

fazer a defesa necessária, e o princípio da *afirmação do direito* autoriza a defesa mesmo na hipótese de meios alternativos de proteção, como desviar a agressão ou chamar a polícia¹⁸; no estado de necessidade defensivo, os princípios da proteção e da proporcionalidade, e no estado de necessidade agressivo, os princípios da avaliação de bens e da autonomia¹⁹; no consentimento do titular do bem jurídico, o princípio da ausência de interesse na proteção do bem jurídico²⁰ etc.

3. Conhecimento e erro nas justificações

A necessidade de elementos subjetivos nas justificações de ações típicas dolosas (e na imprudência consciente), negada pela dogmática causal e seu conceito objetivo de injusto da primeira metade do século XX – e, ainda hoje, por alguns autores isolados, como SPENDEL²¹ –, é reconhecida pela literatura e jurisprudência contemporâneas, que discute apenas a natureza desses elementos²². As ações justificadas são constituídas de elementos subjetivos e objetivos como qualquer outra ação típica: se a unidade subjetiva e objetiva da **ação** determina a estrutura subjetiva e objetiva da **ação típica**, então a **ação típica justificada** contém, necessariamente, elementos subjetivos e objetivos²³. Existe, assim, como refere HAFT²⁴, uma

¹⁸ Ver ROXIN, *Strafrecht*, 1997, § 14, n. 41, p. 518.

¹⁹ ROXIN, *Strafrecht*, 1997, § 14, n. 41, p. 518-519.

²⁰ HAFT, *Strafrecht*, 1994, p. 79.

²¹ SPENDEL, *Gegen den Verteidigungswillen als Notwehrerfordernis*, Bockelmann-FS, 1979, p. 245.

²² JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 31, IV, p. 328-331; ROXIN, *Strafrecht*, 1997, § 14, n. 94-100, p. 539-542.

²³ CIRINO DOS SANTOS, *Teoria do Crime*, 1993, p. 50.

²⁴ HAFT, *Strafrecht*, 1994, p. 77.

relação de simetria entre tipos legais, ou *tipos de proibição*, e justificações, ou *tipos de permissão*. Como as justificações excluem não somente o *desvalor do resultado*, mas o próprio *desvalor da ação* típica, a ausência de elementos subjetivos nas justificações significa dolo não justificado de realização do injusto²⁵: a mulher que, pensando atirar no marido que retornava da orgia noturna, atinge o ladrão armado tentando entrar na casa, age com dolo não justificado de homicídio – no caso, impunível por ausência de desvalor de resultado, segundo formulações modernas.

Os elementos subjetivos nas justificações têm por objeto a **situação justificante** (por exemplo, a agressão atual e injusta a bem jurídico, na legítima defesa), e toda discussão consiste em saber se é suficiente o **conhecimento** da situação justificante ou se é necessária também a **vontade** de defesa, de proteção etc., em conjunto com outros estados psíquicos, para a ação justificada: autores como KUHL, OTTO e ROXIN afirmam ser suficiente o conhecimento da situação justificante, embora com sentimentos de medo, raiva ou vingança contra o agressor²⁶; ao contrário, autores como WELZEL, JESCHECK/WEIGEND e MAURACH/ZIPF exigem, além do conhecimento da situação justificante, a vontade de defesa ou de proteção, também com sentimentos de raiva ou vingança contra o agressor²⁷. É possível admitir a suficiência do **conhecimento** (ou consciência) da *situação justificante*, como limiar subjetivo mínimo das *ações justificadas*, mas a vontade (de defesa, de proteção etc.) é, sempre, a energia emocional que mobiliza a ação de defesa ou de proteção, informada pela esfera cognitiva do psiquismo individual.

²⁵ Ver, entre outros, ROXIN, *Strafrecht*, 1997, § 14, n. 93, p. 539.

²⁶ KUHL, *Strafrecht*, 1997, § 6, n. 11, p. 123; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 1996, § 8, n. 52, p. 107; ROXIN, *Strafrecht*, 1997, § 14, n. 93, p. 539.

²⁷ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969, § 14, I 3, p. 83-4; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 31, n. IV, p. 328-331; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht* 1, 1992, § 25, V, ns. 24-29, p. 348.

Por outro lado, o **erro** constitui fenômeno psíquico em oposição diametral ao **conhecimento**, como sua antítese negativa e, nas justificações, igualmente tem por objeto a *situação justificante*, também definida como pressuposto objetivo das justificações: se a *situação justificante* é objeto do conhecimento nas justificações, então é, necessariamente, objeto do erro respectivo porque *conhecimento* e *erro* são fenômenos psíquicos contrários e excludentes. As principais teorias do erro sobre a situação justificante são a teoria *limitada* da culpabilidade, a teoria *rigorosa* da culpabilidade e a teoria das *características negativas do tipo*, a seguir sumariadas.

A teoria **limitada** da culpabilidade, amplamente majoritária na dogmática contemporânea e incorporada na vigente legislação penal brasileira (art. 20, § 1º, CP), distingue entre *erro de proibição*, incidente sobre a natureza proibida ou permitida do fato, que pode excluir ou reduzir a culpabilidade, e *erro de tipo permissivo*, incidente sobre a verdade do fato, excludente do dolo. A crítica destaca a clareza político-criminal da teoria **limitada** da culpabilidade, que equipara o *erro de tipo permissivo* ao *erro de tipo*, sob o argumento de que o autor quer agir conforme a norma jurídica – e, nessa medida, a representação do autor coincide com a representação do legislador –, mas erra sobre a verdade do fato: a representação da existência de situação justificante exclui o *dolo*, que existiria como conhecimento da *existência* das circunstâncias do tipo legal e da *inexistência* de circunstâncias justificantes, cuja errônea admissão significa que o autor *não sabe o que faz* – ao contrário do *erro de permissão*, em que o autor *sabe o que faz*²⁸. A teoria **rigorosa** (ou **extrema**) da culpabilidade considera o erro sobre a situação justificante (ou sobre pressupostos objetivos de uma causa de justificação) como *erro de proibição*, que exclui ou reduz a culpabilidade conforme seja inevitável ou evitável, respectivamente – e, assim, equipara erro sobre a realidade a erro sobre a juridicidade do

²⁸ Nesse sentido, ROXIN, *Strafrecht*, 1997, § 14, n. 62-68, p. 526-529.

fato²⁹. Finalmente, a excitante teoria das **características negativas do tipo**³⁰ resolve o problema do erro sobre a situação justificante como a teoria **limitada** da culpabilidade, mas com fundamentos diferentes: considera os caracteres do tipo legal como elementos positivos e as justificações como elementos negativos do tipo de injusto e, por consequência, define o erro sobre a situação justificante como **erro de tipo**, excludente do dolo – e, por extensão, do tipo –, se inevitável, admitindo imprudência, se evitável³¹ (ver *Teorias sobre conhecimento do injusto e erro de proibição*, adiante).

4. Efeito das justificações

Ações típicas justificadas são ações conformes ao direito porque (a) excluem a antijuridicidade indicada no tipo legal (teoria tripartida), ou (b) excluem a tipicidade da ação (teoria bipartida), com duas consequências necessárias: primeiro, uma ação justificada exclui outra ação justificada contrária, ou seja, não há justificação contra justificação – exceto no estado de necessidade; segundo, o agressor deve ou suportar a ação justificada, ou escapar dela, cessando, de qualquer modo, a agressão³².

²⁹ Comparar WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969, III f, p. 168 s.; ROXIN, *Strafrecht*, 1997, § 14, n. 63, p. 527.

³⁰ Ver, entre outros, SCHROTH, *Die Annahme und das “Für-Möglich-Halten” von Umständen, die einen anerkannten Rechtfertigungsgrund begründen*, Arthur Kaufmann-FS, 1993, p. 595; SCHUNEMANN, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*, 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre, GA, 1985, p. 341.

³¹ ROXIN, *Strafrecht*, 1997, § 14, n. 70, p. 529.

³² Assim, HAFT, *Strafrecht*, 1994, p. 79-80; ROXIN, *Strafrecht*, 1997, § 14, n. 104-105, p. 544.