

De
LEGIBUS

8

2024

**ERRO DE PROIBIÇÃO NO CASO DE SITUAÇÃO
JURÍDICA OBSCURA**

MISTAKE OF LAW IN UNCLEAR LAW SITUATIONS

MICHAEL PAWLIK

Tradução: EDUARDO VIANA

REVISTA DE DIREITO

LAW JOURNAL

Faculdade de Direito — Universidade Lusófona

<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus>

ERRO DE PROIBIÇÃO NO CASO DE SITUAÇÃO JURÍDICA OBSCURA*

MISTAKE OF LAW IN UNCLEAR LAW SITUATIONS*

MICHAEL PAWLIK**

Tradução: EDUARDO VIANA***

RESUMO: O cidadão deve estar totalmente ciente de todas as regras legais antes de poder implementar o seu projeto de conduta? Isso não afetaria o núcleo geral da liberdade de ação do cidadão? Qual o melhor caminho para não onerar unilateralmente o cidadão diante de um projeto de conduta realizado em um contexto jurídico obscuro derivado de um déficit de regulação do sistema de normas? Este trabalho visa fornecer uma resposta para a questão da distribuição de responsabilidade entre um cidadão que age em uma situação de insegurança jurídica e a comunidade jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Erro de proibição. Situação jurídica obscura. Consciência eventual da antijuridicidade. Vencibilidade do erro.

ABSTRACT: Must the citizen be fully aware of all the legal rules before he can implement his conduct project? Wouldn't this affect the general core of the citizen's freedom of action? What is the best way not to unilaterally burden the citizen in the face of a project of conduct carried out in an obscure legal context derived from a regulatory deficit in the system of norms? This work aims to provide an answer to the question of the distribution of responsibility between a citizen who acts in a situation of legal uncertainty and the legal community.

KEYWORDS: Mistake of law; Unclear law situations; Ignorance of law; *Mens rea*.

* Publicação original: *Verbotsirrtum bei unklarer Rechtslage*, in: Saliger (ed.), *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 2017, p. 985-997.

** Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Freiburg.

*** Professor de Direito Penal da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

-A-

Em uma de suas lições sobre Filosofia moral, Kant explica que somente são imputáveis aquelas consequências que se originam da liberdade do agente¹. Isso está ausente, por um lado, nas ações dos inimputáveis – “quando um louco ou uma criança menor de idade faz algo, isso não lhe pode ser imputado”² – e, por outro, nos *eventus inevitabiles*, isto é, aqueles eventos em que a pessoa não poderia ter evitado seja porque estavam além das forças humanas seja porque não poderia tê-los previsto. De acordo com Kant, a regra *ultra posse nemo obligatur* se aplica a todos esses casos e, portanto, elas não são imputáveis³.

Até hoje a ideia do *ne ultra posse* é frequentemente mencionada na discussão jurídico-penal a respeito dos limites da imputação⁴. Entretanto, pouco se ganha enquanto não for explicado exatamente como esse princípio deve ser entendido. Dois modelos entram em consideração: um, seguindo Kant⁵, que concebe o princípio como uma concessão à limitada capacidade psíquica do autor; e outro que o compreende como expressão de uma distribuição de risco fundada normativamente. Essa última concepção é preferível. Uma concepção que compreende o *ne ultra posse* em termos psicológicos desemboca em uma eliminação dos deveres de cuidado exigido dos cidadãos que é dificilmente aceitável do ponto de vista da liberdade de ação. Isso se aplica tanto ao exame das situações de força externa (*Zwangslagen*)⁶ como da teoria do erro, que aqui interessa. Quem precisa fazer tudo o que for mentalmente possível deve ter sempre em conta o risco de uma valoração errônea das circunstâncias do fato (*Tatumstände*) ou de sua valoração jurídico-penal criminal e se afastar desse risco por todos os meios. Sendo

1 Kant, *Metaphysik der Sitten*, AA, t. 27/2, p. 563.

2 Kant, *Praktische Philosophie*, AA, t. 27/1, p. 156.

3 Kant, *Metaphysik der Sitten*, AA, p. 563.

4 Com ulteriores referências: Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 299, nota de rodapé n. 279.

5 Ao lado das explicações que acabam de ser mencionadas, comparar também, Kant, *Reflexionen zur Moralphilosophie*, AA, t. 19, 1934, p. 158 (nm. 6778): “No nível pragmático, não imputo comissões que são pragmaticamente necessárias, tampouco tais omissões, senão apenas aquelas cujo oposto é possível de acordo com as regras de inclinação.”

6 Sobre isso, Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 300.

assim as coisas, dificilmente haveria erros inevitáveis. Se exercitarmos um pouco a nossa própria fantasia, não se pode excluir praticamente nunca que situações da vida contenham riscos ocultos, os quais possivelmente poderiam ser descobertos por meio de uma investigação minuciosa da situação fática⁷. Mesmo no caso em o sujeito carece de conhecimentos suficientes, também é possível “evitar teoricamente qualquer espécie de erro de proibição se a pessoa se informar de moto tão exaustivo até que surjam razões que militem contra a legalidade do projeto de conduta”⁸.

Em verdade, ninguém maneja de forma tão estrita o critério de evitabilidade do erro de proibição; um ponto de partida psicologizante tem como consequência o fato de que as limitações consideradas necessárias não podem ser deduzidas e fundamentadas sistematicamente, mas devem ser improvisadas de caso a caso⁹, resultando “em última análise, que toda conclusão pode ser fundamentada”¹⁰. “Isto é”, como já reconhecera Binding, “juridicamente errado. A evitabilidade do erro é determinada precisamente de acordo com medida da exigência jurídica de poder (*Können*) para o comportamento em questão”¹¹. Por essa razão, um erro evitável em sentido jurídico é “aquele que a pessoa que erra teria evitado se tivesse cumprido essa exigência proporcional e que, portanto, é censurada neste caso justamente por não o ter evitado”¹². Com essa determinação conceitual Binding desvincula o critério da evitabilidade das capacidades psíquicas dos cidadãos e permite que expectativas limitadas normativamente ocupem o seu lugar. A normatização do conceito de evitabilidade defendido por Binding impôs-se amplamente na atualidade¹³, por boas razões, porque somente tal entendimento é compatível com uma ordem jurídica liberal.

7 SK-StGB/Hoyer, 7 Aufl., 39 Lfg., 2004, comentário ao § 16, nm. 25.

8 Roxin, *AT I*, 4.^a ed., 2006, § 21/40; nesse sentido, igualmente, Stuckenberg, *Vorstudien zum Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, p. 455; Velten, *Normkenntnis und Normverständnis*, 2002, p. 372; Leite, *Der Unrechtszweifel als Verbotsirrtum*, *GA* (159-11), 2012, p. 694.

9 Velten, *Normkenntnis*, 2002, p. 110.

10 Velten, *Normkenntnis*, 2002, p. 119.

11 Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. IV, 1919, p. 567.

12 Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. IV, 1919, p. 567.

13 NK-StGB/Neuman, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 17 nm. 54; Freund, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2009, § 7, nm. 21; Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 19/35; Roxin, *AT I*, § 21, nm. 38 e ss; Velten, *Normkenntnis*, p. 78, 316.

Naturalmente, a verificação da evitabilidade somente se apresenta quando afirmado previamente a existência de um erro do autor. Contudo, a visão predominante ainda concebe o conceito de erro de maneira psicológica, a saber: como a não coincidência entre consciência e realidade¹⁴. O erro pode existir tanto em uma falsa representação como também na total ausência de representação¹⁵; o fator decisivo é que o estado de consciência de quem erra não corresponda ao substrato fático. A diferença entre isso e a estratégia de determinação dos conceitos no plano da verificação de evitabilidade é inócua em termos práticos, sempre que seja afirmada a existência de um erro. Em contrapartida, se a representação do autor não é qualificada como errônea, ou seja, a ele é atribuída a consciência do injusto, então, com isso, a possibilidade de um fino controle normativo conforme o critério da evitabilidade é desde o princípio obstaculizada.

Quando mais amplo o conceito de consciência do injusto é concebido, menor é o campo em que se pode considerar uma descarga de responsabilidade jurídico-penal do autor. Um meio útil para delimitar o âmbito dos erros é a figura denominada *consciência condicionada do injusto*, conforme a qual o erro já é excluído quando o imputado considera seriamente possível que o seu comportamento poderia ser antijurídico¹⁶. Aplicando isso de modo consequente, nos casos em que o cidadão disposto a agir é confrontado com uma situação jurídica pouco clara, essa concepção equivale a onerá-lo com *todos os riscos jurídicos*, inclusive com aqueles – a exemplo de formulações legais pouco claras ou jurisprudência divergente – que estão fora de sua esfera de influência e responsabilidade.

Essa distribuição unilateral de risco é viável, quando muito, em ordens jurídicas menos complexas com um número relativamente pequeno de controvérsias jurídicas. Contudo, tendo em conta a realidade jurídica atual, caracterizada por um elevado nível tecnológico e dinâmica social, uma produção extraordinariamente extensa de normas e um

14 Exemplificadamente, Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, § 29 V 1a (p. 307).

15 Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2012, § 13 nm. 71 e s.; Roxin, AT I, § 21 nm. 21.

16 BGHSt 4, 1, 4; 45, 219, 225; 58, 15, 27 s., 31 s.; BGH NJW 1996, 1604, 1605 s.; 2002, 3415, 3417; 2011, 1236, 1239; S/S-StGB/Sternberg-Lieben/Schuster, 29. Aufl. 2014, § 17 nm. 5a; SK-StGB/Rudolphi, 7. Aufl., 148. Lfg., 2014, § 17 nm. 12; Kühl, AT, § 11 nm. 30 e § 13 nm. 59e.

correspondente incremento exponencial do número de casos jurídicos duvidosos se mostra insustentável, como corretamente salientou Neumann¹⁷. À vista disso, agir é “antes de mais nada, perigoso”¹⁸. Por essa razão, ao agente preocupado em evitar conflitos jurídico-penais não resta nada a não ser abster-se de realizar seu projeto – exemplificadamente, porque ainda não há decisões judiciais aplicáveis ao caso ou a jurisprudência ainda não chegou a uma posição uniforme – quando não for possível presumir com certeza que o comportamento que ele está considerando é permitido. Uma interpretação que impõe essa máxima defensiva atinge “o núcleo geral da liberdade de ação enquanto princípio”¹⁹. Ela não pode – e sobre isso há amplo consenso²⁰ – representar a última palavra em uma dogmática penal amiga da liberdade (*freiheitsaffinen Strafrechtsdogmatik*).

Entretanto, como é possível conciliar a valoração político-criminal, também endossada pela jurisprudência e segundo a qual – para usar uma expressão do BGH (*Bundesgerichtshof*) – o destinatário da norma não pode ser unilateralmente onerado com o risco de situações jurídicas obscuras²¹ com o permanente reconhecimento pelo tribunal da eventual consciência do injusto? A resposta simples é: impossível²². Mas a maioria das tentativas de fundamentação apresentadas na literatura científica também se mostra como soluções improvisadas, as quais, desde a perspectiva da teoria do delito, são duvidosas.

A princípio, há duas maneiras de resolver a tensão que acabei de ressaltar. Aqueles que aderem ao entendimento tradicional da consciência condicionada do injusto precisam, para os casos nos quais um agente é

17 NK-StGB/Neumann, § 17, nm. 51; *o mesmo*, Der Verbotsirrtum (§ 17 StGB), *JuS*, 1993, p. 795 s.; Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7ª ed., 2015, § 19, nm. 5; Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, p. 407; Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 2011, § 19, nm. 14 ess.; *a mesma*, Bemerkungen zum Verbotsirrtum und seiner Vermeidbarkeit, *FS-Rudolphi*, 2004, p. 234 e ss.; Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 323; Gaede, Der unvermeidbare Verbotsirrtum des anwaltlich beratenen Bürgers - eine Chimäre?, *HRRS*, 2013, p. 459; Leite, GA 2012, p. 694 e ss.

18 Velten, *Normkenntnis*, 2002, p. 316.

19 Velten, *Normkenntnis*, 2002, p. 347.

20 Leite, GA 2012, p. 692, com ulteriores referências.

21 BGH *NJW* 2007, 3078, p. 3079, igualmente, OLG Stuttgart, *NJW* 2008, p. 243, p. 245.

22 Igualmente Cornelius, GA 2015, p. 106.

confrontado com uma situação jurídica pouco clara, encontrar a solução fora da regulamentação do erro de proibição seja por meio de uma analogia com o § 17 StGB (*Strafgesetzbuch* – Código Penal Alemão)^{23/24NT} seja na forma de uma solução em sede de exigibilidade que salte implicitamente a problemática do erro²⁵. Quem recusa essas construções, se quiser permanecer dentro do marco de verificação tradicional, resta somente a possibilidade de deslocar a fronteira entre a consciência do injusto e do erro de proibição a favor do último. Em sendo assim, já carece de consciência do injusto o autor que veja o seu comportamento como possivelmente permitido²⁶, certamente quando considere altamente provável a licitude da conduta²⁷ ou quando não quer a realização do injusto²⁸.

Deixando de lado as diferenças que se apresentam nos pormenores, essas abordagens têm *algo* em comum: nas palavras de Neumann, elas se esforçam para compensar as *incertezas objetivas* do direito por meio de modificações no âmbito da imputação *subjektiva*²⁹; elas tratam como problema um déficit de informação do autor, aquilo que, em verdade, representa um

23 Nesse sentido, por exemplo, Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. ed. 2013, § 31 nm. 25; Roxin, AT I, § 21 nm. 34.

24 NT O artigo de Pawlik objeto dessa tradução foi originalmente publicado em 2017, naquele momento, a solução da qual Roxin se aproximava era efetivamente a aplicação analógica do § 17 StGB, cf. Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4.ª ed. Berlin: Beck, 2006, p. 941, nm. 30 e ss. A partir da 5.ª edição, publicada somente em 2019, e agora a cargo de Luís Greco, os autores passaram a defender que não há necessidade de recorrer à analogia *in bonam partem* porque o § 17 do StGB, diretamente, autoriza a interpretação segundo a qual a dúvida pode configurar um erro. Restaria decidir, apenas, se o § 17 pode ser aplicado a qualquer dúvida ou somente a uma dúvida qualificada. Nesse sentido, e contrariando uma “tradição” relativamente estável na literatura e jurisprudência, o campo da dúvida seria a realidade do erro de proibição. Roxin/Greco realizam, ainda, uma precisão adicional: apenas dúvidas insuperáveis configuram erro de proibição inevitável. Cf. Roxin, Claus; Greco, Luís. *Direito Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 1264, nm. 34c-34d.

25 Assim, OLG Stuttgart, NJW 2008, 243, 244 e s.; LK-StGB/Vogel, Bd. 1, 12 ed., § 17 nm. 69; SK-StGB/Rudolphi, § 17 nm. 13; Jakobs, AT, 19/31.

26 Puppe, in: FS-Rudolphi, p. 236.

27 Frister, AT, § 19, nm. 5; Heger, *Geschichte und Gegenwart des Verbotsirrtums im deutschen Strafrecht*. In: Sinn (ed.), *Menschenrechte und Strafrecht*, 2013, p. 99 e s.; Rodenbeck, *Die Bestrafung auf einen Verbotsirrtum als Schutzbehauptung*, 2012, p. 137 e ss.

28 Gaede, *HRRS* 2013, p. 460 e ss.

29 NK-StGB/Neumann, § 17 nm. 51,

déficit de regulação do sistema de normas³⁰. Ao fazer isso, eles vinculam a exoneração da responsabilidade jurídico-penal do autor a critérios que são externos às considerações mencionadas para fundamentar essa exoneração. As consequências são incongruências valorativas. Sobre tudo as seguintes questões se impõem: por que a ideia de que os cidadãos não devem ter que arcar com os riscos jurídico-criminais resultantes de obscuridades jurídicas, contra as quais ele nada pode, somente deve ser levada em consideração quando cada cidadão tiver considerado que o seu comportamento juridicamente ambíguo no momento da ação era possivelmente – ou inclusive provavelmente – lícito? Isso afeta (*sic venia verbo*), mesmo que minimamente, a inocência institucional da pessoa que age com base na situação objetiva se, como um pessimista inveterado, ela estivesse firmemente convencida de que, em caso de litígio, “o Estado” sempre decidiria em seu desfavor, ou seja, que o Estado qualificaria o seu comportamento como proibido?

Como a conclusão formulada por Neumann pode ser adequadamente levada em conta desde um ponto de vista da sistemática do delito? Se se pretende que a resposta supere o status de mera afirmação *ad hoc*, isso requer um fundamento concebido na teoria do direito penal. A questão da distribuição de responsabilidade entre um cidadão que age em uma situação de insegurança jurídica e a comunidade jurídica deve, portanto, ser incorporada em uma concepção integral dos fundamentos, pressupostos e limites do injusto penal³¹. As páginas a seguir descrevem como essa exigência poderia ser implementada.

30 Neumann, Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?, *ZStW*, (103), 1991, p. 333; *o mesmo*, *JuS*, 1993, p. 798. Igualmente, Köhler, AT, 1997, p. 415; Cornelius, *GA* (162-2), 2015, p. 108; Dehne-Niemann, “Alea iacta est” – Strafflosigkeit der Vermittlung privater Sportwetten?, *wistra*, 2008, p. 366; Lüderssen, Die Parteispendenproblematik im Steuerrecht und Steuerstrafrecht – Vorsatz und Irrtum, *wistra*, 1983, p. 231; Naucke, Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen – Rechte, Pflichten und Interessen als Elemente der rechtfertigenden “Pflichtenkollision”. In: Schünemann (ed.), *FS Roxin*, t. I, 2001, p. 514 e ss., Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 322 e ss.

31 Precipitado, portanto, que Cornelius, *GA* 2015, p. 114 e ss, que é o último a tratar do tema até o momento, na sequência da sua crítica às tentativas tradicionais de solução salte imediatamente para o plano constitucional. É recomendável que o cientista penal, antes de tudo, esgote o potencial argumentativo de sua própria disciplina.

-B-

Em meu “Injusto do cidadão” é desenvolvida uma concepção de delito e de pena que pode ser descrita como expressiva^{32NT} e cuja fundamentação filosófica mais convincente remonta, a meu juízo, aos filósofos americanos Robert Brandom, John McDowell, Robert Pippin e Terry Pinkard. Essa interpretação, pragmática em um sentido amplo, que é devedora – ao lado de Hegel – sobretudo à filosofia tardia de Wittgenstein, tenta desmistificar as obras de arte argumentativas de Hegel por meio do traslado das suas considerações à análise das práticas sociais. Hegel então adota, nas palavras de Brandom, a “mais profunda e original ideia”³³ de Kant³⁴. De acordo com essa ideia, os julgamentos diferem das atividades de seres vivos irracionais, pelo fato de que dizem respeito a algo pelo qual os julgadores são responsáveis em um sentido específico e, portanto, algo que estão obrigados a apresentar razões³⁵. Hegel entendeu, no entanto, que essas justificativas não poderiam ser extraídas de um espaço a-histórico (*geschichtsenthobenen Raum*) de puras considerações formais, à maneira do imperativo categórico³⁶. Em vez disso, o exercício da razão prática pressupõe a existência de práticas sociais substantivas e dinâmicas nas quais as razões são dadas e exigidas³⁷. Em sua interação, as práticas mencionadas constituem essa realidade autônoma, institucionalmente estruturada de múltiplas formas, que Hegel designa com o nome “espírito objetivo”³⁸. Assim como os julgamentos cognitivos, de acordo com essa

32 ^{NT} O autor se refere à sua monografia “*Das Unrecht des Bürgers*”, publicada em 2012. Uma aproximação à concepção de pena de Pawlik pode ser lida em Greco, Luis. *Strafe als Bürgerpflicht? Reflexionen zur Straftheorie von Michael Pawlik*, in: FS- Sancinetti, 2020, pp. 105-118. Em língua portuguesa, o leitor poderá consultar a cuidadosa resenha de Marteleto Filho, Wagner. *Recensão a Michael Pawlik, Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*. Anatomia do Crime 8 (2018), pp. 151-166.

33 Brandom, *Wiedererinnerter Idealismus*, 2015, p. 23.

34 Brandom, *Wiedererinnerter Idealismus*, 2015, p. 281.

35 Brandom, *Wiedererinnerter Idealismus*, 2015, p. 27; McDowell, *Die Welt im Blick*, 2015, p. 22, p. 109.

36 Pippin, *Die Verwirklichung der Freiheit*, 2005, p. 178; McDowell, *Die Welt im Blick*, p. 240.

37 Brandom, *Wiedererinnerter Idealismus*, p. 302; McDowell, *Die Welt im Blick*, 2015, p. 241 ss; Pippin, *Die Verwirklichung der Freiheit*, p. 43.

38 Brandom, *Wiedererinnerter Idealismus*, p. 73, p. 302; Pinkard, in: Halbig/Quante/Siep (ed.), *Hegels Erbe*, 2004, p. 276 ss.; Pippin, *Die Verwirklichung der Freiheit*, p. 124.

concepção, as ações também são “explicadas por razões, ou seja, por meio da alusão a estados psíquicos à luz dos quais podemos reconhecer até que ponto a ação explicada poderia ter parecido racional para o autor”³⁹. Nesse sentido, toda ação representa um ato comunicativo significativo, uma autodeterminação discursiva⁴⁰: “É assim que deve ser, e posso dar razões para isso quando solicitado.”⁴¹

Isso também se aplica ao fato punível. A comunidade jurídica institucionalizada pelo Estado, por meio do direito penal, exige de seus membros em seu status de cidadão, naquilo que Hegel chama de sua “obrigação para com o substancial”⁴², o geral, e os amarra à sua responsabilidade como co-portadores do estado de liberdade existente⁴³. É verdade que o cidadão individual não tem responsabilidade direta pelo bem comum; visto que tal responsabilidade, considerando a complexidade das sociedades modernas, seria literalmente imensurável, o indivíduo jamais poderia cumpri-la. Por outro lado, os cidadãos devem à comunidade política o cumprimento exteriormente correto dos deveres concretos a ele imposto pela ordem jurídica⁴⁴. Ao cumprir suas obrigações, ele contribui para a manutenção do estado de liberdade existente. Se agir de forma contrária a elas de maneira comunicativamente relevante, ele viola seu dever de cooperação e realiza um injusto penal. Parafraseando Jakobs, nessa perspectiva o crime aparece como um “discurso”⁴⁵, ou seja, como uma “tomada de posição sobre a validade da norma”⁴⁶ com o significado de uma contradição à norma: “Não nesta sociedade!”⁴⁷ A negação (*Widerspruch*) do criminoso à norma é confrontada por meio da punição a ele imposta e, particularmente, com intensidade comparável à violação

39 McDowell, *Wert und Wirklichkeit*, 2002, p. 95.

40 Cfr. Brandom, *Expressive Vernunft*, 2000, p. 873.

41 Detalhadamente: Pawlik, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, 2017.

42 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, in: Moldenhauer/Michael (ed.), *Werke*, t. 7, 1986, § 261 A, p. 408.

43 Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 105 ss.

44 Hegel, *Vorlesungen über die Ästhetik I*, in: Moldenhauer/Michel (Hrsg.), *Werke*, Bd. 13, 1986, p. 241.

45 Jakobs, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 13.

46 Jakobs, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, p. 34.

47 Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3. ed., 2008, p. 111.

da norma, ou seja, com a imposição, ou pelo menos a ameaça, de perda de seu bem jurídico⁴⁸.

Com isso, para que se possa falar em um injusto penal dois pressupostos precisam ser preenchidos. Por um lado, é preciso que o conteúdo da obrigação que concerne ao autor esteja *definido* com suficiente precisão no momento da ação. Considerando que o indivíduo não pertence à “sua” comunidade jurídica enquanto corpo e alma (para falar em sentido literal), senão somente deve uma limitada medida de lealdade, apenas as obrigações suficientemente definidas, precisamente, as obrigações limitadas, são idôneas à punição. Essa exigência encontra o seu reflexo constitucional no artigo 103, parágrafo 2º, da Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha. Por outro lado, para poder “suportar” a imposição da pena em sua clareza comunicativa e física, o comportamento precisa ser interpretado, em seu sentido comunicativo, como uma *inequívoca* insurgência (*eindeutig Aufhebung*) contra a pretensão de cooperação da comunidade jurídica. Ausente essa inequívocidade, então o autor, apesar de ter se revelado um contemporâneo descuidado que está pronto para levar ao máximo os limites do que é juridicamente permitido, não realizou um injusto penal⁴⁹.

–C–

De acordo com uma concepção fundada por Puppe, o primeiro dos pressupostos acima mencionados já não é atendido em casos de situação jurídica obscura. Para fundamentar essa tese, Puppe recorre ao que provavelmente é o *insight* mais bem estabelecido da metodologia jurídica, a saber: o princípio/enunciado (*Satz*) do caráter criativo da interpretação jurídica⁵⁰. A interpretação das normas jurídicas não é apenas a descoberta do Direito já vigente objetivamente, senão o estabelecimento de um novo direito⁵¹. Não se deve

48 Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 112; Pawlik, *Normbestätigung*.

49 A esse respeito, como aqui, Gaede, *HRRS* 2013, p. 462

50 De modo panorâmico, Müller/Christensen, *Juristische Methodik*, 11 ed., 2013, p. 185 ss.; Seelmann/Demko, *Rechtsphilosophie*, 6 ed., 2014, § 6 nm. 29 ss.; Rühthers/Fischer/Birk, *Rechtsphilosophie*, 8 ed., 2015, nm. 677 e ss.

51 Puppe, AT, § 19, nm. 7; *a mesma*, in: *FS-Rudolphi*, 2004, p. 231 e s.

inferir daí que, enquanto nenhuma das possíveis interpretações (concorrentes) do conteúdo de uma obrigação tiver prevalecido na prática jurídica, falta um dever suficientemente determinado, de modo que o autor que se guia por uma das interpretações defensáveis da norma de comportamento já objetivamente não realiza qualquer injusto?⁵² Por mais atraente que essa linha de argumentação possa parecer à primeira vista, ela requer uma modificação que leve em conta a estrutura profunda da argumentação racional descoberta de modo decisivo por Neumann.

Todo cientista do direito que se depara com uma questão jurídica controversa considera que a interpretação que ele adota é fundamentada de modo mais convincente que todas as outras leituras possíveis levadas em consideração (ou no mínimo aparenta ser assim)⁵³. Mesmo aqueles que abandonaram a ideia de que a interpretação das normas jurídicas é um ato cognitivo – o conhecimento de um conteúdo que sempre esteve oculto – não reivindicam para si um espaço de decisão que seria independente das considerações que formularam no curso de sua ponderação prévia dos argumentos a favor e contra relevantes. Eles apenas decidem da maneira que o fazem porque se consideram vinculados à sua própria valoração prévia. Em termos da lógica da argumentação, o valor de sua decisão esgota-se na ratificação do resultado dessa valoração, tornando-a, por assim dizer, visível para o mundo exterior.

Entretanto, quem argumenta juridicamente não se limita a afirmar que esta ou aquela interpretação da lei lhe parece pessoalmente mais bem fundamentada do que qualquer outra. Como Neumann destacou, argumentações jurídicas têm a pretensão de possuir força da convicção material, ou seja, independente de preferências individuais, interesses e visões do mundo⁵⁴. “Sem essa aspiração a um poder de convicção indiferente ao destinatário, ou seja, uma reivindicação de correção *material*, a vinculação argumentativa entre os vários tribunais, a práxis do direito e a ciência do direito, entre a acusação e os

52 Neste sentido, Puppe, *AT*, § 19, nm. 8; *a mesma*, in: *FS-Rudolphi*, 2004, p. 231 e s.; Dehne-Niemann, *wistra*, 2008, p. 366; Nauke, in: *FS-Roxin I*, p. 516 s.

53 Neumann, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8. Aufl. 2011, p. 342; *o mesmo*, *Recht als Struktur und Argumentation*, 2008, p. 590.

54 Isso corresponde à visão geral no âmbito da teoria do direito, cfr. apenas, Kähler, *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, 2.^a ed., 2011, p. 421 ss.; Mahlmann, *Konkrete Gerechtigkeit*, 2015, § 7, nm. 45; Reimer, *Juristische Methoden Lehre*, 2016, nm. 704.

advogados de defesa seria inimaginável”⁵⁵. Por essa mesma razão, no entanto, o cientista jurídico não pode atribuir superioridade substantiva às razões que considera decisivas e à interpretação baseada nelas somente no momento de sua decisão. De acordo com o poder de convicção *material* que ele reivindica para elas, ele deve afirmar a preferibilidade das razões durante todo o período em que a “*coisa*” na forma dos marcos legais (texto da norma e cultura de interpretação) já existia na mesma forma que estavam configuradas no momento de seu julgamento.

A lógica da argumentação normativa, portanto, vincula os juízes a concluir que o comportamento do acusado ou bem se desviou das prescrições da norma de proibição aplicável *tanto* no momento do fato *quanto* no momento da sentença, ou bem que a conduta estava de acordo com essas prescrições em ambos os momentos. Portanto, quem segue uma interpretação jurídica discrepante está, desde sua perspectiva, cometendo um erro, independentemente de ser uma pessoa acusada no momento do fato ou um cientista jurídico que posteriormente submete o fato à sua valoração. O que está correto no presente – ainda que não em sentido de “único possível” (*alleinseigmachend*), mas como “fundamentado da melhor maneira possível”⁵⁶ – também estava correto no passado, e o que está incorreto no presente também estava incorreto naquela época; nisso não há qualquer fundamentalismo pré-moderno, senão o pressuposto de sentido de toda argumentação.

Portanto, não cabe ao juiz reconhecer ao acusado que, no momento do fato, a norma de conduta exigida ainda não existia⁵⁷. Como julgador racional, o juiz deve a si mesmo a afirmação segundo a qual, no momento da conduta do autor, a fronteira entre o certo e o ilícito já estava definida de forma suficientemente inequívoca. No entanto, Neumann corretamente destaca que desde a perspectiva da proteção da confiança, a convicção do juiz sobre a correção da decisão é irrelevante⁵⁸. Por essa razão, com a constatação de que o autor infringiu a norma de comportamento, tal como entendida pelo tribunal

55 Neumann, *Recht*, p. 80.

56 Neumann, *Recht*, p. 80, p. 159.

57 Coincidindo no resultado, Cornelius, *GA* 2015, p. 113 s.

58 Neumann, *ZStW* 103 (1991), p. 342.

competente, não é de forma alguma decidido sobre se ele *violou seu o dever de cooperação*. Um pré-requisito para este último é que seu comportamento tenha o significado de uma negação inequívoca da merecida observância desse dever. A justificativa para tal interpretação deve ser determinada com base na legitimação do dever de cooperar. A condição necessária para isso é que o seu comportamento tenha o significado de uma *negativa inequívoca* de merecimento de observância de tal dever. A justificação de tal interpretação é algo que deve ser determinado a partir do fundamento de legitimação do dever de cooperação.

Este dever pode ser imposto ao cidadão porque é necessário para manter o estado de liberdade existente⁵⁹. Um estado de liberdade é caracterizado pela existência de um marco normativo de orientação e avaliação que não expressa apenas uma construção ideal – por mais bem fundamentada que seja – senão um poder na realidade (*wirklichkeitsmächtig*), na qual os cidadãos podem, portanto, efetivamente confiar ao planejar suas vidas. Somente na medida em que a interpretação da norma de conduta que o juiz tomou como base é, no momento do ato, parte dessa estrutura normativa verdadeiramente orientadora, é que a violação do infrator tem o significado objetivo de uma violação do dever de cooperar. Em contrapartida, se no momento do fato a interpretação do juiz constituía apenas uma proposta de interpretação entre muitas possíveis, então, essa interpretação ainda estava no campo prévio do real, do que configura a vida e, portanto, no âmbito do (meramente) possível. Poder na realidade, nesse caso, não foi a interpretação específica da norma reconhecida pelo juiz, mas “a norma” em sua concepção abstrata como o arquétipo de todas as possibilidades de interpretação que entraram seriamente em consideração. Na medida em que a conduta do autor esteve de acordo com pelo menos uma dessas leituras, falta-lhe a qualidade de ser uma inequívoca negação da ordem jurídica, de modo que a conduta não constitui, por sua configuração objetiva, uma violação do dever de cooperação⁶⁰.

Isso é especialmente verdadeiro para os casos em que o comportamento do autor, *no momento do fato*, correspondia à interpretação da norma relevante

59 Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 99 e ss.

60 No resultado, em grande parte como aqui, cf. Neumann, § 17, *NK*, nm. 51; o mesmo, *JuS*, 1993, pp. 798 s. Ulteriores referências em Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 327, nota de rodapé n. 433.

para a vida cotidiana, mas essa interpretação foi posteriormente endurecida com a consequência de que o comportamento do autor, segundo o critério do “ordenamento jurídico praticado”⁶¹ no momento da sentença, estava proibido. Ao contrário da opinião de alguns, a punição do acusado não fracassa aqui porque é contrária à proibição legal-constitucional de retroatividade⁶². A alusão ao art. 103, § 2, da Constituição dissimula a diferença entre a atividade de decisão parlamentar e a dos Tribunais superiores⁶³. Os tribunais são suficientemente disciplinados por seu dever de justificar as sentenças de forma a integrá-las à jurisprudência anterior e satisfazer os padrões de argumentação da jurisprudência de sua época. A política jurídica, por outro lado, não é (e não pode ser) obrigada a ser axiologicamente consistente; em vez disso, o elemento da política que medeia tudo é o acordo (*Kompromiss*)⁶⁴. No entanto, o recurso à proibição da retroatividade não só tem um efeito desdiferenciador como também é supérfluo, porque a conclusão de que um acusado, que ainda agia sob o antigo regime de interpretação, permanece impune pode igualmente basear-se em uma argumentação jurídico-penal puramente teórica. Pelo que foi dito até aqui, a justificativa é evidente: numa configuração de caso com tais características, o comportamento do acusado não tinha o sentido objetivo de constituir violação de um dever de cooperação⁶⁵.

Um cidadão cujo comportamento está de acordo com a prática jurídica no momento do fato fez, portanto, tudo o que a comunidade jurídica pode exigir dele. Portanto, é indiferente se o cidadão em questão era consciente dessa prática ou se foi mais ou menos por casualidade que ele acertou em relação àquilo que a mencionada *praxis* considerava correto. Quando o cidadão lesiona a sua incumbência de informar-se sobre o ordenamento jurídico

61 Jakobs, AT, § 19/25.

62 Assim, por exemplo, Puppe, AT, 2011, § 19, nm. 32; Cornelius, GA 2015, p. 114 e ss.; Dehne-Niemann, *wistra* 2008, p. 366.

63 Sobre isso, com ulteriores referências, cf. Jakobs, AT, § 4/81; fundamentalmente de acordo Neumann, *ZStW* 1991, p. 343.

64 Gerhardt, *Partizipation: Das Prinzip der Politik*, 2007, p. 426.

65 A favor do tratamento como erro de proibição inevitável manifestam-se: NK-StGB/Neumann, § 17 Rn. 68; Schöncke-Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster, § 17, nn. 20; com a reserva de uma valoração vinculada ao caso concreto LK-StGB/Vogel, § 17 nm. 63; MK-StGB/Joecks, § 17, nm. 50.

(*Erkundungspflicht*)⁶⁶, ele também se beneficia da exoneração de responsabilidade jurídico-penal, desde que faça apenas o mesmo que um cidadão devidamente informado sobre ordem jurídica poderia ter feito. Portanto, é preciso concordar com a opinião de Neumann e com a jurisprudência mais recente: como nesse caso a violação da incumbência de informar-se sobre o ordenamento jurídico não teve consequências, falta legitimação para valorá-la em desfavor do autor⁶⁷.

Também é irrelevante se o próprio autor considerou o seu comportamento possivelmente, ou mesmo provavelmente, conforme o direito. Um autor que presume ser a sua conduta antijurídica, embora exista uma *praxis* jurídica que a aprove no momento de sua realização, também não possui uma consciência normativamente relevante do injusto se o tribunal que posteriormente julga o seu comportamento chegar à conclusão de que a ação foi de fato antijurídica⁶⁸. Assim como o cidadão não *deve* conhecer mais do que a *praxis* vivida de sua comunidade jurídica, ele tampouco *precisa* saber mais do que sua comunidade jurídica quando busca sondar o seu espaço jurídico de atuação. Isso também vale para os casos em que, no momento do comportamento do autor, a situação jurídica era ambígua. Nem mesmo o pessimista anteriormente mencionado, que presume que os tribunais qualificarão o seu comportamento como antijurídico, merece um reproche jurídico-penal quando o mencionado comportamento, de acordo com o seu significado objetivo no momento de sua realização, não aparecia como negação inequívoca da exigência de cooperação que afeta o mencionado autor. Portanto, antes de averiguar aquilo que o autor representou, sempre deve ser determinado o que seu comportamento significava objetivamente. Vistas as coisas desta maneira, a regulamentação legal do erro de proibição é incompleta: ela só entra em ação depois de grande parte do trabalho hermenêutico já ter sido realizado.

66 Sobre isso, detalhadamente, Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 329 e ss.

67 BGHSL 37, p. 55, p. 67 e s; BayObLG NIW 1989, p. 1744-1745; KG NStZ 1990, p. 185-186; NK-StGB/ Neumann, § 17, nm. 81; *o mesmo*, Jus 1993, p. 798. Outras referências em: Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 329, nota de rodapé n. 441.

68 Semelhante, Manso Porto, *Normunkenntnis aus belastenden Gründen*, 2009, p. 113; Dehne-Niemann, *wistra* 2008, p. 366; divergindo, Roxin, AT I, § 21, n. 14.

-D-

Sob quais pressupostos é possível afirmar que uma interpretação é um poder na realidade, ou seja, que oferece orientação para a vida prática que claramente vai além de qualquer proposta interpretativa? Não é preciso dizer que essa pergunta não pode ser respondida com precisão quase matemática – uma exigência que, de qualquer forma, não opera na área das práticas sociais. O que é possível, no entanto, e suficiente para os propósitos de uma dogmática segura de si mesma, que não se furta a fazer seus próprios julgamentos, é a formação de tipologias.

No sentido exposto, a jurisprudência é a orientadora de primeira linha⁶⁹. Sua função consiste em superar a insegurança derivada da coexistência de diversas interpretações jurídicas de mesmo valor⁷⁰. Apesar de as decisões judiciais, regra geral, terem efeitos jurídicos diretos somente *inter partes*, como sublinha Neumann, a sua função orientadora vai muito mais além^{71-72NT}.

69 Com ulteriores referências, cf. Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 326. Isso também corresponde à reivindicação dos próprios tribunais. Com precisão, por exemplo, BGHSt 15, p. 155, 158: como leis penais não têm vida própria, sua interpretação e aplicação permanente pelos tribunais são decisivas.

70 Isso é unanimemente reconhecido na filosofia política da idade moderna; cfr. apenas, Locke, *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, 5ª ed., 1992, § 87, p. 253; KANT, *Metaphysik der Sitten*, AA, t. 6, 1907, § 44, p. 312.

71 Neumann, *ZStW* (103), 1991, p. 350; *o mesmo*, *Recht als Struktur und Argumentation*, 2008, p. 156; Lepsius, *Zur Neubegründung des Rückwirkungsverbots aus der Gewaltenteilung Besprechung von BVerfG, Beschluss v. 17. 12. 2013 – 1 BvL 5/08, JZ* (10), 2014, p. 491. Este “efeito remoto” encontra a sua expressão jurídico-positiva no instituto do dever de submissão da divergência (*Vorlagepflicht*), conforme §§ 121 Abs. 2, 132 Abs. 2 GVG (Neumann, *ZStW* (103), 1991, p. 349). Que esse não é um efeito de natureza contingente, senão querido, isso pode ser confirmado por meio da prática da publicação de todas as sentenças que são em alguma medida relevantes.

72 ^{NT} O termo *Vorlagepflicht* é de difícil tradução, a rigor, significa que um senado – caso insista em manter a sua decisão divergente em relação à jurisprudência de outro senado – tem o dever de submeter a sua divergência ao Grande Senado (*Großer Senat*), o qual decidirá definitivamente sobre a uniformização. Nesse contexto, a passagem abaixo transcrita, que o leitor pode encontrar na introdução à tradução de língua portuguesa de Roxin/Greco, é bastante instrutiva: “É interessante observar que a tarefa do tribunal, de zelar pela unidade da jurisprudência, é garantida por lei, por meio do instituto da *Divergenzvorlage*, a consulta por divergência, em geral apenas chamada de *Vorlage*, e que, por isso, acabou traduzida apenas por consulta ou por decisão de consulta: se um senado tiver a intenção de divergir em relação a questão já decidida por outro senado, ele tem de perguntar (em uma *decisão de questionamento, Anfragebeschluss*) ao outro senado quanto a se este mantém a sua jurisprudência; em caso afirmativo, ter-se-á de submeter a questão ao *Großer Senat*, que traduzimos por *Grande Senado*, um senado especial composto de membros de cada um dos senados individuais (§ 132 III GVG). Se um tribunal superior do Land tiver a intenção de divergir do BGH ou de outro tribunal superior do Land, ele tem de submeter a questão ao BGH (§ 131 II GVG)”. Roxin, Claus; Greco, Luis. *Direito penal*; trad. da 5.ª edição alemã. São Paulo; Madrid: Marcial Pons, 2024, t. I, p. 15 (destaques no original).

A confiança fundamental de que os concidadãos serão orientados pela mesma autoridade interpretativa independente oferece a cada indivíduo um grau de estabilidade das expectativas que satisfaz da melhor forma possível a pretensão da ordem jurídica de ser uma ordem real de liberdades. Uma vez que os tribunais tenham encontrado uma prática de interpretação suficientemente estável, o cidadão concreto deve, portanto, orientar-se segundo essa prática para poder exonerar-se de responsabilidade criminal.

Enquanto os tribunais não tenham resolvido as ambivalências do sentido literal da lei a favor de uma determinada interpretação, a área do poder na realidade, conforme o exposto, se estende a todo o conjunto de variantes interpretativas possíveis que têm aproximadamente o mesmo grau de potencial de implementação prática. Exemplificadamente, se tribunais de igual instância sustentam interpretações contraditórias de uma mesma norma legal, então o autor já estará isento de responsabilidade criminal ainda que apenas *uma* dessas interpretações o exoneraria^{73-74NT}. Qualquer outra valoração sujeitaria o Estado à suspeita do *venire contra factum proprium*: “porque se ele quiser punir, isso contradiria as ações de seus próprios órgãos, ou seja, o julgamento dos juízes”⁷⁵. Por outro lado, tratando-se de decisão de órgãos sentenciadores de diferentes instâncias, o autor deve se comportar de acordo com o tribunal superior. Essa abordagem não dá ao autor um cheque em branco para escolher, a seu próprio critério, o que melhor lhe convier⁷⁶.

73 Neumann, § 17, NK, 4ª ed., 2013, nm. 72; Fischer, § 17, StGB, 63ª ed., 2016, nm. 8; Heger. In: SINN (ed.), Menschenrechte und Strafrecht, 2013, pp. 94 s. consideram, nesse caso, um erro de proibição inevitável. Outras posições: (OLG Stuttgart, NJW 2008, 243; Vogel, § 17, LK, 12ª ed., 2007, nm. 69; Joeks, § 17, MK, 3ª ed., 2017, § 17, nm. 53; Sternberg-Lieben/Schuster, § 17, in: Schönke/Schröder, SK, 29ª ed., 2014, nm. 21; Jakobs, AT, 2ª ed., 1991, § 19, nm. 44) colocam essa conclusão sob a reserva da prova da exigibilidade no caso concreto. A favor da evitabilidade do erro de proibição se pronunciam: Rudolph, § 17, SK, 7ª ed., 2014, nm. 38 e Roxin, AT, 4ª ed., 2006, § 21/65.

74 ^{NT} Como antecipei em nota anterior, uma pequena atenção à referência em relação ao posicionamento de Roxin na nota de rodapé n. 70. O artigo de Pawlik faz referência à 4ª edição do tratado de direito penal de Roxin. Na nova edição, esse adere à modificação sugerida por Luís Greco: no caso de inconsistência de jurisprudência de tribunais de mesma graduação, o erro é, em regra, inevitável. Esses casos expressam hipóteses de dúvida insuperável, as quais fundamentam isenção da pena com base no § 17, 1 frase do StGB. Cf. Roxin, Claus; Greco, Luís. Direito Penal...Op. cit., 2024, p. 1281, nm. 65.

75 Küchenhoff, Die staatsrechtliche Bedeutung des Verbotsirrtums, in: Spendel (ed.), *FS-Stock*, 1966, p. 85.

76 Chega ainda mais longe Walter, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, p. 319. Cada sentença dos tribunais, no sentido do autor que não apresenta erros graves, priva um erro de proibição de sua reprovabilidade.

O que ocorre com os grupos de casos sobre os quais os tribunais ainda não se pronunciaram porque, por exemplo, a norma foi promulgada recentemente? Também nessa situação de um relativo novo começo nem todas as interpretações possíveis têm o mesmo valor. O cidadão deve aderir à interpretação que tem o mais alto grau de autoridade tal como estão as coisas. É de se levar em consideração que somente em casos raríssimos um preceito legal constitui uma *creatio ex nihilo*. Em geral o preceito é integrado como um componente adicional em um complexo normativo já existente. Geralmente isso acontece – de forma reconhecível para os cidadãos – supondo que a práxis interpretativa que a jurisprudência desenvolveu em âmbitos similares será estendida também ao novo preceito. A implementação correta dessa assunção incumbe à dogmática. Aqueles que atuam devem orientar suas ações para aquela interpretação dogmática que, segundo concepção da doutrina majoritária, corresponde à melhor justiça possível àquela assunção⁷⁷. Somente quando não seja possível identificar com suficiente grau de segurança uma opinião dominante, o sujeito é livre para eleger, entre as distintas propostas interpretativas em disputa, a que mais se adequa às finalidades de sua ação.

Mas o que acontece com um autor que se apropria de uma interpretação jurídica defensável, mas não no sentido anteriormente exposto de poder na realidade? Exemplificadamente: merece a pena integral aquele que se baseia em uma sentença judicial de um tribunal do *Land*, embora um tribunal superior tenha decidido de forma diferente, ou aquele que segue uma opinião minoritária que ganhou terreno, mas ainda não se impôs? Colocar a questão nesses termos significa negá-la. Qualquer pessoa que se comporte de uma maneira considerada permissível por uma parte da prática jurídica ou por opiniões jurídicas que devem ser levadas a sério difere profundamente, em termos de seu conteúdo comunicativo, do comportamento de alguém que se move no âmbito do que é indiscutivelmente antijurídico. Ele simplesmente desviou da interpretação jurídica documente no momento, mas não do direito no sentido de espaço de possibilidades que está sempre

77 Roxin, AT I, 4.ª ed., 2006, § 21/65. Por trás disso está uma simples reflexão sobre probabilidade: a posição que até agora convenceu a maioria dos participantes da discussão jurídica tem, em caso de dúvida, a melhor chance de também prevalecer no tribunal.

em movimento. Por isso, à menor intensidade da infração do seu dever de cooperação deve corresponder a atenuação da pena conforme o § 17 frase 2 do StGB.

Entretanto, a compreensão psicológica predominante do erro mais uma vez se mostra inadequada nesse contexto. A razão da atenuação da pena radica no significado *objetivo* específico do fato. Portanto, de novo, o relevante não pode ser a valoração *subjetiva* do autor. Excluir esses casos do âmbito de aplicação do § 17 do StGB não seria um caminho muito satisfatório, pois isso equivaleria a uma ocultação em vez de uma resolução sistematicamente convincente do conflito valorativo. Por isso, a melhor saída está em uma normatização consequente do elemento do erro. No caso de responsabilidade objetivamente atenuada do autor, a sua percepção errada deve ser tratada *per se* como um erro em sentido jurídico, independentemente do que ele concretamente pensou.

–E–

Neumann afirma que atualmente faltam as ferramentas conceituais para fornecer uma solução dogmática adequada para o problema do erro de proibição no caso de uma situação jurídica confusa⁷⁸. A tentativa de melhorar esse mau estado de coisas apresentada aqui pode, em algumas passagens, parecer incomum e, portanto, difícil⁷⁹. Na verdade, entretanto, ela não faz nada mais do que alinhar a interpretação do § 17 StGB à *jour* com o desenvolvimento mais recente da teoria da pena e da teoria da imputação. Se isso representa uma revolução, então ela já deveria ter ocorrido há muito tempo. Será que Ulfrid Neumann também vê as coisas dessa forma?

78 Neumann, § 17, *NK*, 4.^a ed., 2013, nm. 52.

79 Cfr. Welzel, *Um die finale Handlungslehre*, 1949, p. 29.

REFERÊNCIAS

- BINDING (1919), Die Normen und ihre Übertretung, t. IV, W. Englemann, Leipzig.
- BRANDOM (2015), Wiedererinnerter Idealismus, Suhrkamp, Berlin.
- _____. (2000), Expressive Vernunft, Suhrkamp, Darmstadt.
- BRINGEWAT (2003), Grundbegriffe des Strafrechts, Nomos, Baden-Baden.
- CORNELIUS (2015), Die Verbotsirrtumslösung zur Bewältigung unklarer Rechtslagen – ein dogmatischer Irrweg, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (162-2), pp. 101 ss.
- DEHNE-NIEMANN (2008), Zusammenfassung von 'Alea iacta est' -Straflosigkeit der Vermittlung privater Sportwetten? (zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 16.08.2007, Az.: 4 StR 62/07), *wistra: Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht* (10), pp. 361 ss.
- FISCHER (2016), Strafgesetzbuch: mit Nebengesetzen, 63^a ed., C.H. Beck, München.
- FREUND (2009), Strafrecht Allgemeiner Teil, 2^a ed., Springer, Berlin.
- FRISTER (2015), Strafrecht Allgemeiner Teil, 7^a ed., Beck, München.
- GAEDE (2013), Der unvermeidbare Verbotsirrtum des anwaltlich beratenen Bürgers – eine Chimäre? Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, pp. 450 ss.
- GERHARDT (2007), Partizipation: Das Prinzip der Politik, Beck, München.
- HEGEL (1986), Grundlinien der Philosophie des Rechts, in: Moldenhauer/Michael (eds.), *Werke*, t. 7, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- _____. (1986), Vorlesungen über die Ästhetik I, in: Moldenhauer/Michael (eds.), *Werke*, t. 13, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- HEGER (2013), Geschichte und Gegenwart des Verbotsirrtums im deutschen Strafrecht, in: Sinn (ed.), *Menschenrechte und Strafrecht*, V&R Unipress, Göttingen, pp. 77 ss.
- JAKOBS (2012), System der strafrechtlichen Zurechnung, Klostermann, Frankfurt am Main.
- _____. (2008), Norm, Person, Gesellschaft, 3^a ed., Duncker & Humblot, Berlin.
- _____. (1992), Der strafrechtliche Handlungsbegriff, Beck, München.
- _____. (1991), Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, 2^a ed., De Gruyter, Berlin.
- JESCHECK/WEIGEND (1995), Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5^a ed., Duncker & Humblot, Berlin.
- JOECKS (2017), § 16 - § 17, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3^a ed., C.H. Beck, München.
- KÄHLER (2011), Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2^a ed., Nomos, Baden-Baden.

- KANT (1974), *Metaphysik der Sitten*, Vigilantius, Akademieausgabe, t. 27/2, De Gruyter, Berlin.
- _____. (1974), *Praktische Philosophie*, Powalski, Akademieausgabe, t. 27/1, De Gruyter Berlin.
- KINDHÄUSER (2011), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5^a ed., Nomos, Baden-Baden.
- KÖHLER (1997), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin.
- KÜCHENHOFF (1966), Die staatsrechtliche Bedeutung des Verbotsirrtums, in: Spendel (ed.), *Studien zur Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag am 8. Mai 1966*, Holzner, Würzburg, pp. 75 ss.
- KÜHL (2008), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6^a ed., Vahlen, München.
- LEITE (2012), Der Unrechtszweifel als Verbotsirrtum, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (159-11), pp. 688 ss.
- LEPSIUS (2014), Zur Neubegründung des Rückwirkungsverbots aus der Gewaltenteilung Besprechung von BVerfG, Beschluss v. 17. 12. 2013 – 1 BvL 5/08, *Juristen Zeitung* (10), pp. 488 ss.
- LOCKE (1992), *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, 5^a ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- LÜDERSEN (1983), Die Parteispendenproblematik im Steuerrecht und Steuerstrafrecht –Vorsatz und Irrtum, *Wistra* (6), pp. 223 ss.
- MAHLMANN (2015), *Konkrete Gerechtigkeit*, Nomos, Baden-Baden.
- MCDOWELL (2015), *Die Welt im Blick*, Suhrkamp, Berlin.
- _____. (2002), *Wert und Wirklichkeit*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- MÜLLER/CHRISTENSEN (2013), *Juristische Methodik*, 11^a ed., Duncker & Humblot, Berlin.
- NAUKE (2001), Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen — Rechte, Pflichten und Interessen als Elemente der rechtfertigenden "Pflichtenkollision", in: SCHÜNEMANN (ed.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, de Gruyter, Berlin, pp. 421 ss.
- NEUMANN (2013), § 17, *Nomos Kommentar zum StGB*, t. I, 4^a ed. Nomos, Baden-Baden.
- _____. (2011), Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, in: KAUFMANN/HASSEMER/NEUMANN (eds.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8^a ed., Müller, Heidelberg/München, pp. 385 ss.
- _____. (2008), *Recht als Struktur und Argumentation*, Nomos, Baden-Baden.
- _____. (1993), Der Verbotsirrtum (§ 17 StGB), *Juristische Schulung*, pp. 793 ss.
- _____. (1991), Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der

- Strafgerichte?, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (103), pp. 957 ss.
- PAWLIK (2017), Normbestätigung und Identitätsbalance, Nomos, Baden-Baden.
- _____. (2012), Das Unrecht des Bürgers, Mohr Siebeck, Tübingen.
- PIPPIN (2005), Die Verwirklichung der Freiheit, Campus, Frankfurt am Main.
- PINKARD (2004), Innen, Außen und Lebensformen: Hegel und Wittgenstein, in: HALBIG/QUANTE/SIEP (eds.), Hegels Erben, pp. 254 ss.
- PUPPE (2013) § 16, Nomos Kommentar zum StGB, t. I, 4^a ed. Nomos, Baden-Baden.
- _____. (2011), Strafrecht Allgemeiner Teil, 2^a ed., Nomos, Baden-Baden.
- _____. (2004), in: ROGALL et. al. (eds.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, Luchterhand, Neuwied.
- REIMER (2016), Juristische Methoden Lehre, Nomos, Baden-Baden.
- RENGIER (2013), Strafrecht Allgemeiner Teil, 5^a ed., Beck, München.
- RODENBECK (2012), Die Bestrafung auf einen Verbotsirrtum als Schutzbehauptung, Nomos, Baden-Baden.
- ROXIN (2006), Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, t. I, 4^a ed., Beck, München.
- RUDOLPHI (2014), § 17, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7^a ed., Carl Heymanns, Köhl.
- RÜTHERS/FISCHER/BIRK (2015), Rechtsphilosophie, 8^a ed., Beck, München.
- STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER (2014), § 17, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, Strafgesetzbuch Kommentar, 29^a ed., Beck, München.
- SEELMANN/DEMKO (2014), Rechtsphilosophie, 6^a ed., Beck, München.
- STUCKENBERG (2007), Vorstudien zum Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht, de Gruyter, Berlin.
- WALTER (2006), Der Kern des Strafrechts, Mohr Siebeck, Tübingen.
- VELTEN (2002), Normkenntnis und Normverständnis, Nomos, Baden-Baden.
- VOGEL (2007), § 17, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, t. I, 12^a ed., de Gruyter, Berlin.
- WELZEL (1949), Um die finale Handlungslehre, Mohr, Tübingen.