

O ERRO E A ILICITUDE PENAL: UMA ANÁLISE DO ERRO SOBRE AS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO

MISTAKE AND CRIMINAL UNLAWFULNESS: AN ANALYSIS OF MISTAKE REGARDING JUSTIFICATORY CAUSES

Felipe Lima de Almeida¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente artigo tem como objeto o tratamento conferido ao erro sobre as causas de justificação (discriminantes putativas), tema de grande controvérsia na dogmática penal. O estudo parte da clássica distinção entre erro de fato e erro de direito e, considerando o desenvolvimento das teorias do delito e a evolução do conceito de culpabilidade, analisa a disciplina do erro jurídico-penal, em específico, à resposta conferida ao erro sobre as justificantes em cada uma das estruturas conceituais de crime. A pesquisa examina, ainda, a evolução do tema à luz das teorias do dolo normativo, das teorias da culpabilidade e das principais soluções apresentadas por diferentes entendimentos doutrinários. O artigo tem como ponto de chegada a sistemática adotada pela Reforma de 1984 no Código Penal brasileiro, esclarecendo as orientações prevalentes na doutrina e suas consequências jurídicas.

Palavras-chave: Teoria do delito – Erro jurídico penal – Teorias da culpabilidade – Erro sobre as causas de justificação – Discriminantes putativas.

Abstract: This article addresses the treatment of mistake regarding grounds for justification (putative justifications), a highly controversial issue in criminal law doctrine. The study begins with the classical distinction between mistakes of fact and mistakes of law and, through the development of theories of crime and the concept of culpability, proceeds to analyze the framework of legal error in criminal law, particularly the responses to mistakes concerning justifying circumstances within each conceptual structure of crime. The research explores the evolution of the topic through the normative intent theory and the various theories of culpability, as well as the solutions proposed by alternative doctrinal approaches. The article culminates with an examination of the systematic framework adopted by the 1984 Reform of the Brazilian Penal Code, providing clarification of doctrinal orientations and their legal consequences.

Keywords: Theory of Crime – Criminal Law Mistake – Theories of Culpability – Mistake Regarding Justificatory Causes – Putative Justifications.

¹ Doutorando em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Professor de Direito Penal e Direito de Execução Penal na Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - FESUDEPERJ. Professor convidado na graduação e no programa de pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas - FGV Direito-Rio. Defensor Público do estado do Rio de Janeiro.

1. INTRODUÇÃO

A questão do erro, assim como a ignorância da ilicitude por falta de conhecimento da norma ou de sua má compreensão, sempre foi tema que desafiou a ciência jurídica ao longo da história. Como afirma Juarez Tavares, no chamado “direito penal comum”, formado na Idade Média, a partir de textos do *Corpus Juris Civilis* romano, do direito canônico e da doutrina dos glosadores e pós-glosadores, vigorava, por influência da Igreja, o princípio do *versari in re illicita*, segundo o qual todo aquele que realizasse uma conduta ilícita responderia por suas consequências. Assim, conclui o autor, se a responsabilidade era puramente objetiva, o erro sobre a ilicitude seria irrelevante (*error iuris nocet*).² Desse modo, desde o direito romano, seja no campo privado, seja na aplicação do direito penal, o *error facti* e o *error juris* eram as fórmulas disponíveis para solução dos problemas que se apresentavam.

No âmbito das ciências criminais, a disciplina do erro juridicamente relevante só começou a ser realmente estudada com a evolução da teoria do delito. Com o Iluminismo e a concretização de um direito penal liberal, houve a superação do *versari in re illicita*, consagrando-se a responsabilidade penal subjetiva. A partir dessa guinada doutrinária, iniciou-se o desenvolvimento das modernas teorias do delito, e o tratamento do erro passou a exigir especial atenção, tornando-se um dos temas mais controversos da dogmática penal. Afinal, o estudo do erro jurídico-penal está intimamente ligado ao problema do dolo, da culpa e da consciência da ilicitude, que, conjuntamente, se coligam com o tema da culpabilidade e sua evolução dogmática.

A posição sistemática do erro na estrutura do crime, suas diversas hipóteses e consequências jurídicas sempre proporcionaram intensos e acalorados debates na doutrina penal, em especial no que diz respeito ao erro que recai sobre as causas de justificação, objeto da presente pesquisa.

Neste artigo, examinaremos inicialmente a tradicional distinção entre erro e ignorância, bem como as classificações e espécies de erro existentes. Em seguida, analisaremos a estrutura do antigo erro de fato e do erro de direito, e a mudança para a sistemática do erro de tipo e erro

² TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. 1. ed., Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 464-465.

de proibição, tudo de modo a contextualizar e delimitar a problematização em torno do erro sobre as causas justificantes.

Na dogmática penal, o estudo do erro sobre as causas de justificação, também chamado pela doutrina de discriminantes putativas³, admite três possibilidades: i) o erro sobre a existência de uma causa justificante; ii) o erro sobre os limites de uma causa justificante e; iii) o erro sobre o pressuposto fático de uma causa justificante. Nesse sentido, examinaremos as soluções apresentadas pela doutrina para as hipóteses dessa modalidade de erro, a partir do método hipotético-dedutivo, com pesquisa bibliográfica e documental, analisando o tratamento dado à questão ao longo do desenvolvimento da teoria do delito, notadamente da concepção de culpabilidade, com o esclarecimento de aspectos controvertidos quanto à natureza e às consequências jurídicas de seu reconhecimento, conforme o pensamento de diversos autores.

Por fim, será examinado o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro ao erro que recai sobre as causas de justificação, a partir da Reforma da Parte Geral de 1984, com o objetivo de esclarecer a controvérsia doutrinária objeto deste estudo.

2. ERRO E IGNORÂNCIA

A doutrina penal sempre buscou distinguir os conceitos de erro e ignorância. Como afirmava Munhoz Neto, ignorância e erro “constituem dois estados metafisicamente distintos: a falta de qualquer conhecimento sobre um objeto e o seu falso conhecimento.” Assim, enquanto a “ignorância apresenta-se desacompanhada de qualquer percepção da realidade, o erro é determinado por uma percepção desconforme àquela. Entre ambos existe a mesma distância que separa o não ver do ver mal.”⁴

O erro é a falsa representação da realidade ou o falso ou equivocado conhecimento de um objeto (trata-se de um estado positivo). Por isso, conceitualmente, o erro difere da ignorância, pois esta é a falta de representação da realidade ou o desconhecimento total do objeto (estado negativo).⁵ É certo que o erro pressupõe sempre a ignorância da noção exata, contudo, nem sempre a ignorância é acompanhada de erro, podendo se caracterizar independentemente de qualquer persuasão do sujeito.⁶

³ Por todos: Cf. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 187-188.

⁴ MUNHOZ NETO, Alcides. *A Ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 1.

⁵ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. tomo I, vol. I, 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 274.

⁶ MUNHOZ NETO, *op. cit.*, p. 3.

Entretanto, as teses que buscavam diferenciar tais conceitos não prosperaram na dogmática jurídico-penal, onde, segundo a doutrina, prevaleceu a tese unificadora.⁷ No Código Penal brasileiro, por exemplo, erro e ignorância quase sempre se equivalem. Assim, quando o Código Penal faz referência ao erro, está também se referindo à ignorância.

2.1 ERRO ESSENCIAL E ERRO ACIDENTAL

A doutrina ainda classifica o erro jurídico penal quanto às suas consequências, em erro essencial e erro acidental. O erro essencial é aquele que recai sobre os elementos essenciais do delito, isto é, sobre os elementos dogmáticos constitutivos do conceito de crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade). Por conseguinte, o erro essencial, uma vez reconhecido, pode excluir ou atenuar a punibilidade. O erro acidental (ou residual), por sua vez, é aquele que não diz respeito à estrutura do crime, mas que se relaciona com um acidente, isto é, com pequenos desvios no processo de representação (falha do autor), quanto à realização da ação típica (um equívoco na percepção ou na execução do crime praticado).⁸ O erro acidental não compromete o enquadramento dogmático do fato ou a sua antijuridicidade, mas pode possibilitar uma punição diferenciada.⁹

2.2 ERRO ESCUSÁVEL E ERRO INESCUSÁVEL

O erro essencial, em razão das consequências jurídicas que lhes são inerentes, ainda pode ser classificado de acordo com sua escusabilidade.

O erro escusável (inevitável ou invencível) é o erro que de forma alguma poderia ter sido evitado pelo autor (não podendo ser superado por uma pessoa dotada de diligência normal no trato das relações sociais), portanto, afasta sempre a própria existência do crime e a responsabilidade do agente. No caso de erro inescusável (evitável ou vencível), o erro cometido poderia ter sido evitado pelo agente se este tivesse atuado de forma mais atenta, com uma melhor análise da situação. Na hipótese de erro inescusável, em razão dessa falta de diligência,

⁷ BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Parte Geral. Tomo II, revista e atualizada por Raphael Cirigliano Filho. 5. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 69. GOMES, Luiz Flavio. Erro de Tipo e Erro de Proibição. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 25. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal: Parte Geral. 3. ed., São Paulo: Tirant lo blanch, 2023, p. 321. MUNHOZ NETTO, *op. cit.*, p. 3, GARCIA, *op. cit.*, p. 274.

⁸ De acordo com o Código Penal vigente, podemos considerar como modalidades de erro acidental: erro sobre o objeto, erro determinado por terceiro (art. 20, §2º), erro quanto a pessoa (art. 20, §3º) e os chamados crimes aberrantes (erro na execução ou *aberratio ictus* – art. 73; resultado diverso do pretendido ou *aberratio criminis* – art. 74; e o erro sucessivo ou erro sobre a causalidade – *aberratio causae*).

⁹ SOUZA/JAPIASSÚ, *op. cit.*, p. 323.

o erro gera apenas uma redução na reprovação do fato, seja punindo o crime em sua modalidade culposa, seja mantendo a forma dolosa, com atenuação ou diminuição da pena.¹⁰

3. ERRO DE FATO E ERRO DE DIREITO

A doutrina penal, por vários séculos, conviveu com a velha solução romana que dividia o fenômeno do erro em dois tipos fundamentais: *error facti* e *error iuris*. O *error facti* (erro de fato), em princípio, era escusável; o *error iuris* (erro de direito), em princípio, inescusável (*error iuris nocet*), salvo raras exceções.¹¹ Segundo a doutrina tradicional, o erro de fato é o erro que incidindo sobre um “extremo essencial do crime, impede ao agente de conhecer, de perceber a adequação do seu comportamento à ação abstratamente formulada no preceito penal.” Já o erro de direito é aquele que “recai sobre o significado ou sobre o âmbito da norma”.¹²

O erro de fato seria aquele referente a um elemento constitutivo do crime, que levaria o autor a acreditar que não praticou a conduta fática prevista no tipo penal incriminador ou, por errônea percepção dos fatos, a crer que estaria diante de uma situação que afastaria a ilicitude de sua conduta (características do fato criminoso ou circunstância justificante). Como afirmava Aníbal Bruno, trata-se do “erro quanto à condição integrante do tipo ou erro quanto à condição que constituiria causa de exclusão do ilícito.”¹³ Assim, nas hipóteses de erro de fato essencial, por faltar ao autor a representação dos elementos fáticos que constituem o tipo penal incriminador, o seu elemento psicológico volitivo é atingido, com o afastamento do dolo e, no caso de erro inescusável, da própria culpabilidade (tendo em vista o sistema causal adotado à época), não sendo possível sequer a punição na forma culposa.

O chamado erro de direito, diferentemente do erro de fato, era definido como aquele que impedia o autor de perceber a ilicitude de seus atos, por ignorância ou conhecimento equivocado de uma norma jurídica, ou seja, fundamentava-se na errônea compreensão da lei e do caráter proibido de seu comportamento. O erro de direito era regido pelo princípio da *ignorantia iuris non excusat*, isto é, essa espécie de erro era absolutamente irrelevante para o Direito Penal, com a imputação ao agente de todos os seus atos, por não se admitir a alegação

¹⁰ SOUZA/JAPIASSÚ, *op. cit.*, p. 323-323.

¹¹ Nesse sentido. Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed., 13. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 257.

¹² MUNHOZ NETTO, *op. cit.*, p. 7.

¹³ BRUNO, *op. cit.*, p. 75.

do desconhecimento das leis vigentes, a fim de garantir a segurança jurídica na sociedade (*error iuris semper nocet*).

Essas noções padeciam de defeitos e sofriam inúmeras críticas, “uma vez que o erro sobre os elementos do fato pode provir de ignorância ou má interpretação da lei, de cujos conceitos se haja servido o legislador na tipificação de determinado crime”. A distinção entre o erro de fato e o erro de direito, sob o aspecto dogmático, desde Binding, era alvo de inúmeras críticas doutrinárias, uma vez que todo o erro de fato, desde que esteja regulado na esfera jurídica, é também erro de direito.¹⁴

A dicotomia erro de fato x erro de direito perdurou na doutrina por muitos anos, mesmo com o início do desenvolvimento das teorias do delito e a concretização da culpabilidade como categoria dogmática. Não obstante, com ascensão do neokantismo e o advento da teoria normativa, como será visto adiante, os questionamentos aumentaram, especialmente em relação ao erro de direito e às teorias do dolo. A doutrina chegou a relativizar a regra da inescusabilidade do erro de direito, com a distinção do erro de direito penal (irrelevante) e o erro de direito extrapenal (leis não penais, leis penais em branco e elementos normativos do fato), equiparando este último ao erro de fato, com eficácia exculpante.

No entanto, com a superação do sistema causal e a consolidação teoria finalista, com o deslocamento do dolo (e da culpa) para o tipo penal e a sua estrutura “puramente” normativa da culpabilidade, rompeu-se com a lógica do *error facti* e *error iuris* e, enfim, foi possível evoluir para uma estrutura mais complexa como o erro de tipo e erro de proibição.

Na Alemanha, o Tribunal do Reich, que interpretava o Código Imperial de 1871, diferenciava o erro de fato (escusável – excludente do dolo) e o erro de direito (inescusável, com exceção do erro de direito extrapenal, equiparado ao erro de fato). Depois de 1945, muitos Tribunais Superiores dos Estados e o Superior Tribunal começaram a se afastar dessa jurisprudência. A mudança de entendimento se deu a partir da conhecida decisão do Grande Senado para os casos criminais do Supremo Tribunal Federal (BGHSt, 2, 194), de 18.03.1952, que, seguindo a teoria da culpabilidade, reconheceu a consciência do injusto como elemento da culpabilidade e diferenciou, no campo do erro, o erro de tipo e o erro de proibição.¹⁵

¹⁴ MUNHOZ NETTO, *op. cit.* p. 8-9.

¹⁵ WESSELS, Johannes. *Direito Penal: Parte Geral*. (aspectos fundamentais). Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 100.

O erro de tipo é o erro sobre uma circunstância objetiva do tipo legal (fática ou jurídica), que exclui o dolo, possibilitando a punição pelo fato culposo, se este for sancionado com uma pena. O erro de proibição é o erro sobre a ilicitude do fato, com pleno conhecimento da realização do tipo (consequentemente, com dolo). O autor sabe o que faz, mas erroneamente crê que é permitido.¹⁶

Essa decisão, como afirma Roxin, se pronunciou não apenas contra o Tribunal do Império, como também contra a teoria do dolo e, nesse sentido, estabeleceu um novo caminho para o futuro.¹⁷

4. DA CULPABILIDADE E SUAS TEORIAS

O estudo do erro jurídico penal, como foi possível perceber, está intrinsecamente ligado à questão da culpabilidade. A culpabilidade por sua vez, é inerente a concepção de culpa em sentido lato, ou seja, à ideia de censura, atribuição a alguém de um fato ou acontecimento censurável. A culpabilidade está diretamente ligada à reprovação da conduta individual. Por esse motivo, para que se possa contextualizar a problematização da presente pesquisa, é imprescindível uma breve análise sobre a evolução das teorias da culpabilidade.

Séculos antes de a culpabilidade ser pensada como o elo psíquico que ligava a conduta ao resultado, prevalecia a lógica da responsabilidade penal objetiva, tal como no direito penal germânico antigo, que por muito tempo admitiu a responsabilidade objetiva grupal.¹⁸ No Direito Canônico, foi desenvolvida a teoria da *versari in re illicita* (incorrer em algo ilícito), segundo a qual se imputavam todas as consequências decorrentes de ações proibidas, incluídas aquelas produzidas sem culpabilidade. Durante muito tempo, essa foi a regra aplicada.

A culpabilidade como elemento analítico do delito, isto é, a culpabilidade enquanto fundamento da imposição de pena, é fruto do desenvolvimento dogmático da doutrina penal nos últimos séculos. De acordo com a doutrina, as raízes da teoria da culpabilidade, em sua forma ainda rudimentar, residem no Direito Penal italiano do final da Idade Média e na doutrina do Direito Comum, elaborada nos séculos XVI e XVII. No Direito Natural, a concepção de

¹⁶ WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción de José Cerezo Mir. Reimpresión de la 1. ed. en castellano, Ariel, Barcelona, 1964. Buenos Aires: B de F, 2002, p. 178.

¹⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. (traducción de la segunda edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal) Tomo I, Madrid: Civitas, 2006, p. 863.

¹⁸ BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro - I*. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 41.

culpabilidade foi primeiramente desenvolvida por Samuel Pufendorf, por meio do conceito de imputação (atribuição da responsabilidade da ação livre ao seu autor). Posteriormente, os hegelianos passaram a uma concepção de imputação subjetiva, que se justificava porque o indivíduo livremente, por sua vontade particular, afastava-se da vontade geral (a lei).¹⁹

Segundo Lobato, a primeira teorização sobre a culpabilidade é tida, por alguns, como obra do hegeliano Köstlin, em 1845, com base em sua teoria normativa. No entanto, a doutrina, de uma forma geral, aponta como início da construção dogmática da culpabilidade enquanto elemento integrante do conceito analítico de crime, a teoria psicológica da culpabilidade de von Liszt, desenvolvida no sistema causal-naturalista.²⁰

4.1 TEORIA PSICOLÓGICA

No início do sistema causal, no modelo causal-naturalista, a culpabilidade era composta por elementos psicomentais, referidos ao autor no momento do fato (teoria psicológica da culpabilidade). Concebia-se a imputabilidade do agente como *pressuposto* da culpabilidade (devendo estar presente no momento da ação ou omissão).²¹ Os verdadeiros componentes da culpabilidade eram o dolo e a culpa, situados como espécies de culpabilidade e considerados como seu verdadeiro núcleo.²²

Assim, orientada pela teoria psicológica, a culpabilidade no modelo causal-naturalista é uma situação interior, fase subjetiva do crime, ou seja, o vínculo psíquico (ou psicológico) que prende o agente ao seu ato e o faz por ele penalmente responsável. E, neste vínculo psíquico, se esgota todo o conteúdo da culpabilidade, que pode se manifestar sob as formas de dolo e culpa.²³ O dolo, segundo Liszt, seria a *representação da importância do ato voluntário como causa (representação da causalidade)*. De acordo com o autor, “o ato doloso é a consciente realização de todas as circunstâncias que caracterizam o crime”.²⁴ A outra espécie de

¹⁹ JESCHECK, Hans Heinrich. WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., Granada: Comares, 2002, p. 450.

²⁰ LOBATO, José Danilo Tavares. Da Evolução Dogmática da Culpabilidade. **Temas de Direito Penal**. Parte Geral. Coordenadores Luís Greco e Danilo Lobato. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 302.

²¹ Cf. LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, p. 260-262.

²² Neste sentido Cf. MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. vol. II, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1965, p. 154.

²³ Como afirmava Aníbal Bruno, esta concepção de culpabilidade não é mais do que um conceito genérico abrangendo dois conceitos. BRUNO, *op. cit.*, p. 15. No mesmo sentido: Cf. GARCIA, *op. cit.*, p. 247. Ver também: MARQUES, *op. cit.*, p. 143-154.

²⁴ Para Liszt, a ideia de dolo compreende: 1) A representação do ato voluntário mesmo, quando este corresponde a ideia de um crime determinado, quer sob a sua forma ordinária, quer sob uma forma mais grave; 2) A

culpabilidade, a culpa (*stricto sensu*), seria a *causação ou o não-impedimento, por ato voluntário, de um resultado que não foi previsto, mas que podia sê-lo*.²⁵

Da mesma forma, a ilicitude ou antijuridicidade nesse modelo causal, era baseada na antijuridicidade objetiva de Ihering; logo, a comprovação da antijuridicidade era feita pela comparação objetiva entre as normas jurídicas e o fato típico (o fato típico é antijurídico quando contraria a norma jurídica), independente da análise da culpabilidade.²⁶

A questão do erro jurídico-penal, à época da teoria psicológica, ainda era resolvida pela dicotomia romana do erro de fato e erro de direito. Assim, considerando que o dolo para esse modelo não comportaria a consciência da ilicitude (teoria psicológica do dolo)²⁷, a doutrina adepta deste sistema extraiu a conclusão que o erro sobre uma circunstância essencial do crime seria escusável (com o afastamento do dolo e, conseqüentemente, da culpabilidade), mas o erro de direito era irrelevante, diante do acolhimento do *princípio error iuris semper nocet* ou *ignorantia iuris non excusat*.²⁸

De acordo com esse sistema, qualquer hipótese de erro sobre as causas de justificação, seria erro de direito, logo, irrelevante sob o ponto de vista penal, não influenciando na punição do crime. Segundo Liszt, “a suposição errônea de que a ação objetivamente ilegal é legal não aproveita ao agente”, como na hipótese daquele que “supõe erroneamente que a ação por ele reconhecida como ilegal em geral, está compreendida em alguma das exceções que excluem a ilegalidade. Aqui o erro não tem influência.”²⁹

A teoria psicológica recebeu muitas críticas, em especial, quanto à primitiva concepção de culpabilidade como mero vínculo psíquico, ao tratar o dolo (psicológico) e a culpa, elementos absolutamente distintos, como espécies de um mesmo gênero, acarretando, assim, uma inevitável e limitada estrutura do erro jurídico-penal.

previsão do resultado, quando este é necessário para a ideia do crime; 3) A representação de que o resultado será efeito do ato voluntário, e este causa do resultado, portanto a representação da causalidade mesma. Cf. LISZT, *op. cit.*, p. 271-272.

²⁵ LISZT, *op. cit.*, p. 290-291.

²⁶ Quanto ao tema. Cf. LISZT, *op. cit.*, p. 219. Ver também: BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I, 5. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 225.

²⁷ LISZT, *op. cit.*, p. 285.

²⁸ LISZT, *op. cit.*, p. 288-289. Ver também: GOMES, *op. cit.*, p. 47-48.

²⁹ Binding nesse aspecto discordava do pensamento de Liszt, ao considerar o erro quanto a existência e os limites da causa de justificação como erro de direito e o erro sobre o pressuposto fático da causa justificante como erro de fato. LISZT, *op. cit.*, p. 289.

4.2 TEORIA NORMATIVA (PSICOLÓGICO-NORMATIVA)

Com a ascensão do pensamento neokantiano que, desde a última década do século XIX, já surgia numa reação contra a mentalidade positivista-naturalista, procurou-se romper com a pretensão de reduzir a análise do crime à constatação de um fenômeno natural, físico, centrado na relação de causa e efeito. Assim, com a alteração desse paradigma filosófico, iniciou-se uma reformulação do sistema causal, com a superação do modelo naturalista e o surgimento daquilo que a doutrina denominou de sistema causal-valorativo (sistema neoclássico ou neokantismo), fruto da reorganização teleológica do causalismo segundo fins e valores do direito penal.

Nessa reformulação, a mudança mais significativa na teoria do delito ocorreu no setor dogmático da culpabilidade. A partir da teoria normativa de Reinhard Frank, em 1907, a culpabilidade, como simples elo psíquico do modelo causal-naturalista, começou a perder credibilidade e, sob a influência do neokantismo, constatou-se que a ideia central da culpabilidade era a reprovabilidade, ou seja, o juízo de censura ou reprovabilidade à conduta do autor.³⁰

A culpabilidade continuava a compor-se basicamente de dolo e culpa, mas a partir de Frank, não se apresenta mais como o elemento subjetivo do crime, passando a constituir-se de um juízo de reprovação pessoal, com base em elementos psico-normativos. De acordo com essa concepção, a culpabilidade deve guardar dentro de si um juízo de reprovação do agente pela sua não-conformação com as normas, quando pelas circunstâncias concretas, houve condições para obediência às exigências legais.³¹

A esta teoria, acrescentou-se ainda as contribuições de Freudenthal (a reprovabilidade se caracterizava quando o sujeito se comporta contrariando o dever jurídico seu, quando lhe era devido e possível comporta-se de forma diversa)³² e Goldschmidt (com a sua teorização sobre a infração à norma de dever específica existente implicitamente na norma jurídica)³³, que

³⁰ Neste sentido Cf. LOBATO, *op. cit.*, p. 303.

³¹ Para fundamentar a reprovação, Frank utilizava o critério da normalidade das circunstancias concomitantes, ou seja, o autor só pode ser censurado, além de haver atuado com dolo/culpa, se essa sua atuação se verificar em condições normais de motivação, entendidas não no sentido natural (biológico), mas relacional (psico-sociológico). Neste sentido: Cf. LOBATO, *op. cit.*, p. 304.

³² FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidade y Reproche en el Derecho Penal*. Tradução de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 84-85. De acordo com Roxin, posteriormente Freudenthal teria desenvolvido a inexigibilidade como causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Neste sentido: Cf. ROXIN, *op. cit.*, p. 796. Ver também: LOBATO, *op. cit.* p. 304-305.

³³ GOLDSCHMIDT, James. *La concepción Normativa de la Culpabilidad*. Tradução de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. 3. ed., Buenos Aires: B de F, 2006, p. 104-105. Ver também ROXIN, *op. cit.* p. 796-797 e LOBATO, *op. cit.*, p. 305.

adotadas na estrutura da culpabilidade do sistema causal-valorativo, por preservar ainda os elementos dolo e culpa como “formas de culpabilidade”, ficou conhecida na doutrina como “teoria psicológico-normativa da culpabilidade”.

Com a superação da teoria psicológica, o dolo foi estabelecido sob uma concepção normativa (teorias normativas do dolo), sendo adjetivado axiologicamente e, exigindo para sua caracterização a presença da consciência (real) da ilicitude (*dolus malus*). Passou-se a exigir que o agente, no momento da conduta, além de representar a realidade fática (elemento intelectual do dolo) e de desejar a conduta (elemento volitivo do dolo), tivesse consciência real e efetiva (ainda que em juízo leigo) de que sua ação ou omissão contrariava o ordenamento jurídico. Conforme Esteban de La Fuente, sob essa perspectiva, o dolo, como elemento da culpabilidade, exigia não apenas o conhecimento dos fatos, mas também a consciência da ilicitude. Para agir dolosamente, não era suficiente o conhecimento dos elementos do tipo; era necessário que o autor soubesse também que sua conduta era antijurídica.³⁴

4.2.1 TEORIAS DO DOLO

O sistema causal-valorativo buscou resolver a tormentosa questão da (in)escusabilidade do erro de direito com as teorias do dolo normativo, uma vez que adotado o *dolus malus*, haveria um abrandamento do rigoroso princípio do *error iuris semper nocet*.³⁵ Na doutrina filiada às teorias normativas do dolo, que incluem a consciência da ilicitude entre os elementos do dolo, duas eram as teorias que dividiam a opinião dos autores, notadamente com relação ao erro jurídico-penal: i) a teoria estrita ou extrema do dolo; e ii) a teoria restrita ou limitada do dolo.

A teoria estrita ou extrema do dolo, inicialmente defendida por Binding e apoiada, a princípio, por Mezger, sustentava que nas hipóteses de erro inevitável (escusável) em relação aos elementos do tipo ou em relação à consciência da ilicitude, não haveria culpabilidade. Por outro lado, se o erro era evitável (inescusável), o agente deveria responder por crime culposo, nas hipóteses previstas em lei. Assim, quem não tivesse, no momento do fato, conhecimento de que sua conduta era ilícita, não atuava dolosamente. Se o erro fosse inevitável, excluiria o dolo

³⁴ ESTEBAN DE LA FUENTE, Javier. Error sobre los presupuestos objetivos de justificación. *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad: homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*. Org. HIRSCH, Hans Joachim. MIR, José. Cerezo. DONNA, Edgardo Alberto. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 359.

³⁵ Desde o Direito romano distinguia-se o *dolus bônus* do *dolus malus*, segundo a maliciosa intenção do agente dirigida “para enganar” ou para “cometer crime”. Cf. GOMES, *op. cit.*, p. 64.

e a culpa (formas de culpabilidade), portanto, haveria a exclusão da culpabilidade. No caso de erro vencível, restaria a culpabilidade culposa.³⁶

A teoria estrita do dolo foi objeto de muitas críticas por “produzir efeitos inadmissíveis, de caráter tanto dogmático quanto político criminal”. A teoria estrita conduz a uma concepção unitária de erro, que não distingue o erro de fato do erro de direito, pois todo erro inevitável elimina o dolo e todo erro evitável dá lugar a culpa, com o “notório risco de viabilizar a monstruosidade lógica que seria a tentativa culposa”³⁷, além de permitir graves lacunas de punibilidade, pois, se o delito não prevê a forma culposa, todos os casos de erro evitável deveriam ser resolvidos com a impunidade.³⁸ Assim, comportamentos de gravidade considerável teriam que ficar impunes pela ausência do correspondente culposos, quando o autor não tivesse representação da ilicitude de seu atuar, ainda que, com uma diligência mínima, o erro fosse evitável.³⁹

A teoria restrita ou limitada do dolo surgiu com a pretensão de “limitar” a impunidade gerada pela teoria estrita do dolo (que exigia sempre a consciência atual, real e concreta da ilicitude no momento da realização da conduta) e corrigir as deficiências do *dolo malus* (mantendo a estrutura do dolo normativo). Mezger, que inicialmente adotava a teoria estrita do dolo, foi o principal idealizador da teoria limitada, enquanto membro da Comissão de Reforma do Código Penal, com a proposição sobre erro de proibição do Projeto Gürtner de 1936 (alusão ao Ministro da Justiça do Reich Franz Gürtner, que o nomeou para tal função em 1933).⁴⁰

De acordo com essa teoria, passou-se a exigir não mais a real (concreta), senão, a potencial consciência da ilicitude (conhecimento presumido do injusto), admitindo a equiparação ao dolo, quanto aos efeitos jurídicos, quando o autor atuava sem a consciência da ilicitude em função da “cegueira jurídica ou cegueira frente ao direito” (provocada pela

³⁶ MAURACH, Reinhart. ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte General. I. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. Traducción de la 7. edición alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 646-647. TAVARES, *op. cit.*, p. 465. No mesmo sentido: ESTEBAN DE LA FUENTE, *op. cit.*, p. 359.

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. vol. II. tomo II, 1. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 380.

³⁸ ESTEBAN DE LA FUENTE, *op. cit.*, p. 360.

³⁹ MUNHOZ NETTO, *op. cit.*, p. 81-82. De acordo com Wessels, a teoria extrema do dolo beneficia a posição indiferente ao direito, pois atribui, também, ao erro grosseiro e simplesmente indesculpável de valoração, efeitos excludentes do dolo. Cf. WESSELS, *op. cit.*, p. 101.

⁴⁰ MAURACH/ZIPF, *op. cit.* p. 648. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo*. Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo. Tradução de Paulo Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 39-40.

alegação de desconhecimento da ilicitude) ou “inimizade ou hostilidade frente ao direito” (no caso de criminosos contumazes). O erro do autor é irrelevante se obedece a uma atitude incompatível com o “puro sentimento popular do Direito e do injusto” (concepção popular saudável).⁴¹

Essa teoria propunha ainda a criação de um tipo auxiliar de “culpa jurídica”, uma espécie de crime culposo geral, chamado *crimen culpae*, que estaria atrelado a todos os crimes dolosos. Dessa forma, seria evitada a impunidade em situações de erro vencível sem correspondente tipicidade culposa, recorrendo a chamada culpa jurídica ou culpa de direito, que seria uma espécie de *crimen culpae* restrito aos casos de erro vencível. Assim, como afirmava Welzel, em todos os casos de desconhecimento culposo da proibição, em que não haja previsão de crime culposo, o autor deve ser punido pela culpa jurídica com uma pena de até dois anos de prisão.⁴²

Com esses argumentos, Mezger lançava os fundamentos para vincular o direito penal à proteção do “sadio sentimento do povo”, elemento essencial de interpretação das normas penais do nazismo. Para tanto, Mezger propôs um critério de “culpabilidade pela condução de vida”, muito utilizado durante o período do nacional socialismo alemão, que consagra o direito penal do autor e infringe o princípio da culpabilidade, pois priva o autor de uma possível escusa, ao estabelecer a ficção incontestável de que seu erro é culpável, permitindo uma concepção autoritária do Direito.⁴³

A teoria limitada, além de não resolver os problemas da teoria estrita, foi até mais duramente criticada pela doutrina do que sua antecessora, pois a solução apresentada “não era uma solução sistemática, mas uma especulação fundada em pressupostos éticos”. Além disso, “a cegueira jurídica é um conceito vago, cujo conteúdo é impossível de precisar e que pode prestar a todo gênero de arbitrariedade.”⁴⁴

Da mesma forma, a teoria limitada do dolo não modificou a concepção unitária conferida à teoria do erro, com o efeito de sempre excluir o dolo (e a culpabilidade) se inevitável, subsistindo a culpa, se evitável. Para as teorias do dolo normativo (estrita ou limitada), não existe distinção entre o erro de fato e o erro de direito, erro de tipo ou erro de

⁴¹ WELZEL, *op. cit.*, p. 164. Ver MAURACH/ZIPF, *op. cit.* p. 649.

⁴² Neste sentido. Cf. WELZEL, *op. cit.*, p. 164. Ver as críticas em TAVARES, *op. cit.*, p. 466-467. ZAFFARONI/BATISTA/ALAGIA/SLOKAR, *op. cit.*, p. 381.

⁴³ Neste sentido. Cf. WELZEL, *op. cit.*, p. 164. TAVARES, *op. cit.*, p. 466. No sentido do texto: Cf. TOLEDO, *op. cit.*, p. 282. Ver também BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de Tipo e Erro de Proibição*. Uma análise comparativa. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 96-99 e GOMES, *op. cit.*, p. 69-72.

⁴⁴ MUNHOZ NETTO, *op. cit.*, p. 82.

proibição, já que ambas conferem o mesmo tratamento, qual seja, a exclusão do dolo. Se o erro do agente recai sobre os elementos integrantes do tipo, ele afeta o dolo; e, da mesma forma, se recai sobre a proibição da conduta, também afeta o dolo, porque ele faz parte da consciência da ilicitude.⁴⁵

O Código Penal brasileiro de 1940 acolheu, em linhas gerais, a doutrina dominante na época. No revogado art. 16⁴⁶ o legislador adotou, por uma exigência de política criminal, a regra da inescusabilidade do erro de direito (*ignorantia iuris non excusat*), não distinguindo sequer o erro de direito penal do erro de direito extrapenal.⁴⁷ Mas de forma diferenciada, considerou a ignorância ou a errada compreensão da lei penal, quando escusáveis, como circunstância atenuante de crime (art. 48, inciso III) e hipótese de perdão judicial em relação às contravenções penais (art. 8º do Decreto-lei 3.688/1941). Já no art. 17, o Código Penal cuidava do erro de fato e no parágrafo primeiro do chamado erro culposo.⁴⁸

Assim, na hipótese de erro sobre as causas de justificação, caso o erro recaísse sobre a existência ou os limites da justificante, seria considerado erro de direito, logo, irrelevante, respondendo o agente pelo crime doloso. Se, todavia, o erro fosse escusável, responderia o agente pelo crime doloso com a pena atenuada. No entanto, caso o erro recaísse sobre o pressuposto fático da justificante (convicção de licitude derivada de erro de fato), a solução era diversa, se inevitável (escusável), haveria exclusão do dolo e, por conseguinte, da culpabilidade, se o erro fosse evitável, responderia o agente pelo crime culposo, se previsto em lei (o que poderia gerar, como visto, a aberração da tentativa culposa).

4.3 TEORIA NORMATIVA “PURA”

Com a consolidação do sistema finalista do delito, a culpabilidade sofreu importantes modificações. Com o deslocamento do dolo e da culpa para o tipo penal, superou-se o modelo psicológico normativo adotado pelos causalistas e a culpabilidade passou a ser integrada pela imputabilidade (capacidade de entendimento e autodeterminação), a consciência potencial da

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *El error en Derecho Penal*. 1. ed., Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 26 e 31-32. Neste sentido, Cf. TOLEDO, *op. cit.*, p. 282-283.

⁴⁶ Art. 16. A ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena.

⁴⁷ Não obstante a Exposição de Motivos da Parte Geral de 1940 deixar clara a não distinção entre o erro de direito penal e extrapenal, boa parte doutrina à época admitia o erro de direito extrapenal, equiparando-o ao erro de fato. Neste sentido: Cf. GARCIA, *op. cit.*, p. 277; MARQUES, t. II, *op. cit.*, p. 241.

⁴⁸ Art. 17. É isento de pena quem comete o crime por erro quando ao fato que o constitui, ou quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. §1º Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

ilicitude (não mais efetiva e atrelada ao dolo normativo, bastando que o agente tivesse condições de saber que a conduta praticada era proibida) e a exigibilidade de conduta conforme o Direito (inexistência de uma causa que desculpe o agente pela conduta contrária à norma), impondo um modelo normativo puro de culpabilidade, sem a presença de elementos subjetivos.⁴⁹

Segundo o pensamento de Welzel, a culpabilidade no sistema finalista seria concebida como puro juízo de reprovação sobre o autor, por não haver este se omitido da ação ilícita, ainda quando podia fazê-lo (poder do autor de não ter agido ilicitamente).⁵⁰ A culpabilidade seria a reprovabilidade da resolução de vontade, visto que o autor teria podido adotar em vez da resolução de vontade ilícita, uma vontade conforme a norma.⁵¹

O finalismo ao deslocar o dolo e a culpa para o tipo penal, conferiu autonomia à consciência (potencial) da ilicitude, como componente da culpabilidade, redefinindo a questão do erro jurídico penal, com a adoção das categorias do erro de proibição/erro de tipo e a superação definitiva do tratamento unitário conferido pelos causalistas na antiga fórmula erro de fato/erro de direito.

O erro de tipo e o erro de proibição não possuem uma efetiva correspondência com os antigos erros de fato e de direito. O erro de tipo incide sobre os elementos constitutivos da figura delituosa e impede o autor de ter a representação de estar realizando a conduta criminosa descrita em lei, o que pode decorrer tanto da equivocada percepção dos fatos, como da falsa compreensão do direito. Como explicava Assis Toledo, o erro de tipo abrange situações que, antes, eram classificadas ora como erro de fato, ora como erro de direito. Da mesma forma, o erro de proibição pode decorrer de erro de fato ou de erro de direito.⁵²

⁴⁹ Como consequência deste deslocamento da finalidade para o centro do injusto, o finalismo de Welzel subtraiu o dolo e o dever objetivo de cuidado, base da imprudência, de sua sede tradicional que era a culpabilidade. Assim, a culpabilidade deixou de abrigar a parte subjetiva do fato, conseguindo abandonar por completo o seu conteúdo psicológico e convertendo a concepção normativa do causalismo em uma concepção puramente normativa. Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. Parte General. 8. ed., Buenos Aires: Editorial B de F, 2008, p. 532.

⁵⁰ WELZEL, *Derecho... op. cit.*, p. 147-148.

⁵¹ WELZEL, *El Nuevo... op. cit.*, p. 126. No mesmo sentido é a opinião de Stratenwerth, ao defender que a culpabilidade como reprovabilidade da conduta típica e ilícita, significa inquirir pela responsabilidade pessoal do autor, definir se ele havia podido reconhecer a exigência do dever jurídico e determinar-se conforme esse entendimento. STRANTENWERTH, Günter. *Derecho Penal*. Parte General I. El hecho punible. Traducción de la 4. ed. Alemana por Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 274.

⁵² TOLEDO, *op. cit.*, p. 267.

No período pós-guerra, após a célebre e já comentada decisão do Grande Senado, em matéria penal, de 18.03.1952 (BGHSt 2, 194), a teoria da culpabilidade, fundamentada doutrinariamente em Welzel, além de acolhida pelo *Bundesgerichtshof*, passou a ser adotada não apenas pelo Projeto de 1962 e pelo Projeto Alternativo, como pela nova Parte Geral do Código Penal Alemão de 1975.⁵³ O ponto central é a clara delimitação entre o dolo e a consciência da ilicitude. O dolo pertence exclusivamente ao tipo subjetivo e consiste unicamente no conhecimento e na vontade relativos aos elementos objetivos do tipo penal. A consciência da ilicitude, por outro lado, é um requisito da culpabilidade e representa um juízo sobre a capacidade que o agente tem de reconhecer, no caso concreto, a permissibilidade de sua conduta.⁵⁴

Assim, se o erro recai sobre os elementos ou circunstâncias do tipo legal de crime (fáticos ou jurídico-normativos), ele afeta o dolo (elemento intelectual) e chama-se erro de tipo. Contudo, se o erro recai sobre a consciência da ilicitude, chama-se erro de proibição; o dolo permanecerá intacto e será afetada somente a culpabilidade.⁵⁵

5. TEORIAS DA CULPABILIDADE

No entanto, embora o sistema finalista com a sua teoria da culpabilidade puramente normativa tenha delimitado bem a dimensão do erro de tipo e do erro de proibição, o tratamento do erro sobre as causas de justificação, objeto da presente pesquisa, diante da autonomia da consciência da ilicitude na estrutura do crime, inaugurou uma controvérsia na dogmática penal, originando as chamadas teorias da culpabilidade, também bifurcadas em uma teoria estrita da culpabilidade e em uma teoria limitada da culpabilidade.

5.1 TEORIA ESTRITA OU EXTREMADA DA CULPABILIDADE

A teoria estrita ou extremada da culpabilidade foi desenvolvida, principalmente, por autores mais tradicionais do finalismo como Welzel⁵⁶, Armim Kaufmann e Maurach⁵⁷. Essa teoria foi a primeira a ser elaborada no âmbito da culpabilidade normativa do sistema finalista, fundamentada na transferência do dolo e da culpa para o tipo penal e na autonomia da

⁵³ ROXIN, *op. cit.*, p. 863.

⁵⁴ ESTEBAN DE LA FUENTE, *op. cit.*, p. 363.

⁵⁵ WELZEL, *Derecho... op.cit.*, p. 177.

⁵⁶ WELZEL, *Derecho... op. cit.*, p. 179-180.

⁵⁷ MAURACH/ZIPF, *op. cit.*, p. 661.

consciência (potencial) da ilicitude como elemento da culpabilidade. De acordo com esses princípios, afirma Welzel, deve-se distinguir o erro de tipo, que exclui o dolo, do erro de proibição, que exclui a culpabilidade.⁵⁸

Assim, no erro de tipo essencial, o erro compromete o elemento intelectual do dolo, impedindo que o dolo abranja corretamente os elementos essenciais do tipo. Por isso, essa forma de erro sempre exclui o dolo, mas permite a punição por fato culposo, se previsto em lei, nas hipóteses de erro evitável. Considerando que o erro de tipo quase sempre decorre de uma falta de cuidado do agente, a responsabilização por crime culposo é possível porque, estando o dolo no tipo, e não mais na culpabilidade, a exclusão do dolo, no caso de erro evitável, deixa intacta a culpabilidade, não impedindo um possível aperfeiçoamento da culpabilidade por crime culposo. Já o erro de proibição atinge a consciência da ilicitude, localizada autonomamente na culpabilidade. Por isso, o erro de proibição, quando inevitável (escusável), exclui a culpabilidade (e, como não há crime sem culpabilidade, esta forma de erro impede a condenação, seja por dolo, seja por culpa). No caso de erro de proibição evitável, a condenação pelo crime doloso se impõe, embora de forma atenuada.⁵⁹

A teoria estrita ou extremada, no que diz respeito ao erro sobre as causas de justificação, defende que todas as hipóteses (existência, limites ou pressupostos fáticos) configuram um caso de erro de proibição, uma vez que se trata de um erro (ou ignorância) sobre a consciência da ilicitude. Segundo Welzel, no erro de proibição, o erro recai sobre a ilicitude do fato, seja porque o agente não conhece a norma jurídica ou não a conhece bem (interpreta mal) ou supõe equivocadamente que concorre uma causa de justificação. Logo, nessas hipóteses, o agente age com dolo, com pleno conhecimento da realização do tipo, mas age sem culpabilidade se for erro inevitável, ou com a culpabilidade diminuída em caso de erro evitável.⁶⁰

O mérito dessa teoria, afirmava Munhoz Netto, é o de impedir espaços vazios ou brechas no sistema punível (lacunas de punibilidade), inevitáveis nas teorias do dolo normativo, em caso de erro vencível em crime não punido na forma culposa.⁶¹ Apesar disso, por não distinguir o tratamento das diferentes formas de erro sobre a consciência da ilicitude – basicamente, o erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação (considerado erro de fato pelo

⁵⁸ WELZEL, *El Nuevo...* op. cit., p. 178.

⁵⁹ TOLEDO, *op. cit.*, p. 284.

⁶⁰ WELZEL, *El Nuevo...* op. cit., p. 178.

⁶¹ MUNHOZ NETTO, *op. cit.*, p. 85. No mesmo sentido. Cf. MUÑOZ CONDE, *El error...* op. cit, p. 41.

sistema causal) e o erro sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação (erro de proibição) – a teoria estrita ou extremada da culpabilidade passou a perder adeptos e ser alvo de críticas.⁶²

5.2 TEORIA RESTRITA OU LIMITADA DA CULPABILIDADE

Os pontos de partida básicos da teoria restrita ou limitada da culpabilidade coincidem com aqueles da teoria estrita ou extremada da culpabilidade, ambas localizam o dolo no tipo e a consciência da ilicitude na culpabilidade, assim como distinguem o erro de tipo do erro de proibição.⁶³ A diferença entre elas reside no tratamento conferido ao erro sobre as causas de justificação, uma vez que a teoria limitada da culpabilidade procura distinguir as diferentes formas de erro sobre as justificantes.

A teoria estrita ou extremada, como visto anteriormente, entende que qualquer erro que recaia sobre as causas de justificação, sempre será um erro de proibição, ou seja, o agente atuará com dolo. Já a teoria restrita ou limitada da culpabilidade vai diferenciar o erro sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação (e nesse aspecto concordar com a teoria estrita ao conferir o tratamento de erro de proibição), do erro sobre os pressupostos fáticos (situação de fato) da causa de justificação, que para essa teoria, deve receber o mesmo tratamento do erro de tipo, qual seja, a exclusão do dolo, com a possibilidade de punição pela forma culposa, se existente, no caso de erro evitável.

A teoria limitada confere um tratamento diferenciado ao erro sobre a situação de fato nas justificantes, afirmava Munhoz Netto, porque entende necessária a distinção entre o erro de fato e erro de direito nas causas de justificação, pois no erro de fato, o autor seria em si fiel ao direito, querendo observar a lei, cujas exigências só não cumpre por desconhecer a realidade. Coisa diversa ocorreria na hipótese de erro de valoração, pelo qual o autor considera seu procedimento como justo, por uma representação viciosa no âmbito do dever jurídico. Neste caso, estaria ele em proximidade muito maior de conhecer a infração do direito, merecendo, portanto, a pena correspondente ao atuar doloso, que só poderia ser atenuada.⁶⁴

Como explica Roxin, a denominação “teoria limitada da culpabilidade” está consolidada na doutrina, mas não é de fácil compreensão. Segundo o autor, de acordo com a teoria da

⁶² RODRIGUES, Cristiano. Teorias da Culpabilidade e Teoria do Erro. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 94-95.

⁶³ MAURACH/ZIPF, *op. cit.*, p. 651.

⁶⁴ MUNHOZ NETTO, *op. cit.*, p. 86.

culpabilidade, um erro que impede o autor de compreender o caráter proibido de sua conduta é, em regra, um problema de culpabilidade reduzida ou excluída, mas não afeta o dolo, a menos que este se refira a uma circunstância fática. No caso do erro sobre os pressupostos fáticos da justificante, como o erro de tipo permissivo é considerado excludente do dolo, traz consequências não apenas para culpabilidade. Desse modo, a teoria da culpabilidade é “limitada ou restrita”, porque no caso do erro de tipo permissivo, é vista como excludente de dolo.⁶⁵

Os defensores da teoria limitada da culpabilidade afirmam que o desvalor da ação daquele que age acreditando ser fiel ao direito em erro plenamente justificado pela situação de fato, não corresponde a um atuar doloso. Para a punição por dolo, afirma Roxin, é necessário o dolo de injusto, que abarca mais do que o dolo de tipo (conhecimento das circunstâncias do tipo legal), adicionando o conhecimento da inexistência de circunstâncias justificantes. Desta forma, afirma o autor, o dolo será excluído diante da ausência de conhecimento dos pressupostos do tipo legal, assim como em razão de suposição errônea da existência de circunstâncias justificantes.⁶⁶

A teoria restrita ou limitada da culpabilidade, contudo, foi criticada por ressuscitar a velha distinção entre erro de fato e erro de direito, além de impedir que a vítima do erro possa utilizar a legítima defesa em seu favor para repelir a agressão do errante, uma vez que nos casos de erro inevitável, como há o afastamento do injusto típico, o fato é lícito.⁶⁷ Todavia, ainda assim a teoria restrita ou limitada se tornou dominante na literatura jurídica, com formas e fundamentos diversos, sendo seguida pela jurisprudência na Alemanha.⁶⁸ Assim, o erro sobre o pressuposto fático de uma causa de justificação, considerado como uma forma anômala de erro, o chamado erro de tipo permissivo, receberá o mesmo tratamento do erro de tipo incriminador. No entanto, observa-se na doutrina que diversos caminhos são utilizados para chegar à aplicação do regime do erro de tipo nesses casos.

5.2.1 TEORIA DOS ELEMENTOS NEGATIVOS DO TIPO

A teoria dos elementos negativos do tipo surgiu na Alemanha, na segunda metade do século XIX, desenvolvida, basicamente, a partir de Adolf Merkel e Frank, com a finalidade de solucionar a questão do erro sobre os pressupostos de uma causa de exclusão da ilicitude, que

⁶⁵ ROXIN, *op. cit.*, p. 581.

⁶⁶ ROXIN, *op. cit.*, p. 586.

⁶⁷ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 101.

⁶⁸ MAURACH/ZIPF, *op. cit.*, p. 651. ROXIN, *op. cit.*, p. 582-583.

o então vigente Código Penal de 1871, no §59, I, não resolvia diretamente. Segundo essa teoria, as causas de justificação seriam consideradas como elementos negativos do tipo penal, de modo que a sua ocorrência excluiria não apenas a ilicitude, como também o tipo (e, conseqüentemente, a matéria de proibição).⁶⁹ Como defendia Merkel, não é possível falar em crime doloso quando o agente supõe “circunstância cuja ausência é parte do tipo penal (elementos negativos do tipo), por exemplo, circunstancias que, caso existissem, teriam servido para justificar o fato com fundamento na legítima defesa.”⁷⁰

Assim, para a teoria dos elementos negativos do tipo, a tipicidade compreenderia também a ilicitude, que não seria considerada como uma categoria autônoma e interligada, mas um todo normativo unitário. Por isso, afirma Roxin, essa teoria chega à conclusão de que as causas de justificação não fundamentam a ilicitude, mas excluem já o tipo.⁷¹ O dolo, nesse caso, deveria abarcar não apenas os elementos constitutivos do tipo penal incriminador, mas também a ausência de causas de justificação. A tipicidade e a ilicitude são fundidas em uma só figura, o chamado tipo total ou global de injusto, que reforçou o argumento de que o tipo só descreve condutas consideradas ilícitas.⁷²

Para essa teoria, defende Mir Puig, o tipo seria composto de duas partes: um tipo positivo e um tipo negativo. A parte positiva equivale ao tipo em sentido tradicional, constituindo o conjunto de elementos que fundamentam positivamente o injusto. A parte negativa acrescenta o requisito da inexistência de causas de justificação.⁷³ Conseqüentemente, nessa estrutura, o erro sobre as causas de justificação (assim como o erro sobre a ilicitude ou sobre o tipo) seria um erro de tipo.

De acordo com Juarez Tavares, a teoria dos elementos negativos do tipo exige uma radical transformação na teoria do erro jurídico-penal, uma vez que as causas de justificação sendo consideradas como elementos negativos do tipo e não mais matérias da ilicitude, não há mais razão para se distinguir o erro de tipo do erro de proibição, pois todas as modalidades de erro conduzem à eliminação do dolo, “o qual compreende, como na antiga concepção

⁶⁹ WELZEL, *El Nuevo...* *op. cit.*, p. 89-90.

⁷⁰ MERKEL, Adolf. *Derecho Penal*. Tradução de Pedro Dorado Montero. Tomo I, Madrid: La Espana Moderna, sem data, p. 119.

⁷¹ ROXIN, *op. cit.*, p. 284.

⁷² VARGAS, José Cirilo de. Os elementos negativos do tipo penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 61, p. 287-304, julho – dezembro de 2012. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2012v61p287

⁷³ MIR PUIG, *op. cit.*, p. 159.

neokantiana, também a consciência da antijuridicidade”. Assim, como na teoria do dolo, a solução é semelhante à teoria limitada da culpabilidade, se o erro for inevitável, exclui o dolo e a culpa; se evitável, exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos.⁷⁴

5.2.2 TEORIA DA APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ERRO DE TIPO

Na doutrina também é possível encontrar autores que, sem defender a tese dos elementos negativos, entendem que na hipótese de erro sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação, estamos diante de um caso especial de erro, que não constitui nem erro de tipo nem erro de proibição. No entanto, considerando as semelhanças existentes, o mais adequado é resolver o caso aplicando analogicamente as regras do erro sobre o tipo.

Conforme o pensamento de **Stratenwerth**, a conduta de um autor exageradamente nervoso, que, ao retornar para casa à noite, defende-se com sua arma de um suposto ataque de um transeunte inofensivo, se aproxima mais do comportamento de alguém que dispara por imprudência do que de um criminoso violento que usa sua arma de fogo sem maiores reflexões. Segundo o autor, esses casos estão mais próximos do erro de tipo do que do erro de proibição e, essa solução está em conformidade com o fato de que a suposição de uma situação justificante regularmente cumpre, de modo irrestrito, o aspecto subjetivo relacionado ao dolo como contrapartida da justificação. Certamente, isso não exclui o dolo no sentido de que o autor careça da vontade de realização do tipo; mesmo quem mata em legítima defesa o faz voluntariamente. No entanto, elimina-se o desvalor da ação que, em caso contrário, estaria presente, pois o autor parte do pressuposto de que existe uma situação fática justificante.⁷⁵

A consequência gerada por essa posição é que, ao aplicar a solução do erro de tipo, chega-se ao mesmo resultado que a teoria dos elementos negativos do tipo, no sentido de que, no caso analisado, deve-se excluir o dolo do autor.⁷⁶ Dessa forma, se o erro é inevitável, exclui-se a tipicidade (exclusão da punição pelo crime doloso), enquanto que, se for evitável, o autor deve responder por imprudência, desde que a conduta culposa seja punível.⁷⁷

Como explica Muñoz Conde, o argumento para analogia entre o erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação e o erro de tipo, decorre do fato de que em ambos ocorre efetivamente uma imprudência de fato: quem dispara contra alguém que se supõe,

⁷⁴ TAVARES, *op. cit.*, p. 476-477

⁷⁵ STRATENWERTH, *op. cit.*, p. 270.

⁷⁶ ESTEBAN DE LA FUENTE, *op. cit.*, p. 368.

⁷⁷ STRATENWERTH, *op. cit.*, p. 271.

erroneamente, se tratar de um agressor injusto, comete estruturalmente o mesmo tipo de erro de quem dispara contra uma pessoa em uma caçada, acreditando tratar-se de um animal selvagem.⁷⁸

5.2.3 TEORIA DA CULPABILIDADE QUE REMETE ÀS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

A teoria da culpabilidade que remete às consequências jurídicas vem ganhando terreno na doutrina ao considerar que o erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação se submete unicamente ao regime do erro de tipo, de modo que, apesar de realizar um injusto doloso de ação, o autor só será punido pela imprudência.⁷⁹ Essa teoria não confere ao erro permissivo o efeito de exclusão do dolo, mas em virtude da culpabilidade reduzida do autor, equipara as consequências jurídicas do fato doloso, às de um crime culposo.⁸⁰

Essa teoria surgiu no âmbito da teoria social da ação, cujos maiores expoentes são Jescheck e Wessels, com a tese de que a definição de dolo como elemento essencial do tipo subjetivo dos crimes baseados na intenção, não poderia estar totalmente desvinculada de seus efeitos no âmbito da culpabilidade. Para esses autores, a concepção de culpabilidade é diferente da culpabilidade normativa pura do sistema finalista tradicional, uma vez que o conteúdo da reprovação do fato também será determinado pela magnitude do injusto, na medida em que o autor é culpável pela formação de sua vontade em relação ao fato cometido.

De acordo com esse pensamento, o dolo, como elemento subjetivo geral do injusto, integra simultaneamente o objeto de reprovação da culpabilidade, uma vez que a questão de o autor ter atuado dolosa ou culposamente não é algo que marca somente a diferença no conteúdo do injusto, como também a culpabilidade pelo mesmo. O dolo nessa estrutura, é também um elemento autônomo da culpabilidade (dupla posição do dolo).⁸¹ No tipo de injusto, o dolo é o dolo do tipo em sentido estrito, como realização consciente e volitiva das circunstâncias objetivas. No setor da culpabilidade, o dolo é a posição dolosa e defeituosa do agente para com a ordem jurídica.⁸²

⁷⁸ MUÑOZ CONDE, *El error... op. cit.*, p. 41-42.

⁷⁹ JESCHECK/WEIGEND, *op. cit.*, p. 499.

⁸⁰ ROXIN, *op. cit.*, p. 581.

⁸¹ JESCHECK/WEIGEND, *op. cit.*, p. 461.

⁸² WESSELS, *op. cit.*, p. 37.

Assim, no caso do erro de tipo permissivo, o autor conhece o tipo e a função de chamada do dolo típico pode, destacar-se por completo, de modo que também seria justificável, em si mesmo, um critério mais rigoroso. No entanto, a reprovação que deve dirigir-se ao autor afeta somente à sua falta de atenção com as circunstâncias do fato, o que corresponde, no que diz respeito ao conteúdo de culpabilidade, a uma reprovação de uma conduta imprudente.⁸³

Como sintetiza Esteban de la Fuente, nos casos de erro sobre os pressupostos objetivos de justificação, o autor age dolosamente, mas, unicamente para fins de pena, devem ser aplicadas as disposições sobre o erro de tipo. O que se aplica não é o regime do erro de tipo em si, mas apenas suas consequências ou resultados. O autor é isento de pena, exceto se o erro for evitável, caso em que recebe a pena correspondente à atuação imprudente, uma vez que se reprova a equivocada suposição da situação que daria lugar a uma causa de justificação.⁸⁴

6. POSIÇÃO ADOTADA PELO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.

No Brasil, seguíamos o sistema causal e o tratamento unitário do erro, resolvido pela dicotomia erro de fato x erro de direito, até a reforma promovida pela Nova Parte Geral, instituída pela Lei 7.209, de 11.07.1984, ocasião em que passamos a adotar, segundo a maioria da doutrina, o sistema finalista do delito.⁸⁵

Tal conclusão decorre, em grande parte, da estrutura do erro jurídico penal e a teoria da culpabilidade adotadas. De acordo com o item nº 17 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral, o Código acolheu, nos artigos 20 e 21, as duas formas básicas de erro construídas pela dogmática alemã: erro sobre elementos do tipo e erro sobre a ilicitude do fato. Da mesma forma, definiu a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude (parágrafo único do artigo 21), mantendo-se, no tocante às discriminantes putativas, a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominada teoria limitada da culpabilidade. No mesmo sentido, o item 19 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral novamente ressalta que o Projeto se ajustou à teoria limitada da culpabilidade, com relação às discriminantes

⁸³ JESCHECK, *op. cit.*, p. 500.

⁸⁴ ESTEBAN DE LA FUENTE, *op. cit.*, p. 369.

⁸⁵ Neste sentido, afirmando ter sido adotado o finalismo pela Nova Parte Geral: Cf. LUIZI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1987, p. 124. No mesmo sentido: PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. vol. I, 6. ed., São Paulo, RT, 2006, p. 301. ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 7 ed., São Paulo, RT, 2007, p. 347. SOUZA/JAPIASSÚ, p. 322. Sobre a Reforma Penal de 1984. Cf. TOLEDO, *op. cit.*, p. 66-78.

putativas, o que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação daquele que incide sobre a norma permissiva. E conclui afirmando que, tal como no Código vigente, admite-se, nesta situação, a figura culposa (artigo 17, § 1º).

Como explica Assis Toledo, coordenador das Comissões de Reforma Penal de 1984, no Brasil, o erro que recai sobre uma causa de justificação estava expressamente regulado no antigo art. 17 do Código Penal de 1940, cujo §1º “optou pela punição do fato culposo, como ‘crime culposo’, e não pela atenuação da pena de um dolo existente”. Assim, de acordo com o autor, “não havia como tratar, no Brasil, a legítima defesa putativa culposa como crime doloso e puni-la como tal, de modo extremamente mais severo, quando o erro deriva de culpa”.⁸⁶

Dessa forma, no que diz respeito ao erro sobre as causas de justificação (descriminantes putativas), a reforma penal brasileira acolheu a teoria limitada da culpabilidade. Logo, no erro sobre o pressuposto fático de uma causa de justificação, ocorre um erro de tipo permissivo, que tem o mesmo efeito do erro de tipo, qual seja, exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. No caso de erro sobre a existência ou sobre os limites de uma causa de justificação, ocorre o erro de proibição, com a exclusão da culpabilidade, se inevitável, ou atenuação da pena, se evitável.⁸⁷

Embora o Código Penal tenha adotado expressamente a teoria limitada da culpabilidade, a questão está longe de ser pacífica na doutrina nacional. À época das discussões que antecederam a elaboração da Nova Parte Geral, os dois principais autores brasileiros sobre erro jurídico-penal eram Alcides Munhoz Netto e Francisco de Assis Toledo, que, nos anos 1970, protagonizaram ardorosos debates na defesa das teorias extremada e limitada da culpabilidade.

Munhoz Netto era defensor da teoria estrita ou extremada da culpabilidade e entusiasta da teoria finalista e, ainda na vigência do Código de 1940, já apontava a ambiguidade do texto legal, afirmando que a eficácia do erro de fato nas discriminações putativas só pode ser atribuída à ignorância da ilicitude.⁸⁸ Para o autor, afeta-se a representação da ilicitude, logo, a culpabilidade, para o efeito de excluí-la no caso de erro inevitável (isenção de pena) ou diminuí-la no caso de erro evitável (aplicando-se ao comportamento doloso as penas do culposo).⁸⁹

⁸⁶ TOLEDO, *op. cit.*, p. 285-286.

⁸⁷ TOLEDO, *op. cit.*, p. 286.

⁸⁸ MUNHOZ NETTO, *op. cit.*, p. 112-113.

⁸⁹ MUNHOZ NETTO, *op. cit.*, p. 119.

Acompanhava esse entendimento outro importante defensor da teoria extremada em nosso país, Heleno Cláudio Fragoso, para quem as descriminantes putativas previstas no §1º do art. 20 seriam hipóteses de erro de proibição e, sendo inevitável, excluiriam a culpabilidade. No caso do erro culposo, seguem as mesmas consequências jurídicas previstas para o erro de tipo: sendo evitável, o agente responde o fato a título de culpa.⁹⁰

No Brasil, atualmente, filiam-se à teoria estrita ou extremada da culpabilidade autores como João Mestieri⁹¹, Heitor Costa Junior⁹², Álvaro Mayrink da Costa⁹³, Luiz Régis Prado⁹⁴, entre outros.⁹⁵ Os adeptos da teoria estrita ou extremada, costumam apontar um obstáculo dogmático nos casos de erro vencível, pois a teoria limitada, ao punir a conduta dolosa como culposa, poderia levar aos mesmos efeitos da teoria unitária do erro, ou seja, à admissão da tentativa culposa e à impunidade dos erros vencíveis em delitos sem correspondência culposa.⁹⁶

Assis Toledo, defensor da teoria limitada da culpabilidade, afirmava que a teoria estrita ou extremada se apresentava, aparentemente, com uma lógica inatacável. No entanto, o erro culposo do §1º do art. 17 do Código de 1940, reproduzido no §1º do art. 20, é em si um fato culposo (legítima defesa putativa culposa), cujo crime só pode ser culposo, jamais com dolo atenuado “por não ser pensável um fato único ‘culposo-doloso’, verdadeiro monstro mitológico”.⁹⁷ Segundo Roxin, quem pratica um injusto, porque não se certificou da situação de forma suficientemente cuidadosa, age sempre de maneira culposa e não é, portanto, autor de um delito doloso.⁹⁸ No tocante à lacuna de punibilidade nos delitos que não possuam correspondente na forma culposa, observa-se que, na prática, os crimes mais relevantes para aplicação das descriminantes putativas, como os crimes de homicídio (vida) e lesões corporais (integridade física), possuem correspondentes na modalidade culposa. É claro que existirão

⁹⁰ Para Fragoso, o erro sobre a existência da justificante seria irrelevante (o desconhecimento da lei é inescusável). No caso do erro sobre os limites ou pressupostos fáticos da justificante, seria erro de permissão (erro de proibição indireto). FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte Geral. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 208-209.

⁹¹ MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 183-184.

⁹² COSTA JUNIOR, Heitor. *Teoria dos Delitos Culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988, p. 103.

⁹³ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal*. Parte Geral. 8. ed., v. II., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1287.

⁹⁴ PRADO, *op. cit.* p. 435.

⁹⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. vol. I, 14. ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 202. ZAFFARONI/BATISTA/ALAGIA/SLOKAR, *op. cit.*, p. 388. TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. vol. I., 1. ed., São Paulo: Atlas Jurídico, 2004, p. 302. LUISI, *op. cit.*, p. 125. ZAFFARONI/PIERANGELI, *op. cit.* p. 531.

⁹⁶ ZAFFARONI/BATISTA/ALAGIA/SLOKAR, *op. cit.*, p. 382.

⁹⁷ TOLEDO, *op. cit.*, p. 285-286.

⁹⁸ ROXIN, *op. cit.*, p. 585.

hipóteses como o dano praticado em estado de necessidade putativo vencível, mas não seriam de tão comum ocorrência. No que diz respeito à tentativa de crime culposo, parte dos autores que se filiam à teoria limitada ou restrita da culpabilidade, justificam tal situação, alegando que se trata de uma tentativa dolosa apenas punida com sanção correspondente ao crime culposo, reduzida em razão da tentativa, motivo pelo qual não haveria problema em se ter um delito culposo tentado.⁹⁹ Outros autores não admitem a possibilidade de tentativa de crime culposo, defendendo, no caso de tentativa de homicídio, por exemplo, a responsabilização pelo crime de lesões corporais culposas.¹⁰⁰

No Brasil, atualmente, defendem a teoria limitada da culpabilidade autores como Juarez Cirino dos Santos¹⁰¹, Fernando Galvão¹⁰², Celso Delmanto¹⁰³, entre outros¹⁰⁴, atribuindo às discriminantes putativas a divisão em erro sobre a existência e os limites da causa de justificação (erro de proibição indireto) e erro sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação (erro de tipo permissivo). De acordo com esses autores, no caso de erro de tipo permissivo, se inevitável, exclui-se a tipicidade, em razão do afastamento do dolo e da culpa; se evitável, afasta-se apenas o dolo e pune-se o crime culposo, se existente.

Na doutrina brasileira, de forma minoritária, encontramos autores como Miguel Reale Junior e José Cirilo de Vargas, que adotam a teoria dos elementos negativos do tipo e, no tocante ao erro sobre as causas de justificação, como visto no tópico anterior, chegam ao mesmo resultado da teoria limitada da culpabilidade, com o tratamento do erro de tipo e a exclusão do dolo, contudo, para as três modalidades (existência, limites e pressuposto fático da causa de justificação), uma vez que as justificantes integram o próprio tipo.¹⁰⁵

No Brasil, encontramos ainda partidários da teoria da culpabilidade que remete às consequências jurídicas, que, acolhendo a tese da dupla valoração do dolo, defendem um “conceito complexo de culpabilidade”, reconhecendo o erro de tipo permissivo previsto no §1º do art. 20 do Código Penal como uma espécie de “erro de proibição sui generis”.¹⁰⁶ De acordo

⁹⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal. Parte Geral.* vol. I, 31. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 339.

¹⁰⁰ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal. Parte Geral.* 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 407.

¹⁰¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte geral.* 3. ed., Curitiba: ICPC;Lumen Juris, 2008, p. 328-329.

¹⁰² GALVÃO, *op. cit.*, p. 406-407.

¹⁰³ DELMANTO, Celso. [et. all]. *Código Penal Comentado.* 8. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 161.

¹⁰⁴ BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Da Consciência da Ilícitude no Direito Penal Brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 119. JESUS, *op. cit.*, p. 356-357.

¹⁰⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal. Parte Geral.* 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 201. VARGAS, *op. cit.*, p. 300-301.

¹⁰⁶ GOMES, *op. cit.*, p. 225.

com esse entendimento, diferentemente do que ocorre com o erro de tipo incriminador, o erro de tipo permissivo afeta a culpabilidade dolosa apenas, não o dolo. O dolo do tipo, nesse caso, permanece intacto. Assim, como afirma Juarez Tavares, se o erro for inevitável ou escusável (erro plenamente justificado pelas circunstâncias), exclui a culpabilidade dolosa e, conseqüentemente, a responsabilidade penal (isenção de pena). No caso de erro evitável ou inescusável (que deriva de culpa do agente), também fica excluída a culpabilidade dolosa, mas sobre o agente recairá a censura pela negligência, isto é, a culpabilidade culposa, se a lei prevê, para o caso, punição por crime culposos.¹⁰⁷

7. CONCLUSÃO

O ponto de divergência entre as duas teorias que buscam disciplinar o erro sobre as causas de justificação (teoria estrita ou extrema da culpabilidade e teoria restrita ou limitada da culpabilidade) resume-se ao tratamento conferido ao erro sobre o pressuposto fático da justificante. Para a teoria extremada, nesse caso, o dolo, localizado na conduta, permanece intacto, pois aquele que, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima, age acreditando ser lícito o seu comportamento, quando na realidade é ilícito. O erro é sobre a consciência da ilicitude, no âmbito da culpabilidade, trata-se, portanto, de erro de proibição.

A teoria estrita ou extremada da culpabilidade, não obstante sua aparente coerência dogmática, desconsidera aspectos importantes, como a análise do desvalor da ação e a necessária valoração político-criminal. Não nos parece razoável tratar de forma idêntica aquele que incorre em erro plenamente justificado pela situação de fato e age acreditando estar amparado por uma causa excludente da ilicitude, com aquele que erra quanto à própria existência ou aos limites da causa de justificação. O desvalor da ação no erro de tipo permissivo é diferente do desvalor da ação no erro de proibição indireto (existência ou limites da justificante), de modo que uma análise teleológica normativa, fundamentada político-criminalmente, não pode permitir o tratamento igualitário de situações substancialmente diferentes, sob pena de equiparar erros valorativamente distintos. De acordo com Roxin, quem

¹⁰⁷ TAVARES, *op. cit.*, p. 471. No mesmo sentido: GOMES, *op. cit.*, p. 190. BITENCOURT, *op. cit.*, p. 113-114.

pressupõe a existência de uma situação fática justificante atua, segundo a sua percepção, de forma irrepreensível, assim como quem não quer realizar tipo penal algum.¹⁰⁸

A solução apresentada pela teoria da culpabilidade que remete às consequências jurídicas, tampouco deve ser adotada. Não obstante os interessantes argumentos dessa teoria, suas consequências se mostram muito mais gravosas para o réu, uma vez que a manutenção do crime como doloso na hipótese de erro vencível, com uma mera atenuação ou diminuição, é muito mais gravosa do que punição pelo crime culposos, se existente. No mesmo sentido, essa teoria, no tocante ao concurso de pessoas, pode, na prática, punir, a título de participação, aquele que concorre dolosamente no fato de alguém que age em erro de tipo permissivo, em decorrência da teoria da acessoriedade limitada.¹⁰⁹

Desta forma, apesar das críticas existentes, entendemos que a melhor solução para a questão do erro sobre as causas de justificação é aquela dada pela teoria limitada ou restrita da culpabilidade, adotada pelo Código Penal na Nova Parte Geral de 1984, conferindo ao erro de tipo permissivo o mesmo tratamento do erro de tipo incriminador.

8. REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro - I*. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de Tipo e Erro de Proibição*. Uma análise comparativa. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais.

BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências.

¹⁰⁸ ROXIN, *op. cit.*, p. 584.

¹⁰⁹ ROXIN, *op. cit.*, p. 588. Ver também: BITENCOURT, *op. cit.*, p. 101.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Da Consciência da Ilicitude no Direito Penal Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I, 5. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003.

BRUNO. Aníbal. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo II, revista e atualizada por Raphael Cirigliano Filho. 5. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005.

COSTA JUNIOR, Heitor. *Teoria dos Delitos Culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal*. Parte Geral. 8. ed., v. II., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DELMANTO, Celso. [et. all]. *Código Penal Comentado*. 8. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

ESTEBAN DE LA FUENTE, Javier. Error sobre los presupuestos objetivos de justificación. *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad: homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*. Org. HIRSCH, Hans Joachim. MIR, José. Cerezo. DONNA, Edgardo Alberto. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 353-388.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte Geral. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991.

FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidade y Reproche en el Derecho Penal*. Tradução de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2006.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*. Parte Geral. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. tomo I, vol. I, 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 1954.

GOLDSCHMIDT, James. *La concepción Normativa de la Culpabilidad*. Tradução de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. 3. ed., Buenos Aires: B de F, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Erro de Tipo e Erro de Proibição*. 5. ed., São Paulo: RT, 2001.

JESCHECK, Hans Heinrich. WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. Parte Geral. vol. I, 31. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Traduzido da última edição e commentado por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F.Briguiet & C., 1899.

LOBATO, José Danilo Tavares. *Da Evolução Dogmática da Culpabilidade*. In *Temas de Direito Penal. Parte Geral*. Coordenadores Luís Greco e Danilo Lobato. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

LUIZI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1987.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. vol. I, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1965.

MAURACH, Reinhart. ZIPF, Heinz. *Derecho Penal*. Parte General. 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Traducción de la 7. edición alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MERKEL, Adolf. *Derecho Penal*. Tradução de Pedro Dorado Montero. Tomo I, Madrid: La Espana Moderna, sem data.

MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. Parte General. 8. ed., Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. vol. I, 14. ed., São Paulo: Atlas, 1998.

MUNHOZ NETO, Alcides. *A Ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo*. Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo. Tradução de Paulo Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *El error en Derecho Penal*. 1. ed., Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. vol. I, 6. ed., São Paulo, RT, 2006.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Parte Geral. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Cristiano. *Teorias da Culpabilidade e Teoria do Erro*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. (traducción de la segunda edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal) Tomo I, Madrid: Civitas, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*. Parte geral. 3. ed., Curitiba: ICPC;Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed., São Paulo: Tirant lo blanch, 2023.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*. Parte General I. El hecho punible. Traducción de la 4. ed. Alemana por Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. 1. ed., Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. vol. I., 1. ed., São Paulo: Atlas Jurídico, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5º ed., 13. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

VARGAS, José Cirilo de. Os elementos negativos do tipo penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 61, p. 287-304, julho – dezembro de 2012. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2012v61p287.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción de José Cerezo Mir. Reimpresión de la 1. ed. en castellano, Ariel, Barcelona, 1964. Buenos Aires: B de F, 2002.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal: Parte Geral*. (aspectos fundamentais). Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 7 ed., São Paulo, RT, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. vol. II. tomo II, 1. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2017.