

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Leo Maciel Junqueira Ribeiro

EVITABILIDADE DO ERRO DE PROIBIÇÃO

Belo Horizonte

2022

LEO MACIEL JUNQUEIRA RIBEIRO

EVITABILIDADE DO ERRO DE PROIBIÇÃO

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Penal Contemporâneo pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Linha de Pesquisa: Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta.

Belo Horizonte

2022

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço - CRB 6 3167.

R484e Ribeiro, Leo Maciel Junqueira
Evitabilidade do erro de proibição manuscrito / Leo
Maciel Junqueira Ribeiro.-- 2022.
132 f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de
Minas Gerais, Faculdade de Direito.
Bibliografia: f. 123-132.

1. Direito penal - Teses. 2. Erro (Direito penal).
3. Ilegalidade. 4. Culpabilidade. 5. Dolo (Direito penal)-
Teses. I.Horta, Frederico Gomes de Almeida. II. Universidade
Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 343.222



ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DO ALUNO LÉO MACIEL JUNQUEIRA RIBEIRO

Realizou-se, no dia 25 de agosto de 2022, às 14:00 horas, Videoconferência, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *Evitabilidade do erro de proibição*, apresentada por LÉO MACIEL JUNQUEIRA RIBEIRO, número de registro 2020652255, graduado no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Frederico Gomes de Almeida Horta - Orientador (UFMG), Prof(a). Luis Augusto Sanzo Brodt (Faculdade de Direito da UFMG), Prof(a). Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça (Faculdade de Direito Dom Hélder Camara).

A Comissão considerou a dissertação:

(X) Aprovada, tendo obtido a nota 100, recomendada a publicação.

() Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 25 de agosto de 2022.

Prof(a). Frederico Gomes de Almeida Horta (Doutor) nota 100.

Prof(a). Luis Augusto Sanzo Brodt (Doutor) nota 100.

Prof(a). Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça (Doutor) nota 100.

“Um erro é tanto mais perigoso quanto mais verdade contém”.

Henri-Frédéric Amiel

RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo analisar as hipóteses de caracterização do erro de proibição e o conjunto de critérios aplicáveis para aferir sua evitabilidade. Para tanto, a análise é iniciada a partir do debate sobre o conteúdo da culpabilidade, que é definido como a falta de prudência referida à pena ou a irresponsividade à punição. Na sequência, é investigada a caracterização do erro de proibição, abordando elementos como a natureza e a relevância do erro de proibição na teoria do crime, a consciência da ilicitude, o tratamento de erros hipotéticos como erro de proibição, dentre outros elementos de interesse para o tema. No que se refere à evitabilidade, foram analisados os principais critérios utilizados pela doutrina para realizar essa análise, quais sejam, o dever de informação, a possibilidade de conhecimento e a insuficiência das diligências. Uma das principais conclusões do trabalho é que deve haver uma ordenação analítica dos critérios já desenvolvidos para que possa ser aferida a evitabilidade do erro de proibição, que se divide em três etapas: dever de se informar sobre a ilicitude; possibilidade de conhecimento da ilicitude e; insuficiência das diligências empreendidas. Dessa forma, foi apresentada uma estrutura analítica e sequencial que pode ser aplicada para a verificação da evitabilidade e a resolução de casos concretos ou hipotéticos.

Palavras-chave: Direito penal; Ilegalidade; culpabilidade.

ABSTRACT

The main objective of this work is to analyze the hypotheses of characterization of the prohibition error and the set of applicable criteria to assess its avoidability. Therefore, the analysis starts from the debate on the content of culpability, which is defined as the lack of prudence related to the penalty or the irresponsibility to the punishment. Subsequently, the characterization of the prohibition error is investigated, addressing elements such as the nature and relevance of the prohibition error in the theory of crime, the awareness of illegality, the treatment of hypothetical errors as a prohibition error, among other elements of interest to the theme. Regarding avoidability, the main criteria used by the doctrine to carry out this analysis were analyzed, namely, the duty of information, the possibility of knowing and the insufficiency of the diligences. One of the main conclusions of the work is that there must be an analytical ordering of the criteria already developed so that the avoidability of the error of prohibition can be measured, which is divided into three stages: duty to inform about illegality; possibility of knowing the illegality and insufficiency of the steps taken to seek information. Thus, an analytical and sequential structure was presented, and it can be applied to verify avoidability and solve concrete or hypothetical cases.

Keywords: Criminal law; illegality; guiltiness.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. DEBATE PRELIMINAR SOBRE O CONTEÚDO DA CULPABILIDADE	15
2.1. Sobre a ausência de conteúdo valorativo no conceito psicológico	15
2.2. Concepções do conteúdo da culpabilidade vinculadas à moral.....	16
2.2.1. Poder agir de outro modo ou exigibilidade de conduta diversa.....	17
2.2.2. Posicionamento da atitude interna juridicamente reprovável.....	18
2.2.3. Responsabilização pelo próprio caráter e suas implicações.....	19
2.2.4. Necessidades preventivas gerais e o defeito de motivação jurídica.....	20
2.2.5. Prática de conduta injusta apesar da acessibilidade normativa.....	21
2.3. Falta de prudência referida à pena e irresponsividade à punição	22
2.4. Síntese do debate preliminar e conteúdo da culpabilidade adotado	26
3. PANORAMA SOBRE A CARACTERIZAÇÃO DO ERRO DE PROIBIÇÃO	28
3.1. Consciência individual e a distinção entre o erro e a ignorância	28
3.2. Natureza e relevância do erro de proibição na teoria do crime	29
3.2.1. A teoria estrita ou extremada do dolo como pioneira	30
3.2.2. Modificações específicas propostas pela teoria limitada do dolo.....	31
3.2.3. Modificações criadas pela teoria estrita ou extremada da culpabilidade.....	32
3.2.4. Teoria limitada da culpabilidade e os limites ao erro de proibição.....	33
3.2.5. Referência pontual à superação da dicotomia erro de fato e de direito	34
3.2.6. Irresponsividade à punição e relevância do erro de proibição.....	37
3.2.7. Posicionamento adotado quanto à relevância do erro de proibição.....	38
3.3. Objeto da consciência da ilicitude e conceito de erro de proibição.....	39
3.3.1. Teoria jurídico-formal e a tese do desconhecimento da lei.....	39
3.3.2. Teoria material e desconhecimento de valores ético-sociais.....	41
3.3.3. Teoria jurídico-material e o desconhecimento do direito.....	43
3.3.4. Acréscimo dos pressupostos da pena na consciência individual.....	47
3.3.5. Posicionamento adotado quanto à consciência da ilicitude.....	48
3.4. Discussões recentes sobre elementos específicos do erro de proibição.....	48
3.4.1. Culpabilidade pela condução de vida e referida à personalidade	49
3.4.2. Falta de prudência referida à pena e erro de punibilidade.....	51
3.4.3. Espaços para o erro de proibição nos sistemas penais contemporâneos.....	52
3.4.4. A influência das leis penais em branco no erro de proibição.....	54
3.4.5. Dúvida sobre a ilicitude da conduta e erro de proibição	55

3.5. Análise sobre o tratamento de hipóteses de erro como erro de proibição.....	56
3.5.1. <i>Erro sobre a proibição da conduta praticada</i>	57
3.5.2. <i>Erro sobre a existência ou alcance de causa de justificação</i>	58
3.5.3. <i>Erro sobre a subsunção do fato à norma proibitiva</i>	59
3.5.4. <i>Erro sobre a eficácia da norma penal em uma situação fática</i>	60
3.5.5. <i>Erro sobre a aplicação de causa de exclusão da culpabilidade.....</i>	61
3.5.6. <i>Erro sobre o mandamento nos crimes omissivos</i>	61
3.5.7. <i>Erro sobre a punibilidade do injusto penal praticado</i>	63
3.6. Caracterização do erro de proibição no sistema jurídico brasileiro.....	64
3.7. Revisão sobre a concepção da potencial consciência da ilicitude	65
3.8. Conclusão intermediária sobre a caracterização do erro de proibição	66
4. PERSPECTIVA SOBRE A EVITABILIDADE DO ERRO DE PROIBIÇÃO	70
4.1. Referenciais primários utilizados para o juízo de evitabilidade.....	70
4.2. Critérios já aplicados para aferir a evitabilidade do erro e proibição	73
4.2.1. <i>Teses referentes à possibilidade de conhecimento da ilicitude.....</i>	73
4.2.1.1. Possibilidade naturalisticamente verificável e a teoria da culpa	74
4.2.1.2. Possibilidade como capacidade físico-intelectual de conhecer o injusto	75
4.2.1.3. Análise sobre a tese da base de conhecimentos individuais anteriores	76
4.2.1.4. Síntese e apreciação crítica dos conceitos abordados.....	77
4.2.2. <i>Teses que se posicionam pela existência do dever de informação</i>	78
4.2.2.1. Origens e fundamentos da tese da infração do dever de informação	79
4.2.2.2. Sobre a natureza do dever de buscar conhecimento quanto à ilicitude	80
4.2.2.3. A existência da fonte formal do dever de se informar sobre a ilicitude	81
4.2.2.4. Síntese e apreciação crítica dos conceitos abordados.....	83
4.2.3. <i>Motivo concreto para conhecer a ilicitude como aspecto material.....</i>	85
4.2.3.1. Primazia de elementos psicológicos no aspecto material.....	85
4.2.3.2. Elementos normativos e prevenção geral positiva	86
4.2.3.3. Posicionamentos de cunho ontológico-preventivo	87
4.2.3.4. Aplicação de critérios diversos em estrutura complexa	88
4.2.3.5. Síntese e apreciação crítica dos conceitos abordados.....	89
4.3. Formas de conhecimento e suas consequências para a evitabilidade	89
4.3.1. <i>Clássica ideia da realização dos esforços de consciência.....</i>	90
4.3.2. <i>Distinção entre esforços de consciência e reflexão interna.....</i>	90
4.3.3. <i>Sobre a busca de informações em meios externos ao indivíduo</i>	91
4.3.3.1. Informações oriundas de órgãos ou instituições oficiais	92

4.3.3.2. Relevância de opiniões e pareceres de profissionais jurídicos	93
4.3.3.3. Sobre as consultas à jurisprudência e à doutrina	94
4.3.4. Relevância das informações hipotéticas quando ausente a diligência	95
4.3.5. Síntese das posições adotadas quanto às formas de conhecimento	97
5. ESTRUTURA PROPOSTA PARA AFERIR A EVITABILIDADE	98
5.1. Dever de se informar sobre a ilicitude da conduta	98
5.1.1. Relação entre norma e dever de conhecer como aspecto formal	99
5.1.2. Motivo concreto para conhecer a ilicitude como aspecto material	99
5.1.2.1. Existência de dúvida quanto à ilicitude da conduta	100
5.1.2.2. Exercício de atividades regulamentadas e suas especificidades	100
5.1.2.3. Efeitos da conduta verificáveis na esfera jurídica de terceiros	100
5.1.3. Resultado inicial da análise e avaliação prévia à etapa intermediária	101
5.2. Possibilidade de conhecimento da ilicitude pelo indivíduo	101
5.2.1. Acessibilidade da informação da ilicitude no plano naturalístico	102
5.2.2. Capacidade físico-intelectual de compreensão da ilicitude	102
5.2.3. Disponibilidade de meios externos de consulta sobre a conduta	102
5.3. Insuficiência das diligências para a tomada de conhecimento	103
5.3.1. Sobre as circunstâncias e diligências intrassubjetivas	104
5.3.2. Diligências que envolvem terceiros ou extrassubjetivas	104
5.3.3. Avaliação final sobre as informações hipotéticas	105
5.4. Observação quanto à similitude com a teoria da omissão	105
5.5. Evitabilidade do erro de proibição no sistema jurídico brasileiro	106
5.6. Reiterando as influências do conceito material de culpabilidade	107
5.7. Consequências dogmáticas da estrutura adotada na evitabilidade	107
6. RESOLUÇÃO DOS CASOS PROPOSTOS PARA O TRABALHO	111
7. CONCLUSÕES	118
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	123

1. INTRODUÇÃO

A realização de estudos sobre a culpabilidade e o erro de proibição é uma atividade que tem grande potencial de desenvolvimento de novas soluções na dogmática penal. Não apenas porque a culpabilidade, como bem se sabe, é “um dos instrumentos mais difíceis e obscuros do sistema jurídico-penal”¹, mas também por existirem aspectos da estrutura de erro de proibição que são totalmente nebulosos e que não receberam a devida atenção da ciência penal nas últimas décadas. Esse é exatamente o caso da evitabilidade do erro de proibição, tema que carrega em seus fundamentos a inexistência de um consenso mínimo sobre sua aplicabilidade prática ou até mesmo sobre os critérios para sua aferição. Em meio às “múltiplas variáveis”² que compõem a evitabilidade do erro de proibição, muito pouco é explicado pela dogmática penal e, daquilo que se explica, pouco convincentes são os argumentos e métodos apresentados. Por essa razão é que parte da doutrina afirmou que a resolução dos problemas práticos e casos concretos “deve ser travada na intensa e elástica discussão sobre a inevitabilidade do erro de proibição”³. De fato, trata-se de um campo profícuo de estudos e descobertas para a dogmática penal.

Nesse âmbito, há dois principais debates que precisam de maior aprofundamento na dogmática penal do erro de proibição. Por um lado, pode-se questionar qual é a concepção e a abrangência da consciência da ilicitude e, portanto, em quais ocasiões está caracterizado o erro de proibição⁴. Por outro lado, pode-se discutir quais são os critérios aplicáveis para aferir a evitabilidade do erro de proibição, o que tem consequências decisivas para a responsabilização dos indivíduos⁵. Portanto, este trabalho tem como principal objetivo descrever as hipóteses de caracterização do erro de proibição e estabelecer um conjunto de critérios idôneos para aferição de sua evitabilidade, especialmente por meio de uma extensa revisão crítica sobre os critérios já desenvolvidos pela doutrina penal e tendo como perspectiva inafastável a necessidade de apresentar soluções adequadas para a resolução de casos. Antes que a abordagem seja realizada, no entanto, é fundamental que sejam realizados alguns esclarecimentos preliminares, para que o leitor saiba quais são os assuntos investigados e os casos propostos para análise.

¹ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Safe, 2005, p. 292.

² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 8 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 331.

³ Nesse sentido, com análise dos principais critérios formulados: LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal: atuação nos limites entre o permitido e o proibido**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 143-145.

⁴ Sobre o tema: “Falta de consciência da ilicitude não pode, pois, ser apenas a ignorância, ou a errada compreensão, de um destes extremos, qualquer que seja ele (o fato ou a lei), mas deve ser necessariamente a ignorância ou a errada compreensão de um “plus”, a correlação de contrariedade entre o fato concreto e o ordenamento jurídico”. TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 54. Com análise essencial do tema: HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco**. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 145-184.

⁵ Pretende-se realizar ambos os debates nesta pesquisa, mas com enfoque especial à questão da evitabilidade.

Nesse sentido, é possível destacar os seguintes assuntos investigados neste trabalho: as teorias sobre o conceito material de culpabilidade, que definem as razões para que o indivíduo seja considerado culpável; as teorias do dolo e da culpabilidade, que separam conteúdo e objeto entre erro de tipo e erro de proibição⁶; a consciência da ilicitude, elemento central da pesquisa e determinante para o erro de proibição⁷; e as formas de caracterização do erro de proibição⁸. No que concerne à parte da pesquisa sobre a evitabilidade do erro de proibição e os critérios para sua aferição, os assuntos investigados foram: o dever de se informar sobre a ilicitude da conduta⁹; a possibilidade de conhecimento da ilicitude e; a insuficiência da diligência individual para buscar esse conhecimento¹⁰. Desde logo, destaca-se que o erro de tipo foi considerado um erro de proibição qualificado por ter como objeto os elementos do tipo penal (item 3.4.4), mas que, ainda assim, quando o termo “erro de proibição” for utilizado, estaremos nos referindo ao erro de proibição que afeta exclusivamente a culpabilidade, àquele que é causado pela ausência de consciência plena da possibilidade de punição (item 3.3.4). Vale esclarecer, ainda, que outros elementos foram abordados ao longo do trabalho, mas de forma secundária e complementar, e sempre visando a possibilitar a análise e a resolução dos casos hipotéticos elencados abaixo.

Caso 1. O indivíduo Z era sócio administrador de uma grande empreiteira. Na empresa, havia a prática recorrente de registrar regularmente o recolhimento de ICMS em documentos contábeis e não realizar de imediato o pagamento. Isso ocorria por questões de planejamento financeiro, resultando na impontualidade sistemática quanto ao pagamento à Receita Federal, acumulando execuções fiscais e postergando o parcelamento. Em consulta ao setor jurídico da empresa, o fato não constituía delito, tratando-se de mero inadimplemento tributário. Há meses, houve a publicação de julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no qual essa conduta foi considerada como o crime de apropriação indébita tributária¹¹. O responsável pelo setor jurídico dessa empresa tomou conhecimento da decisão e não passou essa informação para o indivíduo Z. Dessa forma, a prática citada acima continuou na empresa até que, em determinada ocasião,

⁶ Sobre o debate a ser desenvolvido nos próximos itens, como introdução, vide: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**: uma análise comparativa. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 143-149.

⁷ BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Novo estudo sobre a consciência da ilicitude**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2019.

⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro...**, p. 102-128.

⁹ MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições fundamentais de direito penal**: parte geral. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 684-693. Embora com conclusões diversas, trata-se de importante análise.

¹⁰ Os dois últimos elementos podem ser verificados conjuntamente em: LEITE, Alaor. **Dúvida...**, p. 143-145.

¹¹ Referências do julgamento citado: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Habeas corpus nº 399.109/SC**. Terceira Seção. Relatoria do Min. Rogério Schietti Cruz. Julgado em 22/08/2018, publicado em 31/08/2018. A discussão sobre a possibilidade de essa conduta configurar injusto penal não é novidade. Contudo, o entendimento majoritário é de que ela não configuraria. Nesse sentido, em termos ilustrativos e considerando que não se trata nem mesmo de infração administrativa, vide: SIMANTO, Fábio Tofic; OLIVEIRA, Carolina de Queiroz Franco. Reflexões penais sobre o ICMS. **Boletim do IBCCRIM**, ano 17, n. 208, mar. 2010, p. 11.

Z foi denunciado pelo cometimento do crime previsto no art. 2º, inc. II, da Lei nº 8.137/1990. *Varição 1.* Considera-se que a decisão do STJ foi amplamente divulgada pelos veículos de informação, sendo uma notícia de acesso extremamente fácil, inclusive para o indivíduo Z.¹²

Caso 2. O indivíduo Y, policial civil que estava em operação na fronteira entre o Brasil e o Paraguai, durante a madrugada, recebe a notícia de que um indivíduo acabara de furtar uma joalheria e um veículo que estava ao lado do estabelecimento, e de que tal indivíduo estaria se dirigindo à fronteira para evadir do território brasileiro com os objetos furtados. Ao ver aquele veículo, identificando-o pela placa, o indivíduo Y deu ordem de parada, a qual foi desobedecida pelo condutor, que continuava a dirigir para a fronteira em alta velocidade. Então, o indivíduo Y disparou sua carabina por dez vezes contra o veículo em fuga, com a finalidade de impedir o deslocamento do veículo e, portanto, a fuga do indivíduo, acreditando que por agir dessa forma estaria amparado pelo estrito cumprimento do dever legal. Tendo causado a morte do indivíduo, Y foi denunciado pela prática do tipo penal descrito no art. 121 do CP. *Varição 1.* Considera-se que Y disparou seguindo a ordem de um superior hierárquico.

Caso 3. O indivíduo X, cidadão comum que sempre viveu na zona rural de uma cidade interiorana, empolgou-se com as atuais mudanças sobre a posse de armas¹³ e decidiu adquirir arma de fogo de um conhecido seu que era praticante de tiro esportivo. Após a compra da arma, X acreditava que a posse era regular, apenas por acreditar firmemente que, com aquelas novas mudanças, ele não precisaria obrigatoriamente efetuar qualquer tipo de registro, sendo essa tarefa do SINARM¹⁴, até mesmo porque, no local em que morava, nunca houve notícias de algum conhecido que houvesse feito o referido registro. Contudo, X surpreendeu-se quando foi investigado e, posteriormente, denunciado pela prática do tipo penal descrito no art. 12 da Lei nº 10.826/2003. *Varição 1.* Considera-se que X também era um praticante de tiro esportivo e membro do clube indicado, juntamente com o indivíduo que lhe vendeu a arma.¹⁵

Caso 4. O indivíduo W, sócio administrador de uma empresa do setor financeiro, tem o objetivo de realizar uma operação de câmbio para receber valores em real – provenientes de condutas lícitas – a serem creditados em sua conta particular na Suíça. W sabe que necessita informar a operação ao Banco Central do Brasil, mas, diante dos valores reduzidos, acredita

¹² Por ora, considera-se que o caso terá como escopo a aferição apenas sobre a responsabilização penal de Z.

¹³ Nesse sentido, uma série de decretos, que regulamentam a posse e o porte de armas por cidadãos comuns e por profissionais de determinadas categorias, foram publicados desde o início de 2019, dentre os quais se destacam os Decretos nº: 9.685, de 15 de janeiro; 9.785, de 7 de maio; 9.844, 9.845, 9.846, 9.847, de 25 de junho.

¹⁴ De início, deve-se ressaltar que essa é hipótese de erro de proibição, pois a obrigatoriedade de registrar a arma de fogo não é circunstância que compõe o conteúdo do tipo penal do art. 12 da Lei nº 10.826/2003. Tratando dessa questão de forma muito precisa, vide: HORTA, Frederico. **Elementos...**, p. 250.

¹⁵ Desconsidera-se, por ora, qualquer outra possibilidade de tipificação em relação à conduta praticada por X.

que essa informação é dispensável, pelo exercício regular do direito à propriedade. No entanto, W foi investigado e denunciado pela prática do crime descrito pelo art. 22 da Lei nº 7.496/1986, qual seja, o delito de evasão de divisas. *Varição 1.* W não era sócio administrador de uma empresa do setor financeiro, mas um jovem parlamentar recém-eleito no Congresso Nacional. *Varição 2.* A partir da variação 1, W questionou diversos colegas parlamentares sobre o assunto e muitos deles afirmaram que o procedimento de registro da operação e a declaração de disponibilidade realmente não precisariam ser feitos por W.

Caso 5. O indivíduo U, aguerrido manifestante e ativista ambiental, tem notícias de que uma determinada embarcação pesqueira, embora autorizada, iria realizar a pesca de baleias em certa região do mar territorial. Acreditando atuar em legítima defesa do meio ambiente, U se desloca até o porto em que estava a embarcação, logo antes de sua partida, e destrói seu motor completamente, impedindo o ato de pesca. O ato praticado por U foi planejado e preparado ao longo dos últimos 15 dias. Pela referida conduta, U vem a ser denunciado pela prática do delito de dano, descrito no art. 163 do CP. *Varição 1.* Considera-se que U teve a notícia de que a embarcação realizaria o ato apenas alguns segundos antes de sua partida, inexistindo tempo para verificar de outra forma a licitude de sua conduta. *Varição 2.* Considera-se que U havia se envolvido com fato semelhante previamente, no qual também alegara suposta legítima defesa do meio ambiente, já tendo sido condenado e cumprido pena pelo referido fato.

2. DEBATE PRELIMINAR SOBRE O CONTEÚDO DA CULPABILIDADE

Considerando que esta pesquisa tem como objetivo principal investigar a caracterização do erro de proibição e, especialmente, os critérios para aferir a sua evitabilidade, tem-se como essencial a realização de um debate preliminar sobre o conteúdo da culpabilidade. Afinal, é por meio do conteúdo de culpabilidade que se busca definir as razões para a responsabilização pelo injusto penal praticado¹⁶, indicando qual é o fundamento pelo qual o indivíduo deve ser punido por sua conduta. Esse conceito é denominado por muitos como conceito material ou conteúdo da culpabilidade, devendo nortear toda a pesquisa, visto que exerce influências sensíveis quanto à caracterização e à evitabilidade do erro de proibição. Assim, vejamos as principais teses sobre o conteúdo da culpabilidade já utilizadas no âmbito penal.

2.1. Sobre a ausência de conteúdo valorativo no conceito psicológico

Apenas a título de esclarecimento, vale indicar que o debate em torno do conteúdo da culpabilidade não foi relevante enquanto vigorava o conceito psicológico de culpabilidade. Isso, porque no conceito psicológico, a culpabilidade era considerada somente o vínculo subjetivo entre o indivíduo e o injusto praticado¹⁷. Para tal conceito, os elementos dolo e culpa integravam a culpabilidade como suas formas e esta, por sua vez, era considerada o elemento subjetivo do crime¹⁸, a relação subjetiva entre pessoa e injusto. Diante do referido contexto, para o conceito psicológico, a estrutura geral de culpabilidade era composta da seguinte forma: capacidade de culpabilidade, como seu pressuposto; imputação do resultado, como dolo ou culpa¹⁹. Portanto, era dispensável um conteúdo valorativo para a culpabilidade, e o dolo e a culpa eram suficientes para valorar a consciência humana, restando um espaço restrito para a consciência da ilicitude.

¹⁶ Como foi indicado, para essa tese o conceito material de culpabilidade é objeto de um juízo valorativo que terá seu resultado na aferição sobre se o indivíduo é ou não culpável pela conduta, sendo parâmetro para os elementos da culpabilidade. Assim, conteúdo e conceito material de culpabilidade se confundem e podem ser tratados de fato como sinônimos. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. 2ª ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 193.

¹⁷ SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953, p. 14-15.

¹⁸ Para Franz von Liszt, a responsabilização real pelo injusto praticado poderia vigorar sobretudo num contexto determinista, pois este seria conseguiria relacionar o ato cometido com toda a personalidade psicológica do agente: “*Schuld ist die tatsächliche Verantwortlichkeit für die begangene Handlung. [...] Denn nur jener vermag die einzelne Tat zu der ganzen psychologischen Persönlichkeit des Täters in Beziehung zu setzen*“. LISZT, Franz von. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Berlin: J. Guttentag, 1900, p. 136. Atribuindo ao conceito de culpabilidade o sentido de vínculo psicológico ou subjetivo entre autor e fato, em uma análise de cunho histórico, vide: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado...*, p. 450; TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 20.

¹⁹ Considerando a imputabilidade apenas como pressuposto da culpabilidade, seria possível dizer que o vínculo psicológico consistiria nas próprias modalidades de dolo e culpa: LISZT, Franz von. *Tratado...*, p. 249-250.

2.2. Concepções do conteúdo da culpabilidade vinculadas à moral

Foi a partir do conceito psicológico-normativo²⁰ de culpabilidade que o debate sobre o seu conteúdo começou a ter relevância. Nesse contexto, era discutido se a culpabilidade deveria incluir as razões – as justificativas – para a aplicação da pena sobre o indivíduo, e que para tanto não bastaria um mero vínculo subjetivo entre agente e injusto. Em outras palavras, se existe um elemento normativo na culpabilidade, deve-se definir qual é seu conteúdo, qual é o critério que norteia sua análise. Assim, Reinhard Frank atribuiu ao conceito de culpabilidade os primeiros aspectos valorativos, que consistiam na “normalidade das circunstâncias concomitantes”²¹. O conceito de culpabilidade se caracterizava como juízo de valor que tinha como base o mandado normativo e que incidia numa situação psicológica²². Em síntese, nas palavras utilizadas pelo próprio autor acima indicado, “culpabilidade é reprovabilidade”²³. Dessa forma, atribuía-se à culpabilidade um juízo valorativo da reprovabilidade, deixando de considerá-la apenas como um vínculo subjetivo, separando a reprovação, normativa, de seu objeto, psicológico.

Essa concepção utilizava os seguintes elementos como componentes do conceito formal de culpabilidade: uma normalidade mental do agente, que seria a imputabilidade; uma concreta relação psíquica entre agente e fato praticado ou, pelo menos, a possibilidade de que ela exista, configurando dolo ou culpa; a normalidade das circunstâncias sob as quais o autor exerce sua conduta²⁴. Como se verá à frente, tal ideia veio sendo desenvolvida e modificada por décadas na dogmática penal, mas a natureza central do debate permaneceu inalterada: a identificação do conteúdo da culpabilidade, a *razão da “reprovação”*. Uma razão esta que, vale apontar, esteve fortemente vinculada à moral em quase todos os conceitos desenvolvidos até o momento, pois, conforme será detalhado nos subitens adiante, a reprovação estava amparada na ideia de que o indivíduo deve obediência à norma penal pelo simples fato de ela ser – em essência – uma expressão do que é correto, e não em razão das consequências que podem vir de sua violação²⁵. Assim, este item tem como objetivo analisar o referido debate e as diversas ideias de conteúdo da culpabilidade que estiveram fortemente vinculadas à moral e aos argumentos moralizantes.

²⁰ Essas incapacidades motivaram o desenvolvimento da dogmática penal a ponto de que fosse superado o sistema clássico de conceituação do crime, tarefa que seria feita no finalismo. SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Panorama da concepção atual de culpabilidade. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, n. 0, v. 1, 2000, p. 142.

²¹ Nas palavras de Aníbal Bruno, Frank foi o autor que introduziu essa problemática na doutrina penal moderna. BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 98-99.

²² WESSELS, Johannes. *Direito...*, p. 86.

²³ Em suas palavras: “*En la búsqueda de una expresión breve que contenga todos los mencionados componentes del concepto de culpabilidad, no encuentro otra que la reprochabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. Esta expresión no es linda, pero no conozco otra mejor.*” FRANK, Reinhard. *Sobre la...*, p. 39.

²⁴ FRANK, Reinhard. *Sobre la...*, p. 40-41.

²⁵ GRECO, Luís. *Lo vivo...*, p. 24.

2.2.1. Poder agir de outro modo ou exigibilidade de conduta diversa

Dentre as diversas ideias acolhidas a partir do conceito normativo de culpabilidade, é possível destacar o “poder agir de outro modo”²⁶ como conteúdo da culpabilidade. A ideia do “poder agir de outro modo”, que consistia no conteúdo da culpabilidade, tinha como alicerce filosófico indispensável o livre-arbítrio humano. A ideia central é que o indivíduo apenas pode ser culpável à medida que é livre para escolher uma conduta diversa da praticada. A tese tinha em Freudenthal um de seus mais proeminentes defensores²⁷, juntamente a Welzel, para quem esse conteúdo da culpabilidade consistia em algo como o “mínimo ético comum”²⁸ para a vida em sociedade, o que implicaria em dizer que todos teriam alguma noção daquilo que lesiona ou não os direitos alheios. Para esse concepção, o conhecimento da ilicitude era estruturado a partir da possibilidade de o agente ter agido de outra maneira²⁹, somente sendo reprovável o indivíduo que tem – ou poderia ter – conhecimento da ilicitude e, assim, poderia ter agido de forma lícita.

Uma das principais críticas dirigidas ao “poder agir de outro modo” consistiu em apontar que ele advém de uma extensa tradição filosófica que entendia o livre-arbítrio como essencial à conduta humana. Todavia, a ideia de livre-arbítrio é equivocada, pois, conforme descreve Engisch, não seria possível demonstrar empiricamente o livre-arbítrio humano³⁰. De fato, tem-se no livre-arbítrio uma expressão de conteúdo abstrato e que pode ser definida a partir de um conjunto amplo de conceitos morais, como a ideia essencial de liberdade e de que o indivíduo deve seguir o “bem” – que corresponderia à expressão do que não é proibido pela norma penal –, que muito pouco devem interessar ao âmbito penal. Inclusive, foi criticada a ideia de homem médio para aferir a exigibilidade de conduta diversa, pois assim ela não teria como objeto a conduta concreta do indivíduo, mas uma mera comparação com a forma como uma “pessoa média” agiria. Quanto a essas ideias, destaca-se que o livre-arbítrio somente agiria em favor da absolvição do réu, por ser impossível de demonstrá-lo, enquanto a ficção do “homem médio” apenas atuaria em seu prejuízo³¹. Assim, as críticas citadas demonstram que, embora prevaleça nos atuais sistemas jurídicos, essa concepção tem dificuldades que precisam ser superadas.

²⁶ ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 799. Trata-se de termo com sentido análogo à exigibilidade de conduta diversa.

²⁷ Para o autor, não era culpável quem não poderia ter agido de maneira diversa da que agiu. FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 64-65.

²⁸ Sobre o tema e demonstrando as bases do conteúdo da culpabilidade, vide: WELZEL, Hans. *Derecho natural y positivismo jurídico*. In: *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 132.

²⁹ Vide o posicionamento do autor nesta obra: WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 138.

³⁰ Com uma interessante análise sobre a temática em debate, vide: MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal: parte general*, 8 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 350-352.

³¹ Sobre o tema, vide a seguinte obra: SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991, p. 154.

2.2.2. Posicionamento da atitude interna juridicamente reprovável

Visando ser uma alternativa ao “poder agir de outro modo”, o conteúdo da culpabilidade como atitude interna juridicamente reprovável teve como principal expoente Gallas, para quem a culpabilidade é uma “reprovabilidade da conduta em atenção à atitude interna juridicamente reprovável que está contida nela”³². Segundo o setor da doutrina que acolheu o conceito citado, dentre os quais é possível indicar Jescheck (atitude interna juridicamente defeituosa) e Wessels (atitude interna juridicamente censurável), a culpabilidade exige um juízo geral, orientado por parâmetros valorativos de caráter ético-social, que incidiriam no desvalor sobre a atitude global do sujeito diante das diversas exigências do sistema jurídico-penal³³. Por essa razão, passou-se a definir o objeto ou conteúdo da culpabilidade como o “fato ilícito em atenção à influência de uma atitude interna juridicamente reprovável que opera nele”³⁴. Esse conteúdo da culpabilidade culminou no entendimento de que a consciência da ilicitude seria a concretização dessa atitude interna no indivíduo, a qual faltaria quando verificada a existência de erro de proibição.

Todavia, a ideia de atitude interna juridicamente reprovável também não ficou livre das críticas por relevante setor da doutrina penal. Inicialmente, foi argumentado que esse conteúdo não conseguia esclarecer como fundamentar a culpabilidade no ânimo do agente sem que isso significasse reprovar meros estados existenciais das pessoas³⁵, o que seria inadmissível diante dos princípios da legalidade e da culpabilidade. Foi também indicado que essa tese não superou as críticas ao formalismo da teoria precedente, pois realizava um juízo valorativo sem explicar qual seria a atitude interna juridicamente reprovável³⁶ criando algo como um problema dentro do problema precedente. De todo modo, a atitude interna juridicamente reprovável não ofereceu grandes contribuições para superar as críticas direcionadas ao “poder agir de outro modo”, além de apresentar elementos demasiadamente controversos que criavam mais dificuldades do que soluções dogmáticas, tendo sido em grande parte rejeitada pela moderna doutrina penal.

³² O texto original contém uma síntese esclarecedora, transcrita adiante: “culpabilidad es pues reprochabilidad del acto en atención al ánimo juridicamente desaprobado que se realiza en él”. GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Editorial Bosch, 1959, p. 62.

³³ ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 800.

³⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5 ed. Granada: LAEL, 2002, p. 457. É possível, realmente, que esse conceito levasse a justificar a punição, no âmbito da culpabilidade, com fundamento em meros estados existenciais. Vale transcrever as palavras do autor, que utiliza a terminologia um pouco diferente de Gallas, razão pela qual são transcritas nesta nota de rodapé: “El objeto del juicio de culpabilidad es el hecho antijurídico en atención a la actualización que en éste opera de una actitud interna juridicamente desaprobada”.

³⁵ VELÁSQUEZ, Fernando. *La culpabilidad y el principio de culpabilidad*. *Revista de derecho y ciencia políticas*, v. 50, 1993, p. 8. Vide: “A este criterio, se le puede objetar que no plantea nada nuevo, dejando el problema en el aire, pues no explica cómo se desborda juridicamente el ánimo del autor no estando lejos de caer en un derecho penal de ánimo; en todo caso, no puede ser una formulación mejor que la del “poder en lugar de ello”.

³⁶ Fazendo coro às críticas indicadas nesse trecho da pesquisa vide: ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 800.

2.2.3. Responsabilização pelo próprio caráter e suas implicações

Na sequência, foi desenvolvido o conteúdo da culpabilidade como a responsabilização pelo próprio caráter, ligado à teoria psicológico-normativa da culpabilidade. Esse conteúdo foi desenvolvido a partir do que propunha Schopenhauer, para quem o indivíduo seria responsável pela conduta praticada, mas, sobretudo, pelo seu caráter, pois poderia agir licitamente se essa conduta não consistisse no resultado de seu caráter³⁷. A dogmática penal incorporou essa tese a partir da obra de Dohna, para quem seria uma lei fundamental o fato de aquilo que se faz nada mais é do que a emanção da personalidade individual³⁸. De forma semelhante, com distinções essenciais que serão destacadas adiante neste trabalho, Figueiredo Dias defende que o fundamento da culpabilidade residiria no caráter ou na personalidade do agente que é motivadora do injusto penal praticado. Nesse sentido, indica o autor que a culpabilidade é “o ter que responder pela personalidade ética (jurídico-penalmente censurável) que fundamenta um facto ilícito-típico”³⁹. Assim, ainda que pressupondo a prática do injusto penal, se fala em culpabilidade, também, como responsabilização pelo próprio caráter. A partir dessa tese, o erro de proibição inevitável poderia ser definido como a prática do injusto penal apesar do caráter hígido do indivíduo.

No que concerne às críticas direcionadas a esse conteúdo da culpabilidade, foi apontado que se trata de um conteúdo de culpabilidade paradoxal, pois fundamenta a pena do indivíduo por um aspecto – o caráter – que foge totalmente de seu controle e sobre o qual não pode exercer nenhuma influência. Essa ideia, portanto, significaria reprovar penalmente o indivíduo por algo que é, não podendo deixar de ser⁴⁰, ainda que a isso se acrescente a constatação da prática do injusto penal. Sobretudo por apoiar-se nesse aspecto abstrato e intangível da natureza humana, o conteúdo da culpabilidade como responsabilização pelo próprio caráter foi amplamente criticado, pois a tendência da dogmática penal foi buscar retirar a retribuição da culpabilidade e amenizar a ideia de que ela envolveria uma reprovação moral contra o caráter do indivíduo. Vale ressaltar que essas críticas são direcionadas especialmente às vertentes que levaram o conteúdo indicado ao extremo, excluindo a responsabilidade pelo fato, o que evidentemente não é o caso de teses como a de Figueiredo Dias, que apresentaram diversas contribuições no sentido de considerar características subjetivas na culpabilidade, conforme se verá adiante.

³⁷ Sobre os fundamentos filosóficos que deram substrato para essa tese, vide: SCHOPENHAUER, Arthur. **O livre arbítrio**. In: Os Grandes Clássicos da Literatura vol. III. São Paulo: Novo Horizonte, 1982, p. 227.

³⁸ Esse trecho é usualmente citado em meio ao tema em análise. Vide: ROXIN, Claus. **Derecho...**, p. 802-803.

³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 190-201. Partindo de Aristóteles e Schopenhauer, o autor realiza uma ampla e interessante análise que está longe de culminar na responsabilização por meros estados existenciais, conforme se verá adiante.

⁴⁰ CAMARGO, A. L. Chaves. **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, p. 160.

2.2.4. Necesidades preventivas gerais e o defeito de motivação jurídica

Em um contexto mais recente, foram desenvolvidas ideias funcionais de culpabilidade como as teses de Jakobs, que elaborou o conteúdo da culpabilidade como defeito de motivação jurídica⁴¹. A partir dessa perspectiva, a imposição de pena visa ser uma negativa ao defeito de motivação jurídica individual. O fim último de proteção do sistema penal seria a confiabilidade em sua própria existência, estabilizando as expectativas sociais. Portanto, é possível dizer que a culpabilidade recai e se fundamenta porque o agente não se motivou em conformidade com a norma penal, visto que não foi fiel para com o sistema jurídico e devendo, por conseguinte, ser reprovado⁴². Pode-se dizer que a tese reitora desse conteúdo da culpabilidade é argumentar que, para ele ser legítimo, deve necessariamente admitir que está se dirigindo a indivíduos que são dotados de inteligência mínima e de expectativas normativas, não sendo possível que as normas penais tratem o agente como um “cachorro”⁴³. Diante da referida tese, buscou-se substituir a individualidade dos motivos da punição pelas necessidades preventivas gerais, o que pode levar à ideia de que a consciência da ilicitude seria uma exigência geral imposta pela sociedade.

Diversas objeções foram levantadas a esse conteúdo da culpabilidade, começando pela consideração de que ele implica à instrumentalização do indivíduo, pois sua punição se torna o meio necessário para restabelecer as expectativas normativas. Portanto, o conteúdo analisado levaria à violação do princípio da dignidade humana⁴⁴, que deve ser reitor de qualquer sistema jurídico democrático, inclusive do sistema jurídico brasileiro. Foi também questionado o fato de que não se pode mensurar qual seria a punição suficiente para restabelecer as expectativas normativas, sendo impossível esperar que essa punição se concretize sem que o indivíduo seja punido estritamente pelo que praticou⁴⁵. Assim, sem conseguir responder de forma coerente às referidas críticas⁴⁶, a culpabilidade como defeito de motivação jurídica vem sendo rejeitada pela maior parte da doutrina penal contemporânea, que utiliza sobretudo o poder agir de outro modo e a dirigibilidade normativa, a qual será exposta à frente, como conteúdo da culpabilidade.

⁴¹ Nesse sentido, vide a obra: JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona em una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. Cancio Meliá, Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996, p. 63.

⁴² JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 566 e ss. Vide: HORTA, Frederico. In: LOPES, Luciano [et al.] Parte geral do código penal brasileiro. BH: D'Plácido, 2014, p. 582.

⁴³ JAKOBS, Günther. *El principio de la culpabilidad*. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, Centro de publicaciones, Tomo XLV, Fascículo I, p. 1051-1083, Enero/Abril, MCMXCII, p. 381.

⁴⁴ VELÁSQUEZ, Fernando. *La culpabilidad...*, p. 8. Nos termos do que afirma o autor: “*Esta propuesta, como es obvio, termina instrumentalizando al hombre al desconocerle su dignidad de persona humana y es incapaz de explicar el contenido de la categoría en estudio, desde la perspectiva de un derecho penal liberal*”.

⁴⁵ ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 806-807. Em muitas obras, é utilizado o termo “dirigibilidade normativa”.

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: EDIAR, 1989, p. 270. “*un nuevo concepto descriptivo de culpabilidad, manipulado como 'verdad funcional', que no hace más que confesar su deslegitimación al reducir al hombre a un simple medio al servicio del equilibrio del 'sistema' (poder)*”.

2.2.5. Prática de conduta injusta apesar da acessibilidade normativa

Uma das alternativas ao conteúdo da culpabilidade foi desenvolvida por Roxin, o qual o definiu como prática do injusto penal apesar da acessibilidade normativa. Em outras palavras, a culpabilidade individual é fundamentada porque, no momento do fato, o indivíduo conseguiria acessar o conteúdo da norma para obedecê-lo, pelo seu estado mental e anímico⁴⁷. Sendo assim, o indivíduo poderia ser considerado culpável desde que tivesse autocontrole mínimo e pudesse respeitar a norma penal no momento da conduta executada. Com esse conteúdo, Roxin buscou superar as críticas dirigidas ao livre-arbítrio, as quais culminaram na insuficiência da ideia de “poder agir de outro modo”, pois, segundo o seu conteúdo da culpabilidade, seria desnecessário verificar empiricamente o livre-arbítrio. Seria suficiente verificar a capacidade de autocontrole intacta pelo agente e esta, por sua vez, pode ser constatada empiricamente. Por conseguinte, a acessibilidade normativa – e não punitiva, por isso a razão ser moral – significaria poder tratar o agente como se fosse livre⁴⁸ e essa suposição embasa todo o juízo de culpabilidade.

Da mesma forma que se indica que é possível verificar empiricamente a existência de autocontrole, cria-se um pressuposto normativo que consiste na necessidade de que o indivíduo possua acessibilidade normativa. Isso significa que, sem a capacidade de autocontrole, não pode existir acessibilidade normativa nem culpabilidade, e muito menos consciência da ilicitude que possa resultar da responsabilização do agente. Vale apontar que um juízo sobre a necessidade preventiva da pena é acrescido a esse conteúdo da culpabilidade, tendo em vista que esses dois aspectos integram o que Roxin chama como a categoria da “responsabilidade”, a qual tem como essência elementos preventivos na aplicação da teoria do crime.⁴⁹

Realizando uma autocrítica a seu conteúdo da responsabilidade, Roxin admite que se apoia na justificação social da pena, fazendo essa tese se assemelhar tanto àquelas inerentes à culpabilidade como responsabilização pelo próprio caráter, como às que defendem elementos preventivos e político-criminais na culpabilidade, como Jakobs. Dessa forma, ao conteúdo da culpabilidade de Roxin foram direcionadas certas críticas que também se dirigiram àqueles posicionamentos, sobretudo quanto à punição pela capacidade de autocontrole – afinal, não é possível ter controle sobre seu autocontrole –, e no que concerne à utilização de elementos de prevenção geral para dar substrato a esse juízo, instrumentalizando o indivíduo⁵⁰. Vale destacar que apesar das críticas citadas, essa vem sendo uma das principais teses defendidas até hoje.

⁴⁷ ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 807 e ss.

⁴⁸ ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 808 e ss.

⁴⁹ ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Trad. Muñoz Conde. Madrid: REU, 1981, p. 71.

⁵⁰ VELÁSQUEZ, Fernando. *La culpabilidad...*, p. 9.

2.3. Falta de prudência referida à pena e irresponsividade à punição

Antes de descrever o conteúdo da culpabilidade como falta de prudência referida à pena ou como irresponsividade à punição, é necessário indicar que existe um paradigma moralizante que até o momento ainda não foi superado pelos conteúdos da culpabilidade apresentados pela doutrina penal, sobretudo no que concerne ao “poder agir de outro modo”, de ampla aplicação na doutrina penal. Por conseguinte, a normatização dos conceitos de culpabilidade, implicou à sua concepção como reprovação fundada em certos valores jurídico-penais⁵¹ que comumente se misturam com argumentos moralizantes para imposição de pena⁵². Também por isso é que se afirmou que a culpabilidade significa a “conotação ética no juízo sobre a conduta do sujeito”, rompendo a “radical separação” que deve haver entre direito e moral⁵³. Portanto, onde existe a ideia de “reprovabilidade” se fazem presentes os argumentos moralizantes de que a pessoa deve seguir a norma pois ela é a expressão daquilo que é correto, assim como a utilização de bases morais para verificar se está presente ou ausente a reprovação justificada pela culpabilidade.

Não obstante, é necessário ir muito além de um pressuposto moralizante para que possa haver alguma justificativa para a imposição de pena. Isso, porque a dogmática penal moderna deve buscar um modelo de intervenção penal ancorado à tradição liberal, uma vez que ele pode garantir as ideias de autonomia individual e de segurança jurídica. Nessa estrutura ideal de aplicação do sistema jurídico e das normas penais, prevalece a ideia de soberania pessoal⁵⁴, a qual apenas poderá encontrar limites em uma decisão política que embasa o contrato social, por meio das instituições juridicamente legitimadas para fazê-lo. Em outros termos, estando o indivíduo como elemento central do sistema jurídico, argumentos meramente morais não têm o condão de prevalecer sobre sua soberania pessoal, a não ser que os argumentos se consolidem em normas ou decisões legitimadas pelo sistema jurídico, e que, apenas por essa razão – e não pelas razões morais, em si – poderão prevalecer na sociedade. À lei penal se obedece por gerar sanção, não por ser moralmente correto fazê-lo. Portanto, são outros os motivos pelos quais os indivíduos podem ou não podem ser punidos, e a necessidade de exclusão dos argumentos moralizantes nesse âmbito deve ser um divisor de águas para a análise da culpabilidade.

⁵¹ Considerando a estrutura entre esses valores e a moral: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro...**, p. 19 e 22.

⁵² Vide: HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 62. Nas palavras do autor: “[...] la vieja distinción entre culpabilidad moral y culpabilidad jurídica, e la cual la segunda no es más que un modo deficitario de la primera”.

⁵³ BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). **Cem anos de reprovação: contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 126.

⁵⁴ BADARÓ, Tatiana. *Harm principle, bem jurídico e a teoria da criminalização* [manuscrito]: fundamentos e limites da criminalização legítima em um Estado liberal. Tese (doutorado) da UFMG, 2021, p. 655 e ss.

Especificamente quanto a esse âmbito, a exclusão de tais argumentos moralizantes têm especial relevância, pois é exatamente o elemento do conceito tripartido de crime no qual estão presentes as justificativas para a punição daquele indivíduo específico, conforme fora abordado anteriormente (item 2). Em outros termos, especialmente no âmbito da culpabilidade é que se torna essencial excluir argumentos moralizantes como justificativa para a responsabilização do indivíduo. A culpabilidade orientada pelos parâmetros descritos no parágrafo anterior deve se restringir a constatar que o indivíduo, em sua soberania pessoal, optou pela sanção, seja por não estar sob coação moral irresistível, por não estar obedecendo a ordem legal, por ser imputável, por conhecer a ilicitude da conduta ou por não a conhecer, de forma evitável – agindo em erro de proibição evitável. Seguindo a referida concepção, são inadmissíveis as situações em que se defende que o indivíduo poderia ter salvado dez pessoas no lugar de seu filho, pois se considera que essa conduta seria exigível por parte de qualquer pai, com base no mero juízo moralizante do julgador, ou naquela em que o magistrado afirma que a coação moral seria resistível, considerando que seus valores morais seriam mais sólidos que os do acusado, em face da coação concreta analisada⁵⁵. Inclusive, não é incomum a utilização dessa espécie de argumentos no âmbito da aplicação da pena, quando a conduta social é invocada para aumentar a pena do indivíduo toxicômano ou frequentador de casas noturnas⁵⁶, dentre outras situações semelhantes amparadas pela moral. Em todas as situações indicadas acima, deverá prevalecer a soberania pessoal, limitada apenas pelo que é estritamente determinado pela ordem jurídica.

As situações descritas acima podem levar à plena compreensão das decorrências práticas do paradigma moralizante na culpabilidade. É possível indicar que as principais consequências práticas são ampliar os limites do erro de proibição evitável – aumentando a grau elevadíssimo o dever de se informar – e considerar como inescusável o erro inevitável sobre a punibilidade ou a punição da conduta. Ou seja, esses argumentos levam à consideração de que a consciência da ilicitude é indiscriminadamente exigível do indivíduo, bem como que o erro de proibição se restringe à ilicitude do fato⁵⁷. Em nosso sistema jurídico é invocado, ainda, o art. 21 do Código Penal, que literalmente parece não comportar uma expansão do termo “consciência” para além da própria ilicitude, por citar que "o erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena". Porém, o claro déficit interpretativo da lei penal brasileira (vide 3.6), somado aos argumentos moralizantes, não são suficientes para alegar que o erro de proibição se restringe à *ilicitude*.

⁵⁵ Apesar de certos autores se apoiarem na ideia de homem médio como fundamento do juízo de reprovabilidade, ainda assim significaria a realização de um argumento moralizante para a punição, fundando em conteúdo coletivo.

⁵⁶ De forma crítica sobre a aplicação prática citada no âmbito da aplicação da pena, vide: CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 325-334.

⁵⁷ Vide: MIR PUIG, Santiago. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. São Paulo: RT, 2007, p. 209-211.

Nesse contexto, é por força do imprescindível respeito ao princípio da legalidade⁵⁸, que se faz necessário que tais imbricações morais sejam retiradas do âmbito da culpabilidade. Mas não é apenas em respeito ao princípio da legalidade que essa necessidade se faz presente, como também por manifestos problemas de coerência dogmática que podem ser constatados quando direito e moral se confundem, dentre os quais foram destacados diversos exemplos acima. Com o intuito principal de oferecer respostas a esses problemas, Greco desenvolveu o conteúdo da culpabilidade como falta de prudência referida à pena⁵⁹. A essência dessa concepção é oriunda da ideia hobbesiana de que ninguém age conforme o sistema jurídico em razão de essa conduta ter uma correição inerente, mas sim pois o resultado dela será mais vantajoso⁶⁰. De fato, pode-se dizer que essa ideia tem como base pressupostos da filosofia de Hobbes, segundo o qual os indivíduos nascem munidos do “perpétuo e inquieto desejo de poder e mais poder, que cessa apenas após a morte”⁶¹. Dentre esses pressupostos, é também possível destacar a existência de uma lei da natureza, segundo a qual o indivíduo não pode “fazer tudo o que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la, ou omitir aquilo que pense poder contribuir melhor para preservá-la”⁶². Apesar de se reconhecer que existem exceções à referida premissa quando são constatados impulsos autodestrutivos no indivíduo⁶³, tem-se que ela pode ser considerada, de fato, um fundamento filosófico geral para o conteúdo da culpabilidade.

Não por acaso, é da base desses pressupostos que Feuerbach desenvolveu a concepção sobre o que motiva o indivíduo a “agir corretamente”, que também foi utilizada por Greco para elaborar o conteúdo da culpabilidade como falta de prudência referida à pena⁶⁴. Para essa tese, o fundamento da culpabilidade é caracterizado quando se constata que o indivíduo deixou de ser prudente na perspectiva particular, visto que deixou de realizar uma análise efetiva sobre o

⁵⁸ De fato, os argumentos moralizantes são manifestações de valores comuns a grupos sociais, mas que não estão contidos na legislação penal e que em geral não são unânimes. Por conseguinte, utilizá-los como fundamentos para a culpabilidade, quando não estão previstos na lei, significa invocar costumes para justificar a aplicação de pena, o que é absolutamente vedado em matéria penal, por haver violação direta ao princípio da legalidade. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 27-28. Afinal, é evidente que quando a pena é imposta com base em juízos morais, isso significa necessariamente que não se está a julgar puramente de acordo com a lei, mas sim com conceitos oriundos das noções coletivas extrajurídicas.

⁵⁹ A origem da expressão vem do conceito original, que é: “*strafbezogene Unklugheit*”. GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal**. Tradução do alemão de Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madrid: Marcial Pons, 2015.

⁶⁰ Cada indivíduo busca o que é mais vantajoso para si, devendo evitar a pena. GRECO, Luís. **Lo vivo...**, p. 24.

⁶¹ No original: “[...] *I put for a general inclination of all mankind a perpetual and restless desire of power after power, that ceased only in death*”. HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Londres: Green Dragon, 1979, p. 61.

⁶² É importante transcrever: “*A law of nature, lex naturalis, is a precept, or general rule, found out by reason, by which a man is forbidden to do that which is destructive of his life, or taketh away the means of preserving the same, and to omit that by which he thinketh it may be best preserved*”. HOBBS, Thomas. **Leviathan...**, p. 80.

⁶³ Com uma perspectiva psicanalítica sobre o tema, vide: MARQUES NETO, Agostinho. Sentimento inconsciente de culpa e necessidade inconsciente de punição – uma questão para o direito penal. In: GUERRA, Andréa [et. al]. **A criminologia em questão: direito e psicanálise III**. Belo Horizonte: Scriptum, 2017, p. 134.

⁶⁴ GRECO, Luís. **Lo vivo...**, p. 24 e ss.

conjunto de limites legais que incidiriam diante da satisfação de seu próprio bem⁶⁵. Portanto, a exigência que pode ser feita ao indivíduo, unicamente, é de que sua conduta vise buscar aquilo que é mais vantajoso para si e que não seja punível, não se confundindo necessariamente com aquilo que é moralmente correto numa perspectiva coletiva, nem mesmo com aquilo que possa configurar mero injusto penal. Como consequência dessa premissa, um setor da doutrina tem defendido que, “se a moralidade tem de ser motivada apenas pela máxima de respeito ao dever, então é preciso também que a ação imoral esteja disponível, garantindo-nos um direito externo à imoralidade”⁶⁶. Em outras palavras, sendo a pena um elemento fundamental e indispensável para o qual se dirige a intervenção penal, tem-se que a consciência da ilicitude não deve ser limitada a aspectos do injusto penal, mas dirigida a todos os pressupostos de aplicação da pena, à exceção dos elementos do tipo penal, pois nesse caso haveria, especificamente, o erro de tipo.

Dessa forma, a culpabilidade como falta de prudência referida à pena é uma teoria sobre o conteúdo da culpabilidade, a qual vem sendo defendida por setor extremamente relevante da doutrina penal, em alguns casos sendo denominada como “irresponsividade normativa referida à pena”⁶⁷. A referida teoria tem consequências em todos os elementos da estrutura que compõe a culpabilidade, e a primeira delas é a necessidade de restringir ao máximo a ideia de reprovação na culpabilidade, pois, se é que existe, a verdadeira reprovação não é atribuível à existência da culpabilidade, mas somente à pena, cujos pressupostos excedem o injusto penal⁶⁸. Assim, pode-se afirmar que somente a pena, legalmente cominada, representa o meio pelo qual o Estado pode exercer a “reprovação” de condutas no âmbito penal. No que concerne à culpabilidade, ao contrário, deve significar apenas a responsabilidade⁶⁹ individual por razões prudenciais que são referidas à pena. Por fim, destaca-se que, quanto ao elemento da consciência, pode-se dizer que é a capacidade de resposta do indivíduo quanto às possibilidades de punição da conduta praticada (3.3.4). Essa fórmula, que excede a ideia da consciência da ilicitude defendida pela doutrina majoritária, implica que a consciência individual deverá se referir à punibilidade⁷⁰ e que a culpabilidade será a constatação da falta de prudência, para a qual será imposta pena, além de trazer contribuições para a evitabilidade do erro de proibição, como será exposto adiante.

⁶⁵ Conforme já indicado, essa perspectiva pode justificar a relevância do erro sobre a punibilidade da conduta ou, de forma ampla, quanto à sua possibilidade de punição. GRECO, Luís. *Lo vivo*..., p. 379.

⁶⁶ QUEROZ, Rafael Mafei Rabelo. *O direito a ações imorais*: Paul Johann Anselm von Feuerbach e a construção do moderno direito penal. São Paulo: Almedina, 2012, p. 245.

⁶⁷ Para fins de precisão linguística, o conceito foi denominado como “*strafbezogene normative Ansprechbarkeit*”. A tradução contida na pesquisa buscou se aproximar da literalidade e do significado da expressão indicada. LEITE, Alaor. *Handeln nach falschem Rat: Zugleich ein Beitrag zum Schuldbegriff*. In: WOLTER, Jürgen [et al.] [org.] *Goldammer's archiv für Strafrecht*, C.F. Müller, n. 166, 2019, p. 571.

⁶⁸ Vale transcrever o trecho citado: “*sólo la pena representa un reproche*”. GRECO, Luís. *Lo vivo*..., p. 389.

⁶⁹ Os conceitos de prudência e responsabilidade se relacionam. GRECO, Luís. *Lo vivo*..., p. 381.

⁷⁰ Quanto à categoria da punibilidade, especificamente às escusas absolutórias, excluindo, p. ex., a prescrição.

2.4. Síntese do debate preliminar e conteúdo da culpabilidade adotado

O presente capítulo investigou diversas posições já utilizadas pela doutrina penal para determinar qual é o conteúdo – ou conceito material – da culpabilidade. Nesse ínterim, foram analisadas as posições de que o conteúdo da culpabilidade consiste nesses aspectos: poder agir de outro modo, atitude interna juridicamente reprovável, responsabilização pelo próprio caráter, defeito de motivação jurídica, dirigibilidade normativa e, por fim, falta de prudência referida à pena ou irresponsividade à punição. Neste trabalho, pelas razões expostas no item 2.3, é adotada a posição de que o conteúdo da culpabilidade consiste na falta de prudência referida à pena, que também pode ser chamado de irresponsividade à punição, por se considerar que essa ideia tem um potencial maior de resolução de antigos problemas dogmáticos no âmbito da culpabilidade, nos termos do que foi exposto anteriormente e conforme cujas consequências serão detalhadas adiante⁷¹. Dessa forma, considera-se que o referido conteúdo da culpabilidade deve ser aplicado para avaliar se existe ou não a culpabilidade do indivíduo, apresentando-lhe justificativa plausível para a imposição de pena, visto que ancorada não em argumentos moralizantes, mas sim nos limites legítimos ao exercício de sua soberania pessoal, dentro de suas escolhas e seu plano de vida. Por conseguinte, a consciência que é exigida na culpabilidade, quando ancorada nessa tese sobre seu conteúdo, deve ter como objeto não apenas a ilicitude da conduta, mas uma ilicitude penal, incluindo também a imputabilidade, as causas de exculpação e, em geral, a punibilidade.

Portanto, o posicionamento indicado irá influenciar diversos trechos e conclusões desta pesquisa sobre o erro de proibição. Afinal, conforme dito acima, o conteúdo da culpabilidade é o elemento que define as linhas gerais sobre o que é ou não culpável e, portanto, sobre em quais situações ou diante de quais circunstâncias o erro de proibição poderá ou não excluir a culpabilidade⁷². Por certo, isso não significa que o objeto do trabalho foi absolutamente restrito à referida concepção, visto que serão abordadas e investigadas no presente trabalho diversas posições que são totalmente distintas e até mesmo contrárias ao conteúdo adotado, como será explicitado à frente. Vale apontar, ainda, que diante desse conteúdo da culpabilidade é que se justificam as afirmações posteriormente realizadas, no sentido de que o erro de proibição deve

⁷¹ Conforme se verá de forma mais detalhada ao longo desta pesquisa, as consequências desse posicionamento são de grande relevância para os problemas inerentes ao erro de proibição, e sua adoção tem um potencial de oferecer respostas mais coerentes especificamente para esse âmbito da teoria do crime. LEITE, Alaor. *Handeln...*, p. 571.

⁷² Embora evidente, vale indicar que essa influência do conteúdo da culpabilidade na definição da caracterização do erro de proibição e no estudo sobre sua evitabilidade são amplamente defendidas pela doutrina. Numa das mais importantes teses sobre a evitabilidade do erro de proibição, todos os seus critérios são direcionados pelo conteúdo da culpabilidade. Embora utilizando outro conteúdo da culpabilidade, vide a seguinte tese citada, sobre tal aspecto: CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad del error de prohibición*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 33-47.

afetar a culpabilidade (3.2.6). Seja como for, as consequências da adoção desse conteúdo serão esclarecidas ao longo do trabalho. Feitas essas considerações, no próximo capítulo será traçado um panorama geral sobre a caracterização do erro de proibição, para que depois seja possível abordar sua evitabilidade.

3. PANORAMA SOBRE A CARACTERIZAÇÃO DO ERRO DE PROIBIÇÃO

Em essência, o erro de proibição consiste na atuação o agente quando lhe falta a plena consciência sobre a possibilidade de punição da conduta praticada. Para chegarmos a essa concepção, entretanto, a dogmática penal percorreu longos caminhos em que foram debatidos seus fundamentos, peculiaridades e hipóteses em que o erro de proibição é caracterizado. Trata-se de um debate que apresenta amplo rendimento para a dogmática penal⁷³ e que, embora seja autônoma em relação à evitabilidade do erro de proibição⁷⁴, contribui para a compreensão de que ela é indispensável na perspectiva teórica e também para a resolução de casos. Por certo, é impossível abordarmos a evitabilidade do erro de proibição⁷⁵ sem esclarecimentos iniciais sobre sua caracterização. Dessa forma, este capítulo descreverá as principais concepções no que se refere à caracterização do erro de proibição, preparando as discussões sobre sua evitabilidade.

3.1. Consciência individual e a distinção entre o erro e a ignorância

Ao analisarmos qualquer espécie de erro, devemos primeiramente refletir sobre o que é errar para o sistema jurídico-penal. Não obstante, é impossível que essa reflexão seja realizada sem que nos remetamos à clássica distinção entre erro e ignorância. Para aqueles que defendem a distinção, o erro seria o “estado positivo”, o falso conhecimento ou o conhecimento deturpado, e a ignorância seria o “estado negativo”, em que sequer haveria algum conhecimento, devendo haver tratamento jurídico diferenciado para cada uma das situações⁷⁶. Por outro lado, a doutrina amplamente majoritária adota o conceito amplo de erro, que inclui tanto situações de erro em sentido estrito como de ignorância, sendo as consequências jurídicas equiparadas em ambos os casos⁷⁷. Assim, embora essa tese admita que há diferença ôntica entre as situações, a distinção não importa ao âmbito jurídico-penal, pois ambas constituem formas da ausência de consciência da ilicitude, que é o que importa para a culpabilidade. De igual forma, ambas podem ensejar a caracterização do erro, seja de tipo ou proibição⁷⁸, pois é ausente a consciência individual plena.

⁷³ Vide: GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 11 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 539.

⁷⁴ Sobre a referida autonomia, tomada como tese idônea neste trabalho, vide: LEITE, Alaor. **Dúvida...**, p. 94-95.

⁷⁵ Tomando a caracterização do erro como pressuposto: CÓRDOBA, Fernando Jorge. **La evitabilidad...** p. 27-28.

⁷⁶ FROSALI, Raul Alberto. **Sistema penale italiano. Parte prima: diritto penale sostanziale**, vol. II. Turim: UTET, 1958, p. 205-211; em sentido semelhante, analisando a cegueira deliberada: PARDINI, Lucas. **Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 140.

⁷⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Reflexiones sobre el error de derecho en materia penal**. Buenos Aires: Libreria El Ateneo Editorial, 1942, p. 117. LEITE, Alaor; ASSIS, Augusto. O erro. Especial foco no erro de proibição. *In*: BUSATO, Paulo César (Org.). **Teoria do delito**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 302.

⁷⁸ TOLEDO, Francisco. **O erro...**, p. 23; BRUNO, Aníbal. **Direito...**, p. 109; SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 176.

Neste trabalho será adotado o conceito amplo de erro⁷⁹, sobretudo pelo entendimento de que embora existam diferenças ônticas e sobretudo psicológicas entre erro e ignorância, ambos podem ser tratados igualmente no âmbito da teoria do erro jurídico-penal. Assim, é indiferente se o indivíduo tinha um conhecimento equivocado ou nada conhecia sobre a ilicitude da conduta praticada. Considera-se, ainda, que o conhecimento é a relação entre sujeito e objeto, em que este não necessariamente implica à compreensão daquele⁸⁰. Em outros termos, o conhecimento está na relação dialética entre sujeito e objeto, sendo construído a partir das características do objeto e da personalidade do sujeito, conjunta e reciprocamente. Portanto, o primeiro indício de caracterização do erro de proibição, pressuposto inicial deste trabalho, é que o sujeito tenha não tenha *plena compreensão* de certos elementos, ou seja, que tenha uma falsa compreensão ou nenhuma compreensão sobre determinados elementos. Esses elementos serão descritos adiante, após a abordagem sobre a natureza e a relevância do erro de proibição na teoria do crime.

3.2. Natureza e relevância do erro de proibição na teoria do crime

Realizado os apontamentos anteriores, é essencial debatermos a natureza e a relevância do erro de proibição na teoria do crime. Como se sabe, a teoria do crime é considerada um sistema de elementos jurídicos que correspondem a características fáticas da conduta humana, reunindo-as como um mosaico para a formação do fato punível⁸¹. Assim, estudar a natureza e a relevância do erro de proibição significa esclarecer como ele se relaciona com os elementos jurídicos da teoria do crime. Para tanto, toma-se como pressuposto teórico o conceito tripartido de crime, segundo o qual o fato delitivo compõe-se de tipicidade, ilicitude e culpabilidade⁸² e que o fato punível inclui, ainda, a categoria da punibilidade. Durante o desenvolvimento da dogmática penal moderna, diversas teorias foram criadas para aprimorar a classificação jurídica das condutas praticadas a título de erro e indicar a relevância da falta de consciência da ilicitude na teoria do crime. Essas teorias são usualmente chamadas de teses que tratam da natureza e da relevância do erro de proibição no conceito analítico de crime⁸³, e serão apresentadas adiante.

⁷⁹ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Elementos...**, p. 117.

⁸⁰ BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Novo estudo...**, p. 17. O autor indica que a intuição também é importante para a consciência, podendo cria-la juntamente ao conhecimento. No âmbito da teoria do conhecimento, vide: HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Trad. Antonio Correia. Coimbra: Arménio Amado, 1978, p. 27-28.

⁸¹ Nesse sentido, vide a análise detalhada da seguinte obra: ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 79.

⁸² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios...**, p. 80. Em posição contrária, cujas obras já foram indicadas acima, em nota: GARCÍA PÉREZ, Octavio. **La punibilidad nel Derecho penal**. Madrid: Aranzadi Madrid, 1997, p. 75-85; BACIGALUPO, Enrique. **Delito y punibilidad**. 2 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 204.

⁸³ BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Novo estudo...**, p. 17 e ss.

3.2.1. A teoria estrita ou extremada do dolo como pioneira

Ainda no contexto do causalismo, em que dolo e culpa integravam a culpabilidade como suas formas e esta era considerada o elemento subjetivo do crime, as teorias do dolo – tanto a estrita como a limitada – propunham que todo erro de proibição devia ser tratado no âmbito do dolo⁸⁴. Assim, se existia erro de proibição – da mesma forma que o erro de tipo –, havia exclusão do dolo e, assim, somente podia haver punição a título de culpa⁸⁵. O conceito de *dolus malus* era defendido, o que significava que o dolo incluía não somente a vontade, mas também a previsão e o conhecimento da realização de um fato ilícito, a consciência da ilicitude⁸⁶, e, com base nessa razão, incorporando em si um ânimo contrário ao direito por parte do agente. Assim, a consciência da ilicitude se posicionava no dolo e este, por sua vez, no âmbito da culpabilidade, com os elementos e a concepção que foram indicados anteriormente. O referido conceito foi aplicado especialmente por autores causalistas como Beling⁸⁷, tendo perdurado durante muitas décadas e, mesmo após esse contexto, influenciando diversos estudos no âmbito penal.⁸⁸

No entanto, apesar do inegável avanço consistente em oferecer relevância à consciência da ilicitude, as teorias do dolo e, especialmente, a teoria estrita, foi criticada pelos autores que a sucederam. Uma das principais críticas era de que ela não diferenciava o erro de tipo do erro de proibição quanto a seus efeitos, impedindo que casos envolvendo as espécies de erro fossem resolvidos de forma mais proporcional⁸⁹. Ademais, criticou-se o fato de que geraria “lacunas de punibilidade”, na medida em que, adotando-se o conceito formal de consciência da ilicitude (3.3.1), como feito por Von Liszt, seria muito facilmente configurado o erro de proibição e não haveria a possibilidade de punição como crime culposos, visto que são determinados por tipos penais excepcionais⁹⁰. Vale ressaltar que a adoção desse conceito desconsiderava a evidente incapacidade da quase totalidade das pessoas em fazer um juízo que levasse em consideração todas as proibições formais da ordem jurídica, especialmente em um contexto em que as normas penais se multiplicam, conforme será indicado adiante. Por fim, objetou-se quanto a tal teoria, ainda, que a consciência da ilicitude deveria ser potencial e não atual, como aquela do dolo⁹¹, o que será debatido adiante. As críticas contribuíram para novas ideias sobre o erro de proibição.

⁸⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *El error em Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 26 e 31.

⁸⁵ Explicando o conceito: HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Elementos...*, p. 159-160.

⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de...*, p. 143.

⁸⁷ BELING, Ernst von. *Esquema...*, p. 82.

⁸⁸ Como exemplo mais recente, vide a obra: SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtsein*. In: GEERDS, Friedrich; NAUCKE, Wolfgang [Orgs.] *Fs-Hellmuth Mayer*, 1966, 317-338.

⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de...*, p. 143.

⁹⁰ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Elementos...*, p. 161.

⁹¹ WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Trad Carlos Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956, p. 174.

3.2.2. Modificações específicas propostas pela teoria limitada do dolo

Especialmente disseminada no sistema neoclássico de crime⁹², a teoria limitada do dolo não negava a teoria precedente, mas propunha que alguns limites e modificações deveriam ser aplicados para corrigir suas principais e alegadas falhas⁹³. Dessa forma, afirmou-se que poderia um agente ser punido a título de dolo mesmo quando agisse em erro de proibição, desde que o referido “erro” fosse causado por sua posição clara de “inimizade” ou “hostilidade” ao Direito, conforme descrevia Mezger em sua obra⁹⁴. Ademais, a ilicitude objeto da consciência era a que se define materialmente pela “danosidade social”. Embora essa teoria utilizasse basicamente os mesmos fundamentos que os da teoria estrita do dolo, amparando-se na concepção material sobre a consciência da ilicitude⁹⁵, ela acabou por aderir a uma certa reprovação da personalidade do agente, e não de sua conduta⁹⁶. Por conseguinte, nos casos de clara hostilidade ao Direito, haveria a presunção do dolo, ou a culpabilidade correspondente ao dolo, muito embora dolo e hostilidade ao direito sejam conceitos diferentes⁹⁷. Trata-se do rascunho ainda muito incipiente do que viria a ser a característica “potencial”, que foi atribuída à consciência da ilicitude de forma ampla e mais sistemática apenas algumas décadas após a teoria limitada do dolo ter sido proposta na dogmática penal, a despeito de ser objeto de atuais críticas pela doutrina penal.

Assim como a teoria extremada do dolo, a teoria limitada do dolo também recebeu várias críticas. Uma das mais importantes se refere à reprovação puramente da personalidade, que acabaria por contrariar os princípios de uma ordem jurídica democrática, fundada na liberdade de consciência e delimitada pelo direito penal referido à conduta e não apenas ao autor⁹⁸. Além disso, a imprecisão dos conceitos de hostilidade ao Direito e de culpa pela condução de vida resultaram na constatação de que essa teoria não conseguiria criar segurança jurídica⁹⁹. Dessa forma, tanto a teoria estrita como a teoria limitada do dolo foram gradativamente rechaçadas na dogmática penal, a despeito de terem sido um marco decisivo para dar relevância à consciência da ilicitude e seu debate, constando neste trabalho sobretudo pela sua importância como marco histórico e pelas contribuições que apresentaram para as teorias posteriores.

⁹² MEZGER, Edmundo. *Derecho*..., p. 157-158.

⁹³ TOLEDO, Francisco de Assis. *O erro*..., p. 13.

⁹⁴ MEZGER, Edmundo. *Derecho*..., p. 250-251. Vale ressaltar que essa não foi a única proposta que buscou limitar os efeitos da teoria estrita do dolo. Destaca-se também, por exemplo, a criação do tipo auxiliar de “culpa jurídica”, por Schröder. Sobre a temática, com maiores detalhes, vide: WELZEL, Hans. *Derecho*..., p. 225-230.

⁹⁵ BRODT, Luis Augusto Sanzo. *Da consciência*..., p. 77-78.

⁹⁶ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Elementos*..., p. 162.

⁹⁷ MEZGER, Edmundo. *Derecho*..., p. 251.

⁹⁸ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Elementos*..., p. 162-163.

⁹⁹ BRODT, Luis Augusto Sanzo. *Da consciência*..., p. 34-35; citado pelo autor, posicionamento crítico encontrado também na seguinte obra: DUARTE, José A. *O erro no código penal*. Lisboa: Veja, 1984, p. 33.

3.2.3. Modificações criadas pela teoria estrita ou extremada da culpabilidade

A teoria extremada da culpabilidade foi desenvolvida sobretudo após o finalismo, tendo em vista que este propunha, sobretudo por meio dos trabalhos de Welzel, que a culpabilidade seria uma “reprovabilidade da resolução de vontade”¹⁰⁰. Portanto, a reprovabilidade ocorria quando o agente podia adotar uma resolução de vontade de acordo com a norma, mas deixava de fazê-lo para adotar uma resolução de vontade ilícita, contrária à norma, seja ela dirigida de forma dolosa, seja culposa¹⁰¹. Nesse sentido, o principal aspecto desse conceito é que o juízo de reprovabilidade se dirigia à resolução de vontade do indivíduo. Assim, a culpabilidade era estruturada com três elementos essenciais, dos quais era dependente o juízo de reprovabilidade: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa¹⁰². Essa estrutura da culpabilidade veio da ideia de que ela pode ser constatada “quando é reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse”¹⁰³. Essa tese foi predominante no finalismo e vigorou até a atualidade como o conceito mais defendido pela doutrina penal moderna¹⁰⁴.

No âmbito do posicionamento do erro de proibição na teoria do crime, esse conceito de culpabilidade levou à teoria extremada da culpabilidade, segundo a qual a potencial consciência da ilicitude é elemento da culpabilidade e autônoma em relação ao dolo¹⁰⁵, conforme indicado acima. É nesse âmbito que todo espaço do erro de proibição é relegado à culpabilidade¹⁰⁶, e no dolo poderia haver apenas as hipóteses de erro de tipo, que deveria ter como objeto algum dos elementos objetivos do tipo penal¹⁰⁷. Assim, caso haja erro inevitável quanto à ilicitude, exclui-se apenas a culpabilidade, sendo punível a prática de crime culposo, caso exista o tipo penal¹⁰⁸. Uma das principais vantagens da teoria é permitir espaço para o erro de proibição evitável, em que o indivíduo seria punido pelo injusto penal doloso, mas com uma redução de pena, pois no âmbito da culpabilidade seria possível esse juízo de gradação da reprovabilidade do agente¹⁰⁹.

¹⁰⁰ WELZEL, Hans. **O novo...**, p. 88.

¹⁰¹ WELZEL, Hans. **O novo...**, p. 88. A controvérsia gerada pelo finalismo quanto aos crimes culposos não impediu Welzel de afirmar que havia resolução de vontade mesmo nos crimes culposos, mas que nesses casos a vontade apenas não era dirigida para a realização do resultado proibido. WELZEL, Hans. **O novo...**, p. 76-77.

¹⁰² ROXIN, Claus. **Derecho...**, p. 796.

¹⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual...**, p. 602.

¹⁰⁴ Por todos, vide: ROXIN, Claus. **Derecho...**, p. 796-797. JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado...**, p. 222 e 451.

¹⁰⁵ BRODT, Luis Augusto Sanzo. **Da consciência...**, p. 80.

¹⁰⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error...**, p. 33.

¹⁰⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios...**, p. 284.

¹⁰⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de...**, p. 146.

¹⁰⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de...**, p. 146. É importante destacar que embora a referida possibilidade de redução de pena venha a partir da teoria extremada da culpabilidade, ela se manteve como determinação legal no sistema jurídico brasileiro até os dias de hoje, conforme é possível observar no art. 21 do CP: “O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço”.

Ainda que tenha apresentado um avanço significativo na teoria do crime e na aplicação de seus elementos à resolução de casos, possibilitando analisar o erro de proibição evitável por meio da gradação da culpabilidade, a teoria estrita ou extremada da culpabilidade não ficou livre de críticas. Objetou-se que ela não apresentava com a devida nitidez o que era o erro de proibição e como diferenciá-lo do erro de tipo, pois ambos continham valorações jurídicas¹¹⁰. Além disso, questionou-se a desconstrução da diferença entre culpabilidade culposa e dolosa¹¹¹, pois o erro de proibição evitável parecia, para as doutrinas precedentes, caso de culpabilidade culposa. Já no que se refere à relevância prática do erro de proibição, foi argumentado que a jurisprudência traçava requisitos demasiadamente rígidos para a admissão do erro de proibição inevitável, tornando-o quase inócuo¹¹². Por fim, criticou-se a consideração de que o erro de tipo permissivo era um caso de erro de proibição, pois em última instância estava referido à ilicitude da conduta¹¹³. Assim, novas soluções foram buscadas pela doutrina penal, sobretudo quanto a esta última crítica, conforme se verá no próximo item.

3.2.4. Teoria limitada da culpabilidade e os limites ao erro de proibição

Herdando os pressupostos concebidos pela vertente teórica precedente, a teoria limitada da culpabilidade buscou realizar ajustes nos limites ao erro de proibição sem ocasionar grandes modificações estruturais em seu posicionamento na teoria do crime. Dessa forma, partiu-se do posicionamento da consciência da ilicitude na culpabilidade, e o erro de proibição passou a ser relevante para esse âmbito, separando-o do erro de tipo, que diria respeito a elementos objetivos do tipo penal, relevante no âmbito da tipicidade. A partir desse cerne comum à teoria estrita da culpabilidade, a modificação proposta pela nova teoria – limitada – se referiu às discriminantes putativas, ou seja, o erro que incide sobre o substrato fático das causas de justificação, pois a cognição sobre elementos fáticos estaria no dolo¹¹⁴. Portanto, enquanto a teoria extremada da culpabilidade tratava essa espécie de erro no âmbito da culpabilidade, como erro de proibição, a teoria limitada passou a tratá-la como hipótese de erro de tipo¹¹⁵ ou, mais especificamente, como erro de tipo permissivo¹¹⁶. Como resultado desse tratamento, a discriminante putativa causaria a exclusão da própria tipicidade, impedindo a punição da tentativa.

¹¹⁰ RODA, Juan Córdoba. *El conocimiento...*, p. 98.

¹¹¹ Relatando essa crítica vide, por exemplo, a obra: WELZEL, Hans. *O novo...*, p. 231.

¹¹² MUÑOZ CONDE, Francisco. *El error...*, p. 36; BRODT, Luis Augusto Sanzo. *Da consciência...*, p. 81.

¹¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de...*, p. 146.

¹¹⁴ BRODT, Luis Augusto Sanzo. *Da consciência...*, p. 81.

¹¹⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios...*, p. 274.

¹¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *El error...*, p. 38.

Apesar de essa consequência ter sido criticada pela doutrina brasileira¹¹⁷, nosso Código Penal, sobretudo após 1984, seguiu a doutrina majoritária alemã¹¹⁸ e se compatibilizou com a teoria limitada da culpabilidade em seu art. 20, §1º, o que fica muito claro em sua exposição de motivos, nos termos que se passa a transcrever: “Ajusta-se, assim, o Projeto à teoria limitada da culpabilidade, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva”¹¹⁹. Portanto, nosso sistema jurídico passou a ser compatível com a teoria limitada da culpabilidade, sendo o erro quando aos pressupostos fáticos da causa de justificação tratado como erro de tipo permissivo. A partir dessa teoria, o erro de proibição, no que concerne às discriminantes putativas, foi limitado apenas a valorações jurídicas sobre as causas de justificação, sendo essa a teoria mais recentemente formulada sobre o posicionamento e as implicações do erro de proibição nas categorias da teoria do crime.

3.2.5. Referência pontual à superação da dicotomia erro de fato e de direito

Uma vez abordadas as teorias do dolo e da culpabilidade, é indispensável que façamos uma referência, ainda que pontual, sobre a dicotomia entre erro de fato e erro de direito. Isso, porque só faz sentido falar das concepções de erro de fato e erro de direito e sua superação em prol da dicotomia erro de tipo e erro de proibição, depois que já foram expostas e compreendidas as teorias do dolo e da culpabilidade e a evolução que estas representaram em relação àquelas. Afinal, apenas no momento em que o dolo passa a ser o elemento subjetivo do injusto, com as teses de Welzel, e se torna o objeto da culpabilidade, e não mais o próprio juízo de culpabilidade – o que corresponde ao momento histórico da normatização do conceito de culpabilidade –, é que se torna possível separar o dolo da consciência da ilicitude: aquele como conhecimento dos elementos do tipo, esta como conhecimento da contrariedade da conduta ao direito. Apenas então é que a dicotomia erro de fato e erro de direito pôde ser superada pela dicotomia erro de tipo e erro de proibição, que trouxe clareza maior ao debate, pois o erro de tipo pode ser também de direito, dependendo do tipo. E só a partir dessa distinção do erro de proibição em relação ao de tipo é que foi possível verificar a relevância da consciência da ilicitude para a culpabilidade.

¹¹⁷ Vide crítica feita por Alcides Munhoz Netto, que representa o autor pioneiro a ter introduzido esse debate sobre a relevância do erro de proibição e as teorias indicadas acima no ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual sua obra é de elevada importância. Assim, vide: MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 84. Críticas no que concerne à incompatibilidade dessa teoria com a dogmática da época podem ser encontradas em BRODT, Luis Augusto Sanzo. **Da consciência...**, p. 82.

¹¹⁸ ROXIN, Claus. **Derecho...**, p. 894; STRATENWERTH, Günther. **Derecho Penal: parte general**. Trad. Gladys. Madrid: Edersa, 1982, p. 159; WESSELS, Johannes. **Direito...**, p. 135; MAURACH, Reinhart. **Tratado...**, p. 140.

¹¹⁹ Abordando a adoção dessa teoria pelo Código Penal brasileiro e tecendo uma crítica a essa posição: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 216.

Até esse momento, contudo, que ocorreu apenas em meados do século XX, havia certa concordância da doutrina na utilização da dicotomia erro de fato e erro de direito. Isso, porque desde o princípio da abordagem dogmática moderna sobre as situações de erro, especialmente no contexto histórico paralelo às teorias do dolo, a proposta que distinguia erro de fato e de direito havia sido acolhida pelo *Reichsgericht*, o mais importante tribunal alemão, até 1945¹²⁰. Dessa forma, havia ampla aceitação da antiga dicotomia, a qual, em linhas gerais, considerava que a falta de consciência sobre aspectos fáticos ou naturalísticos seria tratada como erro de fato, enquanto a falta de consciência sobre elementos jurídicos referíveis à conduta praticada seria tratada como erro de direito¹²¹. Essa concepção é proveniente de uma tradição românica que remonta à regra de Paulo, contida no Digesto do *Corpus Iuris Civilis*, sob o Título “*De iuris et facti ignorantia*”, para a qual “*regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*”. Literalmente, só o erro de fato não prejudica, mas o de direito a todos prejudica, sendo essa espécie de erro, em regra, inescusável.¹²²

A partir dessa regra, construiu-se a equivocada e radical interpretação de que todo erro de direito seria inescusável, inclusive aquele oriundo da ausência ou da equivocada consciência da ilicitude, seja com caráter tecnicamente preciso ou impreciso (que é próprio do leigo). Essa interpretação foi equivocada e é possível afirmar que ela radicalizou, de forma incoerente, as teorias do dolo, que apresentavam uma tendência a conferir maior relevância à consciência da ilicitude. Ou seja, a defesa de uma inescusabilidade do erro de direito não se aproximava de um consenso mínimo nem mesmo entre os partidários das teorias do dolo. Afinal, mesmo a regra românica não determinava que o erro de fato deveria abranger apenas circunstâncias do mundo sensorial, podendo também incluir a valoração jurídica sobre os elementos que compõem o fato incriminado, que hoje são tratados como elementos do tipo penal¹²³. Como naquele contexto histórico havia situações, ainda que estritas, nas quais se poderia alegar a escusabilidade pelo erro de direito, como se verá à frente, constata-se que a inescusabilidade do desconhecimento do direito representou retrocesso particular para a dogmática penal durante o desenvolvimento das teorias dolo. Ademais, essa interpretação pode ser considerada radical, exatamente por levar à conclusão de que não haveria espaço para o desconhecimento do direito no âmbito penal.¹²⁴

¹²⁰ BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Novo estudo...*, p. 49; WESSELS, Johannes. *Direito...*, p. 100.

¹²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de...*, p. 137.

¹²² Um estudo completo e minucioso sobre o desenvolvimento dessa tese, que foi amplamente utilizado para redigir este trecho e capítulo, está contido em: HORTA, Frederico. *Elementos...*, p. 117-184.

¹²³ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Elementos...*, p. 120. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. *Reflexiones*, p. 25.

¹²⁴ BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Novo estudo...*, p. 50; CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral, vol. 1, §§258 e 259, p. 196-197. Este último, de certo modo na contramão de suas posições liberais-garantistas que podem ser observadas em boa parte de sua obra, apontando que seria uma exigência política a presunção de conhecimento da lei penal por todo cidadão, sendo dever de cada um efetivamente adquiri-lo.

Contudo, é certo que, como indicado sucintamente acima, mesmo entre os romanos já se admitia que o erro de direito poderia ser escusável, em três principais situações: no caso de a pessoa que age em ignorância da lei se tratar de mulher, menor de idade ou de silvícola; no caso em que a lei proibitiva sobre a qual se erra for considerada de “mera criação política”¹²⁵; por fim, quando o fato incriminado é “definido justamente em função da sua contrariedade à lei”¹²⁶. Dessa maneira, é possível perceber que a regra da inescusabilidade absoluta do desconhecimento do direito, em situações que atualmente são classificadas como o atual erro de proibição, adveio de um equívoco interpretativo e que esse equívoco, fundado em uma distinção artificial entre fato e direito, foi reproduzido por décadas pela dogmática penal.

Para amenizar as consequências trazidas por essa interpretação equivocada da tradição românica, alguns autores até mesmo tentaram apelar para a distinção entre erro de direito extrapenal e erro de direito penal, equiparando as consequências de erro de direito extrapenal às do erro de fato¹²⁷. Haveria, portanto, maior reprovabilidade no erro de direito penal, pois em tese seria mais exigível que o indivíduo soubesse daquelas condutas consideradas mais graves, que justificavam a intervenção penal. Entretanto, a contradição desses pressupostos com o princípio da culpabilidade¹²⁸ fez com que a dogmática penal buscasse superar tais equívocos nas décadas seguintes, visando a obter teses mais racionais e político-criminalmente adequadas, o que somente foi possível a partir das teorias da culpabilidade, pelas seguintes razões descritas por Horta¹²⁹: consagrando a cognoscibilidade da ilicitude como elemento da culpabilidade, foi possível separar a culpabilidade do dolo, tornando este não a essência, mas objeto daquela; a consciência da ilicitude seria uma razão pela qual se reprovava o autor que agiu dolosamente; as teorias da culpabilidade se fundamentam no princípio da responsabilidade – em detrimento do princípio do mero conhecimento –, segundo o qual apenas podem ser causa de reprovação do agente as decisões nas quais ele deveria conhecer a ilicitude de sua conduta; as referidas teorias consideram totalmente caracterizado o dolo mesmo diante do desconhecimento da ilicitude e têm consequências distintas para o erro inescusável – que não apenas a atribuição do injusto a título de culpa, preenchendo lacunas de punibilidade. Por essas razões, e também considerando que a classificação de erro de tipo e erro de proibição é mais adequada para definir seu objeto e suas consequências, hodiernamente se trata da terminologia mais aceita pela dogmática penal.

¹²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema...**, p. 33-34. Para fins de melhor precisão quanto ao posicionamento e às ideias indicadas, destaca-se que a posição do autor abrange sobretudo as duas primeiras exceções indicadas.

¹²⁶ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Elementos...**, p. 121.

¹²⁷ BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Novo estudo...**, p. 450.

¹²⁸ ALBUQUERQUE, Martim de. **Para uma distinção do erro sobre o facto e do erro sobre a ilicitude em direito penal**. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, Ministério das Finanças, 1968, p. 19.

¹²⁹ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Elementos...**, p. 168-173.

3.2.6. Irresponsividade à punição e relevância do erro de proibição

É impossível tecer considerações sobre a natureza e a relevância do erro de proibição na teoria do crime sem indicar qual é a razão pela qual o erro de proibição impacta na culpabilidade e por qual motivo a impossibilidade de atingir a consciência da ilicitude – e da punibilidade, ou da ilicitude penalmente relevante – exclui a culpabilidade. Para tanto, façamos uma brevíssima digressão aos fundamentos do conteúdo da culpabilidade adotado anteriormente (2.3 e 2.4), de modo que possamos destacar, especialmente, quais são os elementos que relacionam o juízo de culpabilidade à ocorrência do erro de proibição. Com maior precisão, trata-se de responder por qual razão a ocorrência do erro de proibição afeta a teoria do crime no âmbito da culpabilidade. A resposta antecipada à reflexão é relativamente simples: a impossibilidade de verificação de que o agente pôde escolher pela punição impede a caracterização da culpabilidade¹³⁰. É possível destacar duas razões para essa afirmação: uma filosófica e outra dogmática.

A razão filosófica se refere, inicialmente, ao já destacado fundamento de que o indivíduo tem soberania pessoal¹³¹ para elaborar seu plano de vida e realizar condutas concretas dentro de sua perspectiva particular, apenas podendo o Estado exigir-lhe o que é expressa e legalmente determinado pelo ordenamento jurídico¹³² e, especificamente no âmbito penal, que o indivíduo tenha podido se abster de praticar condutas às quais seja imponible a punição, visto que essa imposição de pena constitui um mal em si, e, portanto, uma desvantagem para o indivíduo¹³³. Partindo dessa perspectiva, a razão dogmática se refere à constatação de que a análise sobre essa possibilidade concreta não cabe em nenhum outro elemento do conceito analítico de crime que não a culpabilidade, por ela ser o principal reflexo do princípio da culpabilidade¹³⁴. Sendo a categoria que melhor concretiza o princípio da culpabilidade e expressa da forma mais direta os fins e motivos para a punição do indivíduo – justificando, em maior grau, a punição – e considerando todas as suas particularidades, a consciência da ilicitude não poderia ser avaliada em outra categoria. Ademais, a culpabilidade é um elemento fortemente ancorado na finalidade preventiva¹³⁵ da pena e, também por esse motivo, a consciência da ilicitude deve estar contida na culpabilidade: se não existe conhecimento da ilicitude – ou não deveria existir –, não se pode dizer que o indivíduo escolheu a punição, inexistindo a finalidade preventiva para a imposição de pena. Por isso, também nessa perspectiva o erro de proibição afetará a culpabilidade.

¹³⁰ Ideia central derivada de Feuerbach, com as modificações propostas por: GRECO, Luís. *Lo vivo...*, p. 373 e ss.

¹³¹ BADARÓ, Tatiana. *Harm...*, p. 655 e ss.

¹³² LEITE, Alaor. *Dúvida...*, p. 127-130.

¹³³ GRECO, Luís. *Lo vivo...*, p. 379.

¹³⁴ ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 791 e ss.

¹³⁵ ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 793.

3.2.7. Posicionamento adotado quanto à relevância do erro de proibição

Neste trabalho, adota-se a teoria limitada da culpabilidade como definidora da posição, dos limites e implicações do erro de proibição na teoria do crime, ou seja, de sua relevância em meio às categorias do conceito analítico de crime. Portanto, o erro de proibição, essencialmente considerado a atuação do agente quando lhe falta a plena consciência sobre a ilicitude, afeta a culpabilidade e tem como objeto o conhecimento da ilicitude – como já indicado, que deve ser lida como a possibilidade de punição – da conduta praticada, não estando incluindo em seu âmbito o erro quanto aos pressupostos fáticos das causas de justificação. Isso, porque, na linha das críticas anteriormente detalhadas, consideramos que a consciência da ilicitude não poderia ser elemento do dolo, mas sim da culpabilidade, bem como que o tratamento das discriminantes putativas deve ser realizado no erro de tipo¹³⁶. Ademais, a adoção do conteúdo da culpabilidade como irresponsividade à punição implica à necessária admissão de que o erro de proibição afeta a culpabilidade e, além disso, também pode ser oriundo da falta de pleno conhecimento da possibilidade de punição, já que, como será exposto adiante, a consciência da ilicitude tem como objeto, também, a punibilidade¹³⁷. De todo modo, a adoção desse posicionamento não prejudica a concordância em relação aos debates mais específicos sobre elementos do erro de proibição realizados na história mais recente da dogmática penal e que serão abordados adiante, sendo a teoria limitada da culpabilidade compatível com o conteúdo da culpabilidade como falta de prudência referida à pena ou como irresponsividade à punição.

¹³⁶ Posicionamento que é considerado majoritário na doutrina nacional. Nesse sentido, vide: TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios...**, p. 274-275; BRODT, Luis Augusto Sanzo. **Da consciência...**, p. 81.

¹³⁷ Certamente não a toda a categoria da punibilidade, mas ao menos quanto às escusas absolutórias.

3.3. Objeto da consciência da ilicitude e conceito de erro de proibição

A caracterização do erro de proibição depende da definição do objeto da consciência da ilicitude na medida em que esse é o elemento ausente nas hipóteses de erro¹³⁸. Ou seja, trata-se de esclarecer o que é necessário ao indivíduo para que possa ser plenamente responsabilizado ou que, caso ausente, exime-o de responsabilidade penal, caso tal ausência seja inevitável. Com esse intuito, inúmeras teorias foram criadas, sempre com tal elemento em comum: a consciência da ilicitude. Afinal, a falta de consciência individual no que se refere à valoração do campo normativo é o que motiva a caracterização do erro de proibição, ocorrendo ela necessariamente no âmbito da contrariedade da conduta em relação ao sistema jurídico, com as modificações a serem destacadas adiante¹³⁹. Assim, examinar a caracterização do erro de proibição é avaliar o objeto da consciência da *ilicitude* e o que significa a sua ausência. À frente, serão analisadas as diversas concepções que tiveram esse objetivo, não de forma cronológica, para que possamos evitar classificações-estaque que obscurecem a clareza do debate, mas de forma sistêmica.

3.3.1. Teoria jurídico-formal e a tese do desconhecimento da lei

A partir das observações acima, um dos primeiros esforços que buscou redefinir o objeto da consciência da ilicitude e o conceito do erro de proibição no Direito Penal foi, sem dúvidas, o que concebia a consciência da ilicitude como a consciência de que uma norma específica está sendo infringida¹⁴⁰. Essa concepção foi desenvolvida no contexto histórico próximo ao da teoria da *ratio essendi* da ilicitude, o que explica, em certa medida, o fato de que a consciência da ilicitude deveria ter como objeto um elemento jurídico – ainda que não tecnicamente preciso – e não meramente ético-social. Também chamado de conceito formal sobre a consciência da ilicitude, esse posicionamento seria compatível com teóricos causalistas, como Beling¹⁴¹ – que não chegou a relacionar tipo e ilicitude – e Von Liszt, este afirmando que a consciência da ilicitude teria um papel reduzido, sendo relevante somente quando a ilicitude compõe um fato incriminado¹⁴², sendo o erro de proibição irrelevante em quase todas as formas.

¹³⁸ BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Novo estudo...**, p. 80 e ss.

¹³⁹ Conforme se verá à frente para a doutrina majoritária, o conteúdo do erro de proibição passou a ser considerado exatamente a consciência da ilicitude, ou seja, o desconhecimento ou o errôneo conhecimento sobre o desvalor que a ordem jurídica confere a determinado comportamento. BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Novo estudo...**, p. 48.

¹⁴⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro...**, p. 70.

¹⁴¹ BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: El foro, 2002, p. 114. Nessa tradução, mais recente e após o advento do finalismo, o autor adota postura um pouco mais intermediária.

¹⁴² LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, p. 284-289. Vale registrar que o posicionamento do autor é muito incisivo nesse aspecto.

A partir dessa estrutura é que alguns dos defensores desse conceito afirmavam que a consciência da ilicitude era totalmente dispensável para a caracterização do delito¹⁴³, enquanto se acirravam as discussões sobre se havia de fato o caráter autônomo da consciência da ilicitude diante do dolo¹⁴⁴. De todo modo, defendia-se que, para a análise sobre a existência de erro, não importava se esse erro era sobre os pressupostos do injusto ou se era sobre o próprio caráter injusto da conduta: ambos excluía o dolo e, por conseguinte, a própria culpabilidade¹⁴⁵. Essa visão foi então denominada como teoria extremada do dolo, em que erro de tipo e erro de proibição têm consequências equiparadas, que foram abordadas detalhadamente antes, no item 3.2.1 deste trabalho. De todo modo, para as concepções deste item, o objeto da consciência da ilicitude seria o próprio tipo penal¹⁴⁶, enquanto o erro de proibição seria a conduta executada com ausência de consciência sobre o tipo penal. Vale citar que a concepção de que a consciência da ilicitude apenas poderia integrar o dolo adveio da proposta de que o dolo seria a própria culpabilidade dolosa. Essa ideia poderia levar à alegada inescusabilidade do erro de proibição.

Todavia, a tese debatida neste item foi muito criticada, havendo inúmeros apontamentos que indicavam sua insuficiência, pois de um lado, caso se exigisse a consciência da ilicitude – formal – para a configuração da conduta delitiva, então somente poderiam cometer crimes “os juristas”¹⁴⁷. Isso, pois o leigo não teria a precisão técnico-jurídica suficiente para conhecer todos os tipos penais, considerando que até mesmo os profissionais do Direito, usualmente, não têm essa precisão. Por outro lado, caso a consciência da ilicitude não fosse um requisito de configuração do crime, haveria um total desprezo pela possibilidade de reconhecer o erro de proibição, pois seu conteúdo seria dispensável à análise do fato punível e, portanto, essa espécie de erro seria absolutamente irrelevante. Estaríamos, nesse sentido, caminhando para o contexto em que se exigiria de todos os indivíduos um conhecimento amplo e irrestrito sobre o sistema jurídico, algo como uma *presunção geral de conhecimento da ilicitude*, o que iria beirar à total distopia em nossa sociedade. Em meio a esse enorme impasse dogmático que sempre culminava em dificuldades práticas¹⁴⁸, foi necessário discutir com mais profundidade quais seriam o objeto da consciência da ilicitude e o conceito de erro de proibição, debate que culminou em propostas novas e que se tornaram atrativas, conforme se verá adiante.

¹⁴³ TAVARES, Juarez. **Teorias...**, p. 25. O autor traz como exemplo e referência Franz von Liszt, que argumentava que a necessidade de prova a consciência da ilicitude em cada caso concreto iria “paralisar” a justiça criminal.

¹⁴⁴ BRODT, Luis Augusto Sanzo. **Da consciência...**, p. 34-35.

¹⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo...**, p. 143.

¹⁴⁶ A consciência de que a conduta é proibida pelo direito, com a precisão técnica de um juízo de subsunção.

¹⁴⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro...**, p. 73.

¹⁴⁸ Era difícil explicar, por exemplo, como poderia ser punido o indivíduo em épocas de intensa produção legislativa penal no âmbito econômico, em que não seria possível para praticamente qualquer pessoa acessar o conteúdo de ilicitude dessas condutas. Vide: LISZT, Franz von. **Tratado...**, p. 249-250.

3.3.2. Teoria material e desconhecimento de valores ético-sociais

As décadas que sucederam às principais ideias acima foram marcadas por uma outra vertente teórico-dogmática que, partindo de diferentes pressupostos e fundamentos, propuseram modificações sobre a consciência da ilicitude. Tratava-se da vertente neokantista, que produziu o sistema neoclássico de crime¹⁴⁹ e que, no âmbito da culpabilidade, argumentava que ela não poderia ser absolutamente apartada de juízos valorativos e ético-sociais. Essa vertente teve diversas gradações, que incluíam essa espécie de juízo de forma mais ou menos significativa no âmbito da culpabilidade, gerando a concepção da consciência da ilicitude estritamente ligada a valores éticos-sociais e servindo como argumento adicional – mas dispensável – à concepção jurídico-material da consciência da ilicitude, conforme será descrito adiante (3.3.3). De todo modo, a discussão que foi instalada àquela época versava sobre até que ponto os valores ético-sociais poderiam ser objeto da consciência da ilicitude, gerando diversos posicionamentos.

Nesse contexto, na fase inicial desses debates, é possível destacar a estrutura proposta por Frank (já descrita supra, itens 3.2.1 e 3.2.2) em que a consciência da ilicitude integrava a culpabilidade na forma de dolo – visto que, na culpa, estaria ausente –, mas a reprovabilidade passaria a depender de que o indivíduo tivesse ou pudesse ter consciência da ilicitude de sua conduta¹⁵⁰, a qual se dirigia a elementos sociais e valorativos. A tese vanguardista de Frank foi acompanhada pelos trabalhos de Goldschmidt, o qual afirmava que a culpabilidade era nada mais que a reprovação pelo fato de que o indivíduo agiu violando uma noção interna que deveria motivá-lo a agir de maneira lícita¹⁵¹. Em sentido semelhante, os teóricos Mayer e Kaufmann também defendiam a concepção de que, como objeto da consciência da ilicitude, bastaria a compreensão material (ético-valorativa) sobre a conduta praticada, ou seja, bastaria que o indivíduo compreendesse que sua conduta levaria à violação de uma norma de cultura ou que ela teria, segundo expressão utilizada pelo próprio Kaufmann, “danosidade social”¹⁵².

Detalhando a referida concepção material, com base no modelo que Kaufmann propôs, Horta esclarece que a consciência da ilicitude seria inferida com referência no “reconhecimento, pelo agente, das repercussões sociais de sua conduta”¹⁵³. Seria, assim, a consciência da ilicitude

¹⁴⁹ É muito interessante observar que o conceito psicológico-normativo de culpabilidade inaugurou uma guinada metodológica na teoria do crime pela utilização das teorias kantianas como base filosófica. TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 24, v. 6, 1998, p. 149.

¹⁵⁰ FRANK, Reinhard. *Sobre la...*, p. 41.

¹⁵¹ GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Trad. Ricardo C. Núñez. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 90.

¹⁵² Sobre as concepções de Ernest Mayer e Arthur Kaufmann no contexto do neokantismo, vide as seguintes obras: TOLEDO, Francisco de Assis. *O erro...*, p. 73; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. *Reflexiones...*, p. 270-271.

¹⁵³ HORTA, Frederico. *Elementos...*, p. 149.

dirigida ao “sentido social da ação como um todo”¹⁵⁴. Portanto, destaca-se que o fundamental desses posicionamentos é que a culpabilidade passou a ter os elementos valorativos em sua estrutura, o que teve consequências no âmbito da consciência da ilicitude e, como não poderia deixar de ser, na caracterização do erro de proibição. Isso, porque se a consciência da ilicitude é definida numa perspectiva puramente material e estritamente ligada a valores ético-sociais, a primeira consequência para o erro de proibição é que este passa a ser concebido como ausência de compreensão de valores ético-sociais. Sendo assim, se o indivíduo erra quanto à permissão ético-social a determinada conduta, ainda que soubesse da proibição jurídica, seu erro teria de ser considerado relevante. Para maior precisão do debate, pensemos no quinto caso exposto na introdução deste trabalho: se U tivesse plena noção de que sua conduta era subsumível a um tipo penal e que ele poderia ser punido por sua prática, mas acreditasse que a conduta estava justificada apenas pela moral, seu erro seria relevante. Sobre essa tese, Figueiredo Dias explica:

“Daí supor a culpa tão-só que o agente tome *consciência da ilicitude material* (sc., da danosidade social e conseqüente dignidade penal) do facto que pratica e não da proibição legal que a ele está ligada. Tanto pode suceder, aliás, que detenha a consciência da ilicitude material sem conhecer a proibição legal ou antijuridicidade formal, como inversamente que conheça esta sem deter aquela. *Num caso como noutro, porém, o agente possui a consciência da ilicitude requerida*”.¹⁵⁵

Todavia, diversas críticas foram direcionadas ao referido conceito¹⁵⁶, começando pelo próprio Figueiredo Dias, que, embora tenha afirmado que os resultados da teoria seriam muito aceitáveis numa perspectiva estritamente político-criminal¹⁵⁷, acrescenta que a ilicitude não pode ser nada mais que o “sentido negativo de valor jurídico” que se liga à conduta praticada, pois uma vontade “a favor do ilícito e contra o direito” exigiria uma consciência – se não total, mas predominantemente – jurídica¹⁵⁸. São notáveis, ainda, os apontamentos de Roxin, segundo o qual a concepção material da consciência da ilicitude exigiria muito pouco ao ter como objeto apenas os aspectos ético-sociais, visto que nem todas as ações contrárias aos referidos aspectos são proibidas, que tais aspectos são apenas um meio para a consciência dirigida ao direito e que os valores ético-sociais estão em constante mutação, sendo elementos inseguros e, também por isso, inidôneos para constituir o objeto da consciência da ilicitude¹⁵⁹.

¹⁵⁴ HORTA, Frederico. **Elementos...**, p. 149.

¹⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema...**, p. 209. Itálico no original.

¹⁵⁶ Embora se reconheça que o caráter individualizado dos conceitos criados por Frank, Goldschmidt e Freudenthal contribuiu para a limitação do poder punitivo, justificando os casos de culpa inconsciente e oferecendo diversas perspectivas para as teorias do erro penal. MELLO, Sebastián Borges. **O conceito...**, p. 134.

¹⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema...**, p. 210.

¹⁵⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema...**, p. 211.

¹⁵⁹ ROXIN, Claus. **Derecho...**, p. 866.

Por fim, é importante citar que esse debate originou, talvez por uma confusão conceitual, a crítica infundada de que essa concepção da consciência da ilicitude resultaria na tendência de considerar um indivíduo culpável com base na condução de sua vida, nas escolhas que fez durante os anos pretéritos¹⁶⁰. A inidoneidade da crítica reside no fato de que uma teoria sobre a consciência da ilicitude não define o conteúdo da culpabilidade, mas ao contrário: é o conteúdo da culpabilidade que define os contornos da consciência da ilicitude. Além disso, assumir que valores ético-sociais são objeto da consciência não implica, necessariamente, à culpabilidade pela condução de vida. E mais, essa culpabilidade não pode ser rechaçada por si, pois é uma “tentativa de se alcançar nova compreensão, novos horizontes e novos critérios para o problema da consciência da ilicitude do facto”¹⁶¹, ou seja, não exclui a culpabilidade do fato.

3.3.3. Teoria jurídico-material e o desconhecimento do direito

Retornando ao contexto neokantista, mas com concepções distintas sobre a consciência da ilicitude, foi desenvolvido um posicionamento de especial relevância, que teve o condão de modificar de forma decisiva a dogmática penal da culpabilidade e da consciência da ilicitude. Trata-se das ideias de Mezger, que concebia a culpabilidade como “conjunto dos pressupostos que fundamentam a reprovação pessoal do autor pelo fato punível cometido”¹⁶². No que se refere à consciência da ilicitude, por sua vez, Mezger propunha o juízo paralelo na esfera do profano¹⁶³, que consistia na “apreciação da ação no círculo de pensamento da pessoa individual e no ambiente do autor, orientada no mesmo sentido da valoração legal ou judicial da ação”¹⁶⁴. Em outros termos, não se exigia apenas a consciência pura do dispositivo legal, nem bastava a consciência quanto à reprovabilidade moral ou social do comportamento praticado¹⁶⁵. Como definição, a consciência da ilicitude era o “conhecimento da significação antijurídica da ação” e, segundo descrito por Horta, era uma espécie de consciência que se opunha à “concepção puramente material da consciência da ilicitude”, enquanto se afastaria “do puro formalismo”¹⁶⁶, por não exigir, conforme indicado, que se tivesse um conhecimento técnico do direito.

¹⁶⁰ Destacando a contribuição decisiva do contexto histórico nacional-socialista para as teorias desenvolvidas por Mezger, vide: MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o direito penal do seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo**. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 81-83.

¹⁶¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema...**, p. 238.

¹⁶² Na tradução do original: “*La culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido*”. MEZGER, Edmundo. **Derecho penal: parte general**. Trad. Ricardo C. Núñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografía Argentina, 1958, p. 189.

¹⁶³ MEZGER, Edmundo. **Derecho...**, p. 157-158.

¹⁶⁴ HORTA, Frederico. **Elementos...**, p. 158.

¹⁶⁵ BRODT, Luis Augusto Sanzo. **Da consciência...**, p. 22.

¹⁶⁶ HORTA, Frederico. **Elementos...**, p. 149.

Há algum debate sobre se esse posicionamento significaria que o objeto da consciência seria predominantemente jurídico ou ético-social, o que levou importantes teóricos a realizar a classificação das teses de Mezger como concepção intermediária da consciência da ilicitude¹⁶⁷. Todavia, ousamos discordar diante do fato de que as teses indicadas não chegam a reconhecer que os valores ético-sociais compõem o objeto da consciência da ilicitude. Ao contrário, essa consciência, ao que importa para a culpabilidade, continua sendo estritamente jurídica. Se as razões da consciência, sua origem, advêm de conceitos ético-sociais, não há problema algum, mas isso é irrelevante para o âmbito penal e para a culpabilidade. Em outros termos, é possível deduzir o direito a partir dos valores ético-sociais – o que passou a ser reconhecido, em uma comparação com a teoria descrita acima (item 3.3.2) –, mas apenas a consciência do direito é que será objeto da consciência da ilicitude. Mas uma consciência, vale ressaltar, que não precisa se estruturar de forma técnica, nem exata, mas apenas corresponder, paralelamente, ao que foi determinado pelo sistema penal. Em outras palavras, o objeto da consciência da ilicitude é jurídico, é o próprio direito, sendo dispensada uma precisão técnica em seu reconhecimento e podendo ser deduzida não apenas diretamente da lei, mas também do conhecimento de valores ético-sociais. Também por tais especificidades, não consideramos inteiramente correto afirmar que esse posicionamento é equiparado às teses puramente jurídicas conforme descritas no item anterior, especialmente em razão de que a consciência estruturada na concepção de Mezger não é vinculada diretamente ao tipo penal praticado, mas a todo o sistema jurídico, dispensando, no entanto, a precisão técnica do indivíduo quanto ao Direito, como indicado acima.

A repercussão do posicionamento de Mezger, como já indicado, foi enorme, tendo ele prevalecido mesmo no contexto posterior ao conceito psicológico-normativo de culpabilidade, que vinha sofrendo com severas críticas, sobretudo por tentar colocar no mesmo elemento duas análises complexas que pareciam incompatíveis¹⁶⁸. Naquele contexto, a concepção de Mezger continuava sendo defendida por Maurach, segundo o qual a consciência da ilicitude é saber que a conduta praticada “não deve ter lugar” no sistema jurídico¹⁶⁹. Décadas depois, os frutos das ideias de Mezger ainda eram colhidos. Isso, porque mesmo quando a dogmática penal de Welzel levou à ideia finalista de que a conduta seria o “exercício de uma atividade final”¹⁷⁰, levando

¹⁶⁷ BRODT, Luis Augusto Sanzo. **Da consciência...**, p. 22.

¹⁶⁸ Nas palavras do autor, o conceito analisado “sofreu severas críticas, particularmente por tratar-se de um *mixtum compositum* de coisas que não poderiam ser mescladas” SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Panorama...*, p. 142. É de se destacar também as críticas no sentido de que tal conceito era generalizante e que a utilização do conceito de “homem médio” para a valoração era falaciosa. MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O conceito...**, p. 153.

¹⁶⁹ MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p. 151.

¹⁷⁰ WELZEL, Hans. **O novo...**, p. 25.

ao reposicionamento do dolo e da culpa para a tipicidade¹⁷¹, e deixando a culpabilidade sem os elementos subjetivos que lhe eram intrínsecos, numa modificação extremamente significativa de todo o conceito de crime, Welzel ainda se amparava na concepção de Mezger ao afirmar que a consciência da ilicitude exigiria o reconhecimento de que a conduta contraria a ordem da vida em comunidade¹⁷²: *ordem* que apenas teria sentido se compreendida como ordem jurídica. Na doutrina nacional, destaca-se Toledo, para o qual a consciência da ilicitude seria a relação de contrariedade entre a cognição e o ordenamento jurídico¹⁷³ e, dessa forma, também seguindo a concepção de Mezger. Dessa forma, percebe-se que a tese em análise teve grande repercussão na dogmática penal, influenciando o posicionamento de diversos teóricos ao longo de inúmeras décadas, inclusive a dogmática penal do sistema jurídico brasileiro.

No sistema jurídico alemão, vale ainda apontar que a posição foi acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁴ (*Bundesgerichtshof*) em decisão datada de 18 de março de 1952, segundo a qual o sujeito, para ter consciência da ilicitude, deveria conhecer ou poder conhecer, com o devido esforço mental, no juízo geral inerente a sua esfera de pensamentos, a ilicitude de sua conduta¹⁷⁵. Aqui, vale também apontar que se trata de uma ilicitude jurídica, e não ético-social, e que é realizada uma ressalva idêntica àquela feita por Mezger: quando falamos em um juízo geral “inerente a sua esfera de pensamentos”, o intuito é afirmar que não se exige a compreensão técnica da ilicitude, mas apenas a sua compreensão geral, ainda que seja estritamente jurídica.

É importante ressaltar que essa decisão paradigmática influenciou inúmeros autores na Alemanha e fora dela. Um desses autores, no contexto mais recente da dogmática penal – segunda metade do século passado –, foi Jescheck, para quem não poderia ser exigido mais do que um sentido de desvalor jurídico em relação à própria conduta, sem que fosse necessário que o agente conhecesse as disposições legais expressas que nela incidiriam¹⁷⁶. Ou seja, assim como a tese de Mezger, aqui, na dogmática penal do pós-finalismo, também é possível constatar que os frutos daquelas teses foram colhidos e que o objeto da consciência da ilicitude deve ser jurídico, não seja exigida técnica e precisão, sendo sua origem – se vem do conhecimento técnico ou de valores ético-sociais – irrelevante. Assim, também no Direito Penal alemão essa tese foi predominante na dogmática penal. Em recente artigo, Frisch realiza um desdobramento interessante da posição anteriormente descrita, afirmando que:

¹⁷¹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p 140-141.

¹⁷² WELZEL, Hans. **O novo...**, p. 239.

¹⁷³ TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro...**, p. 73-84.

¹⁷⁴ BRODT, Luis Augusto Sanzo. **Da consciência...**, p. 23.

¹⁷⁵ Nesse sentido, traduzindo diversos trechos da decisão acima indicada, vide a seguinte referência: RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de a antijuridicidad en la teoria del delito**. Barcelona: Bosch, 1962, p. 98.

¹⁷⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado...**, p. 624.

“[...] pues la delimitación del error sobre las circunstancias del hecho y el error de prohibición no depende del *topos* ‘¿error sobre datos fácticos o sobre deberes?, sino de si el error se proyecta sobre las circunstancias de referencia de normas jurídico-penales racionalmente concebidas o sobre estas mismas normas. De acuerdo con ello se daría un error de prohibición, por ejemplo, cuando el autor haya captado la relevancia tributaria del hecho y su sometimiento al deber de declarar, pero crea, v. gr., que por excepción está autorizado a no efectuar la declaración a la vista de su mala situación financiera”.¹⁷⁷

Assim, de forma semelhante à ideia pioneira de Mezger, a visão de Frisch demonstrada na citação acima é de que a consciência que importa para o âmbito da culpabilidade e que, em sua ausência, pode caracterizar o erro de proibição, será aquela que se dirige às circunstâncias de referência da norma penal – o que é subjacente ao tipo, que lhe corresponde –, circunstâncias essas que são jurídicas, mas que não abrangem a consciência da norma penal diretamente, sendo dispensável a precisão técnica de um juízo de subsunção. Sendo manifestamente jurídico¹⁷⁸, esse posicionamento apenas tem algo de intermediário se os extremos da análise hipotética forem a precisão técnica e sua total ausência. Afinal, se não é exigido o conhecimento técnico e preciso da lei penal, por outro lado é exigido o reconhecimento de uma repercussão jurídica¹⁷⁹ da conduta, e não meramente seu desvalor ético-social significado para o indivíduo.

De fato, os méritos desse posicionamento são grandes, pois possibilita um maior espaço para os casos de erro de proibição sem incorrer em exigências de carácter excessivo, como se fazia no contexto anterior, que era jurídico-formalista e que requisitava a consciência técnica e precisa, derivada diretamente do conhecimento da existência e da validade da lei, bem como da subsunção do fato à norma proibitiva legal. Além disso, essa teoria traz a noção de consciência da ilicitude para uma esfera mais próxima do indivíduo comum, do leigo, por ser capaz de realizar o juízo de ilicitude sem a precisão técnica de um juízo de subsunção é uma realidade muito mais comum e acessível do que conhecer as determinações expressas do sistema jurídico-penal, os tipos penais. Vale ressaltar que essa teoria, por restringir a consciência da ilicitude a elementos jurídicos – naquilo que releva à culpabilidade –, traz maior coerência dogmática com a tese adotada sobre o conteúdo da culpabilidade (2.3 e 2.4), pois não está vinculada a elementos ético-sociais determinados pela moral. Ainda assim, apesar dos méritos, essa ideia não exauriu o debate sobre a consciência da ilicitude, e foram desenvolvidos outros posicionamentos que dariam maior abrangência aos elementos jurídicos da consciência da ilicitude, incluindo outros elementos que não a ilicitude como seu objeto, os quais analisaremos nos itens subsequentes.

¹⁷⁷ Vide em: FRISCH, Wolfgang. *El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad*. In: FRISCH, Wolfgang [et al.]. *El error en derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, p. 83.

¹⁷⁸ Vale registrar: se a ausência de consciência fosse puramente ético-social, o erro seria irrelevante.

¹⁷⁹ Sobre a extensão e o conteúdo dessa repercussão jurídica da conduta, vide item 3.3.6.

3.3.4. Acréscimo dos pressupostos da pena na consciência individual

As teses sobre o objeto da consciência da ilicitude e o conceito do erro de proibição não tiveram fim no posicionamento intermediário destacado acima, pois mesmo essa posição teve importantes complementações pela dogmática penal. Nesse sentido, a concepção adotada neste trabalho quanto ao conteúdo da culpabilidade (item 2.4), a qual consiste na falta de prudência referida à pena ou na chamada irresponsividade à punição¹⁸⁰, exerceu influências diretas no âmbito do objeto da consciência da ilicitude e no conceito do erro de proibição. Isso, porque conforme citado acima, se o conteúdo da culpabilidade consiste na irresponsividade à punição, é indispensável admitir que a consciência da ilicitude não deve estar relacionada somente à ilicitude, como componente do injusto penal, mas também a todos¹⁸¹ os pressupostos da punição individual e, portanto, inclusive da própria punibilidade¹⁸². Nesses termos, a própria ideia de consciência da ilicitude poderia ser compreendida como consciência da punibilidade, visto que abrangeria todos os pressupostos para a imposição de pena, como indicado acima. Além disso, também um conceito de erro de proibição deve levar em consideração todos os pressupostos da pena, motivo pelo qual poderia ser denominado como erro quanto à possibilidade de punição.

Embora essa terminologia não seja utilizada no presente trabalho *para fins de precisão científica*, concordamos com o posicionamento indicado. Não apenas pelos motivos descritos anteriormente (2.3), mas também porque é importante ressaltar que a teoria do erro de proibição tem o seu cerne vinculado ao conteúdo da culpabilidade, mas sua parte limítrofe é definida pelas razões preventivas direcionadas à conduta do agente¹⁸³. Ou seja, trata-se de identificar ocasiões em que o próprio agente foi responsável por sua punição, de modo que apenas nessas situações é que prevalece a culpabilidade. Dessa forma, é fundamental compreender que o erro de proibição não pode ser atribuído somente ao indivíduo, mas também ao poder público, visto que ele deve oferecer a informação concreta sobre o que se trata de um fato punível ou de um fato permitido – com o mínimo de divergência possível – e manter suas posições sempre claras e acessíveis aos cidadãos. Caso essa exigência fracasse, não pode haver a culpabilidade do agente, visto que preventivamente não faria sentido que ele respondesse pela ineficácia do Estado. Portanto, pode-se dizer que há uma coerência dogmática muito maior nesse tese que nas teorias precedentes, por afirmar que o objeto da consciência da ilicitude são todos os pressupostos da punição, e o erro de proibição ocorrerá quando se desconheça tais pressupostos.

¹⁸⁰ LEITE, Alaor. *Handeln...*, p. 571.

¹⁸¹ À exceção dos elementos inerentes ao tipo penal, posto que já são o objeto do elemento cognitivo do dolo.

¹⁸² GRECO, Luís. *Lo vivo...*, p. 377-378. Especificamente quanto às escusas absolutórias.

¹⁸³ LEITE, Alaor. *Handeln...*, p. 567.

3.3.5. Posicionamento adotado quanto à consciência da ilicitude

A partir da análise dos posicionamentos descritos nos itens anteriores, pode-se concluir que a concepção que apresenta um resultado mais coerente com as premissas adotadas e com o conteúdo da culpabilidade como irresponsividade à punição é a proposta por Mezger. Adotamos esse posicionamento diante de suas potencialidades descritas anteriormente (item 3.3.3), mas, com o acréscimo dos conceitos trazidos no item anterior (item 3.3.4)¹⁸⁴. Dessa forma, é possível conceituar a consciência da ilicitude – que assim denominamos por *precisão científica* – como o reconhecimento, pelo indivíduo, de que a sua conduta tem repercussão jurídico-penal, sendo dispensável a precisão técnico-jurídica de um juízo de subsunção e sendo irrelevante a origem desse reconhecimento. O objeto da consciência da ilicitude, assim, é puramente jurídico, e não se dirige apenas à norma, mas também a outros pressupostos de aplicação da pena. Por outro lado, o erro de proibição é exatamente a ausência da plenitude desse reconhecimento, o que por si não necessariamente levará à exculpação – problema da evitabilidade –, seja por equívoco ou total ignorância, assumido as formas descritas adiante (item 3.5).

3.4. Discussões recentes sobre elementos específicos do erro de proibição

Conforme já indicado neste trabalho, os debates que envolvem o erro de proibição e sua evitabilidade constituem um campo aberto e muito rico para novas concepções e conclusões¹⁸⁵, o que se verifica no constate desenvolvimento da doutrina nesse âmbito. Muito embora essas discussões não necessariamente excluam os conceitos solidificados pelas teorias precedentes, as conclusões a que elas chegam se mostram indispensáveis para melhor compreensão do erro de proibição. Assim, é indispensável apresentar as discussões mais recentes sobre alguns dos elementos específicos do erro de proibição. Afinal, se a função precípua da dogmática penal é trazer à aplicação das normas penais racionalidade e segurança jurídica¹⁸⁶, então os debates que visam aprimorar o instituto em análise são válidos e merecem especial destaque. Esses esforços serão empenhados nos próximos itens, ao final dos quais será possível ter uma perspectiva mais precisa sobre as modificações mais recentes efetuadas na estrutura do erro de proibição.

¹⁸⁴ Vale apontar que a concepção de Mezger restringia o objeto da consciência ao injusto penal.

¹⁸⁵ GALVÃO, Fernando. **Direito penal...**, p. 539.

¹⁸⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. **Direito penal, racionalidade e dogmática**: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. Trad. e coord. Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 89. No original: “Disso resulta a possibilidade e a tarefa da dogmática – praticada por cientistas – de controle intelectual da dogmática praticada por juízes. Por essa razão, designei a ciência jurídica como uma forma de quarto poder, que não possui literalmente poder algum [...]”.

3.4.1. Culpabilidade pela condução de vida e referida à personalidade

A primeira das discussões a ser destacada neste trabalho advém de um antigo debate que se refere a qual seria o conceito material da culpabilidade e se ele deveria estar dirigido apenas à prática do injusto penal, num plano objetivo, ou também ao autor, sua condução de vida, sua personalidade e outros elementos subjetivos. Essa discussão teve especial relevância a partir da obra de Mezger, que propôs uma concepção denominada como “culpabilidade pela condução de vida”¹⁸⁷, muito criticada por referenciar a culpabilidade sobretudo a partir da pessoa do autor, deixando em segundo plano o injusto penal objetivamente praticado¹⁸⁸. A partir dessa obra e de autores que a sucederam, foi criado algo como um “alerta vermelho” na dogmática penal quanto à culpabilidade pela condução de vida e à tão temida figura do Direito Penal do autor, o que foi importante para impedir excessos na atribuição da responsabilidade, mas culminou também na precoce rejeição de um debate que até hoje possui um amplo rendimento dogmático.

Desafiando essa bolha criada sobre o debate da referibilidade da culpabilidade quanto à pessoa do autor, deve-se destacar o importante trabalho publicado por Jorge de Figueiredo Dias durante a segunda metade do século passado. Em meio à análise detalhada sobre a culpabilidade e suas consequências para a consciência da ilicitude, o autor propõe que a falta da consciência da ilicitude seja avaliada sobretudo segundo a referência na personalidade dos indivíduos, num plano ético-valorativo fundamentado nas escolhas e condições pregressas ao injusto penal que culminaram em sua realização¹⁸⁹. Assim, a consciência da ilicitude poderia ser examinada com base em elementos anteriores ao próprio injusto penal e referidos ao autor do injusto penal. Essa posição fez com que importantes autores da dogmática penal realizassem a leitura, a meu ver precipitada, de que a proposta delimitaria o conteúdo material da culpabilidade como espécie de culpa pela condução de vida, de forma idêntica ou muito semelhante a autores neokantistas quando da “descoberta” dos elementos normativos do tipo, culminando na alegada aplicação do direito penal do autor, que seria vedado nos atuais sistemas jurídicos.¹⁹⁰

¹⁸⁷ MEZGER, Edmundo. *Derecho penal...*, p. 9. É importante ressaltar que mesmo nesse texto do autor a ideia da culpabilidade pela condução de vida não ignora de pronto a ocorrência e a relevância do injusto penal objetivo.

¹⁸⁸ Severas críticas foram direcionadas a Mezger em razão do contexto nacional-socialista em que foi desenvolvida sua tese e de como sua ideia foi supostamente utilizada para justificar perseguições políticas quanto a certas pessoas ou a grupos sociais. Nesse sentido, vide: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger...*, p. 81-83.

¹⁸⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...*, p. 236-237. Nesse sentido, é importante ressaltar as palavras usadas pelo próprio autor em sua obra: “Vimos já que a concepção da culpa como culpa da vontade pode ganhar novo sentido quando se refira materialmente, não de forma directa ao ilícito-típico praticado, mas à condução ou decisão da vida, à formação ou preparação do carácter ou da personalidade do agente, que está na base do facto”.

¹⁹⁰ A leitura realizada é muito comum na doutrina brasileira, que usualmente sistematiza a obra de Figueiredo Dias juntamente à obra de Mezger, que pouco tem em comum com a obra de Figueiredo Dias. Tal atribuição usualmente encontrada na doutrina pode ser verificada na obra: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios...*, p. 241-242.

Todavia, essa visão sobre a obra de Figueiredo Dias parece precipitada e desconsidera importantes elementos de suas contribuições à dogmática penal. Isso, pois deve-se inicialmente distinguir entre a culpabilidade referida à pessoa do autor e a culpabilidade referida unicamente à pessoa do autor. A segunda de fato é incompatível com a direção tomada pela dogmática penal nos mais diversos sistemas jurídicos contemporâneos¹⁹¹, mas a primeira nos parece não apenas aceitável, como essencial para a plena caracterização da culpabilidade. Afinal, a culpabilidade é fundamentalmente uma reprovação *pessoal* que se faz em relação ao injusto praticado, desde as mais remotas concepções finalistas¹⁹². Assim, o que se reprova no âmbito da culpabilidade não é um fato nem uma conduta, mas uma pessoa que praticou um injusto penal. Vale dizer que não é o fato que é culpável, mas sim o indivíduo que o praticou, e apenas suas características pessoais – inclusive as físicas, sua personalidade, profissão ou vida pregressa – poderão dizer se ele poderá ou não ser reprovado pela prática do injusto penal, desde que relacionadas a este.

Admitir essa tese não é caminhar para algo como o direito penal do autor, muito menos reconhecer uma culpabilidade que se refere unicamente àquilo que o indivíduo é ou deixa de ser. Ao contrário, trata-se exatamente de assumir que não há qualquer possibilidade de sequer analisar a culpabilidade sem que elementos pessoais do autor do injusto penal sejam levados seriamente em consideração¹⁹³. No que concerne ao erro de proibição, utilizando como exemplo o Caso 3 deste trabalho (introdução), não se pode exigir do indivíduo X que reconhecesse sua conduta como ilícita com o mesmo grau de intensidade que poderia ser exigido de um Policial Militar, tendo em vista que se trata de um indivíduo com pouco ou nenhum conhecimento sobre a ilicitude de um objeto – arma de fogo – cuja posse ele considera lícita, por ser apta a defendê-lo das mais diversas e injustas agressões. Assim, culpabilidade é também culpabilidade pessoal pelo injusto penal praticado, devendo ser referida inclusive a elementos pessoais e não devendo esse conceito ser confundido, de forma rasa, com o direito penal do autor. Quebrar essa barreira no âmbito do erro de proibição é essencial para compreender sua estrutura, suas consequências e também os problemas referentes à sua evitabilidade, conforme se verá adiante.

¹⁹¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios...**, p. 242. Segundo o autor, tecendo críticas que temos como cabíveis se dirigidas apenas a esta segunda concepção sobre a culpabilidade referida unicamente à pessoa do autor do delito: “Não obstante o ardor e o engenho com que tais ideias são expostas e defendidas, o certo é que não podem elas, a nosso ver, ser adotadas. Importante ressaltar as críticas de Zaffaroni, com as quais concordamos quanto à segunda tese descrita no parágrafo e segundo as quais “*no sólo siempre el poder punitivo eligió a personas, o sea que funciona como si el derecho penal fuese del autor, sino que lo sigue haciendo [...]*”. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *En estado de derecho sólo hay delincuentes*. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). **Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 263.

¹⁹² Nesse sentido, vide: WELZEL, Hans. **O novo...**, p. 155.

¹⁹³ Vide: AMBOS, Kai. A liberdade no ser como dimensão da personalidade e fundamento da culpa penal: sobre a doutrina da culpa de Jorge de Figueiredo Dias. **Revista Panóptica**, ano 3, n. 18, mar./jun. 2010, p. 206-207.

3.4.2. Falta de prudência referida à pena e erro de punibilidade

Conforme indicado anteriormente, um importante debate que trouxe vários rendimentos dogmáticos para a estrutura do erro de proibição foi quanto ao conteúdo da culpabilidade, que deve consistir na falta de prudência referida à pena (irresponsividade do indivíduo à punição)¹⁹⁴. Sustentando a perspectiva de culpabilidade citada e fundamentando-se inicialmente em aspectos filosóficos, em um debate derivado da teoria da pena de Feuerbach, Greco cita que a correição *per se* de uma conduta não deve ser exigida pelo sistema jurídico, que deve acolher o fato de que agir corretamente é agir conforme aquilo que lhe é vantajoso. Assim, o conteúdo da culpabilidade parte da premissa de que o poder público pode reprovar o indivíduo considerando que ele não foi prudente numa perspectiva individual, não tendo realizado análise efetiva sobre o conjunto de limites legais que incidiriam diante da satisfação de seu próprio bem¹⁹⁵. Portanto, nos termos do que foi exposto anteriormente, a prudência assume o papel da necessária avaliação individual sobre quais normas penais poderiam incidir diante da realização de nossos desejos individuais, ou seja, o “conjunto de exigências que devem ser seguidas para favorecer o próprio bem”¹⁹⁶. A pena, por outro lado, se configura necessariamente como um mal, não por ser profana em si, mas por representar uma inegável desvantagem ao indivíduo na execução de seu plano de vida, restringindo-lhe, inclusive, a possibilidade de realizar planos.

A partir dessa fundamentação, a consciência inerente ao âmbito da culpabilidade não é restrita à ilicitude da conduta, podendo ser definida como a cognição sobre as consequências jurídico-penais da conduta praticada, ao contrário do que muitos dos teóricos vêm defendendo nas últimas décadas. Apenas como digressão, não apenas a consciência da ilicitude é afetada por essa concepção, mas também a própria imputabilidade, da qual depende a consciência da ilicitude, já que, seguindo a referida perspectiva, a imputabilidade consistiria na “capacidade de avaliar os efeitos que uma punição terá sobre seu plano de vida e sobre seu êxito como ser humano”¹⁹⁷. Ademais, e o mais importante para este trabalho, com essa estrutura, a consciência da ilicitude poderia abranger inclusive o âmbito da punibilidade da conduta praticada, visto que a verificação sobre se o indivíduo poderia ter deixado de escolher pela pena dependerá, sempre, da constatação sobre se ele conhecia a possibilidade de punição para a conduta praticada, o que

¹⁹⁴ Tradução livre feita a partir da obra original, publicada em alemão: GRECO, Luís. *Lebendiges...*, p. 490.

¹⁹⁵ Essa perspectiva poderia tornar relevante o erro sobre a punibilidade da conduta e, inclusive, o erro quanto à punibilidade ou, de forma ampla, quanto ao caráter penal da conduta praticada. GRECO, Luís. *Lo vivo...*, p. 379.

¹⁹⁶ No original: “*exigencias que deben seguirse para favorecer el propio bien*”. GRECO, Luís. *Lo vivo...*, p. 379. Vale apontar que a pena é um mal pressuposto para o indivíduo, segundo essa concepção.

¹⁹⁷ No original: “*Lo que le falta al niño no es ese conocimiento sino la capacidad de evaluar los efectos que tendrá una punición en su plan de vida o en su éxito como hombre*”. GRECO, Luís. *Lo vivo...*, p. 395.

inclui a punibilidade, já que a conduta a que se aplicam escusas absolutórias não são puníveis e, portanto, a escolha por elas não justificaria a caracterização da culpabilidade. No âmbito do erro de proibição, portanto, é possível incluir as espécies de erro quanto à punibilidade¹⁹⁸. No presente trabalho, concordamos com esse conteúdo da culpabilidade, nos termos do que foi exposto no item 2.7, bem como com permitir que o erro de punibilidade tenha natureza de erro de proibição, podendo a expressão “*ilicitude*” do art. 21 do Código Penal, ser interpretada como uma “*ilicitude penal*”, e podendo a consciência, portanto, ser referida à punibilidade da conduta. Dessa forma, não se trata somente de uma possibilidade de aplicação dessa concepção de *lege ferenda*, mas também de *lege lata*, sendo exigível apenas que a interpretação do referido termo seja expandida, *pro reo*, para incluir outros pressupostos da pena (vide item 3.5).

3.4.3. Espaços para o erro de proibição nos sistemas penais contemporâneos

Analisando a partir de uma perspectiva político-criminal e de como ela pode influenciar na aplicação das categorias dogmáticas¹⁹⁹, destaca-se como muito relevante o debate sobre *se e como* os sistemas penais contemporâneos podem reconfigurar os contornos e possibilidades de caracterização do erro de proibição, visto que eles são marcados por uma multiplicação massiva de tipos penais que descrevem condutas proibidas no direito penal econômico ou que, ainda, contém elementos em branco heterólogos, sem explicitar claramente onde está o elemento que os complementa. Ressalta-se a referida problemática neste trabalho pois a contemporaneidade traz aspectos político-criminais marcantes, especialmente quanto ao direito penal econômico e às formas de organização social que se desenvolveram nas últimas décadas. Para melhor esclarecer esse debate, partimos da distinção *delicta in se* e *mera prohibita*, a qual, embora tenha sido superada em meio às teorias da consciência da ilicitude²⁰⁰, têm o condão de facilitar a apreensão dos conceitos expostos nesse momento. Segundo essa distinção, *delicta in se* seriam os crimes cuja ilicitude é apreensível naturalmente por meio de um juízo ético-social universal, enquanto os *delicta mere prohibita* seriam aqueles em que não existiria essa apreensão ou, se existisse, ela seria exigível em um grau muito menor sobre os indivíduos comuns.²⁰¹

¹⁹⁸ Utilizando como exemplos os casos de alguém que se resfria, mesmo podendo ter verificado a previsão do tempo, ou de alguém que esqueceu o horário da sua entrevista, podendo verifica-lo, e por isso perde a vaga. Em ambos os casos, Greco afirma que existiria culpa – extrapenal – individual. GRECO, Luís. *Lo vivo...*, p. 377-378.

¹⁹⁹ ROXIN, Claus. *Política...*, p. 79.

²⁰⁰ Denominação utilizada na obra: DIAS, Augusto Silva. “*Delicta in se*” e “*Delicta mere prohibita*”: Uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Sobre a superação desse paradigma, vide: DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...*, p. 105 e ss.

²⁰¹ Conforme descreve a autora no seguinte artigo: CARNEIRO, Andréa. A especial técnica de estruturação dos tipos de delitos econômicos. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, vol. 9, nº18, mai.-ago. 2017, p. 16-35.

Assim, temos que os espaços de ilicitude referentes aos delitos *mere prohibita* crescem conjuntamente à gradativa administrativização dos sistemas penais²⁰², havendo uma tendência de que a tipificação de condutas cuja ilicitude é inapreensível por indivíduos comuns²⁰³ torne-se uma realidade frequente. Desse modo, a consciência da ilicitude quanto a essas condutas tem limites menores, enquanto sua falta, limites maiores e mais flexíveis, pois não se pode exigir – ou, caso possa, deve-se fazê-lo em grau muito reduzido – de um indivíduo comum a apreensão da ilicitude de delitos em que ela é quase puramente administrativa e, ainda assim, totalmente distante da esfera ético-social daquele indivíduo²⁰⁴. Por certo, é possível questionar se a teoria do juízo paralelo na esfera do profano é suficiente para resolver os casos contemporâneos de erro sobre a ilicitude²⁰⁵, mas, de todo modo, nos parece coerente que essas mudanças ocorridas no direito penal econômico ampliem as possibilidades de configuração do erro de proibição.²⁰⁶

Por fim, também em meio a essa discussão se insere interessante observação sociológica no sentido de que a configuração das sociedades contemporâneas envolve a gradativa ruptura com certezas universalizáveis sobre a correição dos comportamentos humanos²⁰⁷. Assim, tem-se como consequência que essa “quebra dos grandes enredos” ou grandes blocos de cognição de valores ético-sociais, se expressa na dogmática penal tornando mais flexíveis as exigências de conhecimento da ilicitude das condutas²⁰⁸. Se estamos abordando uma espécie de erro que, embora tenha objeto puramente jurídico, pode ser deduzido, ainda que indiretamente, de valores ético-sociais, ainda que esses valores devam ser paralelos às proibições jurídicas, seria atécnico ou anticientífico deixarmos de admitir que aspectos conceituais sociológicos podem influenciar, em alguma medida, na aplicação das categorias dogmáticas, conforme indicado acima. Assim, ambas as discussões descritas nos levam à concordância²⁰⁹ quanto à necessidade de que o erro de proibição tenha espaços mais amplos nos sistemas penais contemporâneos, sobretudo quando o poder público falha em emitir normas proibitivas cognoscíveis aos indivíduos.²¹⁰

²⁰² Especialmente quanto à política criminal, vide: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²⁰³ Diz-se dos quais não existe qualquer dever especial de conhecer a ilicitude das condutas praticadas.

²⁰⁴ BRANDÃO, Cláudio. “A consciência da antijuridicidade no moderno direito penal”. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 136, out-dez. 1997, p. 08 e ss.

²⁰⁵ FELGUERAS, Santiago. *El error de subsunción. Doctrina Penal*. Buenos Aires, v. 14, jan./jun. 1991, p. 57.

²⁰⁶ CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. Critérios para aferição do erro de proibição no direito penal econômico: distinção in se e mere prohibita. **Revista Delictae**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, 1975, p. 20-37

²⁰⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 151.

²⁰⁸ Sobre o tema, vide: D'AQUINO, Dante Bruno; GUARAGNI, Fábio André. “Póstuma modernidade” e erro de proibição. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 88, p. 45-60., jan./fev. 2011, p. 54 e ss.

²⁰⁹ No que concerne à administrativização do direito penal e as várias influências no erro de proibição, vale indicar também a leitura: CRESPO, Marcelo. **Do conhecimento da ilicitude em face da expansão do direito penal**. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 122-171.

²¹⁰ LEITE, Alaor. **Dúvida...**, p. 120 e ss.

3.4.4. A influência das leis penais em branco no erro de proibição

A partir da perspectiva político-criminal abordada no item anterior, é possível também destacar que os sistemas jurídicos contemporâneos são marcados pela criação de leis penais em branco, especialmente no âmbito dos crimes contra a ordem tributária, econômica e nos crimes ambientais. Essas leis se diferenciam daquelas que contém o elemento normativo no tipo penal, pois enquanto neste o tipo penal estaria completo, mas abrangeria elementos que exigiriam um juízo de valor no âmbito jurídico²¹¹, naquelas seria necessário um elemento de complementação para que fosse preenchido o conteúdo do injusto penal. Em outras palavras, nas leis penais em branco a completude do tipo penal necessita da leitura de outros dispositivos legais ou atos normativos que estão fora da própria descrição da conduta proibida²¹². Nesse contexto, pode-se questionar se o fato de o conteúdo do injusto penal estar contido em um complemento que é externo ao tipo penal representaria alguma espécie de influência no que concerne à consciência da ilicitude e, por conseguinte, na configuração do erro de proibição. Para responder ao referido questionamento, é necessário considerarmos qual seria o conceito de consciência da ilicitude a ser adotado, para verificarmos se ela se dirige ou não ao complemento da lei penal em branco.

Dessa forma, tendo como pressuposto que a consciência da ilicitude envolve um juízo paralelo na esfera do profano²¹³, conforme defende a concepção sobre o objeto da consciência da ilicitude indicada acima, então teremos que admitir que ela não poderá ser referida, em regra, ao tipo penal ou a quaisquer de seus elementos²¹⁴, inclusive ao complemento da lei penal em branco ou seus elementos normativos²¹⁵. Trata-se do processo cognitivo sobre a permissividade – direta ou indireta – do sistema jurídico – e não do tipo penal específico – ou da inexistência deste e de seu complemento – em relação à conduta praticada. Sendo assim, a ilicitude de que estamos tratando está exatamente onde não estão, ao menos diretamente, os elementos que constituem o tipo penal objetivo, inclusive também seus elementos normativos, considerando que é possível encontrá-la também por meio de um juízo negativo entre a lei expressa e a mera avaliação ética da conduta. Vale fazer a ressalva de que uma possível exceção a essa regra seria

²¹¹ Nesse sentido, importantes considerações estão contidas na obra de Mezger; quem, no contexto do neokantismo, foi um dos pioneiros no estudo das leis penais em branco e cujas inúmeras contribuições já foram examinadas com detalhes no presente trabalho: MEZGER, Edmundo. *Derecho*..., p. 386-389.

²¹² TIEDEMANN, Klaus. *La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 10, n. 37, p. 73-97, jan/mar. 2002, p. 92

²¹³ MEZGER, Edmundo. *Derecho penal*..., p. 386-389.

²¹⁴ MEZGER, Edmundo. *Derecho penal*..., p. 157-158.

²¹⁵ Em sentido diverso, assumindo que certos erros quanto ao elemento de complementação da lei penal em branco podem se configurar como erro de proibição, quando esse elemento não serve para constituir o conteúdo do injusto penal, partindo de uma distinção entre incriminação da desobediência ao comando extrapenal e incriminação de uma conduta determinada em contraste com tal comando, vide: HORTA, Frederico. *Elementos*..., p. 212-213.

a existência de elementos de valoração global do fato, em que a tipicidade exige um juízo de valor amplo sem referência específica de um complemento do tipo, sobre todo o ordenamento jurídico²¹⁶. Mas mesmo nesse caso, diante de elementos de valoração global do fato, é possível questionar: o dolo conteria, excepcionalmente, um juízo inerente à consciência da ilicitude? Ou a própria consciência da ilicitude passaria a ser analisada no dolo? Embora um detalhamento da discussão escape ao objeto deste trabalho, é possível afirmar que se trata de um tema com amplas possibilidades de rendimento dogmático. De qualquer forma, os casos de leis penais em branco sempre poderão admitir a existência do erro de proibição – ainda que seja tratado, de forma excepcional e preliminar, como erro de tipo, quando estivermos diante de elementos de valoração global do fato²¹⁷ –, e isso irá ocorrer sempre que a apreensão equivocada da ilicitude da conduta não esteja vinculada a elementos objetivos do tipo penal, inclusive daqueles que complementam e integram o conteúdo do injusto.

3.4.5. *Dúvida sobre a ilicitude da conduta e erro de proibição*

Nem sempre o indivíduo exerce a conduta com total conhecimento ou desconhecimento sobre a ilicitude do fato praticado. Ao contrário, há casos em que existe uma dúvida concreta sobre a licitude da conduta e nos quais, muitas vezes, sequer existe resposta definitiva sobre se ela é lícita ou ilícita. A verificação da possibilidade de que o erro de proibição seja caracterizado nesses casos constitui em um dos mais interessantes problemas da dogmática penal nas últimas décadas. Em detalhada obra sobre o tema, Leite afirma que os casos de dúvida sobre a proibição constituem legítimos casos de erro de proibição²¹⁸, pois a chamada “consciência eventual” da ilicitude é, na realidade, ausência de consciência. Nesses termos, segundo indica a autor, deve ser levado a sério o argumento apresentado por Binding, segundo o qual o poder público tem o dever de formular proibições claras e, caso não o faça, não pode o indivíduo arcar com os ônus da falta de clareza das normas públicas²¹⁹. Sendo somado a esse argumento alguns outros de

²¹⁶ HORTA, Frederico. **Elementos...**, p. 250.

²¹⁷ Uma observação a ser feita é que o erro de tipo pode ser considerado, em essência, um *erro de proibição que se qualifica por ter como objeto elementos constitutivos do tipo penal*. A linha entre o erro de tipo e de proibição pode ser tênue, mas está exatamente no ponto em que o objeto do erro é um elemento do tipo, ainda que de forma indireta, como complemento da lei penal em branco, ou qualquer outro pressuposto da pena. Assim, se a ausência de um elemento causa a atipicidade da conduta, o erro quanto a ele será de tipo, e não de proibição.

²¹⁸ LEITE, Alaor. **Dúvida...**, p. 179.

²¹⁹ LEITE, Alaor. **Dúvida...**, p. 127-130. O autor faz referências diretas à obra de Puppe, que segundo ele também resgata tal argumento em sua obra, bem como diretamente à obra de Binding, que é citado pelo autor nos seguintes termos, que aqui transcrevemos por serem essenciais para esclarecermos o argumento: “os limites entre o permitido e o proibido são por várias vezes duvidosos e difíceis de se reconhecer, e que a culpa está em regra no silêncio ou na falta de habilidade ou descrição ambígua do legislador. Por que é que o sujeito que erra deve pagar por isso?”.

ordem dogmática e político-criminal, é plausível a tese de que o erro de proibição ocorrerá nos casos de dúvida sobre a ilicitude, sendo dever de Estado garantir que o Direito se oriente de forma tão clara que reduza ao máximo as possibilidades de que as dúvidas existam, não sendo possível que o indivíduo sofra com a falta de clareza das normas impostas pelo Estado. O autor descreve razões adicionais de grande importância, mas que fugiriam ao escopo deste trabalho.

Por oportuno, é importante indicar que, para o reconhecimento da dúvida como erro de proibição inevitável, não se pode desviar do exame de outros critérios orientadores da análise desses casos, que incidem na análise sobre a evitabilidade do erro de proibição. Esses critérios são, por exemplo, que a dúvida seja juridicamente plausível ou que seja necessário tomar uma decisão instantânea no caso analisado, de modo que não haveria a possibilidade de esclarecer a dúvida antes da execução da conduta²²⁰. De todo modo, tem-se como indispensável considerar que a existência de dúvida pode ainda assim caracterizar erro de proibição, devendo o debate sobre esse assunto, bem como suas inúmeras contribuições, serem acrescentados à concepção de erro de proibição atualmente analisada na dogmática penal. Inclusive, muitos autores citam que a dúvida consiste em um motivo para que o agente diligencie para conhecer se a conduta é lícita ou ilícita, conforme será explicado adiante. Por fim, como afirmado por Leite, tem-se que, sendo os casos de dúvida legítimos erros de proibição, deve-se questionar sua evitabilidade.

3.5. Análise sobre o tratamento de hipóteses de erro como erro de proibição

A partir dos conceitos debatidos acima, o erro de proibição pode ser caracterizado com a constatação de diversas hipóteses de ausência de consciência, a depender sobretudo de qual é o objeto da falta de consciência que ensejará o erro. Assim, destacam-se sobretudo as hipóteses de erro quanto: à existência da proibição; à ocorrência ou limites de uma causa de justificação; à subsunção da conduta ao tipo penal; à eficácia da norma penal; à existência de situação que exclui a culpabilidade; à posição de garantidor nos crimes omissivos impróprios; a uma causa de exclusão da punibilidade²²¹. Levando em consideração as concepções abordadas acima e os mais recentes avanços quanto ao erro de proibição, este item tem como objetivo realizar uma análise crítica sobre essas hipóteses, indicando seus principais elementos, fundamentos e sua viabilidade conceitual diante dos debates desenvolvidos acima, de modo que no fim do capítulo seja possível observarmos um panorama completo sobre a existência do erro de proibição.

²²⁰ LEITE, Alaor. **Dúvida...**, p. 177-180. Análise a ser realizada nos próximos capítulos.

²²¹ Listagem retirada, com breves modificações, da obra: TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro...**, p. 122-128.

3.5.1. Erro sobre a proibição da conduta praticada

A primeira hipótese destacada neste item se refere ao erro de proibição propriamente dito, que ocorre quando o indivíduo erra quanto à ilicitude da conduta praticada, acreditando, por uma razão que não tenha como objeto elementos do tipo penal, que a conduta não é proibida pelo sistema jurídico²²². Esse erro usualmente será verificado quando um indivíduo deixar de realizar o juízo paralelo na esfera do profano²²³ ou também quando, realizando essa valoração, conclui equivocadamente pela licitude da conduta praticada. Essa espécie de erro também é denominada como erro de proibição direto, sendo ele dirigido diretamente ao caráter lícito – ou ilícito – da conduta praticada. Nesses casos, o indivíduo usualmente é movido por condições de sua personalidade²²⁴, ou do próprio ordenamento jurídico, como os princípios constitucionais ou a jurisprudência²²⁵, para acreditar que a conduta por ele praticada é lícita. Dessa forma, o indivíduo não chega sequer a representar que sua conduta é proibida pelo sistema jurídico ou, se o faz, chega à conclusão de que é absolutamente lícita, configurando o referido erro, agindo sem consciência plena sobre a ilicitude da conduta praticada (a inevitabilidade é debate distinto). Trata-se, portanto, da hipótese mais clássica e essencial de erro de proibição.

Diante dos casos hipotéticos indicados na introdução deste trabalho, pode-se citar como um dos exemplos de erro de proibição direto o segundo caso, no qual X, cidadão comum que sempre viveu na zona rural de uma cidade interiorana, empolgou-se com as atuais mudanças sobre a posse de armas e decidiu adquirir arma de fogo de um conhecido seu que era praticante de tiro esportivo. Após a compra da arma, X acreditava que a posse era regular, apenas por acreditar firmemente que, com aquelas novas mudanças, ele não precisaria obrigatoriamente efetuar qualquer tipo de registro, sendo essa tarefa do SINARM, até mesmo porque, no local em que morava, nunca houve notícias de um conhecido que houvesse feito o referido registro. Conforme é possível perceber, esse erro tem como objeto única e exclusivamente a licitude da ausência de registro da arma por X, não havendo qualquer pensamento sobre a proibição de sua conduta com base num tipo penal concreto ou sobre seu conteúdo – que configuraria o erro de tipo –, nem tampouco sobre qualquer causa justificante, o que configuraria o erro de proibição indireto, conforme exposto adiante. Sendo assim, o segundo caso apresentado neste trabalho se trata da hipótese de erro sobre a proibição da conduta praticada ou erro de proibição direto.

²²² Sobre o referido erro de proibição, vide o seguinte artigo: LESCH, Heiko. *El error de prohibición: fundamentos dogmáticos para su tratamiento; comprensión del injusto; formas bajo las cuales se presenta el error de prohibición y inevitabilidad del mismo*. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n. 4-5, v. 3, 1997, p. 236.

²²³ MEZGER, Edmundo. *Derecho*..., p. 249. A ausência de realização do juízo ocorreria nos casos de ignorância.

²²⁴ Aqui se fazem as mesmas ressalvas feitas no item 3.4.1. Vide o texto: AMBOS, Kai. *A liberdade*..., p. 206-207.

²²⁵ Criticando de forma muito coerente o conceito restritivo da doutrina: LEITE, Alaor. *Dúvida*..., p. 98-120.

3.5.2. Erro sobre a existência ou alcance de causa de justificação

Nessa hipótese de erro de proibição, o objeto do erro do indivíduo não é diretamente a proibição da conduta praticada pelo sistema jurídico, mas sim a incidência de uma justificante, uma causa de exclusão da ilicitude, na conduta praticada²²⁶. Portanto, o indivíduo erra quanto à existência ou ao alcance da causa de exclusão da ilicitude que seria aplicável à sua conduta. É importante destacar que conforme a teoria limitada da culpabilidade, detalhada anteriormente neste trabalho (item 3.2.4), o erro quanto ao pressuposto fático de uma causa de exclusão da ilicitude é tratado como erro de tipo²²⁷. Dessa forma, o erro de proibição indireto ocorre quando se trata de um erro causado pela ausência de valoração, ou por uma valoração equivocada, sobre a ilicitude da conduta, no campo deontológico²²⁸. Essa espécie de erro poderá ocorrer mesmo quando o indivíduo sabe que sua conduta é típica. Inclusive, pode ocorrer que o indivíduo conheça o tipo penal que incide em sua conduta e todas as suas características, mas pense equivocadamente que sua conduta está amparada por uma causa de justificação e, ainda assim, ocorra o erro. Essa hipótese de erro é denominada como erro de proibição indireto.²²⁹

Como exemplo de aplicação, a hipótese de erro de proibição indireto pode ser constatada no segundo caso contido na introdução do presente trabalho, no qual o indivíduo Y disparou por diversas vezes contra um indivíduo que estava em fuga dentro de um veículo, com o intuito de impedir sua fuga. Após realizar os disparos e causar a morte do indivíduo, Y é investigado e denunciado pela prática do tipo do art. 121 do CP. É possível verificar que, nesse caso, o indivíduo – investido do cargo de policial civil – conhece o tipo penal que lhe foi imputado, sabendo que sua conduta é típica, mas acredita que se trata de conduta lícita por estar amparado por uma causa de exclusão da ilicitude, qual seja, o estrito cumprimento do dever legal. Dessa forma, trata-se de acreditar equivocadamente que a conduta concreta praticada, embora seja proibida no âmbito da tipicidade penal, não é proibida diante de todo o sistema jurídico, por ser considerada lícita em face da existência de uma disposição expressa de causa de justificação nas normas penais justificantes, como na hipótese de enquadramento em uma das hipóteses que estão contidas nos incisos I a III do art. 23 do CP brasileiro.²³⁰

²²⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito...**, p. 342-343.

²²⁷ Vide: RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 147-162. Tal hipótese é chamada de erro de tipo permissivo em nosso sistema jurídico, no âmbito das descriminantes putativas.

²²⁸ Utilizando o termo “permissão” para essa hipótese, vide: RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento...**, p. 36-38.

²²⁹ Para aprofundamento sobre essa modalidade de erro de proibição e seus debates dogmáticos, bem como sobre a teoria limitada da culpabilidade e o erro de tipo permissivo, sugere-se a leitura da seguinte obra: BARREALES, María A. Trapero. *El error en las causas de justificación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 43 e ss.

²³⁰ Nos termos expressos do artigo citado: Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

3.5.3. Erro sobre a subsunção do fato à norma proibitiva

Quanto ao erro de subsunção, vale questionar inicialmente qual é seu conceito, sendo possível afirmar que se trata de uma espécie de erro que incide no juízo *técnico* de tipicidade, ou seja, esse erro ocorre quando a pessoa acredita, por alguma razão específica, que sua conduta não corresponde aos elementos do tipo penal objetivo²³¹. Assim, trata-se de uma espécie de erro que exige a avaliação direta tanto da conduta, como do tipo penal, *avaliado de forma técnica*²³². A denominação dessa espécie de erro como um erro de *subsunção* pode ser questionada, em primeiro lugar, pois advém da antiga e há muito tempo questionada distinção entre erro de fato e erro de direito, em relação à qual podemos citar a importante observação adiante que foi feita por Ingeborg Puppe quanto às teses da Suprema Corte alemã:

*“Esta terminología llevo a que se le formulasen al Reichsgericht reproches de formalismo y superficialidad. Pero sobre todo borró la profunda diferencia existente entre dos clases, totalmente diversas, de error al denominarlas a ambas como error de Derecho. Lo que el Reichsgericht entendió como error de Derecho penal es, sobre todo, el error de subsunción, es decir, un error sobre el contenido de aquella norma que rige para el autor mismo y que es protegida a través del Derecho penal.”*²³³

A despeito das críticas à terminologia do erro de subsunção, é importante afirmarmos que essa espécie de *juízo técnico de tipicidade* não pode ser objeto do elemento cognitivo do dolo, pois esse elemento comporta, no máximo, valorações sobre os elementos do tipo penal no âmbito do conteúdo de injusto, e sem necessidade de que seja uma valoração técnica. Dessa forma, considerando os atuais estudos sobre o elemento cognitivo do dolo, o erro de subsunção não poderia ser um erro de tipo. Há doutrina tradicional que defende a possibilidade de que seja um erro de proibição, quando o referido juízo obstar a consciência de que a conduta é ilícita²³⁴. Embora consideremos esse posicionamento mais plausível, o estudo sobre o erro de subsunção exige debates mais aprofundados, que certamente fogem ao escopo deste trabalho. Por essa razão, é possível afirmar nesse momento, apenas, que o erro de subsunção não pode ser tratado como erro de tipo. Trata-se de tema importante que merece novos estudos.

²³¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro...**, p. 123.

²³² TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro...**, p. 124.

²³³ PUPPE, Ingeborg. *Error de hecho...*, p. 136. Observações interessantes sobre o tema também podem avistadas nas seguintes obras: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Reflexiones sobre el error de derecho en materia penal**. Buenos Aires: Librería El Ateneo Editorial, 1942, p. 117; ASSIS, Augusto. O erro: especial foco no erro de proibição. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Teoria do delito**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 302.

²³⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro...**, p. 124. Entendemos que o autor indica que pode haver o tratamento do erro de subsunção como erro de proibição, conforme fora citado com fulcro na obra de Welzel, nas situações excepcionais em que obsta a consciência da ilicitude do autor.

3.5.4. Erro sobre a eficácia da norma penal em uma situação fática

No que concerne ao erro que tem como objeto a eficácia da norma penal diante de uma situação fática, vale inicialmente ressaltar que nessa hipótese inclui-se o erro quanto à eficácia da norma penal, sendo essa eficácia relativa tanto ao tempo, como ao espaço e ao sujeito para o qual ela seria aplicada²³⁵. Essa abordagem foi realizada pois há um núcleo comum que liga todas essas hipóteses, que é exatamente o fato de que por alguma razão – temporal, espacial ou subjetiva – a norma penal não é aplicável ou eficaz na situação fática, sendo exatamente esse núcleo o que apresenta maior relevância para o debate sobre o erro de proibição. Sendo assim, vale indicar que essa hipótese de erro ocorre quando o indivíduo acredita equivocadamente que a norma penal não é eficaz em determinada circunstância, por alguma razão específica, levando-o a executar ou continuar executando uma conduta em que, na realidade, a norma penal pode ser plenamente aplicável²³⁶. Trata-se do quarto caso da introdução deste trabalho, sobretudo em sua segunda variação, na qual o parlamentar acredita que possui imunidade material quanto ao delito de evasão de divisas, incorrendo em erro de eficácia da norma penal quanto à pessoa.²³⁷

Em regra, é possível afirmar que essa hipótese de erro de proibição pode ser plenamente admissível, pois, em geral, a razão que leva uma pessoa ao erro está no âmbito da ilicitude da conduta²³⁸. Afinal, quem acredita que a norma não é mais eficaz por *abolitio criminis* comete um erro sobre a ilicitude da conduta e não um erro de tipo, já que o tipo penal pode ser inclusive conhecido por essa pessoa. De forma semelhante acontece com quem acredita estar amparado pela imunidade material: o conhecimento da pessoa sobre um tipo penal é indiferente, pois esse indivíduo pensa que sua conduta é impunível por ter uma qualidade subjetiva especial. Vale citar que essa afirmação não dispensa o cuidado de que seja verificada, no caso concreto, a razão que leva a pessoa a cometer o erro. Caso essa razão não seja constituída por conceitos ligados à ilicitude, mas sim por elementos constitutivos do tipo penal, como é a necessidade do exercício de certa profissão nos crimes próprios²³⁹, então terá ocorrido erro de tipo, e não erro de proibição, pois seu objeto será a ilicitude qualificada por ter como objeto elementos do tipo.

²³⁵ Abordagem realizada em: TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro...**, p. 123. O autor destaca, nessa página, que “Denominamos de erro de eficácia o que recai não sobre a vigência de um preceito legal (*ignorantia legis*) mas o que implique falsa noção a respeito da efetiva aplicação do preceito que se sabe vigente”. Importantes autores tratam dessas hipóteses separadamente, como, por exemplo, utilizando a denominação de erro de vigência ou de validade. Nesse sentido, vide as seguintes obras: ALVES, Catarina Abegão. **O erro sobre a validade espacial da lei penal**. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 25-34; LEITE, Alaor. **Dúvida...**, p. 100-102.

²³⁶ De forma um pouco menos ampla, vide: WELZEL, Hans. **O novo...**, p. 123.

²³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Vol. 1. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 516 ss.

²³⁸ ALVES, Catarina Abegão. **O erro...**, p. 255-263; LEITE, Alaor. **Dúvida...**, p. 117-120. Esse realiza interessante análise do erro quanto à jurisprudência. Em sentido contrário: TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro...**, p. 123.

²³⁹ Ainda que não se trate de um juízo técnico de subsunção. GALVÃO, Fernando. **Direito penal...**, p. 1124-1125.

3.5.5. Erro sobre a aplicação de causa de exclusão da culpabilidade

Uma hipótese muito peculiar de erro de proibição que vem sendo abordada pela doutrina penal se refere ao erro de proibição quanto aos próprios elementos da culpabilidade, como por exemplo quando ele se refere à própria imputabilidade ou então a uma causa de inexigibilidade de conduta diversa, como a coação moral irresistível²⁴⁰. Embora ilicitude e culpabilidade sejam categorias distintas na teoria do crime²⁴¹, pode-se afirmar que essa espécie de erro de proibição também é viável, não havendo qualquer razão ou argumento para tratá-la como inescusável ou como erro de tipo. Afinal, essa espécie de erro não seria referida a elementos do tipo penal e o seu conteúdo residiria na permissividade do ordenamento jurídico à conduta praticada, sendo essa permissividade o núcleo do erro de proibição, que é alcançada mediante uma valoração no âmbito jurídico de todo ordenamento normativo e de todos os pressupostos da pena. Acreditar que irá salvar a família – que falsamente estaria sequestrada – em troca de fornecer a senha de um cofre deve ter efeitos semelhantes ao erro quanto ao estado de necessidade justificante.²⁴²

3.5.6. Erro sobre o mandamento nos crimes omissivos

Nessa hipótese de erro, o indivíduo pratica a conduta omissiva acreditando que não está na posição de garantidor²⁴³ e que, sendo assim, poderia omitir-se sem que sua conduta tivesse alguma repercussão no âmbito penal a título de crime omissivo impróprio²⁴⁴. Também ocorrerá essa hipótese de erro nos crimes omissivos próprios, quando ele estiver referido àquela norma mandamental – ainda que seja indiretamente, como acreditando que agir no caso concreto iria representar risco pessoal para si – que determine ao indivíduo agir na situação concreta²⁴⁵. No que concerne à existência dessa hipótese de erro, não há ampla contradição na doutrina penal, sendo comum afirmar-se que o erro mandamental é escusável, se inevitável²⁴⁶. Contudo, uma

²⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho penal: parte general*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 740-742. Vale apontar que essa espécie de erro é tratada como análoga ao de proibição, mas não acolhemos essa posição.

²⁴¹ Divisão cujo posicionamento é defendido pela maior parte da doutrina penal atualmente, a despeito das críticas contundentes que recentemente vem sendo realizadas, como é possível observar em: RENZIKOWSKI, Joachim. **Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato**. Orgs. Alair Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 80 e ss.

²⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de...**, p. 168; TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro...**, p. 123.

²⁴³ Destacando a indispensabilidade da posição de garantidor para a caracterização do crime omissivo impróprio, vide: COSTA, Victor Cezar da Silva. **Crimes omissivos impróprios**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 25 e ss.

²⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de...**, p. 166.

²⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de...**, p. 166-167. O exemplo foi retirado do trecho citado, mas esse erro também poderia ter como objeto a norma mandamental, que nos crimes omissivos próprios seria o chamado “dever de solidariedade”. TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 271 e ss.

²⁴⁶ Essa conclusão em geral vem acompanhada do tratamento dessa espécie de erro como erro de proibição. Nesse sentido, vide: WESSELS, Johannes. **Direito...**, p. 168; TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro...**, p. 106.

vez reconhecida sua relevância, tornam-se indispensáveis algumas considerações a respeito de como deverá ser tratada essa espécie de erro pela dogmática penal. Todos esses esforços têm como principal direção o conceito e a localização que se atribui à “norma mandamental”, pois é exatamente a natureza e a localização sistêmica dessa norma que irá definir se ela será objeto do dolo ou da consciência da ilicitude e, portanto, de que natureza de erro estamos tratando. Se integrante do tipo, haverá erro de tipo, se da consciência da ilicitude, erro de proibição.

Dessa forma, caso se considere que a norma mandamental integra a ilicitude da conduta e não constitui elemento do tipo penal, como o faz parte da doutrina, a resposta será que essa é uma espécie de erro de proibição²⁴⁷. Ao contrário, considerando-se que a norma mandamental seja constitutiva do tipo penal, então a única resposta viável será considerar essa espécie de erro como erro de tipo²⁴⁸. Neste trabalho, opta-se pelo segundo posicionamento, visto que aqui se considera a norma mandamental como um elemento constitutivo do tipo penal²⁴⁹ e, portanto, devendo ela ser objeto do dolo do crime omissivo – afinal, é no dolo que a cognição se direciona aos elementos constitutivos do tipo penal, conforme exposto acima²⁵⁰ –, e não da consciência da ilicitude. Assim, nada impede que o indivíduo conheça a norma mandamental, mas pense que o exercício regular de um direito de se omitir é aplicável no caso concreto, ou que alguma forma de estado de necessidade torne sua conduta lícita naquele momento, sendo esse um erro de proibição indireto, conforme já exposto anteriormente. Mas sendo o erro referido à própria norma mandamental que concretiza o tipo penal nos crimes omissivos, por ser a referida norma um elemento constitutivo do tipo penal e, portanto, um objeto do dolo, entende-se que seu tratamento deverá ser como uma espécie erro de tipo, e não como erro de proibição.

²⁴⁷ WESSELS, Johannes. *Direito...*, p. 168; TOLEDO, Francisco de Assis. *O erro...*, p. 106. Nas obras citadas, os autores não chegam a admitir que a norma mandamental integre a própria tipicidade, tratando-a como um elemento afastado do tipo penal e ligado à ilicitude da conduta, até porque caso o fizessem, a consequência dogmaticamente coerente seria considerar essa hipótese como erro de tipo, e não como erro de proibição.

²⁴⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado...*, p. 877; BRODT, Luis Augusto Sanzo. *Da consciência...*, p. 68. Este último autor indicando que a referida hipótese ocorreria tão somente quanto aos crimes omissivos impróprios.

²⁴⁹ A doutrina é praticamente unânime nessa afirmação. Como exemplos vide as seguintes obras: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión: o de comisión por omisión*. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 34-62, jul./set. 2003; SOLER, Sebastián. *La omisión*. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 22, p. 69-72, out./nov. 2003; TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 125-157, jul./set. 1996; CASTRO, Renato de Lima. Alguns aspectos dos crimes omissivos. *Revista jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, Porto Alegre, v. 51, n. 304, p. 71-84, fev. 2003; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes omissivos no direito brasileiro. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 33, p. 41-47, jan./jun. 1982.

²⁵⁰ Retomando os ensinamentos de Frisch citados anteriormente (item 3.3.3), o erro que tenha como objeto uma norma penal específica ou um elemento que constitua ou integre o tipo penal – como é a norma mandamental para os crimes omissivos –, então a única possibilidade seria tratar esse erro no âmbito do dolo. Situação distinta apenas ocorreria se seu objeto fosse a ilicitude da conduta, por alguma razão extraordinária que não estivesse vinculada ao tipo penal específico e algum de seus elementos constitutivos. FRISCH, Wolfgang. *El error...*, p. 83.

3.5.7. Erro sobre a punibilidade do injusto penal praticado

A última hipótese de erro destacada no presente trabalho é o erro sobre a punibilidade, ou seja, a pessoa tem plena consciência de que comete um injusto penal, mas equivocadamente acredita que o crime praticado não é punível²⁵¹. O principal debate sobre tal hipótese reside em respondermos à pergunta sobre se o erro de punibilidade é relevante para excluir a culpabilidade do agente ou se é absolutamente irrelevante para a aplicação das normas penais. Uma primeira vertente doutrinária vem tratando essa espécie de erro como inescusável, argumentando que sua relevância não deve ser reconhecida, pois o conhecimento da pena não seria exigível para que ela fosse aplicada²⁵². Todavia, há uma segunda corrente doutrinária cujo posicionamento é de que o erro sobre a punibilidade seria relevante, pois a aplicação da pena exige o conhecimento individual sobre todos os seus pressupostos, quais sejam, a prática de conduta típica, ilícita, por uma pessoa culpável e punível²⁵³. Neste trabalho opta-se pela segunda corrente doutrinária.

Em primeiro lugar, pois considera-se verdadeira a perspectiva, segundo a qual o sistema jurídico não pode exigir altruísmo dos indivíduos, conforme afirmado na tese que caracteriza a culpabilidade como falta de prudência referida à pena²⁵⁴. Isso significa, no âmbito da existência do erro de proibição, que a ninguém é exigível agir corretamente apenas pelo fato da correção de sua conduta, sendo permitido às pessoas agirem conforme aquilo que lhe é mais vantajoso, ainda que isso signifique cometer o crime sob amparo de uma causa de exclusão da punibilidade – a qual, de todo modo, impediria a aplicação de pena. Além disso, entende-se que a vinculação estrita ao princípio da culpabilidade e adotando uma perspectiva funcional sobre o direito penal – que observa sobretudo as consequências político-criminais da aplicação das normas – levam à conclusão de que o erro sobre a punibilidade pode ser admitido²⁵⁵. Por certo, é necessário que a análise do caso concreto indique o desconhecimento atual sobre essas causas, o que nos leva a admitir que a viabilidade do erro ocorreria apenas nas escusas absolutórias, já que outras das causas de exclusão da punibilidade apenas ocorreriam, eventualmente, após a prática do injusto.

²⁵¹ BITTAR, Walter Barbosa. **A punibilidade no direito penal**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 168.

²⁵² Opinião amplamente dominante na doutrina. Por todos, vide: TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro...**, p. 123.

²⁵³ Nesse sentido, dentre outros: GRECO, Luís. **Lo vivo...**, p. 396; BACIGALUPO, Enrique. **Delito y punibilidad**. 2 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 102; SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino**. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953, p. 14-15; GURRUCHAGA, Hugo Daniel. **El error en el delito**. Buenos Aires: Editorial Din, 1989, p. 97 e ss.; SPOLANSKY, Norberto Eduardo. **Delito, error y excusas absolutorias**. **CDPJ**, año 3, n. 4, 1997, p. 109 e ss.; ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Derecho...**, p. 740-742. Este último, admitindo o erro apenas quanto as escusas absolutórias, pois seriam elas as que estariam presentes no momento em que houve a prática do crime. Em sentido semelhante quanto às escusas absolutórias, vide a obra: MILHEIRO, Tiago Caiado; VIEIRA, Frederico Soares. **Do erro sobre a punibilidade**. Lisboa: Quid Juris, 2011, p. 250-251.

²⁵⁴ GRECO, Luís. **Lo vivo...**, p. 396. A relevância desse erro pode ser admitida mesmo sem total aderência à tese.

²⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Derecho...**, p. 740.

3.6. Caracterização do erro de proibição no sistema jurídico brasileiro

Embora breves comentários tenham sido feitos em relação à compatibilidade das ideias defendidas acima com o sistema jurídico brasileiro, é necessário registrar com maiores detalhes as razões dessa compatibilidade. Nesses termos, o CP brasileiro trata da caracterização do erro de proibição em seu art. 21, para o qual “*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*”. A primeira fórmula utilizada no dispositivo é absolutamente questionável, visto que reproduz a máxima latina do *error juris nocet* e remonta à superada distinção entre erro de fato e erro de direito, tratando este como inescusável (como abordado no item 3.2.5). Ademais, não se trata o erro de proibição de um simples *desconhecimento da lei*, razão pelo qual se dispensa maiores observações quanto a esse trecho do dispositivo neste trabalho sobre erro de proibição.

No que concerne à segunda parte do dispositivo, o sistema jurídico brasileiro utiliza a expressão *ilicitude* para se referir ao objeto da consciência que é examinada na culpabilidade, cuja ausência caracteriza o erro de proibição. A interpretação literal, portanto, é que a referida ilicitude se restringiria ao âmbito da valoração do injusto e às causas de justificação. Porém, é possível realizar uma interpretação extensiva e uma aplicação analógica à expressão *ilicitude* contida nesse dispositivo. A interpretação extensiva é para que ela signifique *ilicitude penal*, por ter que se referir a um ilícito específico. A aplicação analógica é para que essa expressão possa abranger outros dos pressupostos da punição para além da própria ilicitude, como causas de exculpação e a punibilidade. Essas interpretações podem ser realizadas diante das seguintes justificativas: a) o referido dispositivo deve ser avaliado em conformidade com o princípio da culpabilidade e com o conteúdo da culpabilidade adotado, consistente na irresponsividade à punição e, por isso, deve se compatibilizar com a escolha pela punição e com a consciência que tem como objeto os outros pressupostos da punição; b) a ampliação do alcance da consciência possibilita que o erro de proibição se configure em situações adicionais e consiste, portanto, numa ampliação da liberdade individual de escolha do plano de vida, inexistido analogia *in malam partem*, mas sim, aplicação analógica *in bonam partem*; c) esse dispositivo não proíbe que a consciência inerente à culpabilidade tenha objeto mais amplo que a ilicitude, mas apenas contém menos do que deveria, já que os conceitos defendidos advêm de outros dispositivos da ordem jurídica brasileira, inclusive princípios constitucionais. Assim, as concepções defendidas são compatíveis com o sistema jurídico brasileiro.

3.7. Revisão sobre a concepção da potencial consciência da ilicitude

Antes que este capítulo seja concluído, são necessárias algumas considerações sobre a potencial consciência da ilicitude. Isso, pois sobretudo a partir das teses finalistas, afirmou-se que a consciência da ilicitude, para a finalidade de se avaliar sua relevância no âmbito da culpabilidade, deveria ser meramente potencial, e que a caracterização da consciência segura do injusto no momento de sua prática não seria exigível para a realização do delito²⁵⁶. Dessa forma, a partir da referida ocasião denominou-se como “potencial consciência da ilicitude” o elemento cognitivo humano que, referido à ilicitude da conduta praticada, seria indispensável para a existência da culpabilidade, juntamente à própria imputabilidade²⁵⁷. É essencial registrar um questionamento sobre essa concepção teórica. Isso porque, em essência, a designação da consciência da ilicitude como “potencial” nada mais é do que incluir como seus elementos uma série de análises valorativas sobre se o indivíduo podia ou devia conhecer essa ilicitude com base em suas condições subjetivas ou objetivas²⁵⁸. Com essa análise, seria possível concluir que esse requisito da culpabilidade, como um todo, estaria plenamente preenchido com uma simples possibilidade de existência da consciência da ilicitude, dispensando desde o princípio qualquer outra consideração autônoma quanto à evitabilidade do erro de proibição²⁵⁹.

Todavia, desde logo é importante destacar que os elementos acima citados são inerentes à evitabilidade do erro de proibição, e não à sua caracterização, não podendo ser confundidos com essa análise. Primeiramente por uma questão de coerência sistêmica da dogmática penal, pois a circunstância de “poder” conhecer a ilicitude da conduta não tem como objeto a própria consciência da ilicitude, mas sim uma série de elementos objetivos e subjetivos que podem não ter relação direta com o injusto praticado, como a formação pessoal ou até o grau prévio de contato com o delito, conforme será aprofundado à frente²⁶⁰. Ademais, resumir o problema do erro de proibição à “potencial consciência da ilicitude” significa resumir a evitabilidade do erro de proibição ao mero “poder” conhecer a ilicitude da conduta, muitas vezes inclusive em uma análise naturalística, o que, conforme se verá, é insuficiente para essa espécie de análise. Além disso, tem-se que a expressão “potencial consciência da ilicitude” poderia, no máximo, ser um sinônimo de erro de proibição evitável, sem indicar sequer qual seria a razão da evitabilidade.

²⁵⁶ WELZEL, Hans. *O novo...*, p. 144-145.

²⁵⁷ Na doutrina brasileira, vide a utilização do termo em: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, p. 408-411.

²⁵⁸ São constatados casos de uso exclusivo do critério da possibilidade: FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2ª Ed. rev. e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. p. 43.

²⁵⁹ Na jurisprudência brasileira, essa simplificação é comum. Vide este julgado: BRASIL. STJ. HC 525.846/MG, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 05 nov. 2019, publicado em 12 nov. 2019.

²⁶⁰ Critérios referentes à evitabilidade do erro, conforme: ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho...*, p. 740-742.

Assim, se é defendido o posicionamento de que a *potencial* consciência da ilicitude é um elemento da culpabilidade, incorre-se em todos os equívocos dogmáticos acima elencados, razão pela qual não utilizaremos essa expressão como definição do elemento da culpabilidade, mas sim “consciência da ilicitude”, sendo que, para a exculpação, não basta a análise sobre sua ausência no caso concreto – que implicaria apenas na configuração do erro de proibição evitável –, mas inclusive sobre a evitabilidade dessa ausência²⁶¹, o que será aprofundado no decorrer deste trabalho. De qualquer maneira, uma vez citado que não se atribui à consciência da licitude o atributo de “potencial”, pois tal termo vago diz, no máximo, que existe erro de proibição evitável – caso em que a consciência da ilicitude não está presente, mas deveria existir²⁶² – deve-se responder à pergunta sobre qual o grau de prudência quanto à punição deve ser exigido do indivíduo para preencher esse elemento da culpabilidade. Essa questão é inerente à evitabilidade do erro de proibição, que será abordada no próximo capítulo deste trabalho.

3.8. Conclusão intermediária sobre a caracterização do erro de proibição

A partir dos debates realizados no presente capítulo, é possível que seja feita a síntese de todas as discussões realizadas nos itens e subitens abordados acima. Esse é o objetivo deste item, que buscará, além de fazer essa síntese das diversas conclusões realizadas acima, aplicá-las em determinados casos hipotéticos que foram apresentados na introdução deste trabalho. Com esse intuito, é necessário destacar inicialmente que o debate sobre a caracterização do erro de proibição é autônomo em relação ao da sua evitabilidade, bem como o entendimento sobre aquele é indispensável para qualquer discussão realizada sobre este. Afinal, caso nem sequer tenha sido caracterizado o erro de proibição, ou seja, se existe a consciência segura da ilicitude, não teria sentido abordar sua evitabilidade ou inevitabilidade – são etapas de análise autônomas, mas ligadas por uma relação de análise sequencial. Além disso, para fins da pesquisa que é realizada neste trabalho, considerou-se erro e ignorância como conceitos equiparados, pois a despeito de sua distinção ôntica, seus efeitos jurídicos para o âmbito jurídico-penal devem ser absolutamente idênticos. Assim, este trabalho tratou erro e ignorância como conceitos que podem ser tratados conjuntamente para o estudo da dogmática penal. Nesse sentido, tanto no segundo caso da introdução deste trabalho, em que há uma hipótese de erro – equívoco –, como no terceiro caso, em que há total ignorância, poderá igualmente haver erro de proibição, desde que outros requisitos sejam preenchidos e constatados no caso analisado.

²⁶¹ BACIGALUPO, Enrique. *La evitabilidad...*, p. 39.

²⁶² BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Novo estudo...*, p. 68-70.

Na sequência, buscou-se indicar quais seriam esses requisitos para a caracterização do erro de proibição, iniciando a referida investigação pelo conteúdo e abrangência da consciência da ilicitude, que é o elemento central para essa análise, porque sua ausência deve ser verificada para a ocorrência do erro de proibição. Nesse âmbito, foram analisadas as concepções antigas de erro de fato e de direito, o problema da inescusabilidade do erro quanto à lei, bem como os principais posicionamentos sobre a ilicitude que foram defendidos por setores da doutrina, quais sejam, os que exigem o conhecimento do texto legal, os que se contentam com a apreensão de valores ético-sociais e o posicionamento jurídico-material, que exige o conhecimento no âmbito jurídico. A partir da análise dessas concepções, como conclusão desse item, considerou-se mais coerente o posicionamento jurídico-material sobre a consciência da ilicitude, segundo o qual ela seria o reconhecimento, pelo indivíduo, de que a sua conduta tem repercussão jurídico-penal, sendo dispensável a precisão técnico-jurídica de um juízo de subsunção e sendo irrelevante a origem desse reconhecimento. O objeto da consciência da ilicitude, assim, é puramente jurídico, e não se dirige apenas à norma, mas também à sanção penal. Por outro lado, o erro de proibição é exatamente a ausência desse reconhecimento – ausência da consciência plena do injusto –, que, por si, não necessariamente levará à exculpação, seja por equívoco ou total ignorância. Vale citar que a caracterização do erro de proibição poderá ser verificada, propositalmente, em todos os casos da introdução deste trabalho, de modo que o debate mais decisivo para a resolução de tais casos residirá no problema da evitabilidade.

Tomando como referência esse entendimento central sobre a consciência humana que é analisada no âmbito da culpabilidade, o item seguinte buscou analisar os principais avanços e os mais novos debates que a doutrina penal realizou quanto ao erro de proibição, com o intuito de sistematizar esse debate e de moldar a atual estrutura do erro de proibição de acordo com as suas mais novas concepções. Assim, destacam-se os conceitos de culpabilidade pela condução de vida e referida à personalidade, indicando que considerar elementos pessoais e individuais no âmbito da culpabilidade, além de não representar violação ao direito penal do fato, contribui muito para a efetivação do princípio da culpabilidade e para aprimorar a aplicação dos conceitos da culpabilidade de acordo com as características específicas do caso analisado. Descreveu-se o conceito de culpabilidade como falta de prudência referida à pena e suas consequências para o erro de punibilidade, bem como a análise do erro de proibição em face das modificações de cunho político-criminal dos sistemas penais contemporâneos e da existência cada vez maior de leis penais em branco, levando à conclusão de que os espaços para o erro de proibição podem ser cada vez maiores na atualidade. Ademais, concluiu-se pela concordância com a tese de que os casos de dúvida sobre a proibição são legítimos casos de erro de proibição.

O último item desse capítulo conteve uma análise crítica sobre as principais hipóteses de erro de proibição em espécie que são usualmente abordadas pela doutrina. Nesse sentido, foi indicado que são hipóteses de erro de proibição: o erro sobre a proibição da conduta praticada e o erro sobre a existência ou alcance de uma causa de justificação, que são o erro de proibição direto e indireto; o erro sobre a eficácia da norma penal em determinada situação fática; o erro sobre a configuração de situação exculpante; o erro quanto à punibilidade da conduta praticada. No que concerne ao erro de subsunção – denominação que remonta à ultrapassada classificação de erro de direito –, destacou-se que seu tratamento deve ocorrer, se for considerado relevante, como erro de tipo, pelas características específicas inerentes a essa espécie de erro. Quanto ao erro mandamental ou de mandamento, concluiu-se que também se trata de hipótese de erro de tipo, considerando que a norma mandamental integra o tipo penal nos crimes omissivos e que, portanto, ela apenas pode ser objeto do dolo, e não da consciência da ilicitude. Com base nessa análise e com referência inafastável ao conceito de consciência da ilicitude aqui defendido, foi possível indicar quais espécies de erro devem ou não ser tratadas como erro de proibição, o que permite uma precisão maior no recorte metodológico deste trabalho.

Como conclusão geral em relação ao que foi abordado no presente capítulo, é importante destacar que a dogmática penal da atualidade está muito distante daquela estrutura de erro de proibição tradicional que ainda possui grande influência das noções de erro de fato e de direito, noções há muito ultrapassadas. Portanto, os problemas e potencialidades do erro de proibição adquirem novos e importantes debates nos sistemas jurídico-penais da atualidade, podendo representar uma das áreas da teoria do crime que mais tem a oferecer hoje em termos de desenvolvimento da dogmática penal. Desse modo, deve-se sempre levar em consideração que o erro de proibição é muito mais do que um erro quanto às causas de justificação, bem como que a consciência da ilicitude, na realidade, tem um objeto muito mais abrangente que a própria ilicitude, incluindo elementos jurídicos referíveis a todo o sistema normativo que se ligam com a culpabilidade e até mesmo com a punibilidade: mais diretamente, o objeto é a possibilidade de que a conduta seja aplicada pena. Tal conceito, como indicado acima (item 3.5) é compatível com o sistema jurídico brasileiro. É com base nessas considerações e em tudo que foi exposto anteriormente que se pode, nesse momento, iniciar o debate sobre o principal objeto de pesquisa deste trabalho, que é a evitabilidade do erro de proibição e os critérios que podem ser utilizados para aferi-la, o que será realizado a partir do próximo capítulo.

Figura 1 – Caracterização do erro de proibição

Caracterização do erro de proibição		
<i>Assunto abordado</i>	<i>Síntese das conclusões obtidas com a abordagem</i>	
Erro e ignorância	Ausência de distinção penalmente relevante entre os conceitos de erro e ignorância, podendo-se falar em <i>erro</i> tanto nas situações de total ignorância como naquelas de conhecimento equivocado.	
Natureza e relevância	<i>Elemento do crime</i>	<i>Justificativas filosófico-dogmáticas</i>
	O erro de proibição é relevante no âmbito da culpabilidade (<i>adoção da teoria limitada da culpabilidade com as contribuições oriundas da culpabilidade como irresponsividade à punição</i>)	Nesse elemento se concentram as justificativas para a imposição de pena ao indivíduo específico, cujo cerne é o fato de o agente ter <i>escolhido</i> a pena, aplicando-se o argumento filosófico da soberania pessoal e o argumento dogmático do princípio da culpabilidade.
Consciência da ilicitude	<i>Teoria adotada</i>	<i>Objeto da consciência</i>
	Teoria jurídico-material com os acréscimos da falta de prudência referida à pena, para a qual a consciência eu importa ao âmbito da culpabilidade é o <i>pleno</i> reconhecimento de que a conduta do agente é <i>punível</i> , sendo dispensável a precisão técnica do juízo de subsunção.	Puramente <i>jurídico</i> e não se dirige apenas à violação da norma, mas também à possibilidade de punição. Inclui, portanto, todos os pressupostos da pena, à exceção daqueles vinculados ao tipo penal, pois, nesse caso, seriam objeto do dolo, numa análise prévia.
Erro de proibição	<i>Conceito</i>	<i>Hipóteses de caracterização</i>
	Injusto penal praticado pelo indivíduo sem o conhecimento pleno da possibilidade de punição de sua conduta.	Erro de proibição direto
		Erro de proibição indireto
		Erro quanto à eficácia da norma
		Erro quanto à exculpação
Erro quanto à punibilidade		

4. PERSPECTIVA SOBRE A EVITABILIDADE DO ERRO DE PROIBIÇÃO

No capítulo anterior foi abordado o problema da configuração do erro de proibição, mas esse debate não é suficiente para afirmarmos que um indivíduo deve ou não ser responsabilizado penalmente quando avaliamos um caso que envolve erro de proibição. Afinal, a mera afirmação de que foi caracterizado um erro de proibição não gera qualquer consequência jurídica por si, e depende do atributo que é constatado no erro de proibição caracterizado, qual seja, de que esse erro é “evitável” ou “inevitável”. Dessa forma, para que a pergunta acima citada seja respondida é indispensável que, após a análise sobre a caracterização do erro de proibição, se verifique a evitabilidade dessa espécie de erro. Trata-se de um debate sucessivo ao da configuração do erro de proibição, mas que lhe é em grande medida autônomo²⁶³, com os seus próprios fundamentos, estrutura, elementos, critérios e consequências jurídicas, conforme se verá abaixo. Sendo assim, a referida abordagem será iniciada por uma exposição sobre os referenciais primários utilizados para o juízo de evitabilidade, seguida de uma revisão sobre as principais vertentes teóricas que buscaram indicar como seria determinada a evitabilidade do erro de proibição.

4.1. Referenciais primários utilizados para o juízo de evitabilidade

O juízo de evitabilidade do erro de proibição envolve alguns referenciais primários, sem os quais essa análise não pode ser feita. Na realidade, esses referenciais dizem muito mais sobre a caracterização do erro de proibição do que sobre sua evitabilidade, mas, considerando que este juízo é posterior àquele e dele depende, é desejável que seus referenciais primários, ou seja, os pontos de partida da análise, sejam o resultado do que foi avaliado sobre a caracterização do erro de proibição. Nesse sentido, há quatro referenciais primários para a evitabilidade do erro de proibição²⁶⁴, que nada mais são do que situações fáticas que servem como início da análise da evitabilidade. Os referenciais são os seguintes: a) há conhecimento total e atual da ilicitude da conduta; b) não há conhecimento atual explícito, mas apenas implícito pelo sujeito²⁶⁵; c) não há conhecimento atual sobre a ilicitude da conduta e essa ausência de conhecimento é de algum modo reprovável ao sujeito, pela ausência ter sido evitável; d) não há conhecimento da ilicitude e nem reprovabilidade do sujeito, pelo desconhecimento da ilicitude ser inevitável.

²⁶³ LEITE, Alaor. **Dúvida...**, p. 46-54.

²⁶⁴ Vide a seguinte obra: NOGALES, Inés Olaizola. **El error de prohibición: especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad**. Madrid: La Ley, 2007, p. 95 e ss.

²⁶⁵ Trata-se de uma complexa tese finalista, consistindo na situação em que o sujeito sabe que a conduta é ilícita subconscientemente, sem ter consciência disso, podendo ser dispensada. WELZEL, Hans. **El nuevo...**, p. 106.

A partir desses referenciais, fica claro que a evitabilidade do erro de proibição incidirá tão somente a partir dos dois últimos referenciais, pois apenas haverá erro de proibição quando não houver consciência plena da ilicitude da conduta praticada. O segundo referencial pode ser dispensado, pois não é exigível que o indivíduo reconheça que desconhece a ilicitude, o que irá ocorrer, quando muito, apenas nos casos de dúvida sobre a proibição. Além disso, não incumbe ao Direito Penal tecer considerações sobre o subconsciente do indivíduo, mas apenas sobre seu intento manifesto. De qualquer forma, os casos em que o indivíduo conhece a ilicitude apenas em seu subconsciente são situações em que também não há consciência plena da ilicitude. Ou seja, a classificação também pode ser dispensada diante da constatação de que os referidos casos podem ser tratados como integrantes dos dois últimos referenciais. Por isso, em essência, com fundamento nos quatro referenciais acima descritos, e dispensando o segundo, apenas os dois últimos referenciais importam para o juízo de evitabilidade do erro de proibição, pois consistem nas situações em que há erro de proibição, uma vez ausente a consciência plena do injusto.

É também importante ressaltar, no presente momento do trabalho, que a evitabilidade do erro de proibição não deve ter o intuito de encontrar uma resposta radical, consistente em uma afirmação no sentido da absoluta reprovabilidade ou exculpação do sujeito. Trata-se, na realidade, de uma análise gradativa, que parte do espectro de possibilidades que reside entre a evitabilidade e a inevitabilidade e, na sequência, exigindo a constatação de diversos elementos, o preenchimento de requisitos específicos e a obediência a critérios basilares, conforme se verá adiante. A resposta buscada, portanto, não é sobre se o agente *tinha ou não a plena consciência da ilicitude*, mas se, uma vez ausente essa consciência, ele *deveria, poderia e não diligenciou de forma suficiente para alcançá-la*. De todo modo, é importante esclarecer desde logo que se trata de uma análise gradativa, que além de transitar entre um espectro de possibilidades, também deverá ensejar diversas consequências jurídicas distintas em face da conduta praticada. Essas consequências partem da configuração da culpabilidade e do crime de forma integral, com a imposição de pena sem que se proceda à aplicação da minorante do art. 21 do Código Penal, passam pela redução da pena do indivíduo por considerar que sua culpabilidade deve ser valorada de forma mais branda e chegam, por fim, até a total exclusão da culpabilidade, caso todos os critérios aplicados levem à conclusão de que o erro é inevitável. Nesse sentido:

“A avaliação da evitabilidade não é um *tudo ou nada*, um sim ou não – como o é a pergunta pela existência do erro de proibição –, mas um *mais ou menos*, que transita desde a punição integral até a declaração de inevitabilidade e a consequente exclusão da responsabilidade penal do autor”.²⁶⁶

²⁶⁶ LEITE, Alaor. **Dúvida...**, p. 143-144.

Essa afirmação é de especial importância para que sejam enfrentados muitos problemas referentes à evitabilidade do erro de proibição, pois é exatamente entre a absoluta evitabilidade do erro e a sua total inevitabilidade que deve incidir a análise sobre a evitabilidade e ensejar a aplicação das consequências jurídicas que lhe são inerentes²⁶⁷. Essa é exatamente a lógica que está contida no art. 21 do CP, ao determinar que o erro de proibição evitável “poderá” diminuir a pena do indivíduo na margem que vai de um sexto a um terço. Assim, constata-se que mesmo se a análise resultar na afirmação sobre a evitabilidade do erro de proibição, poderá tal resultado ensejar um amplo rol de consequências jurídicas distintas. Vale ressaltar que não se adota aqui a ideia de consciência eventual do injusto, pois ela equivocadamente confunde o problema referente à configuração do erro com o de sua evitabilidade²⁶⁸. Como se pode observar, o espectro referencial da evitabilidade do erro de proibição requer vinculação a esses parâmetros, que possuem características e consequências jurídicas próprias. Por hora, é suficiente indicar que se trata de uma análise gradativa, sem que deva haver a busca pelo “sim ou não”, sendo que esses parâmetros serão tratados com maior profundidade nos próximos itens.

²⁶⁷ Sobre a gradatividade da análise, vide: BACIGALUPO, Enrique. *La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 27-40., abr./jun. 1996, p. 39-40.

²⁶⁸ LEITE, Alaor. **Dúvida...**, p. 94-98. Aqui, abordando uma crítica muito precisa quanto à “duplicação da dúvida” que é gerada a partir de posicionamentos que utilizam a ideia da consciência eventual do injusto, consistindo em mais uma razão extremamente relevante para que haja preferência pela não utilização desse conceito no momento.

4.2. Critérios já aplicados para aferir a evitabilidade do erro e proibição

Embora não seja um debate frequente na dogmática penal, a análise sobre a evitabilidade do erro de proibição foi objeto de diversos posicionamentos que buscaram indicar quais seriam os critérios aplicáveis para o juízo de evitabilidade. O presente item tem como principal objetivo sistematizar o debate sobre os critérios da evitabilidade, indicando quais são os grupos de teses predominantes e quais espécies de análise elas defendem. A sistematização será acompanhada de críticas a cada um dos grupos de teses, de modo a possibilitar que, ao final do presente item, exista um modelo inicial sobre quais critérios devem prevalecer para que seja realizado o juízo de evitabilidade, visando especialmente a compatibilidade com nosso sistema jurídico-penal, a segurança jurídica e a coerência dogmática dos critérios defendidos. Dessa forma, comecemos pela tese que defende a possibilidade naturalisticamente verificável de acesso ao conhecimento.

4.2.1. Teses referentes à possibilidade de conhecimento da ilicitude

O primeiro conjunto de teses que buscaram avaliar a evitabilidade do erro de proibição tem como principal critério a possibilidade de conhecimento da ilicitude. Em síntese, o critério consiste em aferir se o indivíduo que praticou o injusto penal teve a possibilidade de conhecer o caráter ilícito do fato praticado, se dispunha dos meios físicos ou subjetivos para tanto²⁶⁹. Em um primeiro momento, conforme será descrito abaixo, essas teses foram formuladas com base em parâmetros sobretudo naturalísticos, entendendo a possibilidade de conhecimento como a avaliação sobre a disponibilidade do conhecimento no mundo físico, muitas vezes amparada na teoria do crime culposo e na violação de um dever de cuidado pelo agente²⁷⁰. Posteriormente, tem-se a atribuição de conceitos valorativos ao critério da possibilidade, o qual foi aprimorado para a inclusão de certos fundamentos subjetivos, intelectuais e psicológicos, assim como os conjuntos de casos em que essa possibilidade de conhecimento da ilicitude estaria excluída, como naqueles que envolvem decisões imediatas a serem tomadas pelo agente²⁷¹. As teses da possibilidade, na denominação que será utilizada neste trabalho, são pioneiras e têm suas origens mais remotas no sistema causalista do delito, mas suas versões mais recentes alcançam o funcionalismo, nos termos do que será apresentado adiante, nos próximos itens.

²⁶⁹ CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 89 e ss.

²⁷⁰ ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. 2ª reimpressão da edição de 1930. Berlin: Aalen, 1995, p. 419 e ss. *apud* CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...* p. 90 e ss.

²⁷¹ Posteriormente, esses casos também foram utilizados por autores que propõem teses que se referem e têm como critério principal a existência do dever de informação. Nesse sentido, vide: LEITE, Alaor. *Dúvida...*, p. 155 e ss.

4.2.1.1. Possibilidade naturalisticamente verificável e a teoria da culpa

A tese a ser abordada no presente tópico pode ser considerada pioneira no que se refere à evitabilidade do erro de proibição. Na realidade, essa posição foi proposta e desenvolvida no contexto do causalismo, no sistema clássico do delito, em que muito pouco se discutia a respeito da evitabilidade do erro de proibição²⁷². Assim, o pouco que se debatia sobre o erro quanto à ilicitude do fato estava mais voltado para a sua caracterização do que para a sua evitabilidade, como pode ser observado na obra de Beling²⁷³. De todo modo, a estrutura essencial dessa tese é que a evitabilidade poderá ser aferida por meio da simples verificação de que o conhecimento da ilicitude é possível naturalisticamente²⁷⁴. Em outras palavras, existindo a informação de que a conduta é ilícita em algum tempo ou local do mundo naturalístico e podendo o agente alcançar a informação, o erro será automaticamente evitável caso não o tenha feito²⁷⁵. Portanto, não há considerações valorativas sobre o dever e os motivos do agente se informar, nem elementos adicionais à possibilidade. Vale indicar que a interpretação literal do texto aponta que essa tese foi adotada em nosso sistema jurídico, pois o art. 21, parágrafo único, do CP, determina que a falta de consciência da ilicitude é evitável quando era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência²⁷⁶. Porém, veremos adiante que esse conceito do “possível” foi superado.

Nesse sentido, mesmo as teses mais clássicas sobre a possibilidade de conhecimento da ilicitude não tinham essa possibilidade como um conceito específico e apartado do restante das estruturas do delito, com seu lugar próprio no âmbito da evitabilidade do erro de proibição. Ao contrário, a ideia de possibilidade era muitas vezes tratada no âmbito da teoria da culpa. Como exemplo, destaca-se a tese de Beling, que analisava o problema do erro de proibição, inclusive o de sua evitabilidade, como espécie de culpa ou imprudência. Para o autor, os casos de erro de proibição consistiriam em espécie de “negligência antijurídica”, tendo como pressuposto que a possibilidade de conhecimento da ilicitude seria presumida, por ser uma consequência direta da existência das “normas jurídicas” e das “proibições jurídicas”²⁷⁷. Dessa forma, as teses citadas utilizam a ideia de possibilidade e acabam se amparando na teoria da culpa, indicando que será reprovável o erro caso haja negligência em alcançar um conhecimento fisicamente existente.

²⁷² Autores mais clássicos, como Liszt, consideravam o erro de proibição, em regra, como um erro irrelevante. Isso significava que o debate sequer chegava ao problema da evitabilidade. LISZT, Franz von. **Tratado...**, p. 285-290.

²⁷³ Como importante exemplo do que se diz: BELING, Ernst von. **Esquema...**, p. 125.

²⁷⁴ Sobre o tema, citando que seria quase impossível a exculpação: ROXIN, Claus. **Derecho...**, p. 880.

²⁷⁵ Essa consequência em geral não é expressa, mas diante da ausência de ressalvas das teses citadas, parece lógica.

²⁷⁶ À frente serão expostas as razões pelas quais a redação do dispositivo é insuficiente e deveria ser modificada.

²⁷⁷ BELING, Ernst von. **Esquema...**, p. 125-126. Na obra, vê-se claramente a utilização de ambos os conceitos que são abordados nesse tópico: tanto a ideia de possibilidade de conhecimento como amparo na teoria da culpa. Vide: ENGISCH, Karl. **Untersuchungen...**, p. 419 e ss. *apud* CORDOBA, Fernando Jorge. **La evitabilidad...** p. 90 e ss.

Como crítica, não é demais ressaltar que as teses apresentadas neste item desaguam no campo de uma confusão entre a evitabilidade e a violação do dever de cuidado, bem como entre consciência da ilicitude e imputabilidade. Isso, pois as teses presumem a “negligência” se uma informação da ilicitude existe no mundo físico, desde que o agente seja imputável. Logo, se o injusto penal existe, sendo ele pressuposto para a culpabilidade, ele sempre pode ser alcançado por quem é imputável e, por conseguinte, existe possibilidade de conhecimento. Por ser assim, as teses citadas acabam esvaziando o conteúdo da consciência da ilicitude e da evitabilidade, atribuindo-lhes o papel de outros elementos do conceito de crime. Por essa razão, consideram-se as teses ora indicadas como insuficientes para a verificar a evitabilidade do erro de proibição.

4.2.1.2. Possibilidade como capacidade físico-intelectual de conhecer o injusto

A partir da verificação de que as teses antecedentes propunham uma análise meramente objetivo-naturalística, a doutrina penal empreendeu esforços no sentido de construir teses sobre o erro de proibição e sua evitabilidade que incluíssem elementos subjetivos. Assim, buscou-se formular critérios que pudessem indicar se era ou não possível que o conhecimento da ilicitude fosse alcançado pelo agente, sendo esses critérios de caráter subjetivo e direcionados a afirmar ou não que o agente tinha uma capacidade físico-intelectual de conhecer o injusto²⁷⁸. Assim, foi desenvolvida a ideia de que a consciência da ilicitude depende da realização do esforço de consciência, no sentido de que antes de executar uma conduta, o agente deve sempre realizar um esforço de consciência para verificar se a conduta é ilícita, exercendo sua capacidade físico-intelectual de conhecer o injusto, como observado na obra de Welzel²⁷⁹. Para esse esforço, foi também proposta a existência da base de conhecimentos individuais prévios²⁸⁰, tese de grande importância a ser abordada no próximo item, bem como de um conjunto de critérios que versam sobre a capacidade do agente em realizar a análise da ilicitude da conduta a partir dos seguintes fatores: tempo, pois se não houvesse tempo para pensar sobre a ilicitude da conduta, seria um erro inevitável²⁸¹; a condição geral do autor, que pode estar submetido a dificuldades físico-psicológicas que obstar sua capacidade de conhecer a ilicitude concreta da conduta²⁸²; a confiança individual na informação da ilicitude, que pode obstar o conhecimento da ilicitude²⁸³.

²⁷⁸ CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad*...p. 94 e ss.

²⁷⁹ WELZEL, Hans. *El nuevo*..., p. 160-165.

²⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho*..., p. 696 e ss.

²⁸¹ BACIGALUPO, Enrique. *La evitabilidad*..., p. 152.

²⁸² ENGISCH, Karl. *Untersuchungen*..., p. 419 e ss. *apud* CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad*... p. 97.

²⁸³ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 2ª ed. Tübingen: Mohr, 1975, p. 302 e ss.

O desenvolvimento de ideias em torno da capacidade físico-intelectual de conhecimento da ilicitude da conduta teve seu maior mérito na constatação de que o problema da evitabilidade do erro de proibição exige necessariamente a avaliação de critérios subjetivos, não apenas dos objetivos, como propunham as teorias precedentes. Essa constatação foi ratificada e mantida na dogmática penal até a atualidade, havendo ampla concordância de que realmente deve existir a análise desses critérios²⁸⁴. Ainda assim, os critérios acima muitas vezes tangenciavam aspectos de caráter objetivo e não eram inteiramente capazes de explicar situações como as de ignorância total da ilicitude, pois dependiam de circunstâncias como a desconfiança da ilicitude da conduta ou a existência de algum indício de que se trata de prática ilícita. Conforme será observado nos próximos itens, essa fragilidade da teoria buscou ser superada com o desenvolvimento de novas ideias em torno do capacidade físico-intelectual de conhecimento da ilicitude e dos motivos que levam à tomada de seu conhecimento pelo indivíduo.

4.2.1.3. Análise sobre a tese da base de conhecimentos individuais anteriores

A partir da ideia de que a possibilidade de conhecimento da ilicitude da conduta depende das “capacidades físicas e intelectuais do autor”²⁸⁵, conforme indicado acima, a tese defensora dos conhecimentos individuais anteriores à conduta propõe que a aferição da evitabilidade do erro de proibição está estritamente ligada aos conhecimentos que o agente tem antes da prática da conduta e que lhe permitam compreender sua ilicitude²⁸⁶. Em outras palavras, caso o agente tenha conhecimento de que se trata de fato ilícito, seja por sua bagagem cultural ou por ter sido autor ou vítima de fato análogo, temos elementos que levam a análise do caso para a verificação de que o erro de proibição é evitável. Ao contrário, caso o agente não tenha qualquer forma de conhecimento prévio sobre a esfera da ilicitude do fato, como no caso de uma pessoa com pouca ou nenhuma escolaridade, que jamais utilizou conta bancária e que está diante de uma situação cambial que pode causar evasão de divisas, temos que a situação do caso em exame se aproxima do erro de proibição inevitável²⁸⁷. Vale ressaltar que nessa análise também não há uma resposta certa como “sim ou não”, mas circunstâncias que de algum modo influenciam a evitabilidade.

²⁸⁴ BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Novo estudo...*, p. 68-69.

²⁸⁵ CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 100-101.

²⁸⁶ CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 101.

²⁸⁷ A doutrina usualmente utiliza esse critério pessoal para tratar de situações como a da pessoa de origem rural ou do estrangeiro que ingressa pela primeira vez em sistema jurídico em que o uso de drogas é criminalizado. Assim, são citados como critérios para a aferição da evitabilidade do erro de proibição elementos como a posição social, a capacidade individual, as representações de valor do autor, dentre outras. Sobre tal tema, vide as seguintes obras: ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 878 e ss.; SANTOS, Juez Cirino dos. *Direito...*, p. 331 e ss.; GALVÃO, Fernando. *Direito penal...*, p. 538, este expressamente indicando que se trata de um “juízo de reprovação pessoal”.

É importante ressaltar que muitos autores desenvolveram de forma mais extensa a ideia indicada acima no âmbito dos delitos culposos, nos quais a base de conhecimentos individuais anteriores à conduta seriam requisito indispensável para a configuração da culpa²⁸⁸. Afinal, se o indivíduo sequer tinha algum conhecimento da possibilidade de causar um resultado ilícito, a hipótese de culpa não pode ser configurada, inclusive pela ausência de previsibilidade quanto ao resultado lesivo a um bem jurídico tutelado²⁸⁹. Determinado setor da doutrina faz distinções entre os mecanismos de associação, como o cansaço e a excitação, e o material associativo, que são os conhecimentos referíveis diretamente ao fato e o saber experimental geral²⁹⁰, distinção que apresenta coerência no âmbito desse critério. Seja como for, o ponto comum entre as teses referidas neste item, plenamente aplicável ao problema da evitabilidade do erro de proibição, consiste em afirmar que a base de conhecimentos individuais anteriores à prática da conduta é relevante para a aferição da evitabilidade do erro de proibição, tese com a qual concordamos, pelos fundamentos já expostos acima, embora outros aspectos e critérios se mostrem de igual ou maior importância para o problema abordado neste trabalho.

4.2.1.4. Síntese e apreciação crítica dos conceitos abordados

Como apreciação geral sobre as teses acima analisadas, destaca-se que a possibilidade de conhecimento da ilicitude pode ser considerada um critério indispensável para que se avalie a evitabilidade do erro de proibição. Por certo, não se trata do único critério aplicável, e talvez não seja o mais relevante em determinado conjunto de casos, pois não pode explicar de forma satisfatória os casos em que não existe um dever de verificar a informação sobre a licitude da conduta, ou nos quais esse dever foi delegado. Nesses casos, embora seja possível conhecer a ilicitude, a dispensabilidade de sua busca ou a afirmação da licitude da conduta por um terceiro podem tornar o erro inevitável. Como exemplo, tem-se um caso hipotético em que certo prefeito decide realizar um ato ilícito seguindo um parecer do procurador municipal, o qual garantia a licitude da conduta. Nesse caso, embora seja manifesta a possibilidade de conhecimento do injusto, não era dever do prefeito realizá-lo, mas sim da procuradoria. As teses que aplicam e propõem tal critério como único e autônomo não podem explicar a inevitabilidade nesse caso.

²⁸⁸ Demonstrando essa tese em sua monografia sobre delito culposo: JAKOBS, Günther. *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*. Berlin-New York, 1972, p. 85 e ss. *apud* CORDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 102.

²⁸⁹ CORDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 102 e ss. Vale citar que o autor ainda afirma que para uma análise sobre a evitabilidade do erro de proibição não é necessário que a base de conhecimentos prévios seja total em relação à conduta praticada. Ao contrário, ela deve apenas levar o agente a questionar a licitude de sua conduta.

²⁹⁰ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht...*, p. 144 e ss. Sobre o início da tese, quando ainda vigiam as teorias causalistas, vide: EXNER, Franz. *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, Leipzig-Wien, 1910, p. 147 e ss.

Não obstante, a possibilidade de conhecimento da ilicitude da conduta deve integrar o juízo de evitabilidade como um elemento necessário, mas não suficiente, para a declaração da evitabilidade ou inevitabilidade do erro de proibição. Em sua aplicação, deve-se considerar os seguintes elementos de análise do caso: a) a possibilidade naturalística de conhecer a ilicitude da conduta, considerando o fato de existir a informação sobre a ilicitude, sendo objetivamente alcançável pelo indivíduo; b) a capacidade físico-intelectual de conhecer a ilicitude da conduta, levando em consideração a conduta específica praticada e todas as suas circunstâncias, assim como a condição geral do autor e seus conhecimentos prévios; c) a disponibilidade de fontes de informação externas. Mediante a análise de todos esses elementos, que compõem o critério da possibilidade de conhecimento da ilicitude, se torna viável aferir se era possível ou não ao agente que conhecesse a ilicitude de sua conduta. Mas, como afirmado, há outros critérios e elementos de igual relevância para o juízo de evitabilidade do erro de proibição, conforme será explicitado nos próximos itens, dentre os quais a tese do dever de informação está incluída.

4.2.2. Teses que se posicionam pela existência do dever de informação

Paralelamente às teses que defendem a primazia da possibilidade de conhecimento da ilicitude da conduta, foi desenvolvida a posição de que a evitabilidade do erro de proibição seria um juízo que depende, em primeiro plano, da análise sobre a existência do dever de informação. Esse dever consistiria, em essência, na exigência de que o indivíduo diligencie de algum modo para que possa ter o conhecimento de que sua conduta é ilícita²⁹¹. Portanto, não seria importante ou, pelo menos, seria pouco relevante, o fato de ser possível ou não o conhecimento da ilicitude pelo indivíduo, mas sim quais diligências foram ou deixaram de ser empreendidas para que seu dever de informação fosse devidamente cumprido²⁹². Nesses termos, destaca-se desde logo que a expressão “dever de informação” equivale a “dever de se informar”, ambas serão utilizadas como sinônimos neste trabalho, visando à maior correspondência com as teses desenvolvidas até então²⁹³. Nos próximos itens, serão abordados os principais aspectos dos posicionamentos sobre o dever de informação, de modo a esclarecer as ideias contidas nessa vertente dogmática e quais são suas consequências para o juízo de evitabilidade do erro de proibição.

²⁹¹ Posicionando-se no sentido de que o dever é motivado pela dúvida, vide: LEITE, Alaor. **Dúvida...**, p. 144-149.

²⁹² CÓRDOBA, Fernando Jorge. **La evitabilidad...**, p. 1039-140. Vide: “*un poder que se atribuye normativamente ya no es un “poder, sino un “deber” se concluyó que, más allá de las proclamaciones en sentido contrario de la doctrina tradicional, el componente volitivo de la capacidad de conocer es en realidad objeto de un deber. Se trata concretamente, del deber de motivarse a examinar la relación de la conducta con el orden jurídico*”.

²⁹³ Citando a ideia do dever de informação como possível critério reitor do problema: RUDOLPHI, Hans-Joachim. **Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums**. Munique: Beck, 1969, p. 196 e ss.

4.2.2.1. Origens e fundamentos da tese da infração do dever de informação

As origens da teoria do dever de se informar sobre a ilicitude da conduta remontam aos julgados do *Bundesgerichtshof* (BGH), o Superior Tribunal de Justiça alemão. Esse julgados formaram a jurisprudência, sobretudo a partir de 1952, de que existiria o dever amplo, atribuível a cada indivíduo, de tomar conhecimento da ilicitude de sua conduta, ainda que essa ilicitude não seja evidente e exija diligências para que possa ser conhecida²⁹⁴. Em um primeiro momento, o posicionamento citado era adotado em conjunto com o critério da possibilidade de conhecer a ilicitude, e até mesmo como um critério secundário em face dessa possibilidade²⁹⁵. Mas foi sobretudo a partir dos anos sessenta que a jurisprudência alemã passou a adotar a teoria do dever de informação²⁹⁶ como um critério reitor, exclusivo ou pelo menos principal, no juízo de evitabilidade do erro de proibição, passando a citar que “a reprovação da culpabilidade se exclui somente e conquanto o autor tenha satisfeito seu dever de tomar conhecimento sobre se sua ação está em consonância com os preceitos do dever-ser do Direito”²⁹⁷.

Em outras palavras, a jurisprudência alemã que deu origem à teoria da infração do dever de informação elaborou, como seu fundamento, a ideia de que esse dever determina que todos os indivíduos conheçam a ilicitude de suas condutas e que, caso tal premissa seja violada, deve ser plenamente mantida a culpabilidade, seja por considerar que não há erro de proibição, seja por considerar que ele é evitável²⁹⁸. Além disso, afirmou-se que as “informações hipotéticas”, que adviriam caso as diligências para o conhecimento da ilicitude fossem efetivadas, não teriam relevância para a evitabilidade, bastando avaliar o dever de informação existente e sua violação pelo agente. Com essa posição, apesar de ter buscado dar sequência aos julgados precedentes – que ainda utilizavam a possibilidade de conhecimento como critério principal ou secundário para a evitabilidade – a jurisprudência alemã passou a adotar a teoria da infração do dever como condição necessária e suficiente para aferir a evitabilidade do erro de proibição²⁹⁹. Desde então, o critério do dever de informação foi reproduzido pela jurisprudência e doutrina alemãs e de outros países, embora o BGH atual o aplique juntamente à possibilidade de conhecimento.³⁰⁰

²⁹⁴ Vide BGHSt 2, 194, publicada em 18 mar. 1952. NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 2729 e ss.

²⁹⁵ CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 140. Indica-se na obra que não se trata especificamente da teoria do dever de se informar, como é conhecida, mas do dever análogo ao dever de cuidado nos crimes culposos.

²⁹⁶ Neste trabalho, considera-se dever de informação como sinônimo de dever de se informar.

²⁹⁷ Vide BayObLG, *NJW*, 1960, 504. Referência por: CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 143. Nos termos do que indica o autor, o julgado pioneiro indicado foi seguido por diversas decisões em sentido semelhante, inclusive pelo BGH. Como exemplo, cita-se a decisão BGHSt, 18, publicada em 27 jan. 1966.

²⁹⁸ Muitas vezes, inclusive, misturando os conceitos. NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 2738 e ss.

²⁹⁹ CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 144. No sistema penal brasileiro, predomina o critério da possibilidade de conhecimento da ilicitude, pela determinação do próprio Código Penal, conforme já indicado.

³⁰⁰ CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 146.

Desde seu surgimento, a teoria da infração do dever de se informar sobre a ilicitude da conduta sofreu inúmeras críticas, sobretudo por parte da doutrina penal. Assim, fez-se a objeção de que ela ignoraria a essência da culpabilidade, pois dispensaria um juízo sobre a dirigibilidade normativa e apenas exigiria a atuação segundo o dever de se informar³⁰¹, bem como de que esse dever seria irrelevante para a culpabilidade, por se tratar de um âmbito da ilicitude³⁰². Ademais, foi indicado que essa concepção ocasionaria um regresso ao infinito, pois se existe um dever de se informar, ele tem que ser conhecido pelo agente, e então seriam necessários “outros deveres sucessivos de conhecer o dever de conhecer a ilicitude”³⁰³. Inclusive, também foi apontado que a irrelevância das informações hipotéticas, suposta consequência da teoria indicada, não poderia ser sustentada, pois uma informação efetiva – embora equivocada – dizendo que sua conduta é ilícita sempre deveria refletir na culpabilidade do agente³⁰⁴. Como se pode perceber, não foram poucas as críticas direcionadas à teoria da infração do dever de se informar.

4.2.2.2. Sobre a natureza do dever de buscar conhecimento quanto à ilicitude

As críticas acima elencadas levaram a um desenvolvimento significativo da teoria do dever de informação, de modo que ela vem sendo sustentada até o presente por um setor muito relevante da doutrina penal, com diversas modificações interessantes que merecem destaque neste trabalho, sobretudo no que concerne à natureza do dever de se informar. Nesses termos, inicialmente se destaca que, nos primórdios da teoria do dever de informação, a natureza desse dever era jurídica, assumindo a forma de um dever geral – e aparentemente irrestrito – de que cada indivíduo se informe sobre a ilicitude da conduta praticada³⁰⁵. Ou seja, entendia-se que a própria existência da legislação penal impunha um dever e que a natureza do dever citado seria jurídica, abrangente, tendo como consequência direta que sua violação seria condição suficiente para manter plenamente caracterizada a culpabilidade. Inclusive, conforme já indicado, tem-se que esse posicionamento, levado às últimas consequências, levou à alegada irrelevância das informações hipotéticas, pois a violação do dever prevaleceria ainda que hipoteticamente não fosse possível ao agente conhecer a ilicitude da conduta.³⁰⁶

³⁰¹ NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 2746 e ss.

³⁰² CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 147.

³⁰³ Nesse sentido, vide as seguintes obras com o argumento citado acima: KAUFMANN, Armin. *Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum*. In: *Festschrift für Eb. Schmidt zum 70 Geburtstag am 25 März 1974*. STRATENWERTH, Gunther [et al.] [orgs.]. Berlin-Nova Iorque, 1974, p. 329 e ss.; STRATENWERTH, Günter. *Exclusión evitable de la culpabilidad*, CDJP, v. III, n. 6, 1997, p. 45 e ss.; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho...*, p. 727.

³⁰⁴ BACIGALUPO, Enrique. *La evitabilidad...*, p. 152 e ss. Crítica com a qual concordamos desde logo neste ato.

³⁰⁵ CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 144. Como um argumento simplista: “deve porquê deve”.

³⁰⁶ NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 2771; CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 144.

Visando à maior coerência dogmática no que tange à natureza do dever de informação, foi formulada a proposta de que o dever indicado acima se trata de um “dever instrumental de informação”³⁰⁷, no sentido de que irá impor proibição “dilatória”, ou seja, de não se informar³⁰⁸, exigindo do indivíduo que realize as diligências necessárias e possíveis para conhecer a ilicitude de sua conduta³⁰⁹. Sua natureza, portanto, não se restringe à juridicidade, devendo ser referida à realização dessas diligências, num plano que envolve considerações preventivas³¹⁰. Por outro lado, mesmo no setor da doutrina que questiona a existência do dever jurídico de se informar, surgiram interessantes teses no sentido de que existiria uma “obrigação de se informar”³¹¹ e de que ela consistiria em uma obrigação do indivíduo consigo mesmo, no sentido de conhecer a ilicitude da conduta, e não de uma obrigação geral imposta pelo sistema jurídico. Em outras palavras, o cumprimento da referida obrigação conduziria à inevitabilidade do erro e, por outro lado, o indivíduo não poderia invocar o erro de proibição para se eximir da responsabilização penal caso tenha deixado de cumpri-la³¹². Como é possível perceber, as modificações propostas se referem mais à natureza desse dever do que exatamente sobre a sua existência, a qual, apesar de se manifestar de diferentes formas, é assumida pelas obras indicadas neste parágrafo. Nosso posicionamento quanto a essas teorias será esclarecido adiante, após o tópico seguinte.

4.2.2.3. A existência da fonte formal do dever de se informar sobre a ilicitude

Se por um lado se discute a natureza do dever de informação, por outro se discute sobre qual seria sua fonte. Nesse âmbito, a doutrina penal converge para ideia de que necessariamente deve existir uma fonte formal para o dever de se informar sobre a ilicitude da conduta, como afirmado por Córdoba³¹³. Isso, porque seria ilógico, diante dos princípios da legalidade e da culpabilidade, que admitíssemos um dever cuja violação seria relevante para a imposição de pena, caso não houvesse uma fonte formal que o determinasse. Ou seja, a punição do indivíduo jamais poderia ter como fonte, ainda que parcialmente, um elemento que não fosse determinado formalmente no sistema jurídico³¹⁴. De fato, essa premissa pode ser considerada verdadeira, e

³⁰⁷ Conceito de grande relevância retirado unicamente da seguinte obra: LEITE, Alaor. **Dúvida...**, p. 144.

³⁰⁸ Sobre a formulação do referido dever como uma proibição dilatária, ou seja, de não se informar, vide: VELTEN, Petra. *Normkenntnis und Normverständnis*. Baden-Baden, 2002, *apud* LEITE, Alaor. **Dúvida...**, p. 162.

³⁰⁹ LEITE, Alaor. **Dúvida...**, p. 144-146.

³¹⁰ Deixando clara a importância das considerações preventivas nesse âmbito: LEITE, Alaor. *Handeln...*, p. 571.

³¹¹ CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 151-156.

³¹² Nesse sentido, vide a seguinte obra que foi utilizada por Córdoba como fundamento para desenvolver e defender a ideia de “obrigação de se informar”: HRUSCHKA, Joachim. *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*. 2ª ed. Berlim, 1988, p. 397 e ss. *apud* CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 151-156.

³¹³ CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 153.

³¹⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios...**, p. 25-26.

o que se deve buscar são exatamente os elementos que constituem essa fonte formal do dever de se informar, para que se justifique sua inclusão como critério para a aferição da evitabilidade do erro de proibição e, por conseguinte, da valoração da culpabilidade. Portanto, a pergunta que interessa para este item consiste, principalmente, na necessidade de verificação sobre qual seria a fonte formal desse dever, de modo que seu cumprimento seja exigível na culpabilidade.

Nesse sentido, uma das primeiras obras que buscou dar uma resposta para essa pergunta foi a de Binding, para a qual toda norma penal incriminadora carrega, ainda que implicitamente, o dever de evitar a conduta proibida por todos os meios possíveis, o que inclui o dever de conhecer a ilicitude dessa conduta³¹⁵. A explicação do autor consiste em que a finalidade do sistema penal seria evitar a prática de condutas delitivas, utilizando os meios necessário para tanto³¹⁶. Assim, sendo a consciência da ilicitude um meio para se abster da realização da conduta proibida, tem-se que ela seria exigível de cada indivíduo como um imperativo proveniente da própria norma penal incriminadora. Explicando melhor essa relação entre “meio” e “fim”, o autor afirma que o dever “não é outra coisa que uma parte integrante de cada um dos deveres que fundamentam a respectiva norma penal incriminadora, nunca um mandado autônomo”³¹⁷. A consequência do entendimento transcrito é que a conduta que constitua injusto penal não terá dupla reprovação – ou seja, pela violação do dever de não a praticar em conjunto com a violação do dever de se informar – mas apenas a reprovação singular referente à violação da norma, que é integrada pela própria exigência de conhecimento sobre a ilicitude³¹⁸. Nesse sentido, a fonte formal do dever de se informar consiste na existência da norma proibitiva.

Em sentido diverso quanto à manifestação desse dever³¹⁹, a obra de Hruschka contém o posicionamento de que tomar consciência da ilicitude não é um dever, mas sim uma obrigação, a qual, apesar de ter como fonte formal a própria norma penal incriminadora, consistiria em um imperativo secundário que tem uma conexão com o imperativo primário – este, consistente nas máximas “não matarás”, “não furtarás”, etc.³²⁰ Dessa forma, indica o autor que se trata de uma conexão sintética – quando um predicado se distingue do conteúdo do sujeito, podendo ele ser múltiplo – e não analítica, que consistiria na total coincidência entre sujeito e predicado³²¹. Na análise, o autor indica que uma obrigação se distinguiria do dever, pois diferentemente do dever,

³¹⁵ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die Rechtmässige Handlung die Arten des delikts. Zweiter Band: Schuld und Vorzatz*. Leipzig: Wilhelm Engelmann, 1872, p. 236.

³¹⁶ BINDING, Karl. *Die Normen...*, p. 236-237.

³¹⁷ BINDING, Karl. *Die Normen...*, p. 241.

³¹⁸ CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 153.

³¹⁹ Abordando o posicionamento indicado como se fosse uma tese convergente ou, no máximo, um posicionamento complementar àquele exposto por Binding, vide: CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 160 e ss.

³²⁰ HRUSCHKA, Joachim. *Strafrecht...*, p. 287 e ss.

³²¹ HRUSCHKA, Joachim. *Strafrecht...*, p. 397 e ss.

o sistema penal teria um interesse secundário em que os indivíduos a respeitem, nos termos do que indica a seguinte passagem: “apenas podem ser punidas as infrações de deveres (jurídicos), enquanto a infração de obrigações, como tal, não poderiam ser punidas”³²². Assim, tem-se que a contrariedade à obrigação não seria fundamento para imposição de pena, mas poderia consistir em óbice para que o indivíduo alegasse erro de proibição inevitável. Esse posicionamento vem sendo compartilhado por um relevante setor da doutrina³²³, inobstante sua relativa atualidade e os fundamentos adicionais que oferece para o estudo da evitabilidade do erro de proibição.

4.2.2.4. Síntese e apreciação crítica dos conceitos abordados

Diante do que foi exposto acima, tem-se como inegável a existência de um dever de se informar sobre a ilicitude da conduta praticada. Isso, pois não há como conceber a possibilidade de aplicação da pena, no erro de proibição evitável, sem a existência desse dever³²⁴. Em outras palavras, se o indivíduo não deve conhecer, não lhe pode ser imposta pena nem mesmo subsistir qualquer resquício de culpabilidade. Rechaçar a existência do dever de se informar, assim como as consequências de seu respeito ou sua violação, significa renunciar a um dos únicos elementos que fundamentam a culpabilidade no erro de proibição evitável. Uma vez assumida a premissa indicada acima, o problema mais relevante é buscar respostas a três questões essenciais: qual é o conceito do dever de informação; qual é sua relevância para o juízo de evitabilidade do erro de proibição; qual é sua natureza e, por conseguinte, de onde ele se origina.

No que concerne à primeira questão, o dever de se informar deve ser conceituado como uma exigência instrumental de que o indivíduo conheça que a conduta praticada é ilícita. Essa exigência é instrumental, pois concordamos com a tese exposta acima, no sentido de que ela impõe, dentro das circunstâncias de cada indivíduo, o dever de não se abster quanto a buscar a informação de que a conduta é ilícita. Considerando a concordância com os posicionamentos de que a culpabilidade consiste na falta de prudência referida à pena ou na irresponsividade à punição, o dever de se informar tem como objeto todos os pressupostos da pena, à exceção do que se liga à tipicidade objetiva, pois estaria no âmbito do erro de tipo. Por essa razão é que se deve falar em dever de se informar quanto à punição, e não apenas quanto à ilicitude da conduta, sendo o dever atribuível, em graus distintos vinculados ao caso concreto, a cada indivíduo.³²⁵

³²² HRUSCHKA, Joachim. *Strafrecht...*, p. 416.

³²³ CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 163-165.

³²⁴ Destacando a impossibilidade de se beneficiar no caso de violação: SCHÜNEMANN, Hans-W. *Verbotsirrtum und faktische Verbotskenntnis*. In: *Neue Juristische Wochenschrift*, München: C. H. Beck, 1980, p. 735-740.

³²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho...*, p. 727.

Quanto à segunda questão, tem-se que esse dever é relevante apenas na evitabilidade do erro de proibição, e não no debate autônomo sobre sua caracterização, conforme já explicitado acima. É necessário refutar o posicionamento de que o dever de se informar pode, isoladamente, consistir fundamento para o juízo de evitabilidade, como pretendia uma vertente da teoria do dever de informação, chamada por setor da doutrina como teoria da infração do dever³²⁶. Assim, sua relevância está restrita a uma parcela do juízo de evitabilidade que é tão importante quanto a possibilidade de conhecimento, abordada anteriormente. Ademais, reitera-se que a relevância desse critério consiste sobretudo em aferir duas perspectivas de grande relevância: a primeira delas é a constatação do aspecto formal desse dever, que será descrita no próximo parágrafo; a segunda, por sua vez, consiste na verificação de seu aspecto material, que de fato determinará ao indivíduo, no caso concreto, que busque o conhecimento sobre a ilicitude da conduta. Quanto a esse segundo aspecto, trata-se do que é chamado como o motivo para conhecer a ilicitude da conduta, que será analisado no próximo tópico deste capítulo.

Desse modo, a terceira questão pode ser respondida a partir das posições de Binding, no sentido de que, avaliado na perspectiva formal, o dever de informação tem natureza jurídica e se origina da própria existência da norma penal, em uma conexão analítica, e não sintética³²⁷. A despeito das críticas à afirmação de que o dever tem natureza jurídica³²⁸, entende-se que essa é a única natureza possível, visto que caso contrário a culpabilidade do indivíduo estaria sendo fundamentada com base em elementos sociais que não possuem respaldo nas normas penais. Como exemplo, a ideia de obrigação – que circula internamente ao sujeito, apenas na esfera individual – não é suficiente para exigir o conhecimento do indivíduo, devendo essa exigência ser necessariamente externa. Afinal, o poder público seria um “titereiro cínico” caso impusesse consequências penais – impedimento à alegação do erro de proibição inevitável – por algo que não exige juridicamente do indivíduo. Assim, a única concepção dogmaticamente possível é de que o dever de se informar tem um aspecto formal, com natureza jurídica, determinando que o indivíduo conheça a possibilidade de punição da conduta praticada, sendo a fonte desse dever a própria norma penal. No entanto, essa afirmação não significa defender que a mera violação do aspecto formal do dever de informação pode causar a inevitabilidade do erro de proibição. Ao contrário, é indispensável que se verifique, conjuntamente, se houve algum motivo concreto para que o indivíduo buscasse informações sobre se a conduta é ilícita. Esse é o aspecto material do dever de informação, que será analisado no próximo item.

³²⁶ CORDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 163-165.

³²⁷ BINDING, Karl. *Die Normen...*, p. 241.

³²⁸ CORDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 149-150.

4.2.3. Motivo concreto para conhecer a ilicitude como aspecto material

Para que possa fundamentar uma parte do juízo de inevitabilidade do erro de proibição, o dever de se informar não é constituído apenas por seu aspecto formal, mas também pelo aspecto material, que consiste na necessidade de que o sujeito tenha um motivo concreto para conhecer a ilicitude da conduta praticada³²⁹. Esse motivo atua como um limite ao juízo de inevitabilidade, no sentido de considerar o erro de proibição inevitável³³⁰ caso não exista razão concreta para o indivíduo se informar. Em geral, pode-se dizer que esse aspecto material é requisito sobretudo do princípio da culpabilidade, por impedir que o indivíduo seja punido com base na matemática tacanha de que a falta de consciência da ilicitude pode ser somada com a violação puramente formal de um dever de informação, resultando no erro de proibição evitável³³¹. Além disso, visa obstar a reprodução de uma premissa político-jurídica incorreta e que tornaria impossível a vida em sociedade, segundo a qual todos deveriam realizar consultas jurídicas para cada mínima conduta praticada³³². No entanto, não há qualquer consenso dogmático quanto ao conteúdo do aspecto material do dever de informação, o que levou à construção das teses analisadas adiante.

4.2.3.1. Primazia de elementos psicológicos no aspecto material

O primeiro posicionamento analisado neste item foi defendido especialmente por Horn e consiste na ideia de que o motivo para que o indivíduo busque conhecimento da ilicitude da conduta reside na consciência individual de que esse conhecimento falta³³³. Em outras palavras, o indivíduo tem que saber que não possui conhecimento certo sobre a ilicitude da conduta para que se concretize o dever de se informar. Para gerar essa noção de desconhecimento da ilicitude, seria também necessário um estímulo que indicasse que a conduta poderia ser ilícita³³⁴, de modo que é necessário ao menos a dúvida inespecífica para motivar o conhecimento da ilicitude. Tal posicionamento foi adotado também por Nieto Martín, para quem a dúvida consiste em motivo essencial para conhecer a ilicitude da conduta, sendo o dever de se informar preenchido apenas quando há dúvida e quando sua resposta é buscada pelo sujeito, tornando o erro inevitável.³³⁵

³²⁹ CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 149-150.

³³⁰ NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 2779 e ss.

³³¹ LEITE, Alaor. Existem deveres gerais de informação no direito penal? violação de um dever, culpabilidade e inevitabilidade de erro de proibição. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 23, n. 2, abr./jun. 2013.

³³² ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 885 e ss.

³³³ HORN, Eckhard. *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*. Berlin: Duncker & Humblot, 1970, p. 84 e ss.

³³⁴ NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 2779 e ss.

³³⁵ Nesse sentido, vide a seguinte obra: NIETO MARTÍN, Adán. *El conocimiento del Derecho: un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*. Barcelona: Atelier Libros, 1999, p. 168 e ss.

Como é possível perceber, ambas as teses se fundamentam essencialmente no conceito de que o motivo para se informar, que seria o criador do dever de informação, é proveniente de um elemento psicológico determinado: a dúvida sobre se a conduta é lícita ou ilícita³³⁶. Quanto à referida posição, foram tecidas algumas críticas, que são acolhidas nesta pesquisa. A primeira delas consiste em indicar que essa posição levaria à teoria do dolo sem sequer aceitar a punição culposa que ela possibilitava³³⁷, tratando-se de conceito demasiadamente restritivo. Ademais, indica-se que as consequências dessa tese não seriam dogmaticamente coerentes, pois ignoraria a possibilidade de atuação em ignorância total ou com a certeza da ilicitude³³⁸. De fato, os casos de dúvida não podem ser tratados como únicos criadores de um motivo para conhecer a ilicitude da conduta³³⁹. Por essa razão, foram desenvolvidos posicionamentos diversos, descritos abaixo.

4.2.3.2. Elementos normativos e prevenção geral positiva

Em direção oposta aos posicionamentos primordialmente psicológicos descritos acima, foi defendida a concepção de que o indivíduo apenas teria motivos para conhecer a ilicitude da conduta quando estivesse diante de circunstâncias normativamente determinadas³⁴⁰. Apesar de ser uma denominação vaga, a ideia central é que o juízo de evitabilidade, assim como a própria culpabilidade, deve ser vinculado à prevenção geral positiva, como um dos instrumentos para o reestabelecimento das expectativas sociais para com o sistema jurídico³⁴¹. Dessa forma, tem-se que existirá um motivo para conhecer a ilicitude da conduta sempre que a prevenção geral positiva o exija, devendo ser observado, ainda, que a ausência de respeito a esse motivo é razão para a existência do déficit de socialização³⁴². Essa posição vem sendo amplamente defendida por Jakobs, que também utiliza a concepção de competências – papéis sociais fundados nas expectativas de cada sujeito – e a distinção entre o erro que recai sobre elementos de normas fundamentais³⁴³, em que não haveria motivo especial para conhecer a ilicitude, e aquele que recai sobre normas disponíveis, em que há o *standard* de conhecimentos jurídicos exigido pela circunstância fática, como nos casos que versam sobre profissões regulamentadas.³⁴⁴

³³⁶ NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 2779 e ss.

³³⁷ ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 885 e ss.

³³⁸ BACIGALUPO, Enrique. *La evitabilidad...*, p. 19 e ss.

³³⁹ LEITE, Alaor. *Existem...*, p. 222 e ss.

³⁴⁰ NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 2902 e ss.

³⁴¹ JAKOBS, Günther. *Derecho...*, p. 674 e ss.

³⁴² JAKOBS, Günther. *Derecho...*, p. 674-675.

³⁴³ A denominação utilizada aponta para uma ideia de que há esferas de ilicitude que são naturalmente apreensíveis, por violarem normas fundamentais amplamente conhecidas, como o direito à vida. Nesses casos, segundo o autor, não haveria motivo especial para conhecer a ilicitude, pois tal conhecimento seria intrínseco à vivência humana.

³⁴⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho...*, p. 675-676.

As principais críticas dirigidas a esse posicionamento consistem em afirmar que, de um lado, ele obscurece os sentidos de “motivo” e “evitabilidade” por se amparar em fórmulas vagas e sem conteúdo dogmático, como “déficit de socialização”³⁴⁵. Por outro lado, questiona-se que ele resultaria em um esvaziamento de sentido da própria culpabilidade, pois ignoraria os dados individuais aplicáveis para o juízo de evitabilidade em prol de razões preventivas específicas, de cunho geral e positivo, que não estariam vinculadas ao indivíduo³⁴⁶. A tais críticas, é válido acrescentar que esse posicionamento muito pouco explica quanto à evitabilidade, pois se deve ser aferida segundo a contrariedade da conduta com as expectativas sociais, então sempre que se pratica um injusto penal o erro de proibição seria evitável. Não obstante, o principal mérito dessa perspectiva, no qual não foi pioneira, reside em admitir que razões preventivas devem ser parte do juízo de evitabilidade, bem como que há graus distintos em que se pode esperar que os indivíduos conheçam a ilicitude. Esses aspectos foram aprimorados pelas próximas teses.

4.2.3.3. Posicionamentos de cunho ontológico-preventivo

Uma importante vertente dogmática buscou estruturar a ideia de “motivo” para conhecer a ilicitude com fundamentos de cunho ontológico-preventivo. Nesse sentido, destaca-se a tese de Rudolphi, para quem o motivo seria um limite ao juízo de evitabilidade do erro de proibição, que determina a inevitabilidade do erro quando inexistente³⁴⁷. Portanto, a simples existência da possibilidade de conhecer a ilicitude não implica à evitabilidade do erro, se o indivíduo sequer tinha um motivo para buscar esse conhecimento³⁴⁸. O autor cita que existiriam principalmente três classes de motivo para conhecer a ilicitude da conduta: quando se conhece a proibição e o indivíduo quer saber se seu comportamento é excepcionalmente permitido; quando existem e estão presentes circunstâncias que o façam questionar a ilicitude da conduta; nos casos de total desconhecimento, quando há dúvida, interpretações de terceiros que indicam a ilicitude da conduta ou diante do desvalor social da conduta³⁴⁹. Nesse contexto, é possível observar que o motivo possui um aspecto ontológico – o saber³⁵⁰ – e preventivo – o dever buscar conhecimento.

³⁴⁵ Tecendo críticas muito semelhantes no que concerne à utilização dos termos “cidadão fiel ao direito” e “erro compatível com a vigência da norma”, vide: NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 2933 e ss.

³⁴⁶ NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 2933 e ss.

³⁴⁷ NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 2934 e ss.

³⁴⁸ RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Unrechtsbewusstsein...*, p. 217 e ss. Vale apontar a leitura de que os motivos são considerados as circunstâncias que tenham feio o indivíduo prever ou deve prever que seu comportamento implica à violação do sistema jurídico. Assim, o importante é que o indivíduo conheça as razões pelas quais se deve tomar conhecimento, e não necessariamente saiba que, por exemplo, está em dúvida. O fundamental seria apontar que o indivíduo sabia que devia buscar o conhecimento. NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 2934 e ss.

³⁴⁹ RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Unrechtsbewusstsein...*, p. 217 e ss.

³⁵⁰ Por certo, não quanto à ilicitude, mas quanto às circunstâncias que fundamentem seu dever de conhecer.

De forma semelhante, Roxin aponta que existem sobretudo três classes de motivos para conhecer a ilicitude da conduta: nos casos de dúvidas, sejam elas por reflexões próprias, dizeres de terceiros ou por leituras específicas; quando se exerce uma profissão regulamentada; quando o indivíduo sabe que sua conduta prejudica bens jurídicos alheios³⁵¹. Apesar de haver um ponto principal de divergência com Rudolphi³⁵², a concepção de Roxin também utiliza os motivos de conhecer a ilicitude como base para aferir a evitabilidade do erro de proibição a partir de casos e situações concretas em que o indivíduo se encontra. Vale ressaltar que as razões preventivas de Roxin, ao contrário do que é defendido por Jakobs sobre as expectativas, encontram respaldo na necessidade de proteção de bens jurídicos, que seriam a principal função penal³⁵³. Por certo, no âmbito da evitabilidade do erro de proibição, essa ideia resulta na admissão de que não pode o erro ser escusável caso o sujeito tenha podido conhecer a ilicitude, estando presente o motivo concreto para fazê-lo, e não o fez, pois esse indivíduo não agiu para essa prevenção³⁵⁴. Embora seja possível tecer críticas em relação à estrutura analítica dessas classes de motivos e de como ou quando se faz sua análise na evitabilidade, trata-se de interessante posicionamento que vem sendo acolhido, ainda que parcialmente, por relevante setor da doutrina penal.³⁵⁵

4.2.3.4. Aplicação de critérios diversos em estrutura complexa

Os posicionamentos indicados acima podem ser sistematizados diante da constatação de aspectos semelhantes e de uma coerência dogmática interna quanto a seus pressupostos. Ainda assim, vale citar que há autores, como Zaffaroni, que renunciam à fórmula analítica e utilizam critérios diversos, que se distanciam da ideia de motivo, criando uma estrutura complexa que fundamenta o juízo de evitabilidade nos aspectos seguintes: se o indivíduo teve a possibilidade de conhecer a ilicitude da conduta; se no momento da conduta existiam meios para buscar esse conhecimento; se poderia ser exigido do indivíduo que conhecesse a ilicitude da conduta, o que ocorre quando, com um *standard* mínimo de prudência, tinha motivos para presumi-la³⁵⁶. Por certo, a relevância desses critérios, com a qual concordamos neste trabalho, é também apontada expressamente por outros autores, mas a ausência de elementos relevantes para a evitabilidade e a existência de formas mais coerentes de estruturação desses critérios devem ser consideradas.

³⁵¹ ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 885 e ss.

³⁵² Quanto às profissões regulamentadas, vide: NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 2980 e ss.

³⁵³ ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 885 e ss.

³⁵⁴ NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 2980 e ss.

³⁵⁵ LEITE, Alaor. *Existem...*, p. 222 e ss.; NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 3023 e ss.

³⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho...*, p. 728. A ampla e aprofundada análise realizada pelo autor indicado é de grande importância, embora não se expresse total concordância com suas conclusões neste trabalho.

4.2.3.5. Síntese e apreciação crítica dos conceitos abordados

A análise dos posicionamentos acima indicados leva à conclusão intermediária de que, se por um lado a tese primordialmente psicológica restringe demasiadamente as situações nas quais se pode falar da existência de um motivo, por outro, a concepção que dá sua primazia à prevenção geral positiva não oferece razões individuais suficientes – vinculadas ao princípio da culpabilidade – para fundamentar o dever de informação e o juízo de evitabilidade. Além disso, não obstante a existência de estruturas complexas e de outros critérios aplicáveis para esse juízo, tem-se como insuficiente a afirmação de que o motivo advém do que é chamado de “*standard mínimo de prudência*”. Afinal, o debate em torno da evitabilidade do erro de proibição não pode ficar restrito à coincidência semântica e a argumentos retóricos. Dessa forma, a tese mais viável consiste em afirmar que o motivo para buscar conhecimento sobre a ilicitude da conduta integra o aspecto material do dever de informação. O referido motivo passa a existir, semelhantemente ao que indicam Roxin e Leite³⁵⁷, nas seguintes situações concretas: nos casos de dúvidas, sejam elas por reflexões próprias, dizeres de terceiros ou leituras específicas; quando se exerce uma profissão regulamentada; quando o indivíduo sabe que sua conduta interfere em direitos alheios.

4.3. Formas de conhecimento e suas consequências para a evitabilidade

Nos itens acima, foram abordados a possibilidade e o dever de tomar conhecimento da ilicitude da conduta praticada. Contudo, a análise sobre ambos os critérios ainda não é suficiente para verificar se o erro de proibição é evitável ou inevitável. Isso, pois aos referidos critérios é essencial que se acrescente uma terceira ponderação, a qual deve ser direcionada às formas que o indivíduo utilizou para buscar o referido conhecimento, bem como à espécie e à qualidade da informação alcançada³⁵⁸. A sistematização proposta neste item, que inclui os elementos citados de forma conjunta, não é unânime na doutrina penal³⁵⁹, mas a similitude entre eles permite que sejam tratados como formas de tomar conhecimento da ilicitude, o que inclui as diligências e o tipo das informações alcançadas³⁶⁰. Busca-se, sobretudo, indicar como a forma de o indivíduo tomar conhecimento da ilicitude pode influenciar na evitabilidade do erro de proibição, ou seja, quais diligências e informações são ou não suficientes para cumprir o dever de informação.

³⁵⁷ Respectivamente, nos textos: ROXIN, Claus. *Derecho*..., p. 885 e ss.; LEITE, Alaor. *Existem*..., p. 222 e ss.

³⁵⁸ CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad*..., p. 203-295.

³⁵⁹ ROXIN, Claus. *Derecho*..., p. 888 e ss.

³⁶⁰ Sistematizando de uma forma semelhante, mas sem abordar diretamente aspectos do sistema jurídico brasileiro ou o debate em torno das informações hipotéticas, vide: NOGALES, Inés Olaizola. *El error*..., pos. 2934 e ss.

4.3.1. Clássica ideia da realização dos esforços de consciência

Uma das primeiras formas de tomar conhecimento da ilicitude da conduta é oriunda da clássica tese dos esforços de consciência. Essa tese, cujo principal proponente foi Welzel, indica que a “reprovabilidade do desconhecimento da ilicitude se fundamenta em uma falta de esforço de consciência”³⁶¹. Assim, é central para o juízo de evitabilidade que o autor tenha realizado os esforços necessários para conhecer a ilicitude da conduta praticada, situação em que, caso eles tenham sido suficientes, mas não efetivos, haverá erro de proibição inevitável³⁶². A posição em exame foi utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça alemão (*Bundesgerichtshof*) com ampla predominância durante o século passado, mas foi alvo das seguintes e principais críticas: a consciência não é uma fonte do conhecimento, mas o instrumento para alcançá-lo; essa tese não explicaria casos de condutas delitivas praticadas por convicção; a complexidade dos casos de erro de proibição resultaria na impossibilidade de verificação dos esforços de consciência³⁶³. Diante das referidas críticas, com as quais concordamos neste trabalho, foi dada primazia à ideia de reflexão em vez dos esforços de consciência, a qual será analisada no próximo item.

4.3.2. Distinção entre esforços de consciência e reflexão interna

Ao contrário da tese dos esforços de consciência, atualmente predomina a concepção de que a principal forma de conhecimento da ilicitude é a reflexão interna do indivíduo. Trata-se, em essência, de assumir que esse conhecimento exigirá um processo cognitivo individual, mas que esse processo nem sempre envolverá um esforço, podendo inclusive ser espontâneo³⁶⁴. Há um relevante setor da doutrina que divide a forma como ocorrerá essa reflexão individual entre três variáveis analíticas: a capacidade intelectual e as representações ético-jurídicas individuais; a clareza da norma proibitiva e de seu conteúdo³⁶⁵, bem como a possibilidade de que a conduta concreta praticada corresponda a essa norma; de qual tipo de erro de proibição se trata, levando em consideração que haverá maior possibilidade de reflexão nos erros de proibição referentes à consciência parcial da ilicitude – no caso de ilusório cabimento de norma constitucional que tornaria lícita a conduta, por exemplo.³⁶⁶

³⁶¹ WELZEL, *El nuevo...*, p. 187-188; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho...*, p. 696 e ss.;

³⁶² TOLEDO, Francisco de Assis. *O erro...*, p. 97; WELZEL, *El nuevo...*, p. 188.

³⁶³ NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 3038.

³⁶⁴ ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 882 e ss.

³⁶⁵ Considerando o conteúdo da culpabilidade adotado neste trabalho, a clareza envolveria não apenas o tipo penal e seu conteúdo, mas também todos os outros pressupostos da punição.

³⁶⁶ NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 3060.

Apesar de a modificação nos termos e conceitos levar a conclusões razoáveis, pode-se dizer que é necessário ir um pouco além do que foi descrito no parágrafo anterior. Isso, pois há casos em que sequer há reflexão como naqueles em que se constata o absoluto desconhecimento da ilicitude ou uma tamanha convicção na licitude da conduta que o indivíduo sequer chegará a realizar uma reflexão ou um juízo sobre a conduta³⁶⁷. Ou seja, são casos em que o objeto da consciência da ilicitude – a possibilidade de punição – sequer transparece à reflexão do agente. Por isso ser assim, a melhor expressão para definir essa forma de conhecimento da ilicitude seria cognição interna ou cognição individual. Por fim, vale apontar que alguns dos critérios acima indicados – como a capacidade intelectual – incidem como valorações de outros aspectos da evitabilidade, como a possibilidade de conhecimento³⁶⁸, e não como etapas da avaliação sobre a cognição interna. De todo modo, a despeito das ressalvas realizadas, a cognição interna de fato constitui uma forma de conhecimento da ilicitude.

4.3.3. Sobre a busca de informações em meios externos ao indivíduo

Se por um lado existe o processo cognitivo interno que pode levar – ou não – o indivíduo a conhecer a ilicitude da conduta, por outro, há formas de conhecimento que dependem de fatos, pessoas, diligências ou circunstâncias externas ao indivíduo. No que é relevante para o juízo de evitabilidade, deve-se analisar como esses elementos influenciam em avaliar se o indivíduo diligenciou suficiente, em meios externos, para conhecer a ilicitude, ou se deveria ter ido além e buscado outras fontes de conhecimento ou espécies de informação³⁶⁹. Em outros termos, trata-se de avaliar quais diligências externas podem tornar o erro de proibição inevitável e quais não podem, porque o indivíduo deveria ter buscado conhecimento de outra forma³⁷⁰. Vale apontar que esse debate não se confunde com a possibilidade de conhecimento, visto que seu objeto não é avaliar se o conhecimento era possível, mas sim partir desse pressuposto – de que é possível – para então verificar se o indivíduo utilizou dos meios disponíveis – cumprindo seu dever – na busca pelo esclarecimento sobre a ilicitude da conduta. Nesses termos, o debate será dividido nestes três elementos: informações de órgãos ou instituições oficiais; pareceres de profissionais jurídicos; acesso à jurisprudência e consulta jurídica de cidadão comum.

³⁶⁷ Estudos mais recentes apontam que, em regra, apenas temos um processo reflexivo sobre as escolhas cerca de 11 segundos após a decisão já ter sido inconscientemente tomada. Em outras palavras, mesmo no caso em que há reflexão, sua idoneidade para influenciar a conduta é questionável. Vide: KOENIG-ROBERT, Roger, PEARSON, Joel. *Decoding the contents and strength of imagery before volitional engagement*. *Sci Rep*, v. 9, n. 3504, 2019.

³⁶⁸ ROXIN, Claus. *Derecho*..., p. 882 e ss.

³⁶⁹ NOGALES, Inés Olaizola. *El error*..., pos. 3076 e ss.

³⁷⁰ CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad*..., p. 203 e ss.

4.3.3.1. Informações oriundas de órgãos ou instituições oficiais

Quando avaliamos as diligências que buscam informações em órgãos ou em instituições oficiais, se está tratando sobre as que são emitidas por pessoas que não são apenas encarregadas de expedirem leis ou de interpretarem corretamente a legislação, mas que também divulgam as informações por meios oficiais, de modo a torná-las dignas de plena confiança³⁷¹. Um exemplo seria o resultado de um julgamento pelo Plenário do STF, com decisão de efeitos *erga omnes* sobre a licitude de uma conduta ou de uma situação fática³⁷². Em regra, a referida espécie de informação, caso indique a licitude da conduta, poderá levar o indivíduo que a obteve a confiar plenamente nessa declaração, tornando o erro de proibição inevitável³⁷³. Isso, pois ao Estado deve incumbir o ônus de realizar suas proibições de forma clara e acessível aos cidadãos e, caso não o faça, informando incorretamente que a conduta é lícita, deve arcar com a impossibilidade de responsabilização do indivíduo por esse fato³⁷⁴. Em outros termos, não pode o indivíduo ser responsabilizado pela informação inidônea do Estado que é responsável por levá-lo a cometer um injusto penal³⁷⁵, embora se possa cogitar da possibilidade de responsabilização do emissor da informação em nosso sistema jurídico, conforme o art. 20, §2º, e o art. 29, ambos do CP.³⁷⁶

Ainda assim, há certos casos em que essa espécie de diligência para buscar informações não resultará na inevitabilidade do erro de proibição. Esses casos excepcionais ocorrem quando o indivíduo tem razões para não confiar na informação, pois dessa forma seria necessário que efetuassem outra espécie de diligência para verificar a licitude da conduta, excluindo o erro de proibição ou tornando-o evitável³⁷⁷. A doutrina penal aponta três situações específicas em que isso poderá ocorrer³⁷⁸: a) quando se sabe que a informação é inidônea, por advir de situação em que houve suborno, fraude ou outros elementos que tenham o condão de colocar em xeque a idoneidade da informação; b) a depender do conhecimento do indivíduo e de sua formação, quando se sabe que a pessoa ou órgão emissor da informação não tem competência para fazê-lo; c) quando se trata de conduta à qual o Estado informalmente permita a prática e isso seja de amplo conhecimento, embora se tenha algum indício de que ela pode constituir fato punível.

³⁷¹ NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 3089.

³⁷² Um clássico exemplo, embora de conteúdo controverso, pode ser a Súmula Vinculante n. 24 do STF.

³⁷³ RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Unrechtsbewusstsein...*, p. 244 e ss.

³⁷⁴ LEITE, Alaor. *Existem...*, p. 221.

³⁷⁵ LEITE, Alaor. *Dúvida...*, p. 41-45.

³⁷⁶ Na primeira hipótese, seria possível questionar sobre se o dispositivo indicado se aplica apenas ao erro de tipo, por sua localização no CP. Inobstante esse debate, fato é que o segundo dispositivo citado permitiria, ainda assim, que o determinante do erro respondesse a título de participação por indução na conduta principal do indivíduo.

³⁷⁷ ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 892.

³⁷⁸ Por todos, vide: NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 3089.

Como é possível perceber, as situações indicadas convergem para a ideia de que não se poderá declarar como suficiente a diligência caso a informação seja sabidamente questionável pelo indivíduo que alega o erro de proibição. De todo modo, é importante ressaltar que a regra será sempre a confiabilidade nessa espécie de informação, diante da necessidade de resguardar o princípio da confiança³⁷⁹ e os poderes da administração pública. Ou seja, na análise sobre essa espécie de diligência, a conclusão sempre deverá pender para o lado de sua suficiência e, como consequência, da inevitabilidade do erro de proibição. Para melhor esclarecer esse assunto, há casos em que seria suficiente que o agente confiasse no parecer oferecido por um procurador ou advogado, que seria a instituição e o indivíduo responsáveis exatamente por zelar e informar sobre a legalidade das condutas humanas praticadas. Nesse caso, tem-se que a inevitabilidade do erro de proibição seria imposta mesmo sem outra diligência pelo agente.³⁸⁰

4.3.3.2. Relevância de opiniões e pareceres de profissionais jurídicos

À semelhança da espécie de diligência abordada acima, a busca de informações geradas por opiniões e pareceres de profissionais jurídicos constitui diligência externa ao indivíduo. No entanto, nesse caso a confiabilidade da informação não se fundamenta na presumida idoneidade dos atos oriundos de órgãos oficiais, mas sim na capacidade de atuação técnica dos profissionais consultados pelo indivíduo³⁸¹. Isso não significa que o indivíduo deva comprovar a capacidade de atuação técnica desses profissionais para confiar na informação, o que seria absolutamente inviável em termos de política-criminal³⁸², mas sim que a confiabilidade da informação é tida como pressuposta, caso oriunda de algum desses profissionais. Para aferir essa confiabilidade, a doutrina aponta três aspectos fundamentais, quais sejam: que a pessoa informante conheça de forma completa as repercussões jurídicas da conduta, que essa informação seja resultado de um exame imparcial sobre a situação concreta em que a conduta analisada é praticada e, por fim, que exista uma posição expressa sobre o caráter lícito ou ilícito da conduta.³⁸³

³⁷⁹ CORDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 353-354.

³⁸⁰ Evidentemente, desde que a ordem não estivesse contida nas situações excepcionais elencadas anteriormente.

³⁸¹ NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 3127 e ss.; Também com esse posicionamento: GURRUCHAGA, Hugo Daniel. *El consejo equivocado del abogado frente al error de prohibición. Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*. Buenos Aires, v. 15, 59/60, p. 467-479, jul./dez. 1992, p. 471.

³⁸² O questionamento aqui trazido tem total relação e pode ser extraído da crítica direcionada à existência de um dever geral de informação, o qual seria suficiente para nortear a evitabilidade do erro de proibição. Ou seja, se acima indicamos que não pode ser suficiente esse dever geral de informação, pois caso contrário seria necessário que todos realizassem consultas a todo tempo, então também, por uma questão de coerência, deve haver uma confiabilidade pressuposta nessa espécie de informação. Sobre a crítica, vide: LEITE, Alaor. *Existem...*, p. 221.

³⁸³ RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Unrechtsbewusstsein...*, p. 247. Nos termos do que foi exposto neste trabalho, a opinião do profissional jurídico deveria se dirigir à possibilidade ou impossibilidade de punição da conduta.

De fato, esses aspectos são relevantes para avaliar a confiabilidade da informação a que o indivíduo teve acesso por esses profissionais. Contudo, é importante ressaltar que eles não se prestam a obstar a presunção de confiabilidade, que permanece intacta, mas sim a colocar em questão essa confiabilidade caso não se façam presentes no caso concreto. Afinal, é certo que não poderia haver confiabilidade na opinião de um profissional jurídico que não conheça o fato analisado e suas repercussões jurídicas, que não examine a conduta concreta ou o faça de forma parcial³⁸⁴, ou que nada afirme sobre a licitude ou a ilicitude da conduta. De todo modo, o que resulta dessa análise é que, havendo consulta a esses profissionais, com um parecer pela licitude da conduta, o erro de proibição poderá ser considerado, em regra, inevitável. Por outro lado, caso sejam constatadas as exceções indicadas, com seu conhecimento pelo indivíduo, o erro de proibição apenas poderá ser definido como evitável, sem excluir a culpabilidade.³⁸⁵

4.3.3.3. Sobre as consultas à jurisprudência e à doutrina

A doutrina e a jurisprudência constituem fontes de informação externas ao indivíduo, as quais contêm o resultado da interpretação da lei penal e, portanto, dizem se determinada conduta pode ou não ser considerada proibida e penalmente punível. Essa espécie de informação poderá ser buscada por um indivíduo que diligencia para verificar a licitude de sua conduta, sobretudo daquele indivíduo que possua alguma proximidade com o âmbito jurídico³⁸⁶. Uma pesquisa na doutrina ou na jurisprudência pode levar à conclusão da licitude ou ilicitude da conduta, assim como da possibilidade ou impossibilidade de sua punição no âmbito penal. O principal critério que deve ser observado nessa análise é a idoneidade da informação em apresentar uma resposta coerente à aferição da repercussão jurídica da conduta no âmbito penal³⁸⁷. Em outras palavras, é necessário que a informação se refira exatamente à conduta praticada, que ela seja oriunda de doutrina especializada ou de jurisprudência de tribunal competente para interpretar a conduta e o preceito jurídico aplicável³⁸⁸, assim como que a posição seja amplamente defendida.³⁸⁹

³⁸⁴ GURRUCHAGA, Hugo Daniel. *El consejo...*, p. 471-472.

³⁸⁵ Com posição semelhante quanto às consequências, vide: NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 3152; LESCH, Heiko. *El error...*, p. 269. Este, esclarecendo de forma ímpar as consequências neste trecho: “*El error de prohibición es siempre inevitable para quien cuidadosamente se ha preocupado del conocimiento del Derecho. La medida del cuidado se ajusta al estándar que tiene que ser prestado en el respectivo rol del autor*”.

³⁸⁶ Embora a diligência possa também ser praticada por indivíduo comum, na prática é possível cogitar que apenas aqueles que tenham algum conhecimento jurídico irão praticá-la, por saberem o que são doutrina e jurisprudência.

³⁸⁷ NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 3156.

³⁸⁸ A regra geral é que a jurisprudência consolidada do tribunal de maior grau deverá prevalecer. NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 3166. Porém, consideramos que a jurisprudência do STJ, quanto à temática de lei federal infraconstitucional, pode levar à inevitabilidade do erro, ainda que em conflito com a do STF.

³⁸⁹ Especialmente entendimentos sumulados ou posições da doutrina que se aproximem da unanimidade.

Quanto a esse aspecto, é importante ressaltar que em meio à diligência descrita, haverá situações nas quais o indivíduo poderá se deparar com divergências na doutrina ou, ainda, na jurisprudência. Nesse caso, o erro de proibição sempre tenderá para a inevitabilidade, pois pode-se inferir que a divergência – sobretudo jurisprudencial – é uma demonstração de que o Estado não foi capaz de cumprir com o ônus de estabelecer proibições precisas, sendo que o indivíduo não pode ter sua liberdade restrita – nesse caso, a restrição é representada pela inevitabilidade do erro de proibição – diante do “caos normativo” causado pelo Estado³⁹⁰. Seja como for, caso os critérios de idoneidade referidos acima sejam respeitados, levando o indivíduo à posição de que sua conduta é lícita, a única conclusão possível é a inevitabilidade do erro de proibição³⁹¹. Em se verificando a divergência com alguns desses aspectos norteadores da idoneidade, o erro será levado à esfera da inevitabilidade, com a possibilidade de redução da pena, se cabível.

4.3.4. Relevância das informações hipotéticas quando ausente a diligência

A verificação sobre se o indivíduo cumpriu o dever de se informar, realizando mínima diligência que pudessem levá-lo à consciência da ilicitude, depende ainda de uma análise que pressupõe a ausência de realização dessas diligências³⁹². Ou seja, trata-se de verificar se mesmo após o indivíduo ter se omitido na diligência devida e possível para buscar a consciência da ilicitude, constata-se que essa diligência não poderia levar ao conhecimento da ilicitude³⁹³. Na linha do que foi analisado acima, esse juízo não reside em avaliar se o indivíduo dispunha dos meios para buscar o conhecimento, mas se esses meios realmente seriam efetivos para que fosse concretizada a consciência da ilicitude³⁹⁴. A distinção entre tais aspectos pode ser verificada se pensarmos no primeiro caso apresentado neste trabalho. Suponhamos que o setor jurídico da empresa não houvesse dado pareceres antes da prática da conduta e que se demonstrasse que seus pareceres certamente indicariam a licitude da conduta. Nesse caso, trata-se de informação que não poderia contribuir para o conhecimento da ilicitude e que, assim, caso o administrador deixasse de acionar o setor jurídico, esse fato não poderia motivar, por si, a violação ao dever de informação. Esse debate é definido pelo que vem sendo denominado como a “relevância das informações hipotéticas”³⁹⁵, e é alvo de profundas divergências doutrinárias, sobretudo quanto à gradação dessa relevância para a inevitabilidade do erro de proibição.

³⁹⁰ NEUMANN, Ulfrid. *Der Verbotsirrtum* (§ 17 StGB). *JuS* 1993, p. 799.

³⁹¹ CORDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 354-355.

³⁹² LEITE, Alaor. *Dúvida...*, p. 157.

³⁹³ NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 833-853.

³⁹⁴ CORDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 325.

³⁹⁵ CORDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 325 e ss.

Há um importante setor da doutrina que argumenta pela total relevância das informações hipotéticas, visto que não seria possível considerar um indivíduo culpável por deixar de exercer uma diligência que não teria qualquer importância para esclarecer sobre a ilicitude da conduta, sob pena de violação ao princípio da culpabilidade³⁹⁶. Em outras palavras, seria necessário que se demonstrasse, após constatada a omissão de diligência, que a informação à qual o indivíduo poderia chegar seria suficiente para esclarecer que a conduta é ilícita³⁹⁷. Por outro lado, parte da doutrina entende que a informação hipotética apenas seria relevante, tornando inevitável o erro de proibição, caso nem mesmo uma fonte de informação excelente pudesse ter esclarecido que a conduta é ilícita, considerando esse erro como evitável caso tal fonte considerasse como lícita a conduta por um mero equívoco³⁹⁸. De todo modo, a doutrina mais recente apresenta certo consenso – superando com sucesso o paradigma anterior imposto pelas vertentes radicais do dever de informação, sobretudo nas decisões do BGH alemão, indicadas acima – em afirmar que as informações hipotéticas possuem relevância, ainda que haja divergências amplas quanto à qualidade ou à gradação dessa relevância.

Avaliando os posicionamentos indicados acima, a concepção mais coerente é a primeira, pois, ao considerar inexigível ao indivíduo que procure uma informação que jamais seria capaz de indicar que a conduta é ilícita, a tese indicada está plenamente coerente com o princípio da culpabilidade. Além disso, destaca-se que deverá sempre existir “relação de causalidade entre cumprimento do dever de informação e acesso à consciência segura do injusto”³⁹⁹. Ou seja, as informações hipotéticas são relevantes independentemente do acerto ou eventual equívoco por parte de quem poderia fornecê-las. Afinal, se há assunção de que a fonte dessa informação está equivocada, ainda que hipotética e excepcionalmente, isso não incide sobre o juízo da conduta do agente que iria diligenciar para buscar a informação, mas apenas na conduta do indivíduo – caso se trate de um indivíduo – que ofereceria a informação equivocada. Inexistindo esse nexo causal entre cumprimento do dever e consciência da ilicitude, o erro de proibição apenas pode ser inevitável. Não é demais reiterar que essa avaliação pressupõe que a diligência devida não seja realizada pelo indivíduo – por isso, a informação é hipotética – e que sua análise consiste em uma valoração sobre a efetividade da diligência que poderia ser empreendida por ele, não se confundindo com o juízo de possibilidade de conhecimento da ilicitude, abordado acima.

³⁹⁶ RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Unrechtsbewusstsein...*, p. 199.

³⁹⁷ NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 3156.

³⁹⁸ Usualmente, cita-se o exemplo de pareceres específicos de profissionais altamente qualificados e inclusive com citação de jurisprudência no sentido de que a conduta é ilícita, etc. Nesse sentido, vide as obras: JAKOBS, Günther. *Derecho...*, p. 679-681; CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 343-344.

³⁹⁹ LEITE, Alaor. *Dúvida...*, p. 158.

4.3.5. Síntese das posições adotadas quanto às formas de conhecimento

Nesse item foram abordadas as formas de conhecimento da ilicitude, assim com as suas possíveis consequências para a evitabilidade do erro de proibição. Avaliou-se, principalmente, como deve ser valorada a diligência empreendida pelo indivíduo para buscar o conhecimento sobre se a conduta praticada é ilícita. Ou seja, pressupondo a possibilidade de diligenciar para conhecer a ilicitude, este item se dedicou a examinar a suficiência ou insuficiência daquilo que realmente foi empreendido pelo indivíduo. Inicialmente, foi adotado o posicionamento de que a principal forma de conhecer a ilicitude é a cognição individual quanto à valoração jurídica da conduta praticada, tanto de forma espontânea – sem reflexão –, como refletindo sobre ela e suas consequências ou formas de realização. Quanto aos meios externos ao indivíduo, as seguintes diligências poderiam tornar satisfeito o dever de informação: consulta a informações oriundas de órgãos ou instituições oficiais, pelo princípio da confiança; acesso a opiniões e pareceres de profissionais jurídicos; consultas individuais à jurisprudência e à doutrina. Por fim, houve a assunção de que as informações hipotéticas são absolutamente relevantes, sobretudo no que se refere à declaração da inevitabilidade do erro, quando ausente a informação hipotética eficaz.

5. ESTRUTURA PROPOSTA PARA AFERIR A EVITABILIDADE

Após as conclusões e posicionamentos adotados nos capítulos anteriores, é possível que seja sistematizada uma estrutura para aferir a evitabilidade do erro de proibição. Isso decorre de uma necessidade metodológica e dogmática, no sentido de que todo o conteúdo abordado deve ser organizado e direcionado à solução de casos práticos e de problemas concretos⁴⁰⁰. É possível afirmar que a contribuição central desta pesquisa reside exatamente na sistematização dos critérios e dos parâmetros aplicáveis para aferir a evitabilidade do erro de proibição. Assim, neste capítulo não serão elencados os elementos da evitabilidade em ordem cronológica, nem separados por vertentes teóricas, como feito anteriormente. Ao contrário, o que se busca, antes de tudo, é a máxima efetividade na aplicação dos conceitos na resolução de casos, para que seja possível chegar à conclusão da evitabilidade ou inevitabilidade do erro de proibição de forma mais coerente e com o mínimo de etapas percorridas na avaliação de uma conduta.⁴⁰¹

5.1. Dever de se informar sobre a ilicitude da conduta

Para que seja aferida a evitabilidade do erro de proibição cometido pelo indivíduo, tem-se como primeiro passo a avaliação sobre se existia um dever de se informar sobre a ilicitude⁴⁰² da conduta praticada. Ou seja, se o indivíduo deveria ter o conhecimento ou, de alguma forma, buscá-lo no mundo exterior, é essencial que diligencie minimamente nesse sentido, de modo que a ausência de conhecimento da ilicitude, caso este fosse devido, possa lhe ser imputada e consistir no primeiro motivo para considerar que o erro é evitável e inescusável⁴⁰³. Por outro lado, inexistindo o dever para o indivíduo, não pode o Estado puni-lo por seu desconhecimento da ilicitude, levando à conclusão de que o erro de proibição é inevitável, excluindo a culpabilidade. Esse dever é constituído de dois aspectos indispensáveis, que devem ser constatados de forma cumulativa, sem os quais o dever de se informar deixa de existir e, portanto, o erro torna-se automaticamente inevitável. Trata-se do aspecto formal e do aspecto material do dever de informação, que serão abordados abaixo. A ausência de qualquer um deles é suficiente para que se considere como inevitável o erro de proibição.

⁴⁰⁰ WESSELS, Johannes. *Direito...*, p. 100.

⁴⁰¹ ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 207-209.

⁴⁰² É a fase colocada pela doutrina majoritária, nos termos das observações realizadas no item 4 deste trabalho. Por todos, vide: LEITE, Alaor. *Dúvida...*, p. 144-145. Em sentido contrário: ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 878 e ss.

⁴⁰³ NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 2697 e ss.

5.1.1. *Relação entre norma e dever de conhecer como aspecto formal*

Conforme destacado anteriormente, o aspecto formal do dever de informação consiste em admitir e constatar sua principal justificativa dogmática, qual seja: de que a mera existência da norma penal e da cominação de pena impõem aos indivíduos o seu conhecimento. A referida justificativa encontra fundamento nas teses de Binding⁴⁰⁴ e se constitui como principal elemento que legitima a intervenção penal, considerando que o Estado não poderia exigir obediência aos preceitos sobre os quais não exige conhecimento⁴⁰⁵. Assim, o aspecto formal é um imperativo necessário, uma exigência dogmática em termos de legitimidade da doutrina da evitabilidade do erro de proibição. Em termos práticos, o aspecto formal pode ser inferido como consequência direta da existência da norma penal, da cominação de penas, bem como da prática do injusto penal, razão pela qual possui menor relevância para a conclusão sobre a evitabilidade do erro de proibição. Ademais, destaca-se que não pode se admitir a utilização puramente do aspecto formal do dever de informação para o juízo de evitabilidade, tendo em vista que seria impossível o convívio em sociedade com a irrefreável necessidade de se informar sobre cada passo dado pelo indivíduo⁴⁰⁶. Portanto, é fundamental que sejam impostos limites sólidos e inarredáveis ao aspecto formal do dever de informação, papel que cabe a seu aspecto material.

5.1.2. *Motivo concreto para conhecer a ilicitude como aspecto material*

O aspecto material do dever de informação consiste em verificar, no caso analisado, se o indivíduo que praticou o injusto penal tinha um motivo concreto para saber que a conduta era ilícita, ou para buscar esse conhecimento. Aqui, a hipótese é exatamente limitativa do dever de informação, visto que em respeito aos princípios da legalidade e da culpabilidade, não se pode imputar uma violação ao dever de conhecimento numa situação em que o indivíduo jamais seria provocado a conhecer a ilicitude⁴⁰⁷. Sem esse motivo concreto, inexistente o aspecto material e o dever de informação se converteria em ferramenta artilosa de responsabilização puramente objetiva no âmbito da evitabilidade do erro de proibição, o que implicaria, em última instância à irrelevância dessa análise. Nesses termos, o aspecto material se consubstancia a partir de um motivo concreto para conhecer a ilicitude, o que ocorrerá apenas nas três situações seguintes.

⁴⁰⁴ BINDING, Karl. *Die Normen...*, p. 236-237. Em sentido semelhante: LEITE, Alaor. *Dúvida...*, p. 41-45.

⁴⁰⁵ Mesmo dentre os críticos do conceito de dever de se informar, vê-se uma tendência de denominar tal dever de outra forma, como “obrigação”, mas sem excluí-lo. CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 151 e ss.

⁴⁰⁶ LEITE, Alaor. *Existem...*, p. 222 e ss.

⁴⁰⁷ LEITE, Alaor. *Existem...*, p. 222 e ss.

5.1.2.1. Existência de dúvida quanto à ilicitude da conduta

A primeira situação é aquela em que existe dúvida sobre a ilicitude da conduta. Ou seja, no momento de sua execução, o agente não está certo sobre a licitude do comportamento e deve, portanto, buscar essa resposta, seja interna ou internamente, antes de executar a conduta⁴⁰⁸. No caso de dúvida, o dever de informação, sempre instrumental, impõe somente a necessidade de diligenciar e, caso ainda assim a dúvida não seja sanada – ou haja a conclusão, equivocada, de que a conduta é lícita – esse dever será cumprido, conforme será destacado adiante. Na presente ocasião, cumpre apontar que a existência de dúvida é um dos elementos que pode fundamentar o motivo concreto para se informar e, assim, o aspecto material do dever de informação.

5.1.2.2. Exercício de atividades regulamentadas e suas especificidades

A segunda situação ocorre quando o indivíduo exerce uma atividade regulamentada, e essa atividade exige um conhecimento específico do agente que seja, necessariamente, referível à punibilidade da conduta praticada. Nessa análise, devem ser consideradas as características pessoais do indivíduo e os deveres especiais contidos na regulamentação da atividade exercida, de modo que se verifiquem os limites desse dever concreto. Como exemplo, é possível citar o segundo caso do trabalho, que envolve o exercício de cargo público. Por certo, as normas que regulamentam a atividade dos agentes públicos são bastantes para se afirmar o motivo concreto de se informar, bem como o aspecto material do dever de informação.

5.1.2.3. Efeitos da conduta verificáveis na esfera jurídica de terceiros

A terceira situação consiste no caso em que a conduta praticada, na cognição individual do agente, evidentemente terá efeitos na esfera jurídica de terceiros⁴⁰⁹. Essa situação ocorrerá sobretudo em casos de direito penal clássico ou que o sujeito passivo seja pessoa física, como em casos de homicídio, roubo, estelionato, dentre outros. O que fundamenta o motivo concreto, nesse caso, é o próprio fato de o indivíduo perceber que sua conduta atinge a esfera jurídica de terceiro – ainda que acredite, a princípio e equivocadamente, ser lícita. Nessas situações, existe o dever de que o indivíduo diligencie minimamente para conferir se a conduta é lícita.

⁴⁰⁸ Em geral, ocorrerá em casos mais complexos, ligados ao direito penal econômico.

⁴⁰⁹ NOGALES, Inés Olaizola. *El error...*, pos. 2200 e ss.

5.1.3. Resultado inicial da análise e avaliação prévia à etapa intermediária

Conforme indicado acima, a análise sobre a existência do dever de informação consiste na etapa inicial para que seja aferida a evitabilidade do erro de proibição. Assim, assumindo a existência do aspecto formal do dever de se informar e constatando o seu aspecto material, que é determinado por um motivo concreto para se informar dentre as três situações citadas acima, pode-se dizer que existe o dever de se informar e que a análise sobre a evitabilidade do erro de proibição caminha, ainda que parcialmente, para a conclusão de sua evitabilidade. Ao contrário, especialmente caso não exista o motivo concreto, tem-se que o erro de proibição é considerado desde logo como inevitável, devendo ser excluída a culpabilidade do agente, com todas as suas consequências, sendo dispensável a análise sobre os aspectos discutidos adiante. É possível que se reitere, assim, que a aferição da evitabilidade é um processo analítico e exaustivo, por etapas.

5.2. Possibilidade de conhecimento da ilicitude pelo indivíduo

Após a constatação de que o indivíduo devia conhecer a ilicitude da conduta praticada, a etapa intermediária do juízo de evitabilidade consiste em avaliar se no contexto de sua prática o indivíduo teve a possibilidade de obter esse conhecimento⁴¹⁰. Trata-se de uma das principais considerações sobre a evitabilidade, pois incide exatamente na vedação de que uma pessoa seja considerada culpada sem que tivesse meios disponíveis para agir de forma distinta⁴¹¹. Em outra perspectiva, trata-se de admitir que o Estado não pode exigir que o indivíduo seja responsivo à possibilidade de aplicação de pena quando lhe faltam os meios para sê-lo. Em termos do juízo de evitabilidade, a constatação da possibilidade de conhecimento da ilicitude leva à conclusão de que o erro de proibição caminha mais um passo no sentido da evitabilidade. Ou seja, trata-se de mais um elemento que, se constatado, fundamenta a culpabilidade, no sentido de integrar os aspectos que tornam o erro evitável e mantêm possibilitada a punição do agente⁴¹². A referida possibilidade de conhecimento da ilicitude pode ser avaliada com base em três aspectos, quais sejam: a existência da informação sobre a ilicitude no plano naturalístico; a capacidade físico-intelectual de compreensão da ilicitude concreta da conduta; disponibilidade de meios externos de consulta sobre a conduta. Adiante, vejamos detalhadamente cada um desses aspectos.

⁴¹⁰ ROXIN, Claus. *Derecho*..., p. 884-891.

⁴¹¹ Ainda que essa ideia constitua o cerne da culpabilidade como exigibilidade de conduta diversa, tem-se que ela não é absolutamente incompatível com a tese da culpabilidade como irresponsividade à punição, e pode servir de importante fundamento teórico para a culpabilidade. O que essa tese realiza é ir além das contribuições pretéritas.

⁴¹² NOGALES, Inés Olaizola. *El error*..., pos. 2042 e ss.

5.2.1. Acessibilidade da informação da ilicitude no plano naturalístico

A análise que incide sobre a possibilidade de conhecimento da ilicitude deve ser iniciada pela verificação sobre se a informação de que a conduta é ilícita poderia ser naturalisticamente alcançada pelo indivíduo – a existência da informação no mundo físico. Avalia-se, portanto, se a informação estava disponível e em que meios, ou, por exemplo, se a decisão que consolida o entendimento pela ilicitude da conduta foi devidamente publicada e divulgada nos veículos de mídia oficiais⁴¹³. Ou seja, verifica-se se o indivíduo poderia acessar a informação no mundo físico, naturalístico. Em caso positivo, esse aspecto se soma aos outros no sentido de que o erro de proibição é evitável. Do contrário, desde logo o erro pode ser considerado inevitável.

5.2.2. Capacidade físico-intelectual de compreensão da ilicitude

Nesse aspecto, é necessário examinar se o indivíduo possui capacidade físico-intelectual de compreender a ilicitude da conduta praticada. Em outras palavras, a análise recai sobre seus conhecimentos, seu envolvimento anterior com fatos análogos e quais foram as consequências de tais fatos, seu grau de formação e a relação desse grau com a esfera de ilicitude da conduta praticada, os valores e preceitos do ambiente social em que vive, dentre outros elementos. Não se confunde essa análise com a imputabilidade, pois os fundamentos de ambas são distintos: na análise proposta, os fundamentos para obstar a capacidade são mais amplos, enquanto no caso da imputabilidade, os motivos da incapacidade se vinculariam a condições psicofisiológicas.⁴¹⁴

5.2.3. Disponibilidade de meios externos de consulta sobre a conduta

Como último aspecto dessa etapa, é necessário avaliar se o indivíduo dispunha de meios externos para realizar consultas sobre a ilicitude da conduta. Em geral, essa situação ocorrerá nos casos de dúvida quanto à proibição, e quase sempre poderá pressupor que o indivíduo, por si, não foi capaz de compreender se a conduta é lícita ou ilícita. Afinal, caso contrário ele sequer iria procurar realizar consultas por meios externos. Nesse sentido, deve-se avaliar se o indivíduo tinha um advogado disponível para realizar essa consulta, com conhecimentos específicos, ou um agente público que pudesse ou tivesse o dever de esclarecer sobre a específica ilicitude da conduta praticada. Inexistindo tais meios, o erro de proibição será necessariamente inevitável.

⁴¹³ Caso estejamos diante de uma conduta cuja ilicitude seja objeto de uma ampla divergência jurisprudencial, a informação da ilicitude sequer poderia ser considerada acessível, sendo o erro de proibição considerado inevitável.

⁴¹⁴ Vide início do debate sobre a distinção em: BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Novo estudo...**, p. 15-24.

5.3. Insuficiência das diligências para a tomada de conhecimento

A última etapa da análise sobre a evitabilidade do erro de proibição consiste em ponderar sobre se o indivíduo, dentro de suas possibilidades concretas, realizou alguma diligência para verificar a ilicitude da conduta e se tal diligência foi suficiente para cumprir com seu dever de informação. Nesse momento, a preocupação não é exatamente com o que existe – se há ou não dever de informação ou possibilidade de conhecimento da ilicitude – mas com aquilo que foi realizado a partir da constatação de existência do dever e da possibilidade citados⁴¹⁵. Grosso modo, não se trata de verificar quais cartas estão às mãos, mas quais jogadas foram feitas pelo indivíduo a partir delas. Assim, essa etapa é estritamente vinculada ao que foi constatado naquelas que a precederam: p. ex., se o aspecto material do dever de informação advinha de uma profissão com normas específicas de conhecimento, e se a única possibilidade exigível de consulta era ao setor jurídico do órgão público ou empresa, será avaliado como o indivíduo procedeu para preencher seu dever dentro dessa possibilidade concreta, ainda que anteriormente à cogitação da conduta. Como se verá adiante, mesmo sem realização de diligência é possível afirmar a evitabilidade do erro de proibição, caso as informações hipotéticas sejam ineficazes.

Nessa ocasião, é necessário ressaltar que a presente etapa também deverá ser pautada, assim como as anteriores, mas com maior enfoque, pela ideia restritiva imposta pelas bases da culpabilidade como falta de prudência referida à pena ou como irresponsividade à punição: que o indivíduo não deve agir segundo a lei simplesmente por ser correto, mas sim conforme o que lhe é mais vantajoso, devendo seu plano de vida se adequar às exigências legais⁴¹⁶. No que está ligado à evitabilidade, essa ideia significa afirmar que o indivíduo deve empreender diligência mínima vinculada ao dever e à possibilidade concreta de conhecimento, para que o dever seja considerado devidamente cumprido e, por conseguinte, o erro se torne inevitável. Assim, se há uma pluralidade de possibilidades de informação, basta a utilização de uma delas, desde que idônea, que confirme – erroneamente – a licitude da conduta, para tornar o erro inevitável. De toda forma, há três aspectos indispensáveis para a presente etapa: as circunstâncias e diligências intrassubjetivas; as circunstâncias e diligências extrassubjetivas; a realização de uma avaliação final sobre as informações hipotéticas. Vejamos os referidos aspectos abaixo.

⁴¹⁵ CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad...*, p. 203-254.

⁴¹⁶ Vale citar novamente que Greco já expunha essa ideia central e suas possíveis consequências para a teoria do erro, indicando que esse fundamento poderia levar a uma revisão sobre todas as perspectivas não egoísticas da teoria do erro. GRECO, Luís. *Lo vivo...*, p. 396. O que se realiza neste trabalho é concordar com essa tese e reafirmar seus efeitos no âmbito específico da evitabilidade do erro de proibição. É necessário indicar, novamente: se é dever do Estado que as proibições sejam claras e acessíveis, o indivíduo deve ser exigido apenas minimamente a empreender qualquer diligência para verificar a ilicitude de sua conduta.

5.3.1. Sobre as circunstâncias e diligências intrassubjetivas

A primeira espécie das diligências empreendidas pelos indivíduos são intrassubjetivas, ou seja, aquelas executadas independentemente de terceiros. Aqui, as possibilidades vão desde a reflexão interna, com os conhecimentos e experiências próprias que o indivíduo possui, até a consulta individual a meios externos, como informativos de julgados dos Tribunais Superiores, noticiário de órgãos públicos ou instituições responsáveis por fatos análogos ao que é objeto de consulta, verificação de doutrina, dentre outras, sempre nos limites do que foi exposto no capítulo anterior, ou seja: que o meio consultado se refira a um *modus operandi* análogo à conduta exercida pelo agente⁴¹⁷. Por certo, se antes de praticar a conduta o agente vislumbra, individualmente, um julgado do STF segundo o qual conduta análoga é lícita, firmado em sede de repercussão geral, tem-se que o erro apenas poderá ser inevitável. Deve-se ressaltar, mais uma vez, que basta uma diligência mínima nesse sentido, sendo dispensável que o indivíduo realize uma pesquisa exauriente sobre o tema na jurisprudência, por exemplo.

5.3.2. Diligências que envolvem terceiros ou extrassubjetivas

Diferentemente do que foi indicado acima, essa espécie de diligências sempre envolverá a conduta de terceiro. Por conseguinte, não se trata de acessar uma fonte de informações inerte, mas de consultar ou perguntar para um indivíduo – ou um setor de qualquer instituição – sobre a licitude da conduta. Em geral, estaremos diante do caso de consulta a advogados, pareceristas, ou a procuradorias municipais e setores jurídicos de empresas. A opinião jurídica adquirida pelo indivíduo, no sentido de que a conduta é lícita, levará à inevitabilidade do erro de proibição, sendo suficiente que ele realize apenas uma consulta à fonte que estiver à sua disposição. Caso o parecer ou consulta contenham ressalvas e condições nas quais a conduta não será lícita e o agente incorra exatamente nelas, o erro poderá ser considerado evitável – se é que, *a priori*, fosse possível dizer que estava caracterizado o erro de proibição. Aqui, temos o exemplo mais aceito pela jurisprudência brasileira⁴¹⁸, ainda que de forma pouco criteriosa, no sentido de que é inevitável o erro de proibição determinado por terceiros, e especialmente por procuradores que fornecem pareceres equivocados pela licitude da conduta⁴¹⁹. A responsabilização penal de tais agentes, se por induzimento ou se irrelevante, é um tema que foge ao escopo deste trabalho.

⁴¹⁷ NOGALES, Inés Olaizola. *El error*..., pos. 2042 e ss.

⁴¹⁸ Um dos maiores exemplos da aplicação é o seguinte julgado: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Penal nº 595**. Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 25 nov. 2014, publicado em 10 fev. 2015.

⁴¹⁹ A informação pode vir até espontaneamente, e nesse caso a ausência de diligência não será prejudicial.

5.3.3. Avaliação final sobre as informações hipotéticas

Há determinados casos em que um indivíduo, mesmo tendo o dever e a possibilidade de se informar sobre a ilicitude da conduta, mantém-se inerte e não realiza qualquer diligência para conhecer quais são as repercussões jurídicas de sua conduta. Nesses casos, será quase sempre possível dizer que o erro de proibição é evitável e que sua culpabilidade permanece plenamente configurada, diante da ausência de irresponsividade à punição. Porém, há uma hipótese em que mesmo sem realizar qualquer diligência, o erro de proibição poderá ser considerado inevitável: quando a informação a que o indivíduo hipoteticamente chegaria não fosse capaz de esclarecer as consequências jurídicas da conduta. Caso essa hipótese se confirme, o erro de proibição será inevitável, pois não seria possível exigir que o indivíduo diligenciasse para ter acesso a um dado que não seria eficaz para apontar a ilicitude da conduta, conforme abordado anteriormente. O fundamento para essa inevitabilidade residiria no já apontado argumento de que deve existir uma “relação de causalidade entre cumprimento do dever de informação e acesso à consciência segura do injusto”⁴²⁰. Inexistindo essa relação de causalidade, pois o cumprimento do dever não levaria à consciência da ilicitude, não há como fundamentar a culpabilidade, por ser impossível dizer que as diligências ausentes realmente deveriam ter sido empreendidas. Afinal, por tudo que foi exposto, não se pode exigir a execução de diligências totalmente ineficazes.

5.4. Observação quanto à similitude com a teoria da omissão

A estrutura indicada acima para a análise sobre a evitabilidade do erro de proibição tem elementos muito semelhantes aos da teoria da omissão. O sistema jurídico brasileiro dispõe, em seu art. 13, §2º, o seguinte: “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”. Em sentido semelhante, a doutrina aponta que a omissão depende de um dever e de uma possibilidade de agir para evitar o resultado lesivo ao bem jurídico⁴²¹, o que é aplicado especificamente para verificar a caracterização do tipo penal objetivo nos crimes omissivos. Não obstante, também o dever e a possibilidade são analisados de forma detalhada, culminando em critérios adicionais e subsequentes que levam à conclusão sobre se seria uma omissão típica ou atípica⁴²². Todo esse aparato é aplicado para aferir a relevância da omissão no âmbito do tipo penal objetivo, ou seja, para a própria configuração do injusto penal.

⁴²⁰ LEITE, Alaor. **Dúvida...**, p. 158.

⁴²¹ COSTA, Victor Cezar da Silva. **Crimes omissivos impróprios**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.

⁴²² COSTA, Victor Cezar da Silva. **Crimes...**, p, 52 e ss.

Todavia, a existência de uma conduta omissiva não impede a configuração do erro de proibição, pois o dever de agir para impedir um resultado, inerente à omissão típica, não pode se confundir com o dever de se informar sobre a ilicitude da conduta⁴²³. Em outras palavras, as designações jurídicas para as formas de omissão são distintas, e relevantes para cada finalidade à qual se propõem: uma no âmbito da tipicidade, outra no âmbito da ilicitude. Assim, reconhecer que a omissão de diligência para cumprir o dever de informação, dentro de suas possibilidades, se trata de uma verdadeira omissão – penalmente relevante no âmbito da culpabilidade –, além de ser dogmaticamente coerente com o sistema jurídico brasileiro⁴²⁴, é uma exigência da própria aplicabilidade da norma penal, conforme indicado acima. Sendo assim, se no erro de proibição evitável deve haver um elemento que justifique a culpabilidade, nada mais coerente que estar esse elemento circunscrito aos critérios legais e doutrinários aplicados à omissão. A similitude da estrutura proposta com a teoria da omissão, portanto, não é uma mera coincidência, mas um requisito de coerência do próprio conceito analítico e tripartido de crime.⁴²⁵

5.5. Evitabilidade do erro de proibição no sistema jurídico brasileiro

Assim como abordado anteriormente quanto à caracterização do erro de proibição (vide item 3.6), é necessário apontar a compatibilidade da proposta com o sistema jurídico brasileiro. Para tanto, destaca-se que o art. 21, parágrafo único, do CP assim indica: “*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*”. Nesse caso, basta a interpretação extensiva para compatibilizar os posicionamentos elencados acima com nosso ordenamento jurídico, visto que essa parte do dispositivo contém apenas um dos requisitos para que se tenha um erro inevitável: a possibilidade de conhecimento. Portanto, a extensão interpretativa deve buscar incluir os elementos do dever de informação e da insuficiência das diligências, tendo em vista motivos idênticos aos que foram abordados quanto à caracterização do erro de proibição. Além disso, a compatibilidade com a teoria da omissão e a assunção de que a lei penal impõe seu conhecimento para incidir na esfera individual também garantem que esse dispositivo seja compatível com nosso sistema jurídico, sendo que, quanto a esses argumentos, é dispensável a interpretação extensiva, bastando a utilização do art. 13, §2º, do CP e dos tipos penais.

⁴²³ Afinal, este se refere a um dever de praticar a conduta que salvará o bem jurídico, e não ao dever de se informar.

⁴²⁴ Vide o que consta no art. 13, §2º do Código Penal: “Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. [...] § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”.

⁴²⁵ Pode-se dizer, inclusive, que qualquer dever de fazer, no âmbito penal, apenas seria relevante sob tais premissas.

5.6. Reiterando as influências do conceito material de culpabilidade

Não é demais reiterar que o conceito material de culpabilidade adotado neste trabalho é responsável por consubstanciar a concepção de que o Estado apenas poderá exigir do indivíduo um grau mínimo⁴²⁶ de diligência para verificar a ilicitude da conduta, estando essa diligência necessariamente circunscrita ao dever de informação e às possibilidades de que dispõe o agente. Afinal, se o Estado cumpriu com seu dever de realizar proibições claras, de conteúdo acessível a todos os indivíduos, *basta uma diligência mínima para que se constate a ilicitude*. Por outro lado, caso dever não seja devidamente cumprido pelo Estado, ele não pode ser transferido ao indivíduo, devendo apenas o Estado suportar o “ônus” de ter impedida a imposição de pena por meio da declaração de existência do erro de proibição inevitável⁴²⁷. Em outras palavras, é a omissão do Estado em publicar e esclarecer suas proibições que motivará o desconhecimento se uma diligência mínima for empreendida, ainda que não haja busca pelo conhecimento de forma exaustiva pelo indivíduo. Dessa forma, apenas se pode exigir do indivíduo que altere seu projeto de vida, para buscar conhecimento sobre a ilicitude, na medida em que o Estado ofereça as informações necessárias para esse conhecimento, informações que podem ser encontradas com um esforço mínimo. Portanto, além de afetar os contornos da consciência da ilicitude⁴²⁸, o conceito material de culpabilidade como falta de prudência referida à pena ou irresponsividade à punição torna os contornos do erro de proibição inevitável mais abrangentes e favoráveis às liberdades individuais. Toda a teoria do erro de proibição e sua evitabilidade, bem como a estrutura proposta acima, devem ser lidas de acordo com essa perspectiva inafastável.⁴²⁹

5.7. Consequências dogmáticas da estrutura adotada na evitabilidade

Conforme exposto ao longo dos itens acima, a estrutura abordada no presente capítulo traz algumas consequências para o juízo de evitabilidade do erro de proibição. Primeiramente, por delimitar quais fases e elementos são relevantes para este juízo, os quais se iniciam com o dever de informação, passam pela possibilidade de conhecimento e se encerram na análise sobre a insuficiência das diligências efetivamente empreendidas. Na sequência, a análise dessas fases

⁴²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho...*, p. 728. Em seus termos “*standard* mínimo de prudência”.

⁴²⁷ LEITE, Alaor. *Dúvida...*, p. 41-45.

⁴²⁸ Que sequer continuaria sendo limitada à ilicitude, incluindo todos os pressupostos da pena (vide item 3.3.4).

⁴²⁹ O que não significa que o conceito material de culpabilidade como exigibilidade de conduta diversa deixe de ser inclusivo à referida perspectiva, com certas adaptações em seus fundamentos, especialmente no sentido de que o grau de exigibilidade não pode ser medido por uma perspectiva coletiva, mas sim individual, e de que ele deve ser referido à punibilidade da conduta, e não puramente à prática do injusto penal.

leva, gradativa e analiticamente, à conclusão sobre se o erro de proibição é evitável ou inevitável, de modo que ele apenas poderá ser considerado evitável caso haja a constatação positiva de todas as fases e seus respectivos aspectos: existência do dever de informação, da possibilidade de conhecer a ilicitude e ausência de realização de diligências pelo indivíduo⁴³⁰. Vale ainda apontar que cada etapa deve ser estritamente vinculada à anterior, no sentido de que o dever de informação delimita as possibilidades de conhecimento, que delimitam a valoração sobre a insuficiência das diligências. Afinal, apenas se pode exigir diligências na medida em que são possíveis, e apenas se pode diligenciar na medida em que se deve diligenciar. Caso qualquer etapa aponte para a situação em que inexistia o dever, ou de que não era possível o conhecimento, ou de que a mínima diligência foi executada, ou, por fim, à constatação de que as informações hipotéticas seriam ineficazes, então o erro de proibição será inevitável.⁴³¹

⁴³⁰ Inclusive, conforme exposto anteriormente, a realização deficitária, insuficiente, ou meramente proforma.

⁴³¹ É possível cogitar de que essa estrutura da evitabilidade poderia ser aplicada, com certas adaptações, ao erro de tipo, mas esse estudo, embora pareça de grande relevância, fugiria totalmente ao escopo metodológico do trabalho.

Figura 2 – Evitabilidade do erro de proibição

Evitabilidade do erro de proibição			
<i>Primeira etapa</i>	Dever de informação	<i>Crerios para análise</i>	
		<i>Aspecto formal</i>	Assunção de que a exigência de conhecimento advém de forma imediata a partir da existência da lei penal incriminadora.
		<i>Aspecto material</i>	Verificação da existência de um destes motivos concretos para conhecer a possibilidade de punição da conduta: dúvida quanto à possibilidade de punição; exercício de atividades regulamentadas; verificação de que a conduta incide na esfera jurídica de terceiros.
<i>Segunda etapa</i>	Possibilidade de conhecimento	<i>Crerios para análise</i>	
		<i>Acessibilidade da informação no plano naturalístico</i>	Verificação de que a informação sobre a possibilidade de punição existe em algum lugar do mundo naturalístico.
		<i>Capacidade físico-intelectual</i>	Verificação de que o indivíduo tinha capacidade físico-intelectual de atingir o conhecimento da possibilidade de punição, amparada em: seus conhecimento prévios, envolvimento anterior com fatos análogos, formação técnica.
		<i>Disponibilidade de meios externos</i>	Verificação de que existiam meios externos disponíveis para consulta, como disponibilidade de advogado, procuradoria, setor jurídico ou plataformas de consulta.
<i>Terceira etapa</i>	Insuficiência das diligências	<i>Crerios para análise</i>	
		<i>Pressuposto</i>	Basta uma <i>diligência mínima</i> para cumprir integralmente o dever de informação.
		<i>Diligências intrassubjetivas</i>	Dispensam condutas de terceiros, como a reflexão ou a consulta feita pelo indivíduo na jurisprudência sem auxílio de terceiros.
		<i>Diligências extrassubjetivas</i>	Exigem condutas de terceiros, como a requisição ou simples recebimento de pareceres jurídicos redigidos por outrem.
		<i>Informações hipotéticas</i>	Ainda que ausente a diligência mínima, se as informações hipotéticas são ineficazes, não se pode dizer que as diligências são insuficientes.

Figura 3 – Consequências do juízo de evitabilidade

Consequências do juízo de evitabilidade		
	<i>Erro de proibição evitável</i>	<i>Erro de proibição inevitável</i>
Resultado das três etapas	Foi constatada a presença cumulativa do dever de informação, da possibilidade de conhecimento da ilicitude e as diligências do agente foram consideradas insuficientes.	Está ausente qualquer um destes elementos: dever de informação; possibilidade de conhecimento da ilicitude; insuficiência das diligências.
Significado do resultado	Embora o agente não tivesse plena consciência da ilicitude da conduta, deveria e poderia tê-la no momento de prática da conduta, caso diligenciasse suficientemente, e por essa razão é possível afirmar que o agente escolheu, em alguma medida, pela conduta punível.	O agente não tinha plena consciência da ilicitude da conduta e não deveria, nem poderia, tê-la no momento de sua prática, ainda que diligenciasse suficientemente, e por essa razão é possível afirmar que não poderia ter escolhido pela conduta punível no momento de sua prática.
Consequências na culpabilidade	Caracterizada a culpabilidade, ainda que possa haver avaliação quanto ao grau de responsabilidade do agente.	Afastada a caracterização da culpabilidade, não havendo que se falar na prática de um crime.
Consequências na pena aplicada	Possibilidade de redução da pena, de um sexto a um terço, conforme o art. 21 do Código Penal.	“Isenção de pena”, pela exclusão da culpabilidade, conforme o art. 21 do Código Penal.

6. RESOLUÇÃO DOS CASOS PROPOSTOS PARA O TRABALHO

Uma vez exposta a estrutura aplicável para aferir a evitabilidade do erro de proibição, é necessário que os casos expostos na introdução do trabalho sejam solucionados, de modo que o principal objetivo desta pesquisa seja cumprido⁴³². Nesses termos, cada parágrafo abaixo terá o condão de analisar um dos casos trazidos inicialmente à pesquisa, na sequência idêntica em que foram apresentados. Assim procedendo, pretende-se demonstrar ao leitor, de forma clara e objetiva, a aplicação dos conceitos abordados quando estamos diante de situações da realidade, em que quase sempre há informações restritas que desafiam o arcabouço teórico. Vale apontar, desde logo, que houve a repetição dos enunciados dos casos, desacompanhados das notas que esclareceram pontos específicos deles, e que ela visa apenas a facilitar a leitura e a compreensão, evitando retorno ao início do trabalho. Além disso, destaca-se que, em todos os casos, a prática de um fato típico é pressuposta, restando o debate em torno da ilicitude, da culpabilidade e, no máximo, da punibilidade⁴³³. Não obstante, a pergunta em todos eles é sobre a possibilidade de punição do indivíduo que praticou a conduta. Feitos tais apontamentos, analisemos os casos.

Caso 1. O indivíduo Z era sócio administrador de uma grande empreiteira. Na empresa, havia a prática recorrente de registrar regularmente o recolhimento de ICMS em documentos contábeis e não realizar de imediato o pagamento. Isso ocorria por questões de planejamento financeiro, resultando na impontualidade sistemática quanto ao pagamento à Receita Federal, acumulando execuções fiscais e postergando o parcelamento. Em consulta ao setor jurídico da empresa, o fato não constituía delito, tratando-se de mero inadimplemento tributário. Há meses, houve a publicação de julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no qual essa conduta foi considerada como o crime de apropriação indébita tributário. O responsável pelo setor jurídico dessa empresa tomou conhecimento da decisão e não passou essa informação para o indivíduo Z. Dessa forma, a prática citada acima continuou na empresa até que, em determinada ocasião, Z foi denunciado pelo cometimento do crime previsto no art. 2º, inc. II, da Lei nº 8.137/1990.

Varição 1. Considera-se que a decisão do STJ foi amplamente divulgada pelos veículos de informação, sendo uma notícia de acesso extremamente fácil, inclusive para o indivíduo Z.

Resolução. O indivíduo Z praticou dolosamente o tipo penal do art. 2º, inc. II, da Lei nº 8.137/1990, estando ausente qualquer causa de justificação. Como sócio administrador, Z sabia que a prática de postergar o pagamento de débitos tributários constituía ilícito administrativo, mas estava certo de que a conduta não teria repercussão penal. Portanto, é ausente a consciência

⁴³² Como anteriormente afirmado, busca-se respostas coerentes e eficazes para os problemas da evitabilidade.

⁴³³ Mesmo no âmbito da ilicitude, vê-se que seu debate é necessário apenas no âmbito do erro de proibição indireto.

plena da ilicitude, caracterizando o erro de proibição. No que concerne à evitabilidade do erro, passemos à análise das três etapas. *Primeira etapa*: está presente o aspecto formal do dever de informação. Quanto ao aspecto material, a análise merece maior detalhamento. Como se tratava de uma prática na empresa há anos, e durante esse tempo não houve persecução penal por parte do Estado, vê-se que Z não tinha motivos para diligenciar no sentido de verificar se a prática era ilícita. Além disso, a função exercida por Z não exige dele conhecimentos especiais quanto à repercussão penal do alegado inadimplemento de tributos. No máximo, seria possível afirmar que essa exigência existiria para o setor jurídico ou contábil da empresa, mas não para Z, quem, afinal, já havia diligenciado suficientemente com a manutenção do setor jurídico na empresa. Dessa forma, o erro seria desde logo considerado inevitável, com a exclusão da culpabilidade. Apenas existiria um motivo concreto para conhecer a ilicitude caso houvesse modificação relevante no quadro fático do caso, por exemplo, se a empresa fosse notificada anteriormente para que obstasse essa prática, pois poderia ter repercussões no âmbito penal. Esse é o caso da primeira variação, em que a publicação do julgado apenas acrescentaria um elemento no âmbito do dever de informação, um motivo concreto para buscar os dados sobre a ilicitude da conduta. Nesse caso, estaria configurado o aspecto material do dever de informação, levando à próxima etapa. *Segunda etapa*: Z tinha possibilidade de conhecer a ilicitude, uma vez que estavam disponíveis meios de informação e, especialmente, o setor jurídico da empresa. Portanto, não se pode dizer que o erro é inevitável pela impossibilidade de conhecimento. *Terceira etapa*: na etapa final, referente à insuficiência das diligências efetivamente empreendidas, vê-se que Z consultou o setor jurídico da empresa e este lhe informou que a prática não teria repercussões jurídico-penais. Ademais, esse setor também deixou de atualizar seu posicionamento com base no julgado do STJ, impedindo que Z tivesse conhecimento da guinada jurisprudencial. Assim, dentro de seus deveres e possibilidades, Z empreendeu diligências mínimas para conhecer a ilicitude e seu erro de proibição pode ser considerado inevitável, com isenção de pena. Dessa forma, Z poderia ser beneficiado com a isenção de pena tanto na descrição principal do caso, como em sua primeira variação, nos termos do art. 21 do Código Penal.

Caso 2. O indivíduo Y, policial civil que estava em operação na fronteira entre o Brasil e o Paraguai, durante a madrugada, recebe a notícia de que um indivíduo acabara de furtar uma joalheria e um veículo que estava ao lado do estabelecimento, e de que tal indivíduo estaria se dirigindo à fronteira para evadir do território brasileiro com os objetos furtados. Ao ver aquele veículo, identificando-o pela placa, o indivíduo Y deu ordem de parada, a qual foi desobedecida pelo condutor, que continuava a dirigir para a fronteira em alta velocidade. Então, o indivíduo Y disparou sua carabina por dez vezes contra o veículo em fuga, com a finalidade de impedir o

deslocamento do veículo e, portanto, a fuga do indivíduo, acreditando que por agir dessa forma estaria amparado pelo estrito cumprimento do dever legal. Tendo causado a morte do indivíduo, Y foi denunciado pela prática do tipo penal descrito no art. 121 do CP. *Varição I*. Considera-se que Y disparou seguindo a ordem de um superior hierárquico.

Resolução. O indivíduo Y praticou dolosamente o tipo penal do art. 121 do Código Penal, estando ausente qualquer causa de justificação. Durante a prática da conduta, o indivíduo Y acreditava na licitude da conduta, por estar em estrito cumprimento do dever legal, havendo erro de proibição indireto. Quanto à evitabilidade, passemos a análise das três etapas. *Primeira etapa:* se faz presente o aspecto formal do dever de informação. No que se refere ao aspecto material, havia um motivo concreto para verificar a ilicitude da conduta, visto que exercer o cargo de policial civil exige amplo conhecimento – transmitido em intensos e longos cursos de formação – sobre os limites do dever de atuação para a segurança pública, tratando-se, portanto, de uma situação abarcada pelo conhecimento especialmente exigido na regulamentação do cargo que Y exercia. É possível, portanto, que passemos para a próxima etapa. *Segunda etapa:* também havia, no caso analisado, plena possibilidade de conhecimento da ilicitude, tanto por conhecimento prévio, que poderia ser buscado com mera reflexão sobre o que lhe foi ensinado nos cursos de formação policial, como por ser possível a Y que perguntasse a outros policiais da operação sobre a licitude de sua possível intervenção. Dessa forma, havia possibilidade de conhecimento da ilicitude. *Terceira etapa:* Y não empreendeu qualquer diligência, e se tivesse realizado, poderia chegar à conclusão de que não haveria justificação para sua conduta, sendo as informações hipotéticas eficazes no caso em exame. Portanto, tem-se que o erro de proibição é evitável, estando presente a culpabilidade. A simplicidade das diligências possíveis e a total ausência delas leva à conclusão de que não haveria redução de pena, já que o art. 21 do Código Penal impõe uma faculdade de redução de pena, e não uma obrigação. Na primeira variação do caso, é possível afirmar que a ordem do superior hierárquico – de disparar dez vezes contra o veículo com a finalidade de impedir seu deslocamento – seria manifestamente ilegal, e que o erro quanto a esse elemento poderia ser tratado como erro de proibição. Nesse caso, o erro também seria evitável, visto que a única modificação seria, no máximo, a existência de dúvida e a atuação a despeito dela, sendo que de qualquer forma seria evidente que a conduta incide na esfera jurídica de terceiros. Para além disso, considerando que a ordem foi dada horas antes dos disparos, não se trata de situação que envolva a necessidade de tomar decisão instantânea. Por essas razões, embora possa ser considerado evitável o erro de proibição nessa variação, a ordem recebida ensejaria a redução da pena na fração mínima de um sexto, pois se tratou de elemento adicional para que Y deixasse de diligenciar para verificar a legalidade da ordem.

Caso 3. O indivíduo X, cidadão comum que sempre viveu na zona rural de uma cidade interiorana, empoçou-se com as atuais mudanças sobre a posse de armas e decidiu adquirir arma de fogo de um conhecido seu que era praticante de tiro esportivo. Após a compra da arma, X acreditava que a posse era regular, apenas por acreditar firmemente que, com aquelas novas mudanças, ele não precisaria obrigatoriamente efetuar qualquer tipo de registro, sendo essa tarefa do SINARM, até mesmo porque, no local em que morava, nunca houve notícias de algum conhecido que houvesse feito o referido registro. Contudo, X surpreendeu-se quando foi investigado e, posteriormente, denunciado pela prática do tipo penal descrito no art. 12 da Lei nº 10.826/2003. *Varição 1.* Considera-se que X também era um praticante de tiro esportivo e membro do clube indicado, juntamente com o indivíduo que lhe vendeu a arma.

Resolução. O indivíduo X praticou dolosamente o tipo do art. 12 da Lei nº 10.826/2003, estando ausente qualquer causa de justificação. Diante do total desconhecimento de X de que deveria registrar a arma no SINARM, não há plena consciência da ilicitude, caracterizando o erro de proibição. No que se refere à evitabilidade do erro, analisemos as três etapas. *Primeira etapa:* se faz presente o aspecto formal do dever de informação e, quanto ao aspecto material, inicialmente se deve citar que ele deve ser referido ao registro da arma no SINARM, ou seja, se X tinha motivo concreto para saber que era necessário o referido registro. No caso, não existia motivo concreto para que X buscasse conhecimentos sobre as condições de registro: não havia a dúvida; X não estava em exercício de uma função regulamentada e; a conduta, isoladamente considerada, não atingiria a esfera jurídica de terceiros. É necessário ainda indicar que todo o contexto das modificações legislativas exerceu um efeito contrário, de assegurar que se tratava de conduta lícita. Também por isso, o erro desde logo seria considerado inevitável. Dispensável a análise da possibilidade de conhecimento da ilicitude e sobre as diligências empreendidas, visto que sequer chegamos a essas etapas. Todavia, na primeira variação do caso, a situação é distinta. *Primeira etapa:* aqui, está presente o aspecto material, visto que X pratica tiro esportivo e é membro do referido clube, situação que envolve a observância necessária a toda a legislação específica sobre armas, inclusive sendo esse um requisito para exercer essa atividade. *Segunda etapa;* vê-se, ainda, que era plenamente possível a X conhecer a ilicitude da conduta, visto que disponha do próprio clube para esclarecer sobre a necessidade de registro no SINARM e que poderia consultar um advogado para elucidar os termos da compra e do registro. *Terceira etapa:* quanto à insuficiência das diligências empreendidas, faltam informações no caso sobre o que X teria efetivamente empreendido. Considerando que nenhuma diligência foi executada, tem-se que o erro seria evitável. Assim, estaria plenamente caracterizada a culpabilidade de X. Como não foi realizada qualquer espécie de diligência e os meios disponíveis eram amplos, a redução

da pena em face da inevitabilidade do erro de proibição seria mínima, de um sexto. Por outro lado, caso X tivesse diligenciado minimamente para conhecer a ilicitude da conduta, como, por exemplo, consultado o clube a que é associado sobre o registro, então, caso a informação fosse errônea e indicasse a licitude da conduta, o erro seria inevitável, com isenção de pena.

Caso 4. O indivíduo W, sócio administrador de uma empresa do setor financeiro, tem o objetivo de realizar uma operação de câmbio para receber valores em real – provenientes de condutas lícitas – a serem creditados em sua conta particular na Suíça. W sabe que necessita informar a operação ao Banco Central do Brasil, mas, diante dos valores reduzidos, acredita que essa informação é dispensável, pelo exercício regular do direito à propriedade. No entanto, W foi investigado e denunciado pela prática do crime descrito pelo art. 22 da Lei nº 7.496/1986, qual seja, o delito de evasão de divisas. *Varição 1.* W não era sócio administrador de uma empresa do setor financeiro, mas um jovem parlamentar recém-eleito no Congresso Nacional. *Varição 2.* A partir da variação 1, W questionou diversos colegas parlamentares sobre o assunto e muitos deles afirmaram que o procedimento de registro da operação e a declaração de disponibilidade realmente não precisariam ser feitos por W.

Resolução. O indivíduo W praticou dolosamente o tipo do art. 22 da Lei nº 7.496/1986, estando ausente qualquer causa de justificação. A narrativa do caso indica que W acreditava na licitude da remessa de dinheiro por ter a informação de que o registro da operação deveria ser realizado pela instituição bancária suíça. Nesse sentido, não há plena consciência da ilicitude, estando caracterizado o erro de proibição. Quanto à inevitabilidade do erro, analisemos as três etapas. *Primeira etapa:* se faz presente o aspecto formal do dever de informação e, no que se refere ao aspecto material, constata-se que W exercia função de sócio administrador de uma empresa do setor financeiro, atividade que é regulamentada e cuja regulamentação exige que W deveria ter um conhecimento especial sobre os requisitos de remessa monetária ao exterior. Assim, havia um motivo concreto para que W conhecesse a ilicitude da conduta. *Segunda etapa.* No caso, estão presentes possibilidades intrínsecas – conhecimentos prévios – e extrínsecas – setor jurídico da empresa, funcionários das agências bancárias – de conhecimento da ilicitude, sendo possível que W acesse tal conhecimento até mesmo pela simples reflexão e pela análise individual das normas que W aplicava cotidianamente em sua função como administrador da empresa, bem como consulta ao setor jurídico da empresa ou a algum advogado. *Terceira etapa:* mesmo com as referidas possibilidades, W procedeu ao envio do dinheiro sem realizar qualquer diligência, sendo que as informações a que poderia chegar – caso as realizasse – seriam eficazes para apontar a ilicitude da operação. Desse modo, W agiu em erro de proibição evitável e está plenamente caracterizada a culpabilidade. A pena de W deve ser reduzida à fração mínima ou

sequer será reduzida, diante da ausência de diligências empregadas e das amplas possibilidades de conhecimento. Na primeira variação, W não teria motivo concreto para conhecer a ilicitude da conduta, visto que a regulamentação da função que exerce não exigiria um conhecimento específico sobre as remessas monetárias ao exterior, sendo inevitável seu erro. Por outro lado, na segunda variação, W estava em dúvida, que é um motivo concreto para conhecer a ilicitude. Na terceira etapa, contudo, é que o problema se mostra mais complexo. Isso, porque devemos avaliar se a conduta de W, de consultar colegas parlamentares, seria suficiente para cumprir seu dever de informação. Considerando que bastam diligências mínimas para cumprir seu dever de informação e que W chegou a consultar diversos colegas parlamentares, é possível afirmar que cumpriu seu dever de informação, sendo o erro de proibição inevitável, com isenção de pena.

Caso 5. O indivíduo U, aguerrido manifestante e ativista ambiental, tem notícias de que uma determinada embarcação pesqueira, embora autorizada, iria realizar a pesca de baleias em certa região do mar territorial. Acreditando atuar em legítima defesa do meio ambiente, U se desloca até o porto em que estava a embarcação, logo antes de sua partida, e destrói seu motor completamente, impedindo o ato de pesca. O ato praticado por U foi planejado e preparado ao longo dos últimos 15 dias. Pela referida conduta, U vem a ser denunciado pela prática do delito de dano, descrito no art. 163 do CP. *Variação 1.* Considera-se que U teve a notícia de que a embarcação realizaria o ato apenas alguns segundos antes de sua partida, inexistindo tempo para verificar de outra forma a licitude de sua conduta. *Variação 2.* Considera-se que U havia se envolvido com fato semelhante previamente, no qual também alegara suposta legítima defesa do meio ambiente, já tendo sido condenado e cumprido pena pelo referido fato.

Resolução. O indivíduo U praticou dolosamente o tipo do art. 163 do CP, inexistindo uma causa de justificação. A total convicção de U no sentido de que sua conduta caracterizaria legítima defesa do meio ambiente elide a plena consciência da ilicitude, caracterizando o erro de proibição. No que concerne à evitabilidade do erro, três etapas devem ser avaliadas. *Primeira etapa:* se faz presente o aspecto formal do dever de informação. Quanto ao aspecto material, deve-se indicar que U tinha motivo concreto para verificar a licitude de sua conduta, à medida que ela manifestamente incidiria na esfera jurídica de terceiros, consistente em dano direto ao motor da embarcação. Assim, diante dessa situação, U tinha um motivo concreto para verificar se sua conduta era lícita ou ilícita. *Segunda etapa:* as possibilidades de acesso à informação sobre a ilicitude da conduta também eram amplas para U, que poderia realizar as diligências intrassubjetivas, como uma simples pesquisa sobre situações semelhantes e seu resultado, ou extrassubjetivas, consultando a própria organização de que faz parte ou, especialmente, um advogado ou defensor público. *Terceira etapa:* com tais possibilidades, U não realizou qualquer

diligência e manteve a realização da conduta, mesmo havendo o dever e a possibilidade de conhecer sua ilicitude. Assim, U agiu em erro de proibição evitável, com redução mínima – ou ausência de redução – da pena, considerando que não executou qualquer diligência. Na primeira variação, seria possível dizer que U não teve a possibilidade de diligenciar para verificar a licitude da conduta, diante de uma situação de decisão instantânea. Assim, o erro de proibição seria inevitável, com isenção de pena, se inexistisse outro elemento a indicar que U teria tempo, ou outra situação, para realizar essa diligência. Quanto à segunda variação, vê-se que ela apenas acrescenta a U um motivo concreto para conhecer sobre a ilicitude de sua conduta, além de lhe dar uma possibilidade a mais de fazê-lo, refletindo sobre o fato pretérito. Nessa variação, o erro de proibição também seria evitável.

7. CONCLUSÕES

As investigações materializadas neste trabalho perpassaram elementos fundamentais à teoria do erro de proibição, como o conteúdo da culpabilidade, o objeto da consciência da ilicitude, o conceito de erro de proibição, sua natureza, relevância e hipóteses de caracterização, bem como os problemas inerentes à evitabilidade do erro de proibição. A partir dessa análise, foi possível a realização das conclusões que estão sintetizadas abaixo, para melhor compreensão e sistematização dos resultados do trabalho.

1. A teoria do erro de proibição tem ligação estreita com o conteúdo da culpabilidade, pois é a partir desse conteúdo que os elementos da caracterização e da evitabilidade do erro de proibição são estruturados, sendo possível dizer quando existe ou inexistente culpabilidade.

2. O conteúdo da culpabilidade deve ser entendido como a falta de prudência referida à pena, ou a irresponsividade à punição. Isso significa que a culpabilidade consiste na qualidade da conduta de um indivíduo que, podendo, deixou de avaliar corretamente os limites jurídico-penais que são impostos àquilo que lhe é mais vantajoso, conforme seu plano de vida.

3. Em um ordenamento jurídico verdadeiramente democrático, o direito penal deve estar apartado da moral. A razão dessa separação é embasada no conceito de soberania pessoal, na possibilidade de que todo indivíduo possa escolher o modo como estruturar seu plano de vida. No âmbito penal, essa soberania pessoal só pode encontrar limites, ensejando a imposição de pena, no que concerne às condutas puníveis, não bastando, para tanto, a violação da norma.

4. No que se refere à caracterização do erro de proibição, concluiu-se inicialmente que o termo “erro” deve ser lido de forma ampla, abrangendo, igualmente, as situações de absoluta ignorância, de equívoco e, inclusive, de dúvida quanto à proibição.

5. A partir do exame das teorias do dolo e da culpabilidade, deve ser mantida a superação da distinção romana entre erro de fato e erro de direito, constituindo-se a dicotomia erro de tipo e erro de proibição como a denominação mais precisa para a teoria do erro jurídico-penal.

6. O erro de proibição afeta a culpabilidade pois é em seu âmbito que se deve apresentar, de forma mais relevante, a justificativa para a punição do indivíduo. O critério a ser seguido é

que a culpabilidade se configura quando o agente, estruturando seu plano de vida, praticou uma conduta à qual sabia que podia ser aplicada pena. Por outro lado, não pode existir uma escolha pela pena quando não há plena consciência da possibilidade de punição da conduta.

7. No caso do erro de proibição, o indivíduo não poderia ter escolhido a imposição de pena por desconhecer a possibilidade de punição de sua conduta, inexistindo razões dogmáticas ou preventivas para que seja punido, à exceção da hipótese de erro de proibição evitável.

8. A consciência que importa à culpabilidade é a consciência da possibilidade de punição da conduta praticada, sendo dispensável a precisão técnica de um juízo de subsunção e sendo irrelevante a origem dessa consciência para a caracterização do erro de proibição. O objeto da consciência da ilicitude, assim, é puramente jurídico, e não se dirige apenas à contrariedade da conduta em face da ordem jurídica, incluindo toda a possibilidade de punição. Por outro lado, o erro de proibição é exatamente a ausência da plenitude desse reconhecimento pelo indivíduo.

9. O erro de proibição pode ser conceituado o injusto penal praticado pelo indivíduo sem o conhecimento pleno da possibilidade de punição de sua conduta. O erro de tipo, portanto, se trata apenas de uma forma “qualificada” do erro de proibição, por se referir a elementos do tipo, já que o tipo penal é, também, um pressuposto da possibilidade de punição.

10. O estudo da natureza do erro de proibição, que afeta à culpabilidade, e de sua relevância na teoria do crime, levam à constatação de que essa é uma espécie de erro cuja plena consciência que falta, além de ter como objeto a “ilicitude” da conduta, deve ter como objeto uma ilicitude específica, do âmbito penal, que é a única que pode gerar – somada a outros requisitos – sanção penal, somada a outros pressupostos da pena, à exceção de elementos do tipo, que são objeto do elemento cognitivo do dolo, com as ressalvas inerentes à teoria limitada da culpabilidade.

11. No erro de proibição e, de forma geral, no âmbito da culpabilidade, deverão sempre ser consideradas as capacidades pessoais do indivíduo que resultam em sua personalidade. Assim, a culpabilidade é também a responsabilidade *pessoal* pelo injusto penal praticado, não devendo esse conceito ser confundido, de forma rasa, com o direito penal do autor.

12. Uma consequência da culpabilidade como irresponsividade à punição é que a cognição individual relevante para fins de erro de proibição não se restringe ao âmbito do injusto penal,

alcançando todos os pressupostos de aplicação da pena, à exceção da tipicidade. Portanto, embora a expressão “consciência da ilicitude” possa ser utilizada para precisão científica e para correspondência legal, vê-se que o termo “ilicitude” deve significar *possibilidade de punição*.

13. Nos sistemas penais contemporâneos, ampliam-se os espaços de reconhecimento do erro de proibição inevitável, visto que a consciência da possibilidade de punição é influenciada pela medida com que os elementos ético-sociais são capazes de deduzir a esfera jurídica de punição das leis penais incriminadoras. Se há leis penais incriminadoras e preceitos secundários de alta complexidade e difícil veiculação, os espaços para o erro de proibição inevitável são maiores.

14. O contexto de dúvida quanto à proibição é um legítimo caso de erro de proibição, visto que se trata de situação em que é ausente a plena consciência da possibilidade de punição, e tem influências importantes no âmbito de sua evitabilidade, especialmente por se tratar de um dos motivos concretos para tomar conhecimento da ilicitude da conduta.

15. Dentre as hipóteses usualmente tratadas como erro de proibição, apenas poderiam ser tratadas dessa forma as hipóteses de erro sobre a proibição propriamente dita, de erro sobre a existência ou alcance de uma causa de justificação, sobre a eficácia da norma penal em uma situação fática, sobre a aplicação de uma causa de exclusão da culpabilidade e, por fim, sobre a punibilidade do injusto penal praticado.

16. Os erros sobre a subsunção do fato à norma e sobre o mandamento, este específico quanto aos crimes omissivos, não podem ser espécie de erro de tipo, por exigirem um juízo de tipicidade estritamente técnico. A possibilidade de esses erros levarem à exclusão da tipicidade constitui problema autônomo e excede o escopo das investigações aqui realizadas.

17. A ideia de *potencial* consciência da possibilidade de punição deve ser revisada, pois essencialmente leva à análise de aspectos inerentes à evitabilidade, confundindo os limites entre dois problemas autônomos do erro de proibição: caracterização e evitabilidade. Além disso, é uma expressão que significa, no máximo, erro de proibição evitável, mas sem indicar as razões pelas quais sua evitabilidade é constatada no caso analisado.

18. A caracterização do erro de proibição ocorre sempre que inexiste a consciência segura da possibilidade de punição da conduta. Problema distinto e autônomo é avaliar se, nos casos

alheios à consciência segura da punibilidade, deveria ou poderia o indivíduo, por alguma razão, tê-la adquirido. Ou seja, trata-se de indicar quando pode haver culpabilidade, mesmo se ausente a plena consciência da possibilidade de punição: quais aspectos a fundamentam nessa ausência. Esse é o problema autônomo da evitabilidade do erro de proibição.

19. A evitabilidade do erro de proibição é um juízo dividido em três etapas, cada qual referida à análise dos seguintes critérios: dever de se informar, possibilidade de conhecimento e a insuficiência das diligências para chegar à consciência da possibilidade de punição. Essas etapas são interdependentes e vinculadas, de modo que apenas se pode exigir a diligência à medida das possibilidades, e apenas se avaliam as possibilidades à medida dos deveres.

20. As três etapas indicadas buscam conciliar dever, possibilidade e diligências: elementos distintos no plano ontológico e valorativo. A integração desses elementos em etapas não segue uma ordem cronológica no plano fático, mas uma ordem meramente analítica, visto que haverá casos em que a possibilidade de conhecimento precede o dever no plano fático e cronológico.

21. O dever de se informar é dividido entre um aspecto formal e um aspecto material. Seu aspecto formal se refere à constatação de que a existência da lei penal incriminadora implica à necessidade de conhecimento da ilicitude penal que lhe corresponde e, especialmente, de suas consequências penais correspondentes. Dessa forma, o sistema jurídico apenas pode exigir do indivíduo que cumpra aquilo que ele exige que o indivíduo conheça.

22. Não obstante, o dever de se informar depende de um aspecto material para que seja plenamente caracterizado, que consiste na existência de um motivo concreto para se informar. Esse motivo pode ser a existência de dúvida quanto à possibilidade de punição da conduta, o exercício de atividades regulamentadas ou a possibilidade de que a conduta incida na esfera de terceiros.

23. A segunda etapa do juízo de evitabilidade tem como critério reitor a possibilidade de conhecimento da punibilidade da conduta. Essa possibilidade compreende a acessibilidade da informação no plano naturalístico, a capacidade físico-intelectual de compreensão quanto à possibilidade de punição da conduta e a disponibilidade de meios externos de consulta.

24. A terceira e última etapa da análise sobre a evitabilidade consiste em verificar se as diligências empreendidas pelo agente foram insuficientes para cumprir o dever de informação, de modo a justificar a inevitabilidade do erro de proibição. Nessa ocasião, o elemento principal é a admissão de que apenas pode ser exigida do indivíduo a diligência mínima para verificar a possibilidade de punição da conduta praticada.

25. A concepção se fundamenta na constatação de que, se o Estado cumpriu com seu dever de publicar e esclarecer as proibições penais contidas no ordenamento jurídico, uma diligência mínima empreendida pelo indivíduo será capaz de alcançar o conhecimento da possibilidade de punição de sua conduta. Por outro lado, caso o dever do Estado não tenha sido efetivamente cumprido, o ônus desse descumprimento não poderá ser imputado ao indivíduo, aumentando a necessidade de que empreenda mais diligências.

26. Essa concepção também se ampara no conteúdo da culpabilidade como irresponsividade à punição, visto que afasta a perspectiva altruística sobre a evitabilidade do erro de proibição – que resume todo o problema à obediência à norma porque ela seria a expressão do “justo” –, prevalecendo a ideia de que qualquer indivíduo deve diligenciar apenas o mínimo possível para conhecer a possibilidade de punição de sua conduta.

27. Também quanto à última etapa, é necessário observar que as diligências possíveis se referem àquelas intrassubjetivas – realizáveis individualmente – e extrassubjetivas – as quais dependem de terceiros. A constatação da diligência dependerá de cada caso analisado, mas tem-se como exemplos possíveis a consulta jurisprudencial, a requisição de pareceres, dentre outros, sempre levando em consideração que a diligência deve ser mínima.

28. A similitude da estrutura proposta para o juízo de evitabilidade do erro de proibição com a teoria da omissão não é simples coincidência, representando uma possibilidade de justificativa dogmática dessa estrutura em meio ao ordenamento jurídico.

29. O resultado da estrutura é que o erro de proibição será sempre inevitável caso algum desses elementos esteja ausente, ou seja: se não houver dever ou possibilidade de conhecimento da punibilidade da conduta, ou se as diligências empreendidas forem suficientes – ou, ainda que ausentes, caso as informações hipotéticas fossem ineficazes.

30. Por outro lado, o erro de proibição apenas será considerado evitável – fundamentando a culpabilidade – caso todos esses elementos estejam presentes cumulativamente, e devidamente justificados a partir dos critérios expostos neste trabalho: dever de informação, possibilidade de conhecimento e insuficiência das diligências.

31. No que se refere à pena, a inevitabilidade do erro de proibição impossibilita a imposição de pena, visto que sequer existe crime, pela exclusão da culpabilidade. De outra maneira, o erro de proibição evitável pode levar à redução da pena, de um sexto a um terço, nos termos do que está determinado pelo art. 21 do Código Penal.

32. Espera-se, sobretudo, que as contribuições elencadas no presente trabalho incentivem a realização de estudos sobre o erro de proibição e sua evitabilidade, aumentando as possibilidades de sua aplicação no âmbito jurisdicional e resultando em maior segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Martim de. **Para uma distinção do erro sobre o facto e do erro sobre a ilicitude em direito penal**. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, Ministério das Finanças, 1968.

ALVES, Catarina Abegão. **O erro sobre a validade espacial da lei penal**. Lisboa: AAFDL, 2017.

AMBOS, Kai. A liberdade no ser como dimensão da personalidade e fundamento da culpa penal: sobre a doutrina da culpa de Jorge de Figueiredo Dias. **Revista Panóptica**, ano 3, n. 18, mar./jun. 2010.

ASSIS, Augusto. O erro: especial foco no erro de proibição. *In*: BUSATO, Paulo César (Org.). **Teoria do delito**. Curitiba: Juruá, 2012.

BACIGALUPO, Enrique. **Delito y punibilidad**. 2 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

_____. *La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 27-40., abr./jun. 1996.

BARREALES, María A. Trapero. *El error en las causas de justificación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. *In*: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). **Cem anos de reprovação: contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: El foro, 2002.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die Rechtmässige Handlung die Arten des delikts. Zweiter Band: Schuld und Vorzatz*. Leipzig: Wilhelm Engelmann, 1872.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Tratado de direito penal**. Vol. 1. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BITTAR, Walter Barbosa. **A punibilidade no direito penal**. São Paulo: Almedina, 2015.

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

BRODT, Luis Augusto Sanzo. **Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. **Do estrito cumprimento do dever legal**. Porto Alegre: SAFE, 2005.

_____. **Novo estudo sobre a consciência da ilicitude**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2019.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BUSATO, Paulo César. **Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/94-ARTIGOS>. Acesso em 15 jan. 2019.

CAMARGO, A. L. Chaves. **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. Critérios para aferição do erro de proibição no direito penal econômico: distinção in se e mere prohibita. **Revista Delictae**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, 1975.

_____. A especial técnica de estruturação dos tipos de delitos econômicos. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, vol. 9, nº18, mai.-ago. 2017.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal: parte geral**, vol. 1, §§258 e 259.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTRO, Renato de Lima. Alguns aspectos dos crimes omissivos. **Revista jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**, Porto Alegre, v. 51, n. 304, p. 71-84, fev. 2003.

CEREZO MIR, José. **Curso de derecho penal español**. Tomo 1. Madrid: Tecnos, 1993.

_____. *El concepto material de culpabilidad*. **Criminalia**. n. 2, v. 63, 1997.

CÓRDOBA, Fernando Jorge. **La evitabilidad del error de prohibición**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

COSTA JR., Heitor. Culpabilidade e reprovação. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). **Cem anos de reprovação: contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **Direito penal da negligência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

COSTA, Victor Cezar da Silva. **Crimes omissivos impróprios**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

CRESPO, Marcelo. **Do conhecimento da ilicitude em face da expansão do direito penal**. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

D'AQUINO, Dante Bruno; GUARAGNI, Fábio André. "Póstuma modernidade" e erro de proibição. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 88, p. 45-60., jan./fev. 2011.

DIAS, Augusto Silva. **"Delicta in se" e "Delicta mere prohibita"**: Uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.

DONNA, Edgardo Alberto. **El exceso en las causas de justificación: estudio del artículo 35 del Código Penal**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1985.

DOTTI, René Ariel. Algumas notas sobre o oráculo da culpabilidade. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). **Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

DUARTE, José A. **O erro no código penal**. Lisboa: Veja, 1984.

ENGISCH, Karl. **Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht**. 2ª reimpressão da edição de 1930. Berlim: Aalen, 1995.

EXNER, Franz. **Das Wesen der Fahrlässigkeit**, Leipzig-Wien, 1910.

FELGUERAS, Santiago. *El error de subsunción. Doctrina Penal*. Buenos Aires, v. 14, jan./jun. 1991.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. Da 14ª edição alemã por Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. O tratamento da culpabilidade antes da formação da dogmática penal e o surgimento da presunção do conhecimento de lei. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 19, n. 37, 2016.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes omissivos no direito brasileiro. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 33, p. 41-47, jan./jun. 1982.

_____. **Lições de direito penal: parte geral**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. **Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade**. Revista dos Tribunais São Paulo, n. 738, 1997.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 2ª Ed. rev. e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Buenos Aires: B de F, 2002.

FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003.

FRISCH, Wolfgang. *El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad*. In: FRISCH, Wolfgang [et al.]. *El error en derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010.

FROSALI, Raul Alberto. *Sistema penale italiano. Parte prima: diritto penale sostanziale*, vol. II. Turim: UTET, 1958.

GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Editorial Bosch, 1959.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**. 11 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

GARCÍA PÉREZ, Octavio. *La punibilidad nel Derecho penal*. Madrid: Aranzadi Madrid, 1997.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión: o de comisión por omisión*. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 34-62, jul./set. 2003.

GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Trad. Ricardo C. Núñez. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: RABELLO, Ronaldo; POLETTI, Britto (Org.). **Notícia do direito brasileiro**. Brasília: UnB, 2000.

_____. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie: Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlegendiskussion*. Berlin: Duncker & Humboldt, 2009.

_____. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal*. Tradução do alemão de Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madrid: Marcial Pons, 2015.

GURRUCHAGA, Hugo Daniel. *El consejo equivocado del abogado frente al error de prohibición. Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*. Buenos Aires, v. 15, 59/60, p. 467-479, jul./dez. 1992.

_____. *El error en el delito*. Buenos Aires: Editorial Din, 1989.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3 eds. rec. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Safe, 2005.

_____. *Los elementos característicos del dolo*. In: ADCP. Trad. Maria Pita. Madrid: CPMJ, 1990.

_____. *Neurociencias y culpabilidad en Derecho Penal*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Disponível em: < <http://www.indret.com/pdf/821.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2019, p. 6.

_____. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Trad. Antonio Correia. Coimbra: Arménio Amado, 1978.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Londres: Green Dragon, 1979.

HORN, Eckhard. *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*. Berlin: Duncker & Humblot, 1970.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco**. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

HRUSCHKA, Joachim. *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*. 2ª ed. Berlin, 1988.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. I, t. II.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. *El principio de la culpabilidad*. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, Centro de publicaciones, Tomo XLV, Fascículo I, p. 1051-1083, Enero/Abril, MCMXCII.

_____. *Sociedad, norma y persona em una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. Cancio Meliá, Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996.

_____. *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*. Berlin-New York, 1972.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5 ed. Granada: LAEL, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Reflexiones sobre el error de derecho en materia penal*. Buenos Aires: Librería El Ateneo Editorial, 1942, p. 117.

KAUFMANN, Armin. *Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum*. In: *Festschrift für Eb. Schmidt zum 70 Geburtstag am 25 März 1974*. STRATENWERTH, Gunther [et al.] [orgs.]. Berlin-Nova Iorque, 1974.

KOENIG-ROBERT, Roger, PEARSON, Joel. *Decoding the contents and strength of imagery before volitional engagement*. *Sci Rep*, v. 9, n. 3504, 2019.

LEITE, Alaor; ASSIS, Augusto. O erro. Especial foco no erro de proibição. In: BUSATO, Paulo César (Org.). *Teoria do delito*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 302.

LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**: atuação nos limites entre o permitido e o proibido. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Existem deveres gerais de informação no direito penal? violação de um dever, culpabilidade e inevitabilidade de erro de proibição. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 23, n. 2, abr./jun. 2013.

_____. *Handeln nach falschem Rat: Zugleich ein Beitrag zum Schuldbegriff*. In: WOLTER, Jürgen [et al.] [org.] *Goldammer's archiv für Strafrecht*, C.F. Müller, n. 166, 2019.

LESCH, Heiko. *El error de prohibición: fundamentos dogmáticos para su tratamiento; comprensión del injusto; formas bajo las cuales se presenta el error de prohibición y inevitabilidad del mismo*. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n. 4-5, v. 3, 1997.

LISZT, Franz von. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Berlin: J. Guttentag, 1900.

_____. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899.

MARQUES NETO, Agostinho. Sentimento inconsciente de culpa e necessidade inconsciente de punição – uma questão para o direito penal. In: GUERRA, Andréa [et. al]. **A criminologia em questão**: direito e psicanálise III. Belo Horizonte: Scriptum, 2017.

MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições fundamentais de direito penal**: parte geral. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.

MELLO, Sebastian Borges. **O conceito material de culpabilidade**: O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Juspodivm, 2010.

MEZGER, Edmundo. *Derecho penal: parte general*. Trad. Ricardo C. Núñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografía Argentina, 1958.

MILHEIRO, Tiago Caiado; VIEIRA, Frederico Soares. **Do erro sobre a punibilidade**. Lisboa: Quid Juris, 2011.

MIR PUIG, Santiago. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. São Paulo: RT, 2007.

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

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o direito penal do seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo**. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **El error em Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

_____; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal: parte general**, 8 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

NEUMANN, Ulfried. *Der Verbotsirrtum (§ 17 StGB)*. **JuS** 1993, p. 799.

NIETO MARTÍN, Adán. **El conocimiento del Derecho: un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición**. Barcelona: Atelier Libros, 1999.

NOGALES, Inés Olaizola. **El error de prohibición: especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad**. Madrid: La Ley, 2007.

OTTO, Harro. **Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre**. 5. ed. Berlin. New York: Walter de Gruyter, 1996.

PALAZZO, Francesco Carlo. **Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PARDINI, Lucas. **Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 140.

PARDOS, Mariano. **El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: sobre el nacimiento de las concepciones normativas**. Granada: Comares, 2002.

PUPPE, Ingeborg. *Error de hecho, error de derecho, error de subsunción*. In: FRISCH, Wolfgang [et al.]. **El error en derecho penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **O direito a ações imorais: Paul Johann Anselm von Feuerbach e a construção do moderno direito penal**. São Paulo: Almedina, 2012.

REZNIKOWSKI, Joachim. **Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato**. Orgs. Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de a antijuridicidad en la teoria del delito**. Barcelona: Bosch, 1962.

RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Trad. Muñoz Conde. Madrid: REU, 1981.

_____. *Derecho penal: parte general*. Trad. 2ª ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*. Munique: Beck, 1969.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. *Direito penal: parte geral*. 8 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

_____. Culpabilidade: desintegração dialética de um conceito metafísico. *Revista de Direito Penal*, v. 15/16, 1974.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 2ª ed. Tübingen: Mohr, 1975.

_____. *Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtsein*. In: GEERDS, Friedrich; NAUCKE, Wolfgang [Orgs.] *Fs-Hellmuth Mayer*, 1966.

SCHOPENHAUER, Arthur. *O livre arbítrio*. In: *Os Grandes Clássicos da Literatura* vol. III. São Paulo: Novo Horizonte, 1982.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Trad. e coord. Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

_____. *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.

_____. *Las reglas de la técnica en derecho penal*. In: *Obras*. 1ª ed. Rubinzal-Culzoni, 2009, t. II.

SCHÜNEMANN, Hans-W. *Verbotsirrtum und faktische Verbotskenntnis*. In: *Neue Juristische Wochenschrift*, München: C. H. Beck, 1980.

SERRA, Teresa. *Problemática do erro sobre a ilicitude*. Coimbra: Almedina, 1991.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. Coleção Direito e Ciências Afins. Volume 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Teoría del delito y derecho penal económico empresarial. In: La teoría del delito en la práctica penal económica.* ____; Miró Llinares, Fernando (Dir.). Madrid: La Ley, 2013.

SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. **O princípio da legalidade e o direito penal econômico:** análise sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Panorama da concepção atual de culpabilidade. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, n. 0, v. 1, 2000.

SIMANTOB, Fábio Tofic; OLIVEIRA, Carolina de Queiroz Franco. Reflexões penais sobre o ICMS. **Boletim do IBCCRIM**, ano 17, n. 208, mar. 2010.

SIQUEIRA, Flávia. Casos Práticos: Sobre o Estudo de Casos; Esclarecimentos Necessários. In: _____. **O Princípio da Confiança no Direito Penal.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SOLER, Sebastian. *Culpabilidad real y culpabilidad presunta. In: Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. XV, F. III, septiembre-diciembre. Madrid: INEJ, 1962.

_____. **Derecho penal argentino.** Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953.

_____. *La omisión.* **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 22, p. 69-72, out./nov. 2003.

SPOLANSKY, Norberto Eduardo. *Delito, error y excusas absolutorias.* **CDPJ**, año 3, n. 4, 1997.

SPOSATO, Karyna Batista. Culpa e Castigo: modernas teorias da culpabilidade e limites ao poder de punir. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 13, n. 56, jul./ago. 2005.

STRATENWERTH, Günter. *Exclusión evitable de la culpabilidad*, CDJP, v. III, n. 6, 1997.

_____. **Derecho Penal: parte general.** Trad. Gladys. Madrid: Edersa, 1982.

TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 125-157, jul./set. 1996.

_____. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 24, v. 6, 1998.

_____. **Teoria do injusto penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. **Teoria dos crimes omissivos.** Madrid: Marcial Pons, 2012.

_____. **Teorias do delito:** variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. **Teoria do crime culposos.** 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena:** fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TIEDEMANN, Klaus. *La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 10, n. 37, p. 73-97, jan/mar. 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**, n. 20, 1983.

_____. **O erro no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Teorias do dolo e teorias da culpabilidade. **Revista dos Tribunais**, 566, 1982.

VELÁSQUEZ, Fernando. *La culpabilidad y el principio de culpabilidad*. **Revista de derecho y ciencia políticas**, v. 50, 1993.

VELTEN, Petra. *Normkenntnis und Normverständnis*. Baden-Baden, 2002.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires: B de F, 2004.

_____. *Derecho natural y positivismo jurídico*. In: **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Buenos Aires: B de F, 2006.

_____. **Derecho penal: parte general**. Trad Carlos Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956.

_____. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

WESSELS, Johannes. **Direito penal: parte geral**. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFE, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Derecho penal: parte general**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____. **En busca de las penas perdidas**. Buenos Aires: EDIAR, 1989.

_____. *En estado de derecho sólo hay delincuentes*. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). **Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.