

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 34 • nº 136  
outubro/dezembro 1997

A consciência da antijuridicidade no  
moderno Direito Penal

CLÁUDIO BRANDÃO

SEPARATA



SENADO FEDERAL  
SECRETARIA ESPECIAL DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES  
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

F341.5  
B817c



U. F. Pe.  
FAC. DE DIREITO  
BIBLIOTECA  
F09 || 15/3/99

A

# A consciência da antijuridicidade no moderno Direito Penal

CLÁUDIO BRANDÃO

## SUMÁRIO

1. Conceito da consciência de antijuridicidade. 2. Pressupostos do estudo. 3. Formação da consciência da antijuridicidade. 4. Consciência de antijuridicidade e culpabilidade. 5. Consciência de antijuridicidade e antijuridicidade. 6. Teoria estrita do dolo. 7. Teoria limitada do dolo. 8. Teoria estrita da culpabilidade. 9. Teoria limitada da culpabilidade.

### I. CONCEITO DA CONSCIÊNCIA DE ANTIJURIDICIDADE

A consciência da antijuridicidade vem sendo o conceito mais difícil de se estabelecer em todo o Direito Penal, todavia, apesar dessa dificuldade, ela é o elemento mais importante da teoria do delito contemporânea. Sua importância é tamanha que Jescheck chega a afirmar que

“através do reconhecimento da consciência da antijuridicidade como base da reprovação da culpabilidade, o processo de moralização do Direito Penal alemão alcançou o seu cume”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Hans-Heinrich Jescheck. A Nova dogmática penal e a política criminal em perspectiva comparada. In: *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 233. Em outra obra o autor assim se expressa: “El reconocimiento de la conciencia de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad por la fundamental sentencia del Gran Senado para asuntos penales de 18 marzo 1952 (BGH 2, 194 [201]) constitui un hito que señala el inicio de una etapa en la historia moderna de la ciencia del Derecho Penal alemán. (...) con la admisión del requisito de la conciencia del injusto para el reproche de culpabilidad se há emprendido el camino para la plena realización del principio de culpabilidad”.

culpabilidade perdurou durante toda a idade média, período em que vigia o Direito Canônico.

Durante o século XIX, com a hegemonia das ciências naturais, procurou-se uma explicação puramente naturalística para a compreensão da ação humana, surgindo então a Teoria Psicológica da Culpabilidade. Para esta teoria, a culpabilidade era um fato da conduta interna do agente, de cunho psíquico, consistindo no dolo e na culpa. O dolo consistia na vontade livre e consciente, enquanto a culpa na imprudência, negligência ou imperícia. Nesta época há, pois, um retrocesso no Direito Penal, posto que não mais se considera o elemento normativo do dolo, abandonando-se a valiosa contribuição do Direito Romano.

Entretanto, este retrocesso não perdura na ciência do direito! Deveu-se a Franz von Litz a concepção psicológico-normativa da culpabilidade, a qual trouxe novamente à tona a valoração dada pelos romanos ao dolo. Desse modo, a culpabilidade era composta pelo dolo e pela culpa, mas ocorre que o dolo não é uma simples vontade, despida de qualquer elemento normativo. Pelo contrário, o dolo era valorado por um elemento normativo, que era justamente a consciência da antijuridicidade<sup>12</sup>.

Com o advento da teoria finalista da ação, a concepção psicológico-normativa da culpabilidade foi rechaçada, dando-se lugar a uma concepção exclusivamente normativa da mesma. Tal teoria foi criada por Hans Welzel, e preconizava que toda ação humana é dirigida a um fim, ou seja, a ação é finalista, por consequência, o elemento psicológico (dolo) está na ação e não na culpabilidade.

A consciência da antijuridicidade – na teoria finalista – é a essência da culpabilidade e é o que permite que se faça um juízo pessoal de reprovação sobre o autor do ilícito penal. Tal juízo é feito pelo juiz, que personifica o ordenamento jurídico.

A culpabilidade, desse modo, é puramente a consciência da antijuridicidade, que é um

<sup>12</sup> Sobre esta concepção, são precisas as palavras de Bettiol: “la coscienza dell’antigiuridicità è ancora un dato di fatto che se aggiunge a quelli della previsione e voluntarietà del evento lesivo. Eppure si può dire che la concezione valutativa e normativa della colpevolezza è proprio partita dalla esigenza che l’imperativo della norma sai sentito dalla coscienza individuale nel momento della perpetrazione del reato.” (*Il Problema Penale*. Palermo : G. Priulla, 1948. p. 97-98). Ver também Bettiol e Mantovani. *Diritto Penale*. Padua : CEDAM, 1986. p. 508-509.

juízo de valor feito pelo juiz. Deve-se distinguir a valoração (consciência da antijuridicidade) do objeto da valoração (ação). No seu sentido próprio, a culpabilidade é só a consciência da antijuridicidade, estando a ação fora da culpabilidade, que é apenas o objeto da valoração. O dolo se insere no objeto da culpabilidade, qual seja, a ação, nunca na culpabilidade em si; como o tipo penal descreve a ação humana, diz-se acertadamente que, na teoria finalista, o dolo está no tipo. É, pois, a consciência da antijuridicidade que converte a ação e a vontade em ação e vontade culpável<sup>13</sup>.

Francisco de Assis Toledo ensina, com inigualável precisão, que Welzel não adicionou nenhum elemento novo à Teoria do Delito. Ele apenas “rearrumou” seus elementos. Deslocou o dolo para a ação, mas o fez sem seu elemento normativo, qual seja, a consciência da antijuridicidade. Isto ocorreu porque o *dolus malus* dos romanos já vivera muito tempo e não poderia subsistir, frente a um direito penal moderno, impregnado de valiosas contribuições da criminologia<sup>14</sup>.

Dentro do finalismo, cujas linhas básicas norteiam o Código Penal pátrio, podemos afirmar que a consciência da antijuridicidade é o elemento mais importante da teoria do crime, pois ela é a própria culpabilidade. Diz-se que a consciência da antijuridicidade é o elemento mais importante da teoria do delito por força do princípio *nulum crimen, nulla poena sine culpa*, visto que este princípio é o corolário máximo das legislações penais modernas, aí incluída a brasileira.

## 5. CONSCIÊNCIA DE ANTIJURIDICIDADE E ANTIJURIDICIDADE

Em que pese a consciência da antijuridicidade estar ou não estar inserida na antijuridicidade propriamente dita, as relações entre elas são muito estreitas. Como visto, a antijuridicidade é a relação entre o ordenamento jurídico e a ação humana, onde há uma divergência entre o primeiro e a última.

A relação de antijuridicidade não vai induzir a relação de consciência de antijuridicidade. De fato, a relação de antijuridicidade é um juízo de reprovação sobre o fato do homem,

<sup>13</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Buenos Aires : Depalma, 1956. p.147 e segs.

<sup>14</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo : Saraiva, 1991. p. 227-228.

enquanto a relação de consciência de antijuridicidade é um juízo de reprovação sobre o autor do fato.

É possível que o fato seja reprovável (antijurídico) sem, contudo, ser culpável (por não ter o autor consciência da ilicitude).

Destarte, pela antijuridicidade infere-se um juízo de desvalor sobre a ação, e pela consciência da antijuridicidade faz-se um juízo de desvalor pessoal sobre o autor, por ter agido contrariamente ao ordenamento jurídico, quando ele poderia dirigir seu comportamento conforme o ordenamento.

Na hipótese do indivíduo agir com consciência da antijuridicidade em um fato que não é antijurídico, ainda que suponha sê-lo, não haverá crime. Isso decorre do fato de ser a antijuridicidade a essência do crime, o crime em si; sem haver primeiro o juízo de antijuridicidade, não há que se cogitar em juízo de culpabilidade (consciência de antijuridicidade).

Vejamos o seguinte exemplo:

João vê uma camisa que supõe ser do seu vizinho e pretende subtraí-la para si. Tem a consciência da reprobabilidade do fato, mas, mesmo assim, decide fazê-lo. Se a camisa realmente for do seu vizinho, haverá a antijuridicidade da ação e, como o autor poderia evitar a ação antijurídica, a consciência da antijuridicidade, *rectius*, culpabilidade, perfaz-se plenamente.

Se, entretanto, a camisa pertence ao próprio João e ele supõe por engano pertencer ao seu vizinho, não haverá ação antijurídica e, portanto, não haverá culpabilidade, apesar do sujeito ter a consciência da antijuridicidade de seu atuar.

## 6. TEORIA ESTRITA DO DOLO

Dentro da culpabilidade, quatro teorias procuram explicar a posição da consciência da antijuridicidade: a teoria estrita do dolo, a teoria limitada do dolo, a teoria estrita da culpabilidade e a teoria limitada da culpabilidade, que veremos a seguir<sup>15</sup>.

As teorias do dolo tiveram origem na Alemanha. As construções doutrinárias sobre

elas derivam da posição do antigo Reichsgericht, o alto tribunal do império alemão. O tribunal desconsiderou a consciência da antijuridicidade, quer como elemento do dolo, quer como elemento da culpabilidade<sup>16</sup>.

A doutrina alemã então, diante de graves injustiças causadas pelo Tribunal do império, criou uma saída para as decisões do RG: deu uma nova interpretação ao art. 59 do Código Penal alemão de 1871, o qual vigorou até a segunda metade desse século<sup>17</sup>.

Para a teoria estrita do dolo, a consciência da antijuridicidade é elemento do dolo e, quando ocorre a sua ausência, o dolo fica excluído. Para que se perfeça o dolo, o conhecimento da antijuridicidade precisa ser atual, pois "*dolus* significa reprovar al autor el hecho de no haber detenido ante *el pensamiento de estar obrando antijurídicamente*"<sup>18</sup>. Ernst von Beling afirma que não se considerar a consciência atual da antijuridicidade como elemento do crime conduz a graves injustiças<sup>19</sup>. O agente precisa efetivamente saber que dirige sua vontade a uma ação antijurídica. A culpabilidade, pois, "no sólo es culpabilidad de la voluntad en el sentido aqui empleado, sino de modo bien concreto 'culpabilidad de la voluntad mala'"<sup>20</sup>.

Nessa concepção, qualquer erro, quer seja de tipo, quer seja de proibição, exclui o dolo. Pelo erro de tipo, exclui-se a vontade de praticar o fato típico e antijurídico, excluindo-se, portanto, o elemento psíquico do dolo; pelo erro de proibição exclui-se a consciência da antijuridicidade, excluindo-se, portanto, o elemento normativo do dolo.

<sup>16</sup> MAURACH, op. cit., p. 133.

<sup>17</sup> Diz o referido dispositivo legal: "Lorsqu'au moment de la perpétration de l'infraction, l'auteur ignorait l'existence des circonstances qui en constituent les éléments légaux ou qui sont aggravantes, ces circonstances ne lui seront point imputées." RELINGER, A. *Code Pénal Allemand*. Baden : Wervereis, 1995. p. 36.

<sup>18</sup> BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal* : la doctrina del delito-tipo. Buenos Aires : Depalma, 1944. p. 72 (grifo nosso).

<sup>19</sup> "Es también evidente la grave injusticia de pensar que no importa para nada la conciencia de la ilicitud. Debiera, p. ej., ser considerada se condenado a muerte el agente de policia que habiendo entendido erróneamente (talvez sin culpa alguna) sus instrucciones de serviço, se creyese obligado a al comisión antijurídica de una muerte y hubiese obrado por fidelidad a su deber". Ibidem, p. 78.

<sup>20</sup> MAURACH, op. cit., p. 135.

<sup>15</sup> Afirma Córdoba Roda que "hoy, mientras existe acuerdo unánime por parte de la dogmática moderna en afirmar la necesidad del conocimiento de la antijuridicidad, el punto central de la discusión se há desplegado a la determinación del lugar sistemático de este conocimiento". (*El conocimiento de la antijuridicidad en la teoria del delito*. p. 105).

## 7. TEORIA LIMITADA do Dolo

A teoria limitada do dolo também considera a consciência da antijuridicidade como elemento do dolo; ocorre que tal consciência não precisa ser uma consciência atual, mas apenas potencial. Essa teoria encontra seu ponto de partida no Projeto Gürtner de 1936, que dispunha:

“Actúa dolosamente quien lleva a cabo el hecho con conciencia y voluntad, siendo conciente de obrar el injusto o de infringir la ley (parágrafo a, párrafo 2)... El error es relevante si se basa en una actitud que es incompatible con una concepción sana de Derecho y injusto (parágrafo b)”<sup>21</sup>.

Essa concepção foi embasada na doutrina de Mezger. Num primeiro momento Mezger aderiu à teoria estrita do dolo, que exigia do autor o conhecimento “di quelle circostanze obbiettive della fattispecie legale, che già sussistono nel momento dell’atto volitivo, e perciò sono indipendenti dalla volontà dell’agente”<sup>22</sup>.

Mezger, contudo, reformulou a sua posição. Afirma que existem distintos graus de culpabilidade, mesmo frente à teoria do dolo: não há, pois, sempre o dolo na forma normal de culpabilidade<sup>23</sup>. Em regra, o dolo exige a consciência da antijuridicidade, mas em determinados casos ela é inexigível: quando a conduta do autor é incompatível com uma concepção sã, de conforme ao direito e de contrário ao direito, essa conduta desviante pode ser chamada de *inimizade ao direito ou cegueira jurídica*<sup>24</sup>. Tal erro sobre a antijuridicidade seria evitado por uma concepção sã de direito, a qual o indivíduo não possui, devendo, portanto, responder a título de dolo por sua conduta.

## 8. TEORIA ESTRITA DA Culpabilidade

A teoria estrita da culpabilidade, adotada pelos finalistas, vê toda falta de consciência de antijuridicidade como erro de proibição. A falta de consciência de antijuridicidade não exclui o dolo, porque o dolo esgota-se com o querer

objetivo do tipo. Entretanto, a inconsciência da ilicitude exclui a culpabilidade, posto que, como o dolo, esgota-se com vontade e previsibilidade, a consciência da antijuridicidade passa a ser, ao lado da imputabilidade, a própria da culpabilidade<sup>25</sup>.

“los dos elementos de la culpabilidad, esto es, imputabilidad e posibilidad de conocimiento del injusto, non son independientes entre si; el último no es más que la concreción del primero (...). El contenido de la culpabilidad estriba en la abierta rebelión contra la norma o por la reprochable indiferencia frente a las exigencias del Derecho, según que el sujeto actuara con actual, o potencial, conocimiento del injusto”<sup>26</sup>.

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

## 9. TEORIA LIMITADA DA culpabilidade

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

Na teoria estrita da culpabilidade, essa espécie de erro sempre excluirá a consciência da antijuridicidade, ou seja, sempre será erro de proibição. Na teoria limitada, o erro quanto às discriminantes putativas, dependendo do caso, será equiparado ao erro de tipo, excluindo o dolo, ou erro de proibição, excluindo a culpabilidade. Se o erro for quanto aos limites da causa de justificação teremos erro de proibição; se for quanto à existência da justificadora que autoriza a ação típica, temos a equiparação ao erro de tipo. Dizemos que o erro sobre as discriminantes putativas fáticas se equipara ao porque o dolo não é excluído no mesmo sentido de que o agente não tem sua vontade dirigida à produção do resultado, mas

<sup>21</sup> CORDOBA RODA, op. cit., p. 108.

<sup>22</sup> MEZGER, Edmund. *Diritto Penale*. Padova: CEDAM, 1935. p. 328.

<sup>23</sup> Idem. *La culpabilidad en el moderno Derecho Penal*, p. 28.

<sup>24</sup> Ibidem, nota às p. 29-30; ver também nota à p. 11.

<sup>25</sup> “Al constituir el conocimiento de la antijuridicidad un elemento de la culpabilidad, el error inevitable de la prohibición excluy este elemento del delito, y el evitable da lugar a que el juez pueda atenuar a pena en virtud de la disminución de la culpabilidad.” CORDOBA RODA, op. cit., p. 111.

<sup>26</sup> MAURACH, op. cit., p. 144-145.

porque do mesmo modo que os elementos objetivos da justificação compensam o desvalor do resultado, os elementos operam com igual consequência no que concerne ao elemento subjetivo<sup>27</sup>.

Os partidários da teoria limitada da culpabilidade fundamentam-na em uma razão de política criminal. von Weber dá o seguinte exemplo: pode-se afirmar que um soldado que mata um camarada, por confusão com o inimigo, teve resolução de cometer um delito de homicídio?<sup>28</sup> Deve ele, então, responder pelo crime na forma culposa, em virtude da inexistência do dolo. Essa teoria é a adotada no Direito Positivo brasileiro.

### Bibliografia

- BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal : la doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires : Depalma, 1944.
- BETTIOL, Giuseppe, MANTOVANI, Luciano Petoelo. *Diritto Penale*. Padua : CEDAM, 1986.
- BETTIOL, Giuseppe. *Il problema penale*. Palermo : G. Priulla, 1948.
- BRANDÃO, Cláudio. A importância da conceitualização da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, jan./mar. v. 34, n. 133, p. 23-31, 1997.
- CAMARGO, A. L. Chaves de. *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo : Sugestões Literárias, 1994.
- CÓRDOBA, RODA, Juan. *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*. Barcelona : Bosch, 1962.

- DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da falta de consciência de ilicitude em Direito Penal*. 3. ed. Coimbra : Coimbra Ed. 1987.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. A nova dogmática penal e a política criminal em perspectiva comparada. In : *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*, Rio de Janeiro : Forense, 1992. p. 217-247.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho Penal* : parte general. Traducción de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona : Bosch, 1981. v. 1.
- JIMÉNES DE ASÚA, Luis. *Teoría jurídica del delito*. Buenos Aires : Universidad del Litoral, 1956.
- LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción Luis Jiménez de Asúa. Madrid : Reus, [s.d.]. v. 2.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción de Juan Córdoba Roda. Barcelona : Ariel, 1962. v. 2.
- MEZGER, Edmund. *Diritto Penale*. Traducción Filippo Mandalari. Padova : CEDAM, 1935.
- \_\_\_\_\_. *La culpabilidad en el moderno Derecho Penal*. Valladolid : Universidade de Valladolid, 1956.
- RELINGER, A. *Code Pénal Allemand*. Baden : Wervereis, 1995. p. 36.
- SERRA, Teresa. *Problemática do erro sobre a ilicitude*. Coimbra : Almedina, 1991.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo : Saraiva, 1991.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Traducción Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires : Depalma, 1956.
- \_\_\_\_\_. La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione. *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Milano, v. 4, n. 1/2, p. 1-16, gen./apr. 1951.
- WESSELS, Johannes. *Direito Penal* : parte geral. Tradução Juarez Tavares. Porto Alegre : Fabris, 1976.

<sup>27</sup> SERRA, Teresa. *Problemática do erro sobre a ilicitude*. Coimbra : Almedina, 1991. p. 83.

<sup>28</sup> apud CÓRDOBA RODA, op. cit., p. 118.



F 341.5/B817c

F09-99

UNIAutor BRANDÃO, Cláudio

Título A CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE  
DE NO MODERNO DIREITO PENAL

Prove que sabe honrar os seus compromissos  
devolvendo com pontualidade este livro à Biblioteca.

F 341.5/B817c

F09-99

BRANDÃO, Cláudio  
A CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE  
NO MODERNO DIREITO PENAL

