

Resenha de MANSO PORTO, Teresa. *Normunkenntnis aus belastenden Gründen*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2009

Wagner Marteleto Filho 

A presente resenha tem por objeto a obra *Normunkenntnis aus belastenden Gründen*, que consiste na tese de doutorado apresentada por Teresa Manso Porto, em 2009, na Faculdade de *Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn*, sob a orientação de Günther Jakobs. Como se explicita desde logo, o objeto da investigação consiste no tratamento do desconhecimento da norma no âmbito do Direito Penal¹. Seu ponto central é, precisamente, a análise dos casos em que o agente, no momento do fato, não possui capacidade de reconhecer a ilicitude do seu comportamento (nesse sentido, há uma efetiva inevitabilidade no momento do crime), contudo, em que se verificam, para o desconhecimento, “motivos que oneram”² (que poderiam ser debitados ao agente³ por uma falta sua), não se revelando normativamente justificada a exoneração da responsabilidade.

Esse o problema com o que se ocupa Manso Porto durante toda a investigação: aferir até que ponto o erro (ou a falsa representação), ou o desconhecimento (como ausência de representação), enquanto fatores que conduzem à falta inevitável do conhecimento da ilicitude no momento do fato⁴, devem afastar ou, ao menos, reduzir, a responsabilidade penal. Busca-se, na obra, definir a fronteira/

1 MANSO PORTO, Teresa. *Normunkenntnis aus belastenden Gründen*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2009. p. 15. Atividade realizada junto ao Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais, da Faculdade de Direito de Lisboa. Agradeço empenhadamente aos Professores Eduardo Viana e Guilherme Ceolin pela leitura do texto e pelas importantes contribuições materiais.

2 Traduzirei *belastenden Gründen* como *motivos que oneram*, pois a ideia é a de que o agente, por não os ter obtido quando deveria, não poderá se excusar com o déficit. Seria também possível considerar como “fundamentos censuráveis ou incriminatórios”, de modo menos preciso, mas isso poderia conferir a ideia errada de que a não obtenção dos conhecimentos seria algo incriminável, e não um ônus no sentido técnico.

3 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 15.

4 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 77.

limite individual da imputação da culpabilidade penal, a partir do exemplo do erro sobre a norma.

Há, observa Manso Porto, um grupo de casos em que o agente não pôde reconhecer a ilicitude do seu fato, e que devem ser, sem mais, objeto de exoneração. Mas o problema se situa naqueles casos em que, apesar da ausência de cognoscibilidade/reconhecibilidade⁵ do ilícito no momento do fato, existem fundamentos para o desconhecimento que oneram o agente⁶.

A obra está estruturada em três partes. Iniciarei com uma breve síntese de cada uma delas, para, em seguida, verticalizar a análise, sobretudo da parte III, que corresponde à perspectiva teórica da autora. Por último, realizarei uma breve análise crítica acerca dos contributos da obra, inclusive para o estudo do tema no Brasil.

Na parte I, são analisadas as teorias tradicionais que lidam com o desconhecimento da norma, realizando, a autora, uma contraposição entre soluções que classifica como “psicologistas” (que consideram, essencialmente, o conhecimento atual como pressuposto inafastável da capacidade de seguimento da norma, vinculadas à ideia de “culpabilidade como possibilidade de agir de outro modo”) e “parcialmente normativas” (em que o conhecimento da norma é parcialmente normativizado para fins de imputação da culpabilidade em casos de cognoscibilidade ou mesmo de desconhecimento no momento do fato).

Tanto as perspectivas psicologistas, que se conectam diretamente à representação do agente, quanto as parcialmente normativas são avaliadas como insatisfatórias para a solução dos problemas inerentes ao desconhecimento por motivos que oneram⁷.

Na parte II, são expostas as principais propostas acerca da fundamentação da censura de culpabilidade em casos de desconhecimento inevitável da norma (no momento do fato) por motivos que oneram. Ao ponto, Manso Porto examina a fundamentação da censura a partir: a) das teorias da “culpabilidade pela condção de vida” (*Lebensführungschuld*)⁸; b) da culpabilidade no (ou pelo) campo

5 *Erkennbarkeit* geralmente se traduz como *reconhecível*. Utilizarei tanto *cognoscibilidade da norma* como *reconhecível*, a depender do contexto da frase, mas sempre com o mesmo sentido.

6 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 16.

7 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 42 e 53, onde são expostos os resultados parciais, e p. 147.

8 A respeito do desconhecimento censurável em áreas especialmente regulamentadas, importa ver RUDOPHLI, Hans-Joachim. *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum, und vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*. Göttingen: Otto Schwartz, 1969. p. 275 e ss.

prévio (*Vorverschulden*), estendendo-se o modelo da *actio libera in causa* para todos os âmbitos da imputação (com um conseqüente deslocamento do momento da imputação), inclusive para os déficits conectados ao desconhecimento e ao erro, uma vez que relacionados a uma falta do agente em um momento no qual seria possível prever a ilicitude futura. No caso da “culpa por condução de vida”, o que se verifica é que, embora o agente não tenha (diante da inevitabilidade) razões, no momento do fato, para buscar informações (já que não se encontra em dúvida), essa busca de informações deveria ter sido realizada no curso da vida do agente, em face do exercício de sua atividade, o que foi omitido. Essa omissão do dever de se informar substitui a evitabilidade no momento do fato e fundamenta a censura⁹.

A autora avalia as propostas vinculadas à “culpabilidade pela condução de vida” também como incorretas, uma vez que conduzem a uma normatização inadequada do conceito de evitabilidade (renunciando-se à necessidade de uma razão concreta para a busca de informações)¹⁰ e a uma generalização da cognoscibilidade individual, desrespeitando-se as fronteiras mínimas da imputação subjetiva¹¹.

Assim, no que toca, particularmente, às “atividades altamente regulamentadas”, o fundamento da culpabilidade acaba sendo encontrado no plano da “culpabilidade pela condução de vida” e por motivos exclusivamente preventivos (de proteção dos bens jurídicos). Para Manso Porto, ainda que haja uma necessária padronização da medida para a aferição da culpabilidade, isso não autoriza a se desprender essa medida objetiva das capacidades individuais do agente concreto.

Há, em seguida, uma extensa análise da estrutura da “culpa¹² prévia” (ou culpabilidade pelo comportamento prévio) (*Vorverschulden*), em que o agente não possui condições de seguir a norma no momento do fato, mas em que o déficit foi gerado, por responsabilidade do agente, no campo prévio, momento no qual ele podia ter reconhecido a ilicitude do comportamento, não lhe aproveitando o déficit quando do fato. Mas Manso Porto objeta, aqui, que uma simples

9 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 57, ao se analisar a perspectiva desenvolvida por Rudolphi.

10 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 62.

11 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 65, a ressaltar que a renúncia da cognoscibilidade individual em áreas altamente regulamentadas – abrindo-se uma “exceção dogmática” – conduz à imediata punição nos casos em que o agente precisava ter obtido o conhecimento, o que fecha a porta para o reconhecimento de qualquer erro de proibição. MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), com críticas a Rudolphi e Neumann.

12 Utilizei *culpa* aqui no sentido de *culpabilidade*, e não no sentido restrito de *negligência*. *Culpa no campo prévio* é uma tradução mais corrente do que *culpabilidade no campo prévio* e se revela mais abrangente.

antecipação da ilicitude do fato no campo prévio não configura uma razão concreta para a informação sobre a situação jurídica¹³, e não resolve o problema da inevitabilidade no momento do fato.

Já, no diálogo com perspectivas que considera “radicalmente normativas” (as últimas analisadas na parte II), Manso Porto confere especial atenção à posição, de matriz hegeliana, de Gonzales-Rivero acerca da responsabilidade por déficits de capacidade. Essas propostas conduzem a uma normatização radical do conceito de evitabilidade, exigindo uma completa “despsicologização” do conhecimento e da cognoscibilidade da norma: no limite, para a questão da evitabilidade, acaba não havendo diferença entre a cognoscibilidade/reconhecibilidade atual e a inexistência de cognoscibilidade/reconhecibilidade da norma¹⁴. Nos casos de desconhecimento por motivos que oneram, o que se verifica são casos regulares de responsabilidade pelo conhecimento da norma, não havendo espaço para isenção ou atenuação da culpabilidade.

De acordo com Manso Porto, a “concreta ausência da capacidade”, no modelo teórico de Gonzales-Rivero, é, basicamente, irrelevante para o Direito Penal, salvo nos casos admitidos pelo sistema. O essencial é verificar, para a culpabilidade (e para os defeitos de imputação), acerca da relevância comunicativa da expressão de sentido: se essa comunicação se apresenta como algo de conteúdo falho, à luz da identidade da sociedade, então haverá imputação, independentemente do déficit. Quaisquer particularidades individuais, que o Direito Penal deva considerar, são apenas as concretizáveis segundo as necessidades do sistema¹⁵. O ponto de referência da imputação, no modelo analisado, é a pessoa no sentido (exclusivamente) formal, partindo-se, sempre, da capacidade de imputação, e a culpabilidade somente se afasta quando isso for tolerável para o sistema¹⁶. Contudo, objeta Manso Porto, não basta que a “pessoa” seja definida como sendo alguém preparado para seguir norma e como alguém que poderia fazê-lo, mas sim que isso, faticamente, precisa ser assim nos casos regulares, sob pena de não se ter uma ordem jurídica praticável: “Se o Direito não deve ser um simples experimento mental ou pura força, então necessita-se estar sempre no lugar de considerar suas condições factuais de vigência, e de certificar acerca

13 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 70 e ss.

14 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 17.

15 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 93.

16 Veja-se: GONZÁLEZ-RIVERO, Pilar. *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen: zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Zurechnungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 2001. p. 135.

de sua validade”¹⁷. A pessoa não é somente o destinatário de direitos e deveres, mas também o *Dasein*¹⁸ concreto, que tem um corpo. A “fiscalidade”, portanto, ainda que de modo conectado com as funções do Direito Penal, não deve ser desconsiderada: a referência à facticidade da pessoa individual-concreta serve à verificação sobre quando há uma falta objetiva de lealdade ao Direito¹⁹.

Na parte III, é propriamente desenvolvida a perspectiva da autora acerca do desconhecimento da norma por motivos que oneram, em bases sensivelmente distintas da teoria dominante, ainda que com resultados práticos bastante próximos (o que em nada desmerece o esforço argumentativo-dogmático).

Como se viu *supra*, a autora considera que nem as concepções “fortemente psicológicas”, nem as “radicalmente normativas”, conseguem resolver, de modo satisfatório, os casos controvertidos, pois, por serem unilaterais, falham em avaliar a individualidade no plano da imputação penal²⁰.

Arranca-se da ideia de que as “teorias tradicionais”, sejam as de acento psicológico (fundadas na ideia de culpabilidade como “poder agir de outro modo”), sejam as de acento normativo (fundadas na ideia de culpabilidade como censurabilidade), não conseguem resolver a contento o problema do desconhecimento da norma por motivos que oneram o agente.

Assinala-se que o desconhecimento da norma abrange não apenas os casos em que o agente não detém um conhecimento *positivo*, mas também aqueles nos quais falta a cognoscibilidade/reconhecibilidade individual da norma (*individuelle Normerkennbarkeit*). A questão essencial – nos casos de falta de conhecimento atual da norma – consiste em investigar se essa falha intelectual se dá por motivos que oneram o agente (como a indiferença e a hostilidade ao direito) ou não. Na primeira hipótese o desconhecimento, *per se*, como fato bruto, não exonera. Na segunda, há um “erro de cálculo”, um caso de “incompetência na lida com os próprios assuntos”, o qual, se não possuir força bastante para exonerar totalmente, deve, ao menos, atenuar sensivelmente a responsabilidade penal.

17 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 103. Proximamente, JAKOBS, Günther. *Schuld und Prävention*. Tübingen: Mohr, 1976, p. 8; JAKOBS, Günther. *Norm, Person, Gesellschaft*. 3. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2008. p. 31.

18 Trata-se de conceito de difícil tradução, com raiz na filosofia de Hegel e, sobretudo, de Heidegger, que geralmente se toma como *ser-aí*. O sentido mais difundido é onto-antropológico, pois abrange tanto o sujeito concreto, de “carne e osso”, quanto a natureza do homem, de modo geral. Preferi, por isso, manter o termo no original, pois há textos jurídicos e filosóficos no Brasil que também o mantêm assim.

19 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 148.

20 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 106.

De acordo com Manso Porto, a possibilidade de reconhecimento da norma pode ser pesquisada em um momento mais distante (no passado), no qual o agente poderia, com elevada probabilidade, antecipar a ilicitude do fato, caso presente uma (presumida e eficaz) lealdade ao direito. Nesse aspecto, a imputação ocorre em razão de o agente ter tido a oportunidade de, ainda que em um momento pretérito, representar a ilicitude do comportamento. De se ressaltar, contudo, que a autora rejeita a ideia de que um dos fundamentos possíveis da culpabilidade seja o dever de se informar²¹, uma vez que o Direito Penal não impõe um dever tal qual (de informação em um nível ótimo), de modo autônomo, como um valor em si²². Cumpre verificar se o agente, no seu papel e na lida com seus assuntos (na sua esfera de responsabilidade e competência), tinha, no caso concreto, o dever de se informar acerca da ilicitude e das razões para fazê-lo. Portanto, ainda que o agente não tenha se informado, por motivos que o oneram (como a indiferença ao Direito), isso, *per se*, não deflagra a responsabilização penal²³, salvo se a falta de informação estiver conectada com o papel do agente, tornando-o responsável por investigar a licitude do comportamento.

Para Manso Porto, a cognoscibilidade individual da norma como momento da evitabilidade do ilícito é algo indispensável para a culpabilidade penal²⁴, não podendo ser desconsiderada. Certo é que a cognoscibilidade individual somente se pode medir a partir de um parâmetro objetivo, mas deve ter uma base real, funcionando como uma fronteira normativa mínima²⁵. Com isso, Manso Porto postula que a imputação, por um lado, é *normativa*, uma vez que, para a consideração da individualidade, apenas o Direito Penal pode estabelecer a medida padrão; e, por outro lado, a imputação é *individual*, porque a capacidade de evitação é orientada ao indivíduo concreto, e não apenas à pessoa no sentido formal.

O decisivo é saber se o agente poderia antecipar, em um momento determinado, e com suficiente exatidão, o caráter ilícito do fato, e se ele teria evitado o fato se a prontidão para seguir a norma tivesse se tornado o motivo dominante da ação. Se a possibilidade de alternativa para um comportamento lícito não persistiu subsequentemente, isso não altera a potencial consciência da ilicitude²⁶.

21 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 131-132.

22 Proximamente: ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*. 5. Auflage. München: C.H. Beck, v. I, 2020. p. 1072.

23 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 90.

24 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 148.

25 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 112.

26 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 149.

Assim, o fato de que a realização do tipo não seja evitável durante todo o curso do acontecimento, *i.e.*, desde o início até a ocorrência do resultado, não representa qualquer particularidade no campo da culpabilidade: se o evento segue seu curso regular, sem a interposição de um terceiro (= proibição de regresso), então o evento não se deve considerar como “não livre”, apenas porque o resultado, em um momento qualquer, não seja mais evitável pelo agente.

Na concepção de Manso Porto, a cognoscibilidade individual da norma, como pressuposto de punição, deve ser mantida (como fronteira mínima), na medida em que a imputação penal deve se restringir ao déficit volitivo²⁷ (*Wollensdefizite*): o Direito Penal não deve tutelar, nesse sentido, expectativas exclusivamente cognitivas.

Manso Porto aponta que, geralmente, associa-se conhecimento à oneração, e desconhecimento à exoneração²⁸. E isso, via de regra, se apresenta mesmo correto, na medida em que, se o agente já conhece o caráter proibido de sua ação, tal conhecimento pode servir de motivação (facilitada) para a evitação do ilícito. Mas a situação cognitiva do agente, junto de outros fatores e circunstâncias objetivas, somente interessa na medida em que seja um indicador que operacionalize a infidelidade à norma²⁹.

Não há, por outro lado, uma correspondência estrita entre a violação do dever de informação em áreas especialmente regulamentadas e a evitabilidade do erro. Para a autora, uma valoração “automática” de tais casos, em prejuízo do agente, implicaria em uma inadmissível generalização da censura e em uma indevida mistura entre tratamento objetivo e individual. Daí se extrai que a simples violação de um dever de informação não poderia, *eo ipso*, fundamentar a evitabilidade do erro de proibição³⁰.

A respeito dos conhecimentos especiais (*Sonderwissen*), de modo coerente, e na mesma linha de Jakobs, a autora assinala que os conhecimentos e as capacidades especiais, *per se*, não podem estabelecer as fronteiras da responsabilidade penal, nas situações em que o agente não se encontra na posição de garante. Isso porque, no caso contrário, o espaço de ação seria restringido de modo arbitrário³¹. O que se deve aferir é se o conhecimento existente se encontra no âmbito

27 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 106.

28 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 146 e ss.

29 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 107.

30 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 116.

31 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 118.

de responsabilidade do agente (em face de seu papel), e não a existência do conhecimento tal qual (novamente: como fato bruto).

A relevância de se determinar, portanto, sobre se o agente tinha ou deveria ter um determinado conhecimento, sempre pressupõe verificar se se trata de um conhecimento que pertence ao papel do agente, no qual o último atua, ou seja, se o conhecimento da norma recai na área de sua responsabilidade³²: fora dessa área de responsabilidade/competência, nem um conhecimento alcançável individualmente, nem um conhecimento efetivamente existente (= um conhecimento especial) podem fundamentar a responsabilidade.

Caso a falta subjetiva de conhecimento – o desconhecimento atual – na área de responsabilidade do agente derive de indiferença ou de uma posição de hostilidade ao Direito, não há, sequer, motivo para exoneração parcial (como se verifica nos casos tradicionais, em que o desconhecimento se considera evitável, e em que há possível redução da culpabilidade³³). Neste contexto, a ausência de conhecimento conectada à indiferença não se classifica como *erro*, o que permitiria, desde logo, o afastamento da incidência do §17 do StGB³⁴.

No tocante ao problema do desconhecimento por indiferença no plano do tipo (e da factualidade típica), a autora, muito embora reconheça que há, no prisma da imputação, as mesmas razões para um tratamento normativo, evitando-se que o agente indiferente aos bens jurídicos de terceiros escape da censura do dolo, assinala que a solução, de *lege lata*, se apresenta controvertida, diante da redação do §16 do StGB³⁵ (no caso brasileiro, do art. 20 do CP). De seguida, Manso Porto pondera que o tema não será desenvolvido detalhadamente na obra, mas isso teria sido frutífero, diante da importância da matéria e da evidente conexão entre os critérios manejados pela autora para cuidar do desconhecimento por indiferença.

Ao fim e ao cabo, o que propõe Manso Porto é que se o agente no seu papel (= na sua área de responsabilidade), ainda que em um momento anterior, teve condições de considerar que o comportamento configura um ilícito (*individuelle*

32 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 121 e 144.

33 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 128.

34 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 129. No mesmo rumo, JAKOBS, Günther. Controle da ação e controle dos impulsos: sobre o conceito de delito de Hans Welzel. Tradução: Wagner Marteleto Filho e Lucas Minorelli. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 78, p. 7-22, 2020. O §17 StGB (*Strafgesetzbuch* – Código Penal alemão) disciplina o erro de proibição (evitável e inevitável), de modo análogo ao art. 21 do CP.

35 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 132-133.

Normerkennbarkeit) e não o fez por indiferença, não há, em um momento subsequente, falta de cognoscibilidade individual, ainda que, no momento do fato, já não haja evitabilidade individual. Isso porque não se pode cindir o ilícito e a culpabilidade³⁶, e porque verificaram-se motivos que oneram (ainda que no momento antecedente) e que inibem a exclusão da culpabilidade, em face de uma inevitabilidade atual.

A compreensão/juízo sobre a ilicitude, em uma (correta) perspectiva juspositivista, de eficácia geral do ordenamento, é algo pelo qual o cidadão *deve* se esforçar; apenas quando ele não pode alcançar esse juízo ou essa compreensão é que decai a culpabilidade³⁷. O limite do dever de se informar sobre as normas, e de cumpri-las, é, assim, o limite da inevitabilidade do erro. São considerados, de modo geral, como pressupostos para a evitabilidade³⁸ do erro (a) que o agente tenha tido um motivo para aferir a licitude de seu comportamento (como a dúvida, v.g.) e que (b) tenha sido possível a ele, em face dessa aferição, ter alcançado a compreensão da ilicitude³⁹.

Se o agente, em situação de dúvida, não se desincumbe do dever (a rigor, da incumbência⁴⁰) de se informar, ou, ainda, se, ao considerar a possível ilicitu-

36 Nesta perspectiva, na literatura brasileira: MARTELETO FILHO, Wagner. *A culpabilidade como pressuposto do ilícito penal*: considerações sobre a dissolução das fronteiras entre o ilícito e a culpabilidade. Artigo no prelo.

37 PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Im Spiegel der Rechtsprechung. 3. Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2016. p. 234-235; JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 457-458.

38 A evitabilidade não é um conceito consolidado e bem desenvolvido na literatura manualística brasileira (com uma análise muito sintética, veja-se, por exemplo: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Forense, 2020. p. 286), com poucas exceções (entre elas, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. 1. ed. Curitiba: ICPC, 2006, p. 307). A insuficiência de discussão não se deve ao fato de que a questão seja incontroversa (pois é altamente controvertida) ou esteja bem resolvida (pois está longe de estar), mas, sim, à análise muitas vezes formal e repetitiva das categorias, com a utilização de fórmulas muitas vezes vazias e aplicadas sem maior reflexão ou rigor. Portanto, para além de sua importância prático-teórica, o estado da discussão na manualística já tornaria justificado o estudo da obra de Manso Porto como de grande interesse em solo brasileiro. Mas este estudo também releva, particularmente, para a discussão de critérios apresentados pela literatura especializada. Nesse âmbito, com uma análise extensa da evitabilidade e com propostas de solução de casos controvertidos, veja-se, por todos: LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*. A atuação nos limites entre o proibido e o permitido. São Paulo: Atlas, 2013. p. 168-175. A obra conta também com críticas à concepção restrita do erro (p. 98 e ss.) e com rigorosa análise do problema da dúvida como fator de evitabilidade (p. 46, 168 e ss.).

39 NEUMANN, Ulfrid. §17. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (Hrsg.). *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 4. Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlag, v. 1, 2013. p. 783.

40 A incumbência (*Obliegenheit*) é uma estrutura de imputação que se liga ao interesse do próprio agente em manter aberta uma possibilidade de se escusar por um déficit futuro. Se o agente descumpra a incumbência, isso, em si, não implica em prejuízo imediato; contudo, não poderá se valer de um déficit de capacidade futuro, ligado à incumbência, para se exonerar. Sobre o tema: PAWLIK, Michael. *Person, Subjekt, Bürger*. Zur Legitimation von Strafe. Berlin: Duncker & Humblot, 2004. p. 83. Desenvolvidamente, sobre a ideia da incumbência como “obrigação

de, não deixa de atuar, o erro será considerado, a princípio⁴¹, como *evitável*⁴² e poderá, inclusive, não conduzir, nem mesmo, à atenuação da pena. Por outro lado, se o agente não teve condições de obter informações, ou esforçou-se para isso – procurando conselhos profissionais ou pesquisando a jurisprudência sobre o tema – e não pôde atingir, nem assim, a compreensão da ilicitude, então o erro deve ser tido como inevitável, não sendo razoável simplesmente exigir que o cidadão deixe de atuar.

No campo específico do desconhecimento por motivos que oneram, a perspectiva de Manso Porto traz muitos contributos importantes.

Primeiro, por manter a exigência da cognoscibilidade individual da norma, objetando a uma formalização do conceito de pessoa e a uma generalização da culpabilidade, muitas vezes afirmada em casos de atuação em áreas especialmente regulamentadas de modo “automático”⁴³.

Segundo, por sempre conectar o conhecimento e o desconhecimento ao papel do agente, à sua esfera de responsabilidade, não valorando tais estados, em si mesmos, como decisivos. Em uma palavra: nem o desconhecimento, obrigatoriamente, exonera, nem o conhecimento, obrigatoriamente, onera (o que se viu quanto aos conhecimentos especiais⁴⁴). Tudo vai depender da aferição dos fundamentos do conhecimento e do desconhecimento (que oneram ou exoneram), como também da análise do papel do agente, em seu âmbito de competência/responsabilidade.

Uma questão de decisivo relevo consiste, diante de uma tensão entre a validade da norma e o princípio da culpabilidade, em resolver para qual dos lados

consigno mesmo”, e como fundamento para a punição de um injusto de resultado, sem uma anterior violação direta ao dever: MOURA, Bruno. A imprudência como sucedâneo do dolo faltante. Nótula sobre o argumento a *maiori ad minus* no direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 17, n. 69, p. 21-49, 2018. p. 26-28.

41 “A princípio” porque a dúvida deve ser analisada em um parâmetro objetivo-normativo, não sendo qualquer dúvida, *per se*, que deve sempre ser apta a preencher o conhecimento da ilicitude. Sobre isso: PUPPE, *ob. cit.* (nota 37), p. 236.

42 FRISTER, Helmut. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 7. Auflage. München: C.H. Beck, 2015. p. 259.

43 Acerca da tendência objetivante da jurisprudência em tais casos, confira-se: NEUMANN, *ob. cit.* (nota 39), p. 782.

44 No tema dos conhecimentos especiais, sente-se falta de uma discussão mais detida com a doutrina majoritária (que atribui, em regra, relevância àqueles) e com textos específicos que representam posições contrárias as de Manso Porto. Reporto-me, aqui, por exemplo a: GRECO, Luís. Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum “Problem” des Sonderwissens. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 117, p. 519-554, 2005. DOI: 10.1515/zstw.2005.117.3.519. Já em uma perspectiva próxima à da autora, confira-se: MARTELETO FILHO, Wagner. Conhecimentos especiais e imputação objetiva: entre os deveres de garantia e os deveres de solidariedade. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 79, p. 101-129, 2020.

se deve pender: “quanto” de desconhecimento do agente o Estado e a sociedade devem tolerar, sem que a função do Direito Penal seja sacrificada?⁴⁵

Algo parece certo, e não é posto em causa na obra: a questão sobre *quando* o agente pode ser responsabilizado pelo seu erro não pode ser resolvida a partir de um critério de “poder-evitar” exclusivamente psicológico. Isso porque, levadas às suas consequências lógicas, um critério psicológico de evitabilidade deveria implicar que a evitabilidade do erro só poderia se dar se (a) o agente houvesse duvidado da legalidade do comportamento no momento do fato ou (b) o agente tivesse atuado com consciência de que a ação poderia ser proibida ou de que era proibida. Apenas sob tais pressupostos haveria evitabilidade, pois a última teria por referência um dado psicológico “neutro”. E assim o agente totalmente indiferente ao Direito seria privilegiado, pois para ele faltaria a mais mínima dúvida acerca da licitude do comportamento⁴⁶. Uma correção normativa, mesmo para um critério psicológico de evitabilidade, se faz necessária, portanto, o que acaba sendo realizado pela doutrina tradicional ao se operacionalizar o conceito de consciência *potencial* da ilicitude.

No que concerne à medida de evitabilidade, Manso Porto, como se viu, recorre a um critério misto, valorizando a capacidade individual, mas, uma vez aferida esta, aplicando um corretor normativo, qual seja, uma análise objetiva e geral⁴⁷. Nisso a autora não discrepa de boa parte da doutrina, que toma como referência a capacidade específica de evitação do agente, mas com aplicação de critérios normativos.

Um outro mérito da obra consiste na tentativa de conferir um tratamento normativo unitário para os casos de desconhecimento, seja ao plano do tipo (em termos de conhecimento factual e/ou das elementares) seja ao plano da norma⁴⁸ (conhecimento da ilicitude). Mas, como se anotou *supra*, no que se refere ao desconhecimento no âmbito do tipo, a tarefa não foi desenvolvida de modo completo, tendo sido feita apenas uma referência geral à matéria.

O que cabe sublinhar é que Manso Porto aponta, com razão, os déficits da doutrina tradicional, notadamente na lida dos casos de desconhecimento por motivos que oneram, em que o agente atua em seu papel, procurando fundamen-

45 Veja-se: NEUMANN, *ob. cit.* (nota 39, p. 780, para quem esta função, esclareça-se, é a da prevenção geral positiva.

46 Corretamente: NEUMANN, *ob. cit.* (nota 39), p. 780.

47 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 148.

48 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 122.

tar, de modo mais preciso e coerente, a inevitabilidade do erro em uma perspectiva normativa, que não desconsidera a pessoa concreta e as suas capacidades cognitivas, nem restringe, por outro lado, a imputação à representação do agente como fato bruto⁴⁹. Mais que isso, a autora sustenta – ao meu juízo também com razão – que não basta a atuação com indiferença ou dúvida para que se afirme a inevitabilidade do erro, pois isso só ocorrerá em caso de conexão de tais estados psíquicos com a esfera de competência do agente. No último caso, contudo, afasta-se a própria presença do erro: o indiferente não erra⁵⁰.

Prestes a concluir, recorro a uma advertência de Puppe – por coincidência em um interessante artigo sobre o que se deve e o que não se deve fazer em uma resenha⁵¹ –, que aquele que pretende se valer de *facticidades* como algo de relevo para a construção de um conceito somente pode fazê-lo em conexão teleológica com a função de tal conceito no interior de um dado sistema. Fatos sem valoração são cegos; mas valorações sem fatos são vazias. Desenvolver essa ideia geral – em si inegavelmente correta – no campo do (des)conhecimento da norma e do erro representa o grande valor da obra de Manso Porto, que merece ser estudada com atenção pela doutrina brasileira e ser levada a sério.

Sobre o autor:**Wagner Marteleto Filho** | E-mail: wmarteleto@gmail.com

Doutor em Direito (Universidade de Lisboa/Portugal). Promotor de Justiça (MPMG).

Recebimento: 20.06.2022**Aprovação:** 27.06.2022

49 Sobre este aspecto, veja-se: NEUMANN, Ulfrid. Buchrezension: Teresa Manso Porto, Normunkenntnis aus belastenden Gründen, Studien zum Strafrecht Bd. 39, Nomos-Verlag, Baden-Baden 2010. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Gießen, v. 5, n. 6, p. 454-456, 2010. p. 455. Disponível em: https://www.zis-online.com/dat/artikel/2010_6_464.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.

50 MANSO PORTO, *ob. cit.* (nota 1), p. 129): “*Der Täter, der ausschließlich seine eigenen Interessen vor Augen hat und aus Gleichgültigkeit anderen gegenüber sein Unrecht nicht erkennt, sich eigentlich gar nicht irrt*” (“O autor que tem exclusivamente seus próprios interesses diante dos olhos e, por força da indiferença aos outros interesses não reconhece seu ilícito, simplesmente não erra”, em tradução livre).

51 PUPPE, Ingeborg. Über den rechtswissenschaftlichen Diskurs. Oder: Was darf und was soll ein Rezensent? *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Gießen, v. 16, n. 6, p. 348-350, 2021. Disponível em: https://www.zis-online.com/dat/artikel/2021_6_1440.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.