

DESCRIMINANTES PUTATIVAS: O PROBLEMA DO ERRO SOBRE OS PRESSUPOSTOS OBJETIVOS DE JUSTIFICAÇÃO¹

Danilo Oliveira Freire² (Direito/UNIVEM)
Orientador: Jairo José Gênova³

Resumo

Este estudo tem por objetivo tecer considerações acerca do erro jurídico-penal e, mais especificamente, do erro de tipo permissivo, ou erro sobre os pressupostos objetivos de justificação. Trata-se de uma análise do tratamento tradicional em face das construções dogmáticas mais recentes ou, de outro modo, uma (possível) crítica aos fundamentos da dogmática jurídica. Para atingir esse desiderato, serão expostos alguns sistemas do delito e seus fundamentos serão analisados para, ao fim, concluir se essas construções oferecem não só uma solução adequada, mas se os fundamentos se sustentam diante do atual panorama das ciências penais.

Palavras-chave: 1. Causalismo 2 Finalismo 3. Funcionalismo teleológico-racional 4. Erro de tipo permissivo 5. Erro de proibição 6. Erro de tipo

Abstract

PUTATIVE JUSTIFICATIONS: THE PROBLEM OF ERROR ON JUSTIFICATION REQUIREMENTS

This work aims to make observations about mistake in criminal law, particularly, the mistake on justification requirements. This is an analysis of the traditional handling in the face of more recent dogmatic constructions or, otherwise, a (possible) critique to the foundations of dogmatic. To achieve that some theories of crime will be exposed and its groundings will be examined to, in the end, conclude if these constructions offer not only an appropriate solution, but if the groundings are supported in the face of the current scenery of criminal sciences.

Key-words: 1. Causalism 2. Finalism 3. Functionalism 4. Mistake of fact 5. Mistake of law

1 Artigo resultado de Iniciação Científica realizada no ano de 2008 (UNIVEM - Marília/SP).

2 Aluno do 5º ano do curso de Direito do UNIVEM (Marília/SP) e do 1º ano do curso de Filosofia da UNESP (Marília/SP). E-mail: dno.freire@gmail.com

3 Docente do UNIVEM (Marília/SP).

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo tecer algumas considerações sobre o erro, como hipótese ampla de trabalho, e o erro de tipo permissivo como especificidade, questionando, de modo relativamente crítico, se a construção realizada pela doutrina para uma adequada solução da problemática do erro, da forma como tem se apresentado, encontra lastro no atual estágio da dogmática jurídico-penal.

O tema proposto constitui ponto de encontro de construções importantes à teoria do delito, como o injusto e a culpabilidade; deriva justamente das considerações previamente dispensadas àquelas categorias, por isso será imperioso referir-se a elas em maior ou menor medida, o que será feito conforme a necessidade.

Como aduz o insigne jurista português Jorge de Figueiredo Dias (2000, p. 415), parafraseando o alemão Engisch, o tema levantado “encontra-se hoje, em todas as suas implicações teóricas e práticas, tão esgotantemente discutidas que seria quase impossível pretender-se dizer sobre elas algo verdadeiramente novo”; não é, contudo, menos verdade que a dogmática brasileira pouco avançou nos últimos tempos.

Tome-se, por exemplo, a doutrina finalista da ação, que só foi introduzida no Brasil mais de vinte e cinco anos depois de ter sido idealizada por Welzel (TAVARES, 1980, p. 106), tornando-se, a partir de então, de modo majoritário, o modelo teórico preferido dos doutrinadores brasileiros – e que permanece até hoje.

Isso é de se ter em conta, tendo em vista que no mesmo ano em que se editou a primeira obra finalista brasileira, o penalista tedesco Claus Roxin lançava de uma vez por todas um programa metodológico que serviria de base para todos os seus trabalhos posteriores, e já antes disso apontava para as inconsistências do finalismo welzeliano, pugnando por um sistema normativo vinculado a valorações político-criminais (ROXIN, 2002).

O que impulsiona este trabalho é, principalmente, a replicação que alguns doutrinadores fazem acerca da suposta adoção do finalismo (PRADO; CARVALHO,

2007) e da teoria limitada da culpabilidade (JESUS, 2005, p. 465) pelo Código Penal sem maiores reflexões, isto é, de aceitação aparentemente intangível e inquestionável da doutrina welzeliana como modelo teórico.

Para tanto, e por questões didáticas o trabalho divide-se em cinco partes. Na primeira, são apresentados os conceitos de erro e suas principais espécies, assim como breves considerações sobre os sistemas causal e final de delito, porquanto de extrema importância para situar as soluções que esses sistemas oferecem para o problema do erro.

Na segunda parte, são feitas algumas críticas sobre esses sistemas acima mencionados, máxime suas inconsistências. Em seguida, apresentam-se as soluções tradicionais e algumas outras que a doutrina nos fornece, aduzindo ainda breves comentários sobre elas.

Nas quarta e quinta partes, solução proposta e conclusão, respectivamente, há uma tentativa de resolução do problema e as conclusões que puderam ser obtidas com a investigação.

I SITUAÇÃO DO PROBLEMA

Como nos mostra Figueiredo Dias (2000, p. 29 *et seq.*), na tradição ocidental o erro releva como problema jurídico desde o direito romano.

Compreende-se como erro a falsa representação da realidade, aqui entendida meramente como hipótese de trabalho, como o conjunto dos fatos do mundo e dos valores jurídicos sob os quais o sujeito está submetido.

Do conceito, é possível deduzir duas espécies relevantes, por assim dizer, de erro: um que recai sobre os fatos e outro que recai sobre o direito; não por acaso, é a dicotomia que imperava entre os romanos e que foi herdada por provavelmente todas as legislações da tradição romano-germânica, a brasileira inclusive.

Segundo ainda a mesma tradição, o único erro relevante para o Direito Penal era o erro de fato, excludente do dolo; já o erro de direito, consoante o princípio *error juris nocet*, também expresso por meio do brocardo *error juris non excusat*, era con-

siderado irrelevante, porque o desconhecimento da lei não haveria de ser razão suficiente para a não responsabilização do sujeito ou, de outro modo, quem age livre e conscientemente contra a lei, ainda que a desconheça, deve ser punido.

Isso se explica desde um ponto de vista de estabilidade da ordem jurídica, quer dizer, se a alegação de desconhecimento da lei tivesse o condão de criar óbice à responsabilização, instaurar-se-ia uma situação de instabilidade, de insegurança jurídica.

Havia, por fim, um terceiro tipo de erro, tratado sob a rubrica das discriminantes putativas, isto é, discriminantes imaginárias, justificações existentes apenas nas representações do autor – a doutrina reserva para este específico caso a denominação de erro de tipo permissivo porque, justamente, recai sobre o tipo *permissivo*, sobre os pressupostos objetivos das causas de justificação.

Em geral, no que tange ao problema do erro jurídico-penal, era este o panorama das diversas legislações de matriz ibérica, o nosso inclusive.

Dogmaticamente, esse período corresponde, de modo predominante, ao que se chama *causalismo*. Esse sistema, como se sabe, influenciado pelo positivismo científico, concebia a ação como algo puramente causal, mecânico, um movimento corpóreo determinado por impulsos nervosos e constatável pelos sentidos – apto a produzir uma modificação no mundo externo (SANTOS, 2006, p. 82).

Exatamente por isso, a concepção de tipo do sistema causal de delito era uma descrição objetiva e neutra de uma conduta, prevista na lei penal, e em que representavam papel preponderante o movimento do agente e o resultado (TAVARES, 2003, p. 132) – sendo que este último elemento, em virtude da visão mecanicista de mundo, existia em todos os delitos e não somente nos ditos delitos materiais ou de resultado.

A antijuridicidade era, até então, vista em sentido formal. Liszt a entendia como violação de uma norma do Estado e, materialmente, como a lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico. Porém, como salienta Tavares (2003, p. 148), sobretudo

sob a influência de Beling, os causalistas não evoluíram o conceito, limitando-se a estabelecer a separação entre a conduta proibida e a conduta lícita.

Por fim, a culpabilidade era vista como um dado meramente psicológico, o liame entre autor e injusto. Admitiam a imputabilidade como pressuposto daquela. Dolo e culpa, que eram vistos como *formas* de culpabilidade passaram a ser, posteriormente, elementos dela. É de suma importância registrar que, para essa teoria, a consciência da ilicitude – que deveria ser atual – integrava o dolo, é o que se chama de dolo normativo.

Assim, sob o influxo do movimento neokantista, e em alguma medida da filosofia dos valores, viu-se alvo de algumas críticas e transformações. Se, por um lado, a estrutura continuou a mesma, por outro, as categorias do delito sofreram modificações de ordem interna que, sem embargo da incompatibilidade com as formulações tradicionais do causalismo, com este conviveram.

A primeira dessas modificações atua na esfera do tipo; como dito, o sistema causal via no tipo uma entidade objetiva e neutra, valiosa. Atribui-se a Mayer, Mezger e Grünhut o reconhecimento dos elementos *normativos* e, logo em seguida, dos elementos *subjetivos do injusto* por Hegler e Nagler, posteriormente desenvolvido por Mezger (TAVARES, 2003, p. 135).

Mudanças também houve na consideração da antijuridicidade que, a partir das investigações de Mezger, passou a comportar dois juízos: um, objetivo, correspondente a uma norma de determinação objetiva, cuja violação implica a antijuridicidade e, outro, subjetivo, correspondente a uma norma de determinação subjetiva deduzida da primeira e que fundamenta a culpabilidade (TAVARES, 2003, p. 149).

A culpabilidade também foi modificada: observou-se que, na culpa inconsciente, não existe ligação psíquica alguma do agente com o fato – ele não só não deseja como tampouco o representa como possível –, de onde ficou praticamente impossível sustentar um conceito puramente psicológico de culpabilidade, pois, ou se abria mão dela, naqueles crimes, ou

se formulava um critério diferente, e foi aí que Frank lançou a teoria psicológico-normativa da culpabilidade (TOLEDO, 1994, p. 223), passando a ser, também, juízo de valor, de reprovação.

Destarte, a teoria causal viu-se na desconfortável situação de testemunhar sua construção ruir pouco a pouco – a divisão do delito em parte objetiva (representada pelo injusto) e subjetiva (pela culpabilidade) estava sendo desconstruída. Porém, tais considerações não foram suficientes para pôr abaixo o causalismo, de modo que os elementos não descritivos do tipo eram tidos como um corpo estranho.

Na seqüência, veio a teoria finalista da ação, cunhada por Hans Welzel; entretanto, antes de qualquer comentário, convém situar o momento histórico, social e cultural em que esta se inseriu.

A Alemanha encontrava-se recém-saída de um período um tanto quanto obscuro, marcado por atos atrozés, por arbitrariedades de toda sorte levadas a efeito pelo poder estatal e que foram legitimadas pelo Direito, ou melhor, por um grupo de juristas; portanto, o finalismo não indica apenas uma nova teoria do delito, questão meramente dogmática, mas uma espécie de reação ao período anterior, fundado num normativismo radical – positivismo jurídico.

A situação do direito penal e da ciência do direito penal está determinada pela tarefa de fazer um balance dos problemas que nos legaram os regimes totalitários. A prática jurídica destes regimes nos mostrou de forma muito evidente, e em numerosos aspectos decisivos, os últimos extremos de determinadas teorias tradicionais do direito penal. O fato de que o nacional-socialismo tenha sido capaz de ocupar um espaço após o outro da vida cultural e política com relativamente pouca resistência baseou-se, em último termo, em ter feito seus com extrema habilidade, conceitos tradicionais; tergiversou-os e os aproveitou em seu benefício. Assim o fez com os conceitos

“nacional” e “social” e assim também com uma série de conceitos jurídicos importantes. Mas, por outro lado, não se deve desconsiderar que determinados conceitos e teorias jurídicas ajudaram o nacional-socialismo sem se propor a tanto e sem se dar conta disso (WELZEL, 1951, pp. 9-10).

Prossegue o autor tecendo críticas, entre outras coisas, à derrogação do princípio da legalidade, à supervalorização do conceito de periculosidade e à finalidade da pena, concebida como “meio de limpeza biológica do povo” (1951, p. 10).

Postula um conceito ontológico de ação e faz dele derivar toda a teoria do delito. Segundo essa teoria, o agir humano tem como característica a *finalidade*, isto é, o homem possui a capacidade de antever os cursos causais e de colocar essa causalidade a seu serviço – daí a célebre afirmação de que a “a finalidade é vidente, e a causalidade é cega” (1951, p. 19 *et. seq.*).

Com isso, conclui que o dolo não pode ser estruturalmente diferente e, portanto, deve estar situado na ação – junto com os outros elementos subjetivos do injusto, fazendo surgir um tipo subjetivo –, e a culpa também, por via de consequência. Com esse traslado do dolo (e da culpa) para o tipo, depurou a culpabilidade, por onde esta passou a ser denominada pela doutrina, normativa *pura*, apenas juízo de valor sobre o autor, pelo fato cometido (WELZEL, 2004).

O autor empreendeu estudos paralelos em filosofia do Direito a fim de fornecer um substrato material para suas construções teóricas no âmbito do Direito Penal; socorreu-se, para tanto, de um Direito Natural. O finalismo fixou o seu próprio conceito de ontologia, diferente da tradicional concepção de realidade livre de valor (contra a qual se insurgiu); assim, diz sobre as circunstâncias de fato que seu ser não é a realidade livre de sentido das ciências naturais, senão o mundo da vida social cruzado por traços de sentido e com conteúdos de significado (ROXIN, 1976, p. 102) – numa, ao menos aparente, (con) fusão entre ontologia e axiologia, o que ele

chamou de “zona ontológica marginal” (ROXIN, 1976, p. 99).

No entanto, conclui que as contingências históricas tornavam um tanto problemática uma radicalização dos conteúdos de sentido, isto é, considerá-los princípios com validade geral para todos os tempos na ética social e no Direito. Assim, para não redundar num relativismo radical subordinado a um positivismo ilimitado, recorre ao que chama de estruturas lógico-reais (ROXIN, 1976, p. 109).

É sobre as chamadas *estruturas lógico-reais* – sendo que a finalidade é a principal – que Welzel (2004, p. 31) constrói o seu sistema. Entende-se como tais as estruturas da matéria da regulação jurídica destacadas pela lógica concreta que se orienta diretamente à realidade, objeto de conhecimento – em verdade um conceito não muito claro, de duvidosa legitimidade e que, por fim, reduz a finalidade a ter o agente querido algo; no caso, o injusto. Mas é de se perguntar se isso tem alguma utilidade prática (DIAS, 2000, p. 168).

Faz derivar dessa nova conformação estrutural da teoria do delito a adequada solução, ou o que supõe adequada, para a temática do erro.

Com efeito, conforme salienta Assis Toledo (1994, p. 257), a superação da velha dicotomia romanista – “erro de fato/erro de direito” – era reclamada pela nova concepção de culpabilidade; aliás, não só: a práxis demonstrava que aquela divisão não mais representava um estado de coisas satisfatório em face dos conflitos jurídicos postos em discussão.

Assim, abriu-se espaço para a dualidade erro de tipo e erro de proibição, sendo que aquele recairia sobre os elementos constitutivos do tipo e este sobre a consciência da ilicitude, que passou a ser *potencial* – e que não se pretenda fazer uma analogia entre a velha e a nova dualidade, porquanto tanto no erro de tipo como no de proibição pode ocorrer erro sobre o fato ou sobre o direito.

O advento do finalismo deu palco a

calorosos embates dogmáticos⁴, dois deles de particular interesse, um referido à posição sistemática do dolo e, o outro, derivado do primeiro, referente à teoria do erro.

Estava em jogo, então, uma luta entre as chamadas teorias do dolo e da culpabilidade, aquela se dividindo entre estrita, limitada e modificada, e esta em estrita e limitada. As teorias do dolo perderam o brilho com a propagação da teoria da ação finalista, tendo hoje uma utilidade mais histórica que teórico-prática. Contudo, ainda há autores que defendem sua permanência e aplicação.

2 CRÍTICA AOS FUNDAMENTOS DA DOGMÁTICA

Os causalistas – e neokantistas – tentaram construir um sistema apto a responder as questões de seu tempo. Mérito indeclinável foi a construção e o aperfeiçoamento do tipo penal, bem como a materialização da antijuridicidade, concebida como lesão a um bem jurídico-penalmente protegido, para além da mera formalidade de um ato contrário à lei. Também as transformações no âmbito da culpabilidade foram relevantes.

Ao finalismo, confere-se o mérito da consideração do desvalor da ação como um constitutivo do injusto penal e da possibilidade de distinguir o injusto doloso do culposo já no tipo, deixando para a culpabilidade apenas o juízo de responsabilização – embora na esteira da teoria normativa considere a culpabilidade como mero juízo de valor: se o autor não é reprovável, tampouco poderá responder pelo ato.

Também a outras construções credita-se sua contribuição para a evolução da teoria do delito, como a teoria social defendida, entre outros, por Hans-Heinrich Jescheck (SANTOS, 2006, p. 89).

Contudo, o grande problema desses

4 Sobre isso, a incisiva e oportuna crítica de Nilo Batista, em conferência realizada no STJ, em abril de 2003, sobre as “novas tendências do direito penal”, segundo o qual, “o assunto mais emocionante para penalistas, lecionando entre os escombros fumacentos do pós-guerra, fosse a polêmica causalismo-finalismo, é verdadeiramente de estarrecer.”

sistemas é o postulado inicial, o conceito pré-jurídico de ação erigido à categoria-chave da teoria do delito de onde irradiam as demais construções.

Ao definir o conceito de ação como um movimento corporal que modifica o mundo exterior, o causalismo vincula o resultado à ação, concluindo que todos os crimes têm resultado, e não somente os delitos materiais. Com isso, chega ao absurdo de dizer que o resultado no crime de injúria não é a lesão à honra ou um dano qualquer ao sentimento alheio, mas sim a vibração das ondas sonoras e dos tímpanos da vítima.

Uma situação no mínimo curiosa se dava nos delitos tentados: como o injusto era composto somente por caracteres objetivos, tornava-se complicado dizer de uma lesão corporal se correspondia efetivamente a este crime ou se a uma tentativa de homicídio, ou se a lesões culposas. E reside justamente aqui um argumento bastante utilizado pelos críticos do finalismo, que fez derivar da estrutura finalista da ação o deslocamento do dolo para o tipo.

Aduzem o seguinte argumento: se a única maneira de dizer se um crime é tentado é recorrer ao dolo, e tendo em vista que todo crime consumado necessariamente passa pela fase da tentativa – ora, para matar alguém é preciso causar lesões corporais –, então, também necessariamente, o dolo faz parte do crime consumado, portanto compõe o injusto (GALLAS, 1959, p. 48 *et. seq.*). Afinal, não faria nenhum sentido dizer que no *iter criminis* o dolo se desloca da culpabilidade para o injusto e, ao fim, no exato momento da morte da vítima – para permanecer no exemplo do homicídio –, volta para o local original.

As críticas ao finalismo são ainda mais contundentes. Senão vejamos: Welzel postula um conceito pré-jurídico de ação – ontológico, diz, ao arrepio de toda uma tradição filosófica milenar –, segundo o qual a ação humana é o *exercício da atividade final*, porquanto tem a potencial capacidade de controlar a causalidade.

Tal conceito não oferece um substrato comum para a formulação de uma teoria *unitária*, que englobe o atuar e o omitir, de forma que a teoria finalista da

ação, ao fazer coincidir finalidade e dolo, conseqüentemente, vê-se na estranha situação de negar a existência dos crimes dolosos omissivos impróprios (ROXIN, 1976, p. 90).

Welzel, ao incluir a causalidade na finalidade, cria um problema para seu sistema: a difícil tarefa de explicar a possibilidade dos crimes *dolosos omissivos* onde não há causalidade alguma, não uma onde o autor tenha influenciado, “supradeterminado finalmente”; tanto que a doutrina sem maiores reservas, e não poderia ser diferente, chama a causalidade nesses crimes de *normativa*, ou quase-causalidade – a omissão juridicamente relevante é aquela em que *determinada pessoa*, quando *podia e devia agir, não agiu*, sendo essa a razão de se lhe considerar responsável por um fato a que *não deu cau*Dizer que o elemento constitutivo da omissão radica no “domínio final, em sentido potencial, do ato” (GALLAS, 1959, p. 17), na possibilidade de executar uma ação qualquer, é dizer pouco mais que nada. Sim, é verdade, não se nega que dessa forma alcança-se, em tese, um conceito ontológico de omissão, mas ocorre que daí não se pode concluir absolutamente nada, posto que só faz sentido dizer quer alguém se omitiu se havia um comportamento *esperado, exigido* – que podem ser, inclusive, exigências éticas ou morais –, por parte do agente e ele, podendo, não o realizou; ou em hipótese de desistência de praticar uma ação a que inicialmente se havia proposto (GALLAS, 1959, p. 18).

Tampouco a noção de conduta ou de comportamento, tida por alguns como a solução para o problema, resolve as questões levantadas. É que só se vai considerar como conduta omissiva ou comportamento omissivo aquele comportamento que, desde um ponto de vista (de qualquer sistema) *normativo*, seja *esperado*, exigido do sujeito, o que significa dizer que a valoração é que transforma o comportamento em omissivo, ou seja, o contrário (GALLAS, 1959, p. 19).

Como se vê, não se pode deduzir de considerações pré-jurídicas um denominador comum aos conceitos de ação e omissão, mormente juridicamente relevantes. Um conceito superior, valorativamente

neutro, no dizer de Gallas (1959, p. 21), só pode servir para os delitos comissivos, dolosos ou culposos, que correspondem a um “movimento corporal volitivo”, se bem que mesmo essa opinião não está completamente livre de objeções.

É possível assinalar, contudo, uma função operacional a esse conceito geral de ação, que é justamente o de permitir dizer, desde logo, o que é ação, ou em sentido negativo, o que não pode ser considerado ação e, assim, ação típica. Daí se extrai uma importante constatação, a função e o conteúdo do conceito de injusto.

Do ponto de vista puramente causal, um dano causado por ocasião de um ataque epilético é típico e ilícito, o fato constitui por si só o injusto, a análise dos elementos internos só será feita na culpabilidade, onde não se verificará o nexo psicológico entre autor e injusto, negando caráter criminoso ao fato.

Já do ponto de vista da ação final, o conteúdo do injusto é diverso, pois exige de saída o caráter volitivo do comportamento, que fundamenta o desvalor da ação.

O finalismo também enfrenta dificuldades para explicar os crimes culposos, pois nesses não só a finalidade é absolutamente irrelevante, bem como é possível imaginar situações em que não se constata finalidade alguma e, ainda assim, o agente terá praticado um crime culposo. Segundo Arthur Kaufmann (1983, p. 11 e ss. *apud* GRECO, 2000), “a história da teoria finalista da ação é a história de suas tentativas múltiplas e sempre outra vez modificadas de apreender o delito culposo”.

Concluimos, com Figueiredo Dias (1999, p. 214 *et seq.*), que se deve abandonar a tentativa de construir um conceito geral e abstrato de ação, base da teoria do delito, em favor de uma teoria da realização típica, pois só assim se poderá conceber um sistema, evidentemente de cariz normativo, minimamente condizente com todas as formas de aparição do delito. Não se trata apenas de uma questão de impossibilidade, mas de desnecessidade, não importa tanto dizer o que é ação em sentido geral, mas sim o que é preciso para que dado comportamento seja típico.

3 SOLUÇÕES PARA O PROBLEMA DO ERRO

3.1 Erro de tipo e erro de proibição

As linhas que seguem traçam um breve esboço das principais soluções que têm sido oferecidas para a resolução do erro, tentando vinculá-las ao contexto dogmático em que se inserem.

a) *Teoria estrita do dolo*. A teoria estrita do dolo data de um momento em que a dogmática situava dolo e culpa na culpabilidade e a consciência *atual* da ilicitude naquele, defendendo, assim, um conceito normativo de dolo, um conceito muito próximo do *dolus malus* romanista.

Havia uma equiparação quanto às conseqüências entre erro de tipo e erro de proibição, ou melhor, um tratamento unitário – se o erro incidisse sobre o elemento intelectual do dolo, este estaria excluído, e a culpabilidade, por via de conseqüência, também; se o erro recaísse sobre a consciência da ilicitude (elemento normativo do dolo), que deveria ser *atual*, a conseqüência seria a mesma, exclusão do dolo e, logicamente, da culpabilidade. Em qualquer dos casos, se o erro fosse evitável, seria possível a punição por crime culposo, respeitado o princípio da legalidade.

Acontece que a solução pretendida pela teoria ora analisada, em nome de uma coerência sistemática, tinha de equiparar quem agia *realmente* sem dolo – que *não* pretendia realizar tipo algum – e quem agia ignorando a ilicitude do fato. Sem contar as soluções arbitrárias e injustas que poderiam ser conduzidas, como, por exemplo, quem agisse *indesculpavelmente* sem a consciência da ilicitude teria de responder por crime culposo, se tal figura estivesse prevista, do contrário ficaria impune (BITENCOURT, 2007, p. 97).

b) *Teoria limitada do dolo*. Jorge de Figueiredo Dias aponta o português Beleza dos Santos como o primeiro autor a formular a teoria limitada do dolo, dez anos antes do alemão Edmund Mezger – que concebia o dolo como um elemento ético-normativo que não podia “consistir só na vontade, previsão ou conhecimento dos fatos que constituem o crime, mas exige

ainda a sua avaliação sob o ponto de vista da legitimidade e, conseqüentemente, o conhecimento desta ou uma atitude subjetiva que se lhe deva equiparar” (DIAS, 2000, p. 159 e ss.).

Esta teoria equiparou à consciência atual da ilicitude aquilo que Mezger chamou “cegueira jurídica” e, posteriormente, “inimizade ao direito” – “falta de repugnância” pelo crime, em Beleza dos Santos. Nesses casos, dizia o autor, o sujeito que agisse de maneira hostil para com o direito merecia ser punido por crime doloso, isto porque não se poderia admitir que alguém com uma defeituosa formação da personalidade fosse poupado ou ficasse impune em virtude da falta de consciência do injusto da ação.

Não se trata, no próprio dizer de Mezger (GOMES, 2001, p. 66 e ss.), de uma presunção de dolo, posto que a teoria afirma ser a consciência atual da ilicitude elemento do dolo, de onde se conclui que sua falta determina a exclusão deste, mas de uma equiparação entre o atuar doloso e o atuar com *inimizade ao direito*.

A isso a doutrina chama de “culpabilidade pela condução de vida”, ou “pelo caráter”, ou “pela personalidade”, fundamentadora de um Direito Penal de autor, onde se pune o indivíduo pelo que ele é e não pelo que ele fez.

c) *Teoria modificada do dolo*. Surgiu pela necessidade que os partidários de um dolo normativo (e situado na culpabilidade) tinham de explicar satisfatoriamente as diferentes espécies de erro, mas sem as lacunas da teoria estrita e a injustiça da teoria limitada. Para essa teoria, o erro de proibição evitável não tinha como consequência a punição por crime culposo, mas sim pelo crime *doloso*, podendo a pena ser atenuada.

No entanto, tal configuração só se justifica se se admitir uma consciência meramente *potencial* da ilicitude, do contrário – exigência da *atualidade* dessa consciência – a única alternativa seria a recondução à solução da teoria estrita (do dolo) ou alguma forma de equiparação, o que afirmaria, em tese, a solução da teoria limitada.

Curiosamente, a solução aqui apontada é idêntica àquelas propostas pelas teorias da culpabilidade: exclusão do dolo

e da culpa no erro de tipo ou punição por crime culposo se evitável o erro; e exclusão da culpabilidade (por exclusão do dolo), no erro de proibição ou, punição por crime doloso, quando o erro for evitável.

d) *Teoria estrita da culpabilidade*. Aqui o conceito é aquele desenvolvido por Welzel, calcado em sua doutrina finalista da ação. O penalista desloca dolo e culpa para o tipo, deixando na culpabilidade somente os elementos normativos; daí se chamar teoria *normativa pura* da culpabilidade, passando a culpabilidade a ser apenas juízo de reprovação ao autor *pelo fato* cometido.

Levada a cabo a separação entre dolo e consciência da ilicitude e, admitido que esta precisa ser apenas potencial, a teoria do erro ganha contornos totalmente novos e absolutamente diferentes daquela antiga distinção erro de fato/erro de direito – até porque o erro de tipo pode ser tanto de fato como de direito.

O conceito de dolo passa ao de dolo natural, puramente psicológico, definido de maneira mais ou menos geral como “vontade e consciência de realizar o tipo objetivo”, ou seja, sem referência à proibição, que passa a ser analisada em etapa posterior, na culpabilidade – o que permite estremar já nessa categoria os crimes dolosos dos culposos (ROXIN, 2006, p. 59).

Assim, o erro de tipo para esta teoria, se essencial e inevitável, exclui o dolo e a culpa; se o erro for evitável, subsiste a punição por culpa, caso haja previsão. Já quando o erro recair sobre a (potencial) consciência da antijuridicidade do fato, se escusável, exclui a culpabilidade, pelo que o autor não sofre juízo de reprovação nem pode ser responsabilizado por nada. Por outro lado, se tal erro for inescusável, permanece a punição por crime doloso, devendo a pena ser atenuada.

e) *Teoria limitada da culpabilidade*. Esta teoria é idêntica à anterior, só diverge no que tange ao erro de tipo permissivo, isto é, o erro que recai sobre os pressupostos objetivos de justificação, que será objeto de atenção logo mais.

Basta dizer, por ora, que as soluções deduzidas são as mesmas da teoria estrita no que toca ao erro de tipo, ao erro de proibição e ao erro de permissão – erro so-

bre os limites ou existência de uma causa de justificação.

f) *Teoria dos elementos negativos do tipo*. Para essa teoria, as causas de justificação são vistas como elementos integrantes e negativos do tipo, estando separados apenas por razões de oportunidade, pois seria inviável inserir todas aquelas causas em cada tipo incriminador. A consequência é que a ocorrência de uma causa de justificação obsta o juízo de tipicidade.

As soluções que oferece para os erros de tipo e de proibição são idênticas à da teoria limitada da culpabilidade.

Em síntese, são essas, com exceção da teoria modificada do dolo, as teorias que estiveram em discussão durante longo período de tempo; e entre os partidários das teorias da culpabilidade teve lugar um embate interno, entre os defensores da teoria estrita – dentre os quais Welzel, que fez disso verdadeira profissão de fé (ROXIN, 1976, p. 105) – e os da teoria limitada (TOLEDO, 1994, p. 254 e ss.)

Figueiredo Dias, apontando para um dado da mais alta importância, perquire acerca da legitimidade da imediata dedução das soluções que as teorias expostas anteriormente – aludindo ao debate entre teorias do dolo e da culpabilidade –, perfazem dos pressupostos construtivo-sistemáticos de que partem (DIAS, 2000, p. 148).

O autor prossegue considerando que não se devem confundir as teorias com as soluções que propõem. Com efeito, se a discussão girasse somente em torno dessas, poder-se-ia falar em uma divergência de soluções, mas o que está em causa é, antes, o pressuposto construtivo-sistemático do qual partem e deduzem suas soluções.

Afirma que “por isso, temos aqui que nos ocupar, não das soluções em si mesmas, não também dos pressupostos conceituais em si mesmos, mas da *possibilidade e legitimidade de um condicionamento forçoso daqueles por estes*” (DIAS, 2000, p. 148).

Toda essa discussão que deveria apontar para considerações acerca da culpabilidade radica, antes, na intricada questão sobre a posição sistemática do dolo; o que se supõe ser um problema de

valoração transforma-se em um embate estrutural.

3.2 Erro de tipo permissivo

Tanto para as teorias do dolo, quanto para a teoria limitada da culpabilidade, o erro de tipo permissivo é um erro que afeta o dolo, permitindo a punição por culpa, se houver previsão.

Já para a teoria estrita da culpabilidade, esse tipo de erro seria um autêntico erro de proibição, excludente da culpabilidade, se inevitável, ou atenuante, se evitável. Conforme se depreende da estrutura da teoria dos elementos negativos do tipo, tratar-se-ia de um legítimo erro de tipo, com as mesmas consequências da teoria limitada da culpabilidade.

Wilhelm Gallas (1959, p. 63), em trabalho citado alhures, lançou uma tese curiosa: a de que o erro sobre os pressupostos objetivos de justificação não excluiria o dolo (este restaria intacto), determinaria, na verdade, a exclusão de uma *culpabilidade dolosa*, pois, a despeito de se tratar de crime doloso, o conteúdo da culpabilidade não corresponderia a este, mas ao do delito culposo – confere uma dupla função do dolo (BITENCOURT, 2007, p. 114; DIAS, 1999, p. 291; GOMES, 2001, p. 212).

Contudo, a doutrina da dupla posição do dolo não é plenamente unitária, podendo-se distinguir uma concepção «formal» e outra «material» da mesma. A primeira entende que «todo» o dolo se situa tanto no injusto como na culpabilidade, contemplando-se em uma e outra categoria desde perspectivas diferentes; a segunda, por outro lado, sustenta que alguns elementos do dolo (basicamente os cognoscitivos e volitivos) se situam no injusto, enquanto outros (os chamados emocionais) se situam na culpabilidade. Esta última parece ser a mais útil para a consecução dos fins pretendidos pelos defensores da doutrina da «dupla posição» (SCHÜNEMANN, 1991,

Roxin (2002, p. 105) afirma que tal discussão, sobre se o dolo “pertence” ao tipo ou à culpabilidade, versa sobre um problema *aparente*, posto que todos os momentos da ação são relevantes para o tipo, para a ilicitude e para a culpabilidade.

Essa última teoria parte do mesmo pressuposto da teoria estrita da culpabilidade, o de que quem mata em legítima defesa putativa sabe que mata e mata porque quer; donde o dolo típico resta absolutamente intacto – e ambas argumentam a possibilidade de punição de um terceiro que participe em fato cometido por erro de tipo permissivo, porque a punibilidade da participação pressupõe o dolo do autor.

4 A SOLUÇÃO PROPOSTA

Primeiramente, há algo que reclama atenção: a doutrina, de forma geral, nega qualquer caráter vinculante à Exposição de Motivos das leis, atribuindo-lhe a função de mero indicativo, de elemento auxiliar no ato de interpretação, tal como o faz com o preâmbulo da Constituição.

No entanto, ao afirmar, baseada não se sabe bem em que circunstâncias, que o Código é finalista, não explica o curioso fato de um Código orientado ao finalismo acolher a teoria limitada da culpabilidade, tão rechaçada pelos finalistas. O que nos leva a perguntar o quê, exatamente, permite afirmar que o Código *adota* tal e qual teoria? Como é possível que isso ocorra?

Pois bem, o meio jurídico ainda se encontra fortemente influenciado pelo paradigma da relação sujeito-objeto da filosofia da consciência, pela qual a linguagem seria um terceiro elemento, uma terceira coisa entre o sujeito cognoscente e o objeto a ser conhecido, o que impossibilitaria de conhecer a coisa-em-si, a essência.

Isso decorre de uma atitude de se colocar à margem, fora da linguagem; no entanto, o mundo é linguagem, com essa afirmação se quer dizer que não é mero instrumento de comunicação do conhecimento, mas a condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento.

O meio filosófico tem chamado essa

mudança de paradigma de giro linguístico (GADAMER, 1997; STRECK, 1999). Pelo viés hermenêutico, resulta que o ato de interpretar implica dar sentido, não há nenhum sentido latente a ser descoberto, essencial, como aquele que flutuando sobre ele, nem algum que seja “imaneente ao texto, que liga o significante ao significado, que possa ser buscado através de um processo interpretativo-objetivante, pelo sujeito cognoscente” (STRECK, 1999, p. 199).

Trata-se de um círculo. Um texto para ser interpretado deve estar já pré-compreendido, essas pré-compreensões são o que possibilitam a interpretação, e desde o momento em que as palavras e expressões não são unívocas, *não existe a interpretação correta*, mas apenas interpretações possíveis e, dentre essas, alguma ou algumas mais desejáveis⁵; crer no contrário só se explica por ato de fé; não obstante, vê-se com frequência a busca metafísica pelo que o mí(s)tico *legislador* quis dizer (vontade do legislador) ou pela “vontade da lei”, como se lei tivesse vontade⁶.

Postas as coisas dessa maneira, cumpre salientar que o que aqui se propõe não tem pretensão alguma de ser a verdade ou de ter a razão, porém nos parece ser, dentre as outras interpretações possíveis, por hora, a mais satisfatória num Estado Democrático de Direito calcado na dignidade da pessoa humana.

As críticas aduzidas no terceiro capítulo e as considerações feitas no capítulo anterior intentam abrir caminho para o que se pretende defender neste trabalho: uma dogmática aberta a valorações político-criminais, a superação do postulado de von Liszt, segundo o qual o Direito Penal seria a barreira intransponível da política criminal (DIAS, 1999, p. 28).

5 Alguém poderia objetar que isso abre espaço a relativizações e arbitrariedades, sobre isso, cf. STRECK, op. cit., *passim*.

6 Tais figuras, portanto, ao lado das “velhas técnicas”, acabam por ganhar um certo ar de retórica, cada qual sendo usada de acordo com a interpretação que o *intérprete* queira: ela será lógica, histórica, acorde com a vontade do legislador tanto quanto seja de interesse do exegeta legitimar o seu discurso. Com isso, evidencia-se outro fator determinante: não existe discurso neutro, pura exegese; o ato de produção da lei é um ato político, assim como o ato de interpretá-la também – toda interpretação se dá dentro de um contexto sócio-político e, em maior ou menor medida, vincula-se a algum tipo de ideologia.

Nas últimas décadas, mais especificamente a partir da década de setenta, tem ganhado força e espaço na discussão acadêmica, principalmente na Alemanha e Espanha, novas construções que, se por um lado deixam intacta a estrutura formal iniciada com o causalismo – conceito analítico de crime, composto por tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade –, promovem profundas mudanças no âmbito material e funcional dessas categorias.

Partindo do pressuposto de que a finalidade do Direito penal é precipuamente a proteção de bens jurídicos e que a necessidade da penetração, naquele, de considerações político-criminais constitui um imperativo, as conclusões que porventura forem feitas caminharão, na medida do possível, dentro de uma concepção funcionalista do Direito Penal⁷, nomeadamente aquele denominado teleológico-racional (DIAS, 1999; ROXIN, 1997).

A reforma da Parte Geral do Código Penal sepultou a velha dicotomia erro de fato e erro de direito, ratificando no direito positivo o que na doutrina já há algum tempo se discutia: o erro de tipo, excludente de dolo, e o erro de proibição, excludente/atenuante da culpabilidade. Manteve, contudo, o *tratamento que vigorava desde a criação do Código Penal* às chamadas des-criminantes putativas.

A identidade das soluções propostas pelas teorias do dolo e pela teoria limitada da culpabilidade tornou possível a alegação constante da Exposição de Motivos da nova Parte Geral, dizendo que o Código se

7 Tem recebido, ultimamente, especial atenção a sofisticada construção de Günther Jakobs, denominada de funcionalismo sistêmico, a qual parte do mesmo pressuposto afirmado acima, a necessidade de se funcionalizar os elementos da teoria do delito, partindo da função atribuída ao Direito Penal, e conciliar a teoria do delito com os fins da pena, porém as semelhanças param por aí. Jakobs tem por base a complexa teoria dos sistemas de Niklas Luhmann; transferindo isso para o Direito Penal, concebe o crime não como lesão a um bem jurídico, aliás, nega especial relevância a esse conceito, mas como *perturbação* no funcionamento do sistema e a pena é o meio de (re)afirmar a validade da norma, de (re)estabilizar o sistema por meio da normalização das expectativas cognitivas/normativas. Por questões de espaço e de metodologia não será possível tecer maiores comentários sobre essa construção, cf. JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijó Sánchez. Madrid: Thomson-Civitas, 2003.

ajusta à teoria limitada da culpabilidade⁸.

Conforme a posição hermenêutica admite-se que, realmente, a compreensão do Art. 20, § 1º do CP ajusta-se àquela teoria; também o fazem o *caput*, os demais parágrafos do mesmo artigo e o Art. 21. Todavia, isso estabelece uma incongruência de ordem dogmática; afirmou-se em outro lugar que um setor talvez dominante da doutrina diz ter o Código albergado a teoria finalista, para tanto recorre, por exemplo, aos Arts. 20 e 21.

Contra isso se pode argumentar, sem reservas, que a solução ofertada pela teoria modificada do dolo ajusta-se, igualmente, ao tratamento dispensado pela lei às diferentes espécies de erro; é justamente o que faz Cunha Luna (1985, p. 268), ao interpretar o então novo Art. 21. Luiz Flávio Gomes (2001, p. 72) lembra que Paulo José da Costa Jr. argumenta nesse mesmo sentido, se bem que fala textualmente na teoria limitada do dolo.

Luna (1985, p. 111), criticando a dedução que alguns autores fazem do finalismo a partir dos Arts. 20 e 21, dizia:

a nova Parte Geral do Código Penal, como talvez pensem alguns autores, não se fundamenta na teoria finalista da ação. O fato de acolher, no Art. 21, o chamado erro de proibição, mesmo que esse artigo venha a ser interpretado sobre os fundamentos da chamada teoria da culpabilidade, não autoriza uma interpretação finalista da nova lei penal brasileira. E não autoriza principalmente diante do fato de que a decisão entre as chamadas teorias do dolo e teoria da culpabilidade não resulta de uma luta entre finalistas e não-finalistas, mas de um problema de difícil solução (a propósito, Wolfgang Naucke, *Strafrecht; eine Einführung*, Frankfurt am Main, 1977, p.275-5). Ora acontece assim no código penal alemão,

8 No item 19 da Exposição de Motivos, in verbis, “repete o Projeto as normas do Código de 1940, pertinentes às denominadas ‘descriminantes putativas’. Ajusta-se, assim, o Projeto à teoria limitada da culpabilidade...”, sem grifo no original.

com maiores razões na nova Parte Geral do Código Penal, nosso art. 21, como veremos em capítulos subseqüentes, inspirou-se – mas não copiou – em suas palavras e em seu conteúdo, no § 17 do Código Penal alemão.

Com isso se quer demonstrar (o óbvio): que a doutrina não só admite que a lei permite diferentes interpretações bem como as realiza; a diferença fundamental entre a posição aqui tomada e aquelas é o ponto de partida, a base filosófica – aparentemente continua acreditando que *extrai*, e não *imprime* o sentido.

A primeira questão a ser tratada, seguindo os moldes do embate de teorias exposto linhas atrás, diz respeito à posição sistemática do dolo. As críticas aos fundamentos da(que) dogmática parecem autorizar, dizer que o dolo no tipo não decorre da estrutura ontológica da ação, antes se trata da função de garantia que ali exerce, ligando-se à legalidade.

Salienta Tavares (2003, p. 224) que “a vinculação do sujeito à execução da ação põe de manifesto que o tipo deve estar amparado também por critérios de imputação”. São esses critérios de imputação que determinam a divisão dos delitos entre dolosos e culposos, e dizem das demais formas de aparecimento do ilícito típico, franqueando o caráter delimitador do poder do Estado.

Dessa forma, nada impede que ao dolo sejam feitas exigências de natureza diversa que só a referência aos caracteres do tipo objetivo, como, por exemplo, a apreensão do sentido anti-social do injusto; as consequências que dessas exigências decorreriam é uma discussão de outra ordem. Seja como for, ficam, a partir dessa concepção, objetadas as teorias do dolo.

Uma segunda consideração a ser feita parece ser em relação à culpabilidade. Algo que tem sido objeto de calorosa discussão ao longo dos anos é o conteúdo material da culpabilidade. A doutrina, com algumas divergências, considera como tal o livre-arbítrio, no sentido de liberdade de vontade, expresso na fórmula “do poder agir de outro modo” (*das andershande-Inkönnen*).

A discussão conta de um lado, com os indeterministas e, de outro, com os deterministas, tendo ainda aqueles que ficam em algum ponto entre os dois pólos.

O problema do livre-arbítrio não é novo e tampouco está longe de ser resolvido; os críticos dizem que é uma tese indemonstrável. É verdade, ao menos no atual estágio científico-filosófico não se encontrou maneira de reproduzir as experiências em laboratório. Ocorre, contudo, que, do argumento da indemonstrabilidade⁹, não se conclui pela inexistência de um estado de coisas tal como afirmado pela respectiva tese; deixa-a, no máximo, em suspenso.

Por outro lado, um Estado que se funda na dignidade da pessoa humana – que toma o significado de um núcleo de liberdade individual intangível (GRECO, 2007, p. 39) garantido constitucionalmente –, pressupõe alguma liberdade de ação, ainda que esse espaço sujeito à decisão seja mínimo, e isso independe de demonstração; assim, admite-se aqui como conteúdo material da culpa uma liberdade de ação do agente.

Roxin coloca ao lado da culpabilidade a necessidade preventiva da pena e chama essa nova categoria de responsabilidade. Com efeito, não basta que o autor seja reprovável, a isto se deve somar a referida necessidade da pena, do contrário a punição restaria, político-criminalmente, injustificada (ROXIN, 1997, p. 791).

A antijuridicidade é tida aqui, formalmente, por exclusão: a não ocorrência de nenhuma causa de justificação legal ou supralegal; e, materialmente, pela efetiva lesão a um bem jurídico penalmente protegido.

Embora se reconheça uma autonomia entre tipo e antijuridicidade, isso ocorre mais por motivos de ordem teórica, metodológica. A separação permite uma análise mais acurada dos momentos

⁹ Dias (1999, p. 236 e ss.) nega o livre-arbítrio como liberdade de vontade e fundamenta o conteúdo material da culpabilidade ainda no livre-arbítrio, mas já numa decisão de ordem existencial, da qual ninguém se pode furtar; procede a um resgate dos postulados aristotélicos e a uma complexa referência à filosofia existencialista, concluindo por uma culpabilidade referida à personalidade do agente que deve encontrar no fato o seu limite; é onde aquela se exprime e se atualiza. Contra isso se pode aduzir quase todo o argumento dirigido à culpabilidade de autor (TOLEDO, 1994, p. 241 e ss.).

do crime (a despeito de o delito ser uma *unidade de sentido*); defende-se, materialmente, um tipo global, o que parece melhor corresponder ao conceito de injusto, enquanto categoria valorativa.

Assim, a teoria considerada mais satisfatória é a teoria limitada da culpabilidade, mas não por qualquer equiparação ou analogia ao erro de tipo, pelo contrário, afirma-se ser um autêntico erro de tipo, vejamos:

Se o erro sobre o tipo incriminador tem o efeito de excluir o dolo, e nisso todos estão concordes, não se compreende bem porque a mesma situação teria de ser resolvida de modo diverso quando o erro for sobre o tipo permissivo – a diferença é meramente qualitativa, naquele o autor não representa algo, neste sim.

Ora, o dolo, enquanto referido ao tipo de crime, indica mais do que isso, indica uma ação deliberada contra algum bem jurídico. Não por acaso o dolo é um dos fundamentadores do *injusto* (doloso). Da mesma forma que tanto o elemento cognitivo quanto o volitivo restam prejudicados no erro de tipo incriminador – o autor não representa algo e, conseqüentemente, não tem vontade. No erro de tipo permissivo, há as mesmas prejudiciais, a errônea suposição dos elementos de justificação são também defeitos cognitivos, a vontade que daí decorre diz-se “viciada”, portanto, deve-se negar o dolo, o sujeito *não quer* praticar *injusto penal* algum e, desde o ponto de vista da responsabilidade, fica afastada qualquer necessidade de pena; defender o contrário fica na pendência de demonstrar que quem atua nessas condições quer realmente cometer um injusto e se sujeitar a todas as ulteriores conseqüências.

A teoria estrita da culpabilidade falha justamente nesse ponto: equipara quem (pensa que) age fiel ao direito, ainda que isso sequer passe pela cabeça do autor na forma de algum pensamento do tipo “estou sendo fiel ao direito” – o que seria no mínimo estranho –, a quem atua com dolo, que efetivamente delibera em favor do injusto; isso vai de encontro a qualquer valoração político-criminal que preze pela dignidade da pessoa humana.

Os partidários dessa teoria invocam uma série de argumentos – que não se sus-

tentam – contra a posição aqui adotada, como uma possível lacuna de punibilidade; quer dizer, quando não houver previsão da modalidade culposa, o sujeito ficará impune. O argumento não aproveita: a finalidade da figura culposa não é retificar qualquer lacuna na teoria do erro; depois, como dito, não se demonstra a necessidade político-criminal da pena (ROXIN, 1997, p. 585).

Ficam, assim, a teoria da culpabilidade orientada às conseqüências e aos elementos negativos do tipo. Contra a última, ao menos no que concerne à solução, não há o que contrariar, pois propõe algo em tudo idêntico à tese defendida, mudam apenas os argumentos, pelo que lá as causas de justificação compõem o tipo, sendo seus elementos negativos; aqui, embora se conceda ao tipo total uma lógica material necessária, reconhece-se a distinção sistemática entre tipo e ilicitude.

Por fim, a teoria do dolo duplo, ou dupla valoração, ou culpabilidade que remete às conseqüências. Essa teoria vai de encontro com o princípio segundo o qual os conceitos jurídicos têm de se definir de acordo com as conseqüências jurídicas; ao delito doloso deve corresponder a punição a título de dolo, “quando, por outro lado, considera-se adequada a pena do delito imprudente, não tem nenhum sentido chamar de dolo a forma de consciência que conduz a esse castigo” (ROXIN, 1997, p. 587).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Do que se expôs, é possível deduzir algumas conclusões:

a) o erro de tipo permissivo é um autêntico erro de tipo excludente de dolo¹⁰; porém, por vezes essa errônea suposição dos elementos de justificação se dá por uma análise precipitada, talvez por influência de uma dinâmica emocional momentaneamente abalada. Nestes casos é também *possível* – só o caso concreto pode dizer – que, mediante uma análise mais detida, o agente tivesse se contido; obra o autor com imprudência, razão pela qual responde pelo delito imprudente, se hou-

¹⁰ Há quem entenda que seria um erro (de proibição) *sui generis* (BITENCOURT, 2007, p. 113; GOMES, 2001, p. 184).

ver;

b) o fato de a doutrina e a lei tratarem do erro de tipo incriminador/permisivo em momentos distintos não passa de mera contingência¹¹;

c) decorrência do consignado primeiro item é a expressa negação do que alguns doutrinadores chamam de culpa imprópria, que ocorreria bem nos casos de erro de tipo permissivo: um crime doloso punido com a pena do crime culposo (JESUS, 2005, p. 304). Assim, fica afastada a polêmica sobre a possibilidade de tentativa nos crimes culposos, em que quase sempre o exemplo dado é o da culpa imprópria;

d) a existência de duas hipóteses distintas de erro: uma, em que só se pode atribuir ao autor o fato de ter representado como possível algum elemento de justificação; outra, que diz da participação, parcial ou total, da suposta vítima na determinação do erro. Exemplos:

Imagina-se que alguém, diante de uma dada situação de fato, por qualquer motivo, acaba representando algum elemento de justificação: ao ver alguém mexer em seu carro, à noite, num estacionamento qualquer, supõe se tratar de um ladrão (na verdade tratava-se de pessoa aleatória que confundira o carro) – absolutamente factível.

Agora, suponha-se que num trote universitário ou em situação semelhante, os trotistas finjam um assalto, nesse caso, a atuação estaria “plenamente justificada pelas circunstâncias”, pois seria demasiado leviano exigir que além de tudo a vítima tivesse que perguntar se a agressão é real. Em que pese não haver real criação de risco, uma análise feita *ex ante* por um observador prudente, afirmaria um desvalor objetivo de ação, fundamentador da justificação; em casos assim, o sujeito que determina o erro deve suportar (juridicamente) a agressão.

2. A teoria aqui defendida parece realmente se ajustar ao nosso direito po-

11 Diferentemente daqui, o CP português em seu art. 16, n. 2, afirma que “o preceituado no número anterior [disciplina o erro de tipo, que expressamente exclui o dolo] abrange o erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do fato ou a culpa do agente” (DIAS, 1999, p. 285).

sitivo, tal como consta na Exposição de Motivos e, pelo que representa, parece ser a mais justa, a mais satisfatória dentro de um sistema orientado político-criminalmente.

O que este trabalho se propôs a fazer, e o leitor atento deve ter percebido, não foi tanto uma cruzada à procura da solução mais satisfatória para o problema do erro em direito penal. Antes, o que se fez foi analisar os fundamentos da dogmática jurídico-penal tradicional, mormente de orientação finalista.

O que se tentou demonstrar, e a temática do erro parece servir bem a essa finalidade, justamente por amarrar quase todos os pontos da teoria do delito, é que a doutrina necessita de uma reformulação; não é preciso, porém, aderir a uma ou outra corrente funcionalista, mas a dogmática brasileira, no atual estado das ciências criminais não se sustenta e parece não tomar conta do fato. Exemplo disso é a dificuldade que essas teorias enfrentam para explicar certos pontos controversos no concurso de agentes, ou o problema dos desvios no curso causal, o indigitado dolo geral e daí por diante.

Não se trata de mero diletantismo, mas de uma real preocupação com os rumos da dogmática brasileira, que, salvo algumas exceções, encontra-se sob o efeito da inércia e do conservadorismo: dizer que o brasileiro tem mania de importar as coisas, em tom de reprovação, é uma maneira de desqualificar o oponente sem ter que refutar a tese – um estratagema digno de capitulação na erística de Schopenhauer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude no direito penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora,

2000.

_____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. v. 1.

GALLAS, Wilhelm. **La teoria del delito em su momento actual**. Tradução: Juan Córdoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959.

GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**: São Paulo, v. 32, n. 4, p. 120-163, 2000.

_____. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóó Sánchez. Madrid: Thomson-Civitas, 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal – parte geral**. 28. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino. Brasília: Senado Federal, 2002.

LUNA, Everardo Cunha. **Capítulos de direito penal – parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1985.

PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. **A metodologia onto-axiológica e o sentido social típico da conduta**: crítica à doutrina positivista-normativa. Disponível em: <http://www.regisprado.com/artigos_det.asp?idpublicacao=73>. Acesso em: 10 out. 2007.

PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Tradução, introdução e notas: Luis Greco. Barueri: Manole, 2004.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general, t. I, fundamentos, la estructura de la teoria del delito. 2. ed. Tradução e notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Estudos de direito penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Tradução: Francisco Muñoz Conde. 2. ed. 1. reimpr. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

_____. **Problemas básicos del derecho penal**. Tradução e notas por Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal – parte geral**. Curitiba: ICPC-Lumen Juris, 2006.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. 32. ed. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Bliksstein. São Paulo: Cultrix, 2004.

SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de ter razão**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del Derecho penal – cuestiones fundamentales**. Tradução Jesús-Maria Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

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

_____. **Teoria do injusto penal.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

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

WELZEL, Hans. **Derecho penal – parte general.** Tradução: Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

_____. **El nuevo sistema del derecho penal:** uma introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução e notas: José Cezezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004.

_____. **Teoria de la acción finalista.** Tradução de Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Astrea, 1951.