

POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE E ERRO DE PROIBIÇÃO

Nesta aula, exploraremos o terceiro elemento da culpabilidade, que é a potencial consciência da ilicitude.

A culpabilidade possui três elementos:

- Imputabilidade.
- Potencial consciência da ilicitude.
 - Dirimentes: Erro de proibição inevitável.
- Exigibilidade de conduta diversa.

Potencial consciência da ilicitude

O que define essa potencial consciência da ilicitude? Como o próprio nome sugere, o indivíduo tem culpabilidade apenas se ele tiver consciência, conhecimento ou pelo menos a capacidade de saber que sua ação é ilícita.

Por exemplo, se alguém chegar a um lugar e matar uma pessoa, ele tem consciência que é uma conduta indevida. Nesse sentido, a pessoa possui a atual consciência da ilicitude.

Para haver culpabilidade, não é necessário possuir a atual consciência. Pode ser que a pessoa não soubesse, mas tivesse a capacidade de adquirir esse conhecimento. Logo, teria a potencial consciência da ilicitude.

Por exemplo, a fabricação de açúcar em ambiente doméstico configura um ato ilícito, conforme estabelecido no Decreto-Lei n. 16/1966. Portanto, ao transformar cana-de-açúcar em açúcar para consumo próprio ou comercialização, o indivíduo estaria sujeito a prisão em flagrante e posterior processo judicial.

- Houve prática do ato típico? Sim, houve. A intenção de fabricar açúcar foi evidente, conforme definido pelo tipo penal correspondente à ação realizada.
- Existem excludentes de ilicitude que abrigam essa conduta? Não, nenhuma.
- A pessoa é imputável? Sim.
- Era exigível uma conduta diversa? Sim, era.

No que tange à potencial consciência da ilicitude, verifica-se que a pessoa não estava ciente de que fabricar açúcar era considerado ilícito, e não havia meios para adquirir esse conhecimento. A potencial consciência da ilicitude estava ausente, resultando na exclusão da culpabilidade.

No caso de um indivíduo criado em um canavial, que iniciou a produção de açúcar sem saber que tal ato era ilícito, apesar da falta de consciência atual da ilicitude, seria razoável esperar que ele tivesse a potencial consciência dela. Portanto, ele possui culpabilidade.

É crucial perceber que a consciência da ilicitude envolve o conhecimento de que uma ação contraria as normas jurídicas, enquanto a potencial consciência da ilicitude sugere que, mesmo sem tal conhecimento, seria razoável esperar que o indivíduo o tivesse.

Se a pessoa tivesse sido mais cautelosa, poderia ter evitado o erro. No entanto, a culpabilidade é atribuída quando há potencial consciência da ilicitude.

Considere a seguinte situação: uma mulher proveniente de um país onde o aborto é legalizado visita o Brasil e descobre que está grávida durante sua estadia de um mês. Decidindo abortar, ela é informada de que o aborto não é permitido no Brasil. No entanto, baseando-se na permissibilidade do aborto em seu país de origem, ela procede com o aborto acreditando genuinamente que sua conduta é lícita.

Contudo, é importante ressaltar que a legalidade da conduta é determinada pela legislação do país onde ela ocorre. Portanto, a legislação penal brasileira é aplicada de acordo com a territorialidade da lei penal brasileira, considerando o aborto como um fato típico e ilícito.

Ao analisar a culpabilidade, mesmo que a mulher seja imputável e seja exigível uma conduta diversa, é necessário investigar se ela tinha consciência da ilicitude de sua ação. É imprescindível examinar o caso concreto, pois não é viável fazer generalizações sobre a presença ou ausência tanto da consciência atual quanto da potencial consciência da ilicitude.

No contexto específico dessa mulher, é possível que ela não apenas não tivesse a consciência atual, mas também não possuísse a potencial consciência da ilicitude. Portanto, mesmo tendo realizado um aborto no Brasil, sua culpabilidade seria excluída devido à falta de potencial consciência da ilicitude.

Em síntese, a culpabilidade de um indivíduo só pode ser estabelecida se houver consciência, ou ao menos potencial consciência, de que a conduta é ilícita.

Erro sobre a ilicitude do fato ou erro de proibição

Quais circunstâncias levam à exclusão da potencial consciência da ilicitude? Isso ocorre quando uma pessoa incorre no denominado erro sobre a ilicitude do fato, também conhecido como erro de proibição. Ambas as expressões são sinônimas e se referem à situação em que não há potencial consciência da ilicitude da conduta.

Erro sobre a ilicitude do fato significa pensar que uma conduta é lícita, quando, na verdade, é ilícita. Por outro lado, o erro de proibição ocorre quando alguém acredita que uma conduta é permitida, mas é proibida pela lei.

É importante ressaltar que o erro de proibição se refere a uma falha no entendimento jurídico, onde alguém, por exemplo, acredita erroneamente que pode realizar um aborto ou fabricar açúcar clandestinamente. Quando esse erro está presente, não há potencial consciência da ilicitude. No entanto, é fundamental considerar que esse erro pode ser classificado como inevitável ou evitável, o que torna a análise mais complexa.

- **Erro de proibição inevitável:** Ocorre quando um indivíduo, dadas as circunstâncias de sua vida e seu perfil subjetivo, não poderia evitar o erro. Por exemplo, alguém que cresceu em um ambiente onde certa conduta é aceita, mas que descobre, ao cometer o ato, que é ilegal. No caso do erro de proibição inevitável, a pessoa não possui nem a atual consciência da ilicitude, nem a potencial. Em outras palavras, esse erro exclui a potencial consciência da ilicitude.
- **Erro de proibição evitável:** Refere-se a situações em que o indivíduo poderia ter evitado o erro. Embora a pessoa não tenha a atual consciência da ilicitude, ela possui a potencial. Dessa forma, o erro de proibição evitável **não exclui a culpabilidade**.



15m

No entanto, a lei prevê uma redução da pena de 1/6 a 1/3 para esse tipo de erro, reconhecendo que, embora o indivíduo seja culpável, a falta da atual consciência da ilicitude deve ser considerada na determinação da punição.

ATENÇÃO



Determinar se um erro é inevitável ou evitável é uma tarefa complexa, especialmente em contextos práticos. Portanto, as bancas examinadoras devem fornecer elementos suficientes para essa avaliação. É importante ressaltar que essa distinção também pode ser expressa por meio de sinônimos, como **invencível para inevitável** e **vencível para evitável**.

Além disso, é crucial compreender os termos adicionais que podem ser utilizados pelas bancas, como **inescusável e escusável**. Um erro de proibição inescusável indica que poderia ter sido evitado, enquanto um erro escusável reconhece que as circunstâncias justificam o equívoco.

Em suma:

Erro inevitável = invencível, escusável.

Erro evitável = vencível, inescusável.



20m

Potencial Consciência da Ilícitude

- Para que o agente seja culpável, ele deve ter consciência da ilicitude do fato ou, ao menos, a possibilidade de conhecê-la (potencial).

Desconhecimento da lei Consciência da ilicitude do fato

O desconhecimento da lei é considerado inescusável, ou seja, a pessoa não pode alegar ignorância da legislação. Por exemplo, se alguém comete um crime, como homicídio, essa pessoa não pode alegar não conhecer o Código Penal ou suas disposições.

Da mesma forma, alguém não pode ser isento de responsabilidade por envolvimento em tráfico de drogas sob a alegação de nunca ter ouvido falar da Lei n. 11.343/2006.

A questão central ao analisar o erro de proibição não é se o agente conhece ou não a lei, pois o desconhecimento da lei é considerado inescusável. O foco recai sobre a consciência da ilicitude do ato cometido. Ter consciência da ilicitude significa reconhecer que a conduta é errada e contrária ao ordenamento jurídico, mesmo sem conhecimento específico das leis aplicáveis.

Por exemplo, se alguém não sabe qual é o conteúdo do art. 289 do Código Penal, mas reconhece que falsificar dinheiro é um crime, isso demonstra a consciência da ilicitude do ato. Da mesma forma, se o agente não sabe qual é a conduta tipificada no art. 304 do Código Penal, mas compreende que usar documento falso é uma prática ilegal, isso também denota a consciência da ilicitude do fato.

Desrespeitar o hino nacional brasileiro constitui uma contravenção penal. Mesmo que alguém não esteja ciente da lei específica, se reconhece que a conduta é errada e contrária ao ordenamento jurídico, então possui a consciência da ilicitude do fato.

Essa avaliação não se baseia no conhecimento geral da lei, mas sim na consciência individual ou potencial consciência do agente. Se não há a consciência atual, mas existe a potencial consciência da ilicitude do fato, configura-se um erro de proibição evitável, vencível e inescusável, resultando em uma redução da pena de 1/6 a 1/3.

Valoração paralela na esfera do profano

A potencial consciência da ilicitude é alcançada se o agente, ao refletir sobre os valores ético-sociais, tiver a possibilidade de entender o caráter ilícito do fato de acordo com a sua realidade.

Por exemplo, uma mulher brasileira que pratica aborto terá a potencial consciência da ilicitude do ato, enquanto uma estrangeira de um país onde o aborto é legalizado pode não ter essa mesma consciência. Aqui, “profano” se refere ao leigo, à pessoa comum que não tem um conhecimento especializado sobre a lei. A análise da potencial consciência da ilicitude é feita com base no perfil subjetivo do agente.

Outro caso muito presente nas provas é o do holandês que, vindo de um país onde o transporte e a venda de maconha são permitidos, traz consigo a substância para o Brasil. Ele pode não estar ciente de que essa conduta é considerada tráfico de drogas no país de destino. Portanto, é necessário avaliar se houve um erro de proibição e se esse erro foi inevitável ou evitável, levando em consideração a realidade específica do indivíduo.



Erro sobre a ilcitude do fato

Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilcitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Duas situações que excetuam essa disposição:

1) O desconhecimento da lei pode funcionar como atenuante genérica, seja escusável ou inescusável (art. 65, II, CP). Isso não implica, em hipótese alguma, na exclusão da culpabilidade do agente. Contudo, em situações específicas, como diante de uma nova legislação ou de uma lei polêmica, a alegação de desconhecimento da norma pode resultar em uma redução da pena.

2) LCP, Art. 8º “No caso de ignorância ou de errada compreensão da lei, quando escusáveis, a pena pode deixar de ser aplicada.”.

Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. **O erro sobre a ilcitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.**

Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilcitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

O erro sobre a ilcitude do fato, se inevitável, retira a culpabilidade do agente. Contudo, se o erro for evitável, a pena deve ser diminuída de 1/6 a 1/3.

O erro de proibição é evitável quando a pessoa não tem a consciência da ilcitude, mas tem a potencial consciência da ilcitude. Por outro lado, no erro de proibição inevitável, a pessoa não possui nem a consciência atual da ilcitude, nem a potencial consciência da ilcitude.

Este material foi elaborado pela equipe pedagógica do Gran Concursos, de acordo com a aula preparada e ministrada pelo professor Érico de Barros Palazzo.

A presente gravação tem como objetivo auxiliar no acompanhamento e na revisão do conteúdo ministrado na videoaula. Não recomendamos a substituição do estudo em vídeo pela leitura exclusiva deste material.
