

prender tratamentos desiguais, envolvendo exceções pessoais, que poderiam redundar em prejuízo para uma das partes. É o coração magnânimo, que, depois de levar ao Tribunal e conseguir a condenação daquele que o atacara, injustamente, pela imprensa, perdoa-o. Ou o homem inflexível que, ante a arrogância do poderoso, em que a maldade é posta a serviço da intriga e do reativamento de antigas polêmicas terminadas, obtém a condenação do caluniador e insiste pela execução da sentença e imposição do castigo.

Essa foi, em linhas gerais, a vida de Hermenegildo de Barros. Uma intransigente e ativa luta pelo Direito. Uma permanente e insaciável afirmativa de justiça.

DOCTRINA

Aspectos da ignorância da lei no direito penal

GERALDO SPYER PRATES

1 — Dispôs o nosso Código Penal, em seu art. 16, que "a ignorância ou errada compreensão da lei não eximem de pena", adotando o princípio vindo do Direito Romano de que **error juris nocet**.

Já o Código de 1890 o inscrevera em seu art. 26, letra a, que teve como modelo o art. 29 do Código Penal Português.

Enquanto a lei anterior se referia apenas a "ignorância da lei penal", a atual mencionou também a sua errada compreensão, ganhando em precisão, embora na sistemática anterior a **ignorantia legis** não deixasse de envolver o **error juris**, conforme geralmente é admitido pela doutrina.

2 — Várias têm sido as justificações apresentadas para o princípio.

Segundo opinião bastante difundida, exprime ele uma **presunção** absoluta de conhecimento da lei. (1)

MANZINI insurge-se contra a **presunção**. Entende ele que, dadas as condições sociais, não se trata certamente de uma **presunção** jurídica de conhecimento da lei, pois que "la **presunción**" es una **prueba indirecta, por la cual se pasa de lo conocido a lo desconocido mediante un cálculo de probabilidades, fundado necesariamente sobre la experiencia positiva y sobre la normalidad de los hechos. Basta, verdaderamente, tan solo fijar-se en el número enorme y en la variedad imensa de las leyes y de los reglamentos penales, para convencerse de que hoy no es posible una séria "presunción" de conocimiento de la ley. Se trataria, pues, se la opinion común hubiese planteado bien la cuestión, de una facción jurídica, la cual no pertenece em modo alguno al instituto de la prueba, y es un expediente dirigi-**

(1) PETROCELLI, "La Colpevolezza", pág. 137; ANTOLISEI, "Manuale di Diritto Penale", parte generale, pág. 291.

do a la mas facil aplicación del derecho, caracterizado por el supuesto de um probable conflicto com los datos de la experiencia y de un manifesto exceso respecto a la normalidad de los hechos. (2)

É geralmente recusado o fundamento da **presunção**, (3), assim como não tem acolhida a ficção jurídica, entendendo PANNAIN (4) que "A maggior ragione non si può parlare di finzione, che, poi, nel diritto penale serebbe aberrante", enquanto para MAGGIORE (5) "serebbe innaturale ed iniqua", ou um absurdo para BETTIOL. (6)

Aliás, como o art. 5.º do Código Penal Italiano, também o art. 16 do nosso Código, antes de estabelecer a **presunção** do conhecimento da lei, tem como pressuposto a possibilidade de sua ignorância, pois "não diz que a ignorância não excusa, porque se presume que cada um conhece a lei, mas na hipótese de que alguém a ignore, esta ignorância não a aproveita. (7)

Fala-se ainda que o erro de direito deve ser inexcusável porque provém da omissão do **dever cívico** de conhecer a lei. (8)

Entretanto, BETTIOL chama a atenção para o que há de acrobático na argumentação, pois um dever só tem razão de subsistir enquanto exigível e exigir de todos um conhecimento das normas penais é um absurdo. (9)

A objeção é tanto mais aceitável quanto, ao que parece, MANZINI (10) tem como pressuposto da obrigação o haver o Estado proporcionado o modo pelo qual cada um possa conhecer o conteúdo das leis, o que raramente ocorre, se ocorre.

O Ministro FRANCISCO CAMPOS, em sua Exposição de Moti-

(2) "Tratado de Derecho Penal", vol. II, pág. 325.

(3) ANTOLISEI, ob. e vol. cit., pág. 291; FLORIAN, "Trattato di Diritto Penale", vol. I, pág. 449; NINO LEVI, "Il Codice Penale", vol. I, pág. 118; PANNAIN, "Manuale di Diritto Penale", vol. I, pág. 155; MAGGIORE, "Diritto Penale", vol. 1.º parte generale, tomo I, pág. 403; BETTIOL, "Diritto Penale", parte generale, III ed., pág. 377.

(4) Ob. e vol. cit., pág. 155.

(5) Ob. e vol. cit., pág. 403.

(6) Ob. e vol. cit., pág. 377.

(7) GALDINO SIQUEIRA, "Código Penal", pág. 85. O mesmo ocorre com relação ao nosso Direito Civil. CLÓVIS (Código Civil, vol. I, pág. 102) e CARVALHO SANTOS (Código Civil, vol. I, pág. 85) comentando o artigo 5.º da anterior Lei de Introdução ao Código Civil, que não difere da vigente, no tocante à matéria em exame, negam a **presunção**, esclarecendo que o princípio legal quer apenas dizer que a lei *rite promulgata* impõe-se à obediência de quantos habitam o território nacional, porque o direito é uma das condições da existência da sociedade, e tem na lei a sua expressão comum, é uma necessidade social torná-la obrigatória desde que for publicada, sem exceção da ignorância, o que tornaria o édito legal vacilante e frustrâneo.

(8) NELSON HUNGRIA, "Comentários ao Código Penal", vol. I, tomo 2, pág. 214; GALDINO SIQUEIRA, ob. e vol. cit., pág. 85; MANZINI, ob. e vol. cit., pág. 326.

(9) Ob. e vol. cit., pág. 377. Também PANNAIN recusa a opinião de que se trate de um **dever jurídico** (ob. e vol. cit., pág. 155).

(10) Ob. e vol. cit., pág. 327.

vos, justificando a manutenção do princípio, em nossa lei penal, diz que o **error juris nocet** é, antes de tudo, uma exigência de política criminal. Se fôsse permitido invocar como excusa a ignorância da lei, estaria seriamente embaraçada a ação social contra o crime, pois ter-se-ia criado para os malfeitores um pretexto elástico e dificilmente contestável".

Realmente é a justificação admissível, devendo-se ainda acrescentar que, sem aquêle princípio como um corolário, poder-se-ia ver frustrada a obrigatoriedade da lei penal, cânone ditado pela exigência de assegurar uma firme e rápida aplicação das leis, evitando os entraves inevitáveis ao funcionamento da justiça decorrentes da possibilidade do Juiz admitir a prova da ignorância da lei penal, como acentua ANTOLISEI (11). É, aliás, a opinião geralmente aceita. (12)

3 — Ao princípio formulam-se reservas. Assim é que MANZINI admite que "la ignorancia de la ley excusa cuando era absolutamente imposible tomar conocimiento de dicha ley. Tal seria, por ejemplo, el caso de la invasión enemiga de una parte del territorio, por la duración de la invasión misma; de la publicación de la ley ocurrida posteriormente al día en que ella fijado para su entrada en vigor, etc. No así en la hipótesis en que el interesado sea analfabeto, e se encontrase prestando el servicio militar en nel momento de la publicación de la ley, porque estes estados no quitan de um modo absoluto la posibilidad de conocer el texto de la ley y no excluyen, por consiguiente, el correlativo deber". (13)

Também para DE MARSICO o princípio não se aplica quando não se pode tomar conhecimento da lei penal, por força maior ou caso fortuito, conforme se lê em STEFANO COSTA. (14)

4 — O nosso Código Penal, ao lado do princípio da inexcusabilidade do erro de direito, adotou a teoria normativa da culpabilidade.

GALDINO SIQUEIRA escreve o seguinte: "O código penal italiano, além de firmar a imputabilidade como a capacidade de entender e de querer (art. 85, alínea), estabelece quais os estados men-

(11) Ob. e vol. cit., pág. 296.

(12) BETTIOL, ob. e vol. cit., pág. 377; MAGGIORE, *idem*, pág. 403; ANTOLISEI, *idem*, pág. 293; PANNAIN, *idem*, pág. 155; CALISSE e ZANOBINI, *apud*; ALFREDO SANDULLI, in "La Giustizia Penale", 2.ª parte, 1937, col. 1460; GALDINO SIQUEIRA, "Direito Penal", vol. I, pág. 344, 2.ª ed., 1932; ALFREDO JANNITTI-PIROMALLO, "Illustrazione Pratica del Codice Penale e di Procedura Penale", vol. I, pág. 277, transcrevem do tópico da Relação Ministerial sobre o Projeto do Código Penal Italiano.

(13) Ob. e vol. cit., pág. 328.

(14) "Il DE MARSICO, a sua volta, tende a segnare alcuni limiti al principio della inexcusabilità dell'errore di diritto penale, quando cioè non siasi potuto prender conoscenza della legge penale per forza maggiore o caso fortuito..." (La Valutazione dell'Errore nel Diritto Penale, in Revista Italiana di Diritto Penale, ano 1939, n.º 17, pág. 39).

tais anormais que a excluem, em dispositivos distintos, como a enfermidade mental (art. 88), a surdo-mudez (art. 96). O nosso novo Código, no seu artigo 22, seguiu em parte o Código Italiano, por isso que, ao passo que este fala simplesmente em capacidade de entender e querer (capacité d'entendre e di voler) o nosso exige mais, capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Este acréscimo foi tomado ao art. 12 do projeto suíço de 1912, quando se refere à cláusula, resultando da emenda de THORMANN, isto é, dizendo: "la faculté d'apprécier la caractère délictueux de son acte ou de se déterminer suivant cette appréciation". Deixou assim o critério psicológico, adotado pelo Código Italiano, para seguir o critério normativo". (15)

Realmente outra não poderia ser a conclusão porque, exigindo a lei a possibilidade do entendimento do caráter criminoso do fato para a responsabilidade penal, e sendo essa um pressuposto da culpabilidade, não se pode tê-la quando inexiste aquele entendimento, ao se tornar o agente sujeito de Direito Penal.

Indicaria ainda a sua aceitação o art. 16, que exige para a ocorrência do dolo a vontade de um resultado, ou o consentimento em sua produção porque, não havendo crime sem dano ou perigo, o resultado, querido ou consentido, só poderia ser o que se oferecesse como danoso ou perigoso. O agente deve ter, então, a consciência de que a sua ação dirige-se a um resultado contrastante com o bem ou o interesse protegido, isto é, o objeto do crime. Quem quer um resultado inocente ou indiferente, que não lese nem ponha em perigo o interesse protegido, não quer o resultado previsto pela lei para a ocorrência do delito, ainda que seja objetivamente o descrito no texto legal.

Serve a esse raciocínio o seguinte ensinamento de BASILEU GARCIA: "O dolo deve abranger todos os elementos da composição do fato, e assim, decêi a imputação psíquica quando o processo intelectual volitivo não atingiu um dos componentes da ação ou omissão prevista na lei. O crime é sempre ofensa, ou pelo menos periclitación, a um bem jurídico. Se o processo intelectual-volitivo não se dirige a tal ofensa ou periclitación, se a conduta não visa lesar ou pôr em perigo interesse tutelado pela figura delituosa, tenha ou não o agente a percepção de que a sua conduta é antijurídica, não pode responder penalmente, porque falece dolo". (16)

NELSON HUNGRIA, tratando da culpabilidade diz que para a ação ser considerada culpada, "indispensável que o agente tenha procedido com a consciência da injuricidade ou ilicitude jurídica da própria conduta (crime doloso) ou inescusável inadvertência quanto ao advento do resultado antijurídico" e ao cuidar do dolo, escreve:

(15) Código Penal, pág. 96.

(16) "Instituições de Direito Penal", vol. I, tomo I, pág. 253.

"o dolo não é só representação e vontade do resultado antijurídico; é, também, consciência de que se age contrariamente ao direito, ou, mais concisamente, consciência da injuricidade. Sem o entendimento de oposição ao dever jurídico ou de que se incide no juízo de reprovação que informa o preceito incriminador, não há falar-se em dolo. É este o postulado da chamada teoria normativa do dolo", e adiante afirma: "Não pode suscitar dúvida que o nosso atual Código endossou a noção normativa do dolo. Basta acentuar simplesmente o seguinte: entre as causas de exclusão de dolo, expressamente menciona o erro (falsa suposição) sobre "situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima". Ora, pergunta-se: por que fica em tal caso, excluído o dolo? A resposta só pode ser uma: porque falta no agente a consciência de injuricidade. Logo, tal consciência é inerente ao dolo. A conclusão é tão evidente como a de que quatro é a soma de dois e dois". (17).

5 — Essa consciência da injuricidade, exigível para a existência da culpabilidade, pode, entretanto, ser afastada pelo erro de direito, — como reconhece NELSON HUNGRIA, quando diz que "certamente a consciência de injuricidade, integrante do dolo, deveria ser excluída pelo erro de direito, quanto o é pelo erro de fato" (18) e BETTIO!, depois de acentuar que a norma está indubitavelmente em contraste com a realidade psicológica, diz que "In una concezione realistica, che se adegui alla realtà etico-psicologica del diritto, l'errore juris devebbre essere considerato quale causa di esclusione della colpevolezza. (19)

Daí porque têm-se sustentado a contradição na adoção dos dois princípios, segundo anota GALDINO SIQUEIRA: "Quanto ao primeiro ponto, nota também ALTAVILLA, haver contradição na adoção da noção normativa do dolo e do princípio da irrelevância do error juris (TEORIA SUGGESTIVA DEL REATO, págs. 124 e 125)" (20).

Parece-nos, entretanto, admissível a convivência dos dois princípios.

Em sua Exposição de Motivos o Ministro FRANCISCO CAMPOS observa a respeito da inescusabilidade do erro de direito: "E ainda mesmo que se abstraia o ponto de vista da utilidade social, e nemo censetur ignorare legem não traduz uma injustiça, quando se tem em atenção a gênese sociológica da lei, notadamente da lei penal. É de inteira procedência a argumentação de VON BAR ("Gesetz und Schuld", vol. 2, pág. 393): "Do ponto de vista do indivíduo, não há injustiça que lhe não aproveite o erro de direito. Cresce ele como membro da comunhão social, a cuja consciência jurídica deve corres-

(17) Ob. e vol. cit., págs. 22, 138 e 162.

(18) Ob. e vol. cit., pág. 214.

(19) Ob. e vol. cit., pág. 376.

(20) GALDINO SIQUEIRA, "Código Penal Brasileiro", pág. 99.

poder lei penal, e por isto tem, de regra, a clara intenção de que deve evitar para não violar a ordem jurídica".

Por sua vez NELSON HUNGRIA depois de esclarecer que "quando se diz consciência de injuricidade, o que se quer exprimir é a consciência da oposição ao dever ético-jurídico", escreve: "nenhuma antítese existe entre a inescusabilidade da ignorância da lei penal e a necessidade da consciência do valor do ato: não se trata de substituir a realidade por uma ficção ou uma presunção, mas de seguir um critério seguro de reconhecimento da realidade íntima do agente, pois que, com a maturidade psíquica e a experiência da vida, o homem sabe o que é imoral ou socialmente nocivo, e não pode supor que uma ação proibida pela lei moral possa, normalmente, ser permitida pela lei do Estado". (21)

Ocorrendo isso na maioria dos crimes, resulta que, em regra, a inescusabilidade do erro de direito não se atrita com a necessidade da consciência da ilicitude para o reconhecimento da culpabilidade: quando essas hipóteses ocorrem, ainda que o agente não conheça a lei terá noção de que seu ato estará em oposição a dever ético-jurídico.

Acontece, entretanto, que nem todos os delitos têm um fundamento ético, o que se dá com os crimes de mera criação política ou meramente convencionais, chamados delitos de direito positivo (*delicta juris civilis*). São aqueles que, embora crimes no sentido jurídico, não "era già avvertito dalla consociazione come reato in senso razionale. Ciò perchè le esigenze della publica cosa portano talvolta a vietare, con sanzione penale, certi fatti che la consociazione non sente e non può sentire aprioristicamente come reato, perchè non conflittano propriamente coi suoi interessi, ma conflittano con gli interessi squisitamente politici ed economici dello Stato, che soltanto chi regge la cosa publica può apprendere come tale da doversi in ogni caso evitare", como se vê em PAOLI. (22)

Antes são ações normalmente inocentes ou indiferentes e vedadas apenas por razões de segurança social, conforme FLORIAN. (23)

Tais crimes ainda não são os delitos em que a anti-socialidade da ação basta para dar a consciência também de sua ilegalidade, segundo DE MARSICO, citado por STEFANO COSTA (24) e nem "aqueles delitos que non responden a la norma universal de cultura". (25)

(21) Ob. e vol. cit., págs. 145 e 157.

(22) IL DIRITTO PENALE ITALIANO, vol. I, págs. 80 e 81.

(23) Ob. e vol. cit., pág. 447.

(24) Artigo citado, pág. 39.

(25) JIMENEZ DE ASUA, "La Ley y el delito", pág. 427, 2.^a ed. 1954. São os que esse autor considera suscetíveis de beneficiar-se com o erro de direito.

Em delitos como êsses a proibição "non sarà più sensazione razionale di reato", como observa PAOLI. (26).

São aquelas infrações em relação às quais não existe inibição interior, isto é, sensação de uma resistência psíquica interna em relação a um ato a praticar, como anotou PHILONENKO prefaciando "L'ELEMENT MORAL DANS LES INFRACTIONS" de ROBERT LEGROS: "A la suite de longues réflexions, une constatation apparaissait. Il y a des infractions par rapport auxquelles il existe des inhibitions intérieures des freins, des entraves morales. D'un autre côté, des infractions, dont l'existence si un droit national ne les prévoyait, ne pourrait être sentie.

Problème complexe d'inhibition...

Inhibition; c'est la sensation d'une résistance psychique interne par rapport à un acte à accomplir". (27)

Ainda nesses casos, entretanto, pode ocorrer a consciência de injuricidade.

Entendiam os romanos admissível a aplicação da lei penal, sem fundamento ético, aos que não a conhecessem, em face da regra de Direito Privado, segundo a qual o homem envolvido em negócios deve conhecer a lei, de tal modo que toda violação seria uma falta: "Le droit romain a appliqué à la loi pénale, qui n'a ce caractère au point de vue de l'éthique qu'en supposant chez l'agent la connaissance de cette loi, la règle du droit privé d'après laquelle l'homme mêlé à la vie des affaires est obligé de connaître la loi de l'Etat, de telle façon que toute violation de sa part, même inconsciente, renferme en soi une faute". (28)

Por sua vez PETROCELLI, referindo-se a êsses crimes lembra que os cidadãos, dados seus interesses e relações obtêm um especial conhecimento sobre as normas e suas transgressões: "Vi sono poi altri fatti costituenti oggetto di norme non universalmente note alla esperienza, in quanto contengono una minuta e specifica disciplina di particolari rapporti sociali economici fiscali, ecc., ma per le quali interviene la corrispondente particolare situazione dei cittadini che vi sono soggetti. In vista dei loro speciali interessi e rapporti, essi si costituiscono una speciale conoscenza e competenza sulle norme e relative transgressioni". (29)

(26) Ob. e vol. cit., pág. 82.

(27) O autor, a propósito da lei francesa de 24 de maio de 1938, que estabeleceu pena para quem recebesse cheque sabendo que na data de sua emissão não havia provisão de fundos e, depois de considerar, com toda razão, que o recebimento de tal cheque não seria um ato desonesto, mas apenas seu endosso anterior moralmente repreensível, escreve o seguinte: *Preuve expérimentale de l'absence d'inhibition: en des ces jours, incidemment, dans une conversation avec un conseiller à la Cour de Cassation de Belgique, un pénaliste distingué, j'ai fait allusion à cette disposition de la loi française. Il en fut étonné.*

(28) MOMMSEN, "Le Droit Pénal Romain", tomo I, pág. 108.

(29) Ob. e vol. cit., pág. 138.

Além, portanto, daqueles crimes com fundamento ético, há os meramente convencionais ou de mera criação política que, pelas condições pessoais do agente pode ele ter, pelo menos, um conhecimento, ainda que profano (30), da qualidade ilícita de sua conduta.

Restariam, entretanto, delitos sem fundamento ético e sem que os agentes por suas condições pessoais pudessem ter mesmo aquele profano conhecimento de ilicitude de sua ação, quando praticassem o ato típico ou, como diz MEZGER, aquele conhecimento da antijuricidade que seja *"una apreciación de la acción en el círculo de pensamientos de la persona individual y en el ambiente del autor, orientada en el mismo sentido que la valoración legal judicial de la acción"*. (31)

Pois bem. Se o nosso código exigiu a consciência da injuricidade para a culpabilidade, a fim de que essa ocorra será necessário mais do que o conhecimento da lei penal, porque pode ser conhecida a lei e não haver consciência de ilicitude, como pode ocorrer essa sem aquele conhecimento. (32)

Não basta, pois, o conhecimento da lei para que se tenha como existente a consciência de injuricidade, o ânimo de contrastar a reprovação ético-social que lastrêia o *preceptum* penal, a consciência de oposição a dever ético-jurídico, o *juízo de valor* pelo qual o agente reconhece na ação a mesma que a lei ou a *opinio juris* popular reprovava como violação do dever de disciplina ético-social. (33)

Assim, tratando-se de crimes meramente convencionais, sem fundamento ético, portanto, e que o agente, por suas condições pessoais, não esteja em situação nem mesmo de ter um conhecimento, ainda que profano, da qualidade ilícita de seu procedimento, a exclusão da culpabilidade deve ser admitida. Não porque a lei seja ignorada, mas porque, ao lado dessa ignorância, outros fatores influíram para que não surgisse a consciência de ilicitude.

6 — Já no Direito Romano, para aqueles delitos, precisamente por não contravirem a um dever ético-social, se de punibilidade admissível quando se tratasse de agente *"mêlé à la vie des affaires"*, não o era quando praticados por mulheres e camponeses: *"tandis que les femmes et les paysans sont exempts de cette obligation, de telle façon que s'ils enfreignent une loi pénale non fondée sur une règle de la morale, on doit supposer chez eux l'ignorance de la loi et l'excuser"*. (34)

O que a lei proíbe é que a sua ignorância exima de pena, mas como causa única e não como causa concorrente, perturba-

dora do processo intelectual volitivo, capaz de afastar a consciência de ilicitude.

Se, além dessa ignorância, as condições pessoais concorrem para impedir que o agente tenha consciência de ilicitude, pode-se concluir pela inexistência de culpabilidade. A ignorância da lei eximirá de pena quando, ao lado dela, circunstância qualquer impeça o agente conhecer a ilicitude de sua conduta.

A essa altura poder-se-á lembrar que BETTIOL acentuou que foi para ilidir o formalismo excessivo do princípio da inescusabilidade do erro de direito (só conservado, *"per la forza di inerzia di una pesante tradizione romanistica contraria ad ogni senso di umanità e in contrasto con la natura psicologica dell'agir umano sotto il profilo della sua responsabilità"* que a doutrina postulou como elemento do dolo a consciência do fato contrário ao dever, por parte do agente: *"La dottrina per eludere el formalismo accessivo dela regola che l'ignoranza della legge penale non scusa, ha introdotto — come abbiamo accennato — nella nozione del dolo un elemento che supera quello della semplice previsione e volontarietà dell'avento, postulando da parte del soggetto agente anche la concienza dell'antidoverosità del fatto stesso. Ciò in sostanza equivale entro certi limiti ad un riconoscimento della rilevanza dell'errore di diritto"*. (35)

Nossa lei, admitindo a teoria normativa da culpabilidade, teria transposto para o plano legal as restrições da doutrina ao princípio da inescusabilidade do erro de direito.

7 — Outros aspectos há ainda a considerar.

Preocupou-se a lei com a injustiça de imposição de pena quando se tratasse de crimes "meramente convencionais". Tanto assim que NELSON HUNGRIA responde à censura de JIMENEZ DE ASÚA, por não admitir a relevância do *error juris* a respeito daquelas infrações, com alegação de que as infrações de mera criação política (ou meramente convencionais) foram trasladadas para a lei de contravenções "na sua quase totalidade" (36) e aquela lei em seu artigo 8.º dispõe que *"No caso de ignorância ou errada compreensão da lei, quando escusáveis, a pena pode deixar de ser aplicada"*.

Seria exagero que a minoria, portanto, das infrações penais meramente convencionais, não consideradas contravenções, tivessem tratamento diverso das atribuídas à maioria, especialmente quando se sabe que a única distinção entre contravenção e crime é de ordem legal (art. 1.º do Decreto-Lei n.º 3.914, Lei de Introdução ao Código Penal), sem que haja entre eles qualquer diversidade antológica.

Ainda mais. O princípio da inescusabilidade do erro de direito, como se viu, atende à exigência de política criminal, que em última análise seria o de não permitir ao Juiz a possibilidade da prova

(30) NELSON HUNGRIA, ob. e vol. cit., pág. 147; JIMENEZ DE ASÚA, ob. cit., pág. 427.

(31) "Tratado de Derecho Penal", tomo II, pág. 129.

(32) NELSON HUNGRIA, ob. e vol. cit., pág. 145.

(33) NELSON HUNGRIA, ob. e vol. cit., pág. 143 e segs..

(34) MOMMSEN, ob. e vol. cit., pág. 108.

(35) Ob. e vol. cit., págs. 376/377.

(36) Ob. e vol. cit., pág. 211.

daquela ignorância, redundando, pois, em norma que não seria nem penal nem excepcional a respeito do Código Penal, mas pertencendo à categoria de norma de segundo grau, que se dirige ao Juiz e, portanto, uma norma que não impediria a aplicação analógica (37) da Lei das Contravenções Penais.

Essa ignorância da lei atende a uma exigência que NELSON HUNGRIA exprime muito bem quando, ao cuidar do dolo, assim se manifesta: **"Se o dolo não compreende a consciência de que a ação in-concreto é aquela norma que a ordem ético-jurídica reprovava in-abstrato, onde estaria, acaso, o fundamento para a repressão do agente, quer se considera a pena como um fim em si mesma (imperativo categórico, retribuição, expiação), quer se lhe reconheça ou atribua um fim utilitário, fóra de si mesma (coação psicológica, emenda, defesa jurídica, defesa social)?? Como explicar-se, dentro do postulado clássico da responsabilidade moral, que se possa imputar subjetivamente, a título de falta moral, uma conduta que embora anti-jurídica na sua objetividade, não foi querida como tal pelo agente"**. (38).

Ter-se-á, dessa maneira, evitado que a razão política, responsável pela inserção do princípio em nosso Código, vá além da utilidade colimada, satisfazendo a ponderável restrição de NELSON HUNGRIA, depois de justificar a existência dele: **"A razão política, porém, não pode ir além da utilidade colimada, contra "tenere rationis"**. (39)

Admitindo o Ministro FRANCISCO CAMPOS, em sua Exposição de Motivos, que **"nem sempre a lei é um reflexo da consciência jurídica coletiva, representando apenas conveniências políticas de momento"**, entendeu que em tais casos bastaria a atenuação da pena, o que faz lembrar a censura de SANDULLI a sentença com a mesma orientação, ao observar que o magistrado **"pur convinto dell'assudità del principio del codice, credete, con una pena mite, conciliare la propria coscienza, col suo convincimento"**. (40)

8 — A solução que adotamos, decorrente de uma interpretação teleológico-sistemática parece-nos estar em consonância com a melhor doutrina, a evolução do Direito Penal e princípios imposter-gáveis de justiça.

O Direito Romano, se na época clássica não acolhia no Direito Penal Público o princípio da relevância da **ignorantia juris**, ainda que excepcionalmente, em sua última época começou a abrir caminho àquela doutrina, admitindo que o haver cometido determinados delitos, ignorando a norma que os proibia, constituía uma circunstância excusante, especialmente tratando-se de mulheres, menores, soldados

(37) FILIPPO GRISPIGNI, "Derecho Penal Italiano", vol. I, pág. 371, ed. Depalma, Buenos Aires, 1949.

(38) Ob. e vol. cit., pág. 165.

(39) Ob. e vol. cit., pág. 166.

(40) Revista cit..

e homens do campo, doutrina que arraigou-se profundamente no espírito jurídico na época de Justiniano, conforme as conclusões de VOLTERRA, recolhidas por SANDULLI (41), e a que os autores geralmente se reportam.

Punia os que tivessem um motivo para razoavelmente conhecer a lei penal sem fundamento ético, mas isso não fazia com os que, ordinariamente, não oferecessem aquele motivo, como se viu em MOMMSEN. (42)

Também o Direito Canônico, que inscrevia a regra de inescusabilidade da ignorância, embora atenuada pela doutrina dos canonistas, que admitia a isenção de pena para os que violassem as disposições locais, emanadas dos bispos, quando a ignorância ou o erro não fôsse consequência de negligência crassa e supina, acolheu essa doutrina no século XIV quando estabeleceu que a violação de uma lei ignorada não é imputável se a ignorância é inculpável (Can. 2.202). (43)

Testemunha ainda SANDULLI a tendência da grande maioria dos escritores no sentido de uma aplicação menos rigorosa do princípio, dispensando-nos de maiores citações: **"La grande maggioranza degli scrittori — senza distinzione di sculle — é favorevole ad un'applicazione meno rigida della disposizione, che, nel suo rigore, non consente tener conto delle speciali condizioni mentali e materiali di coloro che, per avventura, violando, loro malgrado, una legge da essi ignorata"**. (44)

A mesma orientação nota-se nas legislações modernas. A isso se refere BETTIOL: **"Le più moderne legislazione penale sia riesa minato e risolto in senso più conformi alla realtà"** (45) e também ANTOLISEI: **"così si spiega come nelle più recente legislazione straniere al principio dell'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale siano introdotte notevoli limitazioni, che del resto hanno non pochi precedenti nella storia"**. (46)

Ainda PANAIN anota que a tendência dos mais recentes movimentos de reforma é de atribuir eficácia impeditiva à ignorância e ao erro de direito. (47)

(41) Revista cit..

(42) Ob. e vol. cit..

(43) MANZINI, ob. e vol. cit., pág. 318.

(44) Revista cit., CONFERIR BOUZAT, "Traité Théorique et Pratique de Droit Penal", pág. 148, ed. 1951; DONNEDIEU DE VABRES, "Traité de Droit Criminel et de Legislation Pénale Comparée", pág. 86, ed. 1947; GARRAUD, "Droit Pénal Français", vol. I, pág. 602, ed. 1913; G. VIDAL, "Droit Criminel", pág. 313, ed. 1928; JIMENEZ DE ASÚA, "La ley y el Delito", pág. 427, ed. 1954; BETTIOL, ob. e vol. cit., pág. 376; FLORIAN, ob. e vol. cit., pág. 448; ANTOLISEI, ob. e vol. cit., pág. 292; MEZGER, ob. e vol. cit., pág. 136; BASILEU GARCIA, ob. e vol. cit., pág. 276.

(45) Ob. e vol. cit., pág. 376.

(46) Ob. e vol. cit., pág. 292.

(47) Ob. e vol. cit., pág. 156.

Convém, finalmente, lembrar com JIMENEZ DE ASÚA que "De lo que se trata, en última instância, püesto que la idea juridico-penal es siempre un pensamiento individualizador y püesto que, a nuestro juicio, la culpabilidad es um concepto valorativo (normativo), es de juzgar cada caso **in concreto**. Si por el llamado, error de hecho o por el denominado de derecho, no concurre **in species** ese elemento intelectual necesario al dolo, por no existir el conocimiento de los hechos o de la significación de ser contraria al deber la conducta perpetrada, ésta no es dolosa". (48)

Fugindo à interpretação gramatical do texto para se admitirem comedimentos na aplicação do princípio da inescusabilidade do erro de direito, evitar-se-á o **summum jus, summa injuria**, que traz como consequência o afastamento do intérprete do objetivo superior das leis, segundo observa CARLOS MAXIMILIANO. (49)

Buscando, entretanto, a aplicação do que os alemães denominam de "direito justo", deve-se fazê-lo, contudo, com especiais cuidados, para que essa aspiração não redunde em prejuízos à ordem social.

9 — Entende BASILEU GARCIA que a ignorância inescusável da lei prende-se à lei penal e não à extra-penal (50), enquanto CARRARA, indo mais longe, admitia que a regra devia ser entendida taxativamente com relação ao objeto jurídico do delito que se quer castigar, ou seja, restringindo-se "à lei penal que se quer aplicar" (51), opinião, aliás, seguida por modernos penalistas italianos, como se vê em VANNINI, para quem, por lei diversa da lei penal deve-se entender toda norma diversa da que prevê o fato cometido pelo agente, ainda que também penal: "Inoltre bisogna distinguire l'errore su ciò che vuole la norma penale (art. 5) dall'errore su (o ignoranza di) una norma penale la cui conoscenza é necessaria perchè si possa volere il fatto delittuoso in altra norma penale previsto (es. art. 364 c. p.). Quest'ultimo errore, sebbene di diritto penale, risolvendosi in un errore "sul fatto" previsto della legge come reato, esclude il dolo: per "legge diversa dalla legge penale" (a senso dell'ultimo comma dell'art. 47) deve intendersi ogni norma diversa da quella che prevede il fatto commesso dall'agente". (52)

Parece-nos aceitável a opinião do ilustre professor paulista, não obstante o entendimento em contrário do Ministro FRANCISCO CAMPOS em sua Exposição de Motivos e do eminente NELSON HUNGRIA. (53)

Fóra de dúvida que a nossa lei distingue entre lei penal e lei

(48) Ob. e vol. cit., pág. 427.

(49) "Hermenêutica", pág. 208.

(50) Ob. e vol. cit., pág. 256.

(51) Ob. e vol. cit., págs. 64/65.

(52) "Manuale di Diritto Penale", parte generale, ed. 1954, pág. 121.

(53) Ob. e vol. cit., pág. 215.

extra-penal, tanto assim que em seu artigo 48, número III considera atenuante a ignorância "da lei penal". Por outro lado admitindo como atenuante apenas a ignorância da lei penal, ou chegar-se-ia ao absurdo de se ter que enquanto a ignorância daquela lei seria capaz de atenuar e não seria a de lei extra-penal, ou ter-se-á, como é lógico, de concluir que reservando para a ignorância da lei penal um simples poder de atenuação não se referiu à extra-penal por lhe haver atribuído função maior que seria a de exclusão de culpabilidade.

O assunto, aliás, comporta sabidamente desenvolvimento, cuja extensão impede de ser feito aqui.