

## CONHECIMENTO DO INJUSTO

**Luiz Vicente Cemicchiaro**

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça*

*Professor da Universidade de Brasília*

Tradicionalmente, consagrou-se a seguinte distinção: erro de fato e erro de direito. O primeiro tem como objeto o acontecimento histórico. O segundo se refere ao desconhecimento, ou errada interpretação da norma jurídica. Há erro de fato quando o árbitro valida o gol, havendo o jogador lançado a bola com a mão. Como fizera Maradona em jogo com a Inglaterra. Haveria erro de direito se o Juiz, interpretando as regras, concluísse poder qualquer jogador, na área adversária, valer-se da mão para impulsionar a bola.

Em Direito Penal, a reelaboração do conceito de **culpabilidade** levou a novo estudo da clássica distinção.

ENRIQUE CURY ("Orientacion para el estudio de la teoria del delito", Santiago, 1973, Ed. Nueva Universidad, pág. 201) descreve a evolução de entendimento do instituto.

Em princípio, a doutrina considerou que o conhecimento da ilicitude seria o conhecimento da tipicidade. Devia, pois, o sujeito subsumir sua conduta ao tipo penal.

Outra colocação identifica o conhecimento da ilicitude com a consciência de o ato ser contrário aos preceitos éticos.

MEZGER concluiu, fazendo a afirmação que segue, aliás, famosa e repetida: consciência de o fato ser injusto conforme uma "avaliação paralela, na esfera do profano". Em outras palavras: o homem, vivendo em sociedade, apreende e aprende as normas de convivência; distingue o que é permitido e o que é proibido. Tem, assim, conhecimento do que pode fazer e o que é vedado fazer. Adquire, pois, consciência da licitude e da ilicitude, respectivamente, o

que é permitido e o que é proibido pela sociedade. Importante: sem recorrer às leis ! Ninguém precisa abrir o Código Penal para saber que o homicídio é proibido (ilícito). Independentemente de consultar o Código Civil e o Código Comercial, sabe-se, é ilícito (proibido) não cumprir as cláusulas contratuais. É ensinamento do convívio social, dos usos e costumes de que, muitas vezes, o legislador é mero intérprete.

Há vários anos, o Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu lapidar acórdão. No início dos anos 40, em cidade do interior do estado, um japonês aplicara queimaduras na planta dos pés de sua filha, então com 15 anos de idade, que resistia a obedecer a ordem paterna. Condenado em 1ª instância (lesão corporal), na apelação, obteve absolvição. Fundamentou o aresto que o réu ainda não absorvera a cultura brasileira e que, no Japão, o comportamento era permitido consoante o **ius educandi** e o **ius corrigendi**. Assim, embora o acusado soubesse ser ilícito ofender a integridade corporal de outrem, imaginava, justificadamente, que, naquele caso, era lícito atuar como fizera. Agira, pois, conforme a cultura japonesa da época, pensando que, no Brasil, o comportamento também fosse lícito.

Consciência (ou inconsciência) da ilicitude se tem independentemente de conhecer a lei. Todos nós, sem abrir qualquer texto, sabemos, de modo geral, o que é permitido e o que é proibido. A experiência social, diga-se assim, é a grande escola.

Entre os extremos: considerar lícita, ou ilícita a conduta, põe-se posição intermediária, ou seja, a pessoa pode ter dúvida quanto a qualificação. Há casos indiscutíveis (extremos): o filho não pode matar o pai para antecipar-se à herança; auxiliar a criança necessitada é conduta aplaudida. Todavia, se a resposta não for tão fácil, como deve agir a pessoa ? Impõe-se-lhe examinar as circunstâncias antes de praticar a conduta. Aconselhar-se com outrem, ou consigo mesmo. Ou ainda, valendo-se de textos jurídicos para extrair a conclusão. Exemplo: alguém vai iniciar atividade comercial. Qualquer pessoa sabe (normas da sociedade, da cultura), no desenvolvimento do comércio há o que seja lícito e o que seja ilícito. Evidente, exige-se do comerciante cientificar-se do permitido e do proibido. Basta um exemplo. O Banco ao celebrar contrato de mútuo deverá, previamente, ter ciência da alíquota de juros. É de conhecimento, resultante das normas sociais ser a atividade bancária disciplinada legalmente. É ainda do conhecimento "profano" que, ao vir do exterior, o viajante está submetido às regras da importação. Tem, pois, consciência (embora desconheça a lei) de não poder trazer qualquer coisa. O turista pode desconhecer a distinção entre "contrabando" e "descaminho", mas sabe (apenas porque vive em sociedade) não poder trazer qualquer espécie, ou quantidade de objetos.

Nesses casos, cumpre indagar, tomar cautela. Daí o erro ser evitável se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência (CP, art. 21, parágrafo único).

O desconhecimento da lei, então, torna-se secundário. Perde importância.

A falta de consciência da ilicitude reflete-se na culpabilidade. Esta, como censura ao agente porque não atuou diferentemente, deixará de existir. Não se reprova quem agiu consciente de ser lícita sua conduta, havendo, antes, tomado as cautelas para conhecer o significado do comportamento diante das normas impostas pela sociedade. Como regra geral, tais normas refletem o preceito das leis. Pode, entretanto, ocorrer o contrário, ou seja, a não coincidência. Exemplo. A pratica atos próprios de proprietário porque celebrara compra de um imóvel. Não aguarda, para fazê-lo, a transcrição do contrato no registro imobiliário, segundo o sistema germânico, adotado no Brasil. Essa formalidade, essencial à transmissão do domínio, não resulta da convivência, mas de opção do legislador. Poder-se-á afastar a culpabilidade, por falta de consciência da ilicitude, desde que, pelas circunstâncias, aceitável o comportamento, evidenciado que o agente, no momento, tomadas as precauções recomendadas pelas máximas da experiência, agira consciente de a sua atitude ser lícita.