

# A TEORIA DO ERRO DE DIREITO EM ANÍBAL BRUNO

## THEORY OF ACT'S ERROR IN ANÍBAL BRUNO

Marco Aurélio Florêncio Filho<sup>1</sup>  
Mackenzie – SP

### Resumo

O presente artigo tem a finalidade de analisar o pensamento positivista de Aníbal Bruno, em especial dois modelos, quais sejam, a sociologia criminal, com o objetivo de compreender o fascínio do autor pela biologia, com especial destaque para a análise da perigosidade criminal do agente, e a dogmática penal alemã, expressa a partir da estruturação do delito pela teoria causalista da ação; para a criação de um positivismo jurídico próprio, com feições pós-positivistas. A análise do pensamento (pós)positivista de Aníbal Bruno será tratada a partir do princípio positivista da presunção do conhecimento de lei por todos os cidadãos, que foi resgatado do direito romano pelos autores positivistas, com o objetivo de estruturar os sistemas jurídicos Ocidentais e, conseqüentemente, alcançar a segurança jurídica através da estabilidade.

### Paravras-chave

Erro. Direito Penal. Aníbal Bruno

### Abstract

*The purpose of this article is to analyze Anibal Bruno's positivist thinking, in particular two models, namely, criminal sociology, in order to understand the author's fascination with biology, with special emphasis on the analysis of the criminal danger of the agent, and German criminal dogmatics, expressed from the structuring of the crime by the causalist theory of action; for the creation of its own legal positivism, with post-positivist features. Anibal Bruno's analysis of (post) positivist thinking will be treated based on the positivist principle of the presumption of knowledge of law by all citizens, which was rescued from Roman law by the positivist authors, with the aim of structuring Western legal systems and, consequently, achieving legal certainty through stability.*

### Keywords

*Error. Criminal Law. Anibal Bruno.*

---

<sup>1</sup> Coordenador do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor em Direito pela PUC/SP.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo tem o objetivo de apresentar o pensamento positivista na obra de Aníbal Bruno, em especial, o problema da presunção do conhecimento de lei por todos, como decorrência do ideal positivista da pretensão de estabilidade do sistema jurídico-penal.

A pesquisa parte da análise de duas correntes positivistas<sup>2</sup> que conformaram o pensamento de Aníbal Bruno, a

---

<sup>2</sup> Existem diversas correntes positivistas, como fruto do pensamento da modernidade, em busca da cientificidade dos saberes. No direito, em especial, o positivismo jurídico se revela de diversas formas e por diversos autores espalhados pelo Ocidente. Segundo Nicola Abbagnano, o termo positivismo “(...) foi empregado pela primeira vez por Saint-Simon, para designar o método exato das ciências e sua extensão para a filosofia (De la religion Saint-Simonienne, 1830, p. 3). Foi adotada por Augusto Comte para a sua filosofia e, graças a ele, passou a designar uma grande corrente filosófica que, na segunda metade do séc. XIX, teve numerosíssimas e variadas manifestações em todos os países do mundo ocidental. A característica do P. é a romantização da ciência, sua devoção como único guia da vida individual e social do homem, único conhecimento, única moral, única religião possível. Como Romantismo em ciência, o P. acompanha e estimula o nascimento e a afirmação da organização técnico-industrial da sociedade moderna e expressa a exaltação otimista que acompanhou a origem do industrialismo. É possível distinguir duas formas históricas fundamentais do P.: o P. social de Saint-Simon, Comte e John Stuart Mill, nascido da exigência de constituir uma nova ordenação social e religiosa unitária; e o P. evolucionista de Spencer, que estende a todo o universo o conceito de progresso e procura impô-lo a todos os ramos da ciência (para o positivismo evolucionista, v. Evolucionismo). As teses fundamentais do P. são as seguintes:

1<sup>a</sup> A ciência é o único conhecimento possível, e o método da ciência é o único válido: portanto, o recurso a causas ou princípios não acessíveis ao método da ciência não dá origem a conhecimentos; a metafísica, que recorre a tal método, não tem nenhum valor.

2<sup>a</sup> O método da ciência é puramente descritivo, no sentido de descrever os fatos e mostrar as relações constantes entre os fatos expressos pelas leis, que permitem a previsão dos próprios fatos (Comte); ou no sentido de mostrar a gênese evolutiva dos fatos mais complexos a partir dos mais simples (Spencer).

3<sup>a</sup> O método da ciência, por ser o único válido, deve ser estendido a todos os campos de indagação e da atividade humana; toda a vida humana, individual ou social, deve ser guiada por ele.

saber: os modelos da “sociologia criminal” (Ferri)<sup>3</sup> e da “moderna escola alemã” ou da “ciência total do direito penal”<sup>4</sup> (von Liszt). Ocorre que o Aníbal Bruno, ao analisar o princípio da presunção do conhecimento de lei em matéria penal, distancia-se das correntes positivistas e rompe com o pressuposto da estabilidade, inaugurando uma saber (pós)positivista.

As teorias positivistas que conformaram o pensamento de Aníbal Bruno, aparentemente inconciliáveis, provavelmente se fundiram na formação da teoria do autor, através de sua formação intelectual, pois se bacharelou em Ciências Jurídicas e Sociais (1913), pela Faculdade de Direito do Recife; e formou-se em Ciências Médicas pela Faculdade de Medicina do Recife (1925)<sup>5</sup>.

---

O P. presidiu à primeira participação ativa da ciência moderna na organização social e constitui até hoje uma das alternativas fundamentais em termos de conceito filosófico, mesmo depois de abandonadas as ilusões totalitárias do P. romântico, expressas na pretensão de absorver na ciência qualquer manifestação humana.” (ABBAGNANNO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.776-777)

<sup>3</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito penal e criminologia. *In*: Revista de Direito da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, Ano LX, v. 6, p. 181-194, 1954; BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 183-184.

<sup>4</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 93; BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal: parte geral*. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 49.

<sup>5</sup> Segundo Everardo Luna, Aníbal Bruno casou-se “(...) aos vinte anos de idade, 1910, com D. Aurora Spencer de Oliveira Firmo, de família recifense, colando grau de bacharel em ciências jurídicas e sociais, em quinze de março de 1913, na Faculdade de Direito do Recife. Começou, então, a lecionar português em vários colégios da capital pernambucana, tendo sido funcionário da Administração dos Correios de 1909 a 1924. Em vinte e quatro de dezembro de 1925, com trinta e cinco anos de idade, formou-se em ciências médicas pela recém fundada Faculdade de Medicina do Recife, conquista que fez pelo estímulo da presença de vários médicos em sua família. Não realizou, contudo, o sonho de seu pai, que o desejava, ‘pela sua inclinação para as matemáticas’, formado em engenharia.” (LUNA, Everardo da Cunha. Aníbal Bruno: o homem e a obra. *In*: Arquivo Forense/Tribunal de Justiça do estado de Pernambuco, Recife, Ano XXX, v. 54, p. 18-42, jul./dez. 1969, p. 18.

Para Aníbal Bruno, o direito penal, estruturado a partir do saber dogmático, não é uma ciência fria, como uma pura indagação lógico-formal (moderna escola alemã), mas também possui uma significação social do crime e um conteúdo humano que lhe vem da personalidade do criminoso (sociologia criminal).<sup>6</sup>

Aníbal Bruno terminou por estruturar uma teoria positivista própria, que congrega a dogmática penal alemã, para explicar o crime através da teoria causalista da ação<sup>7</sup>; com a sociologia criminal, principalmente, através da análise da perigosidade criminal, na compreensão do fato punível<sup>8</sup> e, também, para aplicação das medidas de segurança<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> “4. Ao lado do Direito-Penal-norma, Direito Penal positivo, representado pela legislação vigente, existe o Direito-Penal-ciência, que tem por fim a elaboração sistemática dos princípios que governam as normas penais.

Essa expressão *ciência do Direito Penal* pode ser tomada em sentido amplo, compreensivo também da *Filosofia do Direito Penal* e da *História do direito Penal*, e em sentido estrito e próprio, que geralmente se designa por dogmática do Direito Penal Vigente.

É essa dogmática ou sistemática jurídico-penal que aqui compreendemos por ciência do Direito Penal e da qual fazemos propriamente objeto deste livro. Mas observamos que, definindo-a como uma dogmática, não a entendemos como pura indagação lógico-formal, elaboração fria e abstrata de esquemas jurídicos em que o Direito Penal perca totalmente contato com os seus dois pontos de apoio necessários – a significação social do crime e o conteúdo humano que lhe vem da personalidade do criminoso; mas como uma ciência, que sem deixar de ser essencialmente jurídica, se alimenta da substância das coisas: da realidade social e dos aspectos fenomênicos do crime, para o fim de compreender melhor o próprio direito Vigente e favorecer-lhe a sua missão prática de disciplina da criminalidade.” (BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 40).

<sup>7</sup> Para Aníbal Bruno, o dolo e a culpa são elementos que entram na estrutura da culpabilidade. (BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo 2º. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 32)

<sup>8</sup> Para Aníbal Bruno, “ A ordem jurídica reprova o fato punível, reprovará também, em conseqüência, o estado de antijuridicidade interna que subsiste no agente e de que o crime não mais do que manifestação. Mas então, na realidade, já estamos saindo do setor da culpabilidade para o da perigosidade criminal. O sentido próprio do Direito Penal vigente, que se move em torno do fato injusto

Aníbal Bruno chega, inclusive, a criar critérios para um diagnóstico da perigosidade criminal<sup>10</sup>, ao elencar os seguintes elementos, que, se satisfeitos, aferem um juízo de perigosidade do autor: *i*) condições físicas e psíquicas da personalidade do autor,

típico, sem o qual não se pode falar de culpabilidade, repele a idéia de uma pura culpabilidade de caráter.

Note-se, porém, que se vai tomando cada vez mais em consideração o caráter, ou melhor, a personalidade do agente, fazendo-o influir sobre o juízo da culpabilidade e pesar sobre a medida da punição conseqüência da subjetivação progressiva que vem sofrendo o Direito Penal, mesmo fora de tendências e fundamentos de correntes como o *Willensstrafrecht*, da Alemanha. Com a consideração do caráter relaciona-se a dos motivos, que entram a cada passo a influir em vários momentos da estrutura da culpabilidade, em particular na exigibilidade de conduta diversa, que é, em suma, um problema da motivação da vontade. Basta atender a que o núcleo do conceito da culpabilidade é a vontade ilícita, para concluir da importância que assume a consideração dos motivos, sendo de notar que o próprio caráter, naquilo que interessa ao Direito Penal, é só uma integração de forças de motivação do comportamento. E quanto mais aprofundarmos o conceito da culpabilidade, maior será a tenção que teremos de conceder aos motivos e ao processo de motivação. A tendência, aliás, é para incluir no conceito da culpabilidade todos esses elementos influentes no processo íntimo da vontade e da representação.” (BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo 2º. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 37-38)

<sup>9</sup> “1. Ao criminoso que apresenta condições tais de desajustamento social que façam prever que êle provàvelmente torne a delinquir, aplica o Estado, pelo órgão de justiça penal, uma medida destinada a impedir o seu novo crime, internando-o em estabelecimento especial, para o seu tratamento, ou submetendo-o à vigilância da autoridade pública.

São essas as medidas de segurança que o Direito Penal veio a adotar, ao lado da pena, em sua luta contra o crime.

O Direito Penal moderno, como sabemos, teve de alongar-se para além dos limites tradicionais da culpabilidade e da retribuição e adotar uma linha de combate à delinqüência, que inclui também como pressuposta aquela qualidade da pessoa que faz prever com probabilidade que ela venha a praticar nôvo fato punível e que se chamou *perigosidade criminal*. Surgiram, então, as medidas de segurança, em relação com esse perigo que o agente representa pelo seu desajuste às normas da convivência social.” (BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo 3º. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 255-256.)

<sup>10</sup> BRUNO, Aníbal. *Medidas de Segurança*. 1940. 204 f. Dissertação de concurso para a cadeira de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife. Recife, 1940, p. 40.

que possam explicar manifestações antissociais; *ii*) a análise do fato delituoso praticado que pode exprimir ou não a perigosidade do agente *iii*) os motivos determinantes do fato e as circunstâncias que o circundam; *iv*) a vida pregressa do autor; *v*) o comportamento do autor no momento do fato e posterior ao fato praticado; *vi*) as condições familiares e sociais em que se formou e onde vive o suposto agente perigoso<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Acerca dos elencados critérios para se aferir um diagnóstico da perigosidade, afirma Aníbal Bruno: “Um dos mais árduos problemas que a matéria sugere é quale onde se faz sentir mais enérgica a resistência das idéias tradicionais, é o do diagnóstico da perigosidade, da determinação das causas que produzem e cujos efeitos cabe á medida de segurança dirimir.

Maneira de ser da perigosidade em face das normas fundamentais da vida social, pesquisá-la será obra de uma análise da personalidade bio-psicológica do individuo, por meio dos recursos técnicos correntes.

Nessa fase do exame do suposto perigoso, importa explorar as condições físicas e psíquicas do agente, em particular as que possam constituir elemento do estado perigoso.

Mas, salvos os casos da patologia mental, tal análise é insuficiente para orientar um diagnóstico de perigosidade criminal.

O que se procura é a fórmula do comportamento social do individuo, e determiná-la dependerá necessariamente, também do estudo de como o agente costuma responder aos estímulos da vida.

Conta-se assim, o próprio ato delituoso cometido pelo individuo como um dos sintomas mais expressivos da sua perigosidade.

Não seguiremos a Grispigni quando faz do delito o elemento primário, decisivo por si mesmo, do juízo da perigosidade, e quasi que absorve na consideração do ato, a consideração do autor, reduzindo, por assim dizer, a fórmula do estado perigoso a uma expressão não subjetiva, da personalidade, mas objetiva, do próprio delito, á maneira clássica.

O delito é realmente o sintoma mais relevante do juízo da perigosidade post-delitual. O delito, com as suas causas próximas e remotas, a sua natureza, os seus fins, as circunstâncias de que se revestiu, o elemento objetivo, dolo, culpa, a premeditação.

Salvo casos raros, entre os quais aqueles em que ocorreram condições de não exigibilidade de conduta diversa, pelo fato só do delito, o autor revela o seu grave desajustamento aos princípios da convivência social e conduz a sociedade a segregá-lo do seu convívio e intentar rehabilitá-lo segundo a consciência ético-jurídica comum do seu grupo.

Assim, para o Aníbal Bruno, a análise do indivíduo para a aferição de sua perigosidade teria que ser o mais completa possível, biológica e socialmente, pois a probabilidade de delinquir passaria por uma expressão ético-jurídica.<sup>12</sup>

Causa estranheza, entretanto, o posicionamento de Aníbal Bruno, acerca do princípio *error ius nocet*, que para os positivistas possui caráter inescusável e para Aníbal Bruno, o mesmo possui um caráter de escusabilidade, o que rompe com o pensamento positivista da época e merece melhor apreciação para compreensão do assunto.

---

Mas o delito que aparentemente é ato isolado, no homem perigoso é episódio de um estado permanente, e deve ser situado na continuidade da maneira de atuar do criminoso. Grandes subsídios para a interpretação do estado perigoso pode fonecer-nos o estatuto da vida antecedente do autor, do seu comportamento no momento e depois do delito.

Por fim, a investigação das condições do meio familiar e social, onde se formou o espírito do delinquente e sob cuja influência decorre o processo da sua vida, dará o último traço á configuração da imagem da sua personalidade.” (BRUNO, Aníbal. *Medidas de Segurança*. 1940. 204 f. Dissertação de concurso para a cadeira de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife. Recife, 1940, p. 38-39).

<sup>12</sup> Para o autor “O diagnostico da perigosidade, da sua natureza, dos seus graus, das suas causas, exige a investigação da personalidade do homem em todos os seus aspectos que possam revelar as raízes profundas do seu comportamento biológico e social, de que a probabilidade de delinquir é a expressão ético-jurídica. Com isso, não se pretende que o diagnóstico do estado perigoso do domínio do direito penal, deva ser antropológico ou sociológico, mas certamente jurídico, e só por juristas deve ser praticado; mas a contribuição dos técnicos, pela ficha antrológico-social do delinquente, é elemento necessário para o esclarecimento do fenômeno e imprescindível para a aplicação e, sobretudo, para a execução das medidas de segurança, em cada caso particular. (BRUNO, Aníbal. *Medidas de Segurança*. 1940. 204 f. Dissertação de concurso para a cadeira de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife. Recife, 1940, p. 40)

## 2. Colocação do problema da inescusabilidade do desconhecimento de lei a partir da dogmática penal nascente

O princípio da legalidade é um divisor de águas no direito penal<sup>13</sup>. Isto porque, antes da estruturação deste princípio, o direito penal era conhecido por suas arbitrariedades. Foi o período do terror.

No entanto, após a sua instituição, o direito penal inaugurou, com o período liberal, uma nova fase, norteadada pela dignidade da pessoa humana.

O princípio da legalidade surge historicamente com a revolução burguesa e exprime, no campo jurídico-penal, o mais importante estágio do movimento ocorrido na direção da positividade jurídica e da publicização da reação penal.

Se por um lado o princípio da legalidade dava uma resposta ao poder estatal vigente, ou seja, aos abusos do absolutismo, por outro revelava a afirmação de uma nova ordem de garantia do indivíduo perante o poder estatal<sup>14</sup>.

A significação e o alcance políticos do princípio da legalidade extrapolam o condicionamento histórico que o produziu e significam a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo.

Idealizado politicamente por Cesare Beccaria, em 1764, em sua obra *Dos delitos e das penas*, o princípio da legalidade tem um papel imprescindível para delimitar a atuação dos magistrados e evitar arbítrios. Segundo Beccaria “(...) só as leis

---

<sup>13</sup> “Podemos dividir o Direito Penal em dois grandes períodos: o período do terror e o período liberal. O período do terror é aquele onde não existe preocupação com a humanização da repressão penal, há nele o emprego de uma violência desmedida e ilimitada, não se oferecendo nenhuma garantia ao ser humano em face do direito de punir do Estado. O segundo período, o período liberal, inaugura a fase científica do Direito Penal, ele começa com a formulação do Princípio da Legalidade e, portanto, começa tardiamente.” (BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 11).

<sup>14</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 65.

podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador (...).”<sup>15</sup>

Beccaria tentava afastar as arbitrariedades daquela época ao afirmar que competia exclusivamente ao legislador formular as leis e que as penas não poderiam ultrapassar os limites fixados por elas. Assim, o princípio da legalidade, além de garantir a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das respectivas penas pelos cidadãos, garante o indivíduo frente o poder estatal, pois não será submetido à coerção penal distinta daquela estabelecida pela lei penal.<sup>16</sup>

Ressaltamos entretanto que não coube à Beccaria a formulação dogmática do princípio da legalidade, mas a Feuerbach<sup>17</sup>, segundo o qual “toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que comine un mal sensible.”<sup>18</sup> Dessa assertiva derivam três princípios que irão nortear toda a dogmática penal: *nulla poena sine lege* (para aplicar uma pena deve existir previamente uma lei penal); *nulla poena sine crimen* (uma pena só poderá incidir sobre uma ação criminosa); e *nullum crimen sine poena legali* (a ação criminosa legalmente cominada está condicionada pela pena legal).<sup>19</sup>

O princípio da legalidade foi, portanto, uma condição indispensável para o surgimento da dogmática penal. Ele

---

<sup>15</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: RT, 1999, p. 30.

<sup>16</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao directo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 67.

<sup>17</sup> Para Aníbal Bruno, Feuerbach é o fundador da moderna ciência do Direito Penal. (BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 106)

<sup>18</sup> FEUERBACH, Anselm von. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 63.

<sup>19</sup> FEUERBACH, Anselm von. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 63. “Ao contrário do que se difunde frequentemente, das obras de Feuerbach não consta a fórmula ampla *nullum crimen nulla poena sine lege*; neas se encontra, sim, uma articulação das fórmulas *nulla poena sine lege*, *nullum crimen sine poena legali* e *nulla poena (legalis) sine crimine*”. (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao directo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 66).

é o substrato fundamental no qual se baseia toda a dogmática penal, pois sem a lei penal não há como existir o crime, nem o seu correspondente jurídico, a pena.<sup>20</sup> Segundo Welzel,

La ciencia ejerció una influencia en la configuración del Derecho Penal del siglo XIX. Con *Anselm v. Feuerbach*, un partidario del criticismo de Kant, comienza la ciencia jurídico-penal en sentido moderno, caracterizada por una conceptualización precisa y una clara sistemática en relación con el objeto (*Lehrbuch*, 1801).<sup>21</sup>

No mesmo sentido, destaca Santiago Mir Puig que:

Aunque probablemente la moderna dogmática alemana no da comienzo definitivo hasta Binding, como fruto del mismo positivismo que originaría en Italia el tecnicis-

---

<sup>20</sup> Segundo Cláudio Brandão, “o princípio da legalidade já foi descrito como um princípio de princípios, como o valor fundante do direito penal, que representa a condição primeira para o desenvolvimento de toda a dogmática penal deste direito. Tal afirmação de nenhuma maneira espelha qualquer erro. Com efeito, o princípio da legalidade possui um significado formal fundamental para a dogmática penal, porém igualmente importante é o seu sentido material. Pois bem, é desta dicotomia que brotam todos os demais princípios e instituições do direito penal, o que faz com que ele seja apontado como o ‘princípio de princípios’ com justa correção, já que sem ele a dogmática penal não poderia ter os contornos que possui na atualidade.” (BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 147-148).

<sup>21</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 13. No mesmo sentido, “Feuerbach é frequentemente considerado como o fundador da moderna ciência do direito penal, destacando-se sobretudo a sistematização do seu *Lehrbuch* (1801) como modelo da tratadística penal ulterior”. (MENDES, Paulo de Sousa. *O torto intrinsecamente culposos como condição necessária da imputação da pena*. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 265).

mo jurídico-penal, hay amplio acuerdo en la doctrina germánica en considerar a Feuerbach el “fundador (mejor: *Neubegründer*) de la ciencia del derecho penal alemana”, como escribió von Liszt. Desde la aparición de su “*Revisión*” y su *Lehrbuch* hasta la obra de Binding, la doctrina alcanzó ya un importante desarrollo “intensiva y extensivamente”. Era lógico, ya que el movimiento ideológico que hizo nacer en toda Europa la ciencia penal moderna se remonta, como es sabido, a la Ilustración, de forma inmediata por obra de Beccaria.<sup>22</sup>

Com o objetivo de atribuir segurança jurídica à dogmática penal nascente, resgatou-se o princípio *error vel ignorantia non excusat* atribuindo-lhe caráter de inescusabilidade absoluta, pois diante de poucas leis penais e claras não haveria como o agente alegar o seu desconhecimento.

Beccaria, já em 1764, ao delimitar o caráter político do princípio da legalidade ressaltava a necessidade da elaboração de leis claras e simples, ao discorrer, em verdadeiro exercício dialético: “Quereis prevenir os delitos? Fazei com que as leis sejam claras, simples e que toda a força da nação se condense em defendê-las e nenhuma parte da nação seja empregada em destruí-las.”<sup>23</sup>

Todavía, o projeto político-penal da modernidade relativo à prevenção dos crimes nunca foi implementado. Isto porque previa a necessidade da edição de poucas leis penais e claras, bem diferente daquilo que verificamos atualmente por meio de leis penais extremamente complexas e em grande quantidade. Sobre o assunto, destacava Beccaria que “Proibir grande quantidade de ações diferentes não é prevenir delitos que delas

---

<sup>22</sup> MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003, p.177.

<sup>23</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: RT, 1999, p.129.

possam nascer, mas criar novos; é definir ao bel-prazer a virtude e o vício, conceituados como eternos e imutáveis.”<sup>24</sup>

Para racionalizar a utilização da violência estatal, isto é, afastar a barbárie e afirmar a civilização,<sup>25</sup> é que os alemães desenvolveram no século XIX, a dogmática penal, entendida atualmente como a argumentação feita a partir do direito penal e seus elementos constitutivos. Isto é, a dogmática penal é o método de estudo do direito penal<sup>26</sup>, a teoria que busca atribuir cientificidade ao estudo do direito penal. Segundo Willis Santiago Guerra Filho,

Se falar em “teoria” remete imediatamente à pretensão de se fazer estudos com caráter científico – pois senão mais correto seria falar em ‘doutrina’ – qualificar de ‘jurídica’ uma teoria é sinal de que se tem a ver com a ciência praticada pelos juristas, a chamada ‘dogmática jurídica’, ou seja, que a teoria é direcionada para o estudo do direito tal como feito pela jurisprudência, no sentido de “ciência do direito.”<sup>27</sup>

Assim, a fim de atribuir cientificidade ao estudo do direito penal e diferenciá-lo do estudo de outros ramos do saber, foram desenvolvidas três teorias em torno da dogmática penal: a teoria da lei penal, do crime e da pena. Todas estão indissociavelmente relacionadas, pois não concebemos a existência

---

<sup>24</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: RT, 1999, p.128.

<sup>25</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25-26.

<sup>26</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 06.

<sup>27</sup> GUERRA FILHO. Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: SRS, 2009, p. 32.

de um crime, que não esteja previsto numa lei penal e para o qual não exista uma pena correspondente.<sup>28</sup>

Como resultado de um pensamento positivista, Aníbal Bruno afirma que:

Essa ciência do direito Penal é ciência normativa. O seu objeto de estudo é uma norma de comportamento, norma jurídico penal. Partindo das normas legais vigentes, para sobre elas construir um corpo de doutrina, descobrindo e formulando conceitos, organizando-os, classificando-os, dando-lhes unidade, a dogmática só tem um caminho natural, que é o lógico. Este é o método necessário de toda ciência jurídica e, assim também, do Direito Penal.<sup>29</sup>

A teoria do crime dá cientificidade ao direito penal ao representar um método que visa a constituir um arcabouço conceitual para que a ação se converta em crime,<sup>30</sup> nos dias atuais entendido como uma conduta típica, antijurídica e culpável.<sup>31</sup> Em palestra proferida em 23 de setembro de 1971, no Instituto de Direito Penal de Córdoba, Welzel destacou sobre o tema:

---

<sup>28</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 26.

<sup>29</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 42-43.

<sup>30</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 26.

<sup>31</sup> Segundo Juarez Cirino dos Santos, “o sistema tripartido de fato punível, ainda dominante na dogmática contemporânea, define crime como *ação* típica, antijurídica e culpável, um conceito formado por um substantivo qualificado pelos atributos da adequação ao modelo legal, da contradição aos preceitos proibitivos e permissivos e da reprovação de culpabilidade.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 76)

En primavera de 1966 pronuncié en Japón y Corea varias conferencias sobre la evolución de la dogmática penal alemana en los últimos cien años. En ellas expuse que cien años antes se ignoraban las distinciones con las que hoy trabajamos: hasta ese entonces, el concepto fundamental del Derecho penal fue la “imputación”. Después, se abandonó este concepto: en 1867, Jhering desarrolló el el concepto de la “antijuridicidad objetiva” y de él se separó, cerca de 1880, la culpabilidad “subjctiva” (sobre todo en el Tratado de Franz von Liszt), en tanto que el concepto del tipo fue elaborado, recién en 1906 por Beling. En esas conferencias dije que “la división del delito en tres diversos grados de enjuiciamiento y valoración estructurados unos sobre y a continuación de otro... proporciona un alto grado de racionalidad y seguridad a la aplicación del Derecho” y “al diferenciar los grados de valoración, posibilita, además, un resultado final justo”. Así surgió el nuevo sistema “clásico” del delito con su división (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad).<sup>32</sup>

Antes de adentrarnos na explicação acerca da estrutura do crime, é importante afirmar que o crime, para Aníbal Bruno, é toda conduta típica, antijurídica e culpável. Segundo o autor: “O crime é, portanto, uma ação a que se juntam os atributos

---

<sup>32</sup> WELZEL, Hans. *Estudios de filosofía, Del derecho y derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 50.

da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade, donde o conceito analítico do crime como *ação típica, antijurídica e culpável*.<sup>33</sup>

O que irá divergir, na teoria de Aníbal Bruno para a teoria finalista, é a posição do dolo e da culpa, que para Aníbal Bruno (por ser adepto da teoria causalista da ação) referidos elementos psíquicos encontram-se na culpabilidade; e para os finalistas encontram-se no tipo penal.

Em sendo um princípio, a culpabilidade é erigida pela premissa *nulla poena sine culpa* que significa “não há pena sem culpa”. Esse aforismo latino é o fundamento do pensamento liberal iluminista, que se baseava no princípio da legalidade e tinha, como decorrência lógica afastar a responsabilidade penal objetiva, elegendo como estrutura a responsabilidade penal subjetiva. Segundo Aníbal Bruno “Daí resultou o princípio de que não há pena sem culpabilidade, princípio que é hoje imperiosa exigência da consciência jurídica.”<sup>34</sup>

Com o desenvolvimento do princípio da culpabilidade, que afastava toda forma de responsabilização objetiva no direito penal, a culpabilidade ganhou autonomia na teoria do delito, deixando de ser analisada apenas como exclusão da responsabilidade objetiva para ser um elemento autônomo na estrutura do crime.<sup>35</sup>

A culpabilidade pode ser entendida também como um fundamento da pena; <sup>36</sup> ela afasta qualquer responsabilidade objetiva, isto é, a responsabilidade pelo simples resultado e deve

<sup>33</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 38.

<sup>34</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo 2º. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 23.

<sup>35</sup> MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *A culpabilidade no direito penal contemporâneo*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 23.

<sup>36</sup> Nesse sentido, informa Karl Binding que: “de acuerdo con la actual convicción jurídica, la culpabilidad en cuanto acción culpable sólo constituye presupuesto ineludible, sino también fundamento jurídico de la pena. El principio ‘sin culpabilidad no hay pena’ rige, de lege lata, sin limitación alguna.” (BINDING, Karl. *La culpabilidad en derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2009, p.05).

estar vinculada à reprovação da conduta do agente, para assim ser possível aplicar uma pena.

A análise da culpabilidade compreendida como um princípio, elemento do crime e fundamento da pena é dirigida à proteção do indivíduo, isto sim revelado o verdadeiro fundamento do direito penal moderno.

Todavia, a história do direito penal demonstra que nem sempre o indivíduo foi tratado como o centro das atenções. Por consequência, o tratamento da culpabilidade varia no transcorrer do tempo até a sua estruturação dogmática no século XIX pelos alemães.

No século XX, diversas teorias foram desenvolvidas em torno da culpabilidade. No Brasil, o instituto também ganhou destaque no direito penal.

O artigo 16, do Código Penal brasileiro de 1940, dispõe que “A ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena.” Ora, se o juízo de culpabilidade é de reprovação pessoal, como justificar uma premissa aplicável, geral e abstratamente, a todos os indivíduos, sem verificar, no caso concreto, se o agente conhecia a lei penal? Esta é uma típica hipótese de responsabilidade penal objetiva.

A premissa *ignorantia legis neminem excusat* apesar de ter se estabelecido, sobretudo nas codificações dos países latinos, como um princípio intocável do direito moderno, não tem mais guarida diante do pluralismo legislativo e do acentuado caráter técnico da lei penal. Os complexos problemas suscitados a partir da interpretação e da aplicação das leis, inclusive para os juristas, tornam absolutamente impossível na atualidade afirmar que todos devem conhecer a lei.<sup>37</sup>

Decerto, não pode prosperar, nos moldes de um direito penal da culpabilidade, que tem por base a análise do indivíduo, uma regra dessa natureza, porque, segundo o enunciado, presume-se que todos conhecem a lei penal quando, em verdade,

---

<sup>37</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 53-57.

nem mesmo os juristas as conhecem. Segundo Eugênio Raúl Zaffaroni,

El principio de culpabilidad y su violación mediante la regla *error juris nocet* expresan la dialéctica entre estado de derecho y estado de policía en la teoría del error. A favor de la regla *error juris nocet* se argumentaba que las prohibiciones penales eran obvias para todos. Esto no es sostenible frente a actual legislación penal, que ya no es un limitado catálogo de conductas más o menos conocidas por todos, sino un abigarrado conjunto de disposiciones si transparencia. De la vieja ilusión iluminista de una ley penal tan clara que cualquiera pudiese conocerla, se ha pasado a una situación en que la ley no es conocida por casi nadie e incluso quines la interpretan técnicamente tienen grandes dificultades.<sup>38</sup>

Além da grande quantidade de leis em vigor no Brasil, ressaltamos a complexidade de muitas delas, o que dificulta ainda mais a sua compreensão. Aqui, vale a crítica de Aníbal Bruno:

Para dar fundamento a essa regra, recorrem os autores a uma presunção absoluta, mas insustentável, porque contradiz o cálculo de probabilidade baseado no que é comum acontecer, ou a uma ficção jurídica necessária do geral conhecimento da lei. A lei, uma vez promulgada e publicada, supõe-se

---

<sup>38</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio; SLOKAR, Alejandro; e ALAGIA, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editar, 2006, 567-568.

conhecida por todos. São razões desconformes com a realidade, e no Direito moderno tais ficções perderam o prestígio.

Para MANZINI, o que justifica a regra não é a ficção do conhecimento da lei, mas a falta ao dever de adquiri-lo. Para ele o princípio de que o erro de Direito não exime de pena fundamenta-se na obrigatoriedade de toda lei. Para cumprir a lei é preciso conhece-la. O conhecimento da lei é um dever cívico. Se o cidadão falta a esse dever, não pode tirar proveito disso, eximindo-se de pena. Assim também para GARRAUD, “porque todo indivíduo está em condições de conhecer a lei e procurar instruir-se a respeito dela, sendo culpável de a ter ignorado”. Essas opiniões, entretanto, apesar do seu aspecto diverso, não se afastam muito do círculo das idéias anteriores. Baseiam-se em uma ficção também, desde que, na realidade, não é possível, diante do número sempre crescente de disposições de Direito e mesmo das particulares ao Direito Penal, crer na possibilidade de que venham a ser do conhecimento do leigo, quando só através de esforço contínuo e de catalogações e fichamentos o seu conhecimento se torna possível aos profissionais.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo 2º. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 113-114.

Ainda, a exigência da lei prévia tem o escopo de fazer os cidadãos conhecerem e compreenderem o caráter ilícito da ação penal reduzida em um tipo penal. O princípio da culpabilidade, uma necessária consequência da legalidade, impede o poder punitivo estatal de agir quando o cidadão não conhecer nem compreender a lei penal.<sup>40</sup>

### **3. O problema da estabilidade trazida pela presunção do conhecimento de lei em Aníbal Bruno e a conformação de um pensamento (pós)positivista**

O apego à lei pelos positivistas distorceu a aplicação do direito e da própria culpabilidade no direito penal. Decerto, a presunção do conhecimento de lei por todos – gravada na primeira parte do artigo 16 do Código Penal brasileiro de 1940<sup>41</sup> – cumpriu o propósito da estabilidade, tão almejada no século XIX e início do século XX<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio; SLOKAR, Alejandro; e ALAGIA, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editar, 2006, p.567.

<sup>41</sup> O artigo 16, do Código Penal brasileiro, Código vigente a época de Aníbal Bruno, trazia a seguinte redação: “Art. 16. A ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena.” Com a reforma da Lei n.º 7.209/1984, que alterou toda a parte geral do Código Penal brasileiro, manteve-se a previsão do conhecimento de lei por todos, na primeira parte do artigo 21: “Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.” Ou seja, mesmo com a mudança da dicotomia do erro, que em 1940 era erro de fato-erro de direito; e com a reforma de 1984 passou a ser erro de tipo-erro de proibição, permaneceu a previsão do conhecimento de lei por todos.

<sup>42</sup> Segundo Tercio Sampaio Ferraz Júnior, “A tarefa do jurista, quase que se torna então tipicamente dogmática, a partir daí circunscreve-se cada vez mais à teorização e sistematização da experiência jurídica, em termos de uma unificação construtiva dos juízos normativos e do esclarecimento dos seus fundamentos, descambando por fim, já ao final do século XIX, para o positivismo legal, com uma autodelimitação do pensamento jurídico ao estudo da lei positiva e ao estabelecimento da tese da estabilidade do Direito.” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 72).

Já alerta Aníbal Bruno que:

O princípio ainda prevalecente é que o erro de Direito é penalmente irrelevante. Não exime de culpabilidade. É a velha regra, que já dominava nas decisões do Direito romano e que os juristas do período intermédio exprimiam em várias máximas sempre repetidas: *error juris nocet; ignorantia juris non excusat*.<sup>43</sup>

Todavia, as distorções que a aplicação do princípio *error ius nocet* trouxe ao direito penal provocaram um rompimento com o princípio da culpabilidade.

Se o projeto da Modernidade almejava reconhecer as diferenças entre as pessoas e o indivíduo como um sujeito cognoscente, ao ser aplicada a regra da presunção do conhecimento de lei por todos, instituiu-se um paradoxo perfeito. Isto porque, partimos de um pressuposto absurdo e de um objetivo inalcançável no qual o único subjugado é o indivíduo diante do Estado.

O princípio da inescusabilidade do desconhecimento de lei em matéria penal surgiu como um ponto de partida *a priori* de organização estatal. Entretanto, tomar como verdadeiro o princípio do *error ius nocet* é o mesmo que fechar os olhos à complexidade social latente e pretender a concepção de um direito que não observa a diversidade na qual está imerso.

Binding, mesmo imerso no período em que os juristas buscavam a estabilidade no direito, reluta contra diretrizes reinantes da época, como a presunção do conhecimento de lei por todos. Ele não poupa críticas ao princípio do *error ius nocet*, ao

---

<sup>43</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo 2º. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 113.

afirmar que chega a ser bárbaro presumir-se que todos conheçam as leis.<sup>44</sup>

Certamente, diante da complexidade das leis, é inadmissível presumir que todos as conheçam. Ademais, como desenvolver, em consonância ao princípio da culpabilidade, uma regra que não observa a individualidade de cada sujeito? Para dar estabilidade ao sistema, termina-se por negar o indivíduo, sob a pretensa alegação de se proteger a sociedade.

A proposta positivista é tão hermética que não consegue perceber a aparente contradição em desenvolver um sistema penal baseado na culpabilidade, e, por consequência na responsabilidade individual, mas que presume o conhecimento de lei por todos e, desta forma, exclui a possibilidade de se aferir no caso concreto a consciência ou não de lei pelo indivíduo.

Se o direito não pode estar voltado exclusivamente para abstrações, deve então observar as particularidades inerentes aos indivíduos que compõem a sociedade.

As sociedades estão cada vez mais complexas, multiculturais e plurais, constituídas por grupos de diversas etnias, religiões e culturas sem verificarmos entre elas um passado histórico em comum.

É inerente à ideia de multiculturalismo a noção de diferença e de que cada ser humano tem peculiaridades.

O projeto da Modernidade tem como objetivo buscar a máxima felicidade entre o maior número de pessoas por meio da negação da barbárie e da afirmação da civilização. A imagem do homem civilizado no projeto da Modernidade parece estar longe de ser uma realidade no Brasil:

---

<sup>44</sup> “La ruina de la teoría del error difícilmente podía ser más grande. Pues dogmáticamente es imposible considerar la ley penal como un elemento del objeto del error de delito, ya que la suposición de que todos conocen todas las leyes penales es tan ridícula como bárbara, y, como es sabido, la presunción de culpabilidad sirve siempre, aun en sus formas más moderadas, al siguiente principio: hay que penar a inocentes para que los culpables no queden sin pena.” (BINDING, Karl. *La culpabilidad en derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2009, p. 80).

A figura do *bourgeois* renacentista, conviva da aristocracia pré-revolucionária, evoca o homem civilizado, apreciador das artes, da gastronomia requintada, do vestuário alinhado. Elegante, culto incentivador das ciências humanas e naturais, cultiva a arte das boas maneiras, da linguagem polida de referência cortês. Educado formalmente, poliglota, é refinado no tratamento com seus semelhantes.<sup>45</sup>

Uma contribuição importantíssima para a culpabilidade no direito penal foi estruturada por Freudenthal que, no início do século XX, buscou justificar no caso concreto a existência ou não da exigibilidade de outra conduta. Freudenthal foi bastante criticado por outros autores positivistas que consideraram sua teoria insegura, pois identificavam estabilidade com segurança. Porém, o caso concreto é a forma mais segura para a apreciação do juízo de culpabilidade e, conseqüentemente, atribuímos segurança ao critério. Logo, não se deve confundir estabilidade com segurança.

A segurança do modelo de Freudenthal está justamente em observar a conduta praticada pelo indivíduo no caso concreto para aferir sua culpabilidade penal.

A forma de apreciarmos o juízo de culpabilidade desenvolvida por Freudenthal se desprende do sentido totalitário (estável) das classificações. Segundo Warat, quanto menos verdades garantidas houver, mais relações frutíferas teremos entre os homens.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.372.

<sup>46</sup> WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000, p. 21.

É certo que distanciar-se do positivismo jurídico não implica negar a Modernidade, cujo projeto é emancipar o indivíduo.

Aníbal Bruno destaca, sobre o princípio da presunção do conhecimento de lei por todas que: “*A lei, uma vez promulgada e publicada, supõe-se reconhecida por todos. São razões desconformes com a realidade, e no Direito moderno tais ficções perderam o prestígio.*”<sup>47</sup>

Se o projeto positivista buscou emancipar o indivíduo, outrora subjugado a polis ou à religião, agora subjugou-o à informação.

O tráfego comum de informações na contemporaneidade, veloz e em grande quantidade, é feito através da internet. Para Mario Losano, a história do direito, e talvez da humanidade, está condicionada por três revoluções: a escrita, a imprensa e a informática.

A primeira (escrita) resolve o problema da conservação das normas consuetudinárias. A segunda (imprensa), elimina o problema da difusão das normas escritas, uma condição técnica para superarmos o direito costumeiro e substituí-lo por normas específicas regulamentadoras de um número crescente de setores.

Todavia, o saber jurídico hoje é distribuído pela telemática. Nessa terceira revolução, as normas positivas específicas, certas e difusas, correm, nessa sociedade da informação, um sério risco de caírem novamente na incerteza, visto que parece impossível encontrarmos a norma mais adequada diante da imensidão de normas existentes. Destaca Losano que o mesmo ordenamento jurídico no qual o cidadão não consegue mais encontrar a norma jurídica específica pressupõe que ele conheça todas elas como consequência da regra *ignorantia legis non excusat*.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo 2º. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 113.

<sup>48</sup> LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 14-16.

Com o objetivo de superar o problema da regra *ignorantia legis non excusat* e, conseqüentemente, elucidar a inaplicabilidade da regra em apreço em sociedades complexas, é que se faz necessária a análise de teorias não positivistas.

Por ausência de melhor nomenclatura, utilizaremos a proposta pós-positivista, por acreditarmos que o projeto da Modernidade não está completo, (processo de emancipação do indivíduo). Alguns autores, destaca Warat, utilizam o termo “Pós-Moderno”. O próprio Warat prefere transmodernidade.<sup>49</sup>

Ademais, talvez o projeto de emancipação jamais esteja completo, mas reconhecemos que o projeto positivista Moderno trouxe muitas distorções ao direito penal da culpabilidade.

Neste estudo utilizamos pós-positivismo, como um caminho ao projeto da Modernidade, que reconhece os avanços do positivismo, mas pretende se distanciar do critério de estabilidade, pelo menos no que diz respeito à culpabilidade.

A estabilidade parece estar garantida no injusto penal, voltada para proteger a sociedade enquanto a culpabilidade é direcionada para analisar o indivíduo que praticou um fato típico e antijurídico, mas podia se comportar conforme o direito.

Mais uma vez, recorreremos à indagação: como sustentar – diante de uma sociedade complexa, extremamente multicultural, e com uma inflação legislativa desmedida tal qual a brasileira – a presunção do conhecimento de lei por todas as pessoas?

Decerto, não há como fazermos valer esta presunção absoluta. É necessário analisarmos a partir de cada caso concreto para aferirmos juridicamente o nível de conhecimento da lei ou a sua completa ignorância.

---

<sup>49</sup> Para Warat “(...) a modernidade encontra-se em trânsito para outras formas de sensibilidade e de razão. Chamo essa situação de transmodernidade. (...) Os que falam de *pós* estão obcecados pela idéia do fim, por isso prefiro o prefixo *trans*.” (WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000, p.46-47).

O direito, com a sua característica disciplinadora, tenta afastar a diversidade cultural, ao estabelecer regras com pretensão de generalidade, isto é uma regra para todos.

No direito penal, o elemento balizador das regras deve ser a culpabilidade, que com seu caráter normativo está sempre atenta, não apenas à sociedade, mas ao indivíduo dentro de cada sociedade.<sup>50</sup>

É por isso que Aníbal Bruno, diante desta falibilidade do projeto positivista afirma que:

A regra de que o erro de Direito não exclui de pena está, pois, em contradição com o princípio fundamental da culpabilidade. E há para abandoná-lo, não só uma razão de técnica, de dogmática, mas ainda uma consideração prática de justiça. Não pode deixar de conduzir o jurista à perplexidade uma razão de política criminal a que se contrapõe o princípio de Justiça, princípio que constitui a limitação necessária às práticas sugeridas pela necessidade política. E o regime de Direito que não sabe satisfazer esta segunda exigência, sem

---

<sup>50</sup> Segundo Warat, “As máscaras da ciência do direito são disciplinadoras. Impedem fixar os limites da lei. Carapuças impotentes frente à rotina cultural. Escritos estéreis que não conseguem criar uma cultura jurídica visceralmente democrática. Um saber sobre o direito que reconcilie o homem com suas paixões, tenha repostas de acordo com o mundo e transforme a estagnação de suas verdades em desejos vivos.

(...)

A modernidade se perdeu em sua retórica humanista quando afirmou o olhar da burguesia em duas mitológicas afirmações fundamentais: a universalidade do gênero humano e a prioridade constituinte do Direito. Elas determinaram a retórica constituinte do Estado moderno. Garantias fora do tempo para o humano (nisso, até agora, pecou sempre a modernidade).” (WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000, p. 44-48).

sacrificar a primeira, é um sistema imperfeito. Por isso, cada dia se torna mais ponderável a opinião que reclama iguais efeitos jurídicos para o erro de fato e o erro de Direito, exigindo que se estenda também às hipóteses deste último o princípio elementar de que se culpabilidade não há pena.<sup>51</sup>

## CONCLUSÃO

Certamente, no contexto da pesquisa, ficou muito claro o pensamento positivista na obra de Aníbal Bruno, que busca através da estabilidade atribuir segurança jurídica ao sistema jurídico-penal.

A proposta que pretendemos na presente pesquisa foi demonstrar que o Autor terminou por conformar uma estrutura própria de positivismo, ora, com características marcantes da dogmática alemã dos séculos XIX e início do XX; e ora, com características da sociologia criminal italiana, principalmente a partir de uma estruturação própria do juízo de culpabilidade, bem como a partir da análise da perigosidade criminal nas medidas de segurança.

Mas, não se pode negar que o pensamento de Aníbal Bruno também possui raízes pós-positivistas, ao romper com o pensamento reinante à época da presunção absoluta do conhecimento de lei por todos. Sobre esta assunto, Aníbal Bruno desvincilha-se das correntes positivistas, dogmática alemã e sociologia criminal, criando uma ruptura de pensamento positivista, em busca da estabilidade; inaugurando um saber pós-positivista, em que a segurança jurídica do sistema está na preservação da responsabilidade penal subjetiva, isto é, o fundamento da segurança jurídica do direito penal é a proteção do indivíduo.

---

<sup>51</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo 2º. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 115.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANNO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal: parte geral*. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: RT, 1999.

BINDING, Karl. *La culpabilidad en derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2009.

BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

\_\_\_\_\_. *Direito penal: parte geral*. Tomo 2º. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

\_\_\_\_\_. *Direito penal: parte geral*. Tomo 3º. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

\_\_\_\_\_. *Medidas de Segurança*. 1940. 204 f. Dissertação de concurso para a cadeira de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife. Recife, 1940.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2013

DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FEUERBACH, Anselm von. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito penal e criminologia. In: Revista de Direito da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, Ano LX, v. 6, p. 181-194, 1954; BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GUERRA FILHO. Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: SRS, 2009

LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUNA, Everardo da Cunha. Aníbal Bruno: o homem e a obra. In: Arquivo Forense/Tribunal de Justiça do estado de Pernambuco, Recife, Ano XXX, v. 54, p. 18-42, jul./dez. 1969.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *A culpabilidade no direito penal contemporâneo*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MANGIAMELI, Agata Amato. BETWEEN IS AND OUGHT: AT THE ROOTS OF REGULATORY OBLIGATORINESS. *HUMANITIES AND RIGHTS GLOBAL NETWORK JOURNAL*, Vol. 1, Issue 1, 2019, 128-160.  
<https://doi.org/10.24861/2675-1038.v1i1.15>

MENDES, Paulo de Sousa. *O torto intrinsecamente culposo como condição necessária da imputação da pena*. Coimbra: Coimbra, 2007.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003

SANTOS, Juez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Florianópolis: Conceito, 2012.

WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1997.

\_\_\_\_\_. *Estudios de filosofía, Del derecho y derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; SLOKAR, Alejandro; e ALAGIA, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editar, 2006.