup>372</sup> MARTÍN, Adán Nieto. **El conocimiento del derecho**. Um estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición. Barcelona: atelier, 1999, p. 159-167.

<sup>373</sup> Urge, ainda, apontar outros padrões normativos, para fixar o critério de evitabilidade do erro – consubstanciado na hipótese de que, se o sujeito se informasse, ele poderia obter o conhecimento necessário para saber o sentido social da conduta – ou de inevitabilidade, que é quando fosse impossível obter a informação ou, mesmo que obtida, ela não ajudaria na compreensão do injusto. *Idem, ibidem*, p. 172-174.

<sup>374</sup> *Idem, ibidem*, p. 179-189.

O segundo conjunto é a tolerância que o Estado deve ter com comportamentos insignificantes do ponto de vista social, reservando-se ao direito penal apenas as condutas mais gravosas.<sup>375</sup>

O terceiro seria o princípio da determinação (legalidade). É dever do Estado informar aos cidadãos quais as condutas não podem ser toleradas, bem assim garantir a segurança jurídica adequada. Isso se faz com normas claras e com canais onde o cidadão possa se informar.<sup>376</sup> Nesse contexto, uma norma indeterminada pode oportunizar o erro de proibição invencível, caso o cidadão comum adote uma interpretação razoável que não corresponda à pretensão penal ou até mesmo seria o espaço para o erro de tipo caso a interpretação estatal da norma fuja dos padrões sociais comunitários.

E, por último, a quarta hipótese seria uma decorrência de todas elas, já que se trata da confiança e da boa-fé. São conceitos ligados à teoria geral das obrigações e, portanto, presente no direito privado clássico. Se existe uma prática consagrada, ainda que antijurídica, ou se a Administração Pública divulga determinado entendimento, não é possível que posteriormente o cidadão seja surpreendido com uma posição estatal que lhe seja desfavorável.<sup>377</sup>

É hora de algumas considerações.

Quanto ao primeiro conjunto de indícios, não basta que o sujeito seja profano para que seu erro sobre o direito penal secundário seja tratado como invencível. Contanto que a situação típica tenha sido procurada pelo agente, é ônus dele informar-se; caso não tenha exercido a incumbência, é possível que se discuta no âmbito do erro de proibição vencível.<sup>378</sup> Claro, se se tratar de novidade alheia ao ritmo do desenvolvimento dos valores sociais, é natural o exame do caso segundo os paradigmas do erro de tipo vencível e até invencível.

Ademais, é útil salientar, o dever de se informar, quando se trata de normas especiais, deve ser do indivíduo que voluntariamente procurou exercer o papel social destoante da convivência ordinária.<sup>379</sup>

<sup>375</sup> *Idem, ibidem*, p. 187-192.

<sup>376</sup> *Idem, ibidem*, 192-197.

<sup>377</sup> *Idem, ibidem*, p. 198-215.

<sup>378</sup> NOGALES, Inés Olaizola. **El error de prohibición**. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid: La ley, 2007, p. 166-170.

<sup>379</sup> Porém, quando se trata de normas de grande repercussão social, se o Estado resolver mudá-las, aí é ônus do Estado informar à sociedade, mesmo que o indivíduo esteja no espectro da norma. JAKOBS, Günther.

Quanto aos demais conjuntos, verifica-se a orientação por uma verdadeira motivação normativa objetiva, uma vez ser o princípio da insignificância, da legalidade e a boa-fé pontos de inflexões da política criminal. Nesse sentir, conclui-se que o pensamento de Nieto-Martín é muito mais voltado ao estudo objetivo da questão do que subjetivo, e isso é consequente das necessidades de segurança jurídica.

Por isso o giro normativo-objetivo deve ser completo, com a inversão da ordem de perquirição, isto é, deve-se pressupor que alguém vai se motivar ante determinado ato futuro. Caso não se motive, aí se examinam as capacidades físicas e intelectuais que podem ter justificado o não exercício do ônus. Essas duas capacidades, evidencie-se, devem ser individuais e não pressupostas; logo devem ser examinadas a título de indícios normativos de investigar se havia razão de conhecer o ilícito.<sup>380</sup>

Roxin ensina que o esforço de consciência não pode ser imposto a qualquer custo, à medida que a capacidade individual se deve conciliar com as finalidades preventivas da responsabilidade penal. Como se sabe, os limites da pena deveriam ser fixados não só com esteio na culpabilidade, mas também com esteio nas finalidades preventivas gerais e especiais da pena.<sup>381</sup>

Assim, o autor em referência critica a posição do Tribunal Federal alemão (BGH), quando imputa responsabilidade ao particular sempre que houvesse possibilidade de se informar, sem indagar se o sujeito tinha motivo para tal.<sup>382</sup> Ainda vale o adendo de que dificilmente alguém reflete previamente sobre seu comportamento e o homem não pode ser considerado um portador da ordem jurídica cujo sentido seria impreterivelmente logrado mediante esforço de consciência.

---

**Tratado de direito penal.** Teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 803-808.

<sup>380</sup> CÓRDOBA, Fernando Jorge. **La evitabilidad del error de prohibición.** Madrid, Barcelona e Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 67-68.

<sup>381</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal.** Buenos Aires: hammurabi, 2006, p. 31-74.

<sup>382</sup> BGH (2,194): “O ser humano, ao ser livre, toma decisões responsáveis e, como parte de uma comunidade jurídica, tem de se comportar corretamente e evitar o injusto. Essa obrigação não só vige quando o sujeito não faz que o que vê claramente como injusto, mas também ante qualquer comportamento, pois, ante tudo que vai fazer, deve ser consciente se sua conduta é conforme ao direito, além de confirmar suas dúvidas mediante a busca de informação e reflexão.” NOGALES, Inés Olaizola. **El error de prohibición.** Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid: La ley, 2007, p. 163.

Segundo o autor em comento, o vício da jurisprudência alemã, desde a paradigmática decisão de 1952, está em se guiar por conceitos ontológicos oriundos do finalismo que não denotam qualquer relação com uma política criminal orientada para o significado social da conduta.<sup>383</sup>

Por outro lado, também não deve ser vista com bons olhos a tentativa de substituir o entendimento do tribunal pela solução psicologista, que foi analisada acima, já que o ônus de motivar se manifesta em situações além da dúvida real sobre o significado da conduta.<sup>384</sup>

Roxin, então, elabora três critérios indiciários de que o agente pôde se motivar. É uma tentativa de superar a corrente psicologista, já que o ônus de se informar está para além da dúvida real. Eis as balizas: a) quando o próprio sujeito espontaneamente, ou por indicação de terceiros ou por leitura especializada teve dúvidas e as soluciona mediante a autorreflexão; b) quando o sujeito não tem dúvidas, mas sabe que está subordinado a uma regulação específica; e c) quando o sujeito é consciente que sua conduta prejudica a particulares ou à coletividade.<sup>385</sup>

No que concerne à alínea “a)”, aproxima-se da concepção psicologista. Se o sujeito tem dúvida e não a converte no exercício do ônus de se informar, afasta-se a hipótese de erro de proibição vencível para entrar na conjectura de uma consciência eventual de antijuriridicidade punível.<sup>386</sup> É claro que a autorreflexão – meio de informação explicado abaixo – depende do

---

<sup>383</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: civitas, 1997, p. 878-882. A exigência de conhecimento jurídico está vinculada às exigências normativas do que se espera de um cidadão fiel ao direito. É válido lembrar que a teoria da culpabilidade de Roxin pretende abranger três concepções. A primeira é metafísica, uma vez que o sujeito que não se motivou de acordo com a norma foi porque não podia agir de outro modo. A segunda é social, pois não se podia exigir do homem médio a motivação esperada. A terceira é preventiva, pois não pode punir alguém cujas circunstâncias impossibilitaram-no de responder às expectativas normativas. É de lembrar que o fundamento da culpabilidade não pode ser só uma reprovação pessoal, mas também deve se subordinar a fins político criminais de necessidade de prevenção. Em suma, a culpabilidade e prevenção não são coisas iguais, mas a culpa é pressuposto de uma responsabilidade configurada preventivamente. ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención en derecho penal**. Madrid: réus, 1981, p. 172 e 179. Alerte-se ainda que, para o problema do erro, e da motivação no direito penal, Roxin trabalha com a teoria da pena preventiva integrada, em que, anuída certa margem de liberdade, a culpabilidade limita a pena em face da prevenção e esta pode reduzir a pena a despeito de estar ajustada à retribuição da culpa (princípio da dupla limitação). Destarte, o funcionalismo de Roxin tenta se unir às garantias do iluminismo. ROXIN, Claus. **La evolucion de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Valencia: tirant lo blanch, 2000, p. 60-65.

<sup>384</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>385</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: civitas, 1997, p. 885.

<sup>386</sup> *Idem, ibidem*, p. 886.

processo de socialização do sujeito, de um *background* que lhe dê aptidão para duvidar do significado sócio-jurídico do fato.

No que concerne à alínea “b)”, não é necessário que o agente conheça as características específicas das normas, mas quem exerce atividades em setores regulamentados tem o ônus de buscar a informação. Nesse caso, afasta-se por completo o erro de tipo, ressalvada a norma que não tem qualquer conexão cultural com o mundo no qual inserido o sujeito. Seria, a bem da lógica traçada alhures, o caso de erro de proibição vencível se houver algum motivo que justifique o sujeito não ter lançado mão dos meios de informação como ajuda de terceiros ou o esforço de consciência ao praticar conduta previamente regulamentada por setor penal. Esse raciocínio também se aplica ao leigo que tem o ônus de consultar se sua conduta é ilícita – ao praticar ato específico, com esteio em norma técnica, contrastante das regulamentações ordinárias.<sup>387</sup>

No que concerne à alínea “c)”, quando o sujeito tem consciência de que sua conduta prejudica a outros, adquire motivos suficientes para duvidar se seu comportamento não viola bens jurídicos fundamentais.<sup>388</sup>

É fundamental o esclarecimento de que, quando não existe nenhuma das três balizas, é guarida para se cogitar do erro de proibição invencível,<sup>389</sup> ou, o que é mais grave do ponto de vista da segurança jurídica, de erro de tipo, uma vez que se trata de norma demasiado específica não contida na coconsciência do homem socializado.

Um problema que surge é a probabilidade de se confundir com a culpabilidade pela condução de vida, ao se destacarem os referenciais objetivos que assinalam o ônus de se motivar. O fato de reprovar alguém por não ter se motivado pode se relacionar com o desejo de querer punir pelo passado, e não pelo fato.

Até que ponto é legítima as razões preventivas de proteção aos bens jurídicos? Como se sabe, indaga-se se é possível reprovar aquele cujos conhecimentos prévios poderiam motivar o sujeito a agir fielmente ao direito.

Nesse senso, é claro que, se os conhecimentos prévios não permitiam ao sujeito se assenhorar das dúvidas decorrentes das circunstâncias do caso, então seria a hipótese do erro de tipo invencível, porque não havia como o sujeito exercer o ônus de se motivar, uma vez que lhe faltava a coconsciência para compreender os fatos.

---

<sup>387</sup>*Idem, ibidem.*

<sup>388</sup>*Idem, ibidem.*

<sup>389</sup>*Idem, ibidem*, p. 887.

Contudo, esse é um caso raro. O mais comum é quando, apesar de o sujeito possuir conhecimento prévio, não haver tempo hábil para buscar os meios de informação ao se deparar com o fato concreto. Ou quando o sujeito não possua conhecimento prévio porque propositalmente deixou de se informar. Aqui já não se trataria de erro de tipo, mas de se levantar a dúvida, respectivamente, se seria erro de proibição invencível ou ignorância deliberada.

Fernando Córdoba, em sua tese de doutorado, considera, ressalvados os casos de ignorância deliberada, sempre ser erro invencível quando o insuficiente conhecimento prévio não permitir que o sujeito se informe, uma vez que a culpabilidade se estrutura sobre uma presunção de que o sujeito vai se motivar e por uma análise concreta das capacidades intelectuais e físicas dele. De pronto, não importaria o motivo, se não houvesse como se motivar no momento do fato, seria erro de proibição invencível.<sup>390</sup>

No entanto, a opinião de Roxin parece ser mais razoável. A inteligência preventiva do direito penal pode levar a punir aquele que se omitiu em atualizar o conhecimento prévio para poder agir de acordo com o Direito.

Impende, desde já, ressaltar que não se trata de uma culpabilidade por condução de vida, pois a reprovação não ocorre em razão do caráter do sujeito, mas sim pela concreta infração do dever de cuidado ante um fato previsível – verdadeira imprudência de direito.<sup>391</sup>

Investiga-se a falta de cuidado de uma ação concreta, sendo inolvidável a analogia com a doutrina da *actio libera in causa*.<sup>392</sup> O importante é que a reprovação não recaia sobre uma omissão de se informar distante temporalmente do fato, de maneira a impedir que se identifique a autocolocação em perigo. Uma posição contrária, permissiva por punir uma omissão distante, caracterizaria a responsabilidade objetiva.<sup>393</sup> Outro cuidado é evitar a culpa por uma omissão de se informar ante um fato que no horizonte do homem médio parecia imprevisível, ressalvada a hipótese de o sujeito ser dotado de qualidades excepcionais.<sup>394</sup>

---

<sup>390</sup> CÓRDOBA, Fernando Jorge. **La evitabilidad del error de prohibición**. Madrid, Barcelona e Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 349.

<sup>391</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: civitas, 1997, p. 883-884.

<sup>392</sup> STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**. Parte general I. El hecho punible. Navarra: aranzadi, 2005, p. 245.

<sup>393</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas bastos, 2002, p. 224-227.

<sup>394</sup> *Idem, ibidem*.

Estabelecidas essas linhas gerais, insta-se rememorar a importância do conhecimento prévio, a fim de mostrar que esse conhecimento influencia naquilo que o sujeito tome como estereótipo lícito de comportamento.

Com acerto, Flávio Antônio resenha que o esforço de consciência só é possível quanto a questões morais introjetadas na psique individual, por força da socialização.<sup>395</sup>

Para que se examinem as capacidades intelectuais de quem alega o erro no momento do fato é preciso verificar se os seus conhecimentos prévios habilitavam-no a compreender as consequências jurídicas do fato.<sup>396</sup>

Jakobs faz importante analogia com os crimes culposos. O indivíduo só pode responder pelo crime culposos se detinha conhecimentos que lhe permitiriam compreender a situação de perigo em que se colocara.<sup>397</sup> *Mutatis mutandis*, essa é a mesma situação para a imprudência jurídica, ao tempo em que o indivíduo não manifesta o comportamento condizente com o seu papel social.<sup>398</sup>

Dispõe-se, então, de três fases: a) quais circunstâncias de fato o autor conhecia; b) quais conhecimentos gerais o autor possuía acerca das consequências da conduta; e, por último, c) relacionando-se as duas primeiras fases, é indagado se era dado saber acerca do perigo da situação.<sup>399</sup>

Como pontua Fernando Córdoba, o decisivo não é a consciência de dano, e sim saber que uma conduta análoga se encontra proibida pelo ordenamento jurídico.<sup>400</sup> Se a presciência do indivíduo não lhe permite alcançar o conhecimento normativo, aí seria o momento de indagar a respeito da motivação de não ter se informado previamente.

<sup>395</sup> CRUZ, Flávio Antônio da. **O tratamento do erro em um direito penal de bases democráticas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 285.

<sup>396</sup> Sem conhecimento prévio, o indivíduo será sempre a fábula empirista da “tabula rasa”, que apenas adquire as primeiras sensações, mas não adquire conhecimentos novos.

<sup>397</sup> Sublinhe-se que Jakobs rejeita qualquer concepção psicologista, pois, em vez desta, fala em competência do indivíduo para atender à expectativa normativa JAKOBS, Günther. **Moderna dogmática penal**. Estudios compilados. Mexico: porrúa, 2006, p. 322-332.

<sup>398</sup> Observe que a analogia com os crimes culposos, ou a aplicação do princípio da *actio libera in causa* não são aplicações *in malam partem*, pois não se cuida de levar a aplicação da norma para outra situação assemelhada, mas de utilizar princípios gerais do direito penal para compreender os seus problemas.

<sup>399</sup> CÓRDOBA, Fernando Jorge. **La evitabilidad del error de prohibición**. Madrid, Barcelona e Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 100-124.

<sup>400</sup> *Idem, ibidem*.

A questão dos conhecimentos prévios pode ser espelhada com o conceito de estereótipo ilícito. Antevendo determinada conduta que não seja habitualmente permitida,<sup>401</sup> é importante indício que sintetiza o momento em que nasce o ônus de se informar – conforme os três critérios indiciários trabalhados por Roxin –, já que um comportamento aparentemente ilícito exige autorreflexão sobre a conduta.

Por exemplo, no caso de questões residuais das normas fundamentais,<sup>402</sup> como o aborto necessário, para salvar a vida da gestante, provocado por enfermeiro (art. 128, I, CPB).<sup>403</sup> Não se trata de comportamento cujo estereótipo seja de manifesta ilicitude, por isso pode se aplicar a invencibilidade do erro.

Logo, conclui-se, o reconhecimento de que determinado comportamento desejado é um clichê social (estereótipo) é importante recurso para que o sujeito divise o ônus de se motivar e de buscar os meios de alcançar a consciência de antijuridicidade.

Esse reconhecimento passa pelo que se chama de *background*, que, em tese, é o conjunto de conhecimentos sedimentados em cada indivíduo decorrente da sua vivência societária.<sup>404</sup> São habilidades cujo uso já não depende mais de reflexão – p.ex., alguém sabe, independente de refletir, que matar outrem, a princípio, é um ato antijurídico, porque se trata de um estereótipo de ilicitude consolidado nas relações sociais.<sup>405</sup>

Não há uma definição precisa para *background*, uma vez que se trata de termo relativo a expressões pré-intencionais e inconscientes; não traduzida em palavras, portanto.

Quando alguém deseja cometer delito tributário mediante o fornecimento de informações inverídicas à Receita Federal (art. 1º, I, Lei nº 8.137/90),<sup>406</sup> a preocupação natural é com o *modus*

<sup>401</sup> JAKOBS, Günther. Conocimiento y desconocimiento de la norma. In: JAKOBS, Günther e STRUENSSE, Eberhard. **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Buenos Aires: hamurabi, 1998, p. 70-71.

<sup>402</sup> Tal expressão se refere a normas de ampla repercussão social, mas que afasta problemas decorrentes de particularidades de sua aplicação. *Idem, ibidem*.

<sup>403</sup> “Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;”

<sup>404</sup> SEARLE, John R. **Intencionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 195-221.

<sup>405</sup> JAKOBS, Günther. Conocimiento y desconocimiento de la norma. In: JAKOBS, Günther e STRUENSSE, Eberhard. **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Buenos Aires: hamurabi, 1998, p. 70-71.

<sup>406</sup> Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000) I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

*operandi* para o ardil ter sucesso. O sujeito pensa em como transpor suas ideias para o mundo da realidade (condição de satisfação mundo-mente); no entanto, pode detrás do desiderato há uma rede intencional de informações que vão de coisas complexas como a acreditar no papel do Direito Penal, no papel da Receita Federal e outras instituições até chegar numa simples atividade motora de utilizar meios digitais para inserir informações falsas na declaração fazendária. Todas essas crenças “automáticas” são formadas por intencionalidades e, mais inconscientemente, pelo *background*.

Dessa forma, as linhas acima sedimentam o caminho de que a vencibilidade do erro deve passar de um juízo concreto e individual de indícios de antijuridicidade até um juízo objetivo, mais abstrato, a fim de saber se o autor tinha consciência de antijuridicidade.<sup>407</sup>

Esse percurso deve ser esclarecido pela doutrina para evitar que a prática jurídica deturpe esse *interatravés* de presunções de conhecimento de antijuridicidade, transformando indícios em afirmações insindicalizáveis. Daí a importância de se destacar a particularidade do erro no processo penal, a fim de que os critérios penais não sejam preenchidos por presunções transpostas em afirmações retóricas.

## 2.4 Meios de se informar e suficiência das informações.

De uma maneira geral, o meio natural de alguém buscar a informação é o esforço de consciência, conforme consagrado pela prática jurídica através da doutrina finalista.<sup>408</sup>

Esse procedimento se dá pela autorreflexão. Tal tarefa é observada por terceiro a partir das capacidades física e intelectual do indivíduo, a exemplo do nível de educação etc.

Como o erro penal envolve o aspecto do sujeito e da norma, também é necessário que se averigüe a clareza do comando normativo em função do princípio da legalidade, para saber se era possível o sujeito se informar com o mero conhecimento da norma. E também se o Estado dispunha de canais de informação, para indicar o sentido do comando jurídico.<sup>409</sup>

---

<sup>407</sup>FELIP I SABORIT, David. **Error juris**. El conocimiento de La antijuridicidad y el artículo 14 del código penal. Barcelona: atelier, 2000, p. 248-251.

<sup>408</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1977, p.72-75.

<sup>409</sup> NOGALES, Inés Olaizola. **El error de prohibición**. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid: La ley, 2007, p.

O procedimento também pode ocorrer mediante a solicitação de informações, especialmente quando o cidadão seja leigo e não tenha conhecimento sobre a matéria regulada.<sup>410</sup>

O erro é desculpável quando, apesar de buscar a informação, ela não é útil para esclarecer o sentido de antijuridicidade.

No caso de informações estatais, contanto que não haja contra-argumento para questionar-lhes a idoneidade, o particular se encontra acobertado pelo princípio geral da boa-fé e seus consectários do *venire contra factum proprium* e *supressio*. A administração não pode ir contra seus próprios fatos, tampouco querer fazer valer direito que não é cobrado pelas autoridades.<sup>411</sup>

Desse modo, são aclarados os pontos materiais do erro penal, em que consiste, quando é vencível e invencível e os meios de se informar. Falta, por fim, abordar o aspecto processual, relacionado ao ônus da prova e à construção dos indícios probatórios.

Já que a proposta deste trabalho é oferecer o critério da associação diferencial, originado dos estudos de E. Sutherland, como importante indício para processualmente se reconstruir a coconsciência e o ônus de se motivar como cidadão fiel ao direito ante do fato ilícito, é necessário que previamente se comente sobre o ônus processual de alegar e fundamentar a existência do erro penal.

### 3 ASPECTO PROCESSUAL: PREENCHIMENTO DOS CRITÉRIOS PENAIS E A ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL COMO CRITÉRIO INTENCIONAL PARA ENCONTRO DO ERRO E DAS SUAS ESPÉCIES DE TIPO E DE PROIBIÇÃO

#### 3.1 Ônus probatório de argumentar os indícios do erro penal.

##### A. Pequeno introito.

O direito penal, durante muito tempo, viveu o dilema de ser apenas palavras. A preocupação com a dificuldade probatória, em termos de elaborar uma teoria particular para o

---

181-187.

<sup>410</sup>*Idem, ibidem.*

<sup>411</sup> MARTÍN, Adán Nieto. **El conocimiento del derecho**. Um estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición. Barcelona: atelier, 1999, p. 198-212.

tema, oportunizou que houvesse práticas jurídicas semelhantes a despeito de justificadas por discursos dogmáticos diversos.

P. ex., a utilização da dicotomia erro de tipo e de proibição como se fossem os antecessores erros de fato e de direito. A identificação entre os dois pares de erro ocorria quando o erro de proibição era considerado irrelevante, qual o erro de direito - no caso de o desconhecimento legal não ser suscetível de prova indireta, sob o fundamento de que o conhecimento da lei é presumido absolutamente.<sup>412</sup>

Todavia, um direito penal que observe o princípio da culpabilidade deve fazer justamente o contrário, deve adequar as palavras à realidade.<sup>413</sup>

O estudo do direito penal, tal se percebe com o erro, deve ser feito com ampla visão, abrangendo sujeitos e norma jurídica, ambos em constante interação. Por isso uma opção metodológica que não seja pragmática deve alertar as limitações de suas conclusões.

O erro penal deve ser debatido tanto sob o seu lugar na teoria do delito quanto na política criminal; têm-se imprescindíveis os aspectos de “diretiva de conduta”, onde se analisam elementos da teoria do delito como dolo, tipo e culpabilidade, e de “expectativas institucionalizadas”, que envolvem a expectativa social voltada à aplicação da pena.<sup>414</sup>

O preenchimento desses dois lados se faz dentro do processo penal. Se o direito penal contém os critérios de relevância para reconstituição da realidade onde há conflito de interesses, é

---

<sup>412</sup>ACR - APELAÇÃO CRIMINAL – 24034, TRF3. Como se sabe, a presunção de conhecimento da lei é elemento da teoria geral do direito (REO 200039020024291, TRF1), que não se adequa ao direito penal.

<sup>413</sup> Eis a lição de Marcelo Sancinetti quando trata de discutir qual a teoria adotada pelo art. 34 do código penal argentino, se dolo ou da culpabilidade. SANCINETTI, Marcelo A. Error, dolo y culpabilidad: un problema “de lege lata”? **Nuevo Pensamento Penal**. Revista de derecho y ciencias penales. Año 05, nº 09 a 12. Buenos Aires: depalma, 1976, p. 268-275.

<sup>414</sup> Silva Sánchez capitula o papel das normas penais na conciliação entre duas teorias, a saber, se elas são diretivas de conduta ou expectativas institucionalizadas. Isto é, se são comandos caracterizados por relações individuais “sujeito-norma” ou se são, por outro lado, entes que garantam a expectativa social direcionada à imposição de uma pena ante a quebra de um código de comunicação normativa. O aspecto das “diretivas de conduta” seria voltado para o ato concreto praticado, em que, como mecanismo metodológico, destacar-se-iam elementos ontológicos mínimos necessários para se identificar um crime (como a ação, o dolo, a culpa etc); e o outro – “expectativas institucionalizadas” – como parte da teoria da imputação em que se toma em conta a finalidade da proibição legal e da pena. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Diretivas de conduta ou expectativas institucionalizadas? Aspectos da atual discussão sobre a teoria das normas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 79, ano 17, julho-agosto de 2009, p. 155.

no processo penal que se disciplina como o caso deve ser reconstituído, a fim de estabelecer a estrutura estética da verdade no processo.<sup>415</sup>

A reconstrução dos fatos penais na atividade instrutória apresenta três características: plenitude, temporalidade e compreensão cênica. São elementos que justificam enquadramento teórico do erro penal segundo sua aplicação no processo.

A plenitude, a princípio, deveria enunciar que os critérios materiais têm o condão de reconstituir o problema penal. Mas o direito penal exerce um papel apenas passivo, uma vez que a reconstrução dos fatos se dá a partir da linguagem cujos limites de comunicação impedem uma completa reprodução do que houve no passado.<sup>416</sup>

A temporalidade assinala que os acontecimentos passados são históricos. Logo, transformam-se em textos ou são modificados em função das pessoas que portam a transmissão do que houve. Ainda sim, indica que o processo é determinado por um lapso, ao ponto da livre comunicação ser um discurso ideal distanciado pela necessidade de decidir em tempo exíguo matérias que pertencem ao estudo de diversas ciências.<sup>417</sup>

Por fim, a compreensão cênica envolve a complexa relação dos vestígios materiais do crime e sua interpretação no curso do processo. Tal percurso envolve não só a interpretação de textos, mas também a própria condição hermenêutica dos atores processuais na construção dos seus horizontes de mundo.<sup>418</sup>

O sentido cênico do processo se desvela na captação seletiva de informações – limitadas pelo *background* de cada ator processual – ocorrida antes e durante o processo, de modo que o próprio objeto da atividade processual é resultado da efêmera visão de mundo dos participantes da verdade forense.

Além disso, a dinâmica de perguntas, respostas e conclusões ocorrem sem intervalo de tempo suficiente para deixar qualquer materialidade que permita objetivação do discurso para posterior análise. As decisões amiúde são tomadas em função de estereótipos e de outros limitativos que tornam o discurso objeto de dominações ideológicas.

---

<sup>415</sup> HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984, p. 146.

<sup>416</sup> *Idem, ibidem*, p. 151.

<sup>417</sup> *Idem, ibidem*, p. 152-153.

<sup>418</sup> *Idem, ibidem*, p.153-167.

As peculiaridades do processo, em suma, demonstram que a reconstrução do erro penal, seja tipo, seja de proibição, passa pela criatividade na escolha dos fatos que devem ser considerados relevantes.

Jerome Frank, jurista norte-americano, é preciso quando aponta para a relatividade da compreensão dos fatos e das normas (*rule-skeptics* e *fact-skeptics*).<sup>419</sup> Tirante questões particulares do realismo americano, a exemplo de resquícios metafísicos de saber o que é o Direito, é útil recortar a lição de que, em última análise, o processo está submetido a escolhas as quais, como vimos, são insuscetíveis de racionalização.<sup>420</sup> São *gaps*, lacunas, entre duas ou mais alternativas, na seleção dos fatos e das normas.

A atividade processual depende de influências particulares de cada ser humano que conduzem a uma reconstrução sempre possível (porém plural) da situação do processo (*gestalt*).<sup>421</sup>

É natural que a postura declaratória sobre a discricionariedade do intérprete jurídico carregue a pergunta sobre a segurança jurídica, principalmente do direito penal submetido ao clássico princípio da legalidade. Porém, a solução é ainda a fundamentação da decisão judicial, onde as palavras podem ser levadas ao controle público. Como explica o próprio Frank – antevedendo a pluralidades das vertentes teóricas traduzidas na teoria da argumentação moderna –, a publicidade das motivações é a garantia de poder confrontá-las com as provas produzidas no processo, segundo as convicções e tradições de determinado momento histórico.<sup>422</sup>

É nesse contexto que a teoria da associação diferencial, originariamente criada para explicar as causas (etiologia) do crime por Edwin Sutherland, é considerada como ferramenta útil no preenchimento das categorias penais dos erros de tipo e de proibição, porquanto se trata de critério tópico indiciário que auxilie o intérprete a escolher os fatos que possam ajudar no delineamento da situação típica.

---

<sup>419</sup> É possível dizer que Frank não foi um bom filósofo, porque não sistematizou suas ideias, de modo a testá-las consistentemente. Mas suas críticas continuam válidas, é tanto que suas conclusões é o ponto de diferentes vertentes teóricas, a exemplo da hermenêutica pós Segunda Guerra Mundial. PAUL, Julius. **The legal realismo of Jerome N. Frank.** A study of fact-skepticism and the judicial process. Haia: Martinus nijhoff, 1959, p. 129-150 e 76-88.

<sup>420</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial.** Myth and reality in american justice. New Jersey: Princeton, 1973, p. 146-156.

<sup>421</sup> FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre.** Buenos Aires: centro editor de america latina, 1968, p. 91-97.

<sup>422</sup> *Idem, ibidem*, p. 97. Cf. também CAYÓN, José Ignacio Solar. **El realismo jurídico de Jerome Frank.** Normas, hechos y discrecionalidad em el processo judicial. Madrid: universidad carlos III, 2005, p. 200-206.

A história de vida de alguém, na qualidade tópica de indício, não só explica o que está na cabeça do sujeito, mas denota fatos objetivos suscetíveis de controle judicial.

Não obstante, antes de discutir esse *topus* indiciário, é necessário abordar uma questão preliminar, que é a quem cabe o ônus probatório de alegar e provar o erro.

## B. Legitimidade e Ônus Probatório.

A quem cabe exercer o ônus probatório de alegar o erro não é um problema tão-só processual, como poderia parecer com a leitura do art. 156 do código processual penal brasileiro.<sup>423</sup> Relaciona-se diretamente com o princípio da presunção de inocência.

No direito comparado, precisamente espanhol, a jurisprudência segue a opinião de que o ônus é do réu, uma vez que cabe à acusação apontar os pressupostos de punibilidade, a exemplo da consciência de antijuridicidade, do dolo etc. Eventual contrarresposta deve ser incumbência do réu, que deve questionar a prática do fato imputado, posto ser decorrência lógica que, quem pratica a conduta, pratica-a conscientemente. O argumento de que não houve consciência ou era impossível exercer o ônus de se informar se constitui em exceção à existência da própria consciência, que fora provada pela acusação.<sup>424</sup>

A jurisprudência brasileira, embora não discuta o tema expressamente, também adota o raciocínio do magistério jurisprudencial espanhol, haja vista o argumento do erro se restringir à defesa; do contrário, se nada for alegado, vê-se a denúncia em que se imputa o crime ser apreciada sem qualquer conjectura sobre o erro, ressalvadas, evidentemente, as hipóteses em que o juízo considera de ofício a questão. De uma forma geral, a alegação de erro de tipo ou de proibição é aceita na qualidade de assunto referente à “excludente de antijuridicidade”, por isso assunto da defesa.<sup>425</sup>

Nieto Martín critica tal postura, posto no direito penal não viger argumentos positivos e negativos de imputação. Todos são necessários para configurar a responsabilidade penal. Assim o

<sup>423</sup> “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

<sup>424</sup> MARTÍN, Adán Nieto. **El conocimiento del derecho**. Um estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición. Barcelona: atelier, 1999, p. 49.

<sup>425</sup>REsp 700.540/RS, REsp 892.366/MG e, também do STJ, HC 151.047/SP.

Ministério Público, ou quem faça às vezes – seja por legitimidade subsidiária ou privativa – deve ter o ônus de não só provar os requisitos da punibilidade, a exemplo da tipicidade e da culpabilidade, mas também os negativos, como o conhecimento de antijuridicidade e a ausência do erro penal.<sup>426</sup>

Inés Nogales também adota a opinião em comento, escudada no argumento de que o conhecimento de antijuridicidade é pressuposto da punibilidade, portanto, é ônus da acusação prová-lo em toda sua dimensão. A ideia de que o erro é uma exceção perde o sentido na medida em que a discussão se afasta do direito penal clássico, quando se trata de normas técnicas pouco conhecidas da sociedade, logo não deve a defesa carregar esse ônus.<sup>427</sup>

Felip I Saborit tem uma opinião diversa. Assevera que deve ser tarefa do réu desconstruir a imagem de que detém o conhecimento de antijuridicidade percuciente ao de uma pessoa socializada.<sup>428</sup>

É importante patentear a dimensão prática do problema. Dificilmente o argumento da acusação será desconstruído se não houver uma apresentação de prova pela defesa. Demonstrados os requisitos da tipicidade, antijuridicidade e da culpabilidade, a contrário senso, não há mais sentido em demonstrar que também não há os erros de tipo ou de proibição. Sempre cabe à defesa alegar o erro, se não evidenciar o lastro probatório, sobeja a alternativa de o juízo avaliar o conjunto de provas; todavia não se pode obrigar a acusação a produzir prova desconhecida.

Cumprido recordar que os elementos subjetivos do tipo e a própria existência do dever de se informar são provados indiretamente por meio de indícios. A afirmação do erro deve estar estabelecida a partir de acontecimentos indiretamente relacionados ao fato qualificado como delito, que são pontos de partida argumentativos na construção da existência do erro.<sup>429</sup>

É a ordem regular, então, que o próprio réu tenha condições de apontar fatos que o beneficie com a absolvição ou diminuição de pena, uma vez que é ele quem vai levar ao processo a sua história de vida, muitas vezes de conhecimento restrito e pessoal. Nessa senda, é que Enrique

---

<sup>426</sup> MARTÍN, Adán Nieto. **El conocimiento del derecho**. Um estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición. Barcelona: atelier, 1999, p. 50.

<sup>427</sup> NOGALES, Inés Olaizola. **El error de prohibición**. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid: La ley, 2007, p. 130.

<sup>428</sup> *Apud, idem, ibidem.*

<sup>429</sup> É válido anotar o arguto pensamento de Díez Ripollés, de que é necessária a exposição de uma teoria da argumentação jurídica que oportunize a confirmação intersubjetiva dos fatos indiretos que sustentam assertivas sobre os elementos subjetivos do delito. RIPOLLÉS, José Luis Díez. **Los elementos subjetivos del delito**. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2007, p. 285-287.

Bacigalupo reconhece que o erro de proibição só pode ser apreciado pelo Tribunal quando o acusado expressa ou implicitamente apresenta o argumento em sua defesa.<sup>430</sup>

Com o objetivo de melhor aprofundar os critérios que influenciam na prova do erro penal é que doravante se aprofundará a questão do indício probatório.

### C. Construção Abdutiva do Erro Penal a partir dos Indícios.

Maria Thereza de Assis Moura define o indício como um fato específico, concreto, de onde surge uma conclusão guiada pelas regras da experiência ou pelo trabalho científico. Difere da presunção porque esta é abstrata e subjetiva.<sup>431</sup>

Numa explicação concisa, o indício seria uma circunstância acessória que se prende ao fato principal, seja por meio de uma relação com o fato mesmo, ou com o agente ou, por fim, com o modo por que foi produzido o fato. É um dedo que mostra o objeto discutido na relação processual.<sup>432</sup>

Por estar acertado numa probabilidade, é que o indício está sujeito a uma série de condições que lhe dão eficácia probatória como a certeza do fato indiciário, a pluralidade de indícios e a convergência das ilações.<sup>433</sup>

A certeza do fato decorre de não causar dúvidas, pois ninguém pode afirmar algo com base em fato duvidoso e, quanto às duas outras condições, é medida de precaução com o fim de sustentar maior probabilidade.

É natural que, quando o indício é bastante forte, seja considerado sem a necessidade da produção de outras provas. É o que ocorre quando se verifica a socialização do sujeito.

Com frequência, a jurisprudência pátria debate sobre o efeito argumentativo do indício *modus operandi*. No delito de evasão de divisas, a forma pela qual o dinheiro está escondido na mala, entre roupas, de forma a disfarçar sua existência, é importante indício que demonstra ter o

<sup>430</sup>BACIGALUPO, Enrique. **Tipo y error**. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 136. Conferir também Micheli, que resenha ser ônus da acusação a prova de todos os fatos positivos do crime. E essas provas têm de ser suficientes, inclusive, para superar argumentos da defesa que questionem os pressupostos de punibilidade. MICHELLI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**. Bogotá: temis, 2004, p. 241-242.

<sup>431</sup>MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 55.

<sup>432</sup>MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Campinas: bookseller, 2008, p. 421.

<sup>433</sup>MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 93-99.

sujeito consciência da conduta proibida, afastando, por completo, o argumento dos erros de tipo e de proibição.<sup>434</sup>

Outro exemplo esclarecedor, ainda sobre o *modus operandi*, seria a omissão de informações ao Fisco com o escopo de sonegar tributos. A maneira pela qual os valores são omitidos é importante indício de que o sujeito tinha o intuito de negar informações aos servidores da Receita, sobretudo quando a profissão exige o conhecimento da informação sonegada no exercício diário das tarefas.<sup>435</sup>

Recolhidas as experiências jurisprudências, apontam-se, sem caráter exaustivo, 05 importantes indícios que permitem confirmar ou afastar o erro penal: a) a natureza do delito; b) o *modus operandi* utilizado; c) a condução de vida e a reincidência; d) a profissão do sujeito e e) a atitude da vítima.<sup>436</sup>

O primeiro deles já foi bastante discutido durante o decurso desta dissertação, pra evitar repetições, basta lembrar Munhoz Netto, quando assevera que a natureza universal ou convencional da norma violada pode ser importante critério para avaliar a consciência de antijuridicidade.<sup>437</sup>

Consoante comentado alhures, é criticável qualquer posição extremada, que adote a impossibilidade do erro de proibição para o direito penal convencional e a certeza dos erros de tipo e de proibição para os delitos coletivos, sobretudo em face da heterogeneidade cultural das sociedades atuais.

O normal é que os conflitos surjam no campo residual das normas tradicionais,<sup>438</sup> de teor universal ou convencional, a exemplo do proibitivo de transfusão de sangue por motivo de religião

---

<sup>434</sup> ACR 6.954-CE, TRF5. Tipo penal: art. 22, parágrafo único, Lei nº 7.492/86: “Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.”

<sup>435</sup> ACR6029/PB, TRF5. Nesse precedente, a condenada era odontóloga e a expressividade dos valores, bem a conduta processual da ré, que afirmou passar por dificuldades financeiras, foram importantes indícios para mostrar que havia plena consciência das circunstâncias de fato e da antijuridicidade. Tipo penal: art. 1º, I, Lei nº 8.137/90: “Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.”

<sup>436</sup> NOGALES, Inés Olaizola. **El error de prohibición**. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid: La ley, 2007, p. 132-151.

<sup>437</sup> MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: forense, 1978, p. 95-100.

versus o direito à vida; no direito penal acessório, por outro lado, há o problema de normas de baixa assimilação social, porquanto não valha a completa indulgência porque quem se submete a setor regulamentado tem forte motivo para se informar previamente.<sup>439</sup>

No caso dos delitos acessórios, vale, isto sim, maior consideração sobre o tempo de vigência da norma, grau de estudo do sujeito e outros indícios, já que, estatisticamente, a jurisprudência reconhece que o maior número de erros ocorre nos crimes supraindividuais.<sup>440</sup>

O *modus operandi*, de fato, é importante indício da consciência de antijuridicidade quando o sujeito haja utilizado o que a doutrina espanhola chama “vias de fato desautorizadas”, quando se tenha tentado ocultar a realidade mediante simulação e outras fraudes.<sup>441</sup>

A condução de vida e reincidência falam por si.

Quanto ao segundo, quem praticou a conduta pela segunda vez ou mais é provável conhecer os efeitos morais e legais do ato.

Quanto à condução de vida, tem um efeito de convencimento menor. O importante é que características da personalidade não sejam levadas em conta como foro argumentativo decisivo, consoante será examinado na teoria da associação diferencial.

Por fim, a profissão do sujeito é outro elemento indiciador, já que, p. ex., se um especialista em tributos comete um delito fiscal, a sua conduta terá de ser rigorosamente analisada, quanto à forma e o modo de cometimento da infração,<sup>442</sup> posto que a atuação profissional pretérita demonstra que o indivíduo tinha conhecimento sobre os fatos.

A grande questão é qual força de credibilidade deve ser dada aos indícios, que são provas mais frágeis do que as diretas, que examinam os fatos *sub judicio*. Conforme se sabe, a verdade do

---

<sup>438</sup> JAKOBS, Günther. Conocimiento y desconocimiento de la norma. In: JAKOBS, Günther e STRUENSSE, Eberhard. **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Buenos Aires: hamurabi, 1998, p. 70-71.

<sup>439</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: civitas, 1997, p. 885.

<sup>440</sup> MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico-penal**. São Paulo: RT, 2009, p. 137-160.

<sup>441</sup> NOGALES, Inés Olaizola. **El error de prohibición**. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid: La ley, 2007, p. 142.

<sup>442</sup> NOGALES, Inés Olaizola. **El error de prohibición**. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid: La ley, 2007, p. 149.

processo penal é limitada não só por fundamentos filosóficos, mas também pelas questões estruturais do procedimento, a exemplo da compreensão cênica e do limite temporal.

O discurso processual não pode ser indefinidamente dialógico e heterológico. Isto é, não pode se constituir aberto para um diálogo eterno de teses, em que os *topoi* sejam elevados à condição de extrema complexidade, surgindo questões de questões em cascata.

Muito pelo contrário, após oportunidades institucionalizadas de diálogo, o processo se encerra com um ato assertivo e declarativo, que diz o que é o direito e se impõe pela força, quando, então, o discurso muda de dialógico para monológico, uma vez que a decisão não elimina o conflito, porém o torna indecível porque já finalizado o procedimento.<sup>443</sup>

Essa visão pragmatista é muito bem captada pelo processualista italiano Paolo Tonini, ao visualizar a problemática noção de verdade e as estruturas abertas do discurso processual que exigem um ato soberano para finalizá-lo.

Pontua o autor em comentário que o uso da linguagem e a utilização de máximas de experiências tornam o diálogo insuscetível de controle posterior, por isso a racionalidade das decisões só é passível de fiscalização mediante a motivação e o esclarecimento da forma de raciocínio empregado na arte de julgar – abdução, dedução ou indução –, a fim de os demais interessados no decidido possam reconstituir os fatores que resultaram na decisão final.<sup>444</sup>

Arremata o Prof. Tonini que o princípio de livre convencimento do julgador tem em seu bojo o dever de motivar conforme uma crônica da valoração racional e do rito do processo.<sup>445</sup>

Assim sendo, enfim, a racionalidade deve se traduzir numa motivação escrita, desnudando os critérios seletivos do direito penal de acordo com os fatos discutidos no processo.

É uma passagem problemática do direito material para o processo, onde o critério de recorte da realidade do direito penal não se “processualiza”, mas guarda sua autonomia enquanto hipótese que deve ser afirmada por meio de fatos.<sup>446</sup>

Os indícios, conseqüentemente, funcionam como instrumentos que unem o lado substantivo e adjetivo do direito à medida que os elementos subjetivos do tipo, especialmente a consciência de antijuridicidade (dolo), são afirmados a partir de uma coordenação de fatos, que apontam para a existência dos referidos elementos. Nessa senda, as máximas de experiência, paralelamente, devem

---

<sup>443</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: forense, 1997, p. 20-30.

<sup>444</sup> TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: RT, 2002, p. 70-73.

<sup>445</sup> TONINI, Paolo. **Lineamenti di diritto processuale penale**. Milano: giuffrè editore, 2009, p. 131-132.

<sup>446</sup> HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984, p. 146.

ser recolhidas e alinhadas como maneira de expor a relevância jurídica dos indícios justificadores da responsabilidade penal.<sup>447</sup>

Assim, a importância das espécies de inferências de raciocínio ganha maior atenção para as provas indiretas do que as diretas, já que se trata de uma reconstrução dos fatos mais sofisticada e de necessária validação interpessoal, ou melhor, de elementos subjetivos insuscetíveis de comprovação direta.

Destarte, cresce o interesse de explicar o que é o raciocínio abduutivo, inferência inata ao pensamento jurídico de qualificar fatos. Paolo Tonini o denomina como uma união entre o raciocínio dedutivo e indutivo. Se este é uma operação lógica por meio da qual se extrai uma regra a partir da observação constante de fenômenos ou casos similares, e aquele quando se dispõe de uma regra para qualificar um fato, o abduutivo é quando se parte de um fato particular para concluir outro fato particular, passando por uma regra geral. O limite do raciocínio abduutivo é que sua validade é cingida ao fato que está sob análise.<sup>448</sup>

Nesse caminho, o comentário feito acima sobre Jerome Frank vem a calhar. A reconstrução dos fatos – assim como a escolha e interpretação das normas – é sempre seletiva e depende de uma imagética eleição do que parece relevante no conjunto dos acontecimentos.

O método abduutivo é essencial para aclarar como surgem as interpretações jurídicas. E por isso pertence ao contexto da descoberta. O nascimento da hipótese sobre a questão nasce, simultaneamente, já quando se escolhe o fato indiciário para sustentar a afirmativa.

É diferente do contexto da justificação, que não é o objeto deste trabalho, porque interessaria apenas para esquadrihar e hierarquizar a relevância indiciária de argumentos postos em decisões.<sup>449</sup>

A preocupação nesta dissertação, vale repetir, é dizer que as associações diferenciais são elementos indiciários para confirmar ou afastar o erro penal. Não há apretensão de escalonar qual o indício mais importante.

Retomando um caso já discutido acima, veja-se a seguinte abdução.

---

<sup>447</sup>BARTOLI, Roberto. La prova delle componenti psichiche: volontà, conoscenza, conoscibilità. In: FRANCESCO, Giovannangelo de *et al* (orgs). **La prova dei fatti psichici**. Torino: g. Giappichelli, 2010, p. 222-226.

<sup>448</sup> TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: RT, 2002, p. 73-74.

<sup>449</sup> FRANK, Jerome. *Law & the modern mind*. New Brunswick-Londo: transaction, 2009, p. 159-171.  
NOBREGA, Flavianne F. **Pragmatismo e raciocínio abduutivo: a contribuição de Charles Sanders peirce para o direito**. Dissertação em mestrado. Programa de Pós Graduação em Direito. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2007, p. 37-45.

1. **Caso:** encontra-se, na casa de um contador, um conjunto de documentos que provam movimentação financeira diversa da declarada pelo cliente do contador ao Fisco.
2. **Regra:** quem omite receitas fiscais deve simulá-las ou empregar outra fraude.
3. **Caso (hipótese falível):** o cliente do contador e este cometeram o crime de sonegação fiscal.

Perceba que, embora a hipótese possa surgir com uma intuição (*insight*), trata-se apenas de uma conjectura que deve ser construída durante a longa e complexa fase da responsabilização penal, na qual se demonstrarão a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, ao lado das reflexões político-criminais sobre o caráter preventivo da pena e, por conseguinte, de tolerância da conduta.

Destarte, a hipótese provável, que afastaria a discussão do erro de tipo e de proibição, não decorre de um raciocínio indutivo ou dedutivo, mas da invenção de conjecturas para levantar suspeitas. É uma arte construtiva do discurso de natureza abdutiva.<sup>450</sup>

Em termos lógicos, Aristóteles apresenta essa inferência como um silogismo entimemático, aplicado como instrumento de apresentar provas com finalidade persuasiva.<sup>451</sup>

O entimema é uma forma de raciocínio aplicável a premissas prováveis quando a natureza do assunto – assim como o processo – torna extremamente incerta qualquer afirmação.<sup>452</sup>

Não obstante, destaque-se que o silogismo é só a forma lógica em que se apresenta o raciocínio – é um posterior. Por essa razão que toda a criatividade a ser explorada na arte da conjectura, como a seguir será demonstrado, pode ser melhor fundamentada com Charles Peirce, que fixou as bases do pragmatismo norte americano, destacando-se o contexto da descoberta e o raciocínio abductivo.

Como disserta a Prof<sup>ª</sup>. Flavianne Nóbrega, as bases filosóficas de C.Peirce podem ser usadas para o direito, porque permitem compreender, a partir da inferência abductiva, os problemas da prática jurídica.

---

<sup>450</sup> PLEBE, Armando e EMANUELE, Pietro. **Manual de retórica**. São Paulo: Martins fontes, 1992, p. 53-55.

<sup>451</sup> ARISTÓTELES. **Retórica**. Madrid: gredos, 1999, 1355a, 5-25, p.169-170.

<sup>452</sup> Na tópica, Aristóteles não tinha ainda desenvolvido o conceito de entimema, chamando-o de aporema. O entimema só ganhou autonomia com os primeiros analíticos. ARISTÓTELES. **Tópicos**. Madrid: gredos, 1994, 161b40 a 162a5-15, p. 295 e 298. Aristóteles chama de verossímil o que chamaríamos de máxima da experiência – aquilo que normalmente ocorre –, enquanto que ele chama de signo o que seria um termo representativo de algo. Porém, na prática, essa distinção é ofuscada pelo fato de que as máximas de experiência representam algo, sendo símbolo provável de conclusões. ARISTÓTELES. **Analíticos primeiros**. Tratados de lógica (órganon). Madrid: gredos, 1995, 70a10-30, p. 294.

É possível fazer um paralelo com o próprio conhecimento científico. O saber é formado por crenças resultantes de hipóteses testadas, uma vez que os efeitos de ideias aplicadas no mundo real é que dão balizas para sua validade. Enquanto os efeitos não forem questionados, cria-se uma crença de verdade até ulteriores questionamentos. Todavia, não se trata de um conhecimento imutável, uma vez que a verdade – leia-se, crenças –, são questionadas quando se tornam inadequadas para explicar fenômenos que outrora não despertavam dúvidas.<sup>453</sup>

Enfim, o conhecimento científico é encontrado num sistema de crenças cuja validade está apoiada na experimentação de premissas e de posterior acordo quanto aos seus efeitos.<sup>454</sup>

Dessa forma, é dado perceber já uma aplicação prática do pragmatismo.

P.ex., o método pragmatista é empregado como fundamento epistemológico desta dissertação.

É um trabalho orientado para inquietações que surgiram ao olhar a prática jurídica, momento no qual se quebrou o sistema de crença de que o erro de tipo e de proibição, segundo o finalismo, poderia resolver o problema da equivocada interpretação dos elementos normativos do tipo.<sup>455</sup>

---

<sup>453</sup> NOBREGA, Flavianne F. **Pragmatismo e raciocínio abduativo: a contribuição de Charles Sanders peirce para o direito**. Dissertação em mestrado. Programa de Pós Graduação em Direito. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2007, p. 81-92.

<sup>454</sup> Vale o adendo, o conhecimento científico seria um só, não importa se das ciências naturais ou humanas. E o homem e o ambiente também formam um só mecanismo de estímulos e respostas PEIRCE, Charles S. What pragmatism is. In: THAYER, H. S. (org.). **Pragmatism**. The classic writings. Indianapolis, Cambridge: hackett publishing company, 1982, p. 108-109. A melhor forma de encontrar a crença é verificar o hábito de certa pessoa, é nele que o pesquisador pratica seu sistema de concepções sobre o mundo. É esse método científico que afasta o conhecimento de qualquer outro método como o da tenacidade, fundado na crença de dogmas, uma vez que o hábito não afasta a dúvida. Pelo contrário, é natural que o pesquisador em determinado momento da sua história duvide sobre pontos de sua crença, submetendo novas hipóteses a teste. É importante destacar que essa crença não é subjetiva, porque ela ocorre no espaço intersubjetivo da linguagem onde o indivíduo só pode interpretá-la quando aceita o próximo como semelhante. Conferir PEIRCE, Charles S. How to make our ideas clear. In: THAYER, H. S. (org.). **Pragmatism**. The classic writings. Indianapolis, Cambridge: hackett publishing company, 1982, p. 94-100, e MEAD, George H. **Mind, self, & society**. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago e London: university of Chicago press, p. 273-281.

<sup>455</sup> Dewey chama o princípio da inteligência o método de raciocínio em que as crenças são justificadas a partir dos seus efeitos, bem assim, por outro lado, o conhecimento de acordo com a dúvida nos efeitos das crenças. DEWEY, John. **How we think**. Chicago, D.C. heath & CO publishers, 1910, p.68- 101. Conferir também SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 49-67.

Porém não só isso, tal método é a própria justificação filosófica para analisar a seguir o argumento da associação diferencial, enquanto critério tópico indiciário da distinção entre os erros de tipo e de proibição.

Assim, ante o exposto, impender realçar um dos elos que relaciona este subtópico ao próximo, que é o contato entre o indício processual e a tópica.

Como se sabe, o indício não é propriamente meio de prova, já que se trata de um fato indireto que, através de uma operação mental, chega a outro fato.<sup>456</sup> Esse caminho é posteriormente justificado pela argumentação em que, de um fato, constrói-se a ponte para a situação principal. Destarte, o indício é a tradução processual de um *topus*, nos moldes aristotélicos, um lugar-comum argumentativo de onde se inicia o discurso.

A tese desta dissertação, repita-se, é que a associação diferencial é importante critério processual para selecionar os fatos da realidade indiciários da presença do erro de tipo ou de proibição, que devem ser usados como um *topus* no discurso jurídico.

### **3.2 Teoria da Associação diferencial como Critério Tópico Indiciário dos Erros de Tipo e de Proibição.**

A teoria da associação diferencial de E. Sutherland foi elaborada num momento em que a criminologia nos Estados Unidos tentava responder à pergunta de como o ser humano desenvolve o desejo de praticar o crime.

O contexto anterior à Segunda Guerra Mundial era desenhado pela polêmica entre aqueles partidários de teorias biológicas e outros que viam o crime como produto de circunstâncias sociais.<sup>457</sup>

Sutherland articulou tanto o aprendizado individual quanto o ambiente social em que o sujeito estivesse envolvido.

Assim, se no nível macro era possível enxergar uma organização social diferenciada como o local onde o sujeito desenvolveu suas habilidades, p. ex., subúrbios onde há a cultura do crime que facilitaria o ingresso de jovens na atividade ilícita; na microanálise, verificam-se diversas

---

<sup>456</sup> FERRÁNDIZ, Leonardo Prieto-Castro y CABIEDES, Eduardo Gutiérrez de. **Derecho procesal penal**. Madrid: tecnos, 1989, p. 247-248.

<sup>457</sup> LANIER, Mark and HENRY, Stuart. **Essential criminology**. 3º ed. Philadelphia: westview press, 2010, p. 158-173.

associações diferenciais presas ao modo de existir de uma única pessoa. Portanto, o crime não seriabiológica e culturalmente transmitido, mas aprendido a partir da interação simbólica.<sup>458</sup>

Os contatos sociais ajudam a formar a personalidade dos participantes. O grau de confiança que o observador tem em relação a observados se constroi com o atendimento das expectativas sociais do observador. E, da mesma forma, se os outros também esperam respostas do observador, este também tende a incorporar as expectativas de terceiros observados na qualidade de comportamentos pessoais para garantir sua socialização.

Em outras palavras, se o “eu” se socializa com a estabilidade de suas expectativas sociais, quando atendidas por terceiros, é normal que este “eu” também incorpore como sua conduta as expectativas dos outros, selando a interação em sociedade.<sup>459</sup>

O traço da associação diferencial se constata tanto em comunidades ricas quanto pobres, pois todo ser humano constrói seu aprendizado a partir das associações, que podem denotar comportamentos adequados ao regime jurídico e moral quanto serem desviantes.

É preciso ressaltar que esse pensamento não se identifica com a desorganização sócioeconômica de classes desfavorecidas, já que as associações diferenciais também se verificam em classes sociais privilegiadas.<sup>460</sup>

O particular da teoria de E. Sutherland é reunir uma característica comum das pessoas que cometem delitos, independente da classe social. P.ex., o gênero “criminosos profissionais” também inclui outra categoria criada por Sutherland, a espécie “criminosos de colarinho branco”,<sup>461</sup> além do criminoso de baixo poder aquisitivo.

O criminoso tem como nota vulgar o fato de ter relações pessoais que contribuam para a atividade desviante. Essas pessoas, a par das tratativas que violam o código de ético-jurídico – podem também manter relações sociais sólidas, reconhecidas e aceitas pelos demais membros da

---

<sup>458</sup>*Idem, ibidem.*

<sup>459</sup>*Idem, ibidem.*

<sup>460</sup>*Idem, ibidem.*

<sup>461</sup> Criminoso de colarinho branco é aquele que comete o crime através do uso de poder. Embora seja difícil precisar exatamente o que consistiria o abuso de poder, o conceito “crime colarinho branco” é ferramenta teórica extremamente útil para as pesquisas criminológicas, p.ex., a da seletividade da justiça criminal. SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O crime de colarinho branco**. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 93-121 e 305-310.

comunidade. De certa forma, é até bom para os negócios ilícitos que os praticantes sejam reconhecidos como pessoas “de bem” pela sociedade.<sup>462</sup>

Em suma, a par do criminoso de colarinho branco, a associação diferencial tem amplitude para explicar o *blue-collar criminals*, criminosos de baixo poder aquisitivo.

Isso demonstra que a associação diferencial é importante instrumento para verificar o que está na cabeça do sujeito, independente da sua classe social.

Por conseguinte, a teoria tem uma relação direta com este trabalho, no sentido de ser indício tópico na leitura da realidade a fim de distinguir os erros de tipo e de proibição quanto à valoração dos elementos normativos do tipo.

Quem alega um erro de tipo pode ter seu argumento desacreditado se a sua história de vida indiciar que havia forte consciência sobre os elementos do tipo.

Como já destacado no decorrer da dissertação, o dolo exige o conhecimento decorrente da esfera paralela do profano. Cuida-se de conhecimento que não exige prévia reflexão, pois pode ser um conhecimento implícito que se dá durante a prática da conduta.

Assim, ultrapassada a fase do erro de tipo, a discussão do erro penal só poderia surgir no âmbito do dever de se informar (e. de proibição) para os que demonstrassem história de vida resultante de aprendizado da norma.

Observe que esse indício poderia ser aplicado a qualquer pessoa, pois a associação diferencial não é fruto, repita-se, de uma desorganização social, mas de uma organização social diferente, encontrada na história de aprendizado de qualquer pessoa, já que o traço particular desviante da associação é o conteúdo do aprendizado – e não o aprendizado, que é inerente a qualquer ser humano.<sup>463</sup>

A teoria de Sutherland pode ser exposta em nove axiomas abaixo sublinhados,<sup>464</sup> que, mais tarde, foram reformados, consoante será visto.

1. O comportamento criminoso é aprendido. Ninguém herda características voltadas para o crime. Não existe o criminoso nato, pois.

---

<sup>462</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **The professional thief**. Chicago-London: Chicago press, 1989, p. 172-193. Cf também SUTHERLAND, Edwin H. **White Collar Crime**. New York: Yale press, 1983, p. 45-62.

<sup>463</sup> LILLY, J. R.; CULLEN, F. T. e BALL, R. A. **Criminological theory. Context and consequences**. California: sage publications, Inc, 5<sup>th</sup> edition, 2011, p. 39-50.

<sup>464</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **Principles of criminology**. 6<sup>o</sup> ed. Chicago: J.B. Lippincott Company, 1960, p. 76-80.

2. O comportamento criminoso é aprendido em interação com outras pessoas de acordo com um processo de comunicação.
3. A principal parte do aprendizado do crime ocorre dentro de um círculo pessoal de amizade.
4. Quando o crime é ensinado, o aprendizado inclui técnicas de prática criminosa. A teoria não pretende ser só descritiva do processo de fazer o crime, mas ela resvala na motivação e na atitude do sujeito influenciadas pela associação diferencial.
5. O motivo e sedução para os proveitos do crime são decorrentes de influências favoráveis ou desfavoráveis ao cumprimento da norma.
6. Uma pessoa torna-se delinqüente porque as influências prescritivas favoráveis à violação da norma legal são maiores dos que a do seu cumprimento. Este é o coração da teoria da associação diferencial. É preciso distinguir relações favoráveis ao crime, desfavoráveis e neutras.
7. Associações diferenciais podem variar em freqüência, duração, antecedência (*priority*) e intensidade. A “freqüência” seria o grau de interação diferencial. A “duração” seria a quantidade de tempo em que se desenvolve a associação. A “antecedência” o quanto mais cedo se está envolvido nas associações. E a “intensidade” é um conceito se refere ao grau de pertinência emocional que uma pessoa tem com o contato que funda a associação; em suma, o prestígio e status de uma associação.
8. Os processos de aprendizado de um crime envolvem recursos comuns a qualquer aprendizado. Isso destaca que não se trata de um aprendizado exercido apenas por criminosos, mas só o conteúdo é que é diferente do aprendizado feito em escolas etc.
9. Embora o comportamento criminoso seja uma expressão de necessidades e valores, esses dois não explicam o crime, pois também estão presentes no comportamento não criminoso. Tendo em vista que a diferença se dá sobre o conteúdo do aprendizado, e não sobre o processo, não se pode diferenciar essa ação em razão dos valores. P. ex., ganhar dinheiro é uma necessidade que pode ser preenchida por condutas desviantes ou não. Da mesma forma, valores como o amor e outros não definem uma prática criminosa.

É possível formular algumas críticas à teoria de Sutherland, úteis a este trabalho. Seriam: a) não consegue explicar o motivo de uma pessoa optar por relações desviantes, já que todos exercem bons e maus papéis em sociedade; b) como comprovar empiricamente uma associação diferencial determinante; e c) não explica os crimes passionais.

As três críticas são rebatidas por Donald Cressey, numa edição revista do livro *criminology* de Sutherland. Afirma o comentarista que uma teoria sociológica do crime deve observar o contexto em que a conduta é praticada, sob pena de ter dados insuficientes se se restringir ao ambiente da conduta praticada. Por outro lado, o déficit empírico não é questão a ser resolvida pela associação diferencial, já que ela funciona como um princípio geral na análise do crime, é por isso que não há uma preocupação com os crimes passionais, uma vez que o objeto da teoria não são pessoas em concreto, mas elaborar um instrumento que permita a macroanálise (organização diferenciada) e a microanálise (associação diferencial) da conduta desviante.<sup>465</sup>

Ronald Akers, acadêmico continuador da teoria de Sutherland, fez várias observações com base nas críticas comuns à teoria em comento. Considerou a importância de ampliar o rol das associações para envolver não só pessoas, mas também instituições e qualquer outro meio que viesse a colaborar na formação da personalidade das pessoas.<sup>466</sup> Com isso, tornou-se insofismável a importância de reconhecer nas experiências passadas importante indício para a coconsciência do sentido de ilícito da conduta.

Fernando Córdoba reconhece que as teorias voltadas para explicar o âmbito do dolo, enquanto conhecimento latente e oculto desvelado por Platzgummer, utilizaram como fonte a psicologia do conhecimento, com o fim de fundamentar um conhecer futuro baseado em experiências pretéritas.<sup>467</sup>

Essa tarefa, acredita o autor da dissertação, pode ser muito bem explicada com o interacionismo simbólico, cuja origem se confunde com a escola de Chicago, onde, inclusive, E.

---

<sup>465</sup>SUTHERLAND, Edwin H e CRESSEY, Donald. **Criminology**. 8º ed. New York: J.B. Lippincott Company, 1970, p. 78-91. Livro reeditado em 1955, em coautoria com Donald Cessey. É dizer que o germen da associação diferencial começou em 1924, com o livro *criminology*, mais tarde reeditado em 1934, como *principles of criminology*, quando a teoria da associação diferencial foi exposta sem se vincular ao conceito de desorganização social, então em voga com os trabalhos de Clifford R. Shaw e Henry Mckay. ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia. O homem delinqüente e a sociedade criminógena**. 2ª reimpressão. Coimbra: editora Coimbra, 1997, p. 268-288.

<sup>466</sup> É interessante lembrar o trabalho de Ronald Akers, que destaca o papel de Comportamento operante como ferramenta para explicar o fenômeno de ação e resposta (*feedback*) ocorrido diversas vezes entre o ser humano e o ambiente que o cerca. Diuturnamente, o ser humano responde a estímulos ambientais, que podem ser comida, dinheiro, roupa etc. Assim a teoria do Sutherland mereceria o corretivo quanto à origem das associações e quanto ao papel que a mídia e outras instituições influem no aprendizado, alargando o campo das associações que, para Sutherland, seriam sobretudo interpessoais. AKERS, Ronald L. e SELLERS, Christine S. **Criminological theories**. New York: Oxford press, 2009, p. 85-122.

<sup>467</sup> CÓRDOBA, Fernando Jorge. **La evitabilidad del error de prohibición**. Madrid, Barcelona e Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 100-108.

Stuherland principiou o desenvolvimento da teoria da associação diferencial. Para não fugir dos limites de uma dissertação em direito penal, por óbvio, serão destacados apenas os aspectos que interessam ao tema do erro.

O erro penal corresponde a um estado mental de crença equivocada, que, por sua vez, influencia no ato de linguagem assertivo e compromissivo.<sup>468</sup> Como o agente compreende mal a realidade, seja sob as circunstâncias de fato, seja sob a negligência em se informar para agir corretamente segundo a consciência de ilicitude, a direção de ajustamento do ato não obtém sucesso.

A realidade não corresponde ao estado mental e, por conseguinte, o sujeito crê e afirma algo inexistente (ato assertivo) e, por fim, não direciona sua conduta para o que realmente deveria acreditar (ato compromissivo).

Ocorre que, conquanto a intencionalidade não possa ser desvelada plenamente, é possível a comunicação entre a mente e o mundo; e isso se dá pelas dimensões significativas do que o sujeito realmente quis dizer (atos ilocucionários).<sup>469</sup>

A despeito do fracasso de qualquer estudo causal para encontrar a origem das motivações de escolha, é possível levantar hipóteses com relativo sucesso empírico como comprova o sucesso da teoria da associação diferenciada na comunidade acadêmica.<sup>470</sup> Como dito alhures, a opção entre uma vontade e outra é um ato que não encontra referência nas leis causais, pois se trata de uma questão volitiva (*gap*),<sup>471</sup> e isso se aplica na teoria da associação diferencial, uma vez ser impossível

<sup>468</sup> SEARLE, John R. **Expressão e significado**. São Paulo: Martins fontes, 2002, p. 18-46.

<sup>469</sup> SEARLE, John R. **Speech acts**. An essay in the philosophy of language. Cambridge: Cambridge university press, 1969, p. 22-50. MARCONDES, Danilo. **A pragmática na filosofia contemporânea**. Rio de Janeiro: Jorge zahar, 2005, p. 16 – 20. E outro livro é OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996, p. 184-200. As dimensões seriam 12, como a intensidade do propósito (força com que se empenha no ato ilocucionário), direção de ajuste, diferenças de propósito, direção de ajuste, sinceridade do estado psicológico, força do propósito ilocucionário, diferença quanto à posição do falante e do ouvinte, diferença quanto ao modo como a emissão se relaciona com os interesses do falante, diferença quanto ao conteúdo da força ilocucionária, diferença entre os atos que sempre são atos de ato de fala e outros que podem não o ser, diferença entre os atos que requerem e os que não requerem instituições extralingüísticas e diferença entre o uso performativo dos verbos ilocucionários. SEARLE, John R. **Expressão e significado**. São Paulo: Martins fontes, 2002, p. 3-11.

<sup>470</sup>FARRINGTON, D. P. Childhood risk factors and risk-focused prevention. MAGUIRE, M.; MORGAN, R.; REINER, R. (orgs). **The Oxford handbook of criminology**. New York: oxford university press, 2007, p. 733-770.

<sup>471</sup> SEARLE, John. **Rationality in action**. Cambridge, Massachusetts, London and England: MIT press, 2001, p. 92-96.

indicar com certeza infalível o motivo pelo qual alguém optou pelas influências desviantes em vez das ajustadas aos padrões de legalidade.

Conforme adiantado no corpo da pesquisa, o *background* e as redes internas de crenças são os elementos das dimensões significativas dos atos de fala que permitem o ouvinte entender o que se passa na cabeça do sujeito – se não há grau de certeza, permite um grau crível necessário para as tratativas sociais.

É isso que justifica a construção da personalidade (*self*) por meio de experiências passadas. Questões como posição social, nível de estudo e experiência profissional são importantes indícios para firmar posição a respeito da credibilidade de certo ato de linguagem.

George Mead, ao tratar da posição do indivíduo face à sociedade, ensinou que a construção da identidade pessoal é um reflexo de como se absorvem os estímulos naturais e sociais. Isso se dá porque o indivíduo desde a mais tenra idade aprende a imitar (*play*) e a conduzir (*game*) personagens em brincadeiras lúdicas.<sup>472</sup>

Isso ocorre porque o ser humano é o único ente cujos atos alcançam a fase da manipulação e consumo,<sup>473</sup> em que cada um constrói sua personalidade, seja de forma criativa (*i*) ou apenas reflexiva (*me*) mediante a linguagem (*mind*). E tal só ocorre porque o sujeito sabe que suas respostas públicas aos estímulos podem ser reconhecidas pelo outro, haja vista que a linguagem oportuniza que emissor e receptor construam juntos suas personalidades mediante o compartilhamento de símbolos significantes.<sup>474</sup>

É por isso que existe a interação simbólica. O ato que possibilita reconhecer as associações diferenciais como parte do *background* do sujeito e indício da sua consciência é porque o mesmo se dá com todo o ser humano; é o que permite, enfim, olhar um terceiro como se fosse a si próprio.<sup>475</sup>

---

<sup>472</sup>MEAD, George H. **Mind, self, & society**. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago – London: university of Chicago press, p. 273-281. COOK, Gary A. **The making of a social pragmatist**. Chicago: Illinois press, 1993, p. 78-98.

<sup>473</sup> MEAD, George H. **The philosophy of the act**. Chicago - London: the university of Chicago press, 1972, p. 3-25 e 103-125.

<sup>474</sup>

A consciência do indivíduo (*self-consciousness*) como pertencente ao grupo surge quando percebe serem seus atos e corpo também parte de uma experiência coletiva. MEAD, George H. **Mind, self, & society**. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago – London: university of Chicago press, p. 164-186.

<sup>475</sup> MEAD, George H. **The philosophy of the present**. New York: prometheus books, 2002, p. 183-198. COOK, Gary A. **The making of a social pragmatist**. Chicago: Illinois press, 1993, p. 115-137.

Estabelecida a relação do indivíduo com o mundo, é possível discutir questões processuais que envolvam a relevância dos erros de tipo e de proibição e a ignorância deliberada, que é o meio pelo qual o indivíduo tenta se beneficiar do suposto erro para conseguir fins ilícitos.

O suporte teórico do interacionismo simbólico, sobretudo da teoria da associação diferencial, deverá ser o critério aplicado para análise dos casos abaixo.

### **3.3 Ignorância Deliberada dos Elementos Normativos do Tipo.**

A vista sobre a relação entre o erro penal e a ignorância deliberada (cegueira jurídica) é mais um caminho entre os quais se reconhece a autonomia do problema do erro, posto se tratar do grau de tolerância com a falta de efetividade da norma jurídica.

Desconhece-se o problema do erro quando se afirma que é um tema sem independência, pois o importante seria definir o que é o dolo e quando se pode negar o não exercício do ônus de se informar. O erro penal não é só a ausência do dolo ou da culpa. A sua autonomia se desenha com a atenção que o assunto requer para a política criminal.

De fato, se o processo penal preenche os critérios seletivos do direito material segundo um critério de justiça sempre arbitrário em suas escolhas, a autonomia do erro parece olvidada.

Teorias como do dolo e da culpabilidade tornam-se jogos de palavras, para conduzir a decisões que não atentam ao caso concreto, porque o mundo e suas circunstâncias se subordinam aos conceitos gerais da teoria do delito.

Nesse sentido, escreve com razão Gustavo Bruzzone quando diz que a prática jurídica aplica os erros de tipo e de proibição como se fossem, respectivamente, erros de fato e de direito. Para tanto, seriam analisados o erro do proibido como algo que se refere às normas, por isso imperdoável; e erro de tipo como o que cuida dos fatos.<sup>476</sup>

Mas a prática jurídica assim decide justamente porque as consequências político criminais do erro não são explicitadas nas decisões. Carece de sentido dizer que o ato é doloso em razão do sujeito conhecer todas as circunstâncias de fato que determinam a antijuridicidade da ação, mas, contraditoriamente, despir de relevância a consciência de antijuridicidade, ou, de outro ângulo,

---

<sup>476</sup> BRUZZONE, Gustavo A. Un regreso a la distinción “error de hecho” y “de derecho”? A propósito del estado de La discusión nacional em el ámbito del error em el derecho penal. **Doctrina penal**. Teoria y práctica em las ciencias penales. Año 15, n° 57/58. Buenos Aires: depalma, enero-junio 1992, p. 08-16.

reprovar quem não se motivou de acordo com a norma, conquanto não tivesse como se advertir sobre a ilicitude da conduta.<sup>477</sup>

Se determinado conceito da norma penal é essencial para compreender os fatos – e o referido termo não pertence à história de vida do sujeito – a consciência de ilicitude já é relevante no dolo – e, pois, no erro de tipo. Não há motivo para se adentrar no dever de se informar sobre o proibido.

Então, é essencial que se atenha à situação de fato, quais são os critérios penais para o erro e como eles podem ser preenchidos durante o processo.

É verdade que o ideal seria haver dados mostrando quais situações a jurisprudência considera atípica ou desculpável, formatando-se uma tabela quantitativa e qualitativa de casos com os critérios adotados para, em tese, dar-se segurança no processo de decidir. Porém, não sendo esse o objetivo da dissertação, sobreleva demonstrar meios processuais para se investigar como é possível vislumbrar se o sujeito podia se orientar de acordo com a norma, segundo os parâmetros de exigibilidade social.

Por suposto que a efetividade da norma não pode depender do que está na consciência do sujeito. Caso o processo penal dependesse do vínculo psíquico entre autor e norma no momento do fato, a vigência do ordenamento dependeria da consciência do sujeito, que é difícil de provar e pode não existir nos crimes por convicção. Quem comete o crime, porque tem outros valores a defender, com efeito, parece conhecer o que a sociedade pensa, mas, em razão de suas crenças, pode nem enxergar no fato de que viola normas sociais.

O dilema da cegueira jurídica é conciliar a coincidência temporal de todos os elementos do injusto e das expectativas sociais. O que denota a necessidade de equilíbrio entre o garantismo e a prevenção penal.<sup>478</sup>

A solução está na consideração de aspectos objetivos e subjetivos da teoria do delito, segundo uma política criminal de prevenção, para avaliar se o sujeito adrede se omitiu previamente de maneira que assumiu o risco de praticar determinado fato desinformado.

Afasta-se do conceito de culpabilidade de autor ou pela conduta de vida, porque se reprovam fatos relacionados ao fato principal, e não estilo de vida. Mezger, quando tentou disseminar a teoria limitada do dolo, dizia que, para as circunstâncias de fato, era exigido o conhecimento atual, ao tempo que, para a antijuridicidade do fato, bastava exigir uma atitude do autor incompatível com a

---

<sup>477</sup> SANCINETTI, Marcelo A. **sistema de la teoria del error em el código penal argentino**. Buenos Aires: hammurabi, 1990, p. 11-23.

<sup>478</sup> MARTÍN, Adán Nieto. **El conocimiento del derecho**. Um estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición. Barcelona: atelier, 1999, p. 239-243.

concepção são de direito e de injusto.<sup>479</sup> Veja que a reprovação adotada neste trabalho não se confunde com a defendida por Mezger.

É evidente o paralelo entre o crime culposo e a imprudência de direito. Esta seria consubstanciada em infrações prévias ao dever de se informar e aquele pela falta de cuidado em prever as consequências da conduta.<sup>480</sup> É também, por outro lado, intuitiva a influência da doutrina da *actio libera in causa*.<sup>481</sup>

No entanto, a analogia com a imprudência de fato não resolve todos os problemas da culpabilidade prévia. A necessidade político-criminal que a fundamenta, para afastar o benefício da ignorância proposital, deve responder a algumas perguntas: a) qual, em concreto, a falta de cuidado que justifica a reprovação; e b) em que momento se pode dizer que o autor assumiu o risco de agir desinformado?

Essas perguntas dão especificidade ao tema da responsabilidade pelo erro, de maneira que a analogia com os crimes culposos é só o ponto de partida.

Preferível é o termo culpabilidade prévia, consistente em reprovar aquele que teve plenas condições de antecipar o fato, mas, mesmo assim, não se informou adequadamente até que o fato ocorresse.<sup>482</sup>

A falta de cuidado se verifica quando, ao se deparar com estereótipos sociais equivalentes ao da conduta censurada, o sujeito não resolve se informar para evitar o fato censurado.<sup>483</sup> Eis o momento no qual assume o risco de condutas futuras.

É notório que, na multiplicidade das relações sociais, vivenciadas numa história de vida, as pessoas se deparem com fatos cujos sentidos moral e jurídico sejam semelhantes.

<sup>479</sup> MEZGER, Edmundo. **Derecho penal**. Libro de estudio. Parte general. Buenos Aires: bibliografía argentina, 1958, p. 255.

<sup>480</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: civitas, 1997, p. 883-884.

<sup>481</sup> STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**. Parte general I. El hecho punible. Navarra: aranzadi, 2005, p. 245 e 262.

<sup>482</sup> O conceito de culpabilidade prévia também abrange o da doutrina da *actio libera in causa* e os crimes passionais. STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**. Parte general I. El hecho punible. Navarra: aranzadi, 2005, p. 241-242, 245 e 262.

<sup>483</sup> JAKOBS, Günther. Conocimiento y desconocimiento de la norma. In: JAKOBS, Günther e STRUENSSE, Eberhard. **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Buenos Aires: hamurabi, 1998, p. 70-71.

Nesse caminhar, é dado exigir que haja uma equivalência estrutural entre a possibilidade de se informar num momento prévio e no momento em que se pratica o fato.<sup>484</sup>

Essa equivalência é garantida porque as qualificações sociais vêm à mente das pessoas em diversas situações da vida, fortalecendo as respostas sociais que se padronizam com a interação simbólica.<sup>485</sup> A formação do *background* é que permitirá a criação de expectativas sociais na maior das vezes realizadas e a troca de sinais por meio da linguagem.<sup>486</sup>

Os estereótipos, por conseguinte, são inerentes às relações sociais. A ideia de previsibilidade quanto às expectativas normativas configuradas no comportamento esperado quando alguém se depara com um estereótipo é resumida com o conceito de hábito, que materializa uma forma de agir homogênea até que as vias do futuro sejam abertas com a quebra do sistema de crença.<sup>487</sup>

Desse modo, é uma exigência natural que os estereótipos sejam usados no juízo de reprovação feito na culpabilidade.

É de se lembrar ainda que não basta que o sujeito tenha se deparado com um estereótipo, mas que seja provável a repetição de um papel social equivalente, a fim de denotar a falta de cuidado do sujeito.<sup>488</sup>

Por último, todos os critérios penais acima levantados, para serem preenchidos por indícios no processo penal, devem ser analisados segundo o ângulo da boa-fé e da proibição do *venire contra factum proprium*. É preciso evidenciar que o sujeito quis não se informar para agir contrariamente ao direito.<sup>489</sup>

Expostos os critérios penais da dogmática da cegueira jurídica, devemos relacioná-los com o erro penal.

---

<sup>484</sup> MARTÍN, Adán Nieto. **El conocimiento del derecho**. Um estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición. Barcelona: atelier, 1999, p. 270-271.

<sup>485</sup> MEAD, George H. **Mind, self, & society**. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago – London: university of Chicago press, p. 273-281.

<sup>486</sup> SEARLE, John R. **Intencionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 195-221.

<sup>487</sup> MEAD, George H. **The philosophy of the present**. New York: prometheus books, 2002, p. 91-109.

<sup>488</sup> MARTÍN, Adán Nieto. **El conocimiento del derecho**. Um estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición. Barcelona: atelier, 1999, p. 270.

<sup>489</sup> MARTÍN, Adán Nieto. **El conocimiento del derecho**. Um estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición. Barcelona: atelier, 1999, p. 273-275.

Diante de um caso concreto, a primeira dúvida é se havia consciência de antijuridicidade. Na prática jurídica, a resposta a tal indagação variavelmente se confunde com o próprio erro, resultado de um raciocínio jurídico não motivado, quase sempre fundado em presunções.

Ocorre que a hipótese provável e primeira (*insight*), ao se deparar com os fatos sob investigação, deve ter suas consequências testadas em face dos critérios penais da dogmática da cegueira jurídica e do erro penal.<sup>490</sup>

A pesquisa consoante o método abduutivo permite que os pré-conceitos do intérprete sejam localizados na medida em que se pergunta o porquê da conclusão e em quais premissas esta se apoia.<sup>491</sup>

No exemplo da prática clandestina de telecomunicação,<sup>492</sup> a pergunta se havia consciência de antijuridicidade deve ser feita com o cuidado de que a consciência vai influir tanto no âmbito do dolo quanto na valoração do limite do dever de se informar.

Quanto ao primeiro âmbito, examina-se a coconsciência, isto é, o conhecimento implícito que se dá na construção da personalidade (*self*) – erro de tipo –, e, na culpabilidade, avalia-se se era possível o sujeito atualizar esse conhecimento para agir de acordo com a norma – erro de proibição.

Por suposto, não bastam inquirições dogmáticas. É preciso que as inflexões da política criminal estejam presentes, a fim de saber se, de fato, o agente merece ser punido como forma de garantir as finalidades preventivas da pena.<sup>493</sup> O grau de tolerância social com o erro é a baliza para a prevenção da pena.

Paralelamente ao exame desse périplo, as indagações seletivo-materiais da cegueira jurídica devem sempre ser pontuadas como forma de evitar o benefício contra a própria torpeza.

Processualmente, a questão está em evidenciar os fatos que demonstrem a amplitude do conhecimento do autor.

---

<sup>490</sup> PEIRCE, Charles S. How to make our ideas clear. In: THAYER, H. S. (org.). **Pragmatism**. The classic writings. Indianapolis, Cambridge: hackett publishing company, 1982, p. 94-100.

<sup>491</sup> FRANK, Jerome. **Law & the modern mind**. New Brunswick-Londo: transaction, 2009, p. 232-237.

<sup>492</sup> Art. 183, da Lei nº 9.472/97. “Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação: Pena - detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime.”

<sup>493</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: civitas, 1997, p. 813-814. ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Buenos Aires: hammurabi, 2006, p. 31-74.

Modernamente, o direito penal não tem a pretensão de adequar a realidade às palavras – época de construção das teorias do delito que consolidaram a dogmática – mas de adequar as palavras à realidade.<sup>494</sup>

Por essa razão é incorreto dizer que hoje prevalece o elemento objetivo do delito com o funcionalismo de Roxin. Na verdade, reconhece-se que o elemento subjetivo só pode ser discutido processualmente se se demonstram os fatos em que sustentado, e o elemento objetivo do delito é preenchido de acordo com os critérios interpretativos que demarcam o alcance da norma penal.

Observe-se, nesse passo, que o critério penal nunca pode ser pensado despido de suas peculiaridades processuais. P.ex., se o dolo é consciência e vontade, deve-se indagar a probabilidade de o autor ter tido consciência de determinada consequência.<sup>495</sup>

Veja-se um caso corriqueiro na jurisprudência pátria. A aquisição de aparelho telefônico para realizar atividade de telecomunicação. O sujeito adquire aparelho em comércio local e passa a prestar serviços de fax. Após embargos da Agência de Telecomunicações (ANATEL), investiga-se se o sujeito cometeu o crime capitulado no art. 183 da Lei nº 9.472/97. Em sede de apelo o Tribunal Federal da 1ª região considerou que era erro de proibição, pois, a despeito de ninguém poder ignorar a lei, o sujeito não tinha como se motivar de acordo com a norma por lhe faltar a consciência material do injusto. Por isso a Corte absolveu o réu.<sup>496</sup>

No entanto, o curioso é que o réu tinha apelado dizendo não haver dolo em sua conduta, pois sem o conhecimento do proibitivo legal não havia como compreender as circunstâncias de fato.<sup>497</sup>

---

<sup>494</sup>Por essa razão é incorreto dizer que hoje prevalece o elemento objetivo do delito com o funcionalismo de Roxin. Na verdade, reconhece-se que o elemento subjetivo só pode ser discutido processualmente se se demonstram os fatos em que sustentado, e o elemento objetivo do delito é preenchido de acordo com os critérios interpretativos que demarcam o alcance da norma penal. KÖSTER, Mariana Sacher de. **Evolución del tipo subjetivo**. Bogotá: universidad externado de Colombia, 1998, p. 102-115.

<sup>495</sup> CONTRERAS, Joaquín Cuello. Aspectos sustantivos y procesales del dolo. **Revista peruana de ciencias penales**. Nº 16. Lima: idemsa, Julio 2005, p. 139-152.

<sup>496</sup> Apelação criminal nº 0008438-72.2008.4.01.3200, TRF1.

<sup>497</sup> Apelação criminal nº 0008438-72.2008.4.01.3200, TRF1.

A par da relevância do conhecimento legal, que, em normas de fundo técnico, pode ser, sim, relevante para o dolo,<sup>498</sup> nas razões de decidir do julgador em comento, há importante questão teórica que é o significado da consciência de antijuridicidade para o dolo e para a culpa.<sup>499</sup>

Em face de toda a fundamentação desenvolvida no trabalho, parece que o julgador do caso em tela foi guiado pela ideia de que o âmbito intelectual do dolo só abrange o conhecimento dos fatos, sem qualquer abertura para a valoração do próprio fato. Se tal premissa realmente fosse verdadeira – o que nesse espaço se permite só especular – a conclusão é de que se está diante do antigo erro de fato, porque tudo que remeter à norma deve ser estudado no erro de proibição, que funciona como o de direito.

Assim, a hipótese provável (*insight*) do julgador só cogitou duas opções: a) não há erro, pois o conhecimento legal é indesculpável; e b) há erro, mas só se for de proibição (de direito).

Embora, provavelmente, houvesse a conjectura de consequências políticas, nenhuma delas foi explicitada pelo magistrado.

O raciocínio abduutivo do julgamento do TRF1 pode ser assim traduzido:

3. Fato. Indivíduo compra aparelho telefônico multiuso, sem necessidade de licença.
2. Regra. Serviços de telecomunicação devem ser prestados após obter licença de órgão administrativo – norma técnica de difícil conhecimento.
1. Fato (hipótese provável). O sujeito não tinha consciência material-jurídica do fato, por isso há erro de proibição.

<sup>498</sup> Relembre-se a origem histórica do dogma de que o conhecimento legal é inescusável: DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2000, p 38-39 e p. 392-402. Relembre-se os conceitos de elementos de valoração global de conteúdo indivisível. ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: civitas, 1997, p. 299-302. JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal**. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 407- 410. Na doutrina nacional, a despeito da redação legal do art. 21: LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de direito penal: parte geral, com observações à nova parte geral do código penal**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 257-260. Com o código de 1940: HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao código penal**. Vol. I. Tomo II. Arts 11 a 27. Rio de Janeiro: forense, 1978, p. 216-221. BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo 2º. Rio de Janeiro: forense, 1967, p. 112-120.

<sup>499</sup> Do ponto de vista da invencibilidade, a importância prática é só para efeitos de autoria e participação, já que, diferente do erro de tipo, o erro de proibição permite que o sujeito participe seja punido por excluir apenas a culpabilidade; mas, quanto aos efeitos da vencibilidade, a opção pelo erro de tipo pode significar a absolvição, com a ausência de previsão do crime culposos (art. 20, *caput*, CPB), ao contrário do erro de proibição em que só há a diminuição de pena (art. 21, parágrafo único, CPB).

Percebe-se, então, que, pelo método abduutivo, é possível constatar que a premissa primeira (hipótese provável) em tela se funda por critérios seletivos que não condizem com o código penal (erro de direito?), além de não apontar os fatos indiciantes – por que o sujeito não conhecia? Era preciso verificar o grau de estudo etc.

Deve-se evitar a separação do processo penal do direito material em razão de presunções do julgador. Por isso que o conhecimento fundado em indícios dos elementos subjetivos deve ser explicitado com o maior número de fatos.

Para saber o alcance do dolo do sujeito, é preciso valorações objetivas e subjetivas que dependem do exame particular do tipo penal, do sujeito e, por fim, da comunidade onde ele vive e interage simbolicamente.<sup>500</sup>

Não são possíveis generalizações. P.ex., seria temerário dizer que na comunidade brasileira todos sabem que a prestação de serviços de fac-símile depende de autorização, por isso, de logo, o problema só pode ser discutido no espaço do erro de proibição ou da ignorância deliberada.

É preciso que os fatos apontem para a espécie de erro ou se houve má-fé.

A convergência dos indícios justifica se o agente podia se motivar de acordo com a norma por compreender as circunstâncias de fato e, simultaneamente, afastam o argumento da cegueira jurídica.<sup>501</sup>

Conclua-se que o raciocínio parte de uma gradação. Como dito no primeiro capítulo, ao comentar o pensamento de Kindhäuser, a imputação a título doloso, preliminarmente, pressupõe o conhecimento do sentido das normas para investigar, primeiro, se o agente poderia compreender o sentido dos fatos.<sup>502</sup>

Embora pareça estranha tal inversão, ela se dá por uma questão de inicialmente seguir o curso mais natural – pessoas comumente podem não se motivar, por desconhecer o sentido jurídico do proibido, mas são poucas as que não atingem grau de interação simbólica suficiente para a socialização delas e, por conseguinte, para compreensão dos fatos.

---

<sup>500</sup> CONLLEDO, Miguel Días y García. **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madrid: La ley, 2008, p. 417-424.

<sup>501</sup> VALLEJO, Manuel Jaén. Dolo, error y prueba del dolo. **Revista de derecho penal y processal penal**. Vol. 10. Buenos Aires: abeledo perrot s.a., octubre de 2010, p. 1698-1704.

<sup>502</sup> KINDHÄUSER, Urs. Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho. In: FRISCH, Wolfgang *et al* (orgs.). **El error em el derecho penal**. Buenos Aires: ad-hoc, 2010, p. 149-154. Idem, *ibidem*, p.161-162.

E isso passa por uma questão social, de compreender o grau de interação social a partir de valorações. Observe que a questão psicológica é abandonada para enxergar os elementos subjetivos, vale repetir, a partir dos fatos.

Essa desconstrução do psicológico para o normativo foi apreciada com o afincado pela jurisprudência italiana com sentença nº 364/88 da corte constitucional, quando se iniciou o trabalho de preencher normativamente os requisitos objetivos e subjetivos da culpabilidade ao admitir a relevância do erro de direito.<sup>503</sup>

A decisão italiana foi baseada no art. 27.2 da constituição para afastar a presunção de culpa que a irrelevância do erro de direito acarretava.<sup>504</sup>

Na oportunidade, a par da polêmica jurisprudencial, a doutrina italiana desenvolveu intenso debate que resultou na prévia consideração a respeito do lugar que o sujeito ocupa na sociedade para serem avaliadas questões como a dignidade humana, a boa-fé e outros fatores normativos que permitiriam individualizar a responsabilidade penal.<sup>505</sup>

Nesse raciocínio, a preocupação em explicitar os fatos que justificam a norma penal é uma preocupação majoritária na doutrina, inclusive de direito comparado.

Saverio Siciliano, cotejando diversos sistemas jurídicos do mundo, concluiu que, quanto ao tema da vincibilidade do erro penal, mais do que nunca, as normas procedimentais dão mais confiança na discricionariedade do juiz, a fim de que ponha em equilíbrio a prevenção e o garantismo das normas criminais. E isso ocorre por uma necessidade de fazer justiça no caso concreto.<sup>506</sup>

Colhe-se, pois, que as apreciações fáticas para preencher os critérios penais são essenciais, por mais que às vezes tal ponderação pareça óbvia; todavia é justamente o

---

<sup>503</sup> TASSINARI, Davide. Note à margine del principio di scusabilità/inevitabilità dell'ignoranza della legge penale a venti anni dalla sua introduzione ad opera della corte costituzionale. . In: FRANCESCO, Giovannangelo de *et al* (orgs). **La prova dei fatti psichici**. Torino: g. giappichelli, 2010, p. 119-136.

<sup>504</sup> Constituição “Art. 27.1. La responsabilità penale è personale. 2. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.” Código penal: “Art. 5. Ignoranza della legge penale. Nessuno puo' invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale.”

<sup>505</sup> GRAZIANO, Giuseppe. **L'ignoranza e l'errore nel diritto penale**. Milano: seam, 1997, p. 28-33 e 92-93.

<sup>506</sup> SICILIANO, SAVERIO. L'errore di diritto nel sistema penal danese. **Archivio penale**. Volume diciassettesimo, fasc. V-VI, maggio-giugno. Napoli : Edizioni Scientifiche Italiane, 1961, p. 191-210.

esclarecimento dos critérios materiais utilizados e o destaque das peculiaridades dos processuais que tornam a atividade processual racional.<sup>507</sup>

A necessidade de um sistema penal aberto foi sentida por Roxin, ao pensar numa dogmática penal orientada por suas consequências político-criminais. O ilustre penalista pensou que poderia equilibrar a previsibilidade da intervenção penal (segurança jurídica) com a ideia de cultura;<sup>508</sup> porém, como discutido em diversos pontos da pesquisa, esse parece um dilema que não pode ser resolvido de maneira fechada.

A abertura para a tópica do processo de aplicação do direito é o ponto de chegada de diversas confluências teóricas – surgidas a partir do trabalho seminal de T. Viehweg; todas preocupadas com o contexto da descoberta<sup>509</sup> e da justificação da decisão.

Contudo, sobretudo no direito penal, a tópica não preenche o critério de justiça. Pelo contrário, trata-se de uma técnica do provável, inerente ao pensamento jurídico, mas não se preocupa em dizer o que é o direito,<sup>510</sup> até mesmo pela fluidez dessa busca, quiçá vã, que tem como

---

<sup>507</sup> CESANO, José Daniel. Error de tipo, criminalidade económica y delito de alvado de activos de origen delictivo: su tratamiento em la dogmática penal argentina. **Anuário de derecho penal y ciências penales**. Tomo LX, vol. LX. Madrid: ministério de justicia, 2007, p. 458-478. SICILIANO, SAVERIO. L'errore di diritto nel sistema penal danese. **Archivio penale**. Volume diciassettesimo, fasc. V-VI, maggio-giugno. Napoli : Edizioni Scientifiche Italiane, 1961, p.

<sup>508</sup> Saber onde radica o limite entre o que todavia é exigível e o que não é, é algo que só o juiz pode decidir no caso concreto segundo as exigências do bem comum. Só o juiz, acudindo aos pontos de vista reitores da prevenção geral e especial, pode determinar os casos concretos onde não cabe punição. ROXIN, Claus. **Culpabilidade y prevencion em derecho penal**. Madrid: 1981, p. 75 e 85.

<sup>509</sup> Sobre o contexto da descoberta, mencionem-se os trabalhos cujo cunho aristotélicoque destacam o aspecto imagético do agir final. Coelho, Nuno M. M. S. sobre o fim do agir na ética a Nicômaco. **Revista brasileira de filosofia**. Ano 59, vol. 234, janeiro-junho. São Paulo: rt, 2010, p. 259-289; ADEODATO, João Maurício. **Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011. Ainda o contexto da descoberta sob o viés do pragmatismo norte-americano. POSNER, Richard A. (2003). **Law, pragmatism, and democracy**. London, England: Harvard University Press; CAYÓN, José Ignacio Solar. **El realismo jurídico de Jerome Frank**. Normas, hechos y discrecionalidad em el proceso judicial. Madrid: universidad carlos III, 2005; NOBREGA, Flavianne F. **Pragmatismo e raciocínio abduativo: a contribuição de Charles Sanders peirce para o direito**. Dissertação em mestrado. Programa de Pós Graduação em Direito. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2007; LANINGAN, Richard. L. From Enthymeme to Abduction: The Classical Law of Logic and The postmodern Rule of Rethoric. In: **Recovering Pragmatism Voice**. New York: State University of New York Press, 1995. Agora, sobre o context da justificação, em específico. MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica Teoria do Direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006; ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 200.

<sup>510</sup> VIEHWEG, T. **Tópica e jurisprudência**. Porto alegre: sergio antonio fabris, 2008, p. 88-93.

sua razão de ser a própria *aporia* (democrática) em manter o sistema aberto para novidades e novas ideologias.<sup>511</sup>

Por óbvio, esta dissertação não pretendeu exaurir o tema do contexto da descoberta,<sup>512</sup> esse tema foi tangenciado para mostrar a importância da construção das categorias do erro penal processualmente; trabalho que só poderia ser levado a cabo se houver critérios materiais sedimentados e abertos às injunções da política criminal.

Não é possível a elaboração de fórmulas gerais para a solução do problema do erro sobre os elementos normativos do tipo.<sup>513</sup>

O estudo de cada caso concreto é o que importa, seja sob o ângulo do sujeito e seu *background* como condição de seus atos de linguagem, seja sob o ângulo da norma, a fim de verificar sua precisão, tempo de vigência e outros aspectos.

A questão de justiça? É assunto para ser debatido entre os homens, de preferência que seja um debate sem fim.

---

<sup>511</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: forense, 1997, p. 169-181.

<sup>512</sup> “Todo método rigoroso de discussão possui duas partes, uma dedicada a inventar argumentos e outra a julgá-los.” CÍCERO, Marco Túlio. Os tópicos. **Revista brasileira de filosofia**. Ano 59, vol. 234, janeiro-junho. São Paulo: RT, 2010, p.313-344.

<sup>513</sup> MACHADO, Fábio Guedes de Paula e OLIVEIRA, Daniela Fernandes de. Os elementos normativos do tipo: surgimento, caracterização e a problemática do erro. **Revista dos tribunais**. Ano 99, vol. 902. São Paulo: RT, dezembro, 2010, p. 445-480.

## CONCLUSÃO

1. O estudo do erro penal é inquietante porque cuida de o Estado reconhecer sua política normativa como ineficaz para determinadas pessoas. É o dilema entre a vontade de punir e o respeito ao direito fundamental de que só se pode punir se houver culpa e a necessidade de prevenção da pena.

2. O erro penal sobre os elementos normativos do tipo desperta interesse particular porque a doutrina e jurisprudência não sedimentaram critério como distinguir os erros de tipo e de proibição quando se cuida do conhecimento equivocado dos elementos normativos do delito em cotejo com a realidade.

3. A posição majoritária do direito comparado considera que, havendo dúvida, o problema deve ser resolvido pelo erro de tipo, seja pelo ângulo da dogmática, seja pelo da política criminal.

4. Dogmaticamente, assevera-se que o agir doloso depende do sujeito compreender a antisocialidade da ação. Isso se faz caso, para o direito penal clássico, o indivíduo seja socializado, e, para o direito penal técnico, se o indivíduo conhecer a norma. Então seria vulgar que a teoria correta para o dolo é a do *dolus malus*, já que o dolo pressuporia a possibilidade de se motivar de acordo com a norma.

5. Político-criminalmente, argumenta-se que a conta sobre a produção excessiva de normas penais deve ser do Estado. Ao cidadão não pode ser imposta política criminal em detrimento da possibilidade real de se agir conforme o direito. A ideia de que a vigência da norma, mediante a presunção de que todos conhecem a lei, irá fortalecer os laços comunitários, instrumentaliza o homem que é vítima do processo penal – i.é, viola a dignidade humana.

6. Por fim, considera-se que a opção pelo erro de tipo é mais benéfica ao acusado do que o erro de proibição. É indiscutível que o erro invencível, de tipo ou de proibição, leva à absolvição, uma vez que o fato não é típico, porém, quando se trata do vencível, a solução amiúde não é outra, à míngua de previsão do crime culposos.

7. Eis o estado da arte no ordenamento pátrio e nos de maior contato com o nosso, como o alemão, português, espanhol e italiano.

8. No entanto, optar pelo *dolus malus* ou pelo erro de tipo como hipótese dedutiva, tão-somente, é retirar a funcionalidade do erro de proibição, especialmente nos delitos técnicos.

9. Primeiro porque o conceito de *dolus malus* esvaziaria a exigência do dever de se informar localizada na culpabilidade. E, depois, a consideração, sempre, do erro de tipo para o problema em tela abre o benefício da própria torpeza (cegueira jurídica), quando se adrede desconhece o direito para lograr benefício particular.

10. Destacam-se, nessa sorte, três problemas relacionados com o tema do erro penal. O de dogmática, claramente delineado a partir da teoria do delito construída pelo positivismo jurídico, que influi diretamente sobre o que se entendeu por erro de direito e de fato e, hoje, por erro de tipo e de proibição; político criminal, figurado como pensamento por decorrência, quando se passou a indagar a respeito das finalidades preventivas da pena no momento de se qualificar o fato como erro penal; e, por derradeiro, um ponto consequente, que é como interpretar e justificar a incidência da espécie de erro num caso concreto.

11. No primeiro capítulo foi realizado um panorama histórico do tema. A finalidade é apresentar as três particularidades destacadas acima: dogmática, político – criminal e o problema de compreensão do caso concreto.

12. No direito romano, já se vislumbrava que a intolerância do erro de direito transigia com aqueles que, presumidamente, tinham grau de consciência comunitária comprometida, a exemplo de mulheres, soldados e estrangeiros. Era um critério casuístico e subjetivo, que atendia a peculiaridades de cada um dos contemplados, como as mulheres, que não participavam da vida pública, e dos soldados, que constantemente estavam em viagens, ou de estrangeiros que não conheciam as leis romanas. Diferente era a fortuna do erro de fato, considerado relevante na argumentação jurídica sobre a culpa.

13. Como se vê, a título de pano de fundo dos erros, havia a discussão da relevância que a consciência de antijuridicidade deveria ter no âmbito da culpa. Se atinente à regra jurídica, erro de direito e irrelevante; se aos fatos, erro de fato e relevante.

14. No direito medieval, a estrutura ainda era a mesma. É possível sintetizar da seguinte forma. O perdão obedeceria a quatro ponderações: a) natureza universal ou convencional da norma violada; b) tempo de vigência da norma; c) estar o erro baseado em interpretações equivocadas de órgãos públicos – os entes públicos podiam ser de natureza judicial ou administrativa; e d) o caráter disseminado do erro.

15. É válido recordar que essas exceções foram sendo construídas como critério de justiça em respeito ao caso concreto; todavia, com o *corpus juris civilis*, aceito como paradigma legal, foi crescendo a presunção de que todos deveriam conhecer a lei.

16. Com o iluminismo, o pressuposto filosófico de que a lei é fruto da razão fortaleceu a doutrina de que o conhecimento legal é fonte de presunção absoluta. Contudo, as exceções como reguladores de justiça do caso concreto permaneceram.

17. É sintomático que o positivismo jurídico alemão admitisse a relevância da consciência de antijuridicidade quando necessária para compreender as circunstâncias de fato. Estada nessa exceção, é que o tribunal do império germânico cultivou a dicotomia erro de direito penal e extrapenal

como forma de justificar a relevância do erro de direito para a segunda espécie, haja vista que influiria na compreensão dos fatos.

18. Não obstante, a aplicação do erro penal não apresentava a segurança jurídica necessária que o direito penal requer, pois a divisão penal e extrapenal não era estruturada em critérios seguros.

19. Foi, então, que o tribunal federal alemão, sob nova composição de membros, já em meados de 1950, adotou a diferenciação entre os erros de tipo e de proibição, cuja importância só pode ser entendida após rápida abordagem das teorias do dolo e da culpabilidade, como sinal da passagem da teoria causalista para a teoria finalista do delito.

20. A teoria estrita do dolo dizia que no dolo deve ser encontrado conhecimento da norma - o que criaria o problema de verificar o referido saber sob condição de qualificar os fatos como crime doloso. A teoria limitada procurava corrigir o defeito em comento, ao destacar que apenas haveria a necessidade de identificação de uma atitude incompatível com a concepção sã do direito e do injusto, que é um critério demasiado subjetivo.

21. A teoria estrita da culpabilidade, sob as inflexões da doutrina finalista, dizia que o erro sobre as discriminantes de fato – discriminante putativa – é caso para o erro de proibição, já que espiritualmente o indivíduo se equivoca sobre a incidência da causa de justificação. Por outro lado, a teoria limitada retifica a teoria para dizer que o erro sobre as discriminantes é erro de tipo.

22. O outro lado da dissertação é discutir a relação entre os elementos normativos e o erro penal. A dificuldade de definir o que sejam os elementos normativos presentes no tipo, sobretudo os que assinalam características de antijuridicidade, é o sinal da dificuldade de separar o tipo da antijuridicidade, ou melhor, o erro de tipo do erro de proibição.

23. Para entender o que sejam elementos normativos, impende também render observação aos elementos descritivos. Classicamente, estes representariam características físicas da realidade, ao passo que os normativos são os que pressupõem valoração. Ocorre que não há uma nítida separação entre o mundo físico e cultural. É possível verificar isso no direito, posto ser um sistema de linguagem. Os fatos só têm relevância jurídica quando qualificados juridicamente por meio da linguagem.

24. Nesse contexto, apresentam-se dois importantes conceitos para o estudo da questão. Os elementos de valoração global do fato e os elementos indivisíveis. Os primeiros seriam elementos que pertenceriam tanto ao tipo quanto à antijuridicidade, uma vez que são valorativos e também ajudam a descrever o tipo; é o termo “indevidamente” de revelar indevidamente proposta pública – art. 311-A do código penal brasileiro. Os segundos seriam elementos pertinente à técnica jurídica que não encontrariam referência semântica no contexto do mundo social, como exemplo o termo “imposto” presente nas normas penal tributárias.

25. Esses dois novos conceitos seriam fundamentais para compreender o fenômeno da norma penal em branco, cuja nota comum é serem normas que precisam de outros preceitos para terem completados o seu teor, sejam de mesma hierarquia ou não.

26. Os elementos normativos demonstram o elo entre o mundo dos vocábulos jurídicos e o mundo da cultura como meio que facilita a compreensão do sentido de proibido pelos cidadãos comuns, que ordinariamente não têm formação jurídica.

27. Desse modo é que a filosofia da linguagem pôde prestar valiosa contribuição ao estudo do erro, na medida em que fornece instrumentos conceituais para a aproximação entre a linguagem comum e jurídica.

28. Nesse sentido, houve intenso debate acerca do significado intensivo e extensivo da linguagem, isto é, o que quer dizer determinados vocábulos e o seu âmbito de aplicação conceitual. Assim, é que se discutiu se para o dolo o espaço intelectual deveria ser apenas as referências ao mundo natural, ao tempo em que a consciência de ilicitude se referiria a toda e qualquer valoração pertinente ao mundo da cultura.

29. Conforme visto no decorrer da pesquisa, a filosofia da linguagem, conquanto tenha contribuído para demonstrar as particularidades entre a linguagem vivida pelo cidadão e a vivida pelo técnico jurídico, não logrou êxito em indicar um critério que distinguisse, *a priori*, os erros de tipo e de proibição.

30. Por isso que foi proposta a relação entre o tema do erro e a política criminal como melhor caminho para compreender o que se deveria entender por erro de tipo e por erro de proibição. Sugeriu-se um pensamento por consequências.

31. Para explicar essa relação, os penalistas adotados na pesquisa foram Francisco Muñoz Conde e Claus Roxin.

32. Claus Roxin é certo quando diz que a orientação funcional do injusto não ocorre a partir de premissas ontológicas, mas de uma realidade social que visa tutelar determinados valores transpassados por bens jurídicos contidos na constituição.

33. Ante a questão do erro e dos elementos de valoração global, Roxin elege o erro de tipo, por ser a opção menos onerosa ao cidadão. Não há um fechamento do sistema para essa resposta, até porque o prof. de Munique defende o equilíbrio entre a tópica e o sistema de premissas abstratas, o que ocorre ao enxergar o caso concreto segundo a tutela do bem jurídico.

34. Diferente é a posição de Muñoz Conde, o qual adota um conceito funcional declaradamente utilitário, já que o direito penal seria a reação a um conjunto de reações adversas às proibições jurídicas. A funcionalidade estaria em função da realidade existencial e não de um interesse politicamente protegido (bem jurídico).

35. Quanto ao erro penal, Muñoz Conde defende que é insolúvel o problema de distinguir os erros de tipo e de proibição quanto aos elementos normativos, logo a solução seria optar pela escolha menos onerosa ao cidadão, consubstanciada no erro de tipo.

36. A crítica a Muñoz Conde identifica-se com uma das motivações deste trabalho, a qual é a de demonstrar que nem sempre uma política criminal menos onerosa se traduz em benefício para a sociedade. No caso do erro penal, a opção pelo erro de tipo, de maneira dedutiva, pode significar o benefício impróprio para aqueles que desconhecem a norma propositalmente, ou o completo desrespeito ao caso concreto, quando a história de vida do sujeito demonstrar que ele poderia conhecer a norma e que isso deveria ser valorado no âmbito da culpabilidade.

37. Na escolha entre o erro de tipo ou de proibição, a decisão tem de estar alicerçada em justificações construídas a partir de fatos, que funcionem como critérios tópicos indiciários. Não há como ir além disso, sob pena de se formarem presunções cujos efeitos são imprevisíveis, ora beneficiando, ora prejudicando o réu.

38. Assim, a importância do trabalho de Roxin deve ser sublinhada porque os critérios penais que estabelece para o erro penal são suficientemente abertos para serem preenchidos no processo penal. Diferente, ressalte-se, é a posição de M. Conde, que termina por criar presunções destoantes do equilíbrio que deve reger a atividade jurídica.

39. Segundo o citado autor alemão, no dolo deveriam estar todas as informações necessárias para que o sujeito pudesse se motivar juridicamente, demarcando quando haveria erro de tipo. O conceito de dolo não seria reflexivo sobre o que a sociedade prescreve como conduta ética, mas aquele vivenciado pelo sujeito inserido na sociedade, haveria uma coconsciência decorrente do aprendizado social. A fim de se evitar a tentação de um dolo presumido, seria imprescindível examinar o caso concreto para verificar se, por conduta prévia, o sujeito assumiu o risco de se colocar numa posição de perigo.

40. Outrossim, no erro de proibição haveria o dever de se informar, construído sob a noção de culpa e da necessidade de prevenção da pena.

41. A doutrina de Roxin demonstra que o tema do erro, na verdade, porta o grau de tolerância política com a ignorância jurídica. Por isso, ao fim de tudo, a opinião política antevista nas consequências desejadas seria fundamental, haja vista que, com vistas na diferenciação entre os erros de tipo e de proibição, seriam insolúveis, a exemplo dos elementos indivisíveis do tipo, situação em que o conhecimento do termo técnico seria necessário para o dolo, não sendo possível, portanto, separar moral social e conhecimento jurídico.

42. No Brasil, é dado recuperar o início da história do erro com as ordenações filipinas, quando se adotava a distinção erro de fato e de direito. Em coerência com as exceções romanas, por exemplo, era escusável a ignorância de direito em relação às mulheres, crianças, rústicos e militares, des-

de que não incidisse sobre preceitos de direito natural e que houvesse sido impossível a consulta a peritos.

43. Passando pelo código criminal do império, passando pelo código de 1940, a teoria do erro de fato e de direito foi predominante. O código penal brasileiro de 1940 se filiava à teoria do dolo e à irrelevância do erro de direito. Os artigos 14 e 48, III, admitiam apenas a atenuação de pena com base na ignorância legal.<sup>514</sup> O código penal militar de 1969, em seu art. 35,<sup>515</sup> e o código penal de 1969, que nunca entrou em vigor, em seu art. 20,<sup>516</sup> também adotavam o dogma da irrelevância do erro de direito. Não obstante, a lei de contravenção penal, de 1941, ainda vigente, em seu art. 8º,<sup>517</sup> admite o perdão judicial facultativo em caso de ignorância ou errada compreensão da lei.

44. Só com o código penal de 1984, como cediço, é que houve a adoção dos erros de tipo e de proibição, conforme os artigos 20 e 21.<sup>518</sup>

45. Agora, na culpabilidade, haveria a potencial consciência de antijuridicidade, cujo conhecimento não se confundiria com a lei, e, para o dolo, haveria a reserva de um conhecimento naturalístico.

46. Com o código de 1984, o problema dos elementos normativos e do erro permaneceu, haja vista que o elemento normativo influi tanto para o dolo quanto para a culpabilidade. Trata-se de um conhecimento necessário para o sujeito compreender o sentido da conduta que pratica e para exercer o ônus de se motivar de acordo com a norma.

---

<sup>514</sup>“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. - Circunstâncias atenuantes - Art. 48. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: III - a ignorância ou a errada compreensão da lei penal, quando excusáveis.”

<sup>515</sup> Êrro de direito - Art. 35. A pena pode ser atenuada ou substituída por outra menos grave quando o agente, salvo em se tratando de crime que atente contra o dever militar, supõe lícito o fato, por ignorância ou êrro de interpretação da lei, se excusáveis.

<sup>516</sup>Art. 20. A pena pode ser atenuada ou substituída por outra menos grave, quando o agente, por excusável ignorância ou êrro de interpretação da lei, supõe lícito o fato. (Êrro de direito).

<sup>517</sup> Art. 8.º No caso de ignorância ou errada compreensão da lei, quando excusável, a pena pode deixar de ser aplicada.

<sup>518</sup>Erro sobre elementos do tipo (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) - 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). Erro sobre a ilicitude do fato (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) - Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

47. A doutrina nacional majoritária, a exemplada lições de F. de Assis Toledo, acolhe um dever de se informar demasiado rigoroso, já que não faz relações com a política criminal, especialmente também porque deixou de abordar a necessidade do erro ser estudada segundo as peculiaridades do caso concreto.

48. A definição do erro penal depende do estudo do investigado, isto é, sob o ângulo objetivo e subjetivo do caso. O erro penal nada é mais do que um estado mental cujas condições de realização no mundo fracassaram (direção de vontade mente – mundo), posto estarem fundadas numa experiência perceptiva (de ver) e de agir equivocadas.<sup>519</sup> Logo, falar do mundo objetivo e normativo só faz sentido a partir da constituição biológica do indivíduo. A dificuldade de conhecer o erro é que a consciência é um discurso de 1º pessoa, insuscetível de ser apropriada pela linguagem, daí a dificuldade material e probatória do direito em lidar com o erro penal.

49. Antes de estudar o aspecto processual do problema, o segundo capítulo se dedicou a relacionar o conhecimento de antijuridicidade com o dolo e o dever de se informar. É um ponto fundamental porque importa compreender quando surge o dever de se informar, momento em que se divisam os erros de tipo e de proibição, além das respectivas vencibilidades dos erros.

50. É relevante a pergunta se o conhecimento de antijuridicidade se refere ao mundo do direito ou da norma moral, como questão prévia para delimitar o âmbito intelectual do dolo. Qual é o objeto da consciência de antijuridicidade?

51. Construiu-se que o conhecimento de antijuridicidade deve sempre ser uma relação do fato com a antijuridicidade penal, sob prejuízo de criar prescrições normativas sem eficácia social.

52. Ao se deter o conhecimento de antijuridicidade, é dado acusar que o sujeito podia se motivar de acordo com a norma e, por conseguinte, comportar-se conforme o direito.

53. É certo que a pesquisa sobre o motivo de agir não pode ser com o intuito ingênuo de descobrir o que está na cabeça do sujeito. Como comentado alhures, a ciência ainda não pôde explicar o livre-arbítrio porque este faz parte da constituição da pessoa em seu “eu” (*self*), de maneira a impedir qualquer análise do observador acerca da constituição psicológica do observado, um vez que o observador termina por trazer o seu próprio *self* para as explicações de outrem – pois ninguém pode sair de si mesmo para falar de um estranho.

54. Isso não impede, todavia, que haja a responsabilização, porque o peso moral (valores sociais) das escolhas integra o processo de socialização das pessoas desde a tenra idade, fortalecendo um *self* que acompanha o indivíduo até a morte.

55. A responsabilidade se apoia na capacidade volitiva (*agency*) que todo ser humano tem de fazer escolhas e levá-las a cabo numa experiência de agir personalíssima, uma vez que há uma lacuna

---

<sup>519</sup> Essa premissa se baseia no realismo neurobiológico de John Searle. SEARLE, John. Fact and value, “is” and “ought”, and reasons for action. **Philosophy in a new century**. Selected essays. New York: Cambridge press, 2008, p. 161-180.

(*gap*) entre a escolha de duas ou mais opções. O fenômeno psicológico da primeira escolha não tem antecedente causal, mas volitivo (*agency*), insuscetível de ser explicado pelas leis atuais da ciência.

56. A pesquisa do motivo de agir é, em suma, a adoção de critérios objetivos para reprovar aqueles que não se motivaram como deveriam segundo critérios preventivos da política criminal, daí o conceito normativo de rol de cidadão fiel ao direito.

57. Novamente, a doutrina de Roxin será de suma utilidade.

58. O prof. de Munique, Roxin, elabora três critérios indiciários de que o agente pôde se motivar. É uma tentativa de superar a corrente psicologista, já que o ônus de se informar está para além da dúvida real, e não numa certeza categórica de que alguém conhecia o sentido de proibido.

59. Eis as balizas: a) quando o próprio sujeito espontaneamente, ou por indicação de terceiros ou por leitura especializada teve dúvidas e poderia solucioná-las mediante a autorreflexão; b) quando o sujeito não tem dúvidas, mas sabe que está subordinado a uma regulação específica; e c) quando o sujeito é consciente que sua conduta prejudica a particulares ou à coletividade.

60. Assim, esses critérios gerais devem ser estruturados sob quais circunstâncias de fato o autor conhecia; quais conhecimentos gerais o autor possuía acerca das consequências da conduta; e, por último, relacionando-se as duas primeiras fases, é indagado se ao sujeito era dado saber acerca do perigo da situação.

61. Os conhecimentos acerca dos fatos e das consequências de conduta podem ser elucidados com a história de vida, entre outros critérios. A partir da reconstituição da história de vida se verifica se o sujeito já passou por situações análogas, cuja existência demarcaria a exigência do dever de se motivar previamente.

62. O estereótipo de ilicitude é importante elo que sintetiza o momento no qual nasce o ônus de se informar. Esse reconhecimento passa pelo que se chama de *background*, que, em tese, é o conjunto de conhecimentos sedimentados em cada indivíduo decorrente da sua vivência societária. São habilidades cujo uso já não depende mais de reflexão – p.ex., alguém sabe, independente de refletir, que matar outrem, a princípio, é um ato antijurídico, porque se trata de um estereótipo de ilicitude consolidado nas relações sociais.

63. Levando essas ponderações em conta, o erro de tipo seria a qualificação para as pessoas que não têm conhecimento necessário para entender o fato proibido. Ausência motivada pela deficiência de aprendizado social, que justifica não haver o conhecimento latente exigido para o dolo. O erro vencível é quando o sujeito poderia ter alcançado esse conhecimento conforme o contexto comunitário no qual inserido e, invencível, quando não pudesse.

64. O erro de proibição seria para os indivíduos cujo grau de socialização permite o conhecimento da norma; no entanto, por alguma circunstância, o indivíduo não pôde se motivar para agir segundo o direito. A vencibilidade do erro dependeria do grau de reprovação sobre a ausência do ônus de se motivar sobre a norma.

65. Basta fazer algumas pontuações, em face de tudo quanto exposto.

66. Primeiro. Dificilmente o erro de tipo será aplicável, pois se trata de reprovar ou perdoar quem não se socializou. O que é difícil de acontecer nas sociedades contemporâneas, caracterizadas pelas relações e comunicações sociais de massa.

67. Segundo. A vencibilidade dos dois erros vai estar jungida a considerações político-criminais de prevenção da pena.

68. Terceiro. A consideração existencial do erro abre o leque para o problema da culpabilidade prévia pela conduta de vida.

69. Quarto. A interpretação da história de vida como um *topustambém* acende a discussão acerca da necessidade de interpretar o caso concreto e os limites dessa interpretação.

70. Essas indagações serão debatidas no terceiro capítulo, como, da mesma forma, o ônus de se informar, instituto essencial para compreender o erro no discurso processual.

71. Considera-se que é o ônus do réu alegar o erro de prová-lo, já que é quem melhor conhece sua história de vida e pode desconstituir a acusação de um fato típico, antijurídico e culpável.

72. O argumento que deveria ser da acusação repousa na ideia de que a denúncia deve narrar todos os pressupostos de punibilidade. Mas, na prática, essa tese não é aceita em face da questão corriqueira de que a vida pessoal sempre é melhor contada pelo seu autor; e, por fim, as denúncias se submetem ao difícil ônus de provar quando não houve erro.

73. A jurisprudência brasileira, embora não discuta o tema expressamente, também adota o raciocínio do magistério jurisprudencial espanhol, no sentido de que o argumento do erro cabe à defesa. Se nada for alegado, vê-se a denúncia em que se imputa o crime ser apreciada sem qualquer conjectura sobre o erro, ressalvadas, evidentemente, as hipóteses em que o juízo considera de ofício a questão. De uma forma geral, a alegação de erro de tipo ou de proibição é aceita na qualidade de assunto referente à “excludente de antijuridicidade”; por isso assunto da defesa.

74. É a ordem regular, então, que o próprio réu tenha condições de apontar fatos que o beneficiem com a absolvição ou diminuição de pena, uma vez que é ele quem vai levar ao processo a sua história de vida, muitas vezes de conhecimento restrito e pessoal. Nessa senda, é que Enrique Bacigalupo reconhece que o erro de proibição só pode ser apreciado pelo Tribunal quando o acusado expressa ou implicitamente apresenta o argumento em sua defesa.

75. Sobre a interpretação do caso concreto, traz-se à baila, o escólio de Jerome Frank, jurista norte-americano, quando aponta para a relatividade da compreensão dos fatos e das normas (*rule-skeptics* e *fact-skeptics*). O processo está submetido a escolhas as quais são insuscetíveis de racionalização.<sup>520</sup> São *gaps*, lacunas, entre duas ou mais alternativas, na seleção dos fatos e das normas.

76. A atividade processual depende de influências particulares de cada ser humano que conduzem a uma reconstrução sempre possível (porém plural) da situação do processo (*gestalt*).

---

<sup>520</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial**. Myth and reality in american justice. New Jersey: Princeton, 1973, p. 146-156.

77. Logo a importância das justificações das decisões, que, no caso do erro, devem ser feitas a partir de indícios, que funcionam como circunstância acessória que se prende ao fato principal, seja por meio de uma relação com o fato mesmo, ou com o agente ou, por fim, com o modo por que foi produzido o fato.

78. Recolhidas as experiências jurisprudenciais, apontam-se, sem caráter exaustivo, cinco importantes indícios que permitem confirmar ou afastar o erro penal: a) a natureza do delito; b) o *modus operandi* utilizado; c) a condução de vida e a reincidência; d) a profissão do sujeito e e) a atitude da vítima.

79. O uso da linguagem e a utilização de máximas de experiências tornam o diálogo insuscetível de controle posterior, por isso a racionalidade das decisões só é passível de fiscalização mediante a motivação e o esclarecimento da forma de raciocínio empregado na arte de julgar – abduutivo, dedutivo ou indutivo –, a fim de que os demais interessados no decidido possam reconstituir os fatores que resultaram na decisão final.

80. O raciocínio abduutivo é espécie de inferência inata ao pensamento jurídico de qualificar fatos. Paolo Tonini o denomina como uma união entre o raciocínio dedutivo e indutivo. Se este é uma operação lógica por meio da qual se extrai uma regra a partir da observação constante de fenômenos ou casos similares, e aquele quando se dispõe de uma regra para qualificar um fato, o abduutivo é quando se parte de um fato particular para concluir outro fato particular, passando por uma regra geral. O limite do raciocínio abduutivo é que sua validade é cingida ao fato que está sob análise.

81. Nesse caminho, o comentário feito acima sobre Jerome Frank vem a calhar. A reconstrução dos fatos – assim como a escolha e interpretação das normas – é sempre seletiva e depende de uma imagética eleição do que parece relevante no conjunto dos acontecimentos.

82. O método abduutivo é essencial para aclarar como surgem as interpretações jurídicas. E por isso pertence ao contexto da descoberta. O nascimento da hipótese sobre a questão nasce, simultaneamente, já quando se escolhe o fato indiciário para sustentar a afirmativa.

83. É diferente do contexto da justificação, que não é o objeto deste trabalho, porque interessaria apenas para esquadrihar e hierarquizar a relevância indiciária de argumentos postos em decisões, amiúde sob a forma de entimema – estruturação lógica do raciocínio baseada em premissas prováveis.

84. Como se sabe, o indício não é propriamente meio de prova, já que se trata de um fato indireto que, através de uma operação mental, chega a outro fato. Esse caminho é posteriormente justificado pela argumentação em que, de um fato, constrói-se a ponte para a situação principal. Destarte, o indício é a tradução processual de um *topos*, nos moldes aristotélicos, um lugar-comum argumentativo de onde se inicia o discurso.

85. A tese desta dissertação, sobreleve-se, é que a associação diferencial é importante critério material para selecionar os fatos da realidade, que são indiciários da presença do erro de tipo ou de proibição, que devem ser introduzidos no discurso jurídico como um *topus*.

86. A associação diferencial é importante subsídio da criminologia que joga luzes sobre o momento no qual deveria surgir o ônus de se informar consoante os indícios geralmente aceitos acerca da presença do erro.

87. Se acima foi registrado que o grau de tolerância do erro penal poderia ser mensurado 1) com a natureza do delito, o *modus operandi* utilizado, a condução de vida, a reincidência, a profissão do sujeito e a atitude da vítima; e que, diante desses fatos, o ônus de se informar surgiria quando 2) o próprio sujeito espontaneamente, ou por indicação de terceiros ou por leitura especializada, teve dúvidas e poderia solucioná-las mediante a autorreflexão, quando o sujeito não tem dúvidas, mas sabe que está subordinado a uma regulação específica e quando o sujeito é consciente que sua conduta prejudica a particulares ou à coletividade; a associação diferencial seria um *topus* que preencheria os pontos referenciais sobre o ônus de se informar, permitindo concluir – como solução possível – se houve erro e qual sua espécie.

88. É claro que, consoante será visto a seguir, há diversos modos para de falar em tópicos que sinalizam o grau político de tolerância do erro bem assim quando há indício de que o sujeito tinha motivo para agir de acordo com a norma. Por exemplo, a presença de estereótipos sociais e a boa-fé sintetizam 1) e 2). Não obstante, a utilidade da associação diferencial é que seria uma fórmula mínima que, retirada da sociologia, onde originariamente serve para traçar o perfil do sujeito, poderia muito sindicá-la a presença do erro e qual sua espécie.

89. Assim, se no nível macro era possível enxergar uma organização social diferenciada como o local onde o sujeito desenvolveu suas habilidades, p. ex., subúrbios onde há a cultura do crime que facilitaria o ingresso de jovens na atividade ilícita; na microanálise, verificam-se diversas associações diferenciais presas ao modo de existir de uma única pessoa. Portanto, o crime não seria biológica e culturalmente transmitido, mas aprendido a partir da interação simbólica, que denotaria qual a visão de mundo (e da norma jurídica) do sujeito.

90. Os contatos sociais ajudam a formar a personalidade dos participantes. O grau de confiança que o observador tem em relação a observados se constrói com o atendimento das expectativas sociais do observador. E, da mesma forma, se os outros também esperam respostas do observador, este também tende a incorporar as expectativas de terceiros observados na qualidade de comportamentos pessoais para garantir sua socialização.

91. Em outras palavras, se o “eu” se socializa com a estabilidade de suas expectativas sociais, quando atendidas por terceiros, é normal que este “eu” também incorpore como sua conduta as expectativas dos outros, selando a interação em sociedade e a formação da personalidade (*self*).

92. Como já destacado no decorrer da dissertação, o dolo exige o conhecimento decorrente da esfera paralela do profano. Cuida-se de conhecimento que não exige prévia reflexão, pois pode ser um conhecimento implícito que se dá durante a prática da conduta.

93. Assim, ultrapassada a fase do erro de tipo, a discussão do erro penal só poderia surgir no âmbito do dever de se informar (e. de proibição) para os que demonstrarem história de vida resultante de aprendizado da norma.

94. A diretriz da teoria da associação diferencial é que uma pessoa torna-se delinqüente porque as influências prescritivas favoráveis à violação da norma legal são maiores dos que a do seu cumprimento. Este é o coração da teoria da associação diferencial. É preciso distinguir relações favoráveis ao crime, desfavoráveis e neutras.

95. O erro penal é quando as inclinações sociais do indivíduo demonstram que não há o intuito de cometer o delito, mas um mau aprendizado social sobre o sentido de proibido ou deficiências no ônus de se motivar.

96. O erro penal corresponderia a um estado mental de crença equivocado, que, por sua vez, influencia no ato de linguagem assertivo e compromissivo.<sup>521</sup> Como o agente compreende mal a realidade, seja sob as circunstâncias de fato, seja sob a negligência em se informar para agir corretamente segundo a consciência de ilicitude, a direção de ajustamento do ato não obtém sucesso.

97. A realidade não corresponde ao estado mental e, por conseguinte, o sujeito crê e afirma algo inexistente (ato assertivo) e, por fim, não direciona sua conduta para o que realmente deveria acreditar (ato compromissivo).

98. Segundo o vocábulo da filosofia da linguagem, a associação diferencial seria um instrumento para entender as dimensões significativas do que o sujeito realmente quis dizer (atos ilocucionários).

99. A despeito do fracasso de qualquer estudo causal para encontrar a origem das motivações de escolha, é possível levantar hipóteses com relativo sucesso empírico como comprova o sucesso da teoria da associação diferenciada na comunidade acadêmica.<sup>522</sup> Como dito alhures, a opção entre uma vontade e outra é um ato que não encontra referência nas leis causais, pois se trata de uma questão volitiva (*gap*),<sup>523</sup> e isso se aplica na teoria da associação diferencial, uma vez ser impossível indicar com certeza infalível o motivo pelo qual alguém optou pelas influências desviantes em vez das ajustadas aos padrões de legalidade.

<sup>521</sup> SEARLE, John R. **Expressão e significado**. São Paulo: Martins fontes, 2002, p. 18-46.

<sup>522</sup>FARRINGTON, D. P. Childhood risk factors and risk-focused prevention. MAGUIRE, M.; MORGAN, R.; REINER, R. (orgs). **The Oxford handbook of criminology**. New York: oxford university press, 2007, p. 733-770.

<sup>523</sup> SEARLE, John. **Rationality in action**. Cambridge, Massachusetts, London and England: MIT press, 2001, p. 92-96.

100. Conforme adiantado no corpo da pesquisa, o *background* e as redes internas de crenças são os elementos das dimensões significativas dos atos de fala que permitem o ouvinte entender o que se passa na cabeça do sujeito – se não há grau de certeza, permite um grau crível necessário para as tratativas sociais.

101. É isso que justifica a construção da personalidade (*self*) por meio de experiências passadas. Questões como posição social, nível de estudo e experiência profissional são importantes indícios para firmar posição a respeito da credibilidade de certo ato de linguagem.

102. A vista sobre a relação entre o erro penal e a ignorância deliberada (cegueira jurídica) é mais um caminho entre os quais se reconhece a autonomia do problema do erro, posto se tratar do grau de tolerância com a falta de efetividade da norma jurídica.

103. Nesse sentido, a solução está na consideração de aspectos objetivos e subjetivos indiciários, segundo uma política criminal de prevenção, para avaliar se o sujeito adrede se omitiu previamente de maneira que assumiu o risco de praticar determinado fato desinformado.

104. Não se cuida de uma reprovação objetiva. O termo culpabilidade prévia deve ser entendido como reprovação daquele que teve plenas condições de antecipar o fato, mas, mesmo assim, não se informou adequadamente até que ele ocorresse.

105. A falta de cuidado se verifica quando, ao se deparar com estereótipos sociais equivalentes ao da conduta censurada, o sujeito não resolve se informar para evitar o fato censurado. Eis o momento no qual assume o risco de condutas futuras.

106. É notório que, na multiplicidade das relações sociais, vivenciadas numa história de vida, as pessoas se deparem com fatos cujos sentidos moral e jurídico sejam semelhantes. Os estereótipos, por conseguinte, são inerentes às relações sociais. A ideia de previsibilidade quanto às expectativas normativas configuradas no comportamento esperado quando alguém se depara com um estereótipo é resumida com o conceito de hábito, que materializa uma forma de agir homogênea até que as vias do futuro sejam abertas com a quebra do sistema de crença.

107. Por último, todos os critérios penais acima levantados, para serem preenchidos por indícios no processo penal, podem ser sintetizados segundo o ângulo da boa-fé e da proibição do *venire contra factum proprium*. É preciso evidenciar que o sujeito quis não se informar, assumindo o risco de agir contrariamente ao direito.

108. Destarte, ante a dúvida se houve erro, deve-se perquirir acerca da coconsciência, isto é, o conhecimento implícito que se dá na construção da personalidade (*self*) – erro de tipo –, e, na culpabilidade, avalia-se se era possível o sujeito atualizar esse conhecimento para agir de acordo com a norma – erro de proibição.

109. Por suposto, não bastam inquirições dogmáticas. É preciso que as inflexões da política criminal estejam presentes, a fim de saber se, de fato, o agente merece ser punido como forma de garantir as finalidades preventivas da pena. O grau de tolerância social com o erro é a baliza para a

prevenção da pena. Paralelamente ao exame desse périplo, as indagações seletivo-materiais da cegueira jurídica devem sempre ser pontuadas como forma de evitar o benefício contra a própria torpeza.

110. Processualmente, a questão está em evidenciar os fatos que demonstrem a amplitude do conhecimento do autor. Hoje, o direito penal não tem a pretensão de adequar a realidade às palavras – época de construção das teorias do delito que consolidaram a dogmática – mas de adequar as palavras à realidade.

111. Observe-se, nesse passo, que o critério penal nunca pode ser pensado despido de suas peculiaridades processuais. Para saber o alcance do dolo do sujeito, é preciso valorações objetivas e subjetivas que dependem do exame particular do tipo penal, do sujeito e, por fim, da comunidade onde ele vive e interage simbolicamente.

112. A hipótese provável e primeira (*insight*), ao se deparar com os fatos sob investigação, deve ter suas consequências testadas em face dos critérios penais da dogmática da cegueira jurídica e do erro penal.

113. A pesquisa consoante o método abduutivo permite que os pré-conceitos do intérprete sejam localizados na medida em que se pergunta o porquê da conclusão e em quais premissas esta se apoia.

114. O estudo de cada caso concreto é o que importa, seja sob o ângulo do sujeito e seu *background* como condição de seus atos de linguagem, seja sob o ângulo da norma, a fim de verificar a precisão do raciocínio.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Filosofia do direito**. Uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo: Saraiva, 1996.
- AKERS, Ronald L. e SELLERS, Christine S. **Criminological theories**. New York: Oxford press, 2009.
- ALMEIDA, André Vinícius de. **O erro de tipo no direito penal econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia. O homem delinqüente e a sociedade criminógena**. 2ª reimpressão. Coimbra: editora Coimbra, 1997.
- ARISTÓTELES. **Analíticos primeiros**. Tratados de lógica (órganon). Madrid: gredos, 1995, 70a10-30.
- \_\_\_\_\_. **Ética Nicomáquea. Ética Eudemia**. 1. ed. 6. reimpr. Trad. Julio Pallí Bonet. Madrid: Biblioteca Gredos, 1985.
- \_\_\_\_\_. **Retórica**. Madrid: gredos, 1999, 1355a, 5-25.
- ARISTÓTELES. **Tópicos**. Madrid: gredos, 1994, 161b40 a 162a5-15.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2000.
- BACIGALUPO, Enrique. **Hacia el nuevo derecho penal**. Buenos Aires: hammurabi, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Tipo y error**. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.
- BALESTRA, Fontan. **Derecho penal**. Introducción y parte general. Buenos Aires: abeledo-perrot, 1976.
- BARTOLI, Roberto. La prova delle componenti psichiche: volontà, conoscenza, conoscibilità. In: FRANCESCO, Giovannangelo de *et al* (orgs). **La prova dei fatti psichici**. Torino: g. giappichelli, 2010, p. 222-226.
- BELING, Ernst von. **Esquema de Direito Penal**. A doutrina do delito-tipo. Campinas: servanda, 2010.
- BINDING, Karl. **La culpabilidad em derecho penal**. Montevideo – Buenos Aires: IBdeF, 2009.

- BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito**. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo & erro de proibição**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BOCKELMANN, Paul e VOLK, Klaus. **Direito Penal**. Parte Geral. Belo Horizonte: delrey, 2007.
- BOTANA, María Fernanda. **Error de prohibición em el derecho penal**. Buenos Aires: Fabián J. di Plácido, 2010.
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: forense, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: forense, 2005.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: forense, 2007.
- BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo 2º. Rio de Janeiro: forense, 1967.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte geral. Tomo II. Rio de Janeiro: forense, 2005.
- BRUZZONE, Gustavo A. Un regreso a la distinción “error de hecho” y “de derecho”? A proposito del estado de La discusión nacional em el âmbito del error em el derecho penal. **Doctrina penal**. Teoria y práctica em las ciências penales. Año 15, nº 57/58. Buenos Aires: depalma, enero-junio 1992, p. 08-16.
- CALLEGARI, André Luis e WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Crime organizado: conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminales**, v. 17, nº 79, jul/ago. de 2009.
- CARRARA, Francesco. **Programa do curso de Direito Criminal**. Direito Criminal. Parte Geral. Volume I. Campinas/SP: LZN, 2002.
- CAYÓN, José Ignacio Solar. **El realismo jurídico de Jerome Frank**. Normas, hechos y discrecionalidad em el processo judicial. Madrid: universidad carlos III, 2005.
- CESANO, José Daniel. Error de tipo, criminalidade económica y delito de alvado de activos de origen delictivo: su tratamiento em la dogmática penal argentina. **Anuário de derecho penal y ciências penales**. Tomo LX, vol. LX. Madrid: ministério de justicia, 2007, p. 458-478.
- CÍCERO, Marco Túlio. Os tópicos. **Revista brasileira de filosofia**. Ano 59, vol. 234, janeiro-junho. São Paulo: RT, 2010, p.313-344.
- Coelho, Nuno M. M. S. sobre o fim do agir na ética a Nicômaco. **Revista brasileira de filosofia**. Ano 59, vol. 234, janeiro-junho. São Paulo: rt, 2010, p. 259-289.
- CONDE, Francisco Muñoz. **Derecho penal**. Parte general. 3 edª. Valencia: tirant lo blanch, 1998.

- \_\_\_\_\_. **Direito penal e controle social**. Rio de Janeiro: forense, 2005.
- \_\_\_\_\_. **El error em derecho penal**. Buenos Aires: rubinzal – culzoni, 2005.
- \_\_\_\_\_. El error em el delito de defraudación tributaria del artículo 349 del código penal. **ADPCP**, Tomo XXXIX, fascículo II, 1986. Disponível em <Http://www.cienciaspenales.net>, 15.01.2012.
- CONLLEDO, Miguel Días y García. **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madrid: La ley, 2008.
- CONTRERAS, Joaquín Cuello. Aspectos sustantivos y procesales del dolo. **Revista peruana de ciências penales**. Nº 16. Lima: idemsa, Julio 2005.
- COOK, Gary A. **The making of a social pragmatist**. Chicago: Illinois press, 1993.
- CORDEIRO, Carlos Antonio. **Codigo criminal do império do Brasil**. Rio de Janeiro: typ. Quirino e irmão, 1861.
- CÓRDOBA, Fernando Jorge. **La evitabilidad del error de prohibición**. Madrid, Barcelona e Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.
- CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Vol. I. Coimbra: almedina, 2008.
- CRUZ, Flávio Antônio da. **O tratamento do erro em um direito penal de bases democráticas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.
- DEWEY, John. **How we think**. Chicago, D.C. heath & CO publishers, 1910, p.68- 101. Conferir também SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Direito Penal. Parte Geral**. Coimbra: Coimbra; São Paulo: RT, 2007.
- FALCÃO JÚNIOR, Alfredo C. G. Ignorância da lei penal como erro de proibição nos crimes fiscais. **Revista dos tribunais**, vol. 900, ano 99. São Paulo: RT, out. de 2010.
- FARRINGTON, D. P. Childhood risk factors and risk-focused prevention. MAGUIRE, M.; MORGAN, R.; REINER, R. (orgs). **The Oxford handbook of criminology**. New York: oxford university press, 2007.
- FELIP I SABORIT, David. **Error juris**. El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del código penal. Barcelona: atelier, 2000.
- FERRÁNDIZ, Leonardo Prieto-Castro y CABIEDES, Eduardo Gutiérrez de. **Derecho processal penal**. Madrid: tecnos, 1989.

- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: forense, 1997.
- FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**. O criminoso e o crime. Campinas/SP: Russell, 2009.
- FILGUEIRA JÚNIOR, Araújo. **Código criminal do império do Brasil anotado**. 1876.
- FRANK, Jerome. **Courts on trial**. Myth and reality in american justice. New Jersey: Princeton, 1973.
- \_\_\_\_\_. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: centro editor de america latina, 1968.
- FRANK, Jerome. **Law & the modern mind**. New Brunswick-Londo: transaction, 2009.
- FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche em el derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2006.
- GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: editorial IBdeF.
- GÓMEZ, Yamila Fakhouri. **Delimitación entre error de tipo y de prohibición**. Las remisiones normativas: um caso problemático. Pamplona: civitas, 2009.
- GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição**. São Paulo: revista dos tribunais, 2001.
- GRAF ZU DOHNA, Alexander. **La ilicitud**. La estructura de la teoria del delito. Buenos Aires: El foro, 2006.
- GRAZIANO, Giuseppe. **L'ignoranza e l'errore nel diritto penale**. Milano: seam, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia, entre facticidade e validade**. Vol. II, 2ª ed.. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 2003.
- HARTMANN, Nicolai. **Moral values**. Vol. 02. New Brunswick – London: transaction publishers, 2004.
- HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984.
- \_\_\_\_\_. **Persona, Mundo y responsabilidad**. Bogotá: temis, 1999.
- HERNANDEZ, Celia Suay. **Los elementos normativos y el error**. ADCP, Tomo XLIV, fascículo I, 1991.
- HERRERA, Lucio Eduardo. **El error em matéria penal**. Buenos Aires: abeledo-perrot. TAVARES, Juarez. 2º ed. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey.
- HUNGRIA, Néelson e FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao código penal**. Vol. I. Tomo II. Arts 11 a 27. Rio de Janeiro: forense, 1978.

- JAKOBS, Günther. Conocimiento y desconocimiento de la norma. In: JAKOBS, Günther e STRUENSSE, Eberhard (Org.). **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Buenos Aires: hamurabi, 1998.
- JAKOBS, Günther. **Moderna dogmática penal**. Estudios compilados. Mexico: porrúa, 2006.
- JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal**. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- KINDHÄUSER, Urs. Acerca de La concepción de La prevención criminal de Cesare Beccaria. In: KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo (Orgs.). **Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho**. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2011.
- \_\_\_\_\_. Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho. In: FRISCH, Wolfgang *et al* (orgs.). **El error em el derecho penal**. Buenos Aires: ad-hoc, 2010.
- KINDHÄUSER, Urs. Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de derecho. **Revista brasileira de ciencias criminais**, 2009, n° 78.
- KINDHÄUSER, Urs. Personalidad, culpabilidad y retribución. In: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo (orgs.). Montevideo - Buenos Aires: IBdeF, 2011.
- KÖSTER, Mariana Sacher de. **Evolución del tipo subjetivo**. Bogotá: universidad externado de Colombia, 1998.
- KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: perspectiva s.a., 2003.
- LANIER, Mark and HENRY, Stuart. **Essential criminology**. 3° ed. Philadelphia: westview press, 2010.
- LANINGAN, Richard. L. From Enthymeme to Abduction: The Classical Law of Logic and The postmodern Rule of Rethoric. In: **Recovering Pragmatism Voice**. New York: State University of New York Press, 1995.
- LILLY, J. R.; CULLEN, F. T. e BALL, R. A. **Criminological theory.Context and consequences**. California: sage publications, Inc, 5<sup>th</sup> edition, 2011.
- LISZT, Franz Von. **Tratado de drieto penal alemão**. Vol. I. Brasília: senado federal, 2006.
- LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de direito penal: parte geral, com observações à nova parte geral do código penal**. São Paulo: Saraiva, 1985.
- LUNA, Everardo da Cunha. **Estrutura jurídica do crime**. São Paulo: saraiva, 1993.
- MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica Teoria do Direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

- MACHADO, Fábio Guedes de Paula e OLIVEIRA, Daniela Fernandes de. Os elementos normativos do tipo: surgimento, caracterização e a problemática do erro. **Revista dos tribunais**. Ano 99, vol. 902. São Paulo: RT, dezembro, 2010.
- MARCONDES, Danilo. **A pragmática na filosofia contemporânea**. Rio de Janeiro: Jorge zahar, 2005.
- MARTÍN, Adán Nieto. **El conocimiento del derecho**. Um estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición. Barcelona: atelier, 1999.
- MARTÍNEZ-Buján Pérez, Carlos. **Derecho penal econômico**. Parte General. Valencia: tirant lo blanch, 1998.
- MASLIM, K. T. **Introdução à filosofia da mente**. São Paulo: Artmed, 2009.
- MAURACH, Reinhart. **Derecho penal**. Parte general. Buenos aires: astrea, 1994.
- MAYER, Max Ernst. **Derecho penal**. Parte general. . Montevideo - Buenos Aires: IBdeF.
- MEAD, George H. **Mind, self, & society**. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago – London: university of Chicago press.
- \_\_\_\_\_. **The philosophy of the present**. New York: prometheus books, 2002.
- MEZGER, Edmondo. **Diritto Penale**. Padova: CEDAM, 1935. p. 352.
- MEZGER, Edmund. **Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal**. Valencia: tirant lo blanch, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Derecho penal**. Libro de estudio. Parte general. Buenos Aires: bibliografia argentina, 1958.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de derecho penal**. trad. José Arturo Rodriguez Muñoz. Tomo I. Madrid: revista de derecho privado, 1935.
- MICHELLI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**. Bogotá: temis, 2004.
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Parte general. Montevideo – Buenos Aires: IBdeF, 2010.
- MIR, José Cerezo. La doble posición del dolo em la Ciencia del D. P. española. **Anuário de derecho penal y ciências penales**. Tomo XXXV, fascículo III. Madrid: ministério de justicia, 1981, p. 455-460.
- \_\_\_\_\_. **Problemas fundamentales del derecho penal**. Madrid: tecnos, 1976.
- MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Campinas: bookseller, 2008.
- MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do direito e do estado**. Coimbra: Coimbra editora, 2006.
- MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico-penal**. São Paulo: RT, 2009.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: forense, 1978.

\_\_\_\_\_. Erro de fato e erro de direito no anteprojeto de código penal. **Revista brasileira de criminologia e direito penal**. Ano I. Jan.-Março, 1964.

NOBREGA, Flavianne F. **Pragmatismo e raciocínio abduativo: a contribuição de Charles Sanders peirce para o direito**. Dissertação em mestrado. Programa de Pós Graduação em Direito. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2007.

NOGALES, Inés Olaizola. **El error de prohibición**. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid: La ley, 2007.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.

PARSONS, Talcott. **The structure of social action**. Vol. II. New York – London: free press, 1968.

PAUL, Julius. **The legal realismo of Jerome N. Frank**. A study of fact-skepticism and the judicial process. Haia: Martinus nijhoff, 1959.

PEIRCE, Charles S. How to make our ideas clear. In: THAYER, H. S. (org.). **Pragmatism**. The classic writings. Indianapolis, Cambridge: hackett publishing company, 1982.

\_\_\_\_\_. What pragmatism is. In: THAYER, H. S. (org.). **Pragmatism**. The classic writings. Indianapolis, Cambridge: hackett publishing company, 1982.

PEREIRA DE VASCONCELOS, J.M. **Código criminal do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Antonio Gonçalves Guimarães & c., 1860.

PLEBE, Armando e EMANUELE, Pietro. **Manual de retórica**. São Paulo: Martins fontes, 1992.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: editora cultrix, 1972.

POSNER, Richard A. (2003). **Law, pragmatism, and democracy**. London, England: Harvard University Press.

PUPPE, Ingeborg. Error de hecho, error de derecho, error de subsunción. In: FRISCH, Wolfgang *et al* (orgs.). **El error em el derecho penal**. Buenos Aires: ad-hoc, 2010.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **Los elementos subjetivos del delito**. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2007.

RODA, Córdoba Juan. **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoria del delito**. Barcelona: BOSCH, 1962.

\_\_\_\_\_. **Una nueva concepción del delito**. La doctrina finalista. Barcelona: Ariel, 1963.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Culpabilidade y prevencion em derecho penal**. Madrid: 1981.

\_\_\_\_\_. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. **La evolución de la política criminal el derecho penal y el processo penal**. valencia: tirant lo blanch, 2000.

\_\_\_\_\_. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Buenos Aires: hammurabi, 2006.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. **Revista brasileira de ciências criminais**, ano 18, nº 82, jan.-fev./2010, São Paulo: IBCCRIM.

SANCINETTI, Marcelo A. **Casos de derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: hammurabi, 2006.

\_\_\_\_\_. Error, dolo y culpabilidad: um problema “de lege lata”? **Nuevo Pensamento Penal**. Revista de derecho y ciências penales. Año 05, nº 09 a 12. Buenos Aires: depalma, 1976.

\_\_\_\_\_. **sistema de la teoria del error em el código penal argentino**. Buenos Aires: hammurabi, 1990.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O crime de colarinho branco**. Coimbra: Coimbra, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas bastos, 2002.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. Acerca de la relación entre norma y estado de cosas em la aplicación del Derecho, entre premissa mayor y menor em el silogismo jurídico y entre cuestiones de derecho y de hecho em el processo penal. Revista de derecho penal y procesal penal. Buenos Aires, octubre, 2005, pp. 1665-1678. In: DONNA, Edgardo Alberto (orgs.). **Obras**. Buenos Aires: rubinzal-Culzoni, 2009, tomo I.

SEARLE, John R. **Consciência e linguagem**. São Paulo: 2010.

\_\_\_\_\_. **Expressão e significado**. São Paulo: Martins fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Intencionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Intencionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O mistério da consciência**. São Paulo: paz e terra, 1998.

\_\_\_\_\_. **Speech acts.**An essay in the philosophy of language.Cambridge: Cambridge university press, 1969.

\_\_\_\_\_. **The construction of social reality.** London: pequin books ltd, 1995.

\_\_\_\_\_. Fact and value, “is” and “ought”, and reasons for action.**Philosophy in a new century.**Selected essays. New York: Cambridge press, 2008.

\_\_\_\_\_. **Rationality in action.** Cambridge, Massachusetts, London and England: MIT press, 2001.

\_\_\_\_\_. Social ontology: some basic principles. **Philosophy in a new century.**Selected essays. New York: Cambridge press, 2008.

SICILIANO, SAVERIO. L'errore di diritto nel sistema penal danese. **Archivio penale.** Volume diciassettesimo, fasc. V-VI, maggio-giugno. Napoli : Edizioni Scientifiche Italiane, 1961, p. 191-210.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Diretivas de conduta ou expectativas institucionalizadas? Aspectos da atual discussão sobre a teoria das normas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 79, ano 17, julho-agosto de 2009, p. 155.

\_\_\_\_\_. **Aproximação ao direito penal contemporâneo.** São Paulo: RT, 2011.

\_\_\_\_\_. **La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales.** Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.

SOLER, Sebastián. **Derecho penal argentino.** Buenos Aires: tea.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal.** Parte general I. El hecho punible. Navarra: aranzadi, 2005.

SUAY HERNÁNDEZ, Celia. Los elementos normativos y el error. **Revista peruana de ciencias penales**, nº05, Lima, 1997.

SUTHERLAND, Edwin H e CRESSEY, Donald.**Criminology.** 8° ed. New York: J.B. Lippincott Company, 1970.

SUTHERLAND, Edwin H. **Principles of criminology.** 6° ed. Chicago: J.B. Lippincott Company, 1960.

\_\_\_\_\_. **The professional thief.** Chicago-London: Chicago press, 1989. \_\_\_\_\_. **White Collar Crime.**New York: Yale press, 1983.

TANGERINO, Davi de P. Costa. **Culpabilidade.** Rio de janeiro: campus, 2011.

TASSINARI, Davide. Note à margine del principio di scusabilità/inevitabilità dell'ignoranza della legge penale a venti anni dalla sua introduzione ad opera della corte costituzionale. . In:

FRANCESCO, Giovannangelo de *et al* (orgs). **La prova dei fatti psichici**. Torino: g. giappichelli, 2010, p. 119-136.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. Erro de tipo e erro de proibição no projeto de reforma penal. **Revista da procuradoria geral do estado de São Paulo**. Nº 20. São Paulo: centro de estudos, 1983, junho.

\_\_\_\_\_. **O erro no direito penal**. São Paulo: saraiva, 1977..

\_\_\_\_\_. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: saraiva, 1994.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. **Lineamenti di diritto processuale penale**. Milano: giuffrè editore, 2009, p. 131-132.

Um autor não citado

VALLEJO, Manuel Jaén. Dolo, error y prueba del dolo. **Revista de derecho penal y processal penal**. Vol. 10. Buenos Aires: abeledo perrot s.a., octubre de 2010, p. 1698-1704.

VIEHWEG, T. **Tópica e jurisprudência**. Porto alegre: sergio antonio fabris, 2008.

WEBER, Hellmuth Von. Sobre el “error júris” em lãs más modernas tendências jurídicas alemanas. **ADCP**, tomo I, fascículo I, 1953. Disponível também em <http://www.cienciaspenales.net>, em 02/02/2012.

WELZEL, Hans. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: roque de palma, 1956.

\_\_\_\_\_. **Diritto naturale e giustizia materiale**. MILANO: GIUFFRÈ, 1965, p. 359-383.

\_\_\_\_\_. **Estudios de derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2007.

\_\_\_\_\_. **Estudios de filosofia del derecho y derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2006.

\_\_\_\_\_. **O novo sistema jurídico-penal**. Trad. de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2010.

WINDELBAND, W. **History of philosophy**. 2º ed. New York: Macmillan Company, 1957.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo**. Buenos Aires: hammurabi, 2007.

\_\_\_\_\_. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: ediar, 2011, vol. II.

## **Legislação e jurisprudência**

Código penal alemão, 15 de maio de 1871 com reforma em 31 de janeiro de 1998.

Código penal brasileiro, Lei nº 7.209, de 11.7.1984.

Código Penal brasileiro, 1969 (revogado)

Código penal do império brasileiro, Lei de 16 de dezembro de 1830.

Código penal brasileiro, DL nº 2.848/40. (revogado, parte geral)

Código penal militar brasileiro, DL 1.001/69.

Código penal espanhol, LO 10/1995.

Código penal italiano, 10 de outubro de 2002.

Código penal português

Código de processo penal brasileiro, Decreto Lei nº 3689/41.

Constituição Federal de 1988.

BRASIL, Lei nº 8.137/90.

\_\_\_\_\_, Lei nº 9.605/98.

\_\_\_\_\_, Lei nº 8.078/90.

\_\_\_\_\_, Lei nº 7.998/90

\_\_\_\_\_, Lei nº 8.137/90

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF), HC 9574

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça (STJ), AgRg no REsp 1112241.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça (STJ), REsp 700540.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça (STJ), REsp 892366

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça (STJ), HC 151047

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça (STJ), HC 52.370/SP.

\_\_\_\_\_, Tribunal Regional Federal da 1º Região, REO 200039020024291

\_\_\_\_\_, Tribunal Regional Federal da 1º Região, AC 00084387220084013200

\_\_\_\_\_, Tribunal Regional Federal da 1º Região, ACR 9101008650.

\_\_\_\_\_, Tribunal Regional Federal da 2º Região, ACR 200351020057476

\_\_\_\_\_, Tribunal Regional Federal da 3º Região, ACR 200461060060810

\_\_\_\_\_, Tribunal Regional Federal da 3º Região, ACR 200261020049508

\_\_\_\_\_, Tribunal Regional Federal da 3º Região, ACR 199961130017380

\_\_\_\_\_, Tribunal Regional Federal da 3º Região, ACR 24034

\_\_\_\_\_, Tribunal Regional Federal da 4º Região, ACR 200472010066433

\_\_\_\_\_, Tribunal Regional Federal da 4º Região, ACR 200004011274888

\_\_\_\_\_, Tribunal Regional Federal da 4º Região, ACR 9704010788

\_\_\_\_\_, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, ACR 6.954

\_\_\_\_\_, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, ACR6029