

A TEORIA NORMATIVA DO DOLO E A IRRELEVÂNCIA DO ÊRRO DE DIREITO

BASILEU RIBEIRO FILHO

SUMÁRIO: I — Introdução;
 II — Direito Romano;
 III — Direito Alemão;
 IV — Direito Italiano;
 V — Direito Brasileiro;
 VI — Conclusões.

I

Entendemos que no Direito Penal Brasileiro, onde está consagrado o princípio segundo o qual “a ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena” (art. 16 do C. Penal), não se pode considerar o conhecimento, por parte do agente, da ilicitude de seu ato, como requisito da punibilidade do mesmo. É nesse sentido que pretendemos demonstrar a incompatibilidade entre a *consciência da injuricidade* ou a *teoria normativa do dolo* e a irrelevância de direito.

Elucidemos desde já o aspecto terminológico da questão. A terminologia jurídica, como tôda terminologia técnica, tem por finalidade designar conceitos mais ou menos complexos por palavras mais ou menos simples. Para isto, é fundamental, no entanto, que seja respeitado o princípio de que a um determinado termo corresponde sempre um conceito e um conceito só. Esse rigor que é característico das ciências exatas, não se verifica em matéria jurídica; no campo do direito, muitas vêzes, o mesmo termo é usado para designar conceitos afins. O estudo jurídico, mais do que qualquer outro, corre, assim, o risco da imprecisão de linguagem e dos mal-entendidos que ela pode originar, levando-nos a discutir sôbre palavras quando pensamos estar discutindo sôbre idéias.

Devemos, por conseguinte, de início, fixar o debate quanto a seu aspecto terminológico, de modo a colocá-lo ao abrigo das eventuais flutuações de sentido de certas fórmulas consagradas, como “êrro de direito”, “culpabilidade normativa” etc.

Tomamos a expressão *consciência da injuricidade* como “conhecimento da ilicitude do ato”, jamais como “conhecimento de circunstâncias do fato”, seja qual fôr, para o direito, a significação dessas circunstâncias. Tomamos, por outro lado, a expressão *teoria normativa do dolo* no sentido, aliás consagrado, daquela teoria que exige a mencionada consciência da injuricidade como elemento do dolo e constitui a principal variante, pelo menos a mais antiga, da doutrina da culpabilidade normativa. Quando nos referimos a *êrro de direito*, fazemo-lo no sentido de ignorância ou errada compreensão da lei.

Antes de passarmos à demonstração de nossa tese, que é de direito positivo brasileiro, procuraremos resumir como o problema se situa historicamente, assim como em algumas das principais legislações estrangeiras e dentro das doutrinas mais conhecidas.

Sob o aspecto histórico, é interessante assinalar, de início, que a questão da irrelevância do *error iuris* sempre estêve ligada àquilo que, hoje, se denomina *consciência da injuricidade*; ambas as questões sempre fizeram parte de uma indagação maior que, durante muito tempo, se apresentou como pertinente à natureza do dolo. Deve o dolo compreender o conhecimento da ilicitude do ato ou basta a vontade de praticar conscientemente um ato ilícito?

A questão, colocada em tôda sua amplitude, é complexa porque nela se defrontam, desde sua origem, dois argumentos de igual relevância: um argumento de justiça e um argumento de segurança, como ocorre em muitas instituições jurídicas. Por um lado, o argumento de justiça nos leva a exigir, para que uma ação seja punível, que o agente não só tenha querido um resultado proibido por lei, mas que o tenha feito sabendo que êsse resultado é proibido. É o que R. MAURACH (*Tratado de Derecho Penal*, vol. I, pág. 135) expressa de maneira tão incisiva, quando diz: “Toda renuncia al conocimiento de la antijuricidad privaría al derecho penal de su ética razón de ser, y daría entrada a la pena sin culpa”. Portanto, o requisito da consciência da ilicitude decorre do princípio, talvez o mais fundamental na evolução do direito penal e no progresso da civilização, que é o de não haver pena sem culpa. Mas, por outro lado, o argumento de segurança levou ao tradicional *error iuris nocet*, consagrado, ainda hoje, na maioria das legislações modernas, entre elas, a nossa.

Assim, se há razões imperiosas de justiça para só punir aquêle que age sabendo que viola a lei e, por conseguinte, para

não punir aquêlê que age sem saber que a viola, há razões de política criminal, como se diz hoje, que levam a presumir o conhecimento da lei por parte de todos.

Notemos, pois, e isto já favorece nossa tese, que, desde que se remonte às raízes do princípio da irrelevância do êrro de direito e desde que se remonte, também, às da consciência da injuricidade, se chega a uma mesma questão. Por dois caminhos diversos, atingimos um problema só; mais precisamente: abordamos êsse problema por suas duas faces.

Trata-se das duas respostas contraditórias que se podem dar à mesma pergunta: pode punir-se alguém que praticou um ato criminoso sem saber que êsse ato era criminoso ou não? O princípio de justiça que tomou sucessivamente a forma do *dolus malus*, do requisito da perversidade, da teoria normativa do dolo, do êrro de proibição, nos leva a responder negativamente. Por outro lado, o princípio de segurança que revestiu a forma do dogma tradicional *nemo censetur...*, reiteradamente consagrado na maioria das legislações, até hoje, nos leva a responder afirmativamente.

O que é preciso reter, portanto, é o indisfarçável conflito entre os dois institutos, desde sua origem; não devemos procurar escamotear êsse antagonismo; não devemos, por um lado, satisfazer nossa preocupação de justiça, afirmando que não há dolo sem consciência da injuricidade, e, por outro, atender a nossa exigência de segurança, dizendo: “não há dolo sem consciência da injuricidade, mas isto nada tem a ver com o princípio da irrelevância do êrro de direito, que deve ser mantido”. Assim procedendo — como faz grande parte de nossos juristas — estamos-nos iludindo e afirmando duas proposições contraditórias.

Estudaremos, adiante, as vãs tentativas esboçadas no sentido de conciliar o inconciliável e concluiremos que é preciso tomar sôbre essas questões a posição que elas exigem: uma posição unitária; ou fazemos prevalecer o elemento justiça e, então, exigimos o conhecimento do ilícito e, por outro lado, suprimimos o dogma *error iuris nocet*; ou, inversamente, fazemos prevalecer o requisito de segurança e anulamos a exigência da consciência da injuricidade. É também possível, sem dúvida, conceberem-se soluções intermediárias, mas, então, necessariamente, na medida em que se dará *mais* ao elemento justiça, ter-se-á que dar *menos* ao princípio *error iuris nocet*; reduzindo o seu rigor, como, aliás, é reconhecido nas poucas legislações modernas que levam expressamente em conta o eventual êrro sôbre a ilicitude do ato, como ocorre no Cód. Penal Norueguês (art. 57), no Cód. Penal Soviético (art. 8.º) e no Cód. Penal Suíço (art. 20), que se referem, respectivamente, ao “êrro no que concerne o caráter ilícito do ato”; à “consciência do caráter socialmente perigoso do ato” e

à “crença, por parte do agente, de que “estava no direito de agir.” (apud, *Les Codes Pénaux Européens* e *La Réforme Pénale Soviétique*, Paris, 1962)

II

No Direito Romano, a questão apresenta as dificuldades próprias de todo estudo dessa natureza, que consiste em extrair, de textos não sistematizados e, por vêzes, contraditórios, uma solução geral do problema.

G. FALCHI, *Diritto Penale Romano*, Padova, 1957, Vol. II, pág. 106, considera que o Direito Romano se colocou numa posição intermediária entre a doutrina que exige a consciência do ilícito e a que se contenta com a vontade do fato que constitui o crime.

C. FERRINI, *Diritto Penale Romano*, in *Trattato de Cogliolo*, Vol. I, parte I, págs. 49-50, depois de analisar uns textos em que o êrro de direito escusa e em que “o desprezo da norma conhecida parece ser considerado como elemento essencial do dolo”, e outros em que, pelo contrário, o êrro de direito é irrelevante, resolve essa aparente contradição por uma distinção entre os atos “cujo caráter anti-social ninguém pode, normalmente, ignorar” (como o homicídio, o furto, etc) e outros cujo caráter criminoso não é intuitivo, concluindo: “È quindi naturale che per reati violatori della prima categoria di norme non si ammette di regola la scusa della ignoranza, mentre più facilmente si ammette per quelli che violano la seconda”. Essa distinção, que constitui um argumento histórico em favor da teoria normativa do dolo e do abrandamento do princípio *error iuris nocet*, mostra também que, como dissemos há pouco, os dois institutos estão ligados desde sua origem.

III

È no Direito Alemão que a teoria normativa do dolo foi mais elaborada. O Cód. Penal Alemão contém o controvertido § 59, onde se lê: “Lorsqu’au moment de la commission d’un acte punissable, l’auteur ignorait l’existence des circonstances qui en constituent les éléments légaux ou qui sont aggravantes, ces circonstances ne seront pas retenues à son encontre” (apud *Les Codes Pénaux Européens*).

Sobre essa base legislativa, VON LISZT, *Diritto Penal Alemão*, trad. José Higino, Vol. I, pág. 285, ed. 1899, acolhe a teoria psicológica e afirma: “Segundo o que fica dito, é fora de dúvida que a idéia de dolo não compreende a consciência da ilegalidade”,

esclarecendo, em nota, que não se pode invocar o § 59 em favor dêsse requisito, como pretendem BINDING e outros, diante da referência que a lei faz a “circunstâncias”. Teremos ocasião de voltar a êsse argumento: com efeito, não se deve confundir o conhecimento das circunstâncias valoradas pela lei com o conhecimento dessa valoração. Neste segundo conceito é que reside a teoria normativa do dolo, e não se deve invocar, indevidamente, a seu favor, o primeiro.

Entretanto, é sôbre essa mesma base legislativa que grande número de juristas germânicos, notadamente Mezger, constrói a teoria normativa do dolo. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, Vol. II, pág. 87, reconhece, de início, que o direito vigente não contém preceito algum em que “se desenvolva de modo detalhado o conceito de dolo” e acrescenta, referindo-se ao § 59: “La ley solo da a entender que para la existencia del dolo es necesario un determinado conocimiento de circunstancias de la acción punible” e formula a seguinte definição de dolo: “Age dolosamente quem conhece as circunstâncias de fato e a significação de sua ação e admitiu em sua vontade o resultado”. Como se vê, o dolo pressupõe não apenas o conhecimento dos fatos, mas também o da significação da ação. Em seguida, o autor passa a analisar separadamente êsses elementos: 1.º o conhecimento dos fatos; 2.º o conhecimento da significação, que, por sua vez, compreende, “o conhecimento da significação dos elementos normativos do tipo” e “o conhecimento da significação antijurídica da ação”; êste último elemento constitui a característica essencial da teoria.

Analisemos, em primeiro lugar, o conhecimento da significação dos elementos normativos do tipo. MEZGER dá os seguintes exemplos: o art. 176, 2, pune as relações sexuais com mulher “alienada ou privada de conhecimento ou vontade”. Pois bem, o conhecimento da significação do tipo consistiria, aqui, no conhecimento não apenas dos sintomas da doença mental, nem, por outro lado, exigiria um diagnóstico preciso, “pero sí, debe ser consciente el autor de que la persona de que se abusa estaba mentalmente perturbada, tal como este concepto es entendido en el círculo y ambiente propios” (pág. 123). Para ser punido por um dos delitos praticados no exercício de uma função pública, o autor deve estar consciente de que entrou para o serviço público. Para ser punido pela prática de ato contrário ao pudor (art. 176) é preciso que o agente tenha conhecimento da “desaprovação social de dita conduta”. Essa “valoração paralela do autor na esfera do profano”, fórmula muito repetida, como veremos, se distinguiria da valoração jurídica, embora “ande na mesma direção” (pág. 122).

Parece-nos que êsses exemplos merecem uma distinção: em alguns dêles, como nos casos de “doença mental” e “função pú-

blica”, é muito discutível que se trate do conhecimento da significação e não do simples conhecimento do fato. Quanto ao exemplo do ato contrário ao pudor, a exigência da consciência da “desaprovação social” constitui, sem dúvida, um elemento normativo, mas, então, não se vê como admiti-lo sem quebra do princípio *error iuris nocet*. Raciocinemos: se o agente pratica um ato socialmente considerado contrário ao pudor, como poderá êle alegar que ignorava essa reprovação sem estar alegando a ignorância da lei, pois a norma compreende, também, o sentido jurídico, que não é mais do que o social dos elementos de que se compõe? “Ato impudico”, para o art. 176, 3, é aquêlê que a sociedade, no seu conjunto, assim considera e, por conseguinte, todo indivíduo que praticar um dêsses atos e alegar o desconhecimento da censura social, estará invocando a má compreensão da lei penal.

Não há como evitar o conflito: desde que se chega a um elemento *puramente normativo*, esbarra-se no princípio da irrelevância do êrro de direito.

Passemos ao conhecimento da significação antijurídica da ação, chegando, assim, ao âmago da teoria normativa do dolo. A autor (págs. 126-127) reconhece que o § 59 não consagra expressamente a consciência da injuricidade, mas argumenta que tampouco a repele. Deduz êsse elemento da própria essência da culpabilidade que é “ação como expressão jurídicamente reprovada da personalidade”. Em que consiste, precisamente, êsse conhecimento do caráter antijurídico da ação? Voltamos, aqui, à valoração “na esfera do profano”. É a “apreciação da ação no círculo de pensamentos da pessoa individual e no ambiente do autor, orientada no mesmo sentido que a valoração legal-judicial” (pág. 129). Basta que o autor saiba que faz algo proibido.

Vê-se, desde já, como se tentará conciliar a teoria normativa do dolo com o princípio *nemo consetur*... : dir-se-á que não se exige o conhecimento da lei, mas uma simples consciência de praticar um ato reprovado. Mostraremos quanto é illusória essa distinção.

Analisemos, agora, como se coloca o problema perante a teoria finalística da ação. Sob essa denominação, tem-se designado a moderna escola alemã que se caracteriza, essencialmente, por incluir o dolo na própria ação, restando, para a culpabilidade, não mais a relação psicológica do agente com o resultado, mas a reprobabilidade que incide sôbre o agente em virtude de sua ação.

É o que R. Maurach assim resume: “Enquanto que as teorias causalistas da ação postulam que a direção da vontade do agente não desempenha papel algum na determinação do tipo do delito cometido, e que o dolo, em consequência, deve localizar-se na cul-

pabilidade, a teoria finalista considera o dolo, pelo contrário, como elemento subjetivo do tipo. Subtrai, por assim dizer, o dolo do domínio da culpabilidade.” *A teoria da culpabilidade no direito penal alemão, na Revista Brasileira de Criminologia*, Vol. 15, página 24-25. Explica o autor, a seguir, de que se constitui a culpabilidade, dizendo: “Os elementos constitutivos da culpabilidade são: a exigibilidade de uma conduta conforme a lei; a imputabilidade do autor e a possibilidade concreta de conhecer o caráter ilícito do fato realizado” (pág. 25). Precisando êste último requisito (o requisito normativo) diz: “Tampouco exigimos a presença positiva e atual do conhecimento do injusto: contentamo-nos com o chamado conhecimento potencial do injusto: o autor agiu de modo culpável tão-só se tinha a possibilidade de conhecer a antijuricidade de seu ato, e não importa se a conheceu em realidade”. (*O conceito finalista da ação e seus efeitos sobre a teoria da estrutura do delito, na Revista Brasileira de Criminologia*, Vol. 14, pág. 32-33). Assinale-se, mais uma vez, que êsse potencial conhecimento do injusto não é incluído no dolo (como a consciência da injuricidade o é na teoria normativa do dolo). “Delito es acción, un proceso típicamente antijurídico, que se reprocha al autor por haber podido conocer el injusto de su hacer. El potencial conocimiento del injusto se encuentra fuera deste proceso: no puede ser elemento del dolo” (R. Maurach, *Tratado*, Vol. II, pág. 144).

A nosso ver, caberia observar que, apesar de se colocar fora do dolo, essa “possibilidade de conhecer a injuricidade da ação” *pressupõe* uma relação psicológica do agente com seu ato, e não estamos, no fundo, tão longe da “consciência da injuricidade”, segundo a teoria normativa do dolo. Nesta se pune na medida em que o agente sabia que seu ato era contrário ao direito; na teoria finalística se pune na medida em que a conduta do agente é reprovável porque êle podia saber que ela era contrária ao direito. Através do juízo de reprovação, volta-se ao psicológico.

O conceito de êrro, por sua vez, sofre uma alteração dentro dessa doutrina: seria mesmo um dos pontos em que ela demonstra sua excelência, segundo seus seguidores: “Também a questão do êrro de fato e êrro de direito, que na doutrina alemã é envolvida no tratamento do êrro de tipo e do êrro de proibição, estaria resolvida, uma vez por tôdas, com a teoria finalista”, observa Nelson Hungria, embora discordando em *A teoria finalista no Direito Penal*.

A distinção *êrro de fato, êrro de direito* é substituída por outra: *êrro de tipo, êrro de proibição*. O primeiro exclui o dolo, o segundo, a culpabilidade (H. WELZEL, *Derecho Penal*, pág. 177); se o agente se engana sobre uma característica que pertence ao tipo objetivo do injusto, ocorre o primeiro, “el error de prohibición, en cambio, deja intacto el dolo del hecho y se refiere —

con pleno conocimiento de las circunstancias objetivas del hecho — a otros fundamentos que están fuera del tipo y excluyen la antijuridicidad según la opinión del autor, . . . el autor o no conoce la norma jurídica o la desconoce (la interpreta erroneamente), o acepta erroneamente un fundamento de justificación”. O autor, a seguir, dá como exemplo desta segunda hipótese (erro sobre uma excludente da injuricidade), “entre outros, o da legítima defesa putativa, mostrando que a teoria dominante entende haver, neste caso, um erro de tipo, o que é incorreto, pois a excludente da injuricidade não é uma “característica negativa do tipo”, exclui tão-somente a injuricidade, não o tipo, nem o dolo.

Concluindo, diz H. WELZEL: “Por lo tanto, error de hecho y error de derecho, por una parte, y error de tipo y de prohibición, por la otra, son dos pares de conceptos de índole completamente distinta. Hay errores de derecho que son errores de tipo: por ej. el error sobre características normativas del tipo, como lo ajeno de la cosa; y hay errores de hecho que son errores de prohibición: el error sobre los presupuestos reales de un fundamento de justificación” (pág. 178).

A afirmação nos parece excessiva: a distinção não é completa. São pares de conceitos relacionados de tal sorte que o binômio *erro de tipo, erro de proibição* absorve os termos do binômio *erro de fato, erro de direito*, do seguinte modo: o *erro de tipo* compreende o que recai sobre as circunstâncias de fato que integram o tipo (*erro de fato*) e o que recai sobre a significação dessas circunstâncias (*erro de direito*); o *erro de proibição* compreende o que recai sobre a lei (*erro de direito*) e o que incide sobre uma excludente da injuricidade (*erro de fato*).

Vimos, assim, como se alteram perante a teoria finalística da ação os dados do problema. Cabe-nos, agora, verificar se, em virtude dessa alteração, o problema se torna mais fácil ou não. Sobre esse ponto, os seguidores da doutrina parecem divergir. R. Maurach diz: “A consciência da ilicitude do fato não apresenta, em absoluto, nada em comum com o conhecimento que o autor do delito tenha sobre a pena cominada pela lei ao mesmo. Que o delinquente saiba ou não que a ação ilícita traz como consequência uma sanção penal, não exerce influência alguma sobre a configuração do delito. *Error iuris criminalis nocet*. A consciência da ilicitude do fato não se faz extensiva à pena estabelecida pelo C. Penal para o respectivo delito; ela se relaciona com a norma proibitiva ou ordenadora que sempre constitui o fundamento da lei penal e que, logicamente, precede à ameaça de pena que contém.” (*A teoria da culpabilidade no direito penal alemão, Revista de Criminologia*, Vol. 15, pág. 29). Estamos, assim, diante dos mesmos argumentos apresentados perante a teoria normativa do dolo por aqueles que pretendem que inexiste conflito entre a

consciência da injuricidade e o princípio *error iuris nocet*. Por outro lado, entretanto, H. WELZEL parece reconhecer êsse conflito quando diz: “La clara verdad es que se puede hacer el reproche de culpa solamente quando el autor estuvo en condiciones de conocer la antijuricidad de su hacer: el autor hubiera podido formar su voluntad de acción conforme al derecho, en lugar de hacerlo antijuridicamente. Esta simple verdad ha necesitado mucho tiempo un gran esfuerzo para imponerse y no es hoy todavía indiscutida. La autoridad del precepto romano *error iuris nocet* y la preocupación infundada de que pueda darse al infractor del derecho una excusa cómoda y una absolucíon no justificada han impedido hasta la actualidad el reconocimiento de la consecuencia logicamente obligatoria del concepto de la culpabilidad” (op. cit. pág. 172).

Na verdade, o antagonismo entre o elemento normativo da culpabilidade e o princípio da irrelevância do êrro de direito conserva, perante a teoria finalística, a mesma intensidade, e não podia ser de outro modo, pois, como vimos, os dados sofrem — em relação à teoria normativa do dolo — uma nova formulação, mas permanecem, essencialmente, os mesmos. O potencial conhecimento do injusto equivale, no fundo, à consciência da injuricidade; por outro lado, a distinção entre êrro de tipo e êrro de proibição absorve mas não exclui a que, tradicionalmente, se faz entre êrro de fato e êrro de direito. Ocorre mesmo que, a ignorância da lei sendo absorvida pelo êrro de proibição, o antagonismo se torna mais flagrante, pois a construção do êrro de proibição está expressamente ligada à do potencial conhecimento do injusto, não sendo mais do que sua outra face. Se, perante a teoria normativa do dolo, em que se separa o estudo da consciência da injuricidade do estudo da ignorância da lei, é possível que passe despercebido o antagonismo em questão, na teoria finalística da ação, o conflito entre o potencial conhecimento do injusto e o êrro de proibição é da essência mesma da teoria: tôda a construção gira em torno do êrro de proibição como excludente da consciência da injuricidade. É por isto que R. Maurach, apesar de dizer, como vimos, que o conhecimento da ilicitude do ato nada tem que ver com o conhecimento da lei, reconhece (*Tratado de Derecho Penal*, Vol. II, pág. 147) que o êrro de proibição é o seu “pólo oposto”, o seu “reverso” (pág. 149) e entre os exemplos que cita de êrro de proibição inclui casos típicos de ignorância da lei, como o do imigrante italiano que infringe o art. 175 do C. Penal Alemão, ignorando que na Alemanha é punida a prática do homossexualismo; a do indivíduo que mantém relações sexuais com mulher doente mental, “sem saber que essa conduta é proibida”; o que viola as medidas de isolamento em caso de doença contagiosa, ignorando que tais infrações são punidas pelo art. 327 do C. Penal.

É incontestável que a ignorância da lei, que é absorvida pelo êrro de proibição, está, ela também, no “pólo oposto” ao do conhecimento potencial do injusto.

IV

A noção de consciência da injuricidade, embora tènicamente mais elaborada pela doutrina alemã, existe, como já dissemos, desde que existe o direito penal, do mesmo modo que o problema da ignorância da lei.

Carrara a aceitava, quando dizia: “Il dolo si definisce — la intenzione più o meno perfetta di fare un atto che si conosce contrario alla legge” (*Programma*, Vol. I, § 6.º). Não se podia exigir de maneira mais clara o que hoje se denomina de consciência da injuricidade.

Vejamos como a questão tem sido colocada e resolvida perante o vigente Código Penal Italiano; êsse estudo, para nós, tem um interêsse direto, pois, na matéria, nossa legislação se assemelha muito à italiana.

Por um lado, a definição de dolo é formulada em ambos os Códigos de maneira semelhante; por outro, ambos consagram expressamente o princípio da irrelevância da ignorância da lei (art. 5.º do C. Penal Italiano).

É interessante notar, em apoio de nossa tese, que grande número de juristas italianos, talvez a maioria, assinala a impossibilidade de sustentar que o direito positivo daquele país acolheu a teoria normativa do dolo em face do que dispõe o art. 5.º do C. Penal Italiano.

Assim, F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, pág. 251: “Qui sorge un grave quesito. Si domanda se, oltre alla conoscenza degli elementi ora indicati, occorra per l'esistenza del dolo qualche cosa di più: in particolare se sia necessaria la coscienza dell'illiceità del fatto.

Non pochi antichi criminalisti erano d'avviso che non si possa parlare di dolo ove manchi nell'agente la consapevolezza di compiere un'azione contraria alla legge penale. Tale opinione ora non ha più seguaci, perchè urta inesorabilmente contro il disposto dell'art. 5.º del codice penale, secondo cui l'ignoranza della legge penale non scusa”. Do mesmo modo, O. VANNINI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, pág. 95, segundo o qual definir o dolo, como fazia Carrara, seria esquecer o art. 5.º do C. Penal. T. NAPOLITANO, *Il Nuovo Codice Penale Sovietico*, pág. 97, comentando o art. 8.º do referido Código que, como já assinalamos, exige para a caracterização do dolo a consciência do caráter “socialmente perigoso do ato”, acrescenta que eminentes juristas italianos dispensam requisito análogo e diz: “Tale opinione si

ravvisa fondata nel nostro sistema penale, perchè la mancanza della coscienza dell'illiceità si potrebbe provare solamente adducendo quell'ignoranza della legge che il disposto nell'art. 5 del nostro c. p. vieta che possa invocarsi come scusa." A ponderação do autor coincide precisamente com nosso argumento que desenvolveremos a respeito do direito brasileiro: por mais que se diferencie a consciência da injuricidade do conhecimento da lei penal, é inegável que só se poderá invocar a falta da primeira, invocando, *ipso facto*, a ignorância da lei penal pois, se pode haver consciência da injuricidade sem haver conhecimento da lei penal, não pode haver ignorância da injuricidade sem haver ignorância da lei penal.

P. NUVOLONE, *Corso di Diritto Penale, Parte Generale*, 1966, pág. 225 e segs., também repele a teoria normativa do dolo, pois a inclusão no dolo de qualquer "elemento de conhecimento dos valores jurídicos penais" negaria toda validade ao princípio do artigo 5.º do C. Penal. Nega, também, que, para evitar o obstáculo do art. 5.º, se possa invocar uma "ilicitude que não se identifique plenamente com a injuricidade penal." R. PANNAIN, *Manuale di Diritto Penale*, Vol. I, pág. 357, é categórico; referindo-se ao requisito normativo, diz: "Sotto il profilo del diritto positivo si osserva che, nel vigente Codice, questo elemento deve essere senz'altro escluso, essendo in contrasto col disposto dell'art. 5 C. Penale, per il quale l'ignoranza della legge penale non scusa." Do mesmo modo, R. A. FROSALI, *Sistema*, Vol. I, pág. 358, que considera a teoria normativa do dolo, "senza base dogmatica", em face do caráter absoluto do princípio da irrelevância do erro de direito. MANZINI, *Trattato*, Vol. I, ed. 1950, pág. 652, sustenta o mesmo ponto de vista. Convém analisar com cuidado o que êle diz ao tratar da boa-fé (*Trattato*, Vol. I, pág. 735, 1961) para evitar a falsa impressão de que ali estaria aceitando o requisito da consciência da injuricidade. Afirma êle que a boa-fé é o oposto do conceito de dolo, porque êle é constituído "... dalla previsione e dalla volontà, cioè dall'intenzione di cagionare un evento contrario al diritto", enquanto que "per buona fede si deve intendere la ragionevole credenza di compiere un fatto lecito". Note-se que o autor se refere à intenção de ocasionar um fato que é contrário ao direito, mas não se refere ao conhecimento da ilicitude do fato, distinção sutil mas fundamental para a correta solução do problema. Prosseguindo, diz MANZINI: "Il soggetto ha agito obbiettivamente in modo contrario al diritto penale, non solo senza la intenzione di violare la legge penale (il che non escluderebbe il dolo, come abbiamo veduto), ma altresì senza la coscienza di commettere un fatto illecito... La buona fede, pertanto, si risolve sempre in un errore di fatto, o in un errore di diritto non penale incidente sul fatto che costituisce il reato (art. 47 e 48)."

Tornou-se claro, portanto, que MANZINI tem em vista, ao tratar da boa-fé, o êrro de fato, jamais o êrro sôbre a injuricidade. A análise que acabamos de fazer da opinião de MANZINI, nos leva a um aspecto importante da questão: a possibilidade de exergar na relevância de um êrro sôbre circunstância de fato (como, por exemplo, na hipótese da legítima defesa putativa) um pseudo-argumento em favor da normatividade do dolo. Constantemente teremos que refutar essa confusão entre conhecer um fato de significação jurídica e conhecer a significação jurídica do fato.

Em sentido oposto, encontramos a opinião de G. MAGGIORE, *Diritto Penale*, Vol. I, pág. 439, ed. 1949: “In conseguenza deve ritenersi che il dolo è escluso dalla buona fede, cioè dalla convinzione di non agire illegalmente; dalla ignoranza del carattere delittuoso del fatto; dalla ragionevole opinione della legittimità del fatto volontariamente causato. A chi oppone come una specie di barriera insormontabile il principio “ignorantia legis non excusat” (art. 5.º), rispondiamo che altro è l’ignoranza (o l’errore) che cadono sulla norma oggettiva, altro è l’antigiuridicità materiale, che incide sul valore etico-giuridico dell’azione. L’errore su questa, ossia la “buona fede” è inconciliabile col dolo”. Encontramos aqui, mais uma vez, a tradicional distinção — que vem de Mezger — com a qual se quer salvar a compatibilidade da irrelevância da ignorância ou má compreensão da lei penal com a teoria normativa do dolo; distinção cuja inoperância demonstraremos desenvolvendo argumento já assinalado. Em favor da teoria normativa do dolo também encontramos V. CAVALLLO, *Diritto Penale*, Vol. II, pág. 289, que não parece ver o conflito com a irrelevância do êrro de direito por êle longamente analisada, Vol. II, página 565 e segs.

V

Chegamos, agora, ao Direito Brasileiro. Já assinalamos a quase identidade de nossa legislação com a italiana, na matéria. Apesar dessa circunstância, nossa doutrina, contrariamente à italiana, é quase unânime em afirmar que nosso sistema acolheu a teoria normativa do dolo.

A não ser Costa e Silva, que se limita a afirmar, sem aprofundar a questão, que nosso Código está no rol dos que acolheram a teoria psicológica do dolo (C. Penal, pág. 107), e Basileu Garcia, cuja opinião teremos ocasião de invocar, várias vêzes, em favor de nossa tese, nossos grandes penalistas sustentam, *de lege lata*, que a consciência da injuricidade é um dos requisitos do dolo.

Pode-se dizer que essa doutrina dominante é encabeçada por NELSON HUNGRIA, desde sua tão conhecida tese sôbre *Legítima de-*

fesa putativa, até os seus magistrais *Comentários ao C. Penal*. Na referida tese, começa o autor (págs. 17 e segs.) por assinalar que se tem considerado a teoria psicológica do dolo como corolário da máxima “*ignorantia iuris criminalis non excusat*” (o que sustentamos) e afirma: “A inserção da consciência da injuricidade no conteúdo do dolo nada tem a ver com a inescusabilidade da ignorância da lei penal. Como já vimos, um indivíduo pode ter ciência de que tal ou qual ação é incriminada *in abstracto* pela lei e não ter, entretanto, ao realizá-la objetivamente, a consciência de se pôr em antítese com o escopo de utilidade social ou moral positiva, colimado pela norma penal, ou, por outras palavras, sem o *animus* de contrastar a reprovação ético-social que lastreia o *preceptum* penal”.

O argumento apresentado consiste, portanto, nos casos em que ocorreria a prática de um ato previsto como crime, com o conhecimento da lei penal, mas em que faltaria a “consciência da injuricidade” e, por isto, o ato não seria punido. Os exemplos a que se refere o autor — e que estão a págs. 11 e 12 — são hipóteses como a do vizinho que, por gracejo, retira um objeto de nossa ante-sala; a do litógrafo que *demonstrandi causa* contrafaz uma cédula do tesouro etc., em que apesar de estarem reunidos os elementos da figura penal, sem que ocorra qualquer causa objetiva de exclusão da injuricidade, há imunidade que só se explicaria pela “carência de dolo, por isso mesmo que falta à parte *subjecti* a consciência da oposição ao dever jurídico, ou, mais concisamente, a consciência da injuricidade”.

O argumento, a nosso ver, não procede. Se aquêle que subtrai uma coisa móvel, por gracejo, não é punido, não é porque êle — embora saiba que furto é crime — no caso concreto tenha a crença de praticar um ato lícito, é porque êle pratica um ato lícito, é porque êle *não está furtando*; falta o dolo específico, a intenção de se assenhorar da coisa. O delito do art. 155 do Código Penal não integra, a figura proibida não se completa. Uma coisa é cometer um delito com a convicção de, no caso concreto, não estar violando o dever jurídico (falta exclusiva da consciência da injuricidade), outra é praticar um ato lícito por faltar, para que se caracterize a figura delituosa, um elemento subjetivo outro que simples consciência da injuricidade.

Prossegue o autor (pág. 23): “A consciência da injuricidade pode faltar não obstante o conhecimento específico da lei, do mesmo modo que pode ocorrer a despeito da ausência de tal conhecimento”. A afirmação contém duas partes: a primeira se refere aos exemplos analisados em que, na verdade, o que falta não é apenas o elemento normativo do dolo. A segunda parte nos leva ao argumento central em favor da conciliação desse elemento com o princípio *error iuris nocet*: pode ocor-

rer consciência da injuricidade sem que haja conhecimento da proibição legal. É usado por F. MARQUES, *Curso de Direito Penal*, Vol. II, pág. 202-203, ed. 1956, quando diz: “O que se exige, no dolo, não é a consciência de estar agindo em consonância com a infração descrita na lei, e, sim, o conhecimento de que o ato praticado é contrário ao direito”. É, também, o argumento de M. NORONHA, *Direito Penal*, Vol. I, pág. 169, ed. 1963; “Este (o conhecimento da antijuridicidade do fato) não é conhecimento da lei. Se assim fôsse, somente os juristas e advogados poderiam cometer crimes. Para o ladrão saber que furtar é delito não necessita cientificar-se de que o fato está definido no art. 155 do Código Penal.”

Chegou o momento de refutarmos definitivamente essa distinção sempre invocada como argumento fundamental para conciliar a teoria normativa do dolo com a irrelevância do êrro de direito.

Sem dúvida, há uma diferença entre os dois conceitos; mas o que se deve perguntar é *que diferença*, exatamente, há? São conceitos diversos mas, apenas, em parte. Um é mais amplo que o outro, contém o outro, de tal sorte que se pode afirmar o mais amplo (a consciência da injuricidade) sem, necessariamente, afirmar o mais restrito (o conhecimento da lei), mas *não se pode negar o primeiro sem negar o segundo*. M. NORONHA diz: “Para o ladrão saber que furtar é delito, não necessita cientificar-se de que o fato está definido no art. 155 do C. Penal”, é certo, mas a questão não é só essa, a rigor, a questão não é essa; o que é preciso saber é se o ladrão pode invocar que não sabia que furtar era um delito, sem invocar necessariamente que ignorava o art. 155 do C. Penal, e isto não pode.

A consciência da injuricidade não implica o conhecimento da proibição legal, mas a ignorância da injuricidade implica a ignorância da lei penal e, portanto, sempre que se pretender invocar a falta do dolo por falta dessa consciência, estar-se-á invocando, ao mesmo tempo, a ignorância da lei, e o dolo não poderá ser excluído em face do que dispõe o art. 16 do C. Penal. Não é por acaso que não se tem notícia de uma decisão judicial em que o réu tenha sido absolvido por faltar a consciência da injuricidade, embora estivessem reunidos todos os demais requisitos da punibilidade. No julgamento do *recurso extraordinário* n.º 58.639, publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, foi invocada a teoria normativa do dolo, para não conhecer do recurso da decisão que absolvera o recorrido; na hipótese, no entanto, o verdadeiro fundamento da absolvição era a legítima defesa de terceiro.

Tomemos um exemplo bastante verossímil de simples falta da consciência da injuricidade: é muito comum, em nossas praias,

que as marés mais acentuadas, em certas épocas do ano, descubram objetos perdidos na areia, às vêzes desde longa data. Há pessoas que ficam à procura de tais objetos — essa procura tem mesmo a denominação popular de “garimpar”. É concebível que algumas pessoas menos cultas tenham a convicção de que é lícito apropriar-se de objetos assim achados; talvez porque confundem a coisa extraviada com a coisa abandonada; talvez porque tenham uma faísa intuição de que se trata daquelas coisas “arrojadas às praias pelo mar, e que não apresentam sinal de domínio anterior”, em relação às quais se adquire a propriedade por ocupação (art. 593, IV do C. Civil), o certo é que algumas pessoas menos informadas talvez suponham ser lícito apropriar-se de tais objetos. Pois bem, poderá uma dessas pessoas invocar, válidamente, perante o Juiz, não ter agido dolosamente? Certamente não, pois estará, automaticamente, alegando que ignora o disposto no art. 169, Parágrafo único, II do C. Penal, e o Juiz terá que aplicar o princípio do art. 16.

Por conseguinte, a tão invocada distinção entre consciência da injuricidade e ignorância da lei penal não opera, de modo nenhum, a conciliação pretendida. É o que BASILEU GARCIA assinala, quando diz: “Não se pode, perante o nosso Direito Positivo, pretender que, tôda vez que o agente procede sem conhecer a antijuricidade do fato (embora se ache a par da realidade das suas circunstâncias materiais), esteja isento de dolo e de pena. Em têrmos absolutos, a afirmativa levaria a conceder relevância ao erro de direito penal, porquanto não há hipótese mais incontestável de ausência de percepção da ilicitude de determinado fato do que o desconhecimento de estar êle previsto na lei repressiva...” (*Instituições*, Vol. I, pág. 252, ed. 1964).

Outro argumento invocado em favor da teoria normativa do dolo em nosso direito é a isenção de pena em virtude do êrro sôbre uma excludente da injuricidade, notadamente, a hipótese da legítima defesa putativa. NELSON HUNGRIA afirma: “Não há evitar-se esta imperiosa ilação: a impunibilidade da legítima defesa putativa com fundamento na ausência de dolo é inconciliável com o alheamento do dolo à significação ou qualidade da ação” (pág. 72-73). Depois de lembrar que o instituto é rejeitado por aquêles que “concebem o dolo como uma noção neutra do ponto de vista ético-jurídico” (pág. 80), prossegue: “E se passarmos ao campo doutrinário oposto, em que se considera inseparável do dolo o *juízo de valor* da ação, de balde seria a pesquisa de uma opinião contrária à impunibilidade da legítima defesa putativa...”

Entendemos que êsse argumento tampouco procede. O que ocorre em caso de legítima defesa putativa é um êrro sôbre uma

circunstância de fato que a lei considera excludente da injuricidade. O que isenta de punibilidade o agente não é a crença na licitude de sua ação, é a crença numa circunstância do fato que a legitimaria. DELITALA, embora citado pelo autor em favor de sua tese (pág. 85), diz: . . . “l'errore di diritto sulla antigiuridicità dell'azione non vale, in nessun caso, ad escludere il dolo, mentre può valere ad escluderlo l'errore di fatto, quell'errore, cioè, che si concreti nella falsa supposizione di una circostanza di fatto, che, se fosse sussistente, renderebbe lecita l'azione”. Não se pode distinguir, de maneira mais clara, o êrro sôbre a injuricidade da “falsa suposição de uma circunstância de fato que, se ocorresse, tornaria legítima a ação”. A legítima defesa putativa é um exemplo clássico do segundo caso, não do primeiro. Observemos mais uma vez: a maioria dos argumentos invocados em favor da teoria normativa do dolo, em nosso direito positivo, se funda numa confusão entre êrro sôbre uma circunstância de fato valorada pela lei e êrro sôbre essa valoração, sôbre êsse juízo de valor que, como acentua NELSON HUNGRIA, constitui a essência da teoria. A legítima defesa putativa é um caso de êrro de fato. Isto é reconhecido por MEZGER, sem dúvida uma das maiores figuras da doutrina normativa do dolo, que trata da legítima defesa putativa no capítulo relativo ao conhecimento dos fatos necessários ao dolo (págs. 110-112 do Vol. II, da tradução espanhola de seu *Tratado*, já citada) e tem o cuidado de assinalar: “No es preciso exponer con más detalles que en este punto sólo se trata del error sobre los presupuestos *de hecho*, de los que se deduce la no exigibilidad (error sobre los hechos), no del error relativo a que determinados hechos fundamentan la no exigibilidad (error sobre la significación)” (pág. 112, nota 34). Ainda não chegamos ao elemento característico da teoria normativa do dolo, “el conocimiento de la significación necesario al dolo” (pág. 119), que compreende, como vimos, o conhecimento da significação dos elementos normativos do tipo e a famosa consciência da injuricidade (págs. 125 e segs.). Ao estudar a colocação do problema perante a teoria finalística da ação, vimos que H. WELZEL coloca a hipótese da legítima defesa putativa, justamente, entre aquêles casos de êrro de proibição que são erros de fato.

Aliás, o autor reconhece que a legítima defesa putativa é um caso de “suposição da ocorrência de condições de fato que motivam a excepcional licitude da ação” (pág. 95). Na verdade, estamos no terreno do êrro de fato — como reconheceu o nosso Código Penal, em seu art. 17 — e se o instituto é compatível com a teoria normativa do dolo, êle o é também com a teoria psicológica, pois não é preciso recorrer ao êrro sôbre a licitude da ação para explicar que a lei não puna quem comete um êrro

sobre um fato ao qual a lei atribui o poder de legitimar essa ação.

ODIN AMERICANO, *Da culpabilidade normativa*, nos *Estudos em homenagem a NELSON HUNGRIA*, pág. 328 e segs., apresenta em favor da teoria normativa o argumento de que, logo após definir o dolo e a culpa, antes de passar às excludentes da injuricidade, o Código dispõe sobre o erro de fato, a coação irresistível e a obediência hierárquica, como causas de exclusão da culpabilidade (pág. 343).

O argumento deve ser dividido: quanto à coação e à obediência devida, se elas excluem a culpabilidade é simplesmente porque excluem a plena liberdade do querer; o que está em jôgo é o elemento vontade, do dolo e não o elemento representação. Quanto ao erro de fato, parece-nos já ter ficado demonstrado que qualquer que seja a sua forma, o mesmo não constitui erro sobre a injuricidade.

BASILEU GARCIA, *op. cit.*, pág. 253, logo após o trecho que citamos acima, diz: “Em suma, nosso Código não diz que o agente não tem dolo quando lhe falta a noção de antijuricidade. Diz, sim, que não o tem quando, incidindo em erro plausível, pensa que o *fato* é um (protegido por uma causa de legitimação, sobre cuja influência não há dúvida, porque a lei penal é conhecida), mas, em verdade, o *fato* é outro. Só dentro desse quadro vale a arguição de que reputava lícita a conduta”.

Outro argumento apresentado por ODIN AMERICANO (página 344) é o da graduabilidade do dolo, que a teoria psicológica não explicaria. A nosso ver, a circunstância de variar a censurabilidade do dolo de acôrdo com sua natureza não significa que essa variação — de natureza e, conseqüentemente, de censurabilidade — se funde numa maior ou menor “consciência da injuricidade”. Se, por exemplo, o dolo direto é mais punido, não é porque o agente tenha mais consciência de praticar um ato reprovado nesse caso, é porque há uma diversa intensidade na relação psicológica com o resultado; é na medida em que o resultado é *mais querido*.

O ilustre jurista, depois de reconhecer que “o maior escolho que encontra a teoria normativa é a irrelevância do *error iuris*” (pág. 346), pretende transpor o obstáculo, afirmando: “Aliás, quem age em estado de erro de direito por ignorar a lei penal não pode escusar-se por infringir uma norma de dever, porque esta, ao ser reconhecida pelo Direito, já foi cristalizada na consciência do povo e só o anormal ou o desajustado pode ignorá-la”. Essa ponderação, que encerra um dos argumentos tradicionais em favor do princípio “*nemo censetur...*”, afasta o problema, mas não o resolve, pois equivale, tão-somente, a reconhecer que o homem normal, quando infringe a lei penal, não pode

deixar de ter a intuição de que pratica um ato socialmente reprovado. O autor, entretanto, prossegue: “O reconhecimento da irrelevância do *error iuris* em nada afeta o normativismo, pois a norma de Direito é independente da norma de dever”. Voltamos à clássica distinção, já refutada.

Assim, tôda vez que se quer conciliar o princípio do art. 16 do C. Penal com a teoria normativa do dolo, ou se invocam, indevidamente, hipóteses de erro de fato, ou se recorre à distinção entre consciência da injuricidade e conhecimento da lei penal, que existe, mas não é válida para o fim que se pretende.

Devemos, agora, proceder a uma elucidação a fim de afastar aquêle risco, já apontado, de a discussão se alimentar de uma confusão de palavras. Poder-se-ia alegar que — se demonstramos nossa tese — é porque esvaziamos de tal maneira a noção de consciência de injuricidade que a reduzimos ao conhecimento da lei e, assim, o que afirmamos passou a ser um verdadeiro truísmo. A alegação não procede; a teoria normativa se caracteriza, sem dúvida, por *acrescentar* aos demais requisitos de representação e vontade sôbre o conjunto fáctico uma representação sôbre a valoração jurídica dêsse conjunto. É a distinção que BASILEU GARCIA faz, com muita propriedade, entre “querer um ato e êste ato ser ilícito” e “querer a ilicitude do ato” (op. cit., pág. 250).

Esta é a essência da teoria e, portanto, quem a deforma não somos nós que a tomamos no seu sentido exclusivo, mas quem a alarga, nela incluindo relações psicológicas do agente com circunstâncias de fato, como ocorre quando se quer explicar pela doutrina normativa a impunidade em caso de erro sôbre uma excludente da injuricidade. A teoria normativa é um *mais* em relação à psicológica; pretende que, *além* dos requisitos exigidos por esta última, se acrescente outro: uma representação sôbre o juízo de valor a que o fato está sujeito. Portanto, para demonstrar sua validade, é preciso fixar-se nesse acréscimo, que é sua “diferença específica”, e não nos demais elementos que são comuns a outras teorias.

Que a essência, não só da teoria normativa do dolo, mas de tôda doutrina normativa da culpabilidade, está nesse *mais*, é bem evidenciado por CARLOS FONTÁN BALESTRA, quando diz, referindo-se à doutrina: “En efecto, mientras se dice que la culpabilidad *no es sólo* una relación psicológica, sino que *hay algo más*, que es el juicio de reproche que de esa situación se hace...” (*El elemento subjetivo del delito*, Buenos Aires, 1957, pág. 10). A teoria normativa do dolo é justamente a variante da doutrina normativa da culpabilidade em que êsse “algo mais” é a consciência da injuricidade.

G. BETTIOL que, na Itália, é, sem dúvida, um dos mais expressivos seguidores da doutrina, não aceita a variante da teoria normativa do dolo. Vejamos em que termos e por que razões o jurista italiano assim pensa. Isto nos permitirá, mais uma vez, conferir em que consiste a essência da teoria, vendo-a através da crítica que lhe é feita pelo adepto de ponto de vista diverso. Diz êle: “La vera rivoluzione nel campo della nozione della colpevolezza si è avverata il giorno nel quale la dottrina si è accorta che la colpevolezza non è tanto una volontà referita ad un fatto che non si doveva cagionare, quanto una volontà che non ci doveva essere: essa non è tanto volontarietà dell’illecito, quanto volontà illecita”. (*Diritto Penale, Parte Generale*, 5.^a ed., pág. 307). Prossegue mostrando que a culpabilidade não é mais um dado psicológico-naturalístico, mas um juízo de valor, uma “vontade culpada”. Desde que o autor começa a precisar em que consiste essa censurabilidade da vontade, logo se pressente que o mesmo não se encaminha para a consciência da injuricidade, característica da teoria normativa do dolo, mas para outra modalidade da doutrina normativa da culpabilidade, pois o mesmo observa: “Non è che nella colpevolezza ci sia un elemento psicologico-naturalistico più un elemento normativo...” (pág. 308). A seguir, quando afirma que o juízo de reprovação, que é a verdadeira essência da culpabilidade, “supera a simples constatação de um nexó psicológico entre o sujeito e o evento”, torna-se claro que o jurista colocará êsse juízo de reprovação *fora* de qualquer relação psicológica do agente com o fato e, portanto, não adotará o critério da consciência da injuricidade. Continua: “Per arrivare a questa constatazione (*de que a culpabilidade é vontade censurável*) se era creduto (e si crede tuttora) che fosse necessario richiedere alla nozione della colpevolezza la presenza di un elemento “normativo”; cioè la coscienza della antigiuridicità del fatto e della antidoverosità” (pág. 309), observa que êsse elemento normativo não preenche as condições necessárias para elevar a culpabilidade de um plano naturalístico para um plano valorativo, pois se trata, ainda, de um dado psicológico subjetivo; ora, a culpabilidade é um juízo objetivo, o que conta não é tanto o que o agente pensa de seu ato, mas o que o Juiz pensa dessa ação. E termina: “Non è quindi decisivo ciò che l’agente si è rappresentato in merito alla qualificazione della sua azione, ma la qualificazione oggettiva della stessa”, acrescentando, o que é significativo para nossa tese: “Tanto è vero che la ignoranza della legge penale non serve di scusa all’agente (art. 5).”

A crítica do cunho especial que Bettiol imprime à doutrina normativa da culpabilidade não cabe nos limites dêste trabalho.

Lembraremos apenas o que já assinalamos ao estudar a opinião de R. Maurach e H. Welzel: através do juízo de reprovação, volta-se, queira-se ou não, ao terreno psicológico. Como se tem dito, não se pode retirar tôda a culpabilidade da cabeça do agente para colocá-la na do juiz. O que o Juiz pensa da ação depende do que o agente pensa dela. A não ser que se ponha de lado todo requisito subjetivo como “a consciência da injuricidade”, o “potencial conhecimento do injusto” ou outro, no fundo, equivalente. Mas, então, estaria sendo traído o escopo mesmo de tôda doutrina normativa, que é o de levar o princípio *nullum crimen sine culpa* às suas últimas conseqüências, no sentido da humanização do direito penal. A teoria normativa, pela própria finalidade ética que a inspira, tem que se preocupar com o aspecto psicológico. Não devemos deixar-nos influenciar por fórmulas consagradas: pelo fato de a doutrina normativa ter surgido como uma reação contra a teoria chamada psicológica, isto não significa que ela também não dê relêvo ao processo psicológico; a diferença está em que ela não se contenta com uma parte dêsse processo: a representação e a vontade do resultado exige, também, a representação da ilicitude.

A opinião de Bettiol — e isto é que interessa diretamente à nossa tese — confirma que a teoria normativa do dolo é a variante da doutrina normativa da culpabilidade que se caracteriza por exigir, além do elemento psicológico relativo ao fato, outro elemento também psicológico relativo à sua reprobabilidade. Vimos que o autor rejeita êste elemento, mencionando sua inconciliabilidade com o princípio da irrelevância do êrro de direito.

Não houve, assim, de nossa parte, nenhuma deturpação do sentido da teoria normativa do dolo, quando demonstramos sua inconciliabilidade com o princípio em questão.

Aliás, os autores que sustentam ponto de vista contrário, não deixam de reconhecer: “A rigidez do Código não se coaduna muito bem com o moderno conceito de culpa normativa, nem é, na atualidade, a orientação seguida pela doutrina penal”, F. MARQUES, *op. cit.*, pág. 244, comentando nosso art. 16: “Certamente a consciência da injuricidade, integrante do dolo, deveria ser excluída pelo êrro de direito, quanto o é pelo êrro de fato” N. HUNGRIA, *Comentários*, vol. I, pág. 387; “Se a consciência da ilicitude falta, não há dolo e sem dolo não existe crime. A nosso ver, a parêmia *error iuris nocet* choca-se com o conceito da culpabilidade normativa”, M. NORONHA, *Direito Penal*, vol. I, pág. 169, ed. 1963). Como se vê, nossos mais expressivos defensores da teoria normativa do dolo, que afirmam sua compatibilidade com o princípio *error iuris nocet*, em determinado momento deixam transparecer o que há de forçado nessa suposta conciliação. Essa posição, de certo modo falsa, adotada pela grande maioria de nossos

juristas na matéria, os leva, muitas vezes, a serem contraditórios. Assim, ANÍBAL BRUNO, que ao tratar do dolo afirma que o mesmo “tem de conter em si a consciência do ilícito” (*Direito Penal*, Tomo II, pág. 451, ed. de 1956), ao tratar do erro de direito reconhece: “Quem inclui no dolo a consciência do ilícito, ou, como os finalistas, faz dessa consciência de agir de maneira contrária ao dever o núcleo da culpabilidade, entendida como reprovabilidade perante a ordem de Direito, tem conseqüentemente de admitir o erro quanto à antijuricidade do fato desde que essencial e escusável como penalmente relevante. Se falta ao agente a consciência da ilicitude, ou não existe dolo e, portanto, culpabilidade, ou, como para os finalistas, o dolo persiste, mas exclui-se a culpabilidade, e em todo caso o fato fica alheio à esfera da punição (págs. 494-495)”. Não se pode, de maneira mais clara e insistente, assinalar a inconciliabilidade que sustentamos.

Como explicar essa estranha posição da maioria de nossos mestres do direito penal? A nosso ver, por uma certa influência de considerações *de lege ferenda*, em matéria de direito positivo.

VI

É muito freqüente que o jurista, ao estudar um sistema como ele é, termine por vê-lo como desejaria que fôsse; essa confusão é aconselhável? Contribuí para o progresso legislativo? Cremos que não.

O juiz, que julga um caso concreto, e cujo dever primordial é dar-lhe uma decisão justa, pode, quando eventualmente constata que a solução legal não corresponderia à que a própria consciência social impõe para aquêlo caso, dar à lei uma interpretação forçada. É assim que a jurisprudência trabalha em favor do aperfeiçoamento da lei. Com a doutrina ocorre o oposto; é mostrando as falhas do sistema e não procurando contorná-las que o jurista alerta o legislador.

No tema que nos ocupa, já o dissemos, não há como iludir-se querendo fazer concessões incompatíveis aos dois princípios antagônicos que se exprimem respectivamente pela consciência da injuricidade e pelo axioma *nemo censetur*... Reconheçamos, lealmente, que o que se dá a um tem que se tirar do outro. Coloquemos a pergunta como deve ser colocada, *de lege ferenda*: devemos renunciar ao princípio do art. 16 do C. Penal para consagrar a doutrina normativa da culpabilidade, ou não? Cremos que sim.

Todos os argumentos já expostos em favor da teoria normativa do dolo, *de lege ferenda*, são, a nosso ver, dos mais convincentes. Repugna a qualquer consciência jurídica evoluída admi-

tir, ainda que isto ocorra de maneira excepcional, que se puna alguém que agiu de boa-fé, no sentido de ignorar que praticava um ato reprovável.

Quanto aos argumentos tradicionalmente invocados em favor do princípio consagrado pelo art. 16 do C. Penal, o mais sólido dêles demonstra, paradoxalmente, a própria inutilidade do princípio. Alega-se que um fato não é crime porque a lei penal assim o considera mas, inversamente, que um fato passa a ser objeto da lei penal porque a consciência social já o reprova, já o considera “um crime”. Nada mais certo: o direito penal é o mínimo do mínimo ético exigível e, a não ser em casos de verdadeira “patologia legislativa”, para usar, ampliando seu alcance, a expressão de A. ROCCO, mencionada por N. HUNGRIA na sua tese *A legítima defesa putativa*: para êle só vão as normas já socialmente aceitas. Apenas, portanto, em casos muito excepcionais, poderá um homem normal — que não seja um *inimputável* — realmente ser surpreendido por uma norma penal, praticando um ato de cuja ilicitude não desconfia e que, na verdade, é um delito.

Essa constatação, longe de prestigiar o nosso art. 16, mostra sua inutilidade prática; êle serve apenas para, nesses casos que por serem excepcionais não constituem nenhuma ameaça para a sociedade, forçar o Juiz, a pretexto de política criminal, a decidir injustamente.

Por outro lado, a consideração de que tudo que é penalmente punido já é socialmente reprovado, mostra também que o requisito da consciência da injuricidade normalmente sempre se configurará e, portanto, que uma referência expressa da lei não tem grande importância prática.

Assim, não haveria nenhum inconveniente sério sob o aspecto da segurança, embora não houvesse, por outro lado, grande importância sob o da justiça, em consagrar a teoria normativa do dolo e, *coerentemente*, em abolir o princípio *error iuris nocet*, acolhendo um dispositivo semelhante ao das legislações modernas citadas no início dêste trabalho. Seria um progresso.

Há, no entanto, um outro problema paralelo a ser resolvido, êste sim, muito mais vivo, com o qual o juiz freqüentemente se depara, que é o da desproporção da pena à culpa, num caso concreto. Como pondera Odin Americano, no trabalho que analisamos, a culpa não deve ser tão-somente o fundamento da pena, deve ser, também, a sua *medida*. Ora, por mais que o legislador seja previdente, não pode evitar que, em determinados casos, a pena se desajuste para mais ou para menos da culpa. Exemplo da primeira hipótese seria o de uma pessoa analfabeta que registra como seu um filho alheio, tão-somente para ampará-lo. Essa pessoa, muito provavelmente, tem a intuição de que está

agindo erradamente, mas não pode imaginar que comete um crime mais grave, para a lei, que um furto. Os casos de desajustamento da pena em relação à culpa são freqüentes nos delitos qualificados pelo resultado, essa figura penal por natureza tormentosa. Um indivíduo agride outro de modo cruento, insistente, mas lhe causa uma lesão corporal simples; está sujeito a uma pena leve, de detenção. Outro dá um simples empurrão na vítima, que sofre em consequência uma lesão grave; está sujeito a uma pena de reclusão.

Aqui, como se vê desde logo, o problema se prende a outro, muito mais profundo: o antagonismo que pode surgir entre o pressuposto subjetivo e o pressuposto objetivo de toda ação criminosa.

O Direito Penal pune pelo que se faz e pelo que se quer; mas, às vezes, quer-se menos do que se faz, outras, quer-se mais; nesses casos, qual o elemento que deve prevalecer? Como evitar, por um lado, a monstruosidade de uma responsabilidade penal objetiva e, por outro, os perigosos meandros de uma pesquisa das *intenções*?

Por conseguinte, há diversas hipóteses, seja por uma excessiva rigidez na cominação da pena (como no exemplo da falsidade), seja por uma disparidade, no caso concreto, entre o resultado, por um lado, e, por outro, o elemento subjetivo e a própria ação (como nos exemplos de delitos qualificados pelo resultado), seja por um outro fundamento qualquer, em que não bastam os recursos do art. 42 do C. Penal, para que o juiz possa através da simples *dosagem* da pena — dentro dos limites intransponíveis fixados *in abstracto* — ajustá-la à culpa.

Caberia encontrar, para que lhe fôsse permitido realizar êsse ideal de adequação, soluções, possivelmente diversas, já que são diversas as origens do problema; tôdas elas, no entanto, devem consistir, a nosso ver, essencialmente, em confiar-se mais ao prudente arbítrio do juiz, o que não se deve temer como se ainda estivéssemos na época de Beccaria.

O princípio de que não há pena sem culpa deve ter como corolário o de que não há pena que — no caso concreto — não seja *proporcional* à culpa.