

cientização dos agentes públicos, em especial juízes, promotores e delegados, seria o primeiro passo a fim de permitir que as vítimas possam se apropriar dos tipos penais já existentes no ordenamento jurídico. O manejo desses tipos levaria a temática aos tribunais estaduais, ao STJ e ao STF de modo a formar uma jurisprudência capaz de interpretar os tipos penais existentes no sentido de acolher ou refutar a inclusão do conceito de sextorsão. Em verdade, o significado das palavras ou expressões que compõem os tipos penais somente são conhecidos integralmente no teste do debate argumentativo perante o Poder Judiciário. E ainda que a *mens legislatoris* fosse outra no tempo da concepção desses tipos penais, o fato é que em *Terra Brasilis* não há *Framers* e, portanto, não há a necessidade recorrente de se voltar ao pensamento interpretativo dos nossos *founding fathers*.

Há também de se lembrar que o direito penal não é solução para todos males, e a ampla repercussão do tema também permitiria aos advogados melhor orientar às vítimas nos campos civil e trabalhista para ajuizamento de ações indenizatórias. E, claro, nada disso exclui a missão do Parlamento de se modernizar, de acompanhar os ventos da mudança que sopram velozes na era da tecnologia, porque é muito no carpete verde e azul das Casas Legislativas da nossa Capital Federal que o destino civilizatório da nação é traçado. E para qualquer país se adequar verdadeiramente aos organismos internacionais de proteção aos direitos humanos a regra é clara: *if you don't name it, you can't shame it*, ou seja é necessário criar um nome para criar a reprovabilidade!

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A criminalização do assédio sexual, de Renê Ariel Dotti – RT 752/425-438, e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 6/163 (DTR\1998\560);
- Aspectos trabalhistas, cíveis e penais do assédio sexual, de Ana Paula Amaral Craveiro e Paulo Bueno de Azevedo – RDT 112/34-74 (DTR\2003\562);
- Considerações sobre o novo delito de assédio sexual, de Luiz Régis Prado – RT 795/452-463 (DTR\2002\557); e
- Crimes informacionais: Da compatibilidade internacional do ordenamento jurídico nacional e da proposta de reforma, de Eduardo Baker Vallis Pereira – RBCCrim 112/263-295 (DTR\2015\1984).

DO ERRO SOBRE OS PRESSUPOSTOS FÁTICOS DAS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO: UMA ANÁLISE DA MODIFICAÇÃO PROPOSTA PELO PLS 236/2012

Error on factual assumptions of the causes of justification: an analysis of changes proposed by Senate Bill 236/2012

TARCÍSIO MACIEL CHAVES DE MENDONÇA

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Doutorando em Direito, com ênfase em Ciências Penais, pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor de Direito e Processo Penal da Escola Superior Dom Helder Câmara – BH. Advogado.

tarcisio@mrladvocacia.com.br; tarcisiomcmendonca@yahoo.com.br

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: O artigo trata da natureza do erro que recai sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação. Para tanto, compara a opção de nosso Código Penal e do Projeto de Código Penal em trâmite no Congresso Nacional em relação à matéria objeto do presente trabalho. O artigo trata das teorias do dolo (psicológica / psicológica-normativa) e do giro operado pelo modelo finalista da ação com a teoria normativa da culpabilidade. Analisou-se também a teoria da dupla-função do dolo como uma possibilidade de explicar as discriminantes putativas. Concluímos que o erro sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação deve ser tratado como erro de tipo. Nesse sentido, não é bem-vinda a proposta de adoção da teoria extremada da culpabilidade que nos é trazida pelo PLS 236/2012.

PALAVRAS-CHAVE: Erro de tipo – Erro de proibição – Discriminante putativa.

ABSTRACT: This paper is about the nature of the error regarding the factual elements of a legal justification cause. In this way, it compares the options made by the current Penal Code and by the New Penal Code which is being discussed in Congress regarding the issue of this paper. This paper addresses the theories on the intent (psychological / psychological-normative) and the changes brought by the finalist action theoretical model concerning the normative theory on culpability. The double function of the intent theory is also analyzed as a possible means of explaining the putative justification causes. We conclude that the error about the error regarding the factual elements of a legal justification cause is supposed to be approached as a crime-definition related error. In this way, we reckon as unwelcome the adoption of the extreme culpability theory.

KEYWORDS: Crime-definition related error – Prohibition error – Putative justification cause.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Conceito analítico de crime: modelo finalista – 3. Teorias da culpabilidade: estrita e limitada: 3.1 Teoria estrita da culpabilidade: violação ao princípio da isonomia – 4. Teorias que buscam explicar o erro sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação: concepção limitada da culpabilidade: 4.1 Da relação entre tipo e ilicitude: tipo de injusto ou elementos negativos do tipo: 4.1.1 Teoria do tipo total de injusto; 4.1.2 Teoria do tipo de injusto; 4.1.3 Nossa posição; 4.2 Teoria da dupla função do dolo – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da natureza do erro sob os pressupostos fáticos das causas de justificação. A análise centrar-se-á na modificação sugerida pelo Projeto de Reforma do Código Penal em tramitação no Congresso Nacional.

A Reforma do Código Penal de 1984 positivou o finalismo e sepultou a dicotomia erro de fato – erro de direito. É nesse contexto que o debate, ora proposto, vai se desenrolar. A parte geral, para explicar o erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação, abraça a teoria limitada da culpabilidade. Vejamos o disposto no art. 20 do CP: “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. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984). § 1.º 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 culposo. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984). (...)”.¹

Já o Projeto do Código Penal sugere que adotemos a teoria estrita da culpabilidade. Assim dispõe o art. 35: “Art. 35. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, exclui a culpabilidade. § 1.º 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. § 2.º 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. § 3.º Aplica-se o disposto neste

1. BRASIL. *Código Penal*. Dec.-lei 2.848 de 07.12.1940. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 31.12.1940 e retificado em 03.01.1941, alterado pela Lei 7.209, de 11.07.1984. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 13.07.1984.

artigo às hipóteses em que o agente supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”.²

A teoria limitada assevera que o erro, objeto do presente trabalho, é de tipo. A teoria estrita, ao contrário, afirma tratar-se de um erro de proibição.

A teoria limitada e a teoria estrita da culpabilidade não trazem consequências diversas quando cuidamos de um erro inevitável. Nas duas hipóteses, haverá exclusão do crime. O problema centra-se no erro evitável. A teoria limitada tem um tratamento mais brando. O agente é punido a título de culpa, se houver previsão legal para tal. Já a teoria estrita da culpabilidade permitirá a punição do agente a título de dolo, admitindo somente a aplicação de uma causa de redução de pena.

Parece-nos que a teoria estrita da culpabilidade é bem mais adequada à sistemática do conceito analítico de crime tal como concebido pelo finalismo. Todavia, no caso concreto, irá nos despertar sentimento de injustiça. Isso será suficiente para justificar nossa preferência pela teoria limitada da culpabilidade. A dogmática tem a finalidade de conferir a todos um tratamento isonômico. Quando se nega a este fim em nome da coerência sistêmica, devemos buscar um novo caminho.

A teoria limitada da culpabilidade presta homenagens ao princípio da isonomia. Não há nenhuma razão para diferenciar aquele que erra, em relação aos pressupostos fáticos do tipo, daquele que erra, em relação aos pressupostos fáticos das causas de justificação. Por isso, o tratamento deve ser o mesmo. A partir dessa constatação, foi necessário justificar dogmaticamente nossa sugestão: a manutenção da opção pela teoria limitada da culpabilidade feita pelo legislador de 1984.

Para tanto, o artigo passou a analisar a relação entre o tipo e a ilicitude. Destacamos a consideração do tipo penal neutro. Afastamo-nos da teoria da *ratio cognoscendi*. Ao abraçar a teoria da *ratio essendi*, passamos a analisar se nosso Código Penal adotou o tipo de injusto ou a teoria dos elementos negativos do tipo.

A consideração da teoria do tipo do injusto como regra e a teoria dos elementos negativos do tipo como exceção é compatível com o Código Penal brasileiro. Na segunda hipótese, o erro, ora em análise, é claramente de tipo. O dolo exige uma consciência atual da ilicitude do fato. Na primeira hipótese, o

2. BRASIL. PLS 236/2012.

erro, ora em análise, também deve ser tratado como de tipo por força da teoria da dupla função do dolo.

Concluimos que o Projeto do Código Penal não contribuiu de forma positiva ao sugerir nossa adesão à teoria estrita da culpabilidade. Acabará, no erro evitável, por estabelecer um tratamento diferente para aquele que erra em relação aos pressupostos fáticos do tipo penal e aqueles que erram em relação aos pressupostos fáticos das causas de exclusão da ilicitude.

2. CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME: MODELO FINALISTA

Tratar da teoria limitada e estrita da culpabilidade e optar pela mais adequada implica mergulhar na estrutura do conceito analítico de crime. As duas teorias foram construídas no contexto da teoria finalista da ação.

Dizer que o erro sobre os elementos fáticos da causa de justificação é de tipo ou de proibição implica lidar com a engenharia do conceito analítico de crime e com a natureza da relação entre tipo e ilicitude.

O conceito analítico de crime tem vantagens sobre o conceito unitário. Escalona a análise de uma única ação ou omissão em três juízos distintos postos em uma sequência lógica. Permite a avaliação mais segura do fato, prestando homenagens ao princípio da certeza e da segurança jurídica.³

A segurança jurídica, proporcionada pelo conceito analítico de crime, insere-se no contexto do que Jesús-María Silva Sánchez diz ser a missão da dogmática: elaborar enunciados, a partir dos enunciados da lei, permitindo ao juiz que confira aos mais diversos casos um tratamento isonômico.⁴

3. "Lo studio analitico del reato costituisce una esigenza connaturale alla nozione formale del reato e al sottostante principio garantista del nullum crimen sine lege e della certezza e sicurezza giuridica. Solo individuando quelli che sono gli elementi costitutivi della fattispecie legale è possibile stabilire con sicurezza ciò che è effettivamente vietato dalla legge e se la fattispecie concreta sia ad essa conforme e, quindi, punibile. La consapevole analisi del reato in funzione garantista iniziò, infatti, nel secondo scorso ad opera del pensiero giuridico liberale" (MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. 3. ed. Padova: Cedam, 1992. p. 135).

4. "Podemos, com isso, afirmar que temos uma caracterização da dogmática que nos aproxima de sua verdadeira missão: acrescentar aos enunciados da lei outros enunciados, que serão utilizados para fundamentar as decisões junto à própria lei. Noutras palavras, fornecer ao juiz critérios para a determinação daqueles casos que são iguais e daqueles que são diferentes, e para a adoção do tratamento adequado a

A questão é saber até que ponto devemos levar a cabo a coerência sistêmica do conceito analítico de crime. A ação ou omissão delitiva é una. Não comporta fracionamentos. Os elementos do conceito analítico de crime são somente um esquema teórico que nos serve para a compreensão de um dado da realidade.⁵ Não se pode dizer que a engenharia dos elementos do conceito analítico de crime está pronta e acabada. Por vezes, choques ocorrem. O sistema absorve o choque ou o modelo é superado. O erro sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação é um exemplo de um choque sistêmico que pode ser absorvido.

Welzel afirma que uma ação será criminosa se típica, ilícita e culpável.⁶ O tipo é a descrição da ação ou omissão para a qual se comina uma pena. O tipo compõe-se de um elemento objetivo e outro subjetivo. Para Welzel, o tipo é neutro, pois "no hay tipos antijurídicos, sino sólo realizaciones antijurídicas del tipo."⁷

A antijuridicidade "es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto."⁸

A culpabilidade é o juízo de reprovabilidade do autor a partir da ação ou omissão típica e antijurídica. A reprovação, segundo Welzel, tem duas premissas: "1. Que el autor es capaz, atendidas sus fuerzas síquicas, de motivarse de acuerdo a la norma (los presupuesto especiales de la reprochabilidad: la

cada um deles. Essa tarefa, aliás, revela obediência ao princípio da isonomia." (SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barroso Alves. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 96-97).

5. "Deve ficar bem claro que quando afirmamos que o conceito ou a explicação que damos ao delito é estratificado, queremos dizer que se integra em vários estratos, níveis ou planos de análise, mas isto de nenhuma maneira significa que o estratificado seja o delito: o estratificado é o conceito que do delito obtemos por via da análise" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2006, vol. I. p. 334).

6. "Una acción se convierte en delito si infringe el ordenamiento de la comunidad en algún modo normativo por los tipos penales y puede serle reprochada al autor a título de culpabilidad. Una acción tiene ue infringir, por consiguiente, de un modo determinado el orden de la comunidad tiene que ser típica y antijurídica, y susceptible de ser reprochada al autor como persona responsable, tiene que ser culpable" (WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 2. ed. Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979. p. 73).

7. WELZEL. Op. cit., p. 76.

8. Idem, ibidem.

posibilidad de comprensión de lo injusto). 2. Que él está en situación de motivarse de acuerdo a la norma en virtud de la comprensión posible de la antijuridicidad de su propósito concreto (los presupuestos especiales de la reprochabilidad: la posibilidad de comprensión de lo injusto).”⁹

Traçada a importância do conceito analítico de crime e a sua formulação finalista, podemos estabelecer as diferenças entre a teoria estrita e limitada da culpabilidade.

3. TEORIAS DA CULPABILIDADE: ESTRITA E LIMITADA

Foi a partir de Welzel que superamos a dicotomia entre erro de fato e de direito.¹⁰ Nasce o erro de tipo e o erro de proibição. Não se trata de uma simples substituição de designações. O erro de fato não corresponde, necessariamente, ao erro de tipo e o erro de direito também não tem uma correspondência perfeita com o erro de proibição.¹¹

A teoria estrita da culpabilidade é a que se mostra mais coerente com a estrutura do conceito analítico de crime, concebida a partir das considerações do finalismo de Welzel. O erro que recai sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação é de proibição.¹²

9. Idem, p. 201.

10. Entre nós, foi a Reforma de 1984 que sepultou a dicotomia erro de fato – erro de direito. Toledo, sobre o assunto, diz: “Quebra-se, por esse modo, a longa tradição romanística que nos prendia no anel de ferro da velha dicotomia ‘erro de fato – erro de direito’, responsáveis por algumas insuperáveis contradições na praxis e na dogmática penal, após o surgimento, no início do século, da denominada concepção normativa da culpabilidade, segundo a consciência da ilicitude do fato é elemento indispensável para a caracterização do crime” (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 277-278).

11. “A nova legislação adotou outra sistemática no concernente ao erro. Classifica o erro em erro de tipo e erro de proibição. E como muito bem salienta o saudoso Alcides Munhoz, o erro de tipo não se equipara ao erro de fato e nem o erro de proibição ao erro de direito, porque tanto o erro de tipo como o de proibição podem subsumir erros concernentes aos fatos como os relativos a falso entendimento do direito, ou ignorância do mesmo” (LUISI, Luiz. *O tipo penal: a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 1987. p. 109). Toledo também afirma que equiparar erro de fato e erro de tipo e erro de direito a erro de proibição é um equívoco. Eventuais coincidências não autorizariam generalizações (TOLEDO. Op. cit., p. 278-279).

12. Welzel sobre o assunto afirma que “Si el autor supone erróneamente los presupuestos objetivos de una causal de justificación reconocida (legítima defensa, estado de

O agente que erra sobre pressupostos fáticos da legítima defesa erra em relação à ilicitude do fato que pratica. De fato, se o agente supõe, de forma inevitável, agir em legítima defesa não tem possibilidade de conhecer a ilicitude do fato que pratica. A ação realizada, nessas circunstâncias, é típica e ilícita. Somente não será culpável.

A culpabilidade exige o potencial e não atual conhecimento da ilicitude do fato. Significa dizer que o erro evitável não exclui a culpabilidade, levando somente a uma redução de pena. O agente é punido a título de dolo.¹³

necesidad o consentimientos putativos), el hecho permanece antijurídico, pero queda excluida la culpabilidad en razón del error sobre la antijuridicidad; sin embargo, si el error era evitable, deberá atenuarse la pena. La doctrina actual es de opinión contraria.” (WELZEL. Op. cit., p. 142). Jakobs afirma: “Según esta teoría, la suposición errónea de haber realizado un tipo de justificación no representa sino un caso particular del error de prohibición, lo cual se fundamenta en ocasiones ex negativo. La suposición errónea de presupuestos de la justificación no es error de tipo, luego tiene que ser error de prohibición.” (JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 446). Roxin afirma sobre a teoria estrita da culpabilidade: “que se desarrollado sobre todo en el marco de la doctrina finalista, trata la suposición errónea de circunstancias justificantes como un error de prohibición inmediatamente subsumible en el § 17. Por tanto el error no excluye nunca el dolo, sino únicamente la culpabilidad, en caso de ser invencible; si el error es, como sucede por regla general, vencible, la pena del delito doloso, puede atenuarse conforme al § 17, ap. 2.” (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 582, t. I). Toledo, já em 1994, nos informa que a teoria estrita da culpabilidade não é mais aceita por autorizados autores alemães. Afirma ainda que os brasileiros pretendem ser mais fiéis ao finalista do que os penalistas germânicos. Vejamos: “No Brasil alguns autores seguem essa teoria sem muito senso crítico, pois não atentam para o fato de que a teoria extremada em exame, em alguns aspectos, foi rejeitada pela própria terra de origem por alguns penalistas mais recentes e autorizados e por um expressivo setor da jurisprudência” (TOLEDO. Op. cit., p. 283).

13. “De estas posiciones se separa la teoría de la culpabilidad; para la que en estos casos presentan un error de prohibición y, dado que sólo pueden afectar a la conciencia de la antijuridicidad, no excluyen el dolo, y deben ser tratados según las reglas del error de prohibición. En consecuencia estaremos antes un delito doloso, que no será culpable si el error sobre las circunstancias objetivas de la causa de justificación fue inevitable, pero será punible con la pena del delito doloso si era evitable, aunque en forma atenuada” (BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994. p. 137).

A teoria limitada da culpabilidade trata o erro sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação como erro de tipo. Se inevitável, a conduta não será considerada nem dolosa, nem culposa. Se evitável, o agente pode ser punido a título de culpa, respeitado o princípio da legalidade.¹⁴

A teoria limitada encontra problemas sistêmicos. O dolo não abrange os pressupostos fáticos das causas de justificação. Restringe-se aos elementos do tipo penal, fáticos ou não. Além do mais, o dolo, com o finalismo, migrou para o tipo penal desprovido do conhecimento da ilicitude do fato que permaneceu, em sua forma potencial, na culpabilidade. Realmente fica difícil, partindo da premissa finalista, dar o mesmo tratamento reservado ao erro de tipo para aqueles que erram em relação aos pressupostos fáticos da causa de justificação. Welzel, embora reconheça que a doutrina de sua época não o acompanhava, abraçou a teoria estrita da culpabilidade.

A coerência sistêmica não é suficiente para fazer-nos adotar a teoria estrita da culpabilidade, como fez o Projeto de Código Penal em discussão no Congresso Nacional. Ainda mais quando isso nos leva a um forte sentimento de injustiça.

3.1 Teoria estrita da culpabilidade: violação ao princípio da isonomia

A consideração da teoria estrita da culpabilidade viola o princípio constitucional da isonomia. Tratar o erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação como erro de proibição significa estabelecer tratamento distinto às pessoas que se encontram em situação de idêntica reprovabilidade.

Há uma razão para conferir tratamento mais brando àquele que incide no erro de tipo do que aquele que se amolda à hipótese do erro de proibição. Quem erra sobre os pressupostos fáticos do tipo penal tem maior dificuldade de reconhecer a ilicitude do fato que pratica. Ao contrário, aquele que reconhece os elementos fáticos do tipo penal tem mais facilidade de verificar a ilicitude do fato que realiza. Como exemplo, se reconheço que atiro em um homem será mais fácil compreender que atuo contrariamente ao direito do que aquele que nem representa estar diante de um indivíduo.

14. "Dentro de esta teoría hay un sector que sigue la llamada 'teoría limitada de la culpabilidad' que entiende que en estos casos faltará el disvalor de acción, pues el autor quiere obrar en la forma que permite obrar el orden jurídico, y que ello determina que no corresponda aplicar la pena del delito doloso sino eventualmente, la del culposo". (BACIGALUPO. Op. cit., p. 137).

A razão que nos leva a penalizar de forma distinta o erro de tipo e o erro de proibição evidencia o fato de que a teoria estrita da culpabilidade impõe uma violação ao princípio da isonomia.

Se compararmos aquele que erra em relação aos pressupostos fáticos do tipo àquele que erra em relação aos pressupostos fáticos de uma causa de justificação, veremos que não há razão empírica para promovermos um tratamento distinto.

A reprovabilidade daquele que não reconhece, no caso concreto, os elementos fáticos do tipo é a mesma daquele que, por equívoco, representa elementos fáticos de uma causa de justificação. O reconhecimento dos elementos fáticos do tipo permite ao agente visualizar a ilicitude do fato que pratica. O reconhecimento dos elementos fáticos de uma causa de justificação permite ao agente inferir a licitude de uma conduta que a princípio seria ilícita.¹⁵

Não encontramos nenhum dado empírico que permita dar tratamento distinto àquele que, por erro evitável, mata alguém acreditando estar diante de um espantalho daquele que mata alguém acreditando, também por erro evitável, que está diante de uma agressão que lhe permitiria reagir em legítima defesa.

Embora a teoria estrita da culpabilidade seja mais coerente com a estrutura do conceito analítico de crime desenhada pelo finalismo, não há dúvidas de que peca em relação ao princípio da isonomia. Em nome de uma coerência sistêmica não se pode vilipendiar o indivíduo, impondo-lhe uma punição que afronta o princípio constitucional da igualdade.¹⁶

15. Jorge Figueiredo Dias, ao buscar distinguir o erro que exclui o dolo e o que exclui a culpabilidade, construiu um critério que nos agrada por resolver o problema da violação ao princípio da isonomia denunciado no presente tópico. Afirma Dias: "o erro excluirá o dolo sempre que determine uma falta do conhecimento necessário a uma correta orientação da consciência ética do agente para o desvalor do ilícito; diversamente, o erro deixará persistir o dolo sempre que, detendo embora o agente todo o conhecimento razoavelmente indispensável àquela orientação, atua, todavia, em estado de erro sobre o caráter ilícito do fato: nesse caso o erro não radica ao nível da consciência psicológica (ou consciência intencional, *Bewußtsein* em alemão), mas ao nível da própria consciência ética (ou consciência dos valores, *Gewissen* em alemão), revelando a falta de sintonia entre ela e a ordem dos valores ou dos bens jurídicos que ao direito penal cumpre proteger." (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 293).

16. Sobre a teoria estrita da culpabilidade, afirma Jescheck: "La teoría trata el error acerca de las circunstancias de hecho de una causa de justificación reconocida, de acuerdo con las reglas generales del error de prohibición. Si el autor pudo evitar el error deberá

A teoria limitada da culpabilidade é compatível com o princípio da isonomia. Confere ao erro sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação o mesmo tratamento dado ao erro que recai sobre os elementos fáticos do tipo penal. Todavia, cria um problema sistêmico.

4. TEORIAS QUE BUSCAM EXPLICAR O ERRO SOBRE OS PRESSUPOSTOS FÁTICOS DA CAUSA DE JUSTIFICAÇÃO: CONCEPÇÃO LIMITADA DA CULPABILIDADE

Chegamos a um ponto fundamental: a teoria estrita da culpabilidade fere o princípio da isonomia; a teoria limitada não o faz, todavia cria problemas sistêmicos considerando a concepção finalista do conceito analítico de crime. A primeira constatação é suficiente para abandonarmos a teoria estrita da culpabilidade.¹⁷

A coerência sistêmica, o conceito analítico de crime e a própria dogmática têm a função de conferir ao julgador parâmetros para realizar um julgamento isonômico. Quando o apego à coerência sistêmica da dogmática penal desvirtua sua finalidade é hora de temperá-lo. Por essa razão, abraçamos a teoria limitada da culpabilidade. É necessário justificá-la dentro do conceito analítico de crime. Como é possível punir o agente que comete um erro evitável acerca

ser castigado de conformidad con el correspondiente tipo doloso (con la posibilidad de atenuación). Sin embargo, esta solución conduce a resultados incompatibles con el sentimiento de justicia.” (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tradado de Derecho Penal: parte general. 5. ed. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 498).

17. Roxin afirma: “Pode-se igualmente criticar os resultados obtidos pela teoria finalista da ação na medida em que não é possível deduzir soluções de problemas jurídicos de dados ontológicos como a finalidade da ação humana. As soluções apenas podem ser alcançadas a partir de avaliações e nunca a partir de meros dados do ser. Quando os finalistas supõem, seguindo a chamada teoria estrita da culpabilidade, que nos casos de legítima defesa putativa existe um fato punível doloso, pois a vontade final do autor se dirige a lesão ou a morte da vítima, estamos diante de uma forma de argumentar equivocada. Afinal, é uma questão valorativa se diante de casos como esse devemos afirmar uma ação dolosa ou culposa. Ocorre que essas razões valorativas, nesse caso, leva a que se afirme um fato culposos, na medida em que o autor errou sobre as circunstâncias de fato e a ele é apenas reprovável sua falta de atenção, o que é característico dos delitos culposos. Em razão disso é que a teoria estrita da culpabilidade foi recusada pela magistratura e pela opinião da doutrina amplamente dominante.” (ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. *RBCCrim* 82/31-32).

dos elementos fáticos da causa de justificação a título de culpa quando está claro que a conduta típica foi praticada dolosamente? Algumas teorias tentam explicar a questão.

4.1 Da relação entre tipo e ilicitude: tipo de injusto ou elementos negativos do tipo

Compreender o erro em relação aos pressupostos fáticos da causa de justificação como um erro de tipo é possível se pudéssemos fundir a ilicitude ao tipo. Assim procedendo, abraçaríamos a teoria dos elementos negativos do tipo. Também é possível tratar o problema proposto no presente trabalho pela ótica da teoria da dupla função do dolo. Vamos tratar das duas teses e, posteriormente, chegar à conclusão sobre o melhor caminho a ser seguido.

Vale registrar que a já apontada cisão entre o dolo e a consciência da ilicitude do fato somada à migração do primeiro ao tipo levou o problema à análise da relação entre tipo e ilicitude. Isso porque o dolo natural recai sobre os pressupostos fáticos do tipo e a consciência da ilicitude do fato recai sobre a ilicitude.

4.1.1 Teoria do tipo total de injusto

O tipo total do injusto é fruto de uma progressiva construção do conceito de tipo como um elemento valorativo. Parte de um tipo penal absolutamente neutro até trazer para dentro de si a ideia de contrariedade ao direito.

Em um primeiro momento, não se fazia a distinção entre ilicitude e culpabilidade. Os dois elementos se confundiam em um conceito superior de imputação. Esse pensamento é muito bem representado por Puffendorf que tinha o objetivo de distinguir o acaso do agir humano. A distinção entre imputação e injusto se deu no século XIX seguindo-se a tripartição do conceito analítico de crime: ação, antijuridicidade e culpabilidade.¹⁸

18. “Na verdade, a distinção entre injusto e imputação do fato (Stubel) começou a ser esboçada na primeira metade do século XIX, seguindo-se uma classificação tripartida (ação, antijuridicidade e culpabilidade), realizada por Luden, que, posteriormente, como se sabe, foi sistematizada por Von Liszt e Beling, com a inclusão, por este último, da tipicidade. No entanto, num primeiro momento, antijuridicidade e culpabilidade confundem-se em um conceito superior de imputação, teoria sustentada por Puffendorf (sec. XVII), com finalidade de distinguir o fato como obra humana,

O tipo penal foi o último elemento do conceito analítico de crime a ser construído. Sua paternidade é atribuída a Beling. O tipo penal consistia em um esquema legal desprovido de valoração.¹⁹

É claro que a tese de um tipo avalorado não poderia subsistir aos trabalhos desenvolvidos pelos neokantistas. O neokantismo não significou uma ruptura com o modelo causal de ação.

Não é mais possível sustentar uma fronteira precisa entre tipo e ilicitude. Os trabalhos sobre elementos normativos e subjetivos do injusto demonstram claramente que há um entrelaçamento entre os requisitos do injusto penal. A partir desse ponto, Mayer formula a teoria da *ratio cognoscendi*.²⁰ Afirma, mantendo a separação entre tipo e ilicitude, que o primeiro é o fundamento de conhecimento do segundo. Segundo a fórmula da *ratio cognoscendi*, a conduta típica será ilícita, salvo se praticada sob o manto de uma das causas de justificação. O tipo funcionará como um indicativo de ilicitude.

A teoria da *ratio cognoscendi* apresenta problemas: não oferece elementos que nos permitam reconhecer, no tipo penal, o conteúdo da norma penal proibitiva; o binômio regra/exceção, tratado pela teoria, não é compatível com o conteúdo valorativo do tipo penal.²¹

do puro acaso" (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 247, vol. II.).

19. Roxin, criticando o tipo penal neutro, disse: "El comportamiento típico será siempre antijurídico o justificado, pero en ningún caso jurídicamente irrelevante; por tanto, en este sentido, nunca ha de ser valorativamente neutro". (ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos e elementos del deber jurídico*. Trad. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979. p. 74).
20. "A noção de tipo não podia se prender, todavia, a uma concepção formalista, sofrendo como lembra Cavaleiro de Ferreira, na doutrina alemã, a passagem a uma concepção valorativa, para vir a ser entendido, consequentemente, como expressão legal da antijuridicidade. Mayer, sem se afastar integralmente da noção de tipo de Beling, traz uma importante contribuição, pois vê a tipicidade e a antijuridicidade como elementos distintos, porém, relacionados, visto que a antijuridicidade se manifesta indiciariamente na conformidade do fato ao tipo. Por meio do tipo, em uma relação obrigatória, é que se alcança a antijuridicidade." (REALE JR., Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 42).
21. "Por sua vez, a relação meramente indiciária entre o tipo e ilicitude, proposta por Mayer, igualmente não oferecia subsídios para a formulação de um conceito típico adequadamente valorado com o conteúdo proibitivo da norma penal. A noção de regra-exceção, utilizada pela teoria da *ratio cognoscendi*, não se adequava ao

MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. Do erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação: uma análise da modificação proposta pelo PLS 236/2012. *Revista dos Tribunais*. vol. 959. ano 104. p. 183-207. São Paulo: Ed. RT, set. 2015.

Os elementos axiológicos do tipo são justificados pelo conceito de antinormatividade que traz, em si, uma contradição: como seria possível uma conduta antinormativa e lícita ao mesmo tempo? Parece-nos que o conceito de antinormatividade, artificialmente, leva ao tipo uma avaliação que diz respeito à ilicitude.²²

É difícil fechar os olhos para o caráter valorativo do tipo penal. Nesse sentido, não há como sustentar a teoria da *ratio cognoscendi*. Passemos à análise da teoria da *ratio essendi*.

Diante do caráter valorativo do tipo penal, nasce a teoria da *ratio essendi*. Subdivide-se em duas correntes: tipo de injusto e tipo total de injusto. A primeira reconhece que o tipo encerra um juízo de ilicitude, todavia, mantém-se fiel ao conceito tripartido de crime. Já a segunda, ao reconhecer o juízo de ilicitude já presente no tipo, funde os dois elementos, abraçando um conceito bipartido de crime.²³

pretendido conteúdo valorado do tipo legal" (LOPES, Luciano dos Santos. *A relação entre o tipo legal de crime e a ilicitude: uma análise do tipo total de injusto*. Tese de doutorado em direito com ênfase em ciências penais. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2010. p. 135).

22. Welzel sustentava a distinção entre antinormatividade e ilicitude. Afirmava que a antinormatividade de uma conduta deriva da contradição a uma norma penal. Isso não significa que a conduta típica será ilícita. Afirma Welzel que "Antijuridicidad es, por lo tanto, la contradicción de una realización típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto (no sólo con una norma aislada)" (WELZEL. Op. cit., p. 76). Ainda sobre a matéria cf. (ROXIN, Claus. *Teoría del Tipo Penal. Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico*. Trad. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma. 1979, p.04). Criticando o conceito antinormatividade, afirma Lopes: "Mais ainda, utilizou-se de um equivocado conceito de antinormatividade, para justificar alguma parcela axiologicamente existente no tipo, sem identificar este instituto com a proibição determinada pela ilicitude" (LOPES. Op. cit., p. 135).
23. "Analisando não apenas os casos isolados onde a tipicidade e a antijuridicidade se manifestam conjuntamente, mas também por motivos sistemáticos, em face da identidade de funções desempenhadas pelos elementos fundadores do tipo e os elementos excludentes da antijuridicidade, a teoria de Merkel pretende fundir esses dois elementos, de modo que o delito se constitua de apenas duas etapas: tipo e a culpabilidade. De acordo com essa teoria, as causas de justificação (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular do direito, estrito cumprimento do dever legal, etc.) só por questão de técnica legislativa é que figuram isoladamente em relação ao tipo, porque na verdade, devem ser nele fundidas". (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey. 2000. p. 165).

MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. Do erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação: uma análise da modificação proposta pelo PLS 236/2012. *Revista dos Tribunais*. vol. 959. ano 104. p. 183-207. São Paulo: Ed. RT, set. 2015.

A teoria do tipo total de injusto resolve o problema sistêmico gerado pela teoria limitada da culpabilidade. Os pressupostos fáticos de uma causa de justificação seriam elementos do tipo (total de injusto). O erro que recai sobre os mencionados requisitos fáticos seriam erro de tipo assim como o erro que recai sobre os elementos do tipo incriminador.²⁴

A teoria do tipo de injusto não resolve o problema sistêmico da teoria limitada da culpabilidade. Isso porque mantém a dualidade entre tipo e ilicitude. Se reconheçêssemos a inadequação da teoria estrita da culpabilidade, o caminho seria abraçar a teoria do tipo total do injusto a fim de justificar a teoria limitada da culpabilidade. A questão é: a teoria dos elementos negativos do tipo se sustenta? Creemos que não.²⁵

O art. 128, I, do CP dispõe: “Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante.” Essa hipótese nada mais é do que o estado de necessidade que assim é previsto pelo art. 24 do CP: “considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar

Miguel Reale Júnior abraça essa posição. Vejamos: “Se o tipo representa genericamente uma ação animada de um desvalor, a ação típica não é senão a ação concreta dotada daquele desvalor repellido pelo direito. Ao se apreender a ação em sua tipicidade, apreende-se seu caráter antijurídico, e, portanto, são uma coisa só os juízos de tipicidade e de antijuridicidade. Destarte, a ação típica é antijurídica, pois, se a função do direito é impor valores e defendê-los, a antijuridicidade consiste no ajuizamento de que foi a ação animada por um desvalor, isto é, realizada de modo típico, a revelar sua contrariedade ao valor tutelado. Constituem um mesmo momento o juízo de tipicidade e o da antijuridicidade, correspondendo à culpabilidade como juízo de valor significativo a reprovabilidade da ação injusta.” (REALE JR. Op. cit., p. 53-54).

24. “Con arreglo a la teoría de los elementos negativos del tipo, la suposición de una situación justificante excluye el dolo y a lo sumo deja la posibilidad de imprudencia.” (JAKOBS. Op. cit., p. 445).
25. Roxin afirma que, no direito alemão, não existe objeções estruturais à teoria dos elementos negativos do tipo: “La Teoría de los elementos negativos del tipo, al incluir los presupuestos de la justificación en el ‘Tipo Legal’ como circunstancias negativas, alcanza mediante la aplicación inmediata del §16 I el mismo resultado al que llega la teoría restringida de la culpabilidad con la analogía al §16 I. No existen objeciones estructurales decisivas a esta concepción. Se mantiene también dentro del marco de una interpretación teóricamente admisible del §16, puesto que el legislador ha dejado expresamente abierta la posibilidad de que ‘en el caso del error sobre los presupuesto de causas de justificación se trate de un error de tipo’.” (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 586-587, t. 1).

de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.”²⁶ Qual o sentido do art. 128, I, do CP senão tratar, nesta hipótese específica, o estado de necessidade como uma hipótese de exclusão da tipicidade da conduta?²⁷

A expressão “sem justa causa” é empregada como uma condição negativa nos tipos de violação de segredo e violação de segredo profissional descritos, respectivamente, nos arts. 153 e 154 do CP. Dispõem mencionados tipos penais, respectivamente: “Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem: (...)” e “Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: (...)”.²⁸

A expressão “sem justa causa” é um elemento normativo da ilicitude. Assim como os termos “indevidamente”, “injustamente”, “sem licença da autoridade” antecipam, para o tipo, a análise da ilicitude.²⁹ Qual seria o sentido dos elementos normativos da ilicitude se adotarmos a teoria do tipo total do

26. Bitencourt afirma que o aborto terapêutico consiste em um estado de necessidade. Diverge, todavia, de nosso posicionamento ao afirmar que se trata de uma forma diferente e especial que o legislador encontrou de excluir a ilicitude do fato. Senão vejamos: “O próprio Código atribui os *nomen juris* de aborto necessário, ao primeiro, e aborto provocado por gravidez resultante de estupro, que a doutrina e jurisprudência encarregaram-se de definir como sentimental, humanitário” (...). “O aborto necessário também é conhecido como terapêutico e constitui autêntico estado de necessidade, justificando-se quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante” (BITENCOURT. Op. cit., p. 167-168).
27. BRASIL. *Código Penal*. Dec.-lei 2.848 de 07.12.1940. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 31.12.1940 e retificado em 03.01.1941.
28. BRASIL. *Código Penal*. Dec.-lei 2.848 de 07.12.1940. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 31.12.1940 e retificado em 03.01.1941.
29. “Sem justa causa, a exemplo de outras expressões semelhantes, tais como indevidamente, injustamente, sem licença da autoridade, são elementos jurídicos normativos da ilicitude (ou antijuridicidade); embora também constem da descrição típica, não se confundem com os elementos normativos do tipo, tais como coisa alheia, mulher honesta etc. Na verdade, a despeito de integrarem o tipo penal, são elementos do dever jurídico e, por conseguinte, da ilicitude. Justa causa, que normalmente se relaciona à antijuridicidade, neste caso, exclui a tipicidade e não

injusto? Se a teoria do tipo total de injusto explicasse a relação, pelo menos como regra, entre os requisitos do injusto penal, a existência dos elementos normativos da ilicitude não teria razão.

Afastamos a teoria do tipo total do injusto como regra para explicar a relação entre tipo e ilicitude. Nós a aceitamos como exceção, restrita aos tipos que contêm elementos normativos da ilicitude. Resta-nos tratar da teoria do tipo de injusto para verificar se nos serve como regra para explicar a relação entre tipo e ilicitude.

4.1.2 Teoria do tipo de injusto

A teoria do tipo de injusto parte da compreensão de que o tipo possui, em si, uma carga valorativa. Assim como a teoria do elemento negativo do tipo. É exatamente este ponto de coincidência entre as duas correntes.

Há, todavia, uma diferença: a teoria do tipo de injusto, embora aceite que o tipo carregue consigo a valoração própria da ilicitude – e isso é da gênese legislativa do tipo penal –, mantém a tripartição do conceito analítico do crime. O tipo é tratado de forma estanque em relação à ilicitude.³⁰

As causas de exclusão da ilicitude não são tratadas como elementos negativos do tipo. Isso significa que, havendo a hipótese de uma ação típica, praticada em legítima defesa, exclui-se a ilicitude preservando o tipo penal. Para Mezger, “o tipo penal é a razão de ser da ilicitude, mas não é ela própria.”³¹

aquela. E isso acontece somente porque o legislador inclui a antijuridicidade entre os elementos integrantes do próprio tipo penal.” (BITENCOURT. Op. cit., p. 485).

30. “Havendo a compreensão da carga valorativa do tipo legal, é de se compreender, agora, que esta corrente teórica mantém a tripartição do conceito de crime: tipo, ilícito e culpável. Não há, nessa vertente doutrinária, a anunciada fusão entre tipo e ilicitude, em um tipo total do injusto” (LOPES. Op. cit., p. 143).
31. “El tipo, como tipo del injusto en el sentido del § 59, párr. 1, circunscribe el injusto al cual el código penal liga la conminación de una pena; es ‘injusto tipificado’ (siempre que no exista una causa de exclusión del injusto). En la descripción del injusto le corresponde, por lo tanto, una significación material, es su ‘fundamento real’, su ‘ratio essendi’, y no sólo su fundamento de reconocimiento, no mera ‘ratio cognoscendi’. Muchos autores lo señalan como un ‘indicio’ de la antijuridicidad (p. ej. Nagler y M. E. Maybe); es cierto que el tipo no demuestra siempre la anti juridicidad de la acción (a saber, cuando existe una causa de exclusión del injusto); pero la expresión indicio se acerca demasiado, por otra parte, al mero fundamento del reconocimiento, en tanto que el tipo fundamenta y no deja simplemente reconocer el injusto cuando una causa de exclusión del injusto no lo anula. Depende de las circunstancias

Toledo adota esta posição. Afirma que, na teoria do tipo de injusto, “a tipicidade e a ilicitude implicam-se, numa relação indissolúvel no interior do injusto, mas conceitualmente não se confundem.”³² O tipo penal encerra o juízo de ilicitude não de forma definitiva, posto que se admite a hipótese de causas de justificação.

A teoria do tipo de injusto parece ter ficado “no meio do caminho” entre a *ratio cognoscendi* e a teoria dos elementos negativos do tipo. Difere da primeira porque reconhece que o tipo encerra, em si, um juízo de ilicitude. Assemelha-se a mesma porque mantém a aplicação da regra/exceção para tratar da relação entre os dois requisitos do injusto penal. Em relação à segunda, o tipo de injusto assemelha-se na medida em que reconhece que o tipo encerra, em si, a ilicitude. Distancia-se, no entanto, da segunda teoria na medida em que continua utilizando o critério da regra/exceção, evidenciando que o juízo de ilicitude, contido no tipo, é provisório.

Realmente seria ilógico dizer que uma conduta seria originalmente ilícita, posto que típica, podendo ser lícita se acobertada por uma causa de exclusão da ilicitude do fato.³³

Há, todavia, um forte argumento a favor da teoria do tipo de injusto: ao preservar a identidade dos requisitos do injusto penal, mostra-se mais garantista. A interpretação da lei penal incriminadora deve ser mais restrita por força do princípio da estrita legalidade. O mesmo não se diz da interpretação da lei penal que institui uma causa de justificação.³⁴

el saber si el tipo trae consigo el injusto en una forma conceptual determinada – como ocurre en el hecho de quitar y adueñarse de una cosa ajena en el § 242 –, o si crea el injusto de por sí – como en los casos del incesto (§ 173) o de la impudicia contra la naturaleza (§ 175). Lo uno es tan posible como lo otro. El Lehrs. considera detalladamente todas estas cuestiones (182-185)”. (MEZGER. Edmund. *Derecho penal*. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1958. p. 145). Ainda sobre o tema, ver LOPES. Op. cit., p. 146.

32. TOLEDO. Op. cit., p. 124.

33. “Conclui-se que, tal como na doutrina da *ratio cognoscendi* (Mayer), nesta vertente da teoria da *ratio essendi* permanece a ideia da regra-exceção na relação existente entre tipo e ilicitude. Quem age tipicamente também atua ilicitamente, desde que não exista causa que justifique a ação, e que exclua o injusto (pela exclusão da ilicitude, não do tipo). Mezger assim afirma sobre essa questão “constituye, sin embargo, un medio de auxilio en absoluto indispensable en todo sistema jurídico que haya alcanzado cierto grado de evolucion.” (LOPES. Op. cit., p. 150).

34. Roxin, sobre o assunto, afirma: “No obstante, hay razones de más peso a favor de mantener el tipo, en el sentido de *typus delictivo* (o sea, de los respectivos elementos del

4.1.3 Nossa posição

Descartamos, de plano, a teoria da *ratio cognoscendi*. Parece-nos bastante sedimentado o fato de que o tipo penal traz, em si, um juízo de ilicitude do fato e não uma mera indicação da ilicitude a ser verificada em fase posterior do conceito analítico de crime.³⁵

O legislador, no ato de tipificar uma determinada conduta, faz uma prévia análise de sua contrariedade com a integralidade do ordenamento jurídico. O tipo, então, seria a ilicitude tipificada com todas as garantias que decorrem do princípio da estrita legalidade.

A contradição, já apontada em relação à teoria do tipo de injusto, é procedente. A conduta não pode ser ilícita e lícita ao mesmo tempo. O sistema de regra/exceção é mais coerente com a teoria da *ratio cognoscendi*. Todavia,

injusto específicos del delito), como una categoría autónoma frente a la antijuridicidad; pues el tipo y la antijuridicidad no se agotan en su significado para la averiguación y comprobación del injusto, sino que tienen especiales funciones políticocriminales, que corren el riesgo de echarse a perder si no se las tiene en cuenta también a efectos sistemáticos.” (ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 286, t. I). Continua Roxin discutindo sobre a necessidade de se pensar o tipo e a ilicitude como requisitos distintos do injusto: “Por eso en las causas de justificación la interpretación correspondiente al principio nullum crimen no está vinculada al límite del tenor literal, sino sólo a los principios ordenadores immanentes a las respectivas causas de justificación, de tal manera que también se pueden incorporar al Derecho penal causas de justificación extrapenales con resultados interpretativos específicos de sus respectivos campos jurídicos (cfr. §5, nm. 42) y las evoluciones sociales pueden influir en el Derecho penal tipificado y comparativamente ‘rígido” (ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 287, t. I).

35. Juarez Tavares também afasta a teoria da *ratio cognoscendi*. Senão vejamos: “Se seguirmos nossa proposta de elaboração de uma teoria do injusto, de modo que, numa primeira fase, devam ser questionados o tipo de injusto e os preceitos autorizadores da conduta, em face dos direitos fundamentais, o tipo não pode mais desempenhar papel de indicio de antijuridicidade. Tanto o tipo quanto a antijuridicidade se submetem ao mesmo crivo para verificar se, desde logo, a incriminação da conduta é ou não, no seu todo, independente de sua previsão legal, incompatível com a ordem democrática. Se for afirmativa essa análise, a conduta deve ser considerada lícita, sendo a sua proibição ou determinação uma manifestação de abuso do poder de punir”. (TAVARES. Op. cit., p. 161).

MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. Do erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação: uma análise da modificação proposta pelo PLS 236/2012. *Revista dos Tribunais*. vol. 959. ano 104. p. 183-207. São Paulo: Ed. RT, set. 2015.

a adoção da teoria dos elementos negativos do tipo não nos é confortável. Mesmo estando ciente de que, no contexto do presente trabalho, seria a saída mais cômoda.

Propomos pensar a relação entre o tipo e a ilicitude de forma dual. Em regra, adotamos a teoria do tipo do injusto e abraçamos a teoria dos elementos negativos do tipo, como exceção.

Nem todos os tipos penais possuem elementos normativos da ilicitude. Aqueles que os possuem antecipam, para o tipo, o juízo da ilicitude. Significa dizer que, em regra, o tipo e a ilicitude devem ser tratados como elementos distintos. Quando o legislador entendeu por bem fundir os dois requisitos do injusto, fez uso dos elementos normativos da ilicitude.

Os elementos normativos da ilicitude indicam que, somente excepcionalmente, devemos considerar a junção entre o tipo e a ilicitude. Nas outras hipóteses, prevalece a teoria do tipo de injusto.

A teoria do tipo de injusto, como regra, é uma exigência de política criminal. Isso porque, como já dito, o critério hermenêutico para a interpretação dos elementos positivos e “negativos” do tipo há de ser absolutamente distinto. Os elementos positivos do tipo são interpretados, por imposição do princípio da legalidade, de forma restrita. O mesmo não pode ser dito da interpretação dos “elementos negativos do tipo penal”.

Concluimos que a teoria do tipo de injusto explica, em regra, a relação entre tipo e ilicitude. Quando há elementos normativos da ilicitude, a relação dos dois requisitos do injusto penal é explicada pelo tipo total de injusto. A teoria do tipo total de injusto, no contexto dos tipos que fazem uso dos elementos normativos da ilicitude, possui também uma justificativa de política criminal.

A lei penal, quando faz uso de elementos normativos da ilicitude, torna a verificação do dolo mais restrita. Se a análise da ilicitude é antecipada para o instante da verificação do tipo, o dolo passa a exigir um conhecimento da ilicitude do fato praticado.³⁶ Ocorre que o conhecimento da ilicitude, quando ligada ao dolo ao invés da culpabilidade normativa, é atual e não potencial.

36. Esse ponto tem clara inspiração no direito penal do *common law*. O direito penal anglo-saxão tem problema de sistematização de conceitos e resolução de problemas que podemos atribuir a ausência de uma sistemática teoria do crime. Se é que podemos dizer que eles tem uma teoria do crime. Agora, o direito de raiz anglo-saxônica tem uma facilidade maior para lidar com problemas como o objeto do presente artigo porque não estão presos a conceitos jurídicos “estáticos”. O direito penal do *common*

MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. Do erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação: uma análise da modificação proposta pelo PLS 236/2012. *Revista dos Tribunais*. vol. 959. ano 104. p. 183-207. São Paulo: Ed. RT, set. 2015.

Concluimos que a relação entre o tipo e a ilicitude ora se explica pela teoria do tipo de injusto, ora pela teoria dos elementos negativos do tipo. Na segunda hipótese, o erro sobre os pressupostos fáticos sobre as causas de justificação pode ser explicado pela teoria limitada da culpabilidade. Será tratado como erro de tipo. Na primeira hipótese, o problema persiste. Ao tratar o tipo e a ilicitude como requisitos autônomos do injusto penal, torna-se difícil, do ponto de vista sistêmico, sustentar que o erro sobre as circunstâncias fáticas da causa de justificação exclui o dolo.

Acreditamos que a teoria da dupla função do dolo é adequada para cuidar do problema sistêmico gerado pela adoção da teoria do tipo de injusto e a limitada da culpabilidade.

4.2 Teoria da dupla função do dolo

A teoria da dupla função do dolo parte da premissa finalista de que o dolo e a culpa são elementos do tipo subjetivo. Reconhece, entretanto, que o dolo e a culpa possuem reflexos na culpabilidade. Haveria uma culpabilidade dolosa e uma culpabilidade culposa.³⁷

O agente que erra acerca dos pressupostos fáticos de uma causa de justificação mantém o dolo do tipo ilibado. Elide, todavia, a possibilidade de configuração de uma culpabilidade dolosa. Se o erro for evitável, respeitado o princípio da legalidade, permanece a culpabilidade culposa.³⁸ Se o erro for plenamente justificável, não restará nem mesmo a culpabilidade culposa.

law inadmitte o erro de direito, salvo quando exigido para a formação do elemento subjetivo do delito (*mens rea*). Significa dizer: salvo quando o legislador introduzir o elemento de direito não penal na lei penal que descreve a conduta delitiva (*actio reo*). Isso porque o objeto da *mens rea* é exatamente o *actio reo*. É essa a solução que estamos propondo: quando a ilicitude for tratada no tipo por meio dos elementos normativos sua consciência atual passa a ser exigida para a verificação do dolo.

37. "Pressupondo-se legítima a tese da dupla função (dupla valoração) do dolo e da culpa no sistema penal, poderíamos dizer: o dolo e a culpa, no setor do tipo de injusto, expressam a posição do agente perante o fato; no setor da culpabilidade, como fatores de reprovação, expressam a atitude interior ou a *Gesinnung*, isto é, a posição de antagonismo, de conflito, de contradição do agente diante do ordenamento jurídico, diante do bem jurídico protegido, daí a reprovação ou a censura que sobre ele recai" (GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 173).

38. "Por isso as discriminantes putativas não excluem o dolo, uma vez que o agente atua com consciência e vontade de realizar os elementos do tipo de ilícito, mas sim impede

A lei penal trata das discriminantes putativas no artigo que cuida do erro sobre elementos do tipo. Todavia, confirmando tratar-se de uma hipótese de exclusão da culpabilidade e não do tipo, utiliza a expressão "é isento de pena".³⁹ Afirma ainda que não haverá isenção de pena quando o erro for evitável e a punição se dará, respeitado o princípio da legalidade, a título de culpa. Todas as vezes que nosso Código Penal usou a expressão "é isento de pena" estava tratando de uma causa de exclusão da culpabilidade e não do tipo penal.

Cerezo Mir, criticando a teoria da dupla função do dolo, sustentou ser assistemática. Se o conceito analítico de crime possui elementos que precisam ser considerados em distintas categorias é porque não é sistêmico.⁴⁰

As críticas dirigidas à teoria da dupla função do dolo não são suficientes para desqualificá-la. O conceito analítico de crime é uma criação teórica. Não expressa a realidade fática porque o fato – no caso o tipificado – é uno. O conceito analítico de crime o divide em três etapas de valoração. Todavia, o faz para tornar a análise do fato imputado mais segura e garantista.

É razoável que a engenharia que assume o conceito analítico de crime tenha, nesta ou naquela situação, problemas que chamamos de sistêmicos. Quando são muito graves, uma determinada estrutura rui. Nasce outra, mas todas têm problemas porque são teóricas e artificiais. Nesse contexto, nada mais natural do que admitir que dados do conceito analítico de crime possam estar presentes em um elemento e ter reflexo em outro.

a configuração da culpabilidade dolosa, permitindo a incidência da culpabilidade negligente, se o erro deriva de culpa e o fato é legalmente previsto como crime culposos. Isso significa que o dolo de tipo permanece íntegro, inatacado, desenvolvendo plenamente a função que lhe compete nos tipos de ilícito: fundamentar, enquanto modalidade ou forma de realização subjetiva do fato incriminado, ao lado de outros elementos do tipo, o desvalor da ação. O dolo é excluído tão somente pelo erro sobre os elementos do tipo, nos termos do art. 20, *caput*, do CP" (SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 205).

39. "É isento de pena que, 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." (BRASIL. *Código Penal*. Art. 20, § 1.º, do Dec.-lei 2.848 de 07.12.1940. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 31.12.1940 e retificado em 03.01.1941, alterado pela Lei 7.209, de 11.07.1984. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 13.07.1984).

40. MIR CEREZO, José. *La doble posición del dolo en la ciencia del derecho penal española. Problemas fundamentales del derecho penal*. Madrid: Ed. Tecnos, 1982. p. 199-200.

Conclui-se que a teoria da dupla função do dolo explica o erro em relação aos pressupostos fáticos das causas de justificação quando a relação entre tipo e ilicitude é dada pela teoria do tipo de injusto. Como já dito, essa é a regra e acontece quando não há, na estrutura do tipo, elementos normativos da ilicitude. Havendo, a relação entre tipo e ilicitude explica-se pela teoria do tipo total do injusto que é plenamente compatível com a teoria limitada da culpabilidade.

5. CONCLUSÃO

O PLS 236/2012 abraça a teoria estrita da culpabilidade em matéria de erro sob os pressupostos fáticos da causa de justificação. Propõe o abandono da teoria limitada da culpabilidade, adotada entre nós em 1984. Acreditamos estar diante de um retrocesso.

A proposta do PLS 236/2012 harmoniza-se com o finalismo. Todavia, rompe com o princípio da isonomia.

Aquele que erra em relação aos pressupostos fáticos de uma causa de justificação não é mais reprovável do que aquele que erra em relação a um pressuposto fático do tipo penal. Não há qualquer justificativa para, sendo evitável, conferir tratamento mais brando ao erro de tipo do que ao de proibição. Por isso, chegamos à conclusão de que a teoria limitada da culpabilidade continua sendo a mais adequada para explicar o erro ora em análise.

A questão é que a teoria limitada da culpabilidade, pensada no conceito analítico de crime desenhado pelos finalistas, gera problemas sistêmicos. Resolvê-los demanda um estudo acerca da natureza da relação entre tipo e ilicitude.

Afastamo-nos de um tipo penal neutro. O tipo, considerado como mero indício da ilicitude, também não se mostrou apropriado. Adotamos a teoria da *ratio essendi*.

A teoria da *ratio essendi* se subdivide em teoria dos elementos negativos do tipo e tipo de injusto. Ambas partem da concepção de que o tipo encerra, em si, a ilicitude. Na primeira corrente, tipo e ilicitude se fundem em um só elemento: tipo de injusto. Na segunda corrente, tipo e ilicitude preservam sua identidade teórica.

Se adotarmos a teoria dos elementos negativos do tipo, estará explicado o erro sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação. Tratar-se-á de erro de tipo. As causas de exclusão da ilicitude serão consideradas elementos de uma tipicidade negativa.

A análise sistêmica da parte especial do Código Penal não nos permite abraçar a teoria dos elementos negativos do tipo, pelo menos não como regra. Alguns tipos – e não todos – têm, em sua estrutura típica, elementos normativos da ilicitude (indevidamente, sem justa causa, sem licença da autoridade). Se a lei penal faz uso deles, é porque, em regra, tipo e ilicitude são requisitos autônomos do injusto penal.

Ademais, fundir a ilicitude no tipo acarreta um sério problema: a técnica de interpretação da lei penal incriminadora é distinta das leis penais que instituem causas de justificação. É mais adequado, mesmo que por razões de política criminal, tratar o tipo como elemento diverso da ilicitude.

Chegamos a uma explicação dualista. A regra seria a adoção do tipo de injusto, preservando a autonomia entre tipo e ilicitude. A exceção, verificada quando houvesse elementos normativos da ilicitude na estrutura do tipo objetivo, seria a adoção da teoria dos elementos negativos do tipo.

A adoção da concepção dualista presta homenagens ao garantismo penal. A teoria do tipo de injusto permite que o intérprete aplique à lei penal incriminadora um critério hermenêutico mais restrito do que o aplicado à lei que prevê uma causa de justificação. Por outro lado, há hipótese em que se torna conveniente exigir que o autor de um crime tenha conhecimento atual e não só potencial da ilicitude do fato. Neste caso, a lei faz uso dos elementos normativos da ilicitude e funde os dois requisitos do injusto penal. O dolo, quando há elementos normativos da ilicitude, deve contemplar o conhecimento atual da ilicitude do fato.

A existência de elementos normativos da ilicitude, seus reflexos em relação ao dolo e a consciência da ilicitude do fato são especialmente importantes no processo de expansão do direito penal.

Nos termos da teoria dos elementos negativos do tipo, aqui concebida como exceção, o erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação são de tipo. A explicação dá-se de forma bem mais simples. Não encontramos a mesma facilidade para tratar do erro em relação aos pressupostos fáticos das causas de justificação quando pensamos na teoria do tipo de injusto, aqui concebida como regra. Tornou-se necessário buscar uma solução dogmática.

A teoria da dupla função do dolo oferta solução satisfatória para o erro, aqui estudado, no contexto do conceito analítico de crime desenhado pelo finalismo.

Aquele que erra, podendo evitar o equívoco, em relação aos pressupostos fáticos da causa de justificação pratica uma conduta dolosa. Sua culpabilidade,

todavia, será culposa se o erro for evitável, respeitado o princípio da legalidade. Sendo o erro inevitável, não haverá crime.

A crítica que se dirige à teoria da dupla função do dolo, de que seria assistemática, não subsiste. É necessário pensar os elementos do conceito analítico de crime de forma mais fluida.

Conferir porosidade aos elementos do conceito analítico de crime permite maior maleabilidade que leva a soluções mais justas. A “pureza” de um sistema teórico não deve se sobrepor à justiça no caso concreto. Quando isso acontece, é necessário temperar o sistema como fez a teoria da dupla função do dolo.

Concluimos que a proposta de retorno à teoria estrita da culpabilidade em matéria de erro em relação à discriminante putativa deve ser afastada para nos manter fiel à teoria limitada da culpabilidade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. II.

BRASIL. *Código Penal*. Dec.-lei 2.848 de 07.12.1940. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 31.12.1940 e retificado em 03.01.1941, alterado pela Lei 7.209, de 11.07.1984. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 13.07.1984.

BRASIL. PLS 236/2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general fundamentos y teoria de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

LOPES, Luciano dos Santos. *A relação entre o tipo legal de crime e a ilicitude: uma análise do tipo total de injusto*. Tese de doutorado em direito com ênfase em ciências Penais. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2010.

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

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. 3. ed. Padova: Cedam, 1992.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal*. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1958.

MIR CEREZO, José. *La doble posición del dolo en la ciencia del derecho penal española*. Problemas fundamentales del derecho penal. Madrid: Ed. Tecnos, 1982.

REALE JR., Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

_____. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 82. p. 31-32. São Paulo: Ed. RT, out. 2010.

_____. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos e elementos del deber jurídico*. Trad. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barroso Alves. São Paulo: Ed. RT, 2011.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2006. vol. I.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. 2. ed. Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Alguns aspectos da culpabilidade na atualidade, de Cezar Roberto Bitencourt – RT 756/425-435 (DTR\1998\470);
- Da limitada teoria estrita da culpabilidade: crítica ao tratamento das descriminantes putativas no Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012), de Frederico Gomes de Almeida Horta – RBCCrim 113/15-39 (DTR\2015\3603); e
- Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências, de Claus Roxin – RBCCrim 65/9-25, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 2/901 (DTR\2007\185).