GUSTAVO JUNQUEIRA
PATRÍCIA VANZOLINI

Manual de DIREITO PENAL

Parte Geral

3ª edição
2017

saraiva jur

b) A dirige em excesso de velocidade para o hospital, em virtude da necessidade de transportar B, que está gravemente enfermo, vindo, por causa da direção imprudente, a atropelar e matar C. Homicídio culposo justificado pelo estado de necessidade.

14.14 ERRO NAS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO

14.14.1 Teorias do dolo

14.14.1.1 Teoria extrema do dolo

Inclui o conhecimento da ilicitude, que deve ser atual, dentre os elementos do dolo, ou seja, dolo não é apenas consciência e vontade de realizar determinado fato, mas é a vontade de fazê-lo, sabendo que é proibido, ou seja, é a vontade de violar a lei (dolo normativo ou *dolus malus*). Nesse passo, tanto o erro de tipo quanto o erro de proibição excluem o dolo e, quando evitáveis, permitem a punição por crime culposo, quando houver previsão.

Crítica: a impunidade em um grande número de casos, em vista da excepcionalidade do crime culposo, seria considerada como fato impunível se o agente não possuísse consciência da ilicitude, ainda que fosse possível atingir essa consciência (erro inescusável).

14.14.1.2 Teoria limitada do dolo

Como a primeira, inclui o conhecimento da ilicitude como elemento do dolo. Mas relativiza o erro de proibição, mantendo o dolo quando o erro sobre a ilicitude do fato for derivado de uma especial cegueira jurídica. Ou seja, a postura de inimizade ao direito é equiparada ao conhecimento atual da ilicitude. Em outras palavras, presume-se o dolo se o agente, embora não tivesse conhecimento atual da ilicitude, virou as costas, fechou os olhos, para o ordenamento jurídico, sendo na verdade seu desconhecimento, ao contrário de uma escusa, prova de sua atitude de hostilidade para com o direito e desprezo ou indiferença pelas regras ético-sociais, tão reprováveis, portanto, quanto o próprio agir conscientemente contra regras conhecidas.

Crítica: a vagueza do conceito de cegueira jurídica e o reconhecimento da culpabilidade pela condução de vida incompatível com o "Direito Penal do fato" (e não "do autor").

14.14.1.3 Teoria modificada do dolo

Explica Luiz Flávio Gomes que a teoria limitada do dolo coincide com a chamada teoria modificada, na medida em que: "parte-se do pressuposto de que a consciência da ilicitude faz parte do dolo; assim o erro de proibição inevitável exclui a consciência da ilicitude e, em consequência, o dolo; este faz parte da culpabilidade, logo fica excluída também a culpabilidade, bem como a responsabilidade penal" (*Erro de tipo e erro de proibição*, p. 60).

Até esse ponto, ambas coincidem. A diferença aparece quanto ao erro evitável. Pela teoria limitada em tal situação, o erro evitável implica necessariamente o afasta-

mento do dolo e, portanto, a punição somente pelo tipo culposo, se houver previsão (o que acaba por conduzir a grandes áreas de impunidade que a teoria limitada, por meio do questionável recurso ao dolo presumido pela inimizade ao direito, tentou evitar).

Já para a teoria modificada do dolo, sendo evitável o erro, mantém-se o dolo, sendo possível somente a atenuação da pena.

Crítica: embora fosse político-criminalmente interessante (tanto assim que o nosso próprio art. 20, § 1º, poderia ser lido, hoje, sob a perspectiva dessa teoria), ela tornou-se insustentável com o deslocamento do dolo para a tipicidade, provocado pela adoção da teoria finalista da ação.

14.14.1.4 Teoria dos elementos negativos do tipo

A teoria dos elementos negativos do tipo foi criada com o objetivo de preencher a lacuna deixada pelo antigo Código Penal alemão justamente no que toca ao tratamento do erro de tipo permissivo, pois como explica Luiz Flávio Gomes: "o § 59 do antigo Código Penal Alemão cuidava do erro de fato, mas especificamente sobre o erro nas descriminantes putativas, que recai sobre a realidade fática, nada dizia. Da preocupação em se enquadrar no referido § 59 tal situação, surgiu na doutrina penal a denominada teoria dos elementos negativos do tipo" (*Erro de tipo e erro de proibição*, p. 67).

Como já vimos, segundo essa teoria, tipicidade e antijuridicidade são fundidas em um tipo total de injusto. Nesse passo, qualquer erro que recaia sobre os pressupostos fáticos (da tipicidade ou da ilicitude) será erro de tipo, enquanto qualquer erro que recaia sobre o conteúdo jurídico (referente ao tipo ou à ilicitude) será erro de proibição.

Crítica: a teoria dos elementos negativos do tipo foi alvo sempre de insuperáveis críticas, sobretudo por equiparar, em um mesmo patamar dogmático, as categorias da tipicidade e da ilicitude. Como é corrente dizer, aos olhos da teoria dos elementos negativos do tipo, são situações valoradas, exatamente da mesma forma: matar um pernilongo e matar um ser humano quando se está em legítima defesa.

14.14.2 Teorias da culpabilidade

14.14.2.1 Teoria extrema da culpabilidade

Na teoria finalista, o dolo, ao abandonar a culpabilidade e ingressar na tipicidade, passa a ser entendido como puramente psicológico ou natural, e o conhecimento da ilicitude remanesce apartado do dolo, como elemento autônomo, dentro da culpabilidade. E, tratando-se a culpabilidade de um juízo de reprovação (portanto, um dado normativo, e não psicológico), o que exige é apenas um potencial conhecimento da ilicitude, e não um conhecimento atual ou concreto. A pergunta da culpabilidade não é nunca "X sabia (enfoque psicológico) que sua conduta era ilícita?", e sim "X pode ser censurado (enfoque normativo) por não saber que sua conduta era ilícita?".

A consequência é que qualquer erro inevitável sobre a consciência da ilicitude, vale dizer, a falta de conhecimento potencial da ilicitude (sendo essa consciência já não mais parte do dolo, e sim da culpabilidade), exclui a culpabilidade.

Não importa se o erro deriva de uma desconformidade da percepção do agente em relação aos aspectos fáticos ou jurídicos. O erro quanto à antijuridicidade, ou seja, quanto a ser ou não proibida a prática do fato típico (sem que, quanto aos elementos do tipo, haja qualquer equívoco), é sempre erro de proibição.

De modo que configura erro de proibição: 1) tanto a ignorância da existência de uma norma incriminadora (proibitiva) quanto 2) a falsa suposição, sob qualquer fundamento, de uma norma descriminante (permissiva).

Nessa trilha, se em um incêndio A mata B para salvar seu cachorro, supondo, por um erro quanto ao direito, que o estado de necessidade permite a salvação de qualquer bem, desde que o perigo não tenha sido provocado pelo agente, trata-se de erro de proibição. A não errou quanto ao tipo (percebeu claramente que estava matando B), mas julgou erroneamente que nessa situação a lei lhe autoriza matar.

De outra mão, se, supondo haver um incêndio, que na verdade não existe, por erro quanto aos fatos, A mata B para (acredita) salvar-se, trata-se também de erro de proibição (para a teoria extrema da culpabilidade, que, como veremos, não é adotada entre nós). A não errou quanto ao tipo (percebeu claramente que estava matando B), mas julgou erroneamente que estava em uma situação que, se de fato existisse, lhe autorizaria a matar.

Crítica: valora de forma equivalente as condutas daquele que tem pleno conhecimento da lei e dos valores ético-sociais, que pretendia ser fiel a ela, mas só a desrespeita por equivocar-se quanto aos fatos, à realidade (que mereceria menor reprovação), e daquele que representa a realidade fielmente, mas erra quanto aos valores ético-sociais representados pelos limites da descriminante (e que por isso merece maior reprovação).

14.14.2.2 Teoria limitada da culpabilidade

A teoria limitada da culpabilidade é a adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro e sua distinção em relação à teoria extrema revela-se justamente na matéria do erro sobre as causas de justificação.

Partindo da premissa de que o potencial conhecimento da ilicitude situa-se na culpabilidade, e não no dolo, borra-se essa distinção em relação às descriminantes putativas. Embora qualquer erro em relação a elas seja efetivamente um erro, não quanto à tipicidade, mas quanto à ilicitude do fato, a teoria limitada dá relevo, nessa matéria, à dicotomia erro de fato/erro de direito, atribuindo a cada qual consequências dogmáticas distintas.

Vejamos as situações já apresentadas, agora, à luz da teoria limitada:

Se, em um incêndio, A mata B para salvar seu cachorro, supondo, por um erro quanto ao direito, que o estado de necessidade permite a salvação de qualquer bem, desde que o perigo não tenha sido provocado pelo agente, trata-se ainda de erro de proibição. O erro incidiu sobre a configuração jurídica da descriminante.

Mas, se, supondo haver um incêndio, que na verdade não existe, por erro quanto aos fatos, A mata B para (acredita) salvar-se, trata-se de erro sobre os pressupostos

fáticos da descriminante. Não é erro de proibição, e sim erro de tipo permissivo, cujas consequências são as mesmas do erro de tipo incriminador: exclusão do dolo e possibilidade de punição por crime culposo, quando o erro for inescusável e houver previsão de forma culposa ao tipo objetivo praticado.

Crítica: além de reabilitar a dicotomia entre erro de fato e erro de direito, que não guarda precisão dogmática, em detrimento dos conceitos científicos de erro de tipo e erro de proibição, confunde as categorias da tipicidade e da ilicitude, ao permitir que um erro sobre a ilicitude relacionada a um fato típico cujos elementos estão presentes possa excluir a própria tipicidade, como que repristinando a então superada teoria dos elementos negativos do tipo.

14.14.2.3 Teoria da culpabilidade que remete à consequência jurídica (ou teoria do erro orientada às consequências)

Propõe-se a assumir a distinção estabelecida pela teoria limitada, sanando-lhe as imperfeições dogmáticas, equiparando o erro sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação ao erro de tipo, exclusivamente quanto às consequências jurídicas. Ou seja, se o erro for evitável, não significa de fato que não houve dolo, e sim culpa. Quem mata seu vizinho, julgando, por descuido, tratar-se de um ladrão, mata alguém com consciência e vontade. É inegável, portanto, que atua com dolo. Mas quem age assim enganado, tendo consciência tanto do tipo quanto da ilicitude (em abstrato), mas por desatenção supondo a licitude (em concreto) o faz, tem de ser censurado exatamente por sua desatenção. O juízo de valor da culpabilidade se debruça sobre esse aspecto da atuação do sujeito, qual seja, seu descuido, e assim se justifica a punição a título de culpa (embora o fato típico seja, realmente, doloso). Em suma, trata-se de um crime doloso, praticado em virtude de um erro culposo, e que terá, portanto, a pena atribuída à culpa, vale dizer, será punido como se fosse um crime culposo.

Justifica-se assim o tratamento diferenciado e mais brando do que o concedido ao erro de proibição indireto (diferenciação impossível na teoria extrema da culpabilidade). E, se o erro era inevitável, nenhuma punição será possível, não pela ausência de dolo e culpa na conduta, que existirão, mas pela ausência absoluta de reprovabilidade.

14.15 ERRO NAS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O Brasil adota em tese a teoria limitada da culpabilidade, como postula a própria Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Código Penal: "item 19. Repete o Projeto as normas do Código de 1940, pertinentes às denominadas 'descriminantes putativas'. Ajusta-se, assim, o Projeto à teoria limitada da culpabilidade, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva".

Não obstante a clareza da exposição de motivos, a verdade é que o tratamento conferido pelo legislador à matéria está longe de ser claro e a confusão originou intensa celeuma na doutrina. Confira-se:

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

Da redação do art. 20 do CP se extrai uma distinção fundamental, que não encontra fundamento na teoria limitada da culpabilidade: se o erro inevitável sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime "exclui o dolo", o erro inevitável sobre os pressupostos fáticos de causa de justificação "isenta de pena". No tocante ao erro evitável, o legislador torna a equiparar as duas situações permitindo, em ambas, a punição por crime culposo. O que isso significa? Duas posições dividem a doutrina:

a) **o erro de tipo permissivo configura erro de tipo:** não obstante a imprecisão terminológica do legislador, tratam o *caput* e o parágrafo de situações idênticas: se inevitável exclui tanto o dolo quanto a culpa, contudo se evitável, exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo.
b) **o erro de tipo permissivo configura erro *sui generis*:** a opção terminológica do legislador deixa claro que o erro de tipo permissivo não se equipara ao erro de tipo nem exclui o dolo. Na linha defendida pela teoria do erro orientada às consequências, a figura do erro de tipo permissivo tem natureza híbrida, aproximando-se tanto do erro de tipo quanto o de proibição. Embora recaia sobre os pressupostos fáticos de um determinado tipo (e nisso se assemelha ao erro de tipo), mantém intacta a consciência sobre o tipo incriminador. Por isso, não exclui jamais o dolo. Se inevitável, afasta por completo a culpabilidade (sem afetar o dolo propriamente dito), ou seja, "isenta de pena". Se evitável, também não afasta o dolo, mas por suas características peculiares (que o distinguem do mero erro de proibição indireto), implica que o crime doloso seja apenado a título de culpa (chamada, correntemente, de imprópria). Finalizando, a dita culpa imprópria nada mais é do que um crime doloso, e não é por outra razão que se compatibiliza, por exemplo, com a figura da tentativa (Cezar Roberto Bitencourt, *Erro de tipo e erro de proibição*, p. 113).

Interessante consignar nesse ponto a opinião de Zaffaroni e Pierangeli, que, partidários da teoria extrema da culpabilidade, ventilam outra explicação para o tratamento do erro de tipo permissivo no Brasil: "o tratamento privilegiado da 'justificação putativa' vencível é uma cobertura de lenidade e impunidade para os agentes do Estado. A maioria dos casos de erros vencíveis na forma de 'eximentes putativas' é protagonizada pelo pessoal armado dos corpos de segurança do Estado que atuam contra civis, suspeitos ou não. É óbvio que, em face do texto legal, devemos respeitar o princípio da legalidade e atenuar a pena, ou prescindir dela, da forma como a lei estabelece, mas conosco fica a dúvida sobre não ser este insuportável privilégio uma violação de Direitos Humanos, pela insuficiente tutela da vida humana" (*Manual de direito penal brasileiro*, p. 611).