

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

ROBERTA MUNHOZ REQUIÃO

**A TEORIA DO O ERRO NO BRASIL: UMA HOMENAGEM A ALCIDES MUNHOZ
NETTO**

CURITIBA
2018

ROBERTA MUNHOZ REQUIÃO

**A TEORIA DO O ERRO NO BRASIL: UMA HOMENAGEM A ALCIDES MUNHOZ
NETTO**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato.

CURITIBA

2018

“... apenas o seu corpo terrivelmente machucado é que deixou de ter vida. Não sua memória, nem suas ideias”.

(Prof. Accioly Neto)

RESUMO

“Errar é humano” é um provérbio popular que possui pertinência inclusive no direito penal. O erro jurídico, que abarca tanto o viés negativo da ignorância, quanto o positivo do engano, é tema de relevância milenar ao direito, e não por isso deixou de ter importância contemporânea. Diversas foram as teorias que se ocuparam do tema, havendo consequências práticas muito divergentes conforme o viés adotado. No âmbito nacional, disputas doutrinárias foram travadas visando eleger o tratamento mais adequado à figura, sendo expressiva a interferência de Alcides Munhoz Netto. O debate mais recente, entre as teorias extremada e limitada da culpabilidade, acarretou na opção legislativa pela última, vigente ainda hoje. As discriminantes putativas são o assunto de maior destaque nesta orientação. A partir dela defende-se que o erro incidente sobre circunstâncias constitutivas de causa de justificação constitui modalidade autônoma de erro de proibição, sendo equiparado ao erro de tipo. Contudo, diversos autores repugnam esta abordagem e retomam as soluções apresentadas pela teoria limitada da culpabilidade. Outros estudiosos apresentam conceitos inovadores. Neste sentido, em havendo um Anteprojeto de Código Penal em trâmite legislativo que altera o paradigma vigente do erro, estudar os debates nacionais é o escopo deste trabalho. Esforça-se em ampliar a visão do leitor acerca da tratativa do erro, mediante explanação das opções doutrinárias anteriores e posteriores ao modelo corrente. Ademais, o trabalho busca resgatar a relevância de Alcides Munhoz Netto no âmbito nacional.

Palavras chave: Teoria do Erro. Teoria Limitada da Culpabilidade. Teoria extremada da culpabilidade. Discriminantes putativas. Erro de tipo permissivo.

ABSTRACT

“To err is human” is a proverb that has relevance even in criminal law. The error in the legal scope, which extends the meaning of “ignorance” and also “mistake”, was important in ancient times and is still relevant nowadays. Several theories have been formulated to explain the error, each one implicating a different practical consequence. At a national level, there are doctrinaire discussions regarding the error and Alcides Munhoz Netto has made a significant contribution to the matter. The latest divergence between the theories of culpability resulted in the current legislative option. The imaginative justifications and excuses are the most important topic in the theory chosen by the legislator. In this perspective, one strand considers that there is an autonomous category of the so called “prohibition error” within the error concerning the presence of justification circumstances. However, many authors disagree with this dogmatic position and support previous theories such as the culpability theory thought by Welzel. Other specialist sustain new perspectives for the error. In this regard, also knowing about the existence of a pending code reform project, which could change the approach on this matter, this work aims to revisit the controversies of the error in Brazilian law. This working paper intends to broaden the reader’s view on the error matter by explaining the previous error model, the current one and the new proposals. Finally, the work seeks to emphasize the relevance of Alcides Munhoz Netto at a national level.

Keywords: Error Theory. Theories of culpability. Limited culpability theory. Imaginary Justifications and Excuses.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 O TRATAMENTO DO ERRO.....	8
1.1 TEORIA PSICOLÓGICA DA CULPABILIDADE	9
1.2 TEORIA PSICOLÓGICO-NORMATIVA DA CULPABILIDADE	14
1.2.1 Teoria Extremada Do Dolo	16
1.2.2 Teoria Limitada Do Dolo.....	18
1.2.3 Teoria Modificada Do Dolo	20
1.3 TEORIA DOS ELEMENTOS NEGATIVOS DO TIPO	21
1.4 TEORIA NORMATIVA PURA DA CULPABILIDADE	22
1.4.1 Teoria Extremada Da Culpabilidade	26
1.4.2 Teoria Limitada Da Culpabilidade	29
2 A TEORIA DO ERRO NO ÂMBITO BRASILEIRO.....	31
2.1 A CRÍTICA DE ALCIDES MUNHOZ NETTO AO ANTEPROJETO DE 1969.....	33
2.2 A CONTROVÉRSIA ENTRE AS TEORIAS DA CULPABILIDADE NA REFORMA DA PARTE GERAL DE 1984	37
2.3 PREVALÊNCIA DO NO TEXTO LEGAL.....	43
3. A INSUFICIÊNCIA DA TEORIA LIMITADA DA CULPABILIDADE.....	52
3.1 A RETOMADA DA TEORIA EXTREMADA DA CULPABILIDADE	52
3.2 CONCEITO COMPLEXO DE CULPABILIDADE E O ERRO <i>SUI GENERIS</i>	56
3.3 A TEORIA DA AFETAÇÃO DA CONSCIÊNCIA DE ILICITUDE	59
CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	65

INTRODUÇÃO

Alcides Munhoz Netto destacou-se como professor da Universidade Federal do Paraná, Promotor e Procurador Geral de Justiça, bem como na advocacia, tendo ocupado o cargo de Presidência da OAB, seccional do Paraná. Faleceu precocemente, com cinquenta e três anos de idade, tempo que lhe foi suficiente para deixar importantes marcas no direito penal nacional, principalmente no que tange a teoria do erro.

Valeu-se de seus conhecimentos provenientes do direito internacional, principalmente alemão, para confrontar as teorias dominantes no Brasil. Sempre com argumentos densos, o autor segue sendo citado pelos mais importantes nomes da doutrina contemporânea. Neste sentido, resgatar seus fundamentos e destacar a relevância do mestre, principalmente no âmbito desta Universidade Federal do Paraná, é objeto de especial interesse.

Ademais, tendo em vista que o anteprojeto de Código Penal, em trâmite legislativo, altera o tratamento atual conferido ao erro, e retoma a proposta formulada por Alcides Munhoz Netto, vislumbra-se contemporâneo debate sobre o tema. Ainda, estudar os embates pregressos é pertinente ao fomento das controvérsias atuais.

Para tanto, apresentaremos as principais teorias que trataram do erro penal e possibilitaram as disputas dogmáticas sobre o tema em plano nacional. Trabalharemos as teorias Psicológica, Psicológica-Normativa e Normativa Pura da culpabilidade, além da teoria dos Elementos Negativos do Tipo. Para um trabalho mais aprofundado, será dado destaque às teorias do dolo, desenvolvidas no âmbito da teoria psicológica-normativa da culpabilidade, bem como às teorias da culpabilidade, trabalhadas no plano da teoria normativa da culpabilidade.

Na sequência, ante o fornecimento prévio dos pilares de cada teoria, serão apresentados os diferentes posicionamentos de estudiosos brasileiros, sendo dado o devido destaque ao mestre ora homenageado. Assim, evidenciaremos as objeções formuladas por Munhoz Netto às posições adotadas pela lei em distintos momentos históricos. Em um primeiro momento, será descrita a discussão travada com Nelson Hungria, ao tempo do Anteprojeto de Código de 1969. Na sequência, a oposição daquele mestre à corrente adotada por Francisco Toledo no então anteprojeto de reforma da parte geral, em vigor ainda hoje.

Feito isto, descreveremos o *jus positium* em vigência, explicando o tratamento conferido pela lei às diferentes modalidades de erro existentes. Faremos distinções e ficarão em evidência eventuais insuficiências da teoria adotada.

Finalmente, apresentaremos as diversas propostas contemporâneas de tratamento ao erro, dentre elas a retomada da teoria limitada da culpabilidade, outrora defendida por Alcides Munhoz Netto, a construção formulada a partir da teoria complexa da culpabilidade, bem como a proposta de tratamento unitário ao erro, com a completa ruptura das dicotomias pregressas.

1 O TRATAMENTO DO ERRO

O erro é figura jurídica que, em que pese sua complexidade dogmática, possui relevância ao mais profano conceito de “justiça”. O termo “erro” abrange tanto o sentido de “ignorância” ou “desconhecimento” quanto o de “engano”. Sua significação adquire, assim, abrangência maior do que a comumente conferida à palavra¹, já que a diferenciação entre a acepção negativa (falta de representação da realidade ou desconhecimento de objeto) e a positiva (falsa representação da realidade ou equivocado conhecimento de objeto) não foi recebida na ciência jurídica². Conforme ensina Karl Binding³,

Todo conocimiento erróneo implica al mismo tiempo ignorancia, y toda ignorancia implica simultáneamente un conocimiento erróneo. Por ello, no hay razón para distinguir en el plano técnico error de ignorancia aunque puede resultar adecuado hacer uso a veces de una y en ocasiones de otra de las expresiones.

Quando a ignorância ou o engano incidem na realização de ação relevante ao direito penal, infere-se naturalmente a essencialidade do tema. Verifica-se a necessidade de apartar a repreensão da conduta realizada por agente que sabe exatamente o que faz daquela efetuada com influência de ignorância ou engano quanto a situação fática ou jurídica.

Neste contexto, o tratamento do erro acompanhou as transformações da acepção de crime, acarretando consequências diversas à repreensão estatal em cada teoria do delito.

Para que se possa compreender o atual tratamento do erro no Brasil é preciso identificar suas formulações históricas, bem como os embates travados entre importantes doutrinadores até o presente momento. Somente assim, será possível verificar a (in)suficiência da teoria prevalente no texto legal, comparando-a com os mais recentes apontamentos doutrinários sobre o tema.

¹ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 596.

² GOMES, Luiz Flávio. **Erro De Tipo e Erro De Proibição**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 23-24.

³ BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal**. Montevideo: B de F, 2009, p. 66

1.1 TEORIA PSICOLÓGICA DA CULPABILIDADE

Esta construção foi profundamente influenciada pelo positivismo e pela busca da verdade científica. Pretendia-se que os conceitos jurídicos também fossem dotados de precisão técnica e, com isso, a exclusão de qualquer elemento moral da conformação delitiva.

Von Liszt foi o principal nome desta construção, e responsável por transportar a formulação bipartida do ilícito civil - idealizada por Ihering⁴ - para o direito penal. Aquele autor traduzia a ação como um processo causal originado por um impulso voluntário, e a culpabilidade como a conexão da responsabilidade do autor pelo ilícito que realizou. Assim, não bastaria que o resultado produzido fosse objetivamente referido ao autor, sendo necessário uma ligação subjetiva⁵.

A teoria psicológica da culpabilidade, assim, caracterizou-se pela divisão bipartida do delito: no âmbito externo situavam-se todos os elementos livres de valoração pessoal, representados pela tipicidade e antijuridicidade, enquanto no âmbito interno, todos os elementos subjetivos do autor, exprimidos pela culpabilidade.

Em virtude do anseio pela isenção da moralidade, a subjetividade era tida como o vínculo psicológico que conecta o autor ao seu fato. Von Liszt explicava que as circunstâncias subjetivas do injusto não poderiam ser acontecimentos independentes da vontade humana, mas somente ações humanas. Sem ato de vontade não haveria ação, nem injusto e, conseqüentemente, não haveria crime. Igualmente, não haveria crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem resultado. Ação, então, seria composta por ato de vontade e resultado, sendo preciso uma relação entre estes dois elementos para que formassem o todo⁶.

Ou seja, o aspecto interno traduzia-se no elo entre a vontade e o delito cometido, auferido a partir de um aspecto puramente psíquico. Explicava Francisco

⁴ Ihering defendia que quando um direito subjetivo é violado, o direito objetivo também o é, porque existiria uma relação de dependência mútua entre ambas as esferas. Assim, o processo como meio de luta pelo direito iria além da defesa de motivos egoísticos, mas defenderia a própria moralidade do Direito. A antijuridicidade, portanto, seria distinta nos planos objetivo e subjetivo. VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 1891. Tradução: Pietro Nasseti.

⁵ VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal alemão**. Brasília: História do Direito Brasileiro, 206. Tradução: José Hygino Duarte Pereira, p. 249.

⁶ Ibidem, p. 193.

de Assis Toledo que conforme esta teoria “culpabilidade é uma ligação de natureza anímica, psíquica, entre o agente e o fato criminoso”⁷.

Raúl Zaffaroni, por sua vez, descreve esta relação a partir do conceito de causalidade desenvolvido por Liszt⁸. A culpabilidade seria expressa pela correspondência psicológica entre a conduta voluntária e o resultado proibido, enquanto a causalidade pela relação física entre a ação e o resultado⁹.

Destarte, o dolo e a culpa traduziam o aspecto psíquico, dimensão interna do delito, conformando o conceito de culpabilidade. Contudo, não figuravam como meros elementos, mas como espécies da culpabilidade¹⁰. Deste modo, a necessidade do aspecto subjetivo para a ocorrência delitiva era esgotada pela existência de elemento psicológico que ligasse o agente ao resultado criminoso, à vontade da realização criminosa¹¹.

A imputabilidade, por sua vez, em que pese integrante da culpabilidade, não precisava ser demonstrada para a conformação do delito. Entendida como a capacidade de ser culpável, sua existência era pressuposta, decorrente da própria vontade delitiva.

Ainda em relação à dimensão subjetiva do delito, para a teoria psicológica da culpabilidade, a consciência de ilicitude não era pertencente ao dolo, nem tampouco relevante à culpabilidade. Assim como ocorria com a imputabilidade, o conhecimento das Leis e normas era presumido, sendo irrelevante a arguição de seu desconhecimento para fim isenção ou minoração da repreensão penal. Mencionava Von Liszt¹²:

Segundo o que fica dito, é fora de dúvida que a ideia de dolo não compreende a consciência de ilegalidade. Também não se pode, em geral,

⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 219

⁸ Von Liszt definia a ação comissiva como “causação do resultado por um ato de vontade. Este apresenta-se como *movimento corpóreo voluntário*, isto é, como tensão (contração) dos músculos”. Assim a causalidade seria expressa pela conexão entre o movimento físico e o resultado. LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal alemão**. Brasília: História do Direito Brasileiro, 206. Tradução: José Hygino Duarte Pereira, p. 198.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 513.

¹⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de Tipo e Erro de Proibição: Uma análise comparativa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp 60-61.

¹¹ GOMES, Luiz Flávio. **Erro de Tipo e Erro de Proibição**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 44.

¹² LISZT, Franz Von. Op. Cit., p. 285.

exigir além do dolo, a consciência da ilegalidade como um requisito independente que a este acrescenta.

A origem deste tratamento estava no Direito Romano e na dicotomia erro de fato e erro de direito, em que o primeiro isentava de responsabilização e o segundo era irrelevante ao direito. Busato explica que os romanos não desenvolveram um sistema próprio quanto à tratativa do erro, mas solucionavam casos concretos. Mais tarde, as soluções encontradas foram sistematizadas pelos sob a forma de princípios¹³.

O desconhecimento da Lei, ou sua equivocada compreensão, deste modo, não modificam a repreensão estatal. Para a teoria em apreço, quando existente erro equiparável ao “erro de direito” deveria ser aplicada pena semelhante a atribuída caso inexistente o erro quanto a ilicitude da conduta. Ao assim tratar o erro de direito, conforme explica Luiz Flávio Gomes, a teoria psicológica assemelhava a ignorância da lei ao erro de proibição. Acentua o autor que “Desconsiderava-se que a ignorância da lei tem por objeto a lei formal, enquanto o erro de proibição trata da consciência de ilicitude”¹⁴.

Em contrapartida, o erro de fato era penalmente relevante. Conforme Von Liszt, apesar de o erro relativo a ilegalidade da ação não ser tomado em consideração, a ignorância de circunstância essencial ao crime excluiria totalmente o dolo¹⁵. Isto porque o sujeito que se enganasse quanto aos fatos não possuía o elo subjetivo que ligaria sua conduta ao resultado penalmente desvalorado. Como o dolo e a culpa eram os limites da ligação entre o autor e o fato, quando inexistentes, afastava-se a responsabilidade penal. Explicou Von Liszt¹⁶:

Erro é a não conformidade entre a representação e a realidade. Em direito penal impede a representação da importância do ato voluntário como causa do acontecimento. Assim, impede a conformação de dolo tanto ao ato voluntário, quanto ao resultado. Contudo, essa exclusão só se dá quando o erro afeta um ponto essencial.

¹³ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 598.

¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Erro De Tipo E Erro De Proibição**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 49.

¹⁵ VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal alemão**. Brasília: História do Direito Brasileiro, 206. Tradução: José Hygino Duarte Pereira, p. 281.

¹⁶ *Ibidem*, p. 279.

Neste sentido, Paulo César Busato¹⁷ esclarece que quando erro incide sobre a compreensão fática daquilo que se fez, não se poderia admitir a responsabilidade penal justamente porque o liame subjetivo, dependente da compreensão das circunstâncias, não restaria estabelecido”.

Alcides Munhoz Netto criticava o tratamento conferido ao erro de direito pela teoria psicológica, realçando a disparidade entre aquele e o erro de fato¹⁸:

(...) significa que o Direito brasileiro cria, para a segunda hipótese, autêntica presunção de culpabilidade. Em termos reais, não incide em censura pessoal, isto é, não age cupavelmente quem supõe lícito o fato por erro escusável. Por definição, o erro escusável é o erro invencível, desculpável, não atribuível à negligência ou desatenção, ou seja, o erro pelo qual o autor não pode ser reprovado. No Direito Penal da culpa, tal erro, evidentemente deve permanecer à margem da punição. Como a nossa lei não permite que, em tais casos, a pena possa deixar de ser aplicada, finge-se uma censura pessoal que não ocorre. Há, assim, responsabilidade sem culpa, ou seja, responsabilidade objetiva. Por preocupações de política criminal, nossos Códigos Penais ofendem, quanto à disciplina da ignorância da antijuridicidade o princípio do nulla poena sine culpa.

No mais, o erro de direito, além de tratar do desconhecimento ou engano acerca das normas proibitivas, também recai sobre as normas permissivas ou exculpantes, as chamadas Discriminantes Putativas. Luiz Flávio Gomes sintetiza as três formas de incidência desta modalidade de erro.

Na primeira hipótese, o sujeito acredita existir uma causa excludente de ilicitude que não é reconhecida pelo ordenamento jurídico. Na segunda, a causa excludente de ilicitude é reconhecida pelo ordenamento jurídico, mas o agente erra quanto os limites da exculpante. Na terceira, o autor se engana quanto a situação fática, de modo que a errada percepção da realidade faz crer agir em situação excludente de ilicitude que em verdade não se configurou¹⁹.

Para a teoria psicológica, conforme explica o autor, as duas primeiras modalidades de erro delineadas eram penalmente irrelevantes. Apesar de serem compostas por elementos subjetivos, estes eram alheios à culpabilidade.

O engano e a ignorância quanto a situação fática, por outro lado, eram tratados como erro de fato. Afetavam o vínculo entre a conduta e o resultado e com

¹⁷ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 599.

¹⁸ MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 120.

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Erro de Tipo e Erro de Proibição**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 55.

isso, excluía o dolo e culpa quando inevitáveis. Se evitável o erro, excluía apenas o dolo, sendo punível na modalidade culposa nesta hipótese.

Em sendo esta teoria considerada precursora a sistematizar o tratamento do erro²⁰, diversos são os apontamentos de falhas e incongruências decorrentes da construção formulada.

Crítica-se a insuficiência em justificar a coação moral irresistível e a obediência a ordem hierárquica não manifestamente ilegal²¹. Apesar do vínculo subjetivo entre o autor e o fato, ou seja, da vontade psicológica em efetivar a conduta, apenas o autor da ordem seria legalmente punível. Destarte a teoria era incapaz de respaldar as construções legislativas sobre o tema.

Bittencourt, no mesmo sentido, aborda a dificuldade em explicar a graduação da culpabilidade. Inobstante a existência de nexos psicológicos em situações exculpantes, não há culpabilidade²².

Outrossim, repreende-se o tratamento da culpa *stricto sensu* enquanto dado psicológico. Como se sabe, a negligência é punida não pela vontade do autor na obtenção do resultado criminoso, mas por um juízo de valor acerca da imprudência. Não há, deste modo, existência de vínculo psicológico, sendo a “culpa um conceito essencialmente normativo, composto da previsibilidade e infração do dever de cuidado”²³. Neste sentido Damásio de Jesus rechaça a possibilidade de um elemento normativo e um psíquico serem tratados a partir de um denominador comum – a culpabilidade²⁴.

Finalmente, destaca-se a dificuldade de reunir todos os elementos subjetivos sob o manto da culpabilidade, pois alguns elementos trariam melhores soluções se pertencentes ao injusto, de modo tal que seria insustentável a bipartição do delito²⁵.

²⁰ Trata-se da primeira teoria apresentada pelos estudiosos, contudo Francisco de Assis Toledo adverte que não se deve considerar esta teoria como a primeira a ter construído a respeito da culpabilidade histórico e cronologicamente falando. Isto porque, conforme o autor o dolo do Direito Romano não era puramente psicológico, mas mais complexo e enriquecido – TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 219.

²¹ GOMES, Luiz Flávio. **Erro De Tipo e Erro De Proibição**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 45.

²² BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Erro De Tipo e Erro De Proibição: Uma análise comparativa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 63.

²³ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 509; *Ibidem*, p. 62.

²⁴ JESUS, Damasio de. **Direito penal**. 28.ed. rev São Paulo: Saraiva, 2005, p. 400.

²⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Op. Cit.*, p. 46.

1.2 TEORIA PSICOLÓGICO-NORMATIVA DA CULPABILIDADE

A Teoria Psicológico-Normativa da culpabilidade foi desenvolvida em paralelo à concepção Neokantista: há um deslocamento da dimensão *dever ser* também para a ciência jurídica.

Com isso, a culpabilidade passa por uma reconfiguração e deixa de ser um elemento meramente psicológico, passando a ter também uma concepção valorativa. O dolo e a culpa não são afastados deste âmbito, mas deixam de ser as espécies da culpabilidade, tornando-se elementos desta. Gradualmente elementos de cunho normativo foram incluídos nesta categoria delitiva.

Segundo Reinhard Frank, responsável precursor da reestruturação desta teoria no âmbito da culpabilidade, esta é uma valoração da situação psíquica, a partir do mandamento normativo²⁶. Para o autor, além do dolo e a imprudência, a culpabilidade deveria levar em consideração circunstâncias concomitantes²⁷. A culpabilidade é concebida como reprovabilidade. Bittencourt explica esta formulação indicando que “a culpabilidade passava a ser, ao mesmo tempo, uma relação psicológica e um juízo de reprovação”²⁸.

Não se trata, como aponta Paulo César Busato²⁹, de uma negação da existência do dolo e da culpa. Contudo, esta teoria deixa de censurar a conduta exclusivamente pela vontade psicológica, a qual não pode ser verificada verdadeiramente, determinando a repreensão penal a partir de uma valoração jurídica.

Neste contexto, deve-se dar destaque à exigibilidade de conduta conforme o direito, elemento que passou a ser critério de valoração da reprovabilidade, integrando o conceito de culpabilidade. O mentor desta inclusão foi Berthold Freudenthal³⁰, sendo que a exigibilidade de conduta adequada ao dever legal seria

²⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Erro De Tipo e Erro De Proibição**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 60.

²⁷ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: Julio César Faire, 2004, p. 36.

²⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Erro De Tipo e Erro De Proibição: Uma análise comparativa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 64.

²⁹ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 510.

³⁰ Freudenthal inspirou-se na ideia de circunstâncias concomitantes de Frank. Contudo, a despeito deste, entendia que as circunstâncias concomitantes eram mais do que elementos para valoração da pena, mas eram necessárias para definir entre a culpabilidade e a inocência. A reprovabilidade não estava ao lado do dolo e da culpa, mas deveria ser avaliada em ambas as modalidades da

justamente o fator que apartaria a culpabilidade da inculpabilidade³¹. A grande vantagem é que esta inclusão permitiu uma explicação mais adequada acerca da coação moral irresistível e obediência à ordem hierárquica não manifestamente ilegal: há dolo, mas não é exigível conduta diversa.

Outra grande alteração a partir desta vertente é que o dolo integrante da culpabilidade deixa de ser o dolo natural e passa a ser o *dolo malus*. A intenção de agir deve ser somada à consciência da ilicitude. Ou seja, além de representar a realidade fática e desejar a conduta, o sujeito deve estar consciente de que sua ação contraria o ordenamento jurídico. Segundo Merkel, o que não é conhecido ou compreendido não pode servir de norma, muito menos servir como motivação ou para caracterizar a vontade humana³².

O dolo, portanto, segue sendo composto por elementos psicológicos, quais sejam vontade e previsão, mas passa a abarcar também um elemento normativo, traduzido pela consciência da ilicitude³³.

A ausência de consciência de ilicitude exclui o dolo que, por sua vez, exclui a culpabilidade, não havendo crime punível. Note-se que, ao contrário de sua precursora, a teoria psicológico-normativa da culpabilidade admite a existência de conduta voluntária desprovida de culpabilidade e, portanto, impunível.

Pelo exposto, são constatadas as significativas mudanças realizadas no plano da culpabilidade: o dolo e culpa deixaram de ter uma concepção puramente psicológica e passaram a ser elementos da culpabilidade, em detrimento de configurarem espécies da mesma. Ademais, dentre os elementos desta categoria foram incluídas a exigibilidade de atuação conforme o direito e a imputabilidade, a qual deixa de ser pressuposta.

Esta construção também não é isenta de críticas. Destaque é conferido ao delito culposos que apenas será diferenciado do doloso a partir do plano da culpabilidade. Além disso, a culpabilidade, enquanto elemento normativo, abriga a o dolo que remanesceria sendo um elemento psicológico.

culpabilidade - FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Buenos Aires: IB de F, 2012

³¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Erro De Tipo e Erro De Proibição: Uma análise comparativa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 64.

³² MERKEL, Adolf. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Ib de F, 2004. Tradução: Pedro Dorado Montero, p. 68.

³³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit., p. 67.

A grande inovação em considerar o dolo integrante do delito como *dolo malus*, abrangendo a necessidade do conhecimento da ilicitude, ensejou profundas alterações na conformação delitiva e na abrangência da censura estatal, na medida em que esta formulação acarretava lacunas punitivas.

Conforme Figueiredo Dias, o dolo como elemento constitutivo da culpa jurídico-penal e da valoração que recai sobre o tipo e a ilicitude é o mais relevante pressuposto construtivo-sistemático das teorias do dolo³⁴.

As teorias do dolo se assemelham ao assegurarem que o agente apenas deverá ser enquadrado na moldura penal mais gravosa a título de dolo, sendo que a falta de atual consciência de ilicitude será sempre relevante³⁵. Assim, consonante Francisco Toledo, “o erro jurídico-penal, seja erro de tipo, seja erro de proibição, exclui sempre o dolo, se inevitável, por anular o elemento normativo ou o elemento intelectual do dolo”³⁶.

1.2.1 Teoria Extremada Do Dolo

Em conformidade com as construções da teoria psicológica-normativa da culpabilidade, a teoria extremada do dolo mantém o conhecimento atual da antijuridicidade como elemento integrante do mesmo. Assim, a compreensão pelo autor da contrariedade entre a conduta realizada e o direito configura-se como requisito para a imputação do fato a título doloso. Conforme ressalta Beling, o conhecimento da antijuridicidade deve ser atual, pois “*dolus significa reprovar al autor el hecho de no haber detenido ante el pensamiento de estar obrando antijurídicamente*”³⁷.

O dolo normativo, defendido pela teoria, abarca vontade, previsão e conhecimento da realização de uma conduta proibida³⁸. Como visto, o conhecimento da ilicitude é um elemento do dolo, assim como a vontade de realizar a conduta, de

³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5.ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000, p. 154.

³⁵ *Ibidem*, p. 146.

³⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. **Teorias do dolo e teorias da culpabilidade**. RT 566/271 e ss., São Paulo: RT, 1982. p. 271-272.

³⁷ BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal : la doctrina del delito-tipo**. Buenos Aires : Depalma, 1944. p. 72.

³⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Erro De Tipo e Erro De Proibição: Uma análise comparativa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 89.

modo que a sua ausência exclui a possibilidade de configuração de delito doloso. Francisco Muñoz Conde³⁹ explica que:

(...) para la teoría estricta del dolo, el conocimiento de la antijuridicidad debe tener, psicológicamente, el mismo carácter e intensidad que el conocimiento de cualquier otro dato configurador del hecho delictivo, sea este un simple elemento descriptivo del tipo de delito en cuestión, uno normativo o el presupuesto objetivo de una causa de justificación.

Trata-se, portanto, da exigência de conhecimento atual que, quando ausente, determina a inexistência do dolo. Isso configura a amplitude das consequências desta teoria, pois sempre que o sujeito agiu em erro inevitável, desconhecendo a ilicitude de sua conduta, terá dolo excluído.

A larga relevância do erro para a teoria extremada do dolo expressa-se na medida em que tanto o erro de direito, quanto o erro de fato, atingem diretamente ao dolo. Anulam-no em razão de seu elemento normativo ou de seu elemento intelectual. Como consequência, ambos excluem a culpabilidade, já que o dolo é integrante desta. Destarte, a distinção entre erro de fato e erro de direito era irrelevante, já que qualquer erro necessariamente excluiria o dolo.

O ponto de destaque desta teoria, contudo, é o tratamento conferido ao sujeito que agiu em erro evitável. Neste caso, responderá por crime culposos, desde que exista a previsão legal do crime praticado nesta modalidade. Considerando que uma gama extensa de delitos não prevê punição à imprudência, a exclusão do dolo acarreta impunidade a diversos casos de ignorância grosseira ao direito, sendo uma das críticas direcionadas a esta teoria.

Conforme Wessels esta vertente “beneficia a posição indiferente ao direito, pois atribui, também ao erro grosseiro e simplesmente indesculpável de valoração, efeito excludente do dolo”⁴⁰.

Cezar Roberto Bittencourt⁴¹ aponta para a distância entre a conduta de quem realiza um crime por desconhecer a realidade fática e, por outro lado, a atuação de quem sabe exatamente o que está fazendo, mas acredita que tal conduta é

³⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Valencia: Tirant Lo Banch, 1989, p. 25.

⁴⁰ WESSELS, Johannes. **Direito Penal – Parte geral**. Trad. De Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 101.

⁴¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Erro De Tipo E Erro De Proibição: Uma análise comparativa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 89.

permitida. O autor desaprova, assim, a paridade de tratamento jurídico conferido pela teoria extremada do dolo.

Tal posicionamento é igualmente adotado por Muñoz Conde⁴², afirmando que tratar ambas as situações com o mesmo nível de exigências jurídicas, e conferindo-lhes as mesmas consequências é inadmissível. Este autor ainda menciona a dificuldade probatória acarretada pela teoria extremada do dolo. Aponta a imprecisão em tratar o conhecimento de antijuridicidade como um problema de cognoscibilidade passível de verificação empírica, sendo em verdade, um problema de atribuição⁴³.

1.2.2 Teoria Limitada Do Dolo

A teoria limitada do dolo, por sua vez, buscou diminuir a impunibilidade nos casos de ignorância grosseira ao direito verificada em sua precursora. Para tanto, restringiu a aplicação do erro de direito, na medida em que o erro incompatível com os conhecimentos gerais sobre o ordenamento jurídico não seria relevante.

O conhecimento atual da ilicitude, assim, passa a ser elemento genérico, cuja exigibilidade à conformação delitiva é excluída nos casos de cegueira ou inimizade ao direito. Conforme Mezger, não se deveria perguntar se o autor poderia atuar de outra maneira naquelas circunstâncias, mas se haveria a possibilidade de agir de outra maneira de forma geral⁴⁴. Bittencourt explica que “com essa ‘equiparação’ ou ‘ficção’, Mezger substituiu, na teoria limitada do dolo, o conhecimento actual da ilicitude pelo conhecimento presumido”⁴⁵.

Para tanto, Mezger - idealizador e defensor quase unânime desta teoria - introduziu a noção de culpabilidade pela condução de vida⁴⁶. Visava mensurar a reprovabilidade do autor do delito e elevar a punibilidade dos criminosos habituais, que em decorrência do seu modo de vida, comumente não possuíam correta representação das normas penais⁴⁷.

⁴² MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Valencia: Tirant Lo Banch, 1989, p.27

⁴³ Ibidem, p.31

⁴⁴ MEZGER, Edmund. **Derecho Penal: Libro de Estudio - Parte General**. 6. ed. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 197.

⁴⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Erro De Tipo E Erro De Proibição: Uma análise comparativa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 90

⁴⁶ MEZGER, Edmund. Op. Cit. ,p. 251.

⁴⁷ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 602.

Neste sentido, Bittencourt apresenta a concepção de Mezger afirmando que “Chega-se, assim, a uma situação paradoxal, qual seja, a de excluir a culpabilidade exatamente daquele indivíduo que apresenta o comportamento mais censurável”⁴⁸. Mezger sustentava⁴⁹:

En consecuencia, es lógico que en este caso interese solamente la existencia objetiva de las circunstancias fundamentadoras y no su conocimiento de parte del autor. Precisamente, quien ignora su condición de delincuente habitual peligroso puede ser esencialmente "peligroso", en tanto que no se pruebe una culpabilidad mayor.

Como solução, sustentava a igualdade punitiva conferida aos delitos dolosos quando as condutas demonstrassem desprezo ou indiferença por valores fundamentais do ordenamento jurídico, ainda que ausente o conhecimento atual de ilicitude⁵⁰. Mezger precisava que haveria uma equiparação das consequências jurídicas do dolo, mas não do conceito. Se faltava consciência da antijuridicidade o dolo não existia, mas quando houvesse hostilidade ao direito, as consequências jurídicas seriam as mesmas⁵¹.

Welzel, neste sentido, indicou que a teoria limitada do dolo buscou otimizar a anterior de duas maneiras: criando um tipo auxiliar de “culpa jurídica” decorrente da ignorância do agente, ou seja, um *crime culpae* que sancionaria de maneira uniforme a falta de informação jurídica do autor; e considerando a relevância de condutas contrárias ao direito geral que, a partir dos conceitos já mencionados da cegueira jurídica e inimizade ao direito, desconsideram o erro por completo⁵².

O grande demérito desta teoria, portanto, é que para atribuir à conduta mencionados conceitos, utilizava-se de valorações incompatíveis com o princípio da culpabilidade, extrapolando a dimensão objetiva de punibilidade. Presumia-se o dolo quando a ignorância da ilicitude se desse em virtude da “cegueira jurídica” ou da

⁴⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Erro De Tipo E Erro De Proibição**: Uma análise comparativa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 67

⁴⁹ MEZGER, Edmund **Derecho Penal**: Libro de Estudio - Parte General. 6. ed. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 243.

⁵⁰ Ibidem, p. 250.

⁵¹ Ibidem, p. 251.

⁵² WELZEL, Hans. **O novo Sistema jurídico penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. De Luis Régis Prado da versão espanhola de Cerezo Mir. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001. p. 116.

“animosidade com o direito”, conceitos extremamente subjetivos e que ensejavam no malquisto direito penal do autor.

A teoria criou, assim, a possibilidade de condenação do agente não por aquilo que ele fez mas por aquilo que ele é⁵³. Além disso, Welzel apontava que a limitação criada por Mezger infringe o princípio da culpabilidade e permite uma concepção autoritária do Direito⁵⁴.

Finalmente, conforme destaca Muñoz Conde⁵⁵, esta teoria tampouco conseguiu resolver as críticas direcionadas à sua precursora. Além de equiparar ao conhecimento atual da antijuridicidade a outros conhecimentos intelectuais, não supre as lacunas que surgem em caso de erro evitável em delitos que não possuem previsão na modalidade culposa.

1.2.3 Teoria Modificada Do Dolo

Para a teoria modificada do dolo, o conhecimento da ilicitude mantém-se como requisito do dolo que, por sua vez, continua a ser elemento da culpabilidade. Assim, o erro de proibição inevitável, ao excluir o dolo, exclui a culpabilidade. Por outro lado, sua inovação diz respeito ao erro de direito evitável, que não será punido como crime culposos, como na teoria estrita do dolo, nem tampouco como crime doloso, como na teoria limitada do dolo.

Houve, portanto, uma tentativa de hipótese intermediária entre as teorias do dolo anteriores. Aqui, haveria punição a partir da pena atribuída a título de crime doloso, mas com a possibilidade de atenuação da mesma.

A partir desta teoria, foi admitida a separação entre tipo e antijuridicidade⁵⁶, e superada a tratativa do tema a partir das categorias romanas erro de fato e erro de direito.

Com isso, nas hipóteses em que o erro incide sobre a existência ou os limites das causas excludentes de ilicitude, há exclusão o dolo e a culpabilidade. Porém, em relação ao erro evitável, revela-se a inovação em relação às outras teorias do

⁵³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Erro De Tipo E Erro De Proibição**: Uma análise comparativa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 90; Francisco Toledo, Teorias, p. 272.

⁵⁴ WELZEL, Hans. **O novo Sistema jurídico penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. De Luis Régis Prado da versão espanhola de Cerezo Mir. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001, p. 116 – 117.

⁵⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Valencia: Tirant Lo Banch, 1989, p. 33.

⁵⁶ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 604.

dolo⁵⁷. Aqui, o erro evitável não será punido na forma culposa, mas sim dolosamente, sendo possível a atenuação da pena.

Por outro lado, quanto ao erro que versava sobre as circunstâncias fáticas de uma causa excludente de ilicitude, mantinha a mesma relevância prática do antigo erro de fato. Quando existente, excluiria o dolo e culpabilidade se invencível, e apenas o dolo, sendo punível como delito culposos, quando vencível.

1.3 TEORIA DOS ELEMENTOS NEGATIVOS DO TIPO

Esta vertente apresenta semelhanças com a teoria causal-naturalista, já que para ambas, a tipicidade e ilicitude são vistas como um todo unitário. Divergem, contudo, na relação de pertencimento: enquanto no injusto total projetado pela teoria causal naturalista a antijuridicidade abarca a tipicidade, na teoria dos elementos negativos do tipo a tipicidade engloba a ilicitude⁵⁸. Deste modo, todos os pressupostos da pena estariam abrangidos em um só conceito.

A principal inovação desta concepção, que teve Merkel como precursor foi tratar os elementos excludentes da ilicitude como inerentes ao delito, na forma negativa⁵⁹. Ao invés de deixar de punir um crime quando presentes as causas excludentes, enquadram-se estas causas como requisitos para a própria conformação delitiva.

A tipicidade, assim, depende da inexistência de causas excludentes da ilicitude e quando presente qualquer causa justificante não se exclui apenas a antijuridicidade, mas a própria tipicidade.

Os elementos positivos e negativos estariam congregados na mesma categoria, negando-se autonomia às causas excludentes de ilicitude⁶⁰. Com esta construção, seria possível superar as lacunas quanto ao erro em relação as discriminantes putativas, o qual teria o mesmo tratamento conferido ao erro de fato. Contudo, esta equiparação é uma das principais críticas em relação a esta teoria. A

⁵⁷ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.. 603.

⁵⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Erro de Tipo e Erro de Proibição**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 81.

⁵⁹ MERKEL, Adolf. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Ib de F, 2004. Tradução: Pedro Dorado Montero, p. 35.

⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Op. Cit.**, p. 82.

partir dela, não se distingue a prática de um fato que não é proibido (atípico) em relação a um que é proibido, mas excepcionalmente aceito.

Aos seus defensores, o tratamento paritário ao erro nas discriminantes putativas e ao erro de tipo justifica-se porquanto as causas excludentes de ilicitude sejam elementos do próprio tipo, em uma noção negativa. Deste modo, se o erro sobre as causas de justificação for invencível não haverá dolo e nem culpa. Em caso de erro vencível, exclui-se o dolo, subsistindo a possibilidade de responsabilização culposa.

Contudo, segundo apontava Munhoz Netto⁶¹, tal classificação é inaceitável, pois as causas justificantes não são fatores de negação da tipicidade, mas espécies de ignorância da antijuridicidade. Welzel argumentava, no mesmo sentido, a partir da absurda equiparação entre matar uma mosca e matar uma pessoa em legítima defesa, a impossibilidade em igualar uma conduta permitida a uma conduta atípica⁶².

1.4 TEORIA NORMATIVA PURA DA CULPABILIDADE

Com o declínio do determinismo lógico e a crise da culpabilidade enquanto elemento puramente subjetivo, a teoria normativa pura desenvolveu-se a partir da construção tripartida do delito, inovando no que diz respeito a construção de cada um dos elementos delitivos. Foi originada com a teoria finalista da ação, tendo Welzel como dogmático central.

Welzel atribuiu a Dohna⁶³ a separação da reprovabilidade e o objeto reprovado, ou seja, entre o dolo e a culpabilidade⁶⁴. À doutrina finalista coube, então,

⁶¹ MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 94.

⁶² WELZEL, Hans. **O novo Sistema jurídico penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. De Luis Régis Prado da versão espanhola de Cerezo Mir. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001. p. 63.

⁶³ Graf du Dohna indicava que nem sempre havia relação psíquica entre o autor e o fato, já que esta relação não estava presente nos delitos culposos. Assim, explicava que “toda tentativa de descobrir, também na ação culposa uma relação psíquica, de qualquer índole que seja, entre o autor e o fato, e reconhecer naquela relação a característica comum da culpabilidade, está fadada ao fracasso. A essência da culpabilidade descansa na valoração do tipo subjetivo, como a essência da antijuridicidade na valoração do tipo objetivo. Tanto este quanto aquele podem carregar um caráter positivo ou negativo”. Ressaltava, portanto, que a culpabilidade é uma valoração, criticando a teoria psicológica da culpabilidade - DOHNA, Alexander Graf du. **La estructura de la teoría del delito**. Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1959. Tradução: Carlos Fontán Balestra, pp. 34 e 61.

⁶⁴ WELZEL, Hans. **Op. Cit.** pp. 90 e 91.

alocar o dolo em uma das categorias delitivas, incluindo-o na tipicidade subjetiva dos delitos dolosos, como espécie da vontade final da ação⁶⁵.

Ante este processo de reorganização, Welzel ressaltou que nenhum dos elementos anteriores se perdeu, mas que o remanejamento conforme a estrutura finalista permitiu soluções mais adequadas aos problemas de participação, do erro de proibição etc⁶⁶.

Conforme a concepção finalista, portanto, a vontade (dolo) torna-se o núcleo da ação, ou do “injusto pessoal do agir”⁶⁷. Apenas a conduta voltada a um fim seria relevante ao direito. Segundo Welzel⁶⁸, “Todos os impulsos têm duplo aspecto: uma determinada força e um determinado conteúdo de finalidade”.

Com isso, além de ser modificada a compreensão da conduta, já que o dolo passa a figurar como elemento da ação, foi necessária uma reestruturação por completo da teoria do delito outrora predominante. O dolo, até então integrante da culpabilidade, é deslocado para a ação; e esta, por sua vez, integra a tipicidade. A culpa, também foi deslocada para o tipo como forma de conduta humana. Luiz Flávio Gomes⁶⁹ explica que

(...) o dolo, que é psicológico, é afastado do âmbito da culpabilidade e passa a compor o tipo subjetivo dos delitos dolosos. A culpa, do mesmo modo, como forma de conduta humana, também passa a fazer parte do tipo nos crimes culposos.

A tipicidade, portanto, deixa de representar elementos puramente objetivos já que o dolo e a culpa passam a integrar a tipicidade subjetiva. A inclusão do dolo e da culpa na tipicidade, trouxeram facilidades da construção delitiva, já que além de reunir elementos subjetivos em uma mesma categoria, possibilitou melhor enquadramento técnico da tentativa, da participação e dos erros de tipo e de proibição⁷⁰.

⁶⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Erro De Tipo e Erro De Proibição**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 91; WELZEL, Hans. **O novo Sistema jurídico penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. De Luis Régis Prado da versão espanhola de Cerezo Mir. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001 .p. 83.

⁶⁶ WELZEL, Hans. Op. Cit. p. 83.

⁶⁷ FRAGOSO, Heleno Claudio. **Conduta punível**. São Paulo: Jose Bushatsky, 1961, p. 18

⁶⁸ WELZEL, Hans. Op. Cit., p. 97.

⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p. 91.

⁷⁰ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendencias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 86.

Para que a conduta possa ser enquadrada como típica, e assim relevante ao Direito, exige-se que seja direcionada a um fim. Contudo, o dolo é composto apenas de conhecimento e vontade. Trata-se de um dolo natural, livre da necessidade de conhecimento da ilicitude.

O conhecimento da antijuridicidade, por sua vez, permanece integrando a dimensão da culpabilidade. Deixa de figurar como um requisito subjetivo ou psicológico, assumindo função de dado normativo, que traduz parcialmente a possibilidade de evitar o delito. Trata-se de conhecimento potencial e não atual, superando a dificuldade probatória em demonstrar que o agente efetivamente conhecia a antijuridicidade da conduta, para comprovar apenas que poderia conhecer.

Explicava Welzel que a consciência da antijuridicidade é a razão pela qual o dolo é reprovável. A resolução da vontade antijurídica que é reprovável ao autor, apenas o é porque o autor conhecia a antijuridicidade da conduta. Argumentou que “Daí se deduz que o conhecimento do injusto não é um elemento do dolo, mas apenas da reprovabilidade”⁷¹.

Ao seu lado, figura a exigibilidade de conduta diversa ou exigibilidade de obediência ao direito. De acordo com Welzel, ainda que fossem verificadas a imputabilidade e possibilidade de conhecimento do injusto, seria preciso uma possibilidade atuação concreta conforme o direito⁷². Isto porque, segundo o autor, apesar de a imputabilidade demonstrar uma capacidade geral em atuar conforme o ordenamento, a situação concreta impossibilita ao autor que aja deste modo⁷³.

A imputabilidade, assim, também figura como elemento constitutivo da culpabilidade, já que dá amparo à valoração da reprovação necessária ao autor. Portanto, remanesceram na culpabilidade apenas juízos normativos. Esta é, no dizer de Maurach⁷⁴, uma das principais contribuições da teoria normativa pura da

⁷¹ WELZEL, Hans. **O novo Sistema jurídico penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. De Luis Régis Prado da versão espanhola de Cerezo Mir. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001. p. 117.

⁷² Ibidem, p. 138.

⁷³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de Tipo e Erro de Proibição**: Uma análise comparativa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 78.

⁷⁴ MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. v. II. Trad. Córdoba Roda. Barcelona, Ed. Ariel, 1962. P. 25.

culpabilidade, pois ao extrair os elementos subjetivos que antes a integravam, produziu-se a primeira noção verdadeiramente pura da culpabilidade⁷⁵.

Os requisitos da culpabilidade, contudo, não foram tratados de maneira uniforme. Em um primeiro momento, Welzel entendia o estabelecimento da culpabilidade material como a cumulação entre a imputabilidade, e a compreensão ou possibilidade de compreensão do injusto. Esta, por sua vez, poderia ser excluída nos casos em que não fosse exigível do autor atuação conforme o direito⁷⁶. Numa segunda fase de desenvolvimento da teoria, ampliou-se o conceito da culpabilidade. Welzel reformulou a construção anterior, apresentando os requisitos como: dois pressupostos existenciais, i. liberdade de vontade e ii. Imputabilidade; dois requisitos intelectuais, i. conhecimento ou cognoscibilidade do tipo e ii. da antijuricidade, e por fim, um requisito volitivo – a exigibilidade de obediência ao direito⁷⁷.

Importante destacar, todavia, que em ambos os momentos a imputabilidade aparece como elemento da culpabilidade. Na medida em que o conteúdo da ação finalista esteja fortemente relacionado a possibilidade de se autodeterminar, de poder agir de outro modo, a capacidade do sujeito é essencial para que possa ser reprovado. Neste sentido, Maurach mencionava que começa com a imputabilidade e o conhecimento do injusto a esfera própria da culpabilidade⁷⁸.

A culpabilidade, assim, foi considerada um juízo de valor acerca da conduta perpetrada, resultando em um grau de reprovação que recai sobre o autor. A medida desta reprovação estaria apoiada na evitabilidade concreta do ato criminoso. Não se trata, portanto, de um elemento subjetivo, mas normativo, composto pela capacidade de distinguir o que é proibido, pelo desejo em agir a despeito de tal compreensão, e pela possibilidade jurídica de se exigir um comportamento diferente⁷⁹. Luiz Flávio Gomes ressalta que a culpabilidade segundo a teoria finalista da ação é puramente valorativa ou normativa⁸⁰.

⁷⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de Tipo e Erro de Proibição**: Uma análise comparativa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 69.

⁷⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Erro de Tipo e Erro de Proibição**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 93.

⁷⁷ WELZEL, Hans. **O novo Sistema jurídico penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. De Luis Régis Prado da versão espanhola de Cerezo Mir. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001. p. 93 et seq.

⁷⁸ MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. v. II. Trad. Córdoba Roda. Barcelona, Ed. Ariel, 1962. p. 29.

⁷⁹ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 515

⁸⁰ GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p. 91.

O tratamento do erro a partir desta teoria passou por profundas mudanças. Isto se deve, essencialmente, à separação entre o conhecimento da ilicitude e o dolo, de modo que o erro sobre cada um destes elementos incide em planos distintos do delito. Neste contexto, surgem as teorias da culpabilidade, que trabalham as consequências da ignorância de antijuridicidade, conforme demonstrado a seguir.

1.4.1 Teoria Extremada Da Culpabilidade

A teoria extremada da culpabilidade foi desenvolvida a partir da doutrina finalista, como consequência imediata, já que seu idealizador também foi Hans Welzel. Como visto, foram separados o dolo e a consciência de ilicitude. Aquele, passou a integrar a tipicidade subjetiva e esta permaneceu como elemento da culpabilidade.

Assim, como o dolo pertence ao tipo, apenas será reprovável se o autor conheceu as circunstâncias que pertencem ao tipo. O dolo será excluído se o agente errar quanto a uma circunstância objetiva do tipo legal. Se o erro for evitável, o autor poderá ser punível a título de culpa, caso o fato haja previsão legal nesta modalidade⁸¹.

O dolo, aqui, é o dolo natural, entendido como o conhecimento e a vontade de realizar os elementos do tipo. Esta é, segundo Muñoz Conde, a principal consequência desta teoria já que, ao apartar o dolo do conhecimento de antijuridicidade, o nível de exigência de ambos deixa de ser o mesmo. A consciência da ilicitude, a partir de então, não tem que ser atual, senão potencial⁸².

Com tais pressupostos, todo o erro sobre a antijuridicidade é, na teoria extremada da culpabilidade, enquadrado como erro de proibição, ou seja, tratado de modo diverso daquele equívoco que recai sobre o elemento intelectual do dolo, denominado de erro de tipo⁸³. Isto ocorre ainda que referido erro tenha sido

⁸¹ WELZEL, Hans. **O novo Sistema jurídico penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. De Luis Régis Prado da versão espanhola de Cerezo Mir. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001. P. 126.

⁸² MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Valencia: Tirant Lo Banch, 1989, p.33

⁸³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de Tipo e Erro de Proibição**: Uma análise comparativa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 91

originado não pela ignorância ou engano sobre a ilicitude da conduta, mas pelo erro sobre as causas que excluem a antijuridicidade, as causas justificantes.

Repise-se: o erro de proibição verifica-se tanto nos casos em que o erro recaia sobre a proibição direta (desconhecer a ilicitude da conduta), quanto nos casos das discriminantes putativas, quando o autor erra sobre uma causa que se existisse, tornaria a conduta lícita.

Conforme salienta Cirino dos Santos, a teoria em questão atribui a mesma consequência a todas as modalidades de erro de proibição, tratando de forma semelhante o erro quanto a realidade e o erro quanto a juridicidade⁸⁴. Neste sentido, afirmava Welzel⁸⁵:

A crença equivocada de que concorre uma causa de justificação é um caso de erro de proibição. Tanto se o autor erra sobre os pressupostos objetivos ou sobre os limites jurídicos de uma causa de justificação, como se acredita que concorre uma causa de justificação que não é reconhecida pelo Direito, em todos esses casos erra sobre a antijuridicidade da realização dolosa do tipo.

O tratamento conferido nestas hipóteses será a exclusão da punibilidade, quando o erro for invencível, já que ausente a culpabilidade. Se vencível o erro, a culpabilidade estará presente, motivo pelo qual o fato será punível. Não haverá, neste caso, nenhuma relevância sobre o dolo, mantendo-se intacto. Esta é a razão pela qual, em sendo o erro evitável, a punição será a título doloso, podendo ser minorada em razão deste erro⁸⁶.

Welzel indicava ser mais fácil ao autor autodeterminar-se quando conhece a antijuridicidade do que quando o conhecimento não era efetivo, mas era possível mediante um exame mais profundo de reflexão. Portanto, neste caso continua sendo a conduta reprovável, mas em menor medida. Por isso, o erro de proibição atenua a

⁸⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Revan. 2. Ed. 2002, p. 196 – 196.

⁸⁵ WELZEL, Hans. **O novo Sistema jurídico penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. De Luis Régis Prado da versão espanhola de Cerezo Mir. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001. p. 129.

⁸⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de Tipo e Erro de Proibição**: Uma análise comparativa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 91.

reprovabilidade e, por conseguinte, a pena. Se o desconhecimento era escusável, ficam excluídas completamente a reprovabilidade e a pena⁸⁷.

A relevância do erro de proibição evitável, portanto, é identificada a partir da possibilidade de haver diminuição na pena fixada a título doloso. Tratam-se as descriminantes putativas (erro sobre as causas justificantes) como excludentes da culpabilidade, desde que inevitáveis, mas mantendo íntegro o dolo quando evitável.

Na medida em que apenas o potencial conhecimento da ilicitude é necessário⁸⁸, a teoria extremada da culpabilidade supre, em larga escala, as lacunas remanescentes nas teorias do dolo. Isso porque, além de manter intacto o dolo e a culpa em casos de desconhecimento sobre a ilicitude, a consciência potencial acerca da ilicitude é um dado que pode ser provado, ao contrário do conhecimento atual da mesma.

A despeito dos diversos pontos positivos trazidos por esta construção teórica, ela não é imune de críticas. Pondera-se que o apartamento entre conhecimento dos elementos do tipo e da antijuridicidade, em que pese possível sistematicamente, é pouco auferível na prática. Muitas vezes os elementos do tipo e da ilicitude se confundem. Exemplo disto é quando o tipo faz menção a conceitos inerentes à antijuridicidade, como o termo “ilegais”; ou a hipótese de delitos omissivos impróprios, em que a posição de garante determina a tipicidade, mas esta iminentemente ligada ao conhecimento da obrigatoriedade em agir.

Além disso, critica-se o tratamento unitário conferido ao erro quanto à antijuridicidade. Entende-se que, por um lado, admitir de forma equivocada a existência de uma causa de justificação não reconhecida pela lei e, por outro, errar em relação aos limites de uma causa de justificação admitida legalmente, são situações que merecem tratamentos diversos.

Muñoz Conde⁸⁹ ilustra o distanciamento entre ambos os erros a partir de dois exemplos. Explica o erro fático quanto a causa de justificação como o soldado que atira contra um grupo que acredita ser de terroristas preparando um atentado. Por sua vez, o erro quanto aos limites ou a existência da causa justificante é ilustrado por um soldado que dispara contra um grupo de manifestantes pacíficos,

⁸⁷ WELZEL, **O novo Sistema jurídico penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. De Luis Régis Prado da versão espanhola de Cerezo Mir. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001. pp. 123 e 124.

⁸⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Valencia: Tirant Lo Banch, 1989, p. 33.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 38.

protestando contra o governo, por acreditar que esta é a sua função. Assim, acredita que o tratamento entre ambos os casos não deveria ser uniforme.

1.4.2 Teoria Limitada Da Culpabilidade

Visando superar justamente a uniformidade de tratamento conferido ao erro aflitivo da consciência de ilicitude que a teoria limitada da culpabilidade foi desenvolvida. Aqui, o erro sobre a consciência de ilicitude não tem um tratamento homogêneo, ao contrário da sua precursora. O erro quanto as excludentes de ilicitude podem ter o mesmo tratamento do erro de tipo ou do erro de proibição, a depender de sua causa.

O ponto da divergência entre esta teoria e a antecedente são as discriminantes putativas, ou seja, o erro quanto às causas excludentes da ilicitude. Na teoria extremada, o agente que incorre em erro sobre discriminante putativa, incorre em erro de proibição: afeta a culpabilidade e o dolo mantém-se intacto. Na teoria limitada, por outro lado, o tratamento não será uniforme, equiparando-se por vezes ao erro de tipo e outras ao erro de proibição.

As discriminantes putativas decorrentes de uma errada compreensão das circunstâncias fáticas pelo agente serão equiparadas ao erro de tipo e, com isso, terão o dolo excluído, podendo conformar-se um delito imprudente. Tal erro é denominado erro de tipo permissivo⁹⁰.

De outro lado, o erro sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação, será tratado como erro de proibição, o que foi denominado de erro de permissão ou erro de proibição indireto. Bittencourt explica tal diferenciação⁹¹:

Ou seja, no erro de fato sobre a causa justificativa (discriminante putativa fática) o autor queria observar a lei e só não cumpriu por desconhecer a realidade, enquanto na outra, representa viciosamente o âmbito do dever jurídico.

Muñoz Conde apresenta os argumentos favoráveis a esta teoria, entre eles o de que quando o sujeito erra quanto aos pressupostos fáticos das causas de

⁹⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de Tipo e Erro de Proibição**: Uma análise comparativa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 92.

⁹¹ Ibidem, p. 106.

justificação, quer agir conforme aquilo que a Lei autoriza, já quando erra quanto aos limites desta mesma causa, supõe estar permitido algo que a Lei proíbe⁹².

Relevante perceber que o tratamento diferenciado concedido às discriminantes putativas, de acordo com a origem do erro, não possui apenas relevância formal. A relevância prática é destacada por Bittencourt⁹³. Veja-se, por exemplo, que no erro de tipo invencível, afasta-se o injusto típico de modo tal que a vítima suporta o fato como se fosse lícito, sendo inadmissível a legítima defesa por parte desta. No erro de proibição, ainda que invencível, permite-se que a vítima aja em legítima defesa, pois não se afasta o injusto típico, mas apenas a culpabilidade do agente.

A mesma relevância se dá no que tange a participação de terceiro. Ainda que este soubesse que o autor incorreu em erro de fato, sua punibilidade seria afastada pelo princípio da acessoriedade limitada da participação no erro de tipo: o fato cometido não é um injusto típico, de modo que o partícipe não responderá por isso. De outro lado, na medida em que o erro de proibição atinge apenas a culpabilidade, admite-se a punibilidade do partícipe, pois a ação permanece típica e antijurídica.

Finalmente, verifica-se a importância da separação para o tratamento da tentativa. Enquanto no erro de tipo a tentativa não será punível, ainda que o erro seja vencível, pois exclui-se o dolo e inexistente a figura de tentativa culposa, no erro de proibição a tentativa é punível quando o erro for vencível, pois o dolo se mantém intacto.

Desta feita, sendo tamanha a relevância do enquadramento em uma ou outra modalidade de erro, o grande problema desta construção é a dificuldade na diferenciação prática. Existem inúmeros casos em que é impossível distinguir o erro sobre a existência de uma norma e o erro sobre uma situação fática, propiciando tratamento completamente díspares para situações essencialmente semelhantes.

⁹² MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989, p. 39.

⁹³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de Tipo e Erro de Proibição: Uma análise comparativa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 93.

2 A TEORIA DO ERRO NO ÂMBITO BRASILEIRO

Vistas as teorias que se encarregaram do tratamento conferido ao erro, necessário verificar a utilidade destas construções no âmbito doutrinário e legislativo do Brasil. Neste ínterim, comprova-se a contribuição de Alcides Munhoz Netto ao tema e sua posição crítica em face dos textos legais.

Alcides Munhoz Netto destacou-se como professor da Universidade Federal do Paraná, Promotor e Procurador Geral de Justiça, bem como na advocacia, tendo ocupado o cargo de Presidência da OAB, seccional do Paraná. Além da dedicação à doutrina nacional, estudou a fundo o direito alienígena, acirrando as discussões travadas durante a elaboração de importantes legislações penais, principalmente no concernente ao tema ora abordado⁹⁴. Segundo o Prof. Accioly Netto⁹⁵:

Dentre os temas mais árduos que enfrentou está a questão do erro em matéria penal. Ninguém poderá negar que Alcides Munhoz Netto estará presente, “de lege ferenda” na revolução normativa operada no tratamento dispensado ao erro em matéria penal. Esse rompimento com o passado em uma época em que o passado já não orienta o presente, para associar o Código Penal com o futuro, a História do Direito Penal fica a dever de Alcides Munhoz Netto. O seu Direito Penal do Erro está definitivamente consagrado no Direito Penal positivo, premiando-lhe, assim, a coragem do pioneirismo e o destemor de manter inabaláveis suas convicções de que quando é necessário mudar, a mudança deve ser realizada mesmo contra a maré dos conformistas e dos pusilânimes.

Uma das principais preocupações de Alcides Munhoz Netto foi a mitigação do princípio da *error juris nocet*, entendendo que a punição inobstante a ignorância acerca da proibição da conduta não coaduna com o princípio da culpabilidade.

Neste assunto, contudo, não foi precursor. A perspectiva foi inaugurada no Brasil por Virgílio de Sá Pereira com o anteprojeto que seria publicado em 1927. O desembargador pretendia excluir da legislação a irrelevância do erro sobre a antijuridicidade, alinhando-se ao Código Suíço. Possibilitaria, assim, a atenuação da pena por ignorância da lei em infrações convencionais ou quando a infringência da Lei se desse por sincera ignorância de ser ilícito o ato praticado.

O projeto de Sá Pereira já havia sido aprovado pela Câmara dos Deputados e chegado ao Senado. No entanto, com a instituição do Estado Novo e as profundas

⁹⁴ KUEHNE, Maurício. Considerações Gerais. In: KUEHNE, Maurício et al. **Ciência Penal Coletânea de Estudos**: Homenagem a Alcides Munhoz Netto. Curitiba: J M, 1999. Cap. 1. p. 5-12.

⁹⁵ Ibidem, p. 9.

alterações no cenário político brasileiro, o projeto não prosperou. Foi então incumbido a Alcântara Machado a elaboração de um novo Código Penal, o qual se encontra em vigor até hoje⁹⁶.

A despeito das inovadoras tendências do projeto fracassado, o Código Penal de 1940 filiou-se ao Código Rocco de 1930⁹⁷, mantendo a irrelevância da ignorância da Lei. Ainda, permanecia submetendo o tratamento do erro à dicotomia romana *error facti* e *error juris*. A legislação, em conformidade com o modelo causal de crime, fazia, assim, distinção entre erro de fato, que excluía o dolo, e erro de direito, o qual era irrelevante ante o princípio *error juris nocet*⁹⁸.

Em 1961 Alcides Munhoz Netto já se preocupava em conciliar a aplicação das leis independentemente de seu conhecimento, de modo a garantir a eficácia plena das Leis Penais e, por outro lado, a indispensabilidade de que a repreensão estatal decorresse da consciente violação à ordem jurídica⁹⁹.

O Código então vigente, foi substituído pelo Código Penal de 1969, calcado no Anteprojeto do Ministro Hungria. Este código insistia na bipartição entre erro de fato e erro de direito, e reproduzia a irrelevância da ignorância da lei. Tal posição foi duramente criticada por Alcides Munhoz Netto, estando os argumentos apresentados entre suas grandes contribuições ao tema. O Código de Hungria restou revogado antes mesmo de entrar em vigor, tendo permanecido nove anos em *vacatio legis*.

A parte geral do Código de 1940 foi, então, reformada pela Lei nº 7.209 de 11 julho de 1984, tendo sido elaborada por uma Comissão de coordenação do Ministro Francisco de Assis Toledo. A oposição de Munhoz Netto foi, novamente, relevante; havendo quem defenda sua posição ainda hoje¹⁰⁰.

⁹⁶ BARRILARI, Claudia Cristina. **Panorama da Idade Penal na Legislação Brasileira**. In: BADARÓ, Gustavo Henrique et al (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Cap. 25. p. 730.

⁹⁷ BARBOSA, Licínio. **Uma Nova Legislação Penal para o Brasil**. In: KUEHNE, Maurício et al (Org.). *Ciência Penal Coletânea de Estudos: Homenagem a Alcides Munhoz Netto*. Curitiba: J M, 1999. p. 260.

⁹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 6.ed. ampl. e atual. – Curitiba, PR. ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 298.

⁹⁹ MUNHOZ NETTO, Alcides. **Erro de Fato e Erro de Direito no anteprojeto de Código Penal**. *Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba*, v. 9, n. 0, p.33-52, out. 1961.

¹⁰⁰ CANTARINO, Víctor Vale. **O erro sobre discriminantes putativas no ordenamento jurídico brasileiro**. *Vianna Sapiens, Juiz de Fora*, v. 7, n. 1, p.83-107, jan./jun. 2016.

2.1 A CRÍTICA DE ALCIDES MUNHOZ NETTO AO ANTEPROJETO DE 1969

O anteprojeto de Hungria manteve a estrutura do Código anterior, tendo sido repudiado pela doutrina jurídico penal em virtude das marcantes características autoritárias, próprias do regime em que foi promulgado¹⁰¹. Assim, também o tratamento dispensado ao erro a partir da dicotomia *error facti* e *error juris* espelhou o regime anterior.

Alcides ressaltava que o posicionamento adotado, mantendo a bipartição romana, dificultava o trabalho do julgador, o qual teria que decidir se tratava-se de falsa representação quanto ao fato ou direito. Esta insuficiência podia ser demonstrada tanto a partir das discriminantes putativas, quanto em relação aos elementos normativos do tipo, nas quais, segundo o autor, haveria um misto de erro de fato e erro de direito.

O mestre defendia a adoção da distinção erro de tipo e erro de proibição, afirmando a maior precisão técnica destes conceitos. Explicava Munhoz Netto¹⁰²,

Recaindo sobre as circunstâncias que pertencem à figura delituosa, o erro de tipo tanto pode se originar de uma falsa representação de seus elementos materiais, quanto de uma errônea valoração do sujeito acerca de um elemento normativo, como seria o caso do erro a respeito da natureza criminosa do fato imputado, no crime de calúnia. Da mesma forma, o erro de proibição, versando sobre fatores que dão à conduta o caráter de ilícita, pode resultar da má apreciação do direito ou da errada avaliação dos fatos, como sucede nas hipóteses de discriminantes putativas.

A denominação proposta, contudo, foi rechaçada pelo Ministro Nelson Hungria, ao mencionar que tal modificação “atenderia apenas à preocupação de substituir a simplicidade pela preocupação ou de inovar pelo puro prazer de inovar, ainda que para pior”¹⁰³. Hungria defendia, portanto, que o erro de fato, se escusável, excluía qualquer espécie de culpabilidade; e se vencível, excluía o dolo, mas não a

¹⁰¹ BARBOSA, Licínio. **Uma Nova Legislação Penal para o Brasil**. In: KUEHNE, Maurício et al (Org.). *Ciência Penal Coletânea de Estudos: Homenagem a Alcides Munhoz Netto*. Curitiba: J M, 1999. p. 260.

¹⁰² MUNHOZ NETTO, Alcides. **Erro de Fato e Erro de Direito no anteprojeto de Código Penal**. *Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba*, v. 9, n. 0, p.33-52, out. 1961. pp. 35/36.

¹⁰³ ACCIOLY NETO, Francisco. **Alcides Munhoz Netto e o erro em matéria penal**. In: KUEHNE, Maurício (Org.). *Ciência Penal Coletânea de Estudos: Homenagem a Alcides Munhoz Netto*. Curitiba: J M, 1999. p. 168.

culpa. Quanto ao erro de direito inescusável o agente responderia a título de dolo, e se escusável, com dolo atenuado.

Apesar das corajosas ponderações de Munhoz Netto sobre o tema, o Anteprojeto de Hungria de 1969, alinhado a concepção normativa da culpabilidade, insistiu em manter a ultrapassada distinção. Quanto ao erro de direito, o artigo 20 do anteprojeto ressaltava apenas que¹⁰⁴:

A pena pode ser atenuada por outra menos grave ou mesmo excluída quando o agente, por escusável ignorância ou erro de interpretação da lei, supõe lícito o fato.

Destarte, ainda que a ausência de representação de ilicitude incidisse na conduta perpetrada, a censurabilidade não seria excluída. Poderia apenas ser atenuada, mas apenas nos casos de erro invencível¹⁰⁵. A este respeito, Munhoz Netto concluía que o novo Código mantinha a responsabilidade sem culpa ao punir a ignorância da antijuridicidade por erro de direito, conquanto fosse invencível. No mais, entendia que ainda que o erro fosse inescusável, não se justificaria a punição a título de dolo.

A desigualdade de tratamento entre a inevitável suposição de licitude por erro de fato, que excluía a pena, e a escusável suposição de licitude por erro de direito, significava, ao mestre, que o Direito brasileiro criava para a segunda hipótese autêntica presunção de culpabilidade¹⁰⁶. O autor defendia que o princípio da anterioridade da Lei penal, é ineficaz se os destinatários das leis serão punidos ainda que dela não tenham conhecimento.

Visando solucionar as aludidas falhas, Munhoz Netto propôs alteração legislativa ao artigo 20 do Código de Hungria, permitindo nos casos de “erro de direito” além da alteração ou substituição da pena, o perdão judicial. Para tanto, além da mudança legal, seria necessária a resignificação do artigo 16¹⁰⁷ do Código Penal. Tal dispositivo, que determinava a inescusabilidade do desconhecimento da

¹⁰⁴ BRASIL. **Decreto Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969**. Art. 20. Brasília

¹⁰⁵ MUNHOZ NETTO, Alcides. **A culpabilidade no novo código**. Tese apresentada ao IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, reunido em Recife, de 02 a 08 de agosto de 1970. in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Ano 13. nº13. Curitiba: 1970. p. 120.

¹⁰⁶ MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 120.

¹⁰⁷ BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Art. 16. A ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena. Brasília.

lei, deveria ser interpretado como óbice de eficácia ao erro sobre o conhecimento da Lei e não quanto a ignorância da norma¹⁰⁸.

A diferença foi explicada pelo autor. O desconhecimento da lei não acarreta, necessariamente, o desconhecimento da proibição. Apenas se desconhecida a norma haverá presunção de que a parte agiu crendo na legitimidade de seu comportamento¹⁰⁹.

Alcides também rebateu a alteração promovida pelo anteprojeto quanto a substituição da definição do erro de direito. Este, até então concebido como ignorância ou errada compreensão da lei, passou a ser tratado como ignorância de ilicitude, mantendo-se a antiga denominação “erro de direito”.

Neste contexto, o mestre indicou que ao converter o antigo conceito na crença de licitude do fato, o projeto estava, em verdade, utilizando-se da conceituação de erro de proibição. Assim, o Código de 1969 valia-se do erro de proibição sob nomenclatura de erro de direito e, por outro, lado mantinha intacta a formulação do erro de fato. O anteprojeto dava lugar “à uma divisão híbrida e pouco precisa entre erro de fato e erro de proibição”¹¹⁰.

O tratamento do erro de fato, por sua vez, estava previsto no artigo 21¹¹¹ do anteprojeto e dispunha que seria:

(...) isento de pena quem, ao praticar o crime, supõe, por erro plenamente escusável, a inexistência de fato que o constitui, ou a existência de situação de fato que tornaria a ação legítima.

A grande perplexidade de Munhoz Netto, neste ponto, se dava em relação a equiparação das discriminantes putativas aos casos de puro erro de fato. Ainda quanto ao erro de fato, o autor explicava que dentre os elementos do tipo existem os de natureza normativa, que requerem valoração jurídica por parte do agente. Demonstrava, assim, a dificuldade em enquadrar tais enganos enquanto erro de fato ou erro de direito¹¹².

¹⁰⁸ MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 126.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 127.

¹¹⁰ MUNHOZ NETTO, Alcides. **Erro de Fato e Erro de Direito no anteprojeto de Código Penal**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 9, n. 0, p.33-52, out. 1961. p. 36.

¹¹¹ BRASIL. **Decreto Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969**. Art. 21. Brasília

¹¹² MUNHOZ NETTO, Alcides. Op. Cit., p. 34.

Segundo Francisco Accioly Neto, dois fatores foram necessários para a enfim derrocada da distinção romanística¹¹³. O primeiro foi o advento da culpabilidade normativa. Na medida em que a consciência da ilicitude passou a ser necessária não seria mais possível admitir-se a inescusabilidade do erro de direito¹¹⁴. O segundo foi o reconhecimento de elementos normativos do tipo, destacando a insuficiência da distinção entre erro de fato e erro de direito.

Quanto ao primeiro fator, verifica-se, novamente, a contribuição de Alcides Munhoz Netto. O autor contra argumentava cada um dos fundamentos que embasavam a vigência do princípio *ignorantia iuris non excusat*. Em face do argumento de que a norma precede a lei e, com isso, estaria presente na consciência de todos, o autor fundamentava que tal raciocínio vai contra pilares do direito penal moderno, qual sejam, o princípio da anterioridade da lei penal, bem como da irretroatividade da lei mais severa.

No mais, fundamentava que, a despeito da obrigatoriedade da lei, o descuido em conhece-la não pode ser equiparado ao crime realizado com desobediência consciente ao ordenamento. Ainda, indicava que o problema da dificuldade de prova é um problema estranho ao Direito Penal.

Munhoz Netto rebateu, ademais, a argumentação de Nelson Hungria quanto aos efeitos do analfabetismo. Segundo o Ministro, em países como o Brasil, em que o analfabetismo atingia (e atinge) grandes proporções, admitir o erro de direito acarretaria consequências indesejáveis. Aquele contestou¹¹⁵, afirmando que justamente em virtude da dificuldade em conhecer as leis é que o erro de direito é relevante e essencial ao sentido de justiça:

Precisamente, onde o número dos que desconhecem a lei é maior, é que mais condenável se torna a rigidez do error iuris nocet, sendo absurdo pretender que a lei, elaborada para quem sabe ler e meditar, raciocinar e deliberar com segurança sobre os problemas da vida, seja indistintamente aplicada a todos os brasileiros.

¹¹³ ACCIOLY NETO, Francisco. **Alcides Munhoz Netto e o erro em matéria penal**. In: KUEHNE, Maurício (Org.). *Ciência Penal Coletânea de Estudos: Homenagem a Alcides Munhoz Netto*. Curitiba: JM, 1999. p. 169.

¹¹⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Culpabilidade e a problemática do Erro jurídico-penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

¹¹⁵ MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 74.

Inobstante a controvérsia, apenas com a elaboração de um novo anteprojeto a dicotomia erro de fato - erro de direito, pode ser revista. Tais conceitos que já eram há muito criticados por Alcides Munhoz Netto, também foram rejeitados por outros grandes nomes da doutrina nacional, dentre eles Everaldo da Cunha Luna e Francisco de Assis Toledo¹¹⁶. O autoritário Código Penal de Hungria, por sua vez, jamais aderiu às referidas reflexões. Permaneceu por um longo período em *vacatio legis* e foi revogado em 1978, sem ter entrado em vigor.

Destarte o meio Código de 1984, que reformou a Parte Geral do Código Penal de 1940, inaugurou em nosso ordenamento a distinção entre erro de tipo e erro de proibição. Contudo, manteve-se a divergência doutrinária entre aqueles que propunham a adoção da teoria extremada da culpabilidade e os partidários da teoria limitada da culpabilidade.

2.2 A CONTROVÉRSIA ENTRE AS TEORIAS DA CULPABILIDADE NA REFORMA DA PARTE GERAL DE 1984

A reforma da parte geral de 1984 adotou a teoria finalista, principalmente a partir das concepções de Hans Welzel e Reinhart Maurach¹¹⁷. A consequência disso foi a radical inversão de entendimento quanto ao capítulo da culpabilidade. A nova parte geral deixou de conceber a responsabilidade objetiva e abriu mão da dicotomia erro de fato e erro de direito¹¹⁸. Explicava Francisco de Assis Toledo¹¹⁹:

Quebra-se, por este modo, a longa tradição romanística que nos prendia no anel de ferro da velha dicotomia “erro de fato – erro de direito”, responsável por algumas insuperáveis contradições na práxis e na dogmática penal, após surgimento, no início do século, da denominada concepção normativa da culpabilidade, segundo a qual a consciência da ilicitude do fato é elemento indispensável para a caracterização do crime.

¹¹⁶ ACCIOLY NETO, Francisco. **Alcides Munhoz Netto e o erro em matéria penal**. In: KUEHNE, Maurício (Org.). *Ciência Penal Coletânea de Estudos: Homenagem a Alcides Munhoz Netto*. Curitiba: J M, 1999. p. 166; TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 255.

¹¹⁷ LUISI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre, Fabris. 1987, p. 124.

¹¹⁸ Ibidem, p. 125.

¹¹⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Culpabilidade e a problemática do Erro jurídico-penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, pp. 277 e 278.

Luiz Luisi defendeu que uma das maiores inovações da reforma dizia respeito ao erro. A despeito do erro de fato e erro de direito até então previstos, “a nova legislação adotou outra sistemática no concernente ao erro. Classifica o erro em erro de tipo e erro de proibição”¹²⁰. Conforme ensinava Toledo, ademais, o projeto brasileiro adotou uma tendência previamente presente no cenário internacional, mas procurou “imprimir fisionomia própria na regulamentação do novo instituto”¹²¹.

Ante a adoção do modelo finalista, ambas as teorias da culpabilidade – a extremada e a limitada – poderiam ser compatíveis com as regras gerais de direito penal adotadas. Neste panorama, duas obras foram de especial importância: a obra de Francisco de Assis Toledo, intitulada “O erro no direito penal”, publicada pela editora Saraiva em 1977, e a monografia de Alcides Munhoz Netto “A ignorância a antijuridicidade em matéria penal”, publicada pela Editora Forense no ano seguinte.

A despeito do título, Munhoz Netto examinou o Erro em matéria penal em geral, dando destaque a ignorância da antijuridicidade apenas por considerar que neste aspecto havia maior resistência em reconhecer plena eficácia escusante¹²². O autor defendia a teoria extremada da culpabilidade. Toledo, ao revés, defendia a teoria limitada da culpabilidade.

A publicação das obras em curto lapso temporal e a insatisfação de parte dos doutrinadores penalistas com o tratamento conferido ao erro no então Código de Hungria, acabou travando um debate entre Munhoz Netto e Toledo a respeito de qual seria o melhor tratamento conferido ao erro. A riqueza dos argumentos trazidos e a relevância da controvérsia para a construção da teoria do erro na reforma de 1984, intacta hodiernamente, justificam a apresentação dos destaques de ambas as obras.

Munhoz Netto, desde logo, lecionava a insuficiência dos conceitos erro de fato e erro de direito, já que primeiro pode provir tanto de uma ignorância de elementos fáticos, quanto de uma ignorância ou má interpretação da lei. Isto porque, conforme ensinava, os conceitos jurídicos por diversas vezes não correspondem às

¹²⁰ LUISI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre, Fabris. 1987, p. 109.

¹²¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 278.

¹²² MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, IX.

apreciações profanas sobre o tema legislado¹²³. Francisco Toledo não discordava neste ponto. Concluía pelas insuperáveis dificuldades decorrentes da manutenção do referido antagonismo¹²⁴.

Ambos os autores se filiavam, portanto, à classificação alemã erro de tipo – erro de proibição. Munhoz Netto indicava que a maior precisão destes conceitos se dava em virtude de a distinção entre eles não ser em função do antagonismo fato-conceito jurídico, mas da separação entre tipo e antijuridicidade¹²⁵. Toledo defendia que a nova terminologia seria menos equívoca e menos comprometida com os fracassos das soluções manipuladas durante séculos, referindo-se ao erro de direito e erro de fato¹²⁶.

Segundo a formulação proposta por ambos, erro de tipo recai sobre os elementos constitutivos da figura delituosa, que pode decorrer tanto da falsa percepção dos fatos quanto da equivocada compreensão do direito. O erro de proibição incide sobre a ciência de ser a conduta antijurídica. Assim, igualmente, pode se originar tanto do antigo erro de fato quanto do erro de direito.

Não se confundem, contudo, a ignorância da antijuridicidade e a ignorância da lei, sendo esta mais restrita que aquela. Munhoz Netto¹²⁷ explicava, conforme mencionado alhures, que a ignorância da lei é o desconhecimento dos dispositivos legislados, enquanto a ignorância da antijuridicidade refere-se ao conhecimento de que a ação é contrária ao direito.

Este autor buscava, no capítulo segundo da referida obra monográfica, dirimir a aludida confusão a partir do panorama histórico, em que para assegurar a irrelevância do desconhecimento da Lei, afirmava-se a irrelevância do erro de direito. A partir deste exame, verificou a tendência de abrandar os rigores do princípio da irrelevância do erro sobre a antijuridicidade¹²⁸.

Toledo também se dedicou ao tema. O autor explicava a impossibilidade de redução do direito à lei. A relevância é conferida ao agente que sequer cogita ser sua conduta proibida, e não à ignorância legislativa. Ao agente falta senso da

¹²³ MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 7.

¹²⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 40.

¹²⁵ MUNHOZ NETTO, Alcides. Op. Cit., p. 267

¹²⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**. São Paulo: Saraiva. 1977, p. 42.

¹²⁷ MUNHOZ NETTO, Alcides. Op. Cit., p. 20.

¹²⁸ Ibidem, p. 57.

contrariedade entre o fato praticado em correlação ao ordenamento jurídico como um todo¹²⁹.

Alcides Munhoz Netto apontava para a incoerência em fundamentar a irrelevância do desconhecimento da antijuridicidade na condenação universal de determinadas condutas, pois, com isto, a existência de Códigos seria supérflua. Criticava, ademais, a presunção de conhecimento da lei, indicando que contradiz um cálculo de probabilidade. Quanto mais crescem numericamente as leis, menos elas podem ser conhecidas. Fundamentou, ainda neste sentido, que caso a norma fosse obrigatória mesmo para os que não a conhecem, não existiria razão para não a aplicar ao mentalmente incapaz¹³⁰.

Penalizar agente que desconhece ser sua conduta antijurídica significaria punir a inobservância em conhecer a lei do mesmo modo que a pena do crime concretamente cometido. Concluía Munhoz Netto que tal mecanismo levaria a criação de crime atípico¹³¹. Explicou¹³²:

(...) sendo da estrutura da culpabilidade o contraste entre o querer individual e a vontade do direito, não há como negar, que para a vontade do particular ser considerada como desobediente, é necessário que a norma lhe tenha sido conhecida, ao menos potencialmente.

Com isso, desconsiderar a ignorância dos imperativos legais acarretaria no indesejável direito penal objetivo¹³³. Consentaneamente, Toledo destacou não ser possível censurar de culpabilidade autor que não tivesse tido sequer a possibilidade de conhecer o injusto de sua ação¹³⁴.

A concordância dos autores não ultima nestas formulações. Adeptos do finalismo, como visto, ambos assentiam no deslocamento do conhecimento da antijuridicidade à culpabilidade. Assim, em havendo erro de proibição, não há exclusão do dolo, mas atenuação da responsabilidade no campo da culpabilidade.

¹²⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**. São Paulo: Saraiva. 1977, pp. 76 – 82.

¹³⁰ MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 11; TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 62-63.

¹³¹ Ibidem, p. 64.

¹³² Ibidem, p. 68.

¹³³ Ibidem, p. 72.

¹³⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. Op. Cit., p. 71.

No mais, como esta manifesta-se a partir de um juízo de valor, e não de um elemento psicológico, basta que o conhecimento do injusto seja potencial.

Destarte, a teoria extremada e a limitada da culpabilidade são similares em diversos aspectos. Conforme salientou Francisco Toledo¹³⁵:

Ambas situam o dolo no tipo e a consciência da ilicitude na culpabilidade; ambas apresentam o erro de tipo como causa de exclusão do dolo, admitindo, nessa hipótese, o crime culposos; ambas apresentam o erro de proibição inevitável como causa de exclusão do dolo, admitindo, nessa hipótese, o crime culposos; ambas apresentam o erro de proibição inevitável como causa de exclusão da culpabilidade, sem possibilidade de punição, neste caso, por crime culposos.

Segundo complementou Toledo, ambas as teorias se tornaram inconciliáveis no que diz respeito às discriminantes putativas¹³⁶.

A teoria extremada da culpabilidade, segundo Alcides Munhoz Netto, evita o tratamento desigual a situações semelhantes, já que sempre que o autor ignorar a antijuridicidade de sua conduta, incidirá em erro de proibição. Tal solução aplicar-se-ia, igualmente, quando o agente erra quanto a causa de justificação, seja em relação aos seus pressupostos fáticos, seja em relação a sua existência ou limites. Portanto, todas as formas de discriminantes putativas eram tratadas sob a lógica do erro de proibição. Explicava que a grande vantagem desta teoria em face das precedentes é a de evitar a impunidade¹³⁷.

Em outro viés, Toledo seguia a perspectiva segundo a qual existem várias espécies de erro de proibição¹³⁸. A teoria limitada da culpabilidade, por ele defendida, diferencia o erro quanto as causas de justificação conforme tenham se originado de pressuposto de fato ou da existência e limite das mesmas. Segundo esta teoria, no caso de erro de fato não haveria um erro de valoração, mas o autor pretendia ser fiel ao direito. Destarte, a discriminante putativa originada no engano quanto a situação fática relativa a causa de justificação teria tratamento semelhante ao conferido ao erro de tipo – exclusão de dolo e culpa se invencível e do dolo, preservando-se a possibilidade de punição a título culposos, se evitável.

¹³⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 285.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 85

¹³⁷ MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 11; TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.*, p. 85.

¹³⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**. São Paulo, Saraiva. 1977, p. 86.

Segundo a perspectiva defendida por Toledo, portanto, as discriminantes putativas podem recair sobre qualquer causa de justificação, desde que o engano recaia sobre os pressupostos fáticos¹³⁹, sendo então equiparadas ao erro de tipo e tendo como consequência a exclusão do dolo. Se a discriminante putativa for originada de engano quanto a sua existência, ou seus limites, o tratamento será o de erro de proibição.

Munhoz Netto criticava duplamente esta concepção. Sua adoção implicaria em manter a ultrapassada distinção “erro de fato” e “erro de direito”, ao apartar o tratamento conforme a origem do erro. No mais, a concepção aceitaria a teoria dos elementos negativos do tipo¹⁴⁰.

Explicou o mestre que, a partir da teoria dos elementos negativos do tipo, o tipo seria composto de todos os elementos estruturantes da pena. Assim, entre seus elementos constava a inexistência de causa excludente da antijuridicidade. O agente que acreditasse estar agindo mediante causa excludente da ilicitude inverídica incorreria em erro de tipo, tratamento análogo ao engano quanto às circunstâncias positivas. Inobstante, tal teoria acabava por confundir a antijuridicidade e a tipicidade, consequência indesejável que seria replicada na teoria limitada da culpabilidade. Destacava Munhoz Netto¹⁴¹.

(...) o fim do tipo é o de selecionar, entre as mais variadas espécies de comportamento socialmente perniciosos, aqueles que devam ter relevância para o Direito Penal; o fim da antijuridicidade é estabelecer a contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico em seu conjunto.

Ensinava Munhoz Netto, ademais, que a despeito de a conduta típica, mas não antijurídica, e da atípica, mas antijurídica, acarretarem na mesma consequência prática – inexistência de sanção penal - são valorativamente diferentes¹⁴². A antijuridicidade partiria de um critério geral para constatar a contradição entre o comportamento concreto e a completude do ordenamento jurídico. A tipicidade, ao contrário, descreveria objetivamente este comportamento, reconhecendo dentre algumas condutas antijurídicas quais serão passíveis de sanção penal específica.

¹³⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**. São Paulo, Saraiva. 1977, p. 54

¹⁴⁰ MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 85

¹⁴¹ Ibidem, p. 90.

¹⁴² Ibidem, p. 90.

Deste modo, Munhoz Netto sustentou que tipicidade e antijuridicidade são passíveis de verificações autônomas e independentes, de modo que não há como relacionar as causas de exclusão do ilícito à tipicidade¹⁴³.

Toledo ponderava, por outro lado, que o erro de tipo permissivo, o qual recai sobre os pressupostos típicos de uma causa de justificação não incide diretamente sobre um elemento do “tipo de injusto”, a despeito da mencionada teoria de elementos negativos do tipo. Excluiria, assim, o dolo do tipo por via reflexa, tendo apenas as consequências semelhantes às do erro de tipo¹⁴⁴.

Em obra já atualizada com a reforma de 84, Toledo elucidou o entendimento da teoria acolhida, segundo a qual haveria necessidade de distinção entre as diversas possibilidades de erro sobre descriminantes putativas, alegando que¹⁴⁵

(...) não seria razoável confundir-se “supor situação de fato” com “supor estar autorizado” para considerarem-se ambas as hipóteses reguladas por preceitos legais – art. 20, §1º - que só cuidam da primeira, isto é “supor situação de fato.

O tratamento diferenciado entre as descriminantes putativas, conforme apresentado doravante, prevaleceu no texto da reforma legal.

2.3 PREVALÊNCIA DO NO TEXTO LEGAL

O tratamento conferido ao erro hodiernamente por nosso ordenamento pátrio é o proveniente da Reforma penal de 1984, o qual manteve a tradição do Código Penal de 1940 quanto às descriminantes putativas¹⁴⁶. Desde então, vem se enquadrando as soluções legislativas presentes em nosso Código como compatíveis com as noções da teoria limitada da culpabilidade, defendida por Toledo e vinculada à teoria finalista da ação¹⁴⁷.

¹⁴³ MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 90 – 94.

¹⁴⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**. São Paulo, Saraiva. 1977, p. 53.

¹⁴⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 273.

¹⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20. Ed. Ver., ampl. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2014. P. 445.

¹⁴⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 6.ed. ampl. e atual. – Curitiba, PR. ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 299.

A posição adotada pela reforma restou registrada na Exposição de Motivos, item 19 do Código Vigente¹⁴⁸:

Repete o Projeto as normas do Código de 1940, pertinentes às denominadas discriminantes putativas. Ajusta-se, assim, o Projeto à teoria limitada da culpabilidade, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva.

A partir da referida reforma da parte geral, finalmente, o Código acolheu a distinção erro de tipo e erro de proibição, em detrimento da ultrapassada dicotomia erro de fato – erro de direito, adotada até então. Assim, independentemente de recair sobre situações fáticas ou jurídicas, o erro jurídico penal inevitável será relevante¹⁴⁹. Francisco de Assis Toledo ensina que em razão da relevância de ambas modalidades, a antiga dicotomia cede à distinção puramente conceitual, já que os erros de fato e de proibição podem ser considerados, igualmente, escusáveis¹⁵⁰.

Em consonância com o princípio da culpabilidade, para incidência do direito penal exige-se que o sujeito saiba que sua conduta é contrária ao ordenamento jurídico, ou seja, ilícita. Destarte, o erro relevante em Direito Penal, é aquele que vicia à vontade, causando falsa ou ausente representação da realidade ou da ilicitude¹⁵¹. O tratamento conferido a cada uma destas figuras é singularizado pelo legislador.

Segundo explica Juarez Cirino dos Santos, a teoria da culpabilidade adotada estrutura-se a partir da separação entre o conhecimento do fato e o conhecimento do injusto do fato. Assim, a consciência e vontade do fato constituem o dolo, ao passo que a consciência do injusto é elemento especial da culpabilidade¹⁵².

A primeira modalidade de erro referida pelo Código Penal é o erro de tipo, ou erro sobre elementares do tipo, previsto no Artigo 20 do Código Penal¹⁵³:

¹⁴⁸ BRASIL. Decreto Lei nº 7.209, de 09 de maio de 1983. Item 19. **Exposição de Motivos**. 211. ed. Brasília, 11 jul. 1984.

¹⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20. Ed. Ver., ampl. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2014. P. 501.

¹⁵⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 267.

¹⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Loc. Cit.

¹⁵² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 6.ed. ampl. e atual. – Curitiba, PR. ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 299.

¹⁵³ BRASIL. **Decreto Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Art. 20. Brasília.

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

O erro de tipo, por conseguinte, relaciona-se com a consciência plena do autor acerca de sua conduta, visando produzir resultado típico. Estará presente esta modalidade de erro, à vista disso, quando o agente se engana quanto a elemento integrante do comando proibitivo, do tipo legal. O equívoco recai sobre fragmento da realidade fática e o autor procede sem a completa consciência de seu agir.

Deste modo, o erro quanto ao elemento que compõe objetivamente o tipo exclui o dolo. Para que se possa afirmar a existência do dolo do tipo é necessário o conhecimento ou representação da totalidade de elementos constitutivos do respectivo tipo¹⁵⁴.

Note-se que o erro de tipo não se confunde com o erro de fato. Isto porque, a despeito deste, o erro de tipo engloba não apenas as circunstâncias fáticas do tipo penal, mas também as circunstâncias normativas necessárias para a conformação da conduta delituosa¹⁵⁵.

O erro de tipo, portanto, é verificado quando há uma falta de representação ou uma representação equivocada sobre qualquer elementar do enunciado típico, sendo relevante tanto a ignorância quanto o equívoco sobre este componente¹⁵⁶. Contudo, ante a exclusão do dolo, remanesce a possibilidade de que a conduta aflita pelo erro de tipo seja punida na modalidade culposa. O critério para tanto é a invencibilidade do erro.

Quando se verifica que o autor incidiu em erro quanto a elemento integrante do tipo, mas que seu engano deriva de culpa, o crime poderá ser punido na modalidade culposa. Tal erro é denominado inescusável, ou vencível. Entende-se, portanto, que a punibilidade a título de culpa prevalecerá quando o autor tiver

¹⁵⁴ DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito penal: parte geral**: tomo I: a doutrina geral do crime – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

¹⁵⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 485; LUISI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre, Fabris. 1987, p. 112.

¹⁵⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas: 2017. p. 612.

omitido cautela ou diligência exigível, desde que o crime possua previsão enquanto delito culposo¹⁵⁷.

Se, por outro lado, o erro era invencível ou inevitável, serão excluídos tanto o dolo quanto a culpa. O critério para atribuir ao erro a característica de invencível é a aferição se “as circunstâncias em que se deu esse erro são tais que, qualquer pessoa, nas mesmas circunstâncias do autor, não se equivocaria”¹⁵⁸.

Sempre que o erro de tipo for inevitável, como consequência, haverá atipicidade pela exclusão da tipicidade subjetiva - dolo e da culpa. Note-se que se invencível, o crime cometido mediante erro de tipo não será punível ainda que possua previsão na modalidade culposa. Em contrapartida, quando o erro for vencível, ou evitável, e houver previsão delitiva na modalidade culposa, a conduta será punida nesta modalidade¹⁵⁹. Francisco de Assis Toledo explicou¹⁶⁰:

(...) o erro de tipo essencial exclui sempre o dolo, independentemente de ser evitável ou não, vencível ou invencível, pois só se pode pensar em um erro evitável que não se evitou, se ligarmos o fato a uma conduta culposa. Nesta hipótese, de qualquer forma, cai o tipo doloso, exurgindo a modalidade culposa, se prevista em lei. É a orientação adotada pela reforma penal (art. 20).

Ainda é relevante mencionar que o erro de tipo não é aplicável apenas para as circunstâncias que fundam o ilícito, mas também é relevante em casos de errada ou ausente compreensão de circunstâncias fáticas elementares das causas que agravam a pena¹⁶¹. Assim, por exemplo, ocorre com os crimes qualificados. O erro poderá incidir apenas sobre elemento que constitui a qualificadora, remanescendo a responsabilidade dolosa apenas pelo crime simples.

Do mesmo modo, em crimes complexos – compostos por bens jurídicos diversos - o erro pode incidir sobre elementares de apenas um dos bens jurídicos. Neste caso, deve-se reconhecer afastamento apenas do dolo acerca da elementar

¹⁵⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito penal: A Nova Parte Geral**. 7 ed. Forense: 1985. pp. 183/184.

¹⁵⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas: 2017. p.620.

¹⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20. Ed. Rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014. P. 512.

¹⁶⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 269.

¹⁶¹ DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito penal: parte geral: tomo I: a doutrina geral do crime** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 357.

típica ignorada, “remanescendo a responsabilidade penal integral quanto ao tipo que remanesce após a exclusão do elemento específico”¹⁶².

Finalmente, importante diferenciar o erro de tipo essencial do erro de tipo accidental. Aquele recai sobre os elementos constitutivos do tipo, de modo a excluir o caráter criminoso da ação, se invencível, sendo a modalidade retratada até aqui. O erro de tipo essencial, como visto, carece de “equivalência típica entre o objeto representado e o objeto faticamente agredido”¹⁶³. Em contrapartida, o erro de tipo accidental não acarreta a exclusão do dolo já que a conduta descrita no tipo corresponde a representação mental do agente¹⁶⁴.

A doutrina inclui na modalidade de erro accidental o erro sobre o objeto, o erro sobre a pessoa, o *aberratio ictus* e o *aberratio criminis*¹⁶⁵. Tais modalidades, conquanto, não são pertinentes ao presente trabalho, justamente pelo fato de sua incidência não afetar a tipicidade ou a antijuridicidade delitiva.

De modo apartado, o erro de proibição incide sobre o conhecimento pelo autor de que sua conduta é antijurídica, isto é, contrária ao ordenamento. O objeto deste erro, portanto, não é a lei e nem o fato, mas a ilicitude, a contrariedade do fato em relação a lei¹⁶⁶. Trata-se de um desconhecimento da relação que se estabelece entre o ordenamento e a conduta realizada¹⁶⁷.

Esta modalidade de erro é reconhecida como uma das grandes consequências da teoria finalista adotada por nosso Código¹⁶⁸. Isto porque, a consciência da antijuridicidade passou a figurar entre os elementos autônomos da culpabilidade, integrando os elementos que permitem a reprovação. Deste modo, ninguém poderá ser declarado culpável sem a possibilidade de compreensão da ilicitude.

O conhecimento da ilicitude figura, então, como um elemento da culpabilidade, já que nosso Direito não admite a culpabilidade presumida. É preciso

¹⁶² BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas: 2017. p. 613.

¹⁶³ WESSELS, Johannes. **Direito Penal: parte geral (Aspectos Fundamentais)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976. p. 57.

¹⁶⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 486.

¹⁶⁵ BUSATO, Paulo César. Op. Cit., p. 623.

¹⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20. Ed. Ver., ampl. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 513.

¹⁶⁷ BUSATO, Paulo César. Op. Cit., p. 616.

¹⁶⁸ BRANDÃO, Cláudio. Op. Cit., p. 488.

que o agente tenha acesso ao conteúdo da proibição. O artigo 21 do Código Penal dispõe¹⁶⁹:

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

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Por conseguinte, quando o agente compreende perfeitamente sua conduta, mas crê que esteja abrigada pelo ordenamento jurídico, incide em erro de proibição.

A ignorância da antijuridicidade não se confunde com a ignorância da Lei, sendo aquele um conhecimento mais amplo. Não se exige que o autor saiba a pena que é cominada a seu delito, por exemplo, mas apenas que repute sua ação como contrária ao ordenamento jurídico. Desconhecer a Lei é mesmo irrelevante, já que o que se valora em relação ao autor é se ele conhece que sua atividade é injusta¹⁷⁰.

Destarte, o ordenamento pátrio determina que o erro de proibição inevitável exclua a culpabilidade. Se o erro for evitável, impõe-se punição com pena reduzida, sem, contudo, alterar a natureza do crime – dolosa ou culposa¹⁷¹. Juarez Cirino menciona o critério para determinar a natureza evitável ou inevitável do erro de proibição. Segundo o autor, o método é o da reflexão e informação, ou seja, a possibilidade ter reflexão ou atingir a informação¹⁷².

Não se trata, ademais, de um conhecimento atual, mas potencial da ilicitude. A pretensão de que o sujeito tenha consciência real da ilicitude seria de impossível verificação. Identifica-se, pois, o erro de proibição como a “ausência de circunstâncias que permitam afirmar que o sujeito poderia representar adequadamente a existência de um injusto”¹⁷³.

Elucidava Welzel que o agente deveria ter a possibilidade de informar-se quanto a proibição, além de ser auferível, no caso concreto, motivação para que

¹⁶⁹ BRASIL. **Decreto Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Art. 21. Brasília.

¹⁷⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas: 2017. p. 617.

¹⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20. Ed. Ver., ampl. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2014. P. 514.

¹⁷² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 6.ed. ampl. e atual. – Curitiba, PR. ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 309.

¹⁷³ BUSATO, Paulo César. Loc. Cit.

tenha se informado a respeito¹⁷⁴. Os critérios, portanto, não podem ser genéricos e baseados em um dever geral de informação, mas ao contrário, devem ser avaliados individualmente conforme a historicidade concreta do sujeito¹⁷⁵.

O erro de tipo e o erro de proibição, tal como tratados por nosso ordenamento, coadunam tanto com a teoria extremada, quanto com a teoria limitada da culpabilidade. Conforme exposto alhures, é em relação aos erros sobre as causas de justificação, as chamadas discriminantes putativas, que a divergência entre as correntes se evidencia¹⁷⁶. Em relação a estas figuras, portanto, o nosso Código Penal exterioriza a vertente teórica adotada.

As discriminantes putativas são os as discriminantes imaginárias. O autor imagina estar agindo sob causa excludente de ilicitude, mas erra. O erro incide sobre a permissão legal ou a causa excludente da ilicitude. Deste modo, uma situação irreal configuradora de causa de justificação pode, por erro, transformar-se em caso de erro escusável¹⁷⁷. Contudo, o engano pode incidir tanto sobre a existência ou amplitude desta excludente, quanto sobre a situação fática que constituiria a causa de justificação.

Conforme visto, para a teoria extremada da culpabilidade, todas as formas de erro incidentes sobre causas de justificação são tratadas como erro de proibição, indistintamente. Para a teoria limitada da culpabilidade, por outro lado, o erro que acomete as causas excludentes de ilicitude será dividido entre as que recaem sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação – erro de tipo permissivo – e o erro incidente sobre a existência ou abrangência de uma causa de justificação, denominado de erro de permissão.

Segundo a diferenciação adotada pela teoria limitada, o erro de tipo permissivo terá o mesmo tratamento conferido ao erro de tipo, ou seja, exclui o dolo e a culpa se inevitável; e afasta o dolo permitindo punição a título culposo, se previsto em lei, caso o erro seja evitável. Por outro lado, o erro de permissão terá o

¹⁷⁴ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. 4. ed. Trad. De Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Rérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 204.

¹⁷⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas: 2017. p. 622.

¹⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20. Ed. Ver., ampl. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 444.

¹⁷⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 272.

mesmo tratamento do erro de proibição, excluindo a culpabilidade se inevitável e atenuando a pena se evitável¹⁷⁸. Em outras palavras, explica Busato¹⁷⁹:

Em face da adoção da teoria limitada da culpabilidade pela legislação brasileira, as duas primeiras modalidades (erro de permissão direto e indireto) são tratadas como erros aflitivos da culpabilidade; a terceira (erro de tipo permissivo) é tratada como erro de tipo, ou seja, aflitivo do dolo.

Confirma-se a asserção doutrinária de que a reforma penal de 1984 se filiou a teoria limitada da culpabilidade, já que adotou tratamento diferenciado às modalidades de discriminantes putativas. Portanto, é de rigor analisar doravante um pouco mais a fundo estas figuras, compreendendo as consequências práticas da teoria do erro ora vigente.

O erro de tipo permissivo incidirá quando o objeto do erro for pressuposto fático de uma causa de justificação¹⁸⁰. Assim, trata da errada compreensão dos pressupostos objetivos da justificação legal¹⁸¹.

Apesar de parte da doutrina nacional entender que o erro de tipo permissivo é um erro eclético, já que seria um misto das duas outras figuras¹⁸², o Código apresenta resposta alinhada à teoria limitada, resolvendo as situações desta modalidade de erro como se erro de tipo fosse. Tal solução está prevista no art. 20, §1º do Código Penal¹⁸³:

§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.

A equiparação entre ambas as figuras – erro de tipo e erro de tipo permissivo – se dá na medida em que o autor quer agir conforme a norma jurídica e sua representação coaduna com a vontade do legislador, mas erra sobre a verdade do

¹⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20. Ed. Ver., ampl. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 444.

¹⁷⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas: 2017. p. 619.

¹⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit., p. 452

¹⁸¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 6.ed. ampl. e atual. – Curitiba, PR. ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 319.

¹⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. Loc. Cit.

¹⁸³ BRASIL. **Decreto Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Art. 20, §1º. Brasília.

fato. O critério, portanto, é que o autor aja orientado por critério semelhante ao do legislador¹⁸⁴, o que não se verifica no erro de proibição.

Conforme Francisco de Assis Toledo, o §1º do art. 20 do Código Penal não esgota as hipóteses de discriminantes putativas, aplicando-se apenas ao erro de tipo permissivo. Em relação ao erro acerca de causa de justificação, não há qualquer equívoco sobre a situação de fato. Assim, o referido dispositivo não seria aplicável. Por outro lado, havendo lacuna quanto a esta modalidade de erro, não seria admissível responsabilizar-se objetivamente, violando o princípio *nullum crimen nulla poena sine culpa*. Tal situação deveria ser enquadrada como erro de proibição¹⁸⁵.

O erro de permissão ou erro de proibição indireto, portanto, é percebido quando o autor erroneamente supõe a existência de uma proposição permissiva ou engana-se quanto a seus limites. O erro nesta hipótese incide sobre a norma e não sobre as circunstâncias que configuram a discriminante. Por isso, são equiparados ao erro de proibição, sendo chamado por parte da doutrina, inclusive, de erro de proibição indireto¹⁸⁶. Ante a mencionada lacuna legislativa sobre o tema, adequa-se esta hipótese ao art. 21 do CP.

O erro de proibição indireto tem por objeto a existência de causa de justificação inexistente ou os limites jurídicos de causa de justificação existente¹⁸⁷. Em ambos os casos, o autor age em dissonância aos critérios elencados pelo legislador e, deste modo, não terá o dolo excluído. Destarte, o erro de permissão atinge o injusto indiretamente, já que o agente mal compreende a norma permissiva existente ou supostamente existente no caso concreto¹⁸⁸.

Aqui, caso o erro seja inevitável, o autor terá sua culpabilidade excluída; se o erro for evitável, por outro lado, a culpabilidade mantém-se, podendo ser a pena do crime doloso atenuada.

Contudo, conforme se verá adiante, importantes dogmáticos não coadunam com a posição adotada por nosso *jus positum*, sendo relevante verificar o que se tem defendido neste assunto hodiernamente.

¹⁸⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 6.ed. ampl. e atual. – Curitiba, PR. ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 301.

¹⁸⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 273.

¹⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20. Ed. Ver., ampl. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2014. P. 460.

¹⁸⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit., p. 319.

¹⁸⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas: 2017. p. 618.

3. A INSUFICIÊNCIA DA TEORIA LIMITADA DA CULPABILIDADE

A doutrina contemporânea não parece estar integralmente satisfeita com as soluções apresentadas pela teoria vigente no que concerne ao tratamento do erro. Tanto é assim, que grandes estudiosos do tema propõem soluções alheias a teoria limitada da culpabilidade. Alguns retomam teorias anteriores, como a teoria extremada da culpabilidade, enquanto outros sugerem fórmulas inovadoras de abordagem ao tema.

Neste contexto, e tendo como pano de fundo o anteprojeto de Código Penal em pauta no Congresso Nacional por meio da Lei 236/2012, a apresentação destas propostas doutrinárias se mostra indispensável ao presente trabalho.

Dentre os estudiosos que defendem a retomada da teoria da culpabilidade tal como proposta por Welzel, ou seja, a teoria extremada da culpabilidade, encontram-se Francisco Muñoz Conde, Julio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli e Francisco Aciolly Neto. O anteprojeto de Código Penal em trâmite no Senado também parece adotar este posicionamento.

Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Flávio Gomes, por sua vez, são partidários de uma solução intermediária, fundada no conceito complexo de culpabilidade, filiados às concepções de Jescheck e Wessels.

Finalmente, Paulo César Busato, alinhado ao modelo de sistema significativo de imputação, elabora proposta inovadora no concernente ao tratamento do erro. A proposição de lege ferenda é por ele denominada “teoria da afetação da consciência da ilicitude”¹⁸⁹.

As principais críticas dirigidas a teoria limitada da culpabilidade, adotada pelo legislador pátrio, e as propostas de tratamento conferido ao erro, principalmente no que tange às discriminantes putativas, serão apresentadas doravante.

3.1 A RETOMADA DA TEORIA EXTREMADA DA CULPABILIDADE

Conforme visto anteriormente, a marcante diferença entre as teorias extremada e limitada da culpabilidade reside nas discriminantes putativas fáticas, ou seja, no tratamento conferido ao erro quanto aos pressupostos fáticos de uma

¹⁸⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas: 2017.

causa de justificação. Enquanto para a teoria extremada o erro escusável sobre os pressupostos fáticos de causa de justificação deve ser tratado a partir da modalidade de erro de proibição, excluindo-se a culpabilidade, para a teoria limitada a consequência ao mencionado erro é a exclusão do dolo, tal como no erro de tipo. Se evitável o erro, a teoria estrita determina a punição à título de dolo, com a possibilidade de atenuação da pena. A teoria limitada, por sua vez, impõe a punição por crime culposos, desde que previsto em lei.

A despeito da preponderância da teoria limitada da culpabilidade, a teoria estrita continua a ser vista como mais satisfatória por respeitáveis autores. Dentre eles, destacam-se Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini. Aos renomados juristas, o sujeito que age em erro de tipo permissivo “age com dolo, mas sua conduta não é reprovável por não ter consciência da licitude de sua conduta”¹⁹⁰.

Francisco Accioly Neto, igualmente lecionou que conforme a melhor doutrina as discriminantes putativas caracterizam-se com erro de proibição. Explicou que “supor situação de fato que, se existisse, tomaria a ação legítima, equivale a supor a legitimidade da ação”, assim, falta a consciência da ilicitude, a qual situa-se no âmbito da culpabilidade¹⁹¹.

No mesmo sentido posiciona-se Francisco Muñoz Conde. Segundo o autor, a equiparação de qualquer causa de justificação putativa com a real conduz a uma subjetivação da antijuridicidade que é incompatível com o caráter objetivo da mesma. Rechaça, assim, o tratamento do erro sobre os pressupostos das causas de justificação como erro de tipo. Indica que com este tratamento, nega-se a possibilidade de legítima defesa real às vítimas das ações em justificação putativa¹⁹².

Destarte, Muñoz Conde afirma que o erro sobre os pressupostos das causas de justificação não pode ser tratado sistematicamente no âmbito do tipo de injusto, senão no âmbito da culpabilidade, tal como o erro de proibição¹⁹³.

A respeito das discriminantes putativas, o autor conclui¹⁹⁴:

¹⁹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 191.

¹⁹¹ ACCIOLY NETO, Francisco. **Alcides Munhoz Netto e o erro em matéria penal**. In: KUEHNE, Maurício (Org.). *Ciência Penal Coletânea de Estudos: Homenagem a Alcides Munhoz Netto*. Curitiba: J M, 1999. p. 192.

¹⁹² MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989, p. 54.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 56.

¹⁹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989, p. 57.

Creo que, por las razones ya dichas, el tratamiento em ambas variantes debe ser el mismo y que tanto em la primera (error sobre los presupuestos de la causa de justificaci3n), como em la segunda (error sobre la existencia o limites de uma causa de uma causa de justificaci3n), existe uma “creencia err3nea de estar obrando licitamente” a tratar conforme al pfo. 3º del art. 6. Bis a).

Eugenio Ra3l Zaffaroni e Jos3 Henrique Pierangeli tamb3m defendem tratamento uniforme ao erro sobre causas de justificaci3n, retomando a teoria estrita da culpabilidade em face da sucessora teoria limitada. Caracterizam como “complicado” o racioc3nio segundo o qual a compreens3n da antijuridicidade 3 repartida entre a culpabilidade e a tipicidade¹⁹⁵. Explicam¹⁹⁶:

Em princ3pio, considerar que a eximente putativa venc3vel 3 um erro de tipo, e que, por consequ3ncia constitui uma a3n tipicamente culposa, rompe com qualquer refer3ncia 3 natureza das coisas: quem quer lesionar seu suposto agressor “quer” lesion3-lo, “quer” o resultado, de modo que se encontra dentro do conceito de dolo (primeira parte do inc. I do art. 18).

Os autores evidenciam que admitir a discriminante putativa como erro de tipo, excluindo o dolo, possibilitaria a figura da tentativa culposa. Sugerem, assim, que a melhor justificativa para a previs3n legislativa 3, a exemplo da doutrina alem3, o reconhecimento da natureza dolosa da conduta. A puni3n com pena de delito culposo se daria apenas por raz3es de pol3tica criminal.

Indicam, ademais, que a facultatividade da atenua3n da pena prevista na segunda parte do art. 21 do C3digo Penal parece correta e razo3vel, j3 que nem sempre o erro de proibi3n venc3vel diminui a culpabilidade¹⁹⁷. Por outro lado, criticam a disparidade conferida ao erro de tipo permissivo em rela3n ao erro de permiss3n. Em ambos os casos o agente quer produzir um resultado t3pico ignorando ser antijur3dico, de modo que as tentativas de justificaci3n da despropor3n n3o lhes parecem exitosas¹⁹⁸.

Para eles, existe uma explica3n - n3o justificaci3n - do tratamento conferido: impunidade aos agentes do estado. Segundo afirmam, a maior parte dos casos de

¹⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Ra3l; PIERANGELI, Jos3 Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 12. ed. S3o Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 555.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 576.

¹⁹⁷ Ibidem, Loc. Cit.

¹⁹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 6.ed. ampl. e atual. – Curitiba, PR. ICPC Cursos e Edi3es, 2014. p. 577.

incidência do erro de tipo permissivo “são protagonizados pelo pessoal armado dos corpos de segurança do Estado quando atuam contra civis, suspeitos ou não”¹⁹⁹.

Destarte, para o grupo de autores aqui mencionado, o melhor tratamento conferido ao erro é aquele determinado pela teoria extremada da culpabilidade. Assim, o erro que recai sobre causas justificantes sempre será tratado como erro de proibição. Evita-se, com isso, uma distinção considerada forçada entre o erro que recai sobre a existência ou limites de causas excludentes de ilicitude e o erro que recai sobre a situação fática constitutiva das mesmas causas excludentes.

Este também parece ser o entendimento adotado pelo projeto de lei nº 236 de 2012, novo Código Penal em trâmite legislativo. O artigo 35 do texto inaugural do anteprojeto assim dispõe²⁰⁰:

Erro sobre a ilicitude do fato

Art. 35. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, exclui a culpabilidade.

§1º Se o erro sobre a ilicitude for evitável, o agente responderá pelo crime, devendo o juiz diminuir a pena de um sexto a um terço.

§2º Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

§3º Aplica-se o disposto neste artigo às hipóteses em que o agente supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima.

O projeto de Código Penal trata das discriminantes putativas como hipótese de erro de proibição, projetando-lhe semelhante tratamento a partir do art. 35, §3º. Os projetistas, pretendem resgatar a proposta de Welzel²⁰¹. Conforme se depreende da exposição de motivos, a Comissão considera caprichosa e artificial o tratamento conferido pelo Código vigente ao erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação.

Com isso, mais uma vez, comprova-se a relevância do estudo do debate teórico acerca do tratamento do erro ao direito contemporâneo, bem como a relevância da teoria limitada da culpabilidade ao direito brasileiro.

¹⁹⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 6.ed. ampl. e atual. – Curitiba, PR. ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 577.

²⁰⁰ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 236, de 2012**. Anteprojeto de Código Penal. Brasília, Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&disposition=inline>>. Acesso em: 23 out. 2018.

²⁰¹ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Da limitada teoria estrita da culpabilidade**: Crítica ao tratamento das discriminantes putativas no projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012). In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). *Doutrinas Essenciais: Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Cap. 31. p. 781-805.

3.2 CONCEITO COMPLEXO DE CULPABILIDADE E O ERRO *SUI GENERIS*

O conceito complexo de culpabilidade tem seu desenvolvimento atribuído a Gallas, Wessels, Jescheck e Maurach²⁰². A culpabilidade aqui não é reprovada pela vontade de atuar do agente, tal como no conceito normativo puro da culpabilidade, mas a partir da atitude interna censurável²⁰³.

A culpabilidade, segundo esta teoria, avalia o ânimo do agente com base na exteriorização de sua conduta concreta, mensurando o antagonismo ou a indiferença diante do ordenamento jurídico²⁰⁴. Conforme examinava Wessels, o fundamento do princípio da culpabilidade está na liberdade de decisão entre o direito e o injusto²⁰⁵.

Segundo esta construção, o injusto (tipicidade antijurídica) e a culpabilidade estão intimamente ligadas. Assim, a diferença de pena entre os fatos negligentes e os dolosos não se dá apenas pela distinção injusto doloso ou culposos, mas também a culpabilidade terá formas diversas de avaliação²⁰⁶.

O dolo e a culpa não terão dupla posição dentro da estrutura delitiva, mas serão duplamente valorados. Explica Luiz Flávio Gomes²⁰⁷:

De acordo com a moderna visão da culpabilidade (conceito complexo), dolo e culpa, além de comporem o tipo, são importantes também para a censura da culpabilidade, é dizer, do dolo e da culpa emanam uma distinta atitude interior do agente diante do bem jurídico (um específico *Gesinnung*), que deve ser valorada nesse âmbito do juízo de reprovação. Do dolo configurador do fato típico (consciência e vontade de realizar os requisitos objetivos do tipo) sobressai uma especial atitude interior de menosprezo ou indiferença à violação ao bem jurídico; da culpa decorre uma atitude de descuido, de leviandade.

Vale dizer que a partir desta concepção, o crime enquanto injusto culpável, não terá apenas o injusto valorado sob a perspectiva do dolo e da culpa, mas

²⁰² GOMES, Luiz Flávio. **Erro de Tipo e Erro de Proibição**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 164.

²⁰³ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Trad. De José Luis Manzanares Samaniego Granada: Comares Editorial, 1993. 4. Ed.

²⁰⁴ GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p. 167.

²⁰⁵ WESSELS, Johannes. **Direito Penal – Parte geral**. Trad. De Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 83.

²⁰⁶ Ibidem, pp. 36 e 37.

²⁰⁷ GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p. 170.

também a culpabilidade será assim avaliada. O dolo, assim, está atrelado à consciência dos requisitos típicos no âmbito do injusto, e a uma posição de menosprezo ou indiferença ao bem jurídico no plano da culpabilidade. A culpa representa uma ausência de cuidado²⁰⁸.

O grande mérito desta teoria para o tratamento do erro é, portanto, a disjunção do injusto típico doloso e culpabilidade dolosa, de um lado, e injusto típico negligente e culpabilidade negligente de outro. Há, em verdade, um indício de correspondência entre o injusto típico e a culpabilidade. Destarte, o injusto típico doloso é um indício de que a culpabilidade também será dolosa, e o mesmo se dá na modalidade culposa²⁰⁹. Afasta-se a relação indiciária em situações atípicas, como é o caso do erro de tipo permissivo.

Wessels explicava que ante a errada suposição de situação fática que se existisse configuraria os pressupostos típicos de reconhecida causa justificante, a realização dolosa do tipo não expressa o ânimo de culpabilidade dolosa. Neste caso, haverá injusto doloso e culpabilidade por negligência²¹⁰.

Assim, os adeptos desta teoria classificam o erro de tipo permissivo como *erro sui generis*, na medida em que não há equivalência com o erro de tipo e merece reprimenda diversa da conferida ao erro de proibição indireto, ou erro de permissão.

O erro de tipo permissivo é tratado por esta concepção como um meio termo entre o erro de tipo e o erro de permissão. Segundo Jescheck, a correspondência com o erro de tipo estava na estrutura, já que ambos se referem aos elementos de uma proposição jurídica. A equivalência com o erro de proibição indireto está na consequência – o conhecimento do tipo, e por consequência, o dolo do tipo não restam afetados pelo erro²¹¹.

Luiz Flávio Gomes explica a distinção. Se por um lado, no erro de tipo incriminador nunca há dolo, no erro de tipo permissivo o dolo sempre está presente. Contudo, nesta modalidade a culpabilidade não corresponde ao dolo do tipo²¹².

²⁰⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Erro de Tipo e Erro de Proibição**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 174.

²⁰⁹ Ibidem, Loc. Cit.

²¹⁰ WESSELS, Johannes. **Direito Penal – Parte geral**. Trad. De Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 90.

²¹¹ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Trad. De José Luis Manzaneres Samaniego Granada: Comares Editorial, 1993. 4. Ed. p. 418.

²¹² GOMES, Luiz Flávio. **Erro de Tipo e Erro de Proibição**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 185.

Esta é a inovação da teoria no que concerne ao tratamento do erro. O erro de tipo permissivo não acarreta a exclusão do dolo, rebatendo, assim, o tratamento conferido pela teoria limitada da culpabilidade. Ponderava Jescheck²¹³:

La aceptación de la plena exclusión del injusto (y no sólo de la culpabilidad) en el supuesto de error invencible sobre la concurrencia de una causa de justificación desemboca en la absoluta subjetivación de las causas de justificación y es incompatible con la ley.

Evitando a subjetivação da causa de justificação, neste íterim, entende-se que a conduta típica foi desejada e, portanto, dolosa. No entanto, em virtude do erro evitável quanto a situação fática que fez o agente supor situação justificante, a culpabilidade não demonstra ânimo de desprezo pela ordem jurídica, mas ao contrário, os elementos fáticos externados demonstram que a vontade interna era justamente de respeitar a ordem jurídica. Exclui-se, assim, a culpabilidade dolosa.

Os erros de proibição direto e indireto, por outro lado, possuem tratamento menos privilegiado. Se invencíveis, excluem totalmente a culpabilidade; se vencíveis, terão a culpabilidade dolosa atenuada, e não excluída. Deste modo, a teoria concilia suas proposições com os dispositivos legais ora vigentes²¹⁴:

Percebe-se que a distinção prática entre o erro de proibição indireto e o erro de tipo permissivo reside na consideração do erro vencível: o primeiro implica a punição do agente pela sanção do crime doloso com a possibilidade de se reduzir a pena (CP, art. 21, parte final), enquanto o segundo implica a punição do agente pela sanção do crime culposo (culpabilidade negligente), se previsto em lei (CP, art. 20, §1º, parte final).

Jescheck explicava que o tratamento de maior privilégio conferido ao erro de tipo permissivo se deve ao menor desvalor da ação: “a motivação que conduziu à formação do dolo não se baseia em uma falta de atitude interna favorável ao Direito”. A punição por culpabilidade dolosa não se justificaria, já que a formação do dolo se deu de forma diferenciada²¹⁵. No mais, enquanto o erro de proibição indireto constitui-se a partir de um erro de valoração, simplesmente, no erro de tipo permissivo há um erro sobre a realidade fática, que por sua vez leva a um erro de

²¹³ JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. Cit. p. 298.

²¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p. 186.

²¹⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Trad. De José Luis Manzanares Samaniego Granada: Comares Editorial, 1993. 4. Ed. p. 420.

valoração. Assim, quem incide em erro de tipo permissivo teria maior dificuldade em perceber a ilicitude de sua conduta²¹⁶.

Bitencourt explica que o enquadramento enquanto uma modalidade ou outra não é a questão mais relevante, mas sim as consequências deste enquadramento. Indica que a despeito do que considera a teoria limitada da culpabilidade, o tratamento conferido ao erro de tipo permissivo é diverso do conferido ao erro de tipo. Assim, inobstante a exclusão expressa do dolo prevista ao erro de tipo incriminador, no artigo 20 do Código Penal, o §1º do mesmo artigo não estabelece a exclusão do dolo²¹⁷.

O autor reitera “Na realidade, não seria exagero afirmar que o ‘erro de tipo permissivo’ constitui uma terceira espécie de erro”²¹⁸. Conclui, assim, que o erro de tipo permissivo não exclui o dolo, mas a culpabilidade dolosa se evitável e também a culpabilidade culposa se inevitável.

3.3 A TEORIA DA AFETAÇÃO DA CONSCIÊNCIA DE ILICITUDE

Paulo César Busato, por sua vez, defende completa ruptura com a tratativa do erro ora adotada. A partir de construção denominada “A teoria da afetação da consciência de ilicitude”, propõe a superação da dicotomia erro de tipo – erro de proibição. Ao mestre, além de a distinção ora adotada carregar resquícios da insuficiente distinção erro de fato – erro de direito, é irrelevante que o conhecimento equívoco do agente tenha recaído sobre elementos de fato ou sobre extensão ou existência do direito²¹⁹. De maneira bastante didática o professor explica²²⁰:

Se não sei o que fiz, mas conheço as regras e, portanto, penso que o que fiz não aflige as regras, esse resultado final é exatamente o mesmo na operação oposta. Ou seja, se sei o que fiz, mas não conheço as regras, necessariamente penso que o que fiz não aflige as regras.

²¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Erro de Tipo e Erro de Proibição**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 188.

²¹⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de Tipo e Erro de Proibição: Uma análise comparativa**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 105.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 106.

²¹⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas: 2017. p. 608.

²²⁰ *Ibidem*, p. 609.

Assim, o autor critica o tratamento diferenciado conferido ao erro de proibição inescusável, o qual terá apenas uma redução de pena. Indica que apesar de esta redução ser justificada no plano político-criminal, pode ser justificada também do ponto de vista dogmático. De acordo com Busato, o erro de proibição é considerado inescusável quando “evidenciado o dever de informar-se a respeito dos limites entre lícito e ilícito”²²¹. Isso identificaria o delito imprudente, já que este conforma-se justamente com a violação de um dever²²².

No mais, segundo a perspectiva adotada pelo autor, o dolo é composto do compromisso com a produção do resultado ilícito, circunstância ausente em todas as modalidades de erro. Assim, a possível crítica de que o agente em erro quer produzir o resultado e, portanto, atua dolosamente, leva em conta apenas o resultado fático e não jurídico, ou seja, “parte de um dolo natural e não de um dolo atributivo-axiológico”²²³.

A proposta do mestre, portanto, é a uniformização do tratamento conferido ao erro. A ideia já havia sido proferida anteriormente por Everardo da Cunha Luna, para quem a distinção entre erro de proibição e erro de tipo se fundamentaria em falsos pressupostos²²⁴. Argumentava o autor²²⁵:

A unificação do êrro impõe-se, como necessário se torna que o êrro seja considerado relevante, não conforme se diga de fato ou de direito, extra-penal ou de direito penal, mas na apreciação dos casos concretos, pelo julgamento dos magistrados. A não se tomar essa orientação, exigência da consciência jurídica moderna, emanados das mil possibilidades da vida, continuarão a surgir casos em que, como sempre, ver-se-á o juiz obrigado a punir a própria inocência.

Sob esta luz, para Busato, apenas o erro evitável seria punido, mediante constatação de violação de um dever. Ao erro de proibição, haveriam requisitos legais e concretos a delimitar os deveres de informação. A isonomia do erro evitável se daria a partir do afastamento do dolo e afirmação da pretensão de ilicitude imprudente. Para tanto, ou se manteria a aplicação da pena quando do reconhecimento expresso do delito culposos, ou se criaria uma modalidade de culpa

²²¹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas: 2017. p. 610.

²²² Ibidem, p. 609 – 610.

²²³ Ibidem, p. 610.

²²⁴ LUNA, Everardo da Cunha. **Do êrro de direito, em matéria penal**. Universidade do Recife, 1962, p. 328.

²²⁵ Ibidem, p. 337.

própria ao erro, minorando a pena do delito doloso em um percentual predeterminado, sendo a segunda opção preferida pelo autor²²⁶.

²²⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas: 2017. p. 611.

CONCLUSÃO

O presente trabalho se incumbiu de realizar singela homenagem ao mestre Alcides Munhoz Netto, abordando um dos temas em que o autor mais se destacou dogmaticamente. Para tanto, foram apresentadas as teorias que se dedicaram ao tratamento do erro, permitindo uma contextualização da posição tomada pelo mestre.

Neste ínterim, retratou-se a teoria psicológica da culpabilidade, tendo Von Liszt como nome de destaque. Caracterizada pela divisão bipartida do delito, o elemento externo foi representado pela tipicidade e antijuridicidade e o elemento interno pelo dolo e culpa - formas pela qual a culpabilidade poderia se apresentar. Esta era um elemento puramente psíquico, ligação entre a vontade do autor e o delito cometido. A consciência da ilicitude, assim, não era relevante para esta teoria, tal como o erro de direito. Apenas o erro de fato era penalmente considerado, já que excluía o elo da culpabilidade.

A teoria psicológico-normativa da culpabilidade, por sua vez, incluiu outros elementos no âmbito da culpabilidade, de modo que o dolo e culpa deixam de ser as únicas espécies desta. Inovou ao considerar o dolo como elemento normativo, incluindo em seus requisitos a consciência atual da ilicitude. A partir desta teoria, desenvolveram-se as teorias extremada, limitada e modificada do dolo. Para a primeira, sempre que sujeito tivesse agido em erro inevitável o dolo seria excluído. A exclusão da culpabilidade, portanto, se dava quando o engano recaía sobre o elemento normativo e também sobre o elemento intelectual do dolo. Quando o erro fosse evitável, o sujeito responderia pelo delito na modalidade culposa, se prevista em lei. A teoria limitada do dolo, equiparava a punição dolosa quando o erro fosse decorrente de desprezo ou indiferença ao delito. A teoria modificada do dolo, determinava a uma punição intermediária ao erro evitável, nem na modalidade culposa, nem na modalidade dolosa, mas com a pena do delito doloso podendo ser atenuada.

A teoria dos elementos negativos do tipo teve Merkel como precursor e incluiu na tipicidade a inexistência de causas excludentes da ilicitude. Destarte o erro que recaía sobre as causas justificantes recebia o mesmo tratamento do erro incidente sobre os elementos constitutivos do tipo penal. Nestes, quando o erro fosse

invencível, excluía-se o dolo e a culpa, subsistindo a possibilidade de punição culposa quando o erro fosse evitável.

A teoria normativa pura da culpabilidade desenvolveu-se no plano finalista da ação de Welzel. Neste viés, o dolo e a culpa foram deslocados para a tipicidade subjetiva e a consciência de ilicitude, como elemento potencial, permaneceu integrando a culpabilidade. O tratamento do erro a partir desta construção dividiu-se entre a teoria extremada e a limitada da culpabilidade. Em ambas o erro foi tratado a partir da dicotomia erro de tipo – erro de proibição. O erro de tipo recai sobre as circunstâncias objetivas que integram o tipo penal. Exclui o dolo quando evitável, e também a culpa, quando inevitável. O erro de proibição é o que incide sobre o conhecimento da antijuridicidade da conduta. Aqui reside a distinção entre ambas as correntes. Para a teoria extremada, o erro que recai sobre causa excludente de ilicitude será sempre tratado como erro de proibição. Para a teoria limitada, por outro lado, apenas será erro de proibição se o erro sobre a causa justificadora não derivar de equívoco sobre circunstâncias fáticas – nesta hipótese constituirá erro de tipo.

A partir da reconstituição teórica elaborada, foi possível identificar com clareza os debates travados por Alcides Munhoz Netto na temática. O autor defendeu a teoria extremada da culpabilidade a despeito da teoria psicológica da culpabilidade, sustentada pelo Ministro Nelson Hungria no anteprojeto de Código Penal de 1969. Em momento posterior, Munhoz Netto advogou em face da teoria limitada da culpabilidade, desta vez, contrapondo-se a Francisco Toledo.

Na discussão em face de Hungria, Munhoz Netto criticou a subsistência da dicotomia *error facti* e *error juris*, considerando a maior precisão técnica dos conceitos erro de tipo e erro de proibição. Indicou que a manutenção da irrelevância do erro de direito acarretava em responsabilidade penal sem culpa. Reprovou fortemente a equiparação das discriminantes putativas ao erro de fato, crítica que se manteve com a propositura de um novo anteprojeto em 1984.

Segundo Munhoz Netto, tratar todos os erros incidentes sobre causas de justificação como erro de proibição evitava tratamento desigual em situações semelhantes. Toledo, ao revés, defendia a existência de diferentes espécies de erro de proibição: o direto, o indireto e o erro de tipo permissivo. Este, seria equiparado ao erro de tipo, com a exclusão do dolo e culpa se escusável, e exclusão do dolo, com possibilidade de punição a título culposos quando inescusável. O erro de proibição direto, recaía sobre a norma proibitiva e o indireto sobre a norma

permissiva. Ambos excluiriam a culpabilidade se invencíveis e poderiam ensejar atenuação de pena quando vencíveis.

Verificou-se que, a despeito da argumentação incansável de Munhoz Netto, sua perspectiva não prosperou, tendo prevalecido no texto legal a teoria limitada da culpabilidade. Para além da exposição de motivos, a qual expressamente reporta-se à mencionada corrente, os dispositivos legais também comprovam a posição adotada. Destaque ao §1º do artigo 20 do Código Penal, em que o tratamento conferido ao erro fático sobre causa justificante possui disposição própria, aproximando-se do erro de tipo e apartando-se do erro de proibição.

Contudo, demonstramos que diversos autores não coadunam com a posição legal adotada. Alguns estudos apresentados, neste sentido, não puderam ser referidos por Munhoz Netto, em virtude de sua contemporaneidade. Há autores que tratam o erro de tipo permissivo como erro *sui generis*, já que não exclui o dolo e merece punição diferente do erro de proibição. Para tanto, considera-se que o dolo e a culpa devem ser duplamente valorados, no âmbito do injusto e, novamente, no âmbito da culpabilidade. Assim, seria possível a existência de um delito doloso com culpabilidade culposa, tratamento conferido ao erro de tipo permissivo segundo seus defensores. Excluir-se-ia apenas a culpabilidade dolosa.

A outra perspectiva contemporânea é defendida por Paulo César Busato e visa romper completamente com a dicotomia erro de tipo – erro de proibição. Sugere uma uniformização do tratamento conferido ao erro, de modo que apenas o erro evitável seria punido em virtude da violação de um dever – o de informação. Destarte, nestes casos haveria afastamento do dolo e afirmação da pretensão de ilicitude imprudente.

Por fim, apresentaram-se construções que mantêm vivas as ideias defendidas por Munhoz Netto e defendem a retomada da teoria estrita da culpabilidade, em face da ora prevalente. Dentre eles, Mirabete, Fabrbrini e Accioly Neto. Muñoz Conde, defende que o tratamento conferido ao erro de tipo permissivo leva a uma subjetivação da antijuridicidade, elemento de caráter objetivo. Zaffaroni e Pierangelli também discordam da diferenciação entre erro de tipo permissivo e erro de permissão, já que em ambos os casos o agente quer produzir um fato resultado típico que ignora ser antijurídico. Também o novo projeto de Código Penal adota esta perspectiva, demonstrando a relevância de Alcides Munhoz Netto ao direito nacional e a pertinência deste trabalho no presente momento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY NETO, Francisco. **Alcides Munhoz Netto e o erro em matéria penal**. In: KUEHNE, Maurício (Org.). *Ciência Penal Coletânea de Estudos: Homenagem a Alcides Munhoz Netto*. Curitiba: J M, 1999.

BARBOSA, Licínio. **Uma Nova Legislação Penal para o Brasil**. In: KUEHNE, Maurício et al (Org.). *Ciência Penal Coletânea de Estudos: Homenagem a Alcides Munhoz Netto*. Curitiba: J M, 1999.

BARRILARI, Claudia Cristina. **Panorama da Idade Penal na Legislação Brasileira**. In: BADARÓ, Gustavo Henrique et al (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Cap. 25.

BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal: la doctrina del delito-tipo**. Buenos Aires : Depalma, 1944.

BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal**. Montevideo: B de F, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20. Ed. Ver., ampl. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Erro de Tipo e Erro de Proibição: Uma análise comparativa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. **Decreto Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969**. Brasília.

_____. **Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Brasília.

_____. **Decreto Lei nº 7.209, de 09 de maio de 1983**. Exposição de Motivos. 211. ed. Brasília, 11 jul. 1984.

_____. **Decreto Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Brasília.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 236, de 2012**. Anteprojeto de Código Penal. Brasília, Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&disposition=inline>>. Acesso em: 23 out. 2018.

BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CANTARINO, Víctor Vale. **O erro sobre discriminantes putativas no ordenamento jurídico brasileiro**. *Vianna Sapiens, Juiz de Fora*, v. 7, n. 1, jan./jun. 2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal**. 5.ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000.

_____. **Direito penal: parte geral**: tomo I: a doutrina geral do crime – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DOHNA, Alexander Graf du. **La estructura de la teoría del delito**. Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1959. Tradução: Carlos Fontán Balestra.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Conduta punível**. São Paulo: Jose Bushatsky, 1961.

_____. **Lições de Direito penal: A Nova Parte Geral**. 7 ed. Forense: 1985.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004.

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Buenos Aires: IB de F, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Erro De Tipo e Erro De Proibição**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Da limitada teoria estrita da culpabilidade**: Crítica ao tratamento das discriminantes putativas no projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012). In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). *Doutrinas Essenciais: Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Cap. 31. p. 781-805.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Trad. De José Luis Manzanares Samaniego Granada: Comares Editorial, 1993. 4. Ed.

JESUS, Damasio de. **Direito penal**. 28.ed. rev São Paulo: Saraiva, 2005.

KUEHNE, Maurício. **Considerações Gerais**. In: KUEHNE, Maurício et al. *Ciência Penal Coletânea de Estudos: Homenagem a Alcides Munhoz Netto*. Curitiba: J M, 1999.

LUISI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre, Fabris. 1987.

LUNA, Everardo da Cunha. **Do êrro de direito, em matéria penal**. Universidade do Recife, 1962.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. v. II. Trad. Córdoba Roda. Barcelona, Ed. Ariel, 1962.

MERKEL, Adolf. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Ib de F, 2004. Tradução: Pedro Dorado Montero.

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**: Libro de Estudio - Parte General. 6. ed. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MUNHOZ NETTO, Alcides. **A culpabilidade no novo código**. Tese apresentada ao IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, reunido em Recife, de 02 a 08 de agosto de 1970. in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Ano 13. nº13. Curitiba: 1970.

_____. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. **Erro de Fato e Erro de Direito no anteprojeto de Código Penal**. Revista da Faculdade de Direito Ufpr, Curitiba, v. 9, n. 0, p.33-52, out. 1961.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Valencia: Tirant Lo Banch, 1989.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Revan. 2. Ed. 2002.

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Culpabilidade e a problemática do Erro jurídico-penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

_____. **O erro no direito penal**. São Paulo, Saraiva. 1977.

_____. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Teorias do dolo e teorias da culpabilidade**. RT 566/271 e ss., São Paulo: RT, 1982.

VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 1891. Tradução: Pietro Nasseti.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal alemão**. Brasília: História do Direito Brasileiro, 206. Tradução: José Hygino Duarte Pereira.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. 4. ed. Trad. De Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Rérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

_____. **O novo Sistema jurídico penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. De Luis Régis Prado da versão espanhola de Cerezo Mir. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001.

WESSELS, Johannes. **Direito Penal: parte geral (Aspectos Fundamentais)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.