

PLÁCIDO BARROSO RIOS

O ERRO NO DIREITO PENAL

PÓS-GRADUAÇÃO “LATO SENSU”

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PLÁCIDO BARROSO RIOS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

AV. DA PRAIA, 1302 - JARDIM DE MEDEIROS - FORTALEZA - CE

O ERRO NO DIREITO PENAL

Monografia apresentada na
conclusão do II Curso de
Aperfeiçoamento do Ministério
Público, sob a orientação do
Prof. Lino Edmar de Menezes,
da Universidade federal do
Ceará.

FORTALEZA
1999

ATRIBUO A
NOTA 10,0 (8/2)
Prof. Lino

Banca Examinadora

HOMENAGEM

A Ademirtes, minha esposa
A minha filha Giovana

GRATIDÃO
A Deus,
a razão de minha vida.
A José Maria e Ione,
meus pais.

AGRADECIMENTO
Ao Prof. Lino, pela orientação deste trabalho

HOMENAGEM PÓSTUMA
Ao amigo João Almir

SUMÁRIO

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

1.1 O ERRO

2. ANÁLISE HISTÓRICA DO ERRO NA EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA PENAL

2.1 TEORIA CAUSALISTA DA AÇÃO

2.1.1 O ERRO DENTRO DE UMA ABORDAGEM CAUSALISTA

2.2 TEORIA NORMATIVA DA CULPABILIDADE OU PSICOLÓGICA NORMATIVA

2.2.1 ESSÊNCIA DA TEORIA PSICOLÓGICA-NORMATIVA

2.2.2 AS CONSEQUÊNCIAS DO ERRO NA TEORIA PSICOLÓGICA-NORMATIVA

2.3 TEORIAS DO DOLO

2.4 TEORIA FINALISTA DA AÇÃO

2.4.1 TEORIAS DA CULPABILIDADE

3. O ERRO DENTRO DA VISÃO FINALISTA

4. ERRO DE TIPO E ERRO DE PROIBIÇÃO

4.1 ERRO SOBRE ELEMENTOS NORMATIVOS ESPECIAIS DA ILICITUDE

4.2 ERRO NAS DESCRIMINANTES PUTATIVAS

5. CONCEITO COMPLEXO DE CULPABILIDADE

5.1 TRATAMENTO DO ERRO NO CONCEITO COMPLEXO DE CULPABILIDADE

6. CONCLUSÕES

O ERRO NO DIREITO PENAL

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O tratamento do erro no direito penal, principalmente quando este incide sobre os pressupostos fáticos de uma causa de exclusão de ilicitude (erro de tipo permissivo), sempre dividiu a opinião dos mais versados estudiosos penalistas.

O motivo de tantas divergências, reside no fato de não se ter ainda por plenamente esclarecido na doutrina, o real conteúdo da culpabilidade e sua natureza jurídica na análise da estrutura do delito. No presente estudo, procuramos demonstrar a importância que o instituto do erro, principalmente o erro de tipo permissivo, teve no aperfeiçoamento desta estrutura, bem como, ser fator determinante na elaboração da nova teoria da culpabilidade.

A análise do erro de tipo permissivo sobre a ótica da teoria normativa pura da culpabilidade, criada sob o influxo da teoria finalista da ação, não mais comporta espaço para adequar e explicar esse instituto. Procurando amoldá-lo a esta nova dogmática penalista, os autores dividiram-se quanto a explicação dos efeitos advindos desta modalidade de erro, originando assim, duas teorias, hauridas no seio da culpabilidade normativa pura: teoria extrema da culpabilidade e teoria limitada da culpabilidade, ambas defendidas por notáveis estudiosos da ciência penal.

Entretanto, hodiernamente, já se estrutura um moderno conceito de culpabilidade, caracterizado principalmente pela complexidade de sua estrutura, vislumbrando nesta, a presença do dolo não só na conduta mas também na culpabilidade, criando assim, um novo tipo de dolo, o dolo da culpabilidade.

Tais teorias e análises da culpabilidade buscam dentre outras coisas, definir o papel da culpabilidade na estrutura do delito e amoldar a nova estrutura do erro no direito penal, principalmente quando este incide sobre as causas justificantes putativas, que, como veremos, fomentou verdadeiras revoluções dentro do conceito da culpabilidade.

1.1 O ERRO

O erro numa conceituação estrita vem a ser um juízo falso, um desacerto, um engano, a falsa noção de uma realidade. Não se confunde este com a ignorância, que é a ausência total de qualquer conhecimento. Expressa a ignorância um estado negativo, uma ausência total de percepção, enquanto o erro exprime um estado positivo: o agente conhece, mas de forma errônea.

Em que pese a divergência entre os conceitos, prosperou na ciência jurídica a tese unificadora¹, segundo a qual, é indiferente a distinção conceitual entre *erro* e *ignorância* dada a identidade das conseqüências que deles se extraem.

Segundo Luiz Flávio Gomes; no nosso Código Penal, erro e ignorância quase sempre se equivalem; assim, quando se faz referência ao erro (por exemplo, nos arts. 20, *caput*, 21 etc.) está também se referindo à ignorância. O erro em suma, “resulta de uma ausência ou falha de raciocínio”.²

O conceito de erro de tipo e erro de proibição adveio da teoria finalista da ação. Nesta nova concepção, não mais se admitem as antigas linhas definidoras dos institutos do erro de fato e erro de direito, nascidas no clássico direito romano.

O erro de fato era conceituado como o erro do agente que incide sobre os elementos que compõem o fato criminoso, ou, sobre circunstância justificante. Erro de direito é o erro do agente que incide sobre a obrigação de respeito a norma, ignorando a ilicitude de sua conduta, por desconhecimento ou juízo equivocado quanto à apreciação da norma proibitiva.

¹ Nesse sentido: Francisco Toledo, *O erro*, p. 4; Luiz Flávio Gomes, *Erro de Tipo e Erro de Proibição*.

² Luiz Flávio Gomes, *Erro de tipo e erro de proibição*, p. 24

Na definição criada pelos estudiosos romanos, ressaltava-se claramente a confusão que se fazia entre *ignorância da lei* e *erro de proibição*, que incide diretamente sobre a potencial consciência da ilicitude.

Atualmente, a vetusta definição romana perdeu por completo sua razão de existência. Com o desenvolvimento dos estudos sobre as teorias da ação e, por consequência, da culpabilidade, a nova definição cedeu lugar a moderna distinção entre erro de tipo e erro de proibição.

Cezar Roberto Bitencourt sintetiza o sentido das novas transformações, dispondo que “não há, na verdade, coincidência entre os velhos e os novos conceitos. Mudou toda a sistemática. A ultrapassada classificação de erro de direito e erro de fato baseava-se na situação jurídica e na situação fática. A problemática, hoje, é diferente; enfoca-se outra questão: a tipicidade e a antijuridicidade (ilicitude). Ou seja, o erro pode recair sobre a tipicidade ou sobre a antijuridicidade”.³

³ Cezar Roberto Bitencourt, *Manual de Direito Penal, Parte Geral*, p. 372

2. ANÁLISE HISTÓRICA DO ERRO NA EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA PENAL

Segundo bem ponderado por Eugênio Zaffaroni e Henrique Pierangeli⁴, “o estudo da evolução da lei penal é um dos aspectos mais sangrentos da história. Ele muito provavelmente tem custado à humanidade mais vidas que todas as guerras e é suscetível de ferir nossa sensibilidade atual mais profundamente do que o próprio fenômeno da guerra, se por tal entendemos a guerra tradicional, posto que esta, em geral, não supera a tremenda frieza, premeditação e racionalização que caracterizam as crueldades e aberrações registradas na história da legislação penal.”

Por certo não nos cabe em tal natureza de trabalho, realizar uma análise histórica da evolução da lei penal e do direito penal como ciência. Mesmo porque, a história do direito penal é profundamente complexa e assistemática, cheia de avanços e retrocessos, o que demandaria um estudo acurado e de difícil elaboração, levando-nos à análise obrigatória das diferentes culturas que reinavam nas diversas épocas e das mais diversas organizações sociais dentro da evolução histórica da sociedade.

Entretanto, em linhas gerais, e, fugindo inteiramente de um maior rigor científico, é possível e até necessário traçar genericamente as tendências mais marcantes que se destacaram dentro da construção da estrutura do delito, proporcionando uma visão gradativa e sistemática que nos proporciona o entendimento estrutural do conceito analítico de crime, principalmente quanto aos variados elementos integrantes da culpabilidade, que em grande parte são perfeito sinônimo desta evolução.

No despertar da ciência penal, quando se buscava aferir a responsabilidade daqueles que vinham a lesar a ordem jurídica, não se levava em consideração ao se aferir a responsabilidade do autor do delito, a presença de qualquer elemento subjetivo.

⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, *Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*

Era irrelevante a análise da consciência e vontade do agente quando da causação de um resultado criminoso. Importante para se traçar a responsabilidade do sujeito ativo, seria apenas constatar a presença de uma ação que provocou determinado resultado proibido pelas normas penais. Havendo relação de causalidade entre a conduta do agente e o resultado lesivo, estaria via de regra estabelecida a responsabilidade do agente perante o direito penal.

Era a plena vigência do direito penal objetivo, conhecido também por muitos autores como o “cego direito penal do resultado”. Tal definição se devia ao fato de que não se perscrutava na análise da responsabilidade do autor, a presença da consciência e da vontade na causação do resultado, mas sim, a simples análise meramente objetiva em se aferir a relação de causalidade entre a ação do agente e o resultado.

Dentro desta concepção, era totalmente irrelevante qualquer construção científica sobre a teoria do erro, sendo este irrelevante na análise objetiva do delito.

Diante desta patente injustiça, muitos estudiosos passaram a procurar uma forma de trazer para a estrutura do delito a análise da intenção do agente ao praticar o crime. Isto com o escopo de afastar definitivamente o direito penal meramente objetivo, eivado por injustiças gritantes e traduzido na mais primitiva e irresponsável equação de causa e efeito para se chegar ao causador do resultado.

2.1 TEORIA CAUSALISTA DA AÇÃO TEORIA PSICOLÓGICA DA CULPABILIDADE

Diante destas sérias críticas ao denominado *cego direito penal do resultado*, nasceu o sistema causal naturalista da ação idealizado principalmente por Liszt e Beling.

A chamada teoria causalista da ação, sem embargo das duras críticas que hoje recebe, representou um grande avanço na história da ciência penal. Com esta teoria, afastou-se o cego direito penal do resultado. Para se aferir a

responsabilidade criminal, era necessário a presença do dolo do agente que residia na culpabilidade.

O crime adotou a estrutura que até hoje perdura, *fato típico, antijurídico, culpável*. A conduta era caracterizada por ser uma mera ação mecânica, divorciada da consciência e da vontade do agente que a realizava. A culpabilidade foi confeccionada pela teoria psicológica pura, tendo como elementos, o dolo e a culpa e como pressuposto a imputabilidade. Poucos autores já defendiam nesta época a inclusão da *exigibilidade de conduta conforme o direito* como elemento da culpabilidade psicológica.

Embora pareça estar ultrapassada, sendo estudada dentro de uma abordagem histórico evolutiva da teoria do delito, a teoria causalista ainda hoje tem fortes defensores, guardando nosso código penal fortes tendências dela, o que nos obriga a afirmar que a mesma se encontra em plena vigência dentro do contexto científico penalista.

Esta presença marcante da teoria causalista em nosso mundo contemporâneo, espelha para nós inicialmente o caráter prematuro do desenvolvimento da ciência penal, traduzido em um estudo extremamente incipiente da teoria do delito.

Ressalte-se ainda, a profunda dificuldade em se estabelecer de forma estável os reais elementos da culpabilidade e esclarecer definitivamente sua real importância na análise do crime. Isto por si só demonstra a fragilidade das várias teorias e concepções que procuram desmistificar a estrutura do delito e, dentro desta estrutura, apontar o real papel e conteúdo da culpabilidade. Tais concepções, por demandarem uma maior apreciação científica, não nos permitem afastar de forma definitiva a teoria causalista como mero integrante de uma realidade histórica nesta evolução, motivo pelo qual, afirmamos inicialmente, estar a mesma a disputar com a teoria finalista um espaço na concepção analítica do crime.

2.1.1 O ERRO DENTRO DE UMA ABORDAGEM CAUSALISTA

No despertar da teoria causalista, o erro era visto segundo a divisão clássica romana em erro de direito e erro de fato. O erro de direito era inescusável enquanto que o erro de fato era escusável. A ignorância ou errada compreensão da lei, funcionava e ainda funciona como atenuante do crime e como hipótese de perdão judicial nas contravenções penais.

O erro sobre as discriminantes putativas só seria escusável quando incidisse sobre os pressupostos fáticos de uma causa de exclusão de ilicitude, pois em tal caso ter-se-ia um erro de fato, excludente do dolo e, por conseguinte, da culpabilidade.

Quando o erro se dirigisse sobre os limites de uma causa discriminante, ou, sobre a falsa existência de uma causa excludente que se existisse tornaria a ação legítima, seria este irrelevante quanto a responsabilidade do agente. No caso, estaria configurado um erro de direito, portanto inescusável para os adeptos desta teoria.

O erro de fato incidia diretamente sobre a culpabilidade excluindo-a quando configurado. Segundo a teoria causalista da ação, a culpabilidade seria o vínculo subjetivo que liga o agente a seu fato, teria portanto como elementos o dolo e a culpa e, como pressuposto, a culpabilidade.

O erro de direito seria indiferente para a ciência penal da época, tão somente pelo fato de desconhecer-se a figura da *consciência da ilicitude* como integrante da estrutura do delito.

2.2 TEORIA NORMATIVA DA CULPABILIDADE OU PSICOLÓGICA NORMATIVA

Segundo Damásio de Jesus⁵, o maior erro da doutrina psicológica pura da culpabilidade foi estabelecer o dolo e a culpa como espécies de um mesmo gênero, a culpabilidade. O dolo seria a intenção ou assunção do risco de produção do resultado. A culpa seria a inexistência dessa intenção ou assunção do risco de produzi-lo. Isto é, realidades totalmente distintas mas, presas dentro

⁵ Damásio de Jesus, Direito Penal, 1º volume, Parte Geral

de um mesmo conjunto. Um querer e um não querer unidos tão somente por um liame psicológico existente entre agente e o resultado.

Entretanto, tal ligação não se consuma na culpa propriamente dita, vez que sua natureza é estritamente normativa, não havendo liame subjetivo a ser apurado entre ação culposa e resultado. Sua essência está na *infração do dever objetivo de cuidado somado à previsibilidade*, que devem ser aferidos independentemente de qualquer elemento subjetivo.

A constatação desse fato fez ruir por si só a estrutura puramente psicológica da culpabilidade. Como entender a existência de um elemento puramente normativo em uma culpabilidade exclusivamente psicológica? Como explicar a relação de causalidade existente nos crimes culposos dentro de uma análise puramente psicológica da culpabilidade?

Além desta enorme lacuna verificada no seio da culpabilidade psicológica, surgiram ainda sérias dificuldades para se estabelecer causas que excluam ou diminuam a responsabilidade penal, tais como, estado de necessidade exculpante, embriaguez fortuita, enfim, uma série de causas que apesar de satisfeito o vínculo psicológico, isto é, a existência do dolo entre a conduta do agente e o resultado, não haveria culpabilidade.

Esta imensa gama de situações que transbordavam a uma análise puramente psicológica da culpabilidade, fizeram ruir definitivamente os estreitos limites desta teoria, cedendo lugar a teoria normativa da culpabilidade, também conhecida como teoria psicológica normativa face a conservação dos anteriores elementos psicológicos da culpabilidade.

2.2.1 ESSÊNCIA DA TEORIA PSICOLÓGICA-NORMATIVA

O idealizador da teoria psicológico-normativa foi Reinhard Frank, que seguido por James Goldschmidt e Berthold Freudental⁶ ampliaram-lhe o conteúdo, para, além do dolo e da culpa, abranger a censurabilidade. Frank foi o primeiro a admitir que dolo e culpa não esgotam todo o conteúdo da culpabilidade que precisa ser censurável.

⁶ Cezar Roberto Bitencourt, Manual de Direito Penal.

Em sua análise, tomou como base o código penal alemão que dispunha sobre o estado de necessidade inculpável. Percebeu que existiam condutas que, embora realizadas dolosamente, não seriam as mesmas reprováveis, isto é, não seriam culpáveis. Tal situação se concretizaria quando, apesar de deflagrar um comportamento doloso ou culposo, não fosse exigível daquele agente uma conduta diversa.

Sobre o assunto, manifestou-se Damásio de Jesus com maestria, aduzindo que, não seria a culpabilidade mero liame psicológico entre o agente e o fato, ou entre agente e resultado, mas sim um juízo de valoração a respeito de um fato doloso (psicológico) ou culposo (normativo). Diante disto, dolo e culpa não podem ser considerados espécies de culpabilidade, mas sim elementos desta. Desta forma, finaliza o autor, a culpabilidade é psicológica-normativa: contém o dolo como elemento psicológico e a exigibilidade como fator normativo.

Assim, perfaziam os novos elementos desta culpabilidade psicológica-normativa: a imputabilidade, elemento psicológico-normativo (dolo ou culpa) e a exigibilidade de conduta diversa. Assim, dolo e culpa deixam de ser considerados espécies de culpabilidade e passam a ser elementos dela. A partir desta mudança de conceitos, se torna possível visualizar o dolo sem que haja culpabilidade, ou seja, são reconhecidos as causas de exculpação. Não mais se visualiza nesta teoria uma culpabilidade como vínculo entre o agente e o fato, mas, como um juízo de valoração do fato, exterior ao agente.

Dentro desta nova ótica, o dolo que era puramente psicológico, passa a ser visto sob uma nova concepção normativa. Nasce assim o *dolus malus*, constituído de vontade, previsão e consciência da ilicitude.

2.2.2 AS CONSEQUÊNCIAS DO ERRO NA TEORIA PSICOLÓGICA NORMATIVA

A consciência da ilicitude passa a estar presente na culpabilidade. Não como elemento desta, mas, como elemento do dolo. Tal situação provoca mudanças de ordem profunda na análise do erro. Pela teoria psicológica

normativa não havia mais qualquer distinção a ser feita de ordem consequencial entre erro de fato e erro de direito.

Seja o erro de fato que atue excluindo o dolo, seja o erro de direito que atue excluindo a consciência da ilicitude, em ambos os casos haverá exclusão do dolo e, portanto, da culpabilidade.

Em suma, na teoria psicológica normativa passou-se a reconhecer o erro de direito como escusável. Tal erro foi vislumbrado quando se erigiu em elemento do dolo a chamada *consciência da ilicitude*. O erro de fato continuava por viciar a vontade do agente, enquanto o erro de direito viciava a consciência da ilicitude. Neste, o agente atuava querendo determinado resultado, entretanto, por estar laborando em erro, acreditava que tal conduta fosse lícita não tendo consciência de que sua ação estava a transgredir o ordenamento jurídico.

Como o dolo integrava a culpabilidade psicológica normativa sendo seus elementos a vontade, previsão e consciência da ilicitude, é fácil concluir que qualquer erro que incidisse sobre a vontade do agente ou sobre a consciência da antijuridicidade seria excludente do dolo e, por conseguinte, da culpabilidade. Seria completamente desnecessário qualquer distinção entre as espécies de erro na ciência penal, haja vista, terem as mesmas conseqüências jurídicas.

A identidade das conseqüências para situações tão distintas, começou a gerar nos idealizadores da teoria psicológica normativa sérias divergências. Tais divergências foram exteriorizadas nas denominadas teorias do dolo.

2.3 TEORIAS DO DOLO: TEORIA EXTREMA DO DOLO TEORIA LIMITADA DO DOLO

Como já demonstrado acima, os elaboradores da nova teoria criaram um dolo normativo, em virtude de estarem presentes como elementos deste: a *vontade de realizar o fato típico* e a *consciência da ilicitude*. Tal dolo normativo deu guarida a duas teorias que buscavam adequar em seu âmbito, situações discrepantes, mas que tinham a mesma conseqüência jurídica. Daí surgiu a teoria estrita ou extrema do dolo e a teoria limitada do dolo.

Pelas teorias do dolo, só age de forma dolosa, quem tem plena consciência da ilicitude da conduta no momento de sua realização. Quem age com erro não possui esta consciência, logo não atua de forma dolosa. O erro sobre as discriminantes putativas será igualmente excludente do dolo sem qualquer distinção quanto a natureza e efeitos.

A teoria estrita ou extrema do dolo defendia em suas concepções, a exclusão do dolo e, portanto, da culpabilidade, nos casos de erro escusável, inevitável. Sendo o erro evitável, o agente seria punido a título de culpa, caso existisse tal figura típica. Desta forma, se o agente agiu com erro escusável, inevitável, em relação aos elementos do tipo ou em relação a consciência da ilicitude, não haverá dolo. De outro lado, se o erro era evitável, deve ele responder por crime culposo. Se o fato não for previsto como crime culposo, não haverá crime.

A teoria limitada do dolo surgiu principalmente com o escopo de mitigar os efeitos da teoria estrita. Esta nova concepção científica, buscava abrandar a impunidade que em muitos casos se fazia sentir com a aplicação da teoria extrema.

Para esta nova teoria, seria necessário aferir o erro analisando-o conjuntamente com a pessoa que o praticava. Estes novos estudos rechaçavam por completo o erro, quando incompatível com uma concepção mínima, popular do injusto. Quando fosse possível a qualquer pessoa ter a noção da ilicitude que praticara, ficaria afastada por completo a incidência do erro. Em outras palavras, era inaceitável o que foi denominado de *erro grosseiro* quando fosse possível pela análise das condições do agente, adquirir ou ter consciência da ilicitude.

Julgando desta forma ser o erro evitável, inescusável, creditando-o ao que foi chamado “**cegueira jurídica do agente**”, não haveria exclusão do dolo, sendo o autor do fato punido pelo crime doloso. Caso se julgue inevitável o erro que levou o agente a praticar o fato típico, haverá neste caso exclusão do dolo, assumindo as mesmas conseqüências da teoria anterior.

Como visto, a teoria limitada do dolo peca profundamente por procurar resolver uma situação complexa dentro de uma área incompatível, balizada por

parâmetros extremamente estreitos, que não comportam qualquer solução de ordem científica. Para buscar solução para tal ordem de problema, a teoria limitada apelou para a elaboração de conceitos pragmáticos e subjetivos criando o tão criticado direito penal do autor.

Não há como advogar tal tese científica pelo simples fato de não podermos conceber a existência de dolos específicos dependentes da análise de cada pessoa. Tal raciocínio poderia levar a maiores injustiças do que o preconizado pela própria teoria extremada.

A saída para tal problemática surgiu quando se começou a fazer uma abordagem crítica da existência do chamado dolo normativo na estrutura do delito. Como reunir como espécies de um mesmo gênero, elementos sem qualquer afinidade comum? No caso, a vontade de realizar o fato e a consciência da ilicitude. Como entender pertencentes a um mesmo conjunto, coisas de natureza jurídica totalmente diversas?

Diante destas indagações, chegou-se a conclusão de que o problema estava no *dolus malus*, ou dolo normativo. A própria estrutura do delito haveria de ser modificada, sob pena de se perquirir soluções desprovidas de lógica e fundamentação científica com o mero objetivo de buscar justificar situações injustificáveis. Dentro do dolo normativo não se acharia solução científica para as diversas argumentações irrespondíveis que se multiplicavam a cada dia, principalmente as atinentes à consciência da ilicitude.

Dolo e consciência da ilicitude são realidades distintas de natureza diversa, uma pertencente ao plano psicológico, outra, ao plano normativo. O dolo não é elemento da culpabilidade mas do fato típico, inserido na conduta do agente. A consciência da ilicitude por sua natureza normativa jamais poderia ser elemento de uma realidade psicológica, o dolo. Seria esta, elemento autônomo da culpabilidade normativa, extraindo toda sua estrutura do dolo que seria deslocado para a conduta.

As teorias do dolo são analisadas aqui apenas por seu valor histórico na evolução das teorias da culpabilidade e do tratamento dado ao erro nesta conjuntura. Com a reforma penal da Alemanha na metade deste século, onde

houve uma total adesão às teorias da culpabilidade, perderam importância as teorias do dolo, não havendo mais notícia de seguidores de tal corrente doutrinária.

Embora solucionasse em parte os grandes questionamentos levantados quanto à anterior teoria psicológica, a teoria psicológica-normativa não poderia subsistir face a seu conteúdo paradoxal em admitir como censuráveis elementos que deveriam estar fora da culpabilidade. Sobre o dolo deveria recair o juízo de censura e não ser o dolo elemento para avaliar a censurabilidade do ato.

Esta série de conclusões e verdadeira revolução dogmática na estrutura do crime foram idealizadas por Hans Welzel na década de 30. Tais ponderações levaram a criação de uma nova teoria, que buscava estruturar em um conjunto harmônico, os diversos elementos do delito.

2.4 TEORIA FINALISTA DA AÇÃO

A doutrina finalista revolucionou por completo as concepções acerca da estrutura do delito. Com sua obra *Kausalität und Handlung*⁷ (causalidade e ação) publicada em 1931, Welzel asseverou que o conceito de ação é indissociável da vontade humana. Logo, dolo e culpa são elementos da ação e não da culpabilidade. Segundo a doutrina finalista de Welzel, a conduta é uma atividade consciente e dirigida a uma finalidade. Não podemos entender a conduta humana desprovida de finalidade. O homem busca através da conduta, realizar aquilo que lhe apraz, o que lhe é necessário naquele momento ou uma mera vontade. Esta finalidade humana que faz o homem agir, deve ser perquirida no momento da conduta e não da culpabilidade. Pois é na conduta que ela se exterioriza e não na culpabilidade.

Em sua obra, Welzel expressa esta concepção de forma bastante clara, aduzindo o seguinte:

⁷ Welzel, *Das neue Bild des strafrechtssystems*, cit., Princípios Básicos de Direito Penal, Francisco de Assis Toledo

“Ação humana é exercício de atividade finalista. Ação é, portanto, um acontecimento finalístico (= dirigido a um fim), não um acontecimento puramente causal”....

A finalidade é, pois, vidente; a causalidade “cega”...⁸

A obra de Welzel foi inspirada nas idéias filosóficas de Honigswald e Nikolai Hartmann. Através do embasamento filosófico haurido, Welzel conseguiu vislumbrar na conduta todo o elemento finalístico da ação.

Não seria razoável deixar para analisar dois crimes de homicídio apenas quando da análise da culpabilidade. Diante da antiga teoria causalista, seria indiferente se um dos homicídios fosse culposo e outro doloso pois o resultado morte seria idêntico em ambos. A única diferença entre os dois crimes seria o desvalor do resultado no âmbito da culpabilidade.

Segundo Welzel, o crime teria de ser diferenciado pelo desvalor do comportamento típico e não do resultado. O que deveria servir de identificador do delito seria a análise da ação com todos os seus elementos.

A teoria finalista despreza por completo as concepções causalistas, aduzindo que seria inerente ao homem a capacidade de prever e de querer. A teoria causalista renega a vontade humana, atribuindo o resultado a uma mera ação mecânica desprovida de finalidade.

Fruto da teoria finalista e consequência obrigatória desta, nasceu a teoria normativa pura da culpabilidade. Esta, totalmente reformulada pela mudança significativa na estrutura do delito. A nova visão da culpabilidade é puramente normativa, tendo como elementos a *potencial consciência da ilicitude* e a *inexigibilidade de conduta diversa* e como pressuposto a *imputabilidade*.

A consciência da ilicitude ganha autonomia e separa-se definitivamente do dolo que migra para a ação. Sua concepção passa a exigir o elemento *potencial*, adquirindo assim natureza puramente normativa. O dolo e a culpa passam a ser elementos da ação não mais compondo a culpabilidade.

⁸ Welzel, Das neue Bild, cit., Francisco de Assis Toledo, Princípios Básicos de Direito Penal.

No início, creditou-se à teoria finalista uma verdadeira revolução na teoria do delito. Entretanto, hoje, já é alvo de muitas críticas. Muito já se discutiu acerca das concepções finalistas, pondo-se mesmo em cheque até sua estrutura conceitual, chegando alguns autores a dizer que nem toda ação humana é voltada a uma finalidade, proposição que, com certeza abala a estrutura dogmática finalista.

2.4.1 TEORIAS DA CULPABILIDADE:

TEORIA EXTREMA DA CULPABILIDADE

TEORIA LIMITADA DA CULPABILIDADE

A teoria finalista da ação originou a doutrina normativa pura da culpabilidade. A teoria normativa pura da culpabilidade origina duas novas vertentes; a teoria estrita ou extremada da culpabilidade e a teoria limitada da culpabilidade.

As teorias da culpabilidade possuem em comum o fato de reconhecerem a consciência da ilicitude como elemento autônomo e normativo da culpabilidade, não sendo esta consciência atual, mas, potencial. Seguem, via de regra, os ensinamentos da teoria normativa pura da culpabilidade, reconhecendo a posição do dolo no fato típico e o caráter normativo da culpabilidade.

Para as teorias da culpabilidade dolo e consciência da ilicitude são conceitos completamente distintos e com diferentes funções dogmáticas. A culpabilidade passa a representar um juízo de censura, significando a reprovabilidade do fato típico e antijurídico.

A teoria extremada da culpabilidade propõe as seguintes conseqüências para o erro. Se o erro incidir sobre a potencial consciência da ilicitude, haverá a exclusão da culpabilidade. O dolo perdurará na conduta do agente. Entretanto, o fato típico e antijurídico não sofrerá reprovabilidade, por não poder o agente nas circunstâncias, obter a consciência necessária e potencial da ilicitude de seu ato. Se o erro for inevitável, impedirá a condenação a qualquer título. Caso seja

evitável o erro, mitigará a culpabilidade do crime atenuando a pena. Tal erro constituirá um erro de proibição.

Se o erro incidir sobre os elementos constitutivos do tipo penal, haverá a exclusão do dolo e, conseqüentemente, do fato típico. Porém, a exclusão do dolo deixa intacta a culpabilidade, permitindo assim a configuração de um delito culposos, caso esteja este previsto em lei. Tal erro constituirá um erro de tipo.

A teoria limitada da culpabilidade se identifica em todos os pontos com o que foi dito acima acerca da teoria extremada da culpabilidade, entretanto, o motivo da divergência que as originou e que fez com que seus seguidores se digladiassem até hoje, reside no tocante às conseqüências do erro quando o mesmo recai sobre as discriminantes putativas.

Para a teoria extremada, todo e qualquer erro que recaia sobre uma causa excludente de ilicitude é erro de proibição e, como tal, excluirá a culpabilidade se invencível ou, se vencível, atenuará a pena a ser imposta.

Para a teoria limitada da culpabilidade, necessário que se analise os diversos erros que podem atingir uma causa excludente de ilicitude. Caso o erro verse sobre os **pressupostos fáticos de uma causa discriminante**, tal erro considerar-se-á erro de tipo permissivo; se o erro incidir sobre a **existência de uma causa justificante inexistente no ordenamento jurídico**, bem como, sobre os **limites de uma causa justificante**, nestes casos haverá erro de proibição, com todas as conseqüências inerentes a esta espécie de erro.

A aplicação da teoria limitada da culpabilidade com a exclusão do dolo quando o erro recaia sobre os pressupostos fáticos de uma causa de exclusão da ilicitude, pode levar a conseqüências seríssimas no que tange a terceiros relacionados com o delito em questão e a possibilidade de tentativa.

Cezar Roberto Bitencourt, elencou tais conseqüências ao comentar sobre os riscos da adoção da teoria limitada da culpabilidade, enumerando-os da seguinte forma:

- a) um fato praticado, com erro invencível, afasta o injusto típico, não podendo ser considerado como um fato antijurídico. Nessas

circunstâncias, a vítima do erro terá que suportá-lo como se tratasse de um fato lícito, sendo inadmissível a legítima defesa;

b) não seria punível a participação de alguém que, mesmo sabendo que o autor principal incorre em erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, contribui de alguma forma na sua execução. A *punibilidade do partícipe* é afastada pelo *princípio da acessoriedade limitada da participação*, que exige que a ação principal seja típica (afastada pela eliminação do dolo) e antijurídica;

c) a *tentativa não seria punível*, nesses casos, pois sua configuração exige a presença de dolo. Mesmo que o erro fosse vencível, o fato ficaria impune, pois os crimes culposos não admitem tentativa.

Seguindo-se a teoria extremada da culpabilidade, tais fatos não ocorrerão, pois, como foi visto, todo o erro que incidir sobre uma causa de exclusão de ilicitude, será conceituado como erro de proibição. No erro de proibição temos um fato típico e antijurídico, podendo ser a culpabilidade excluída caso se trate de erro invencível, ou, diminuída, caso o erro seja vencível, havendo, no caso, uma mera atenuação da pena, continuando o delito com sua natureza dolosa.

Sem embargo destas argumentações, a reforma penal de 1984 deu continuidade à adoção da teoria limitada da culpabilidade, considerando erro de tipo o erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de exclusão da antijuridicidade.

3. O ERRO DENTRO DA VISÃO FINALISTA

O erro na teoria finalista adquire uma nova conceituação e natureza, rompendo definitivamente com a primitiva conceituação romana “erro de fato” e “erro de direito”. O erro agora se divide em “erro de tipo” e “erro de proibição”.

Na exposição de motivos do Código Penal, reformulado com a Lei 7.209/84, sentimos toda a influência que nossa comissão revisora sofreu da moderna doutrina finalista quanto ao tratamento do erro, expondo a mesma *in verbis*:

“É, todavia, no tratamento do *erro* que o princípio *nullum crimen sine culpa* vai aflorar com todo o vigor no direito legislado brasileiro. Com efeito, acolhe o projeto, nos arts. 20 e 21, as duas formas básicas de erro construídas pela dogmática alemã: erro sobre elementos do tipo (*Tatbestandsirrtum*) e erro sobre a ilicitude do fato (*Verbotsirrtum*). Definiu-se a evitabilidade do erro em função da *consciência potencial da ilicitude* (parágrafo único do art. 21), mantendo-se no tocante às discriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominada “teoria limitada da culpabilidade” (“Culpabilidade e a problemática do erro jurídico penal”, de Francisco de Assis Toledo, in *RT* 517/251)⁹

Como visto, nosso legislador quanto ao erro no direito penal, apoiou-se acertadamente nas concepções da teoria finalista. Tal comportamento foi determinante para reestruturar e redefinir as conseqüências que adviriam de uma ação maculada pelo erro.

⁹ Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, Lei 7.209/1984

Cezar Roberto Bitencourt, em seu livro “Manual de Direito Penal, Parte Geral”, expõe com impressionante poder de síntese a influência desta nova conceituação do erro em nosso direito dispondo *in verbis*:

“Assim, o erro jurídico-penal, independentemente de recair sobre situações fáticas ou jurídicas, quando inevitável, será relevante. Não há, na verdade, coincidência entre os velhos e os novos conceitos. Mudou toda a sistemática. A ultrapassada classificação de erro de direito e erro de fato baseava-se na situação jurídica e na situação de fática. A problemática, hoje, é diferente; enfoca-se outra questão: a *tipicidade* e a *antijuridicidade* (ilicitude). Ou seja, o erro pode recair sobre a tipicidade ou sobre a antijuridicidade.

Pode-se afirmar que a partir da nova conceituação em erro de tipo e erro de proibição, criaram-se novos institutos jurídicos, totalmente distintos dos anacrônicos conceitos de erro de fato e erro de direito. O erro de tipo vai englobar situações que antes eram caracterizadas ora como erro de fato, ora como erro de direito. O erro de proibição vai ter sua definição ampliada, incluindo situações novas antes não configuradas como erro, como no caso da existência ou os limites da legítima defesa.¹⁰

Diante desta nova posição científica, é imprescindível que se faça a diferenciação entre o erro de tipo e o erro de proibição para podermos fixar com clareza as conseqüências advindas desses institutos.

¹⁰ Cezar Roberto Bitencourt, Manual de Direito Penal.

4. ERRO DE TIPO E ERRO DE PROIBIÇÃO

O erro sobre os elementos do tipo é o desconhecimento ou o conhecimento falso que o agente tem sobre os elementos estruturais do delito. Ocorre também, quando incide sobre os pressupostos fáticos de uma causa discriminante.

No erro de tipo essencial, o agente não age com a consciência ou vontade de realizar uma determinada figura típica, a realiza justamente por faltar-lhe a consciência necessária.

Logo, diz-se que no erro de tipo o agente não sabe o que faz, pois se o soubesse não faria. O erro vicia de tal forma a realidade do agente que este realiza uma figura típica atuando sem qualquer dolo ou culpa.

São casos de erro sobre elementos do tipo:

- a) Sujeito que transporta cocaína pensando tratar-se de farinha de trigo;
- b) Sujeito que subtrai coisa alheia julgando-a própria;
- c) Sujeito que atira em pessoa pensando tratar-se de animal violento;

O erro de tipo pode se dar em duas formas: erro de tipo essencial e erro de tipo accidental. O erro de tipo essencial é aquele em que o agente se engana quanto a elementares ou circunstâncias do tipo. Divide-se em erro de tipo invencível ou escusável, que tem como consequência a exclusão do dolo e da culpa, e, erro de tipo vencível, inescusável, que tem como consequência a exclusão do dolo mas não da culpa. Dispõe o art. 20, *caput*, que o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime “permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”

O erro accidental versa sobre dados secundários que não tem o condão de excluir a figura típica ou qualquer consequência do delito praticado. Tais erros não beneficiam o sujeito pois não o impedem de compreender o caráter ilícito de

seu comportamento. Mesmo que tal erro não se configurasse, a conduta seria ilícita. O agente tem plena consciência da ilicitude, incidindo o erro apenas a respeito de um dado não essencial ao delito ou quanto à maneira de sua execução.

Damásio elenca os vários casos de erro acidental:

a) erro sobre o objeto (*error in objeto*) – o sujeito supõe que sua conduta recaia sobre determinada coisa, recaindo sobre outra. Ex. Furtar açúcar, julgando tratar-se de farinha

b) erro sobre a pessoa (*error in persona*), Art. 20 § 3º C.P.- ocorre quando há erro de representação, o sujeito atinge uma pessoa julgando tratar-se de outra;

c) erro na execução (*aberratio ictus*), Art. 73 C.P. – ocorre quando há desvio no ataque. O sujeito ataca uma pessoa vindo a atingir outra. Difere do erro sobre a pessoa, pois naquela há vício na vontade, o agente pensa ser Paulo, mas é Pedro. Na *aberratio ictus* o agente erra quando da execução mas não há vício na vontade. A pessoa visada pelo sujeito sofre apenas perigo de dano face ao erro no ataque, no erro sobre a pessoa tal perigo não existe;

d) resultado diverso do pretendido (*aberratio criminis*), Art. 74 C.P. – significa desvio do crime. Há nesta, erro na execução do tipo a *persona in rem* ou a *re in personam*.

Erro de Proibição é aquele que incide sobre a consciência da ilicitude. Neste, o agente sabe o que faz, entretanto, julga que seu comportamento é lícito. No momento da ação, não possui a consciência da ilicitude do fato típico praticado. O agente supõe em virtude do erro, que sua conduta não fere o ordenamento jurídico como um todo.

O objeto do erro de proibição, é, pois, a consciência da ilicitude. Não incide este nem sobre a lei, nem sobre o fato, mas exclusivamente sobre a contrariedade do fato em relação à lei.

O célebre exemplo de Welzel, elucida qualquer dúvida quanto a estas espécies de erro. Aduz o ilustre protagonista da teoria finalista da ação que *“quem subtrai coisa que erroneamente supõe ser sua, encontra-se em erro de tipo: não sabe que subtrai coisa alheia; porém, quem acredita ter o direito de subtrair coisa lheia (v.g., o credor frente ao devedor insolvente), encontra-se em erro sobre a antijuridicidade”*.

Aduz Cezar Bitencourt que “no moderno Direito Penal da culpa não há mais lugar para a culpa presumida, que nada mais é do que a responsabilidade objetiva. Porém, quem agir sem consciência da ilicitude, quando podia e devia ter essa consciência, age com culpa.

O erro de proibição quando escusável, inevitável, exclui a culpabilidade, isentando o agente de qualquer punição. Sendo o erro evitável, inescusável, o agente não terá afastada a culpabilidade, que será apenas mitigada proporcionalmente ao erro cometido pelo autor do delito. A natureza do crime neste caso continuará inalterada, nem sequer se cogitando de exclusão de dolo. O que ocorrerá é uma menor censurabilidade da conduta em razão de ter sido em parte provocada pelo erro do agente.

Na doutrina, o erro de proibição é dividido em: erro de proibição direto, que é o erro incidente sobre a consciência ligada a norma proibitiva, e, erro de proibição indireto, conhecido como erro de permissão. Tal erro incide sobre a equivocada suposição de existência de causa excludente de ilicitude, ou, sobre os limites da causa discriminante.

Tais espécies já foram vistas quando da análise das teorias da culpabilidade, dentro da concepção finalista da ação.

4.1 ERRO SOBRE ELEMENTOS NORMATIVOS ESPECIAIS DA ILICITUDE

Muitas dúvidas já surgem quanto a análise do erro incidente sobre os elementos normativos especiais da ilicitude. Socorremo-nos outra vez do brilhante penalista Cezar Bitencourt o qual diferencia os elementos normativos especiais da ilicitude dos elementos normativos do tipo, dispondo que, tais elementos diferem dos elementos normativos do tipo, pois aqueles embora também integrem a descrição do crime, referem-se à ilicitude e, assim sendo, constituem elementos *sui generis* do fato típico, na medida em que são, ao mesmo tempo, caracterizadores da ilicitude. Estes elementos normativos especiais da ilicitude, normalmente, são representados por expressões como “indevidamente”, “injustamente”, “sem justa causa”, “sem licença da autoridade”, etc.

Para muitos doutrinadores, o erro que incidir sobre tais elementos, constituiria erro de tipo, pelo simples fato de serem tais elementos localizados no tipo. Para outros, constituiria erro de proibição, pela própria natureza dos elementos incidirem sobre a antijuridicidade e não sobre o tipo.

Cezar Roberto Bitencourt, esposando posicionamento de Muñoz Conde, adota a posição no sentido de que o dolo deve abranger todos os elementos que compõem a figura típica, tratando o erro sobre elementos normativos especiais da ilicitude, de erro incidente sobre elementos que integram o tipo penal, o mesmo deve ser tratado como erro de tipo.

4.2 ERRO NAS DESCRIMINANTES PUTATIVAS

O erro sobre as discriminantes putativas é estudado na doutrina sobre três enfoques diferentes: *erro sobre a existência de causa justificativa, erro sobre os limites de causa justificativa e erro sobre os elementos fáticos de uma causa de justificação.*

O erro sobre a existência de uma causa justificativa, ocorre quando o sujeito, supõe equivocadamente, estar acobertado por uma causa excludente de ilicitude que inexistente na legislação penal. Desta forma, o agente acredita estar realizando uma conduta típica, mas jurídica, justificada por uma causa

discriminante. Entretanto, tal suposição é errônea, pois não existe causa a justificar a conduta típica no ordenamento jurídico.

O erro que incide sobre os limites de uma causa de justificação, faz com que o agente, embora fora do raio de alcance da norma permissiva, julgue que sua conduta ainda encontra-se resguardada por tal norma, laborando em erro quanto a consciência da antijuridicidade de sua conduta.

O erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa excludente de antijuridicidade, se dá, quando o sujeito incorre em erro quanto aos elementos fáticos que, se porventura existissem, justificariam a conduta delituosa.

Pela teoria extrema da culpabilidade, todos os erros incidentes sobre as causas excludentes de ilicitude configuram-se em erro de proibição indireto. Como já visto neste estudo, esta teoria justifica seu posicionamento pelo fato de existir dolo em todas as condutas viciadas por tais erros. O que não existe seria a consciência da ilicitude.

Já a teoria limitada, diverge da anterior apenas quanto ao erro sobre situação de fato, que faz o agente supor encontrar-se justificado, quando na realidade, inexistem tais fatos. Segundo a teoria limitada, neste erro o agente age sem dolo pois o mesmo não sabe o que faz. Supõe estar diante de uma causa excludente de ilicitude pelas circunstâncias do fato, quando na realidade, esta não se configura.

5. CONCEITO COMPLEXO DE CULPABILIDADE

O conceito complexo de culpabilidade é hoje visto como uma forma evoluída do conceito de culpabilidade. A teoria normativa pura da culpabilidade nasceu fruto da teoria finalista da ação. Esta teoria arregimentou toda uma dogmática dirigida a romper com os laços derivados da teoria causalista existentes na ciência penal.

No afã de contrapor todas as concepções da teoria causalista, dentre elas, a teoria psicológica pura da culpabilidade e a teoria psicológica-normativa, a visão finalista evitou em absoluto aproveitar qualquer concepção científica ligada à corrente anterior. Deste modo, o direito penal ficou por muito tempo dividido entre duas visões radicais da teoria estrutural do delito. Tal radicalismo, muitas vezes se deixou levar, antes pelo mero sabor da disputa, do que pelo puro fim científico em prol da ciência penal.

Estes fatos começaram a ser observados pelas limitações que apresentaram ambos os lados das correntes causalistas e finalistas. De um lado, a teoria causalista apresentava uma concepção estritamente subjetiva da culpabilidade, não comportando qualquer espaço para uma apreciação normativa. De outro, vislumbra-se uma teoria radicalmente normativa da culpabilidade, inexistindo quaisquer elementos psicológicos em sua estrutura.

A culpabilidade contendo elementos psicológicos e normativos já existiu em concepção científica. Entretanto, derivava a mesma da teoria causalista da ação, o que nós já analisamos sobre a conceituação das teorias do dolo. Tais teorias defendiam a existência de um dolo normativo, tendo este como elementos, a consciência da ilicitude e a vontade de realizar a conduta, elementos totalmente incompatíveis e inconciliáveis dentro de um mesmo sistema.

Dentro deste quadro de incertezas e brigas científicas, buscava-se idealizar uma concepção científica, (principalmente no que diz respeito à culpabilidade) com o objetivo de trazer respostas concretas quanto à complexidade de argumentações teóricas e práticas, dirigidas à solução desses conflitos.

Desenvolvendo esses estudos, chegou a escola alemã a identificar dentro da culpabilidade, um elemento até então desconhecido. Este elemento foi conceituado como *gesinnung*, isto é, direito penal da atitude interior do agente. Ele representaria dentro da culpabilidade, um comportamento interior de maior ou menor desprezo pelos bens, interesses ou valores que a lei tutela. É o grau de maldade do agente, sua malícia.

Luiz Flávio Gomes ousa dizer em seu livro; “Erro de tipo, erro de proibição” que este conceito complexo já existe em nosso código quando analisamos o conceito amplo da análise da culpabilidade previsto no art. 59 do Código Penal.

O conceito complexo de culpabilidade, parece querer criar uma fusão entre as concepções da teoria psicológica pura da culpabilidade e da teoria normativa pura da culpabilidade. Na moderna visão da culpabilidade, dolo e culpa além de comporem o tipo, são importantes também na análise da censurabilidade.

Na nova teoria, visualiza-se o dolo sob duas óticas. Uma como forma de conduta. Outra como forma de culpabilidade. Como forma de conduta, o dolo detém a mesma natureza de elemento volitivo necessário a desencadear a conduta estudado na teoria finalista da ação. Como forma de culpabilidade, o dolo expressa o desvalor do ânimo, o grau de insignificância que a própria conduta do autor revela perante o ordenamento jurídico.

A denominada “*gesinnung*”, seria a atitude interior do agente, expressando um conflito, contradição ou indiferença com as leis. Em outras palavras, seria a censurabilidade da conduta, analisada agora sob uma ótica subjetiva específica. Não se questiona quanto a presença e espécie do dolo integrante da conduta, mas, a este, se soma uma nova espécie de dolo a integrar a culpabilidade.

Luiz Flávio Gomes, entende que a culpabilidade dentro desta nova concepção, continua sendo reprovação e censura, com a diferença: “assim como o conteúdo do injusto depende do desvalor da conduta e do resultado, o

conteúdo da culpabilidade torna-se estampado através do desvalor do ânimo relacionado com a concreta realização do tipo.

Muitas críticas já se levantam contra esta nova teoria, tendo as mesmas como base o fato desta nova concepção da culpabilidade conduzir a uma análise da culpabilidade pela conduta de vida do agente, traduzindo-se num mitigado direito penal do autor. Ao lado do fato, faz incidir o juízo de reprovação sobre o desenvolvimento da personalidade do sujeito ativo.

Luiz Flávio Gomes, demonstrando abertamente sua adesão a nova teoria, rebate às críticas apresentadas, dizendo que, o juízo de reprovação da culpabilidade não recai sobre a personalidade do agente, mas, sobre a defeituosa posição do autor para com as exigências de conduta da ordem jurídica, manifestada no fato antijurídico.

O caráter antijurídico da culpabilidade incidiria tão somente sobre o elemento antijurídico do crime. O agente só pode ser culpado por aquilo que ele fez, não pelo que ele é. A atitude interna do autor corresponde apenas a razão pela qual o fato se reprova com maior ou menor intensidade.

5.1 TRATAMENTO DO ERRO NO CONCEITO COMPLEXO DE CULPABILIDADE.

Na nova teoria complexa da culpabilidade, caracterizada principalmente pelo conceito da “*gesinnung*”, ou seja, a atitude interior do agente, o instituto do erro no direito penal não sofreu modificações radicais. A distinção básica se dá quanto ao erro nas discriminantes putativas.

Segundo a nova visão da culpabilidade, o erro sobre a existência de uma causa discriminante inexistente no ordenamento jurídico, ou, sobre os limites de uma causa de justificação, continuam a ser vistos como erro de proibição indireto.

Entretanto, o denominado *erro de tipo permissivo*, erro este que incide sobre os pressupostos fáticos das discriminantes putativas, foi tratado como um **erro de tipo *sui generis***.

Como bem ponderou Cezar Bitencourt, tratar-se de *erro de tipo* ou *erro de proibição* não é o aspecto mais relevante da questão. Relevante, na verdade, são as conseqüências que tal erro produz. Afetará o dolo e, conseqüentemente, a tipicidade, como o erro de tipo, ou afetará a culpabilidade, como o erro de proibição?¹¹

Segundo os defensores desta teoria, ao atuar com uma vontade viciada por tal erro, o agente atua com clara e intencional vontade de realizar a conduta típica. Logo, não poderá tal erro afastar o dolo.

A própria redação do art. 20 §1º do Código Penal, assevera:

Art. 20

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

Note-se que, diferentemente do *caput* do artigo, o legislador não afastou o dolo, prevendo simplesmente a *isenção de pena*. A expressão isenção de pena é tradicionalmente usada por nosso direito em relação à culpabilidade e não à tipicidade.

Cezar Bitencourt afirma que não seria exagero afirmar que o erro de tipo permissivo constitui uma terceira espécie de erro. Seria um misto de erro de tipo e de erro de proibição indireto. Em síntese, trata-se de um “erro sui generis”, que estruturalmente se parece mais com erro de tipo do que com erro de proibição, mas que também se assemelha a um erro de proibição, porque a causa de justificação exclui a antijuridicidade – sua conseqüência – e não a tipicidade do fato.

Pela própria norma exposta, conclui-se que o erro de tipo permissivo não é um erro de tipo incriminador excludente do dolo, nem pode ser tratado como

¹¹ Cezar Roberto Bitencourt, Manual de Direito Penal.

erro de proibição: é um erro *sui generis*, excludente da culpabilidade dolosa, não do dolo.

Desta forma, entende-se que tal erro tem a consequência de excluir a culpabilidade dolosa e a responsabilidade penal como um todo, se invencível. Se vencível, exclui a culpabilidade dolosa, mas sobre o agente recairá a censura da culpa se a lei prevê a punição por crime culposos.

Luiz Flávio gomes¹² reza que, “se o erro de tipo permissivo fosse da mesma natureza do erro de tipo incriminador, com as mesmas consequências jurídicas, concluir-se-ia pela desnecessidade do parágrafo primeiro: bastaria o *caput*. ”

O erro de tipo permissivo é um problema afeto à consciência da ilicitude, isto é, da culpabilidade. Quando vencível tal erro, o agente não pratica um crime culposos, pois, tal erro não incide sobre a conduta ou o fato típico como um todo, mas, somente sobre a culpabilidade.

No erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa discriminante o agente quer o resultado. Logo, se o agente pratica a ação na intenção de auferir o resultado, seria no mínimo absurdo falar-se em crime culposos. No crime culposos o resultado nunca é desejado pelo agente.

Seja o erro vencível ou invencível no erro de tipo permissivo, o crime permanece com sua estrutura dolosa. Somente se altera o grau de censurabilidade da conduta. Não há crime culposos em nenhuma hipótese nas discriminantes putativas; a denominada culpa imprópria nada mais é que um crime doloso.

Sendo o erro vencível, há dolo no tipo, mas, exclui-se a culpabilidade dolosa, sendo o agente punido a título de culpa.

Desta forma, é fácil concluir que, a nova teoria quanto ao erro de tipo permissivo, afasta tal problema para o âmbito da culpabilidade. Não há de cogitar-se se o erro incidu sobre o dolo ou a culpa inseridos no fato típico, mas, sobre o dolo ou a culpa inseridos na culpabilidade. Assim, a estrutura do delito permanece íntegra quanto a natureza do crime.

¹² Luiz Flávio Gomes. Erro de tipo...(citação de Cezar Bitencourt)

Diante de tal teoria, fica afastada a possibilidade de falar-se em culpa imprópria e suas atenuações derivadas. Supera-se por conseguinte, o problema da tentativa e da participação em tal natureza de erro, pois, se tal erro não exclui o dolo da conduta não afasta a possibilidade da presença de tais institutos.

Em síntese, verificamos que o **erro de tipo incriminador**, inevitável, exclui o dolo e, por conseguinte, o fato típico doloso. O **erro de tipo permissivo** escusável exclui a culpabilidade dolosa. Se inescusável, o agente se sujeitará a uma culpabilidade mais branda, proporcional à do crime culposo, embora o ilícito permaneça doloso em sua natureza.

6. CONCLUSÕES

Das digressões confeccionadas neste singelo trabalho, nos é permitido concluir, que o erro nasceu e evolui em conjunto com a própria ciência penal. O direito penal sempre está a procurar meios cada vez mais hábeis no sentido de aperfeiçoar a responsabilidade criminal.

Como vimos, a responsabilidade objetiva não se encontra muito longe na história do direito penal, e, até hoje, temos traços nítidos de sua presença em nosso próprio código repressivo. O erro nada mais representa do que a ignorância ou errada compreensão de um objeto, sendo este, um inseparável companheiro dos homens.

A teoria do erro, forçou a estrutura do delito a mergulhar em busca de novos estudos a fim de extirpar uma responsabilidade sem culpa de nosso direito penal moderno. Esta procura se resume na busca de critérios mais justos e transparentes, no intuito de transmitir à sociedade a segurança e harmonia necessárias a seu desenvolvimento.

As pesquisas e os estudos nos parecem que sempre estarão imperfeitos e sempre demandarão um ulterior aperfeiçoamento das gerações futuras. Esta eterna busca do que seja correto, do que nos pareça ideal, parece sucumbir sempre ante uma realidade latente mas implacável, a de que o homem é extremamente falível e imperfeito.

O direito penal busca uma evolução no sentido de punir o homem não apenas pelo resultado de sua conduta, mas, pela sua intenção ao praticá-la. Tal escopo já representa um salto considerável em nossa evolução, mas, para conseguir este desiderato em sua plenitude, precisaremos ter em mãos a chave do conhecimento da mente humana.

Procurar entender o nosso mundo psíquico individual já nos seria uma incomensurável utopia, o que dizer então de entendê-lo como um todo.

O real papel da culpabilidade seria mensurar condutas de acordo com vontades e intenções individualizadas dentro de uma natureza psíquica

personalíssima, entender o porque de cada ação e o grau de reprovabilidade que cada conduta deveria merecer no ordenamento jurídico.

Eis aí um desafio insuperável à humanidade. Afloram desta assertiva, os motivos porque a culpabilidade é um elemento é tão dissecado e tão pouco entendido. Tantos questionamentos, tantas soluções, e, tão infinitas dúvidas. Os limites humanos não nos permitem sequer entender-nos a nós mesmos, o que dizer então dos nossos semelhantes.

Tais colocações nos levam a lamentável conclusão de que, a justiça, em sua plenitude, dentro de um nível razoável de perfeição, encontra-se acima de nossas possibilidades. O homem só poderia chegar a uma plenitude de justiça se conseguisse diferenciar e analisar uma infinidade de elementos psíquicos e físicos que interferiram e interferem de uma forma ou de outra na conduta criminosa.

Fora desta complexidade, teremos de nos conformar com uma justiça aparente, talvez concebida por nós para consolar nossas próprias deficiências e mascarar a dor insuperável da incapacidade, mitigada apenas pela busca incansável da sabedoria e da perfeição que são inerentes ao ser humano.

BIBLIOGRAFIA

Luiz Flávio Gomes. Erro de tipo e Erro de proibição

Cezar Roberto Bitencourt. Manual de Direito Penal

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. Manual de
Direito Penal Brasileiro

Julio Fabbrini Mirabete. Manual de Direito Penal

Francisco de Assis Toledo. Princípios Básicos de Direito Penal

Damásio E. de Jesus. Direito Penal, 1º volume – Parte Geral

Celso Delmanto. Código Penal Comentado