

A culpabilidade como pressuposto do ilícito penal: considerações sobre a dissolução das fronteiras entre o ilícito e a culpabilidade

Culpability as a presupposition of the wrongdoing: considerations about the dissolution of the boundaries between wrongdoing and culpability

Wagner Marteleto Filho 

Resumo: O presente artigo pretende colocar em causa a correção normativa da separação estrita entre o ilícito e a culpabilidade. Analisam-se os argumentos que postulam dita separação, especialmente os apoiados: a) na perspectiva do ofendido e de seu direito de defesa perante um ilícito não culpável; b) na necessidade de punição do partícipe de um fato típico e ilícito (o que não seria alcançado com um ilícito intrinsecamente culpável); e c) na necessidade de se assegurar um objeto de referência objetivo para o erro de proibição. Em seguida, com apoio em premissas nomoteóricas (= somente pode questionar a norma quem possui competência para fazê-lo; as extensões da norma de comportamento e da norma de garantia são distintas, etc.) e, sobretudo, com vista na função específica do Direito Penal (considerada, aqui, como a proteção da norma e a reação em face da negativa de sua validade), sustenta-se que há boas razões para a dissolução das fronteiras entre o ilícito e a culpabilidade, com consequências particularmente relevantes ao plano do dolo e do erro, que passam a ser examinados conforme ao princípio da responsabilidade.

Palavras-chave: ilícito; culpabilidade; dissolução; erro; participação.

Abstract: The present article intends to argue the normative correctness of the strict separation between the wrongdoing and the culpability. The arguments that demand separation are critically analyzed, especially those based on: a) the perspective of the offended and as also on his right of defense in relation of a non-culpable offense; b) the necessity to punish the accomplice of a typical and illicit act (which would not be achieved with an intrinsically culpable wrongdoing); and c) the need to ensure an objective reference object for the mistake of law. Then, based on nomothetical premises (= only those who have the competence to do so can argue the norm; the extent of the behavior's norm and guarantee's norm are distinguished etc.) and, above all, with a view to the specific function of Criminal Law (considered, here, as the protection of the norm and the reaction to the denial of its validity), it is argued that there are good reasons for the dissolution of the boundaries between wrongdoing and culpability, with consequences particularly relevant to the level of "dolus" and mistake, which are now examined in accordance with the responsibility principle.

Keywords: wrongdoing; culpability; dissolution; mistake; complicity.

Sumário: Introdução; 1 Breve aproximação histórica; 2 Os argumentos que postulam a autonomia do ilícito em relação à culpabilidade; 2.1 A “perspectiva do ofendido”; 2.2 Problemas do erro de proibição e da participação (teoria da acessoriedade limitada); 2.2.1 Quanto à participação e à denominada “teoria da acessoriedade limitada”; 2.2.2 Erro de proibição e a pressuposição de um objeto de referência; 2.3 Uma tentativa de solução analítica para a manutenção da separação entre ilícito e culpabilidade: imputação de primeiro e segundo níveis; 3 A culpabilidade como pressuposto do ilícito penal; 3.1 Dever e poder; 3.2 Fundamentos normativos e consequências para o dolo e o erro; Considerações finais; Referências.

Introdução

O presente texto se ocupará de uma velha questão, aparentemente superada, mas cuja discussão tem sido retomada na última década: a culpabilidade é um pressuposto do ilícito penal ou as categorias são autônomas, ainda que em uma relação de complementariedade?

Atualmente, se afigura quase incontroverso que o ilícito típico abrange o denominado “injusto de ação”, preenchido ou bem pelo dolo (como seu núcleo duro) ou bem pela culpa, e o “injusto de resultado”¹. E também é entendimento corrente que a culpabilidade se encontra separada do ilícito², como uma categoria autônoma, que considera o primeiro como sendo seu “objeto de valoração”, com ele não se confundindo por razões, quando menos, lógicas (vedação de autorreferencialidade³).

Neste contexto, é bem conhecida a avaliação de Welzel, no sentido de que a tripartição do delito nos elementos *tipo* (objetivo e subjetivo), *ilicitude* e *culpa*-

1 Com referências: ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, p. 420; KÜHL, *Strafrecht* AT, p. 17 e ss.

2 Na literatura brasileira, inclusive a sustentar que a culpabilidade se encontra “fora do injusto penal” ou do conceito de fato punível, sendo exclusivamente fundamento e limite da pena: GOMES/MOLINA, *Direito penal* PG, p. 209. No sentido da autonomia entre as categorias, veja-se também: PRADO, *Curso de direito penal brasileiro* PG, p. 408, a assinalar que pode haver ação típica e ilícita sem culpabilidade, mas não há culpabilidade sem os pressupostos da tipicidade e ilicitude. Note-se, contudo, que o tema não é efetivamente problematizado, sendo apresentado de modo classificatório-sistemático. Proximamente: SOUZA, *Direito penal* PG, p. 355 e ss. E a respeito da evolução conceitual da culpabilidade na literatura brasileira, passando pelos conceitos psicológico (esgotado no dolo e na culpa), psicológico-normativo e alcançando a culpabilidade normativa, como ideia de reprovabilidade (que aponta como a posição predominante, embora a apresentar objeções a tal concepção, caso não se defina de modo claro qual o objeto de reprovação), com múltiplas referências: STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*, p. 27 e ss. e 248.

3 No sentido de que se o conhecimento (potencial) da ilicitude é objeto da culpabilidade, a consciência deve se referir a um objeto, qual seja, o ilícito, veja-se: KUHLEN, *ZStW* 120, p. 149. Segundo o autor, para quem mantém a consciência da ilicitude como elemento da culpabilidade, a dissolução entre esta e o ilícito é inviável.

bilidade, foi o “maior avanço dogmático do Direito Penal nos últimos séculos”, permitindo-se uma maior medida de racionalidade e segurança na aplicação do direito⁴.

Com efeito, a separação entre o ilícito e a culpabilidade, enquanto categorias sistemáticas autônomas⁵, ainda é acolhida majoritariamente⁶, em que pesem as críticas que tem recebido⁷, encontrando correspondência na legislação (brasileira, portuguesa e alemã, por exemplo), notadamente no regime do erro e do concurso de pessoas.

Existem, de fato, dois argumentos principais para se postular a existência de uma tal necessidade de separação, conferindo-se autonomia ao ilícito em relação à culpabilidade.

O primeiro argumento se vincula ao caso do Direito Civil, em que o *bonae fidei possessor* pode ser despojado da posse pelo proprietário (Jhering)⁸, o que demonstraria, ao menos nesse ramo específico do Direito, a possibilidade de um ilícito puramente objetivo. Transferido ao Direito Penal, esse argumento ratificaria a autorização para que o ofendido se defenda, ao abrigo de uma justificante, do ataque de alguém destituído de culpabilidade (inimputável ou com atuação em erro)⁹.

O segundo argumento, apoiado na *lege lata*, se relaciona ao erro de proibição, que pressupõe um objeto autônomo em relação ao qual o agente erra, bem

4 WELZEL, *JuS* 1966, p.421.

5 Veja-se uma análise rigorosa, com múltiplas referências, sobre a evolução histórica do tema em VELTEN, *Normkenntnis und Normverständnis*, p. 127-141.

6 Assim, por exemplo: JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts* AT, §39, nm. 1, p. 425, apontando, os autores, que se trata do “ponto angular da teoria do delito”; GRECO, *GA* 156, p. 636 e ss., com múltiplas referências: LEITE, *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*, p. 88 e ss.; KINDHÄUSER, *Dogmática penal no Estado Democrático de Direito*, p. 91. Na literatura portuguesa, a defender essa separação, e acerca do desenvolvimento das teorias sobre a natureza das categorias do crime, bem como sobre a relação entre elas, passando pelo *naturalismo*, *neokantismo* e *funcionalismo*, veja-se: PINTO, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, p. 380-383. Um pouco mais distante, a reconhecer a distinção ao nível analítico, mas a apontar para a relação íntima entre ambas as categorias, BELEZA DOS SANTOS, *Lições de direito criminal*, p. 5.

7 A defender a perspectiva de um ilícito intrinsecamente culpável, com recurso à teoria clássica da imputação, notadamente a Pufendorf, SOUSA MENDES, *O torto intrinsecamente culposo como condição necessária da imputação da pena*, p. 213, ao se referir ao “torto genuíno”, e p. 287, com ampla crítica ao utilitarismo vinculado à ideia de um ilícito objetivo. Veja-se ainda, com referências: PAWLIK, *FS-Otto*, p. 133 e ss. Também, WALTER, *Der Kern des Strafrechts*, p. 84; JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, p. 43.

8 Confira-se uma ampla e aprofundada análise da discussão, no direito civil, em: SOUSA MENDES, *O torto intrinsecamente culposo como condição necessária da imputação da pena*, p. 276-299.

9 Claramente, GOLDSCHMIDT, *FS-Frank*, p. 428: “Ao ilícito objetivo corresponde o imperativo jurídico, e apenas a censurabilidade à então denominada norma de dever”.

como à adoção da “teoria da acessoriedade” na participação, contentando-se a lei com a concorrência de um fato típico e ilícito, ainda que não culpável¹⁰.

Contudo, é possível assumir uma perspectiva distinta, que considera a específica função do ilícito (genuinamente) penal¹¹, desvinculando-se o ilícito penal *proprium* do conceito construído nas sendas do Direito Civil.

Nesse sentido, se o Direito Penal possui por função a manutenção do caráter vinculante e inquebrantável das normas jurídicas essenciais (= seu objeto de proteção¹²), assegurando, em um sentido contrafático, as expectativas normativas¹³, e não apenas (ou, ao menos, não primariamente!) a proteção do objeto jurídico¹⁴ (= propriedade, integridade física, vida, etc.), então não se poderia conceber um ilícito penal não culpável, porque, neste caso, não se verifica qualquer questionamento eficaz ao caráter vinculante da norma¹⁵.

O objetivo deste estudo preliminar é o de aferir o acerto dessa última perspectiva e, a um só tempo, explicitar se há boas razões para o abandono da distinção entre o ilícito e a culpabilidade no âmbito do Direito Penal.

O problema, advirta-se desde logo, não se encontra em um nível lógico, nem tampouco em se conceber o ilícito nesse sentido como um simples “conceito de apoio” (*Hilfsbegriff*), que prepara o julgamento (complementar) da culpabilidade¹⁶. O problema está em saber se um tal conceito de ilícito penal, independente de culpabilidade, encontra a verdadeira função do Direito Penal¹⁷. E a resposta, ao final, haverá de ser negativa: se não há culpabilidade, não há qualquer violação da norma de comportamento¹⁸ com o sentido de comunicação de sua rejeição.

10 Veja-se: GRECO, GA 156, p. 639.

11 JAKOBS, *Lebendiges und Totes in der Verbrechenlehre Hans Welzels*, p. 270 e ss.

12 Não é outra, quanto à tarefa do Direito Penal, a posição do próprio WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 2. Ora, mas, se é assim, o próprio do ilícito penal – como uma comunicação de rejeição dos valores normativos – só pode ser aquela prática por alguém censurável (= culpável).

13 Assim, ao invés de muitos, LESCH, *Der Verbrechenbegriff*, p. 203.

14 Veja-se JAKOBS, *System der Strafrechtliche Zurechnung*, p. 20 e ss.

15 Assim: SINN, *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten*, p. 271.

16 Com recurso às categorias das “regras de constatação” (plano descritivo), “regras de conduta” (plano prescritivo) e “regras de imputação” (plano adscritivo), e a defender a aplicação dessa tricotomia para a preservação de um ilícito objetivo, MOURA, *Illicitude penal e justificação*, p. 124-127.

17 Veja-se: JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, p. 43; JAKOBS, *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge*, p. 627.

18 Também a apontar que violação da norma de comportamento pressupõe a culpabilidade, RENZIKOWSKI, *Direito penal e teoria das normas*, p. 51 e ss.

No pior cenário, caso a posição aqui defendida não contenha força suficiente para a refutação da teoria predominante¹⁹, o texto poderá ter seu valor como um “teste de *stress*”, no sentido de que, se uma teoria científica resiste ao teste de falseabilidade, há boas razões para mantê-la²⁰.

1 Breve aproximação histórica

Ainda que não haja, aqui, pretensões de desenvolver qualquer estudo histórico, é importante, ao menos, situar a discussão para um melhor entendimento do problema.

Costuma-se apontar²¹ que o início da discussão do tema na dogmática penal se dá com Merkel²², para quem o ilícito (como violação do Direito) se configura pela via de uma rejeição/desobediência contra a “força racional” do Direito. Desse conceito, que encontra ancoragem em uma teoria imperativa da norma (no sentido de que há uma violação de uma ordem ou proibição, por um destinatário do comando)²³, se extrai que apenas o agente culpável poderia se opor à lei penal²⁴: só há, portanto, ilícito culpável.

Contudo, no campo específico do Direito Civil, Jhering desenvolveu um conceito de “ilicitude objetiva”, ao apontar para a possibilidade de se exercer a defesa contra o possuidor de boa-fé²⁵. Essa perspectiva encontrou grande aceitação na dogmática penal com a formulação de um conceito objetivo de ilícito independente da culpabilidade do agente²⁶, notadamente por autores como Löffler²⁷, Goldschmidt²⁸ e Mezger²⁹. O último deles considerava o ilícito como

19 Um dos desafios lançados por Greco, para o abandono da distinção, consiste na comprovação de um ganho científico. GRECO, *GA* 156, p. 638.

20 Sobre o “teste de *stress*” e a falseabilidade de uma teoria, MINORELLI/CEOLIN, *REC* 72, p. 159.

21 Assim, por exemplo: ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, p. 420.

22 Explicativo: LAMPE, *Das personale Unrecht*, p. 14 e ss. Ainda, KINDHÄUSER, *Dogmática penal no Estado Democrático de Direito*, p. 93.

23 LAMPE, *Das personale Unrecht*, p. 15, inclusive a indicar a “teoria imperativa” de Thon como supedâneo da tese.

24 MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen* I, p. 6 e 44. Proximamente, já então: KOHLRAUSCH, *Irrtum und Schuld*, p. 52.

25 JHERING, *Schuldmoment im Römischen Privatrecht*, p. 5.

26 Explicativamente, ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, p. 421; LAMPE, *Das personale Unrecht*, p. 17.

27 LÖFFLER, *ZStW* 21, p. 560, com críticas à posição de Merkel, e a separar o conceito de ilícito, no campo civil, do dever de reparação, pois este último não corresponde a toda extensão do primeiro.

28 GOLDSCHMIDT, *FS-Frank*, p. 428 e ss.

29 MEZGER, *Der Gerichtssaal* 89, p. 247; MEZGER *Strafrecht* (Lehrbuch), p.163 e ss., com múltiplas referências, especialmente na nota de rodapé 3, acerca da predominância da perspectiva à época.

uma norma de valoração sem destinatário, derivando, no plano da culpabilidade, a norma de determinação direcionada ao indivíduo concreto³⁰. É conhecida a construção de Mezger: “O injusto é a modificação de um estado de coisas juridicamente aprovado ou a produção de um estado de coisas juridicamente desaprovado, não a modificação juridicamente desaprovada de um estado de coisas”³¹. A atenção, no plano do ilícito, está “voltada” para o afetado pela ação³², não se conferindo qualquer relevância à culpabilidade do agente que realiza a designada “danosidade social”.

Essa concepção foi assumida e desenvolvida originariamente pela “Escola clássica-naturalista” (Liszt-Radbruch-Beling)³³, sobretudo com a separação entre objetivo *versus* subjetivo, interno *versus* externo, em que a culpabilidade consistiria na ligação psicológica entre o agente e o fato³⁴. Daí que, nesse modelo, o ilícito fosse considerado puramente objetivo³⁵, como um comportamento voluntário do agente no mundo exterior, que contrariasse uma determinação ou proibição do Direito Penal. A culpabilidade, por seu turno, se afigura “subjetiva”, em suas modalidades do dolo e da culpa, em uma relação de precedência lógica entre o objetivo e o subjetivo³⁶.

Mas o modelo de ilícito estritamente objetivo começa a ser abalado já com o *neokantismo*³⁷, e com a “descoberta” de determinados elementos subjetivos do tipo³⁸, que exigiam a consideração de objetivos ou fins do agente já para a

30 MEZGER, *Strafrecht* (Lehrbuch), p. 166.

31 MEZGER, *Der Gerichtssaal* 89, p. 245. Explicativamente: SOUSA MENDES, *O torto intrinsecamente culposos como condição necessária da imputação da pena*, p. 369, a ressaltar que a concepção se vinculava à teoria imperativa das normas, pautada na destrição entre as normas de valoração (no plano do ilícito) e de determinação (na culpabilidade). De acordo com o autor, a escolha de se vincular o injusto à norma de valoração indica uma formulação de pendor objetivo, pois as normas de valoração não possuem destinatários determinados. A definição do injusto, assim, necessitaria ser objetiva e anteceder qualquer espécie de censura pessoal.

32 PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 267.

33 Acerca da ilicitude como contrariedade da ação (típica) com a ordem jurídica, vejam-se: BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 33; LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, p. 118 e ss., 160 e ss.

34 *Locus classicus*: RADBRUCH, *Die Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, p. 38; BELING, *Grundzüge des Reichsstrafrechts*, p. 38. Explicativamente: PAWLIK, *FS-Otto*, p. 135. Também OTTO, *ZStW* 87, p. 540 e ss.

35 Veja-se PALMA, *Direito penal* PG, p. 232-233.

36 LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, p. 151. Criticamente, WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, p. 94.

37 Com o neokantismo, se passa uma transição de algo puramente formal para algo material e teleológico, e a dogmática passa a se orientar para objetivos valorativos. Veja-se PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 260.

38 *Locus classicus*: MEZGER, *Der Gerichtssaal* 89, p. 207 e ss. Acerca da influência do neokantismo na dogmática, notadamente ao plano da teoria do tipo, compare-se: WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, p. 93.

definição do ilícito típico³⁹. Contudo, ainda aqui, mantinha-se a estrutura-base de um ilícito objetivo (desalojado do dolo e da culpa) e de uma culpabilidade subjetiva⁴⁰.

Por sua vez, a teoria finalista e o seu correspondente modelo do “ilícito pessoal”⁴¹ inseriram os elementos subjetivos já no primeiro estrato sistemático, alocando-se, ali, o dolo e a culpa no tipo⁴², como objeto de valoração, ao qual o juízo de censurabilidade (= culpabilidade) se direciona⁴³. Assim, ainda que sem alterar a construção inicial (em termos de separação entre o ilícito típico e a culpabilidade), o finalismo transferiu o dolo (enquanto vontade final) ao tipo⁴⁴, conferindo-se-lhe uma posição lógica e metodologicamente⁴⁵ anterior em relação à própria ilicitude “completa” (no sentido de que a ação típica é apreciada antes da análise da presença de uma causa justificante) e, especialmente, à culpabili-

39 Hegler procura justificar a autonomia categorial do ilícito e da culpabilidade com fundamento, respectivamente, nas ideias de danosidade social (*Sozialschädlichkeit*) e censurabilidade (*Vowerfbarkeit*). HEGLER, *ZStW* 36, p. 28.

40 Explicativo: PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 260.

41 A acentuar que a essência do injusto se encontra na violação do dever (*Pflichtwidrigkeit*) e não na ilicitude, já então: DOHNA, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, p. 68. Também, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 62: “*Unrecht ist täterbezogenes personeles Handlungsunrecht*” (ilícito é um ilícito de ação referido ao agente). WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, p. 108.

42 Em uma evolução da perspectiva neokantista, e do pensamento de Mezger acerca dos elementos subjetivos do injusto. A ação só é ilícita, nesse sentido, caso seja reconhecida como “a obra do autor” (*als Werk eines bestimmten Täters*). Veja-se: WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*, p. 62; WELZEL, *ZStW* 58, p. 518. Welzel acentua que, muito além da lesão de um bem jurídico, a ilicitude consiste na desaprovação de um fato relacionado a um determinado agente. O injusto pessoal é constatável na medida em que um mesmo resultado pode ter um peso distinto a depender do agente: uma lesão corporal praticada por um servidor público no exercício da função tem um peso diverso da praticada por um particular.

43 A culpabilidade consiste em conceder preferência, na escolha da ação final, ao desvalor, ao invés de ao valor positivo. WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, p. 109. O autor ressalta que a vontade, na ação, encontra-se vinculada a uma função prática-intelectual, enquanto a culpabilidade tem por conteúdo uma capacidade de decisão emocional entre valores (a mais elevada camada da personalidade). Informativo, sobre isso: FIGUEIREDO DIAS, *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, p. 67-68. Note-se que a “culpabilidade normativa” deixa de perquirir acerca da real vinculação psicológica entre o agente e o fato, e passa a indagar sobre como essa ligação “deveria ser”: o agente é censurado porque sua formação da vontade e sua atuação da vontade não são aquelas correspondente à pessoa padrão pressuposta na norma. Veja-se, sobre a “medida padrão” e generalização da culpabilidade: STRATENWERTH/KUHNEN, *Strafrecht AT*, p. 160.

44 Sobre a problemática do erro de tipo permissivo, e da distinção entre “dolo do tipo” e “dolo do ilícito”, associada à referência ao erro sobre as circunstâncias típicas e ao erro acerca da presença de uma justificante, veja-se RINCK, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, p. 172.

45 Veja-se informativo: FIGUEIREDO DIAS, *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, p. 68 e 86.

dade⁴⁶, estrutura esta que é aceita inclusive por modelos funcionalistas contemporâneos⁴⁷.

O “ilícito pessoal” de Welzel permanece, de todo modo, instrumental⁴⁸, na medida em que despojado de um juízo de valor (*Unrechtseinsicht*) por parte do agente. E isso, em termos lógicos, parece assegurar – até os dias de hoje – a predominante separação entre o ilícito e a culpabilidade.

Esboçada a discussão, e feita essa brevíssima aproximação histórica – cujo fim mais não foi que o de conferir uma base situacional ao tema –, passarei a tratar, agora, de modo mais pormenorizado, dos argumentos que postulam a autonomia do ilícito em relação à culpabilidade (item 2, *infra*) e, em seguida, dos que a rejeitam (item 3, *infra*).

2 Os argumentos que postulam a autonomia do ilícito em relação à culpabilidade

Em termos analíticos, observa-se que o juízo bipartido, acerca da correção ou incorreção do comportamento (plano do ilícito – da danosidade social) e do mérito ou demérito (plano da culpabilidade ou da censurabilidade), cumpre uma importante função no âmbito do juízo de responsabilidade, não havendo, nesse sentido, boas razões para se abrir mão da distinção⁴⁹. O ilícito encontraria, no sistema, a partir dessa classificação binária, acento no geral e no externo, enquanto a culpabilidade se vincularia, de modo predominante, ao individual ou subjetivo. Essa distinção encontra correspondência na lei, em virtude das consequências jurídicas vinculadas a ambas as categorias (como, por exemplo, a possibilidade da legítima defesa contra comportamento inculpável, a exclusão do dolo em caso de erro sobre circunstância constitutiva do injusto, a sua manutenção em caso de erro sobre circunstância constitutiva da culpabilidade e a possibilidade de participação em ilícito não culpável⁵⁰), o que também diz algo a favor de sua manutenção.

46 Conforme Welzel, o conteúdo ontológico da culpabilidade delimita-se, assim, da ação, na medida em que esta representa a pertença do resultado à vontade como fator determinante, enquanto àquela consiste em uma determinada forma de decisão valorativa, que encontra o conteúdo da ação concreta. WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, p. 109.

47 Sobre isso: PINTO, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, p. 382 e 384.

48 JAKOBS, *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*, p. 275.

49 GRECO, *GA* 156, p. 638.

50 Explicativo, GRECO, *GA* 156, p. 638, a admitir que a adequação desses efeitos pode ser debatida, mas não ao plano dogmático, e sim no âmbito jurídico-político, da reforma da lei.

É recomendável aqui, por razões analíticas, isolar os principais argumentos que, no desenvolvimento do tema, defendem a estrita separação entre o ilícito e a culpabilidade. Esses argumentos se entrosam com as questões da proteção do afetado pelo comportamento (*infra*, 2.1), bem assim com possíveis lacunas de punição do erro e da participação (*infra*, 2.2).

Passemos, agora, à análise dos argumentos de fundo.

2.1 A “perspectiva do ofendido”

Um dos principais argumentos esgrimidos no sentido da autonomia do ilícito se ancora na perspectiva de proteção do afetado por uma agressão e do correspondente direito de (auto)defesa.

Enquanto a culpabilidade tem por objeto específico a censura do agente concreto pelo fato, colocando relevância na perspectiva do autor, a comprovação do ilícito está focada no interesse da vítima na integridade de seu bem jurídico específico, afetado pelo comportamento. O trespasse dos limites impostos pelo ordenamento, ainda que por motivos não censuráveis (seja em razão da inimputabilidade, seja em virtude do erro), confere ao ofendido a possibilidade de reação, na medida em que há uma situação ou um estado de ilicitude, independentemente da circunstância de o agente ser ou não culpável⁵¹.

O que se considera, em primeiro plano, é a necessidade de proteção do ofendido em face de ações contrárias, mesmo que apenas objetivamente, às normas jurídicas que tutelam seus direitos.

Nesse sentido, o direito à defesa desengatilha um dever de suportar a lesão do bem jurídico por parte do agressor (*Duldungspflicht*), o que não depende da culpabilidade do último (= culpável ou não, persiste o dever de suportar); caso dependesse (da culpabilidade), não haveria, por parte dele, o dever de suportar a ação de defesa do ofendido, que restaria desprotegido injustificadamente em face de uma agressão contrária ao Direito.

É preciso verificar se esse argumento, que aparentemente é um argumento forte, se configura mesmo intransponível.

Não se põe em causa que o ofendido titule o direito à defesa perante uma agressão ilícita, seja ela provocada por um agente culpável ou não. O que se questiona é se a ilicitude (geral) é uma qualidade idêntica ao conceito de ilícito

51 STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht AT*, p. 67.

penal (específico); em outras palavras, é preciso aferir se os conceitos de ilicitude e ilícito penal são, efetivamente, congruentes.

Conforme observa Pawlik⁵², derivar, do direito de autodefesa, a consequência de que com isso se comprova a autonomia do ilícito penal em face da culpabilidade, é ir longe demais. Se a qualidade de ilicitude e o correspondente interesse de proteção do afetado bastassem para a definição do ilícito penal, então o ilícito seria não apenas uma condição necessária, mas também uma condição suficiente para se conferir dignidade penal ao comportamento. E, se fosse assim, a culpabilidade, como categoria central, seria rebaixada a um simples corretivo, na medida em que não se faria necessária para a identificação de um ilícito genuinamente penal⁵³.

Note-se bem: uma coisa é legitimar a defesa pelo agredido em face de perigos, sejam eles censuráveis ou não, defesa esta que se assemelha a uma medida de segurança; outra coisa é afirmar que alguém que atua sem culpabilidade possui competência para questionar uma norma penal, norma essa que é o substrato jurídico da proteção do interesse do ofendido.

É preciso, aqui, separar a extensão da chamada “norma de garantia”, que tutela o ofendido, da extensão da “norma de comportamento”. A função de garantia de direitos subjetivos, que viabiliza uma reação do agredido perante um agressor não culpável, não é necessariamente coincidente com a extensão das normas de comportamento (ou determinação), na medida em que a norma de garantia possui um papel distinto e uma extensão mais ampliada⁵⁴. Esse argumento será melhor desenvolvido a seguir (item 3).

Por último, mas nuclear: as funções do Direito Civil e do Direito Penal não são congruentes, não sendo viável exigir que um conceito categorial central sirva a ambos os ramos do Direito, desconsiderando-se suas particularidades. São as funções específicas do Direito Penal que exigem a construção de um conceito próprio e específico de ilícito, vinculado aos fundamentos e fins da pena.

52 PAWLIK, *FS-Otto*, p. 138.

53 PAWLIK, *FS-Otto*, p. 139.

54 Proximamente, SINN, *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten*, p. 272, a ressaltar que não se pode confundir “ilicitude” com “ilícito” (o último, no sentido de ilícito penal), bem assim a apontar que a comunicação, no Direito Penal, é distinta da comunicação no Direito Civil.

2.2 Problemas do erro de proibição e da participação (teoria da acessoriedade limitada)

Outros dois argumentos importantes, respectivamente de bases lógica e teleológica, procuram demonstrar a autonomia do ilícito em face da culpabilidade: a) a necessidade lógica de o erro de proibição pressupor que este tenha como objeto de referência um fato considerado “objetivamente” ilícito; b) a possibilidade de participação, de *jure contito*, em um “fato principal” apenas típico e ilícito (e não necessariamente culpável), por força da teoria da acessoriedade⁵⁵.

Enfrentarei agora essas duas objeções relevantes à perspectiva de um ilícito intrinsecamente culpável, no sentido de verificar se são insuperáveis.

2.2.1 Quanto à participação e à denominada “teoria da acessoriedade limitada”

Nos sistemas brasileiro (art. 29 do CP), português (arts. 26 e 27 do CP português) e alemão (§26, 27 StGB) o legislador contentou-se, para admitir a participação *stricto sensu*, com a tipicidade e ilicitude do fato principal, acolhendo, assim, a denominada “teoria da acessoriedade limitada”⁵⁶. Disso geralmente se extrai mais um importante argumento que reforçaria a tese da possibilidade do ilícito não culpável.

Se o ponto de inflexão está na lesão do bem jurídico, então, de fato, todo aquele que contribui (*determina, exige, induz, apoia, etc.*) com tal lesão participa na “obra” do executor, independentemente do fato de este ser, ou não ser, censurável. Bastaria, aqui, apenas indagar se o titular do bem jurídico detinha o dever de suportar o ataque típico; sendo negativa a resposta, obtém-se uma justificativa suficiente para a punição daquele que contribuiu para a lesão⁵⁷. Essa é, de fato, uma conclusão analiticamente coerente e parece ser teleologicamente correta.

Mas, se compreendermos a essência do ilícito penal como uma comunicação de negativa de cooperação para a realização da ordem jurídica, então aquele que contribui para que outrem, sem culpabilidade, viole o dever, não pode ser apenas um *partícipe*. Se aquele que manifesta a contrariedade à norma não possui competência para fazê-lo, o terceiro que *apoia, auxilia* ou *induz* tal manifestação não é simplesmente um “apoiador”, um “auxiliar”, um “indutor”, mas sim o

55 Sobre estes argumentos, GRECO, GA 156, p. 641.

56 Vejam-se, com referências: KÜHL, *Strafrecht* AT, p. 803 e ss.; HEINRICH, *Strafrecht* AT, p. 560, no sentido de que a culpabilidade do coparticipante independe da culpabilidade do outro, nos termos do §29 StGB.

57 Explicativo, PAWLIK, FS-Otto, p. 151.

“autor” (mediato) de tal manifestação. E o nome que se dá a isso, na dogmática, é *autoria mediata*⁵⁸, pois o “homem da frente” é um verdadeiro instrumento do homem de trás⁵⁹.

Note-se que o enquadramento da hipótese na moldura da *autoria mediata* não colide com a disciplina normativa do tema no Brasil (art. 29 do CP), visto que o agente será alcançado pela norma de extensão, enquanto verdadeiro *autor*, e não apenas como *partícipe*, sendo certo que a lei brasileira não distingue, *a priori*, a punição de ambos (salvo no que concerne à participação de menor importância). Na Alemanha e em Portugal há, de fato, um problema, *de lege lata*, uma vez que a autoria é distintamente punida, em comparação com a participação *stricto sensu*/cumplicidade (cuja punição pode ser atenuada – v. §27 StGB (*Beihilfe*) e v. art. 27 do CP português, no que toca à “cumplicidade”). Mas isso não comprova o erro da perspectiva teórica aqui examinada, senão que, para bem ou mal, o legislador definiu que as modalidades de participação podem “assessorar” o comportamento de alguém incompetente para questionar a validade da norma. De qualquer sorte, se o agente poderia ser punido pelo “mais” (= como autor), não há óbice a que seja punido pelo “menos”, em termos de *lege lata*, pois o que se postula aqui é que o agente deveria ter uma responsabilidade ainda maior (sempre equivalente à responsabilidade de autor), que só não é atribuída *in totum* em face da opção legislativa nos sistemas português e alemão (de modo expresso).

Em uma palavra, a teoria da acessoriedade limitada não é um argumento trunfo que demonstre a necessidade lógica de um ilícito sem culpabilidade, mas é um argumento vinculante, de *lege lata*, no plano do concurso de pessoas, sobretudo nos sistemas alemão e português, diante do regime específico da cumplicidade.

2.2.2 Erro de proibição e a pressuposição de um objeto de referência

Sustenta-se, aqui, que, para se aferir se o agente incorreu em erro acerca da norma de comportamento, é necessário, antes de mais nada, determinar o conteúdo (objetivo) de tal norma. E, na formulação da norma de comportamento, a representação do agente, acerca da extensão do seu dever, deve ser desconsiderada sob pena de se recair em uma impossibilidade lógica: se o agente define as

58 Nesse sentido, PAWLIK, FS-Otto, p. 152.

59 Contra, a partir da análise da autonomia do homem da frente, MOURA, *A conduta prévia e a culpa na comparticipação*, p. 106 (quanto ao desenvolvimento), p. 183 (sobre a suficiente, em termos de autonomia, capacidade de ação, para não se considerar o homem da frente mero instrumento).

balizas do ilícito, não há objeto de referência. Consequentemente, apenas caso se dê um ilícito não culpável, se pode falar, de modo coerente, de uma consciência da ilicitude como pressuposto da culpabilidade⁶⁰.

O que se pode conceder, aqui, é que, no plano do §17 StGB, do art. 21 do CP e do art. 17 do CP português, verifica-se, de fato, segundo a opção legislativa, um ilícito independente de culpabilidade. Mas isso se circunscreve à disciplina específica do erro de proibição⁶¹, por opção político-criminal.

Com efeito, se o erro sobre a proibição mantém intacto o dolo do tipo, afastando ou diminuindo a culpabilidade, então disso resulta que há um autônomo ilícito típico não culpável (sobre o qual incide o erro), em oposição ao erro sobre o tipo (e ao erro de tipo permissivo) que, por afastar o dolo, ou bem exclui, e o *ipso*, a relevância penal do fato, ou bem a circunscreve ao campo reduzido dos delitos culposos.

Contudo, nada impede, ao contrário se recomenda, que a distinção entre os erros seja, ela também, dissolvida, para fins de que: a) se confira coerência à teoria normativa da culpabilidade, exigindo-se, também ao plano do erro sobre as circunstâncias do tipo, que se afira se o comportamento do agente comunicou uma frontal rejeição da norma, independentemente de uma consciência da ilicitude no sentido psicológico, mantendo-se intacto o dolo nesta hipótese, com fundamento no princípio da responsabilidade⁶²; e b) se afirme a irrelevância penal do fato em todos os casos de erro inevitável, não havendo distinção sobre se o objeto do erro consiste em circunstância da culpabilidade ou do ilícito, pois isso, normativamente, não interessa. Disso que já se vê que a consequência prática principal se daria no regime do erro e de exclusão do dolo (a). E isso não se trata de simples opção de política-criminal⁶³, mas sim de um argumento dogmático que procura, de modo axiologicamente apoiado, conferir maior coerência ao sistema a partir da adoção plena da teoria normativa da culpabilidade, expurgando-se o sistema de qualquer tipo de concessão ao psicologismo, no sentido naturalista.

O erro de proibição e o erro sobre as circunstâncias típicas, assim, seriam aferidos segundo a medida de evitabilidade e censurabilidade, e em conformidade ao art. 21 do CP (§17 StGB e art. 17 do CP português), no sentido de se

60 Assim, a título de argumento sistemático: GRECO, GA 156, p. 639.

61 PAWLIK, FS-Otto, p. 150-151.

62 Veja-se MARTELETO FILHO, RPCC29, p. 484-485. No mesmo rumo, HEUCHEMER, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, p. 290-291.

63 Contra, no sentido de que a discussão, nesse plano, é jurídico-política, e não dogmática, GRECO, GA 156, p. 649.

decidir sobre o afastamento, ou não, do dolo⁶⁴. Essa é uma solução, no Brasil, na Alemanha e em Portugal, por exemplo, que somente pode se implementar de *lege ferenda*⁶⁵, o que em nada altera a possível correção da proposta dogmática.

2.3 Uma tentativa de solução analítica para a manutenção da separação entre ilícito e culpabilidade: imputação de primeiro e segundo níveis

Um caminho possível para superar o impasse pode ser o de distinguir os âmbitos da imputação: de “primeiro e segundo níveis”.

Hruschka, em seu modelo teórico, influenciado pela filosofia analítica e pela teoria clássica da imputação, distingue, quanto ao dever, a *imputatio facti* (imputação de primeiro nível ou primeira ordem) e a *imputatio juris* (imputação de segundo nível ou de segunda ordem).

A “imputação de primeiro nível” exige, apenas, que o agente possua uma alternativa para seu comportamento. O evento não é simplesmente interpretado como um processo físico, mas sim como um *factum* (no sentido da teoria da imputação do século XVIII⁶⁶). A partir daqui, aplicando-se a regra jurídica de comportamento – *applicatio legis ad factum* – se conclui se o fato foi lícito ou ilícito. Nesse sentido, o ilícito, como violação do dever, ocorre se alguém realiza um tipo por meio de uma “ação intencional”, embora ele, a partir de uma – hipoteticamente presumida – motivação leal ao Direito, estivesse “no lugar de” formar a intenção de evitar a realização do tipo e torná-la (ou seja, esta intenção de evitar) efetiva.

Na “imputação de segundo nível”, que se vincula aos motivos do agente, realiza-se o juízo de culpabilidade. O que se verifica, aqui, é se o agente possuía,

64 Aqui não se propõe que todo erro, caso se dissolva a fronteira entre ilícito e culpabilidade, afaste o dolo, mas, sim, ao contrário: que nenhum erro o afaste “automaticamente”, sem a análise da censurabilidade. Isso porque, nada obstante o dolo demande a representação das circunstâncias típicas, em termos “ordinários”, não há razão para se recusar, de modo peremptório – ainda que de *lege ferenda* –, a possibilidade de se afirmar o dolo sem conhecimento factual, nos casos de desconhecimento por absoluta indiferença. Sobre isso, de *lege ferenda*: MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 392 e ss. E de *lege lata*: HEUCHEMER, *Der Erlaunistatbestandirrtum*, p. 29, 76 e 105; PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, p. 85-86; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 345 e 393; JAKOBS, *FS-Rudolph*, p. 107; HSU, *Doppelindividualisierung und Irrtum*, p. 221. Contra, GAEDE, *ZStW* 121, p. 265.

65 A considerar o mesmo, na Alemanha, PAWLIK, *Das Unrecht des Burgers*, p. 412.

66 HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, p. 300 e 331; HRUSCHKA, *Rechtstheorie* 22, p. 451 e ss.

concretamente, condições de formar a intenção de cumprir a norma, ou seja, se existiam razões que pudessem impedir a formação dessa intenção⁶⁷.

No mesmo rumo, Kindhäuser, em conexão estreita com o modelo filosófico de Frankfurt, separa a “imputação de primeiro nível” (= ação intencional) e “imputação de segundo nível” (formação da intenção e motivação, na culpabilidade). O ilícito (como comportamento contrário à norma) é praticado pela via de uma “ação intencional”, embora o agente – pressuposta uma motivação leal ao Direito – pudesse ter formado e realizado a intenção de evitação, no sentido da realização do tipo. Isso porque uma pessoa que não possui capacidade sequer de executar aquilo que é devido não pode expressar, com seu comportamento, que não reconheceu a norma como padrão vinculante para a ação⁶⁸ (primeiro nível de imputação – capacidades físicas e cognitivas⁶⁹). Já, ao plano da culpabilidade (segundo nível de imputação), verificam-se os *fundamentos* pelos quais se poderia criar a expectativa de que um agente leal ao direito poderia se motivar a fazer, do devido, o querido. O que interessa, na culpabilidade, é aferir os fundamentos pelos quais o agente, enquanto um destinatário leal ao Direito poderia não ter feito do devido o querido, ou seja, o motivo da sua ação⁷⁰. Se o agente, de modo não responsável, é tido como incapaz de aplicar a vontade de cumprir a norma no momento do fato, então seu descumprimento não configura uma frustração de expectativa. Em outras palavras, a capacidade de fazer, do reconhecimento da norma, um fundamento eficaz para a ação, limita a expectativa do coadado⁷¹. Já as razões que conferem um fundamento legítimo para que o agente seja visto como incapaz são – e devem ser – padronizadas e previstas na lei (em síntese: inimputabilidade, erro e coação).

Kindhäuser, é de se ver, também mantém, no primeiro nível de imputação (do “injusto de ação”) as capacidades físicas e cognitivas, mas em um sentido exclusivamente instrumental, na medida em que a valoração, ou seja, a formação da vontade para o cumprimento da norma, é avaliada no segundo nível de impu-

67 HRUSCHKA, *Rechtstheorie* 22, p. 455, sobre o juízo de “demérito” que recai sobre o fato e concretiza a culpabilidade. Claro que tais razões são apenas as admitidas pela lei, não sendo “factuais” e o ipso.

68 KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, p. 35. Não ingressarei aqui no problema da imputação extraordinária (a.l.i.c., especialmente), em que se afere sobre se o agente, ainda que sem capacidade física e cognitiva, foi responsável por gerar a incapacidade. Isso extrapolaria o objeto do presente estudo. Sobre o problema, basta ver: HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, p. 269 e ss.

69 KINDHÄUSER, *Dogmática penal no Estado Democrático de Direito*, p. 107.

70 KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, p. 35.

71 KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, p. 35.

tação⁷², anda que ambas as estruturas sejam critérios de imputação subjetiva *ex post*⁷³. Isso não é diverso, ainda que exposto em base analítica distinta, do modelo do injusto pessoal de Welzel, especialmente no que se refere ao dolo, pois o conhecimento e a vontade, no modelo finalista, são (ou pretendem ser) puramente instrumentais⁷⁴. De toda sorte, embora Kindhäuser considere a culpabilidade, juntamente com o injusto de ação, como síntese dos critérios de imputação, não abre mão, o autor, de um plano autônomo para o ilícito, considerado como “objeto de imputação”⁷⁵: “Apenas porque existe um fato ilícito pelo qual o autor, em virtude da falta de responsabilidade, não pode ser punido, é que ele pode ser chamado a responder jurídico-penalmente pela sua falta de responsabilidade”.

Como se vê, tanto Hruschka quanto Kindhäuser apresentam instrumentos analíticos vinculados à “teoria clássica” da imputação (na definição de “fato”) como à filosofia da ação, que permitem visualizar planos distintos de um todo, isolando alguns componentes em extratos distintos. Isso se dá, notadamente, para a separação dos critérios de imputação (capacidades, na ação, e mérito/demérito, na culpabilidade). Essa separação é logicamente viável e pode ser metodologicamente útil, mas ela não “coage” à aceitação da ideia de que não haja um ilícito penal unitário.

É relevante considerar, ainda neste tópico, uma perspectiva conexas, que procura traçar linhas claras entre o ilícito e a culpabilidade, a partir de distinções entre *regras de conduta* e *regras de imputação*, ou seja, entre *objeto* e *fundamento* da imputação, que arranca especialmente da teoria da imputação de Hruschka. Esse esforço, na literatura portuguesa, foi realizado de modo empenhado por Moura.

Moura adverte para os perigos da dissolução da clivagem entre o ilícito e a culpabilidade, considerando que, ao se colocar a causação do resultado no centro do juízo de contrariedade à norma, opõe-se uma importante resistência à moralização ou eticização do Direito Penal. Para o autor, se não há nenhum conteúdo de ilícito independente das capacidades do autor (sejam elas definidas em parâmetro subjetivo – individual/concreto – ou objetivo – padronizado), nada impediria que a norma avançasse sobre a esfera de liberdade do cidadão. E arre-

72 KINDHÄUSER, *Dogmática penal no Estado Democrático de Direito*, p. 96, ao se referir ao caso do inimputável, e com recurso à teoria dos atos de fala de Searle.

73 KINDHÄUSER, *Dogmática penal no Estado Democrático de Direito*, p. 107.

74 Sobre isso: JAKOBS, *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*, p. 263.

75 KINDHÄUSER, *Dogmática penal no Estado Democrático de Direito*, p. 108.

mata: “No extremo, a diluição de fronteiras entre ilicitude e culpa significa também a diluição das fronteiras entre Direito e Moral”⁷⁶. Conforme o autor, a “regra de conduta” coincide com a análise da antinormatividade da conduta, sendo o *objeto da imputação*. Já a “regra de imputação” se relaciona como fundamentos pelos quais se faz alguém responsável pelo descumprimento da regra de conduta, ou seja, correspondem ao *fundamento da imputação*. O ilícito se restringe àquilo que corresponde à violação de uma regra de conduta (antinormatividade). Já, na culpabilidade, se verificam tanto as capacidades físicas e cognitivas do agente, para cumprir a norma (plano do dever), quanto também a capacidade de formar a intenção de cumprir a norma (motivação).

Em que pesem os inegáveis méritos analíticos de todos esses modelos teóricos, a questão sobre se alguém destituído de culpabilidade pode executar um ilícito penal não me parece resolvida. Nada impede, para efeitos estritamente analíticos, dissecar o ilícito penal e buscar compreender, em cada componente, como o todo se apresenta⁷⁷. Mas isso não conduz a se aceitar, ou ao menos não obriga a aceitar, que cada parte do processo obtenha autonomia funcional, ou seja, que cada um dos componentes seja uma categoria independente.

Como corretamente acentua Pawlik, não se põe em causa a possibilidade de se separar, em um plano lógico ou analítico, o ilícito e a culpabilidade do agente concreto; o que se questiona é sobre se, no prisma axiológico, é necessário e adequado que se faça uso dessa possibilidade de separação. No próximo item, sustentarei que não.

3 A culpabilidade como pressuposto do ilícito penal

O Direito Penal e a pena são instrumentos de estabilização da estrutura normativa da sociedade. O delinquente afirma, com o crime, a invalidade da norma, e essa afirmação deve ser levada a sério, caso o delinquente seja competente para externá-la. Levá-la a sério implica em, efetivamente, puni-la⁷⁸.

76 MOURA, *Ilicitude penal e justificação*, p. 146.

77 Não afirmo, em absoluto, que seja o que ocorra, porque os autores referidos, nomeadamente Moura, procuram justificar, em termos materiais, a decomposição analítica, conferindo-lhe uma sustentação axiológica vinculada à legalidade e à preservação do Direito Penal contra uma excessiva eticização. MOURA, *Ilicitude penal e justificação*, p. 146.

78 Sobre essa perspectiva, e também com fundamento nas teorias expressivas da pena: MARTELETO FILHO, *Prof. Doutor Augusto Silva Dias in memoriam I*, p. 205; PUPPE, *Strafrechtsdogmatische Analysen*, p. 420; PÉREZ BARBERÁ, GA 161, p. 508 e ss.; SILVA DIAS, *Delicta in se e Delicta mere prohibita*, p. 685; VON HIRSCH,

Mas se o agente é inimputável ou por qualquer razão destituído de culpabilidade (por erro ou coação), não possuirá competência para negar a norma, nem para impor seu “projeto de mundo”⁷⁹. O ponto central, com o qual lida o Direito Penal, é o de contradizer a expressão de sentido do delinquente⁸⁰. Com a pena confirma-se a constituição normativa da sociedade: o que se previne, com a pena, é tão somente que o delito deixe de ser interpretado como delito e passe a ser considerado o padrão correto de atuação. Tudo isso, e apenas isso.

A conexão dessas considerações com o problema em exame parece evidente. Se o Direito Penal, com a pena, contradiz o ilícito, essa contradição somente se verifica no caso de o delinquente possuir competência para expressar esse sentido (*Sinnausdruck*). Se o Direito Penal possui a função de demonstrar o caráter inquebrantável da norma por meio da pena, então ele não necessita valorar qualquer “ilícito não culpável”.

Funcionalmente, em um sistema parcial diferenciado de comunicação, consistente no Direito Penal, o principal “esquema binário” é: “ilícito x não ilícito”. Da afirmação ou negação dessas duas opções decorre o resultado: “pena x ausência de pena”.

O resultado “ausência de pena” abrange tanto o caso de um “ilícito não culpável”⁸¹ (como, na Alemanha e em Portugal, se dá com o “estado de necessidade desculpante”) quanto o caso de um “não ilícito” (na perspectiva dominante, que considera as duas categorias autonomamente) e, com isso, ou seja, com a introdução de uma outra categoria no esquema (um ilícito sem culpa), se perde o princípio de uma comunicação generalizada, com prejuízo da tarefa típica do Direito Penal⁸², de responder ao questionamento da vigência da norma.

Dito isso, é hora de enfrentar alguns desafios nomoteoréticos dessa perspectiva para, ao final, tomar uma posição.

Strafe – Warum?, p. 48; KERSTING, *Macht und Moral*, p. 215; MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho*, p. 29 e ss.; HÖRNLE, *Strafe – Warum?*, p. 26.

79 Sobre tudo isso: JAKOBS, *ZStW* 107, p. 863. No mesmo rumo, SINN, *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten*, p. 268. Criticamente, sobre as teorias comunicativas, ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, p. 650.

80 JAKOBS, *ZStW* 107, p. 865.

81 Greco aponta para as dificuldades, no sistema alemão, de renúncia à categoria do estado de necessidade desculpante, inclusive para aqueles que, como Lesch, defendem a dissolução entre o ilícito e a culpabilidade. Veja-se GRECO, *GA* 156, p. 640. No sistema brasileiro, o estado de necessidade, seja no que se refere a bens jurídicos de igual ou distinto valor, se considera uma causa de justificação. Não haveria óbice, ao menos em termos lógicos, de se considerar, portanto, que em todos os casos de estado de necessidade não há ilícito.

82 Nesse sentido, SINN, *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten*, p. 271.

3.1 Dever e poder

Na perspectiva mais generalizada, a divisão da medida do julgamento consiste em que, ao plano do dever (do ilícito), o comportamento do agente é avaliado de modo independente de sua capacidade concreta; apenas em um segundo passo, no nível da culpabilidade, a capacidade concreta do agente é aferida⁸³.

Assim, no juízo de ilicitude verifica-se, tão somente, se a ação não é tal como deveria conforme o Direito (a “danosidade”); no juízo da culpabilidade, avalia-se se a ação do agente concreto poderia ter sido de acordo com o Direito, derivando-se, em caso afirmativo, o juízo de censura pessoal⁸⁴ (o “demérito”). O agente atua contrariamente ao Direito caso ele se comporte de modo distinto do que se exige de qualquer cidadão na sua situação; mas, preenchido o ilícito, ele atua sem culpabilidade na hipótese de, no momento da ação (ou omissão), não ser possível a ele, em virtude de algum déficit considerado relevante para a lei, satisfazer as exigências do ordenamento jurídico⁸⁵.

Mas então: Como se pode erguer a expectativa normativa “tu deves” e direcioná-la, a um só tempo, a alguém que se considera, de plano, não ter capacidade de cumpri-la?⁸⁶

Para a doutrina dominante, o imperativo (= a norma de determinação) se conecta ao plano do ilícito (em distinção à perspectiva do “ilícito objetivo”, de Mezger, analisada *supra*), pois já há ali uma referência à vontade, sendo certo que as normas dizem o que o sujeito deve fazer⁸⁷. Daí que hoje acabe admitindo-se, em virtude da separação entre ilícito e culpabilidade, que o inimputável também seja destinatário da norma de determinação, como também o agente em erro de proibição ou coagido, os quais atuam com dolo. Mas como o ilícito não se esgota no injusto de ação, há também uma “norma de valoração” (ou uma “norma de proteção” da esfera jurídica do afetado), no sentido de que, se há um ilícito, ocorre

83 WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, p. 28.

84 Explicativamente: PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 261. No sentido do texto, e como exemplos da posição dominante, vejam-se: WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, p. 340; KÜHL, *Strafrecht AT*, §17, nm. 29; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, §24, nm. 54 e 57.

85 JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, §39, nm. 1, p. 425. Está claro que aqui também há uma normatização, pois as causas de desculpa são apenas as admitidas pela lei.

86 A identificar aqui uma “contradição performativa” aplicada à teoria de Thon, veja-se PAWLIK, *FS-Otto*, p. 146. Nesse aspecto, Greco sustenta que uma solução, aqui, seria considerar que o inimputável é destinatário da norma de comportamento, ainda que, caso não a cumpra, não possa ser punido. GRECO, *GA* 156, p. 645. Isso pode contornar a contradição, mas não parece resolvê-la de fato.

87 ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, p. 421.

algo desaprovado e que não deveria ter ocorrido (*nicht-Sein-Sollen*, em termos de “danosidade”)⁸⁸. Enquanto a lesão da norma de determinação (ao plano do dever) esgota o chamado “injusto pessoal de ação”, a norma de valoração (ou norma de proteção) compreende também o resultado⁸⁹, e confere ao afetado a possibilidade de reagir à agressão, independentemente da culpabilidade do agente.

Em termos de funções nomoteoréticas, o juízo de ilicitude vincula-se ao papel da norma de definir o padrão valorativo, e o juízo de culpabilidade à função de motivar o cidadão ao comportamento prescrito⁹⁰.

Mas, por outro caminho, ainda em termos nomoteoréticos, considera-se que a violação específica da norma de comportamento só pode se concretizar pela via de uma violação culpável: não há norma de comportamento que se direcione a alguém incapaz de cumpri-la⁹¹. Desse raciocínio trivial decorreria que não há, de fato, qualquer autonomia da culpabilidade em face do ilícito, e vice-versa⁹². A função de garantia de direitos subjetivos, que faculta uma reação do agredido perante um agressor não culpável, não é necessariamente coincidente com a extensão das normas de comportamento, na medida em que a primeira (função de garantia) possui um papel distinto e autônomo, além de uma extensão mais ampliada⁹³. De fato, nada obsta a defesa por parte do agredido, independentemente da culpabilidade do agressor; mas isso é uma decorrência específica da função das normas de garantia. Nesse sentido, é de se anotar que não há apenas estados antijurídicos derivados de violações de normas de comportamento; a rigor, todo comportamento que afete a *distribuição de bens* conduz a um direito de não tolerância e rechaço por parte do afetado⁹⁴.

Os argumentos, portanto, que se apoiam na necessidade de uma autonomização do ilícito para se outorgar a possibilidade de defesa legítima contra agressões não culpáveis, são superáveis no campo nomoteorético, para isso bastando que se faça uma correta separação entre as funções de “proteção” e de “garantia”

88 Explicativo, BURCHARD, *Irren ist menschlich*, p. 149.

89 Veja-se KÜHL, *Strafrecht* AT, p. 18.

90 Veja-se ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 476; MEZGER, *Der Gerichtssaal* 89, p. 245. Atualmente, GRECO, *GA* 156, p. 688.

91 Veja-se: KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, p. 100, no sentido de que o devido se direciona ao agente capaz de culpabilidade.

92 RENZIKOWSKI, *Direito penal e teoria das normas*, p. 51.

93 Proximamente: SINN, *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten*, p. 272, a ressaltar que não se pode confundir “ilicitude” com “ilícito” (o último, no sentido de ilícito penal), bem assim a apontar que a comunicação, no Direito Penal, é distinta da comunicação no Direito Civil.

94 RENZIKOWSKI, *Direito penal e teoria das normas*, p. 54.

da ordem jurídica. E nessa separação se pode identificar um plano da ilicitude e do ilícito que não necessariamente coincidem⁹⁵.

3.2 Fundamentos normativos e consequências para o dolo e o erro

Ainda que o tema continue a assumir ares de tabu, há importantes construções dogmáticas que dissolvem as fronteiras entre o ilícito e a culpabilidade e, nesse aspecto, colocam em causa a tradicional construção tripartida do delito.

Na concepção aqui acolhida – para cuja fundamentação apenas procurei desenvolver alguns argumentos em complemento ou reforço dos já existentes –, o ilícito penal é, exclusivamente, o *ilícito imputável/culpável*, que toma como parâmetro que o agente atuou de modo diverso daquilo que deveria corresponder, no âmbito de sua competência⁹⁶.

O *proprium* do ilícito penal não é a lesão de um determinado bem jurídico (= objeto da norma – *Normgegenstand*)⁹⁷, mas sim a defraudação da expectativa normativa⁹⁸ (= um ataque à vigência ou validade da norma → *Normgeltung*), em termos de demonstração de falta de consenso acerca da vinculabilidade da norma na situação⁹⁹, que sempre se dá de modo conectado à evitabilidade pessoal¹⁰⁰.

Como anotei (item 1, *supra*), a circunstância de uma contrariedade objetiva à norma (plano descritivo) viabilizar a defesa por parte do atacado (perspectiva do ofendido¹⁰¹), bem assim a lesão do bem jurídico (enquanto dado ôntico), não traduz a essência do ilícito (penal), nem muito menos pode esclarecer a ligação funcional entre o ilícito e a pena¹⁰². Isso, aliás, já decorre da, amplamente aceita, concepção de “ilícito pessoal”, que não se reduz a uma simples “causação do resultado”, e sim se traduz, quando menos, no confronto entre um comportamento controlado (pela vontade) e a norma de comportamento¹⁰³.

95 SINN, *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten*, p. 271.

96 No que acompanho, novamente PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 281.

97 LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 177 e ss.

98 Veja-se: JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, p. 41; JAKOBS, *FS-Rudolphi*, p. 119, a acentuar a unidade de sentido do ilícito. Ainda: PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 271. Expressamente, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 193; OTTO, *ZStW* 87, p. 561 e ss.

99 LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 190.

100 Ainda que em outras bases e a partir de fundamentos associados à prevenção geral: FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 100.

101 Sobre isso, veja-se KORIATH, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, p. 265.

102 Assim: LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 184.

103 Assim: PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 271.

Por outro lado, o ilícito penal não se traduz em uma relação interpessoal entre o agente e a vítima, nem na lesão de um bem jurídico, mas sim no ataque do agente ao dever tal qual – enquanto símbolo¹⁰⁴ – e à expectativa da comunidade jurídica¹⁰⁵.

O que o Direito Penal garante e protege, assim, não é o objeto da norma (*Normgegenstand*) – pois, no que concerne à lesão do bem jurídico, o Direito Penal sempre intervém tarde demais –, mas sim a vigência da norma (*Normgeltung*), o dever (*Sollen*) em si¹⁰⁶.

Enfim, o que está em jogo não é o resultado naturalístico, nem a violação de um bem jurídico qualquer (o que estaria no núcleo da “imputação de primeiro nível” ou da “regra de “conduta”, referidos *supra*), mas sim, e sempre, a comunicação de negativa de vigência da norma. Isso é, em uma palavra, o que define o ilícito penal¹⁰⁷, esgotando-se, a pena, em sua função de confirmar, contrafaticamente, que a expectativa de validade da norma se mantém.

Se é assim, e se apenas o agente culpável possui competência para questionar, com sentido, a norma, não há que se cogitar de ilícito penal desvinculado da culpabilidade.

A comunicação recíproca entre os critérios, tomados pela doutrina majoritária, como de “antinormatividade” (ilícito) e de “imputação” (culpabilidade), de modo a dissolver as fronteiras, é algo com consequências relevantes nos regimes do dolo e do erro.

No que se refere ao dolo, enquanto se considerar o “conhecimento factual” como algo valorativamente neutro para a afirmação (ou afastamento automático,

104 Isto não significa, à evidência, desconsiderar a necessidade de conexão da norma com a função social, nem tampouco ignorar o caráter subsidiário do Direito Penal. Mas a discussão acerca dos tipos de bens jurídicos que devam ser tutelados, embora relevante, não é um problema da teoria da pena nem do conceito dogmático do ilícito penal. Nesse âmbito, interessa investigar a relação funcional entre a pena e o injusto, e não a legitimidade de uma “casual” incriminação. De qualquer modo, sobre o significado da função social da norma penal, de modo articulado ao problema do bem jurídico, veja-se: AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, p. 370.

105 Ainda que por um caminho diverso, centralizado na ética das virtudes e na filosofia prática de Pufendorf, que conduz à valoração do caráter do agente, SOUSA MENDES, *O torto intrinsecamente culposos como condição necessária da imputação da pena*, p. 26-27.

106 Mais recentemente: LESCH, Heiko. *Der Verbrechensbegriff*, p. 203.

107 Veja-se: LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 192-193 e 277; LESCH, *ZStW* 105, p. 272-273. Criticamente: PINTO, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, p. 398. Chama a atenção, o autor, sobretudo para a circunstância de que a função garantística do tipo se substitui por uma função de permitir a atribuição do comportamento merecedor de pena.

em caso de desconhecimento¹⁰⁸, nos termos do § 16 do StGB e 20 do CP) do dolo, sob o argumento de que a consciência (potencial) da ilicitude é critério exclusivo da culpabilidade, manter-se-á a incongruência normativa de tratamento dos erros sobre o tipo e sobre a proibição: o primeiro, sob a égide do princípio epistêmico; e o segundo, sob a égide do princípio da responsabilidade¹⁰⁹.

O tratamento do erro, considerado como mais “amigável” no campo do erro de tipo¹¹⁰ e “mais rigoroso” no âmbito do erro de proibição (pois aqui basta o conhecimento potencial), se revela injustificado em múltiplos casos nos quais o desconhecimento factual, fundado em grosseira indiferença¹¹¹ e desinteresse pelas circunstâncias, representa uma mensagem clara de rejeição direta da norma¹¹², bem assim em casos nos quais o erro de proibição, dado o caráter eventualmente secundário da incriminação, se apresenta menos hostil ao Direito do que o erro factual¹¹³.

A autonomização e separação rígida das categorias do ilícito e da culpabilidade, ao que me parece¹¹⁴, bloqueia essa discussão normativa, exatamente por pretender avaliar, segundo parâmetros distintos, os “critérios de imputação do

108 Vejam-se: FRISTER, *Strafrecht AT*, p. 149; STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, p. 331; VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 294 e 366, a exigir o conhecimento factual, porém a recusar que se confira competência ao agente para ajuizar acerca da qualidade do risco conhecido.

109 Sobre a conceituação dos princípios epistêmico (em que não se valora a razão do desconhecimento) e da responsabilidade (em que o desconhecimento, per se, não exonera), veja-se: HSU, *Doppelindividualisierung und Irrtum*, p. 130; MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 389 e 392; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 310; HEUCHEMER, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, p. 159.

110 Sobre os problemas de se excluir o dolo sem recorrer ao princípio da responsabilidade: RINCK, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, p. 386.

111 Com múltiplas objeções à possibilidade de se equiparar o desconhecimento por indiferença ao conhecimento, no plano do dolo, e a sustentar a desnecessidade de “normativização da cognição”, veja-se, por todos: VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 179. O autor elege a “dominabilidade” como um dos critérios essenciais para fundamentar a diferença de pena entre as modalidades de imputação subjetiva; e é, para Viana, o conhecimento quem confere ao agente o controle sobre aquilo que estava em vias de ser realizado.

112 Assim, JAKOBS, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, p. 31. Criticamente sobre o tema, mas em conexão com a categoria da cegueira deliberada, é importante ver: LUCCHESI, *Punindo a culpa como dolo*, p. 147, a apontar para a essencialidade do conhecimento para a afirmação do dolo e a rejeitar a atribuição de conhecimentos inexistentes. Próximo, no sentido de que a cegueira deliberada, nos moldes em que se encontra desenvolvida no Brasil, é uma teoria inaceitável, sobretudo em virtude dos riscos de permitir juízos fundados em conveniências político-criminais ou – mais grave – em intuições morais dos julgadores: CEOLIN, *REC 80*, p. 134. Veja-se, contudo, que não há correspondência entre a cegueira factual (ou cegueira perante os fatos), de que trata Jakobs, com a cegueira deliberada, pois a cegueira factual pode ser ainda mais abrangente do que a última.

113 Sobre esses casos, cujo exame não poderei realizar aqui, para fins de não se extrapolar o objeto: HEUCHEMER, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, p. 51-53; MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no direito penal*, p. 378 e ss.

114 Reconheço que essa é uma hipótese que demanda maiores desenvolvimentos e testes. Reconheço, inclusive, a existência de riscos de algum arbítrio judicial, no momento da determinação da evitabilidade e da afirmação ou afastamento do dolo, caso esse critério passe a ser exigido no campo do erro de tipo. Mas esses receios não me

ilícito” (capacidades físicas e cognitivas, no sentido exclusivamente instrumental) e os “critérios de imputação da culpabilidade” (vinculados à censurabilidade), como se não houvesse uma inevitável comunicação entre eles. Como se sabe, entre os critérios de imputação da culpabilidade, especificamente quanto ao erro, se verifica o da evitabilidade/censurabilidade, que permite uma avaliação valorativa dos fundamentos do desconhecimento da ilicitude para fins de se afirmar, ou negar, a responsabilidade, completa ou parcialmente. Esse critério específico pode, e deve, ser empregado para a imputação do dolo como um todo, independentemente do objeto do desconhecimento ou do erro¹¹⁵.

Ao se admitirem as premissas centrais da teoria “normativa da culpabilidade” (cujo núcleo é a censurabilidade, ao menos desde Frank¹¹⁶ e Goldschmidt¹¹⁷), e ao se acolher o princípio da responsabilidade nos dois (supostos) planos da estrutura do delito, será possível analisar, em um prisma normativo único, sobre os fundamentos (censurabilidade) do erro, nada importando seu objeto, ou seja, se incide sobre matéria “factual”¹¹⁸ (pertencente ao “ilícito típico”) ou se relacionado à matéria de proibição (pertencente, para a doutrina dominante, à culpabilidade, como consciência da ilicitude). Em uma linha: o afastamento, ou não, do dolo não mais se definiria conforme o objeto do erro, retomando-se, em um sentido normativo (e não psicológico¹¹⁹), a categoria do *dolus malus*¹²⁰. Para que isso se dê, parece necessário romper com o sistema classificatório, eliminando-se as fronteiras rígidas entre o ilícito e a culpabilidade, permitindo-se que os crité-

convencem a renunciar à discussão, que passa por uma correta definição dos fundamentos do Direito Penal e do estabelecimento do seu principal objeto de referência: o ilícito.

115 Como aqui: HEUCHEMER, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, p. 282-283 e 286, mas sem se referir à separação entre as categorias do ilícito e da culpabilidade.

116 FRANK, *FS-Uni-Gießen*, p. 519 e ss.

117 GOLDSCHMIDT, *FS-Frank*, p. 428.

118 Não desconheço o fundamento no sentido de que isso se dá em virtude da “função de alerta do tipo”, ou seja, de que o conhecimento factual media a representação, indicando ao agente que está a realizar o fato típico e “fornecendo” a evitabilidade. Vejam-se, assim, por exemplo, ARZT, *ZStW* 91, p. 865 e 885; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, p. 115; PALMA, *LH-Figueiredo Dias*, p. 75 e ss.

119 Uma das razões, é bom lembrar, da falência da teoria do dolo foi a consideração de que a indiferença do sujeito perante os valores normativos poderia blindá-lo de responsabilidade. Sobre isso, e a tratar do desenvolvimento histórico do tema e com críticas a Mezger, no que se refere à reprovação da personalidade, importa ver: HORTA, *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*, p. 152-153. Mas o que se deve aferir é se o indivíduo, enquanto pessoa, na esfera de sua competência sou incumbência, tinha a obrigação de gerar os conhecimentos para evitar o erro, bem como o porquê de não tê-lo feito. A ignorância, como fato bruto, não pode ser o suficiente para exonerar.

120 Assim: JAKOBS, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, p. 24 e 31.

rios de imputação se comuniquem. Ou, então, resolver os problemas do erro por outro caminho.

Enfim, concluo que parecem haver boas razões para a – aqui defendida – dissolução das fronteiras entre o ilícito e a culpabilidade. A primeira delas é de ordem lógica e material, e se vincula à função do Direito Penal, que demanda a culpabilidade para se afirmar uma violação da norma, enquanto “comunicação com sentido”. A segunda, de ordem axiológica e também sistemática, consiste em possibilitar uma solução homogênea, e normativamente adequada, para os casos de erro de tipo e proibição, com consequências práticas no que toca à exclusão do dolo (que poderia não ocorrer em determinados casos de erro factual, motivado por indiferença absoluta, e ocorrer em certos casos de erro de proibição, ou seja, de possivelmente oposto ao que se dá no sistema atual). Se essas razões, aqui defendidas, são suficientes para superar o “teste de *stress*”, mencionado por Minorelli e Ceolin (v. *supra*) ou para atender ao desafio apresentado por Greco, de comprovação de ganho sistemático-dogmático com o abandono da separação entre o ilícito e a culpabilidade (v. *supra*), é algo que, obviamente, deixarei para reflexão dos leitores.

Considerações finais

Minhas conclusões são, portanto, as seguintes:

1. O ilícito penal é apenas o comportamento que possui o *sentido* de questionar a vigência ou validade da norma.
2. A extensão da ilicitude (como conceito normativo geral) é distinta da extensão do conceito de ilícito penal.
 - 2.1. Do direito de proteção e da possibilidade de defesa do afetado pelo ataque (= norma de garantia) não se deriva a autonomia do ilícito como categoria-base do Direito Penal.
3. A nota essencial do ilícito penal é a comunicação de invalidade da norma de comportamento (no sentido de que o agente a toma como não vinculante), e não a violação de um bem jurídico concreto. A estabilização contrafática da norma, por meio da pena, se relaciona não ao conteúdo, mas à vigência da norma, ou seja: o dever em si. Com isso, o que se protege é a expectativa daqueles que confiam na vigência da norma, expectativa essa confirmada com a pena.
4. O agente que atua sem culpabilidade (por inimputabilidade, erro ou inexigibilidade), tanto quanto o agente que atua sob a cobertura de

uma justificante, ou sob erro de tipo, não “questiona” a norma, pois não possui competência para fazê-lo.

5. As circunstâncias de o erro de proibição e de a possibilidade de participação em ilícito “não culpável” permitirem a visualização de um ilícito “objetivo” são relevantes apenas no plano setorial correspondente, por finalidades típicas de prevenção (que valem o que valem) eleitas pelo legislador. Por isso, não são razões suficientes para fundamentar a ideia de um ilícito penal não culpável como categoria geral e, muito menos, bloqueiam a discussão dogmática do tema (“onde o legislador fala, a ciência não cala”).
6. A exigência do ilícito culpável conduz à – axiologicamente correta, na perspectiva defendida – equiparação do regime dos erros (sobre o tipo e sobre a proibição), permitindo-se valorar, em todos os casos, as razões/fundamentos do erro, sob a égide do “princípio da responsabilidade” (atualmente, um critério de imputação da culpabilidade). Isso conferiria coerência sistemática e axiológica, de modo compatível com a teoria normativa da culpabilidade, que se aplicaria, somente assim, de modo integralmente consequente.

Referências

- AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Athenäum, 1972.
- ARZT, Günther. Zum Verbotsirrtum beim Fahrlässigkeitsdelikt. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 91, n. 4, p. 858-887, 1979. DOI: 10.1515/zstw.1979.91.4.857.
- BARBERÁ, Gabriel Pérez. Probleme und Perspektike der expressiven Straftheorien. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, [s.l.], v. 161, n. 9, p. 504-526, 2014.
- BELING, Ernst von. *Die Lehre vom Verbrechen*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1906.
- BELING, Ernst von. *Grundzüge des Strafrechts*. 5. Aufl. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1920.
- BURCHARD, Christoph. *Irren ist menschlich*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- CEOLIN, Guilherme Francisco. As divergentes concepções da teoria da cegueira deliberada no Brasil: uma análise dos precedentes dos Tribunais Superiores e Tribunais Regionais Federais (2012-2019). *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 20, n. 80, p. 91-138, 2021.

DIAS, Augusto Silva. *“Delicta in Se” e “Delicta Mere Prohibita”*. Uma análise das desconstinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1987.

DOHNA, Alexander Graf zu. *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*. Halle: Buchhandlung des Waisenhauses, 1905.

ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. 2. Neud. Berlin: Scientia Verlag Aalen, 1995.

FRANK, Reinhard. Über den Aufbau des Schuldbegriffs. In: FRANK, Reinhard (Hrsg.). *Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen zum Universitäts-Jubiläum*. Gießen: Topelmann Verlag, 1907. p. 519-547. (= *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Tradução: Gustavo E. Aboso e Tea Löw. Montevideo: B de F, 2011.)

FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*. Grundfragen des tatbestandmässigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen. Berlin: Carl Heymanns, 1983.

FRISTER, Helmut. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 7. Auflage. München: C.H. Beck, 2015. (Há tradução para o espanhol de uma edição mais recente: FRISTER, Helmut. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Tradução: María de las Mercedes Galli e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2022.)

GAEDE, Karsten. Auf dem Weg zum potentiellen Vorsatz? Problematik und Berechtigung der zunehmenden Tendenzen zur normativen Relativierung des Vorsatzerfordernisses. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 121, p. 239-279, 2009. DOI: 10.1515/ZSTW.2009.239.

GOLDSCHMIDT, James. Normativer Schuldbegriff. In: HEGLER, August (Hrsg.). *Festgabe für Reinhard Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930*. Tübingen: Mohr, v. 1, 1930. p. 428-468.

GOMES, Luís Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2007.

GRECO, Luís. Wider die jüngere Relativierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld. *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, [s.l.], v. 156, n. 11, p. 636-650, 2009. (= *Contra a recente relativização entre injusto e culpabilidade*. Tradução: Augusto Assis. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014. p. 351-365.)

HEGLER, Alexander. Die Merkmale des Verbrechens. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 36, p. 19-44, 1915. DOI: 10.1515/zstw.1915.36.1.19.

- HEINRICH, Bernd. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 6. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 2019.
- HEUCHEMER, Michael. *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.
- HÖRNLE, Tatjana. Gegenwärtige Strafbegründungstheorien, Der herkömmliche deutsche Diskussion. In: VON HIRSCH, Andreas; NEUMANN, Ulfrid; SEELMANN, Kurt (Hrsg.). *Strafe – Warum?* Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrecht. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2011. p. 11-30.
- HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*. Da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016.
- HRUSCHKA, Joachim. *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*. Berlin: Walter de Gruyter, 1983.
- HRUSCHKA, Joachim. Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln. *Rechtstheorie*, [s.l.], v. 22, n. 4, p. 449-460, 1991. (= Reglas de comportamiento y reglas de imputación. Tradução: Francisco Baldó Lavilla. In: HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y derecho penal*. Estudios sobre la teoría de la imputación. Buenos Aires: B de F, 2009. p. 11-29.)
- HSU, Yu-An. *Doppelindividualisierung und Irrtum*. Studien zur strafrechtlichen Lehre von der Erfolgszurechnung zum Vorsatz. Berlin: Duncker & Humblot, 2007.
- JAKOBS, Günther. Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff. In: PAWLIK, Michael (Hrsg.). *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge*. Zu den Grundlagen des Strafrechts und zur Zurechnungslehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. p. 606-640.
- JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 107, n. 4, p. 843-876, 1995. DOI: 10.1515/zstw.1995.107.4.843.
- JAKOBS, Günther. *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*. München: C.H. Beck, 1992. (= *El concepto jurídico-penal de acción*. Tradução: Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.)
- JAKOBS, Günther. Dolus Malus. In: ROGALL, Klaus (Hrsg.). *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*. München: Luchterhand, 2004. p. 107-122. (= Dolus malus. Tradução: Yamila Fakhouri Gómez. *InDret Penal*, Barcelona, n. 4, p. 1-23, 2009. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3061544&orden=0&info=link>. Acesso em: 5 ago. 2022.)
- JAKOBS, Günther. *Kritik des Vorsatzbegriffs*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020.
- JAKOBS, Günther. *System der Strafrechtliche Zurechnung*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2012.

- JAKOBS, Günther. Welzels Bedeutung für die heutige Strafrechtswissenschaft. In: FRISCH, Wolfgang; JAKOBS, Günther; KUBICIEL, Michael; PAWLIK, Michael; STUCKENBERG, Carl-Friedrich (Hrsg.). *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 257-276.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 5. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. (= *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed. Tradução: Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2003.)
- JHERING, Rudolf von. *Schuldmoment im Römischen Privatrecht*. Giessen: Emil Roth, 1867.
- KERSTING, Wolfgang. *Macht und Moral*. Studien zur praktischen Philosophie der Neuzeit. Paderborn: Mentis, 2010.
- KOHLRAUSCH, Eduard. *Irrtum und Schuld im Strafrecht*. [s.l.]: Forgotten Books, v. 1, 2018.
- KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat: rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1989.
- KINDHÄUSER, Urs. O ilícito pressupõe culpabilidade? In: KINDHÄUSER, Urs. *Dogmática penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 87-110.
- KORIATH, Heinz. *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.
- KÜHL, Kristian. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 7. Auflage. München: Vahlen, 2012.
- KUHLEN, Lothar. Buchbesprechung. Walter, Tonio. Der Kern des Strafrechts, Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 120, n. 1, p. 140-150, 2008. DOI: 10.1515/ZSTW.2008.140.
- LAMPE, Ernst-Joachim. *Das personale Unrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1967.
- LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*. A atuação nos limites entre o proibido e o permitido. São Paulo: Atlas, 2013.
- LESCH, Heiko Hartmut. *Der Verbrechensbegriff*. Grundlinien einer funktionalen Revision. München: Carl Heymanns, 1999. (= *El concepto de delito*. Las ideas fundamentales de una revisión fundamental. Tradução: Juan Carlos Gemignani. Madrid: Marcial Pons, 2016.)
- LESCH, Heiko Hartmut. Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 105, n. 2, p. 271-294, 1993. DOI: 10.1515/zstw.1993.105.2.271.

- LISZT, Franz von. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Berlin: Guttentag, 1888. (= *Tratado de direito penal alemão*. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006 (1899). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496219>. Acesso em: 26 out. 2022.)
- LÖFFLER, Alexander. Unrecht und Notwehr. Prolegomena zu einer Revision der Lehre von der Notwehr. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 21, p. 536-582, 1901. DOI: 10.1515/zstw.1901.21.1.537.
- LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*. O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- MAÑALICH, Juan-Pablo. Retribucionismo expressivo: acerca de la función comunicativa de la pena. In: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho*. Buenos Aires: B de F, 2011. p. 29-65.
- MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal*. Fundamentos e limites para a normatização. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- MARTELETO FILHO, Wagner. O problema do erro de tipo permissivo: entre o princípio epistêmico e o princípio da responsabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 29, n. 3, p. 459-486, 2019.
- MARTELETO FILHO, Wagner. Nenhum adeus a Kant e Hegel. Sobre as teorias expressivas e o renascimento das teorias retributivas. In: ALVES, Catarina Abegão; MORÃO, Helena; LEITE, Inês Ferreira; CAIRES, João Gouveia de; COSTA, José Neves da; PALMA, Maria Fernanda; MENDES, Paulo de Sousa; PEREIRA, Rui Soares; BRITO, Teresa Quintela de; RAMOS, Vânia Costa (org.). *Prof. Doutor Augusto Silva Dias in memoriam*. Lisboa: IDPCC, v. I, 2022. p. 205-224.
- MENDES, Paulo de Sousa. *O torto intrinsecamente culposos como condição necessária da imputação da pena*. Coimbra: Coimbra, 2007.
- MERKEL, Adolf. *Kriminalistische Abhandlungen*. Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen. Leipzig: Breitkopf und Härtel, v. 1, 1867.
- MEZGER, Edmund. Die subjektiven Unrechselemente. *Der Gerichtssaal*, [s.l.], v. 89, p. 207-245, 1924.
- MEZGER, Edmund. *Strafrecht*. Ein Lehrbuch. 3. Auflage. Berlin: Dunker & Humblot, 1949.
- MINORELLI, Lucas; CEOLIN, Guilherme. Por que usar um exemplo clássico? Breves reflexões sobre o ensino jurídico-penal a partir da tábua de Carnéades. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 72, p. 147-170, 2019.

MOURA, Bruno de Oliveira. *A conduta prévia e a culpa na participação*. Lisboa: Âncora, 2022.

MOURA, Bruno de Oliveira. *Ilicitude penal e justificação: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa*. Coimbra: Coimbra, 2015.

OTTO, Harro. Personales Unrecht, Schuld und Strafe. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 87, n. 3, p. 539-597, 1975. DOI: 10.1515/zstw.1975.87.3.539.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito penal: parte geral. A teoria geral da infracção como teoria da decisão penal*. 4. ed. Lisboa: AAFDL, 2019.

PALMA, Maria Fernanda. O dolo e o erro: novas leituras do elemento intelectual do dolo. In: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (coord.). *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 75-88.

PAWLIK, Michael. *Das Unrecht des Bürgers*. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

PAWLIK, Michael. "Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter?" Anmerkung zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht. In: DANNECKER, Gerhard (Hrsg.). *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*. Köln: Carl Heymanns, 2007. p. 133-153. (= O passo mais importante da dogmática da última geração? Reflexões para a diferenciação entre injusto e culpabilidade em direito penal. Tradução: Eduardo Saad-Diniz. In: PAWLIK, Michael. *Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo*. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 87-108.)

PAWLIK, Michael. *Person, Subjekt, Bürger*. Zur Legitimation von Strafe. Berlin: Duncker & Humblot, 2004.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *A categoria da punibilidade na teoria do crime*. Coimbra: Almedina, 2013.

PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2006.

PUPPE, Ingeborg. Strafrecht als Kommunikation. Leistung und Gefahren eines neuen Paradigmas in Strafrechtsdogmatik. In: PUPPE, Ingeborg. *Strafrechtsdogmatische Analysen*. Bonn: Bonn University Press, 2006. p. 409 ss.

RADBRUCH, Gustav. *Die Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*. Berlin: J. Guttentag, 1903.

REZIKOWSKI, Joachim. Teoria das normas e dogmática jurídico-penal. In: REZIKOWSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas*. Estudos críticos

sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 21-55.

RINCK, Klaus. *Der zweistufige Deliktsaufbau*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre. 5. Auflage. München: C.H. Beck, v. I, 2020.

SANTOS, José Bezeza dos. *Lições de direito criminal*. Coimbra: Almedina, 1949.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2020.

SINN, Arndt. *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten*. Zurechnung und Freistellung durch Macht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*. Uma contribuição à teoria da aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

STRATENWERTH, Gunter; KÜHLEN, Lothar. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Die Straftat. 6. Auflage. München: Vahlen, 2010.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*. Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik. Berlin: De Gruyter, 2007.

VELTEN, Petra. *Normkenntnis und Normverständnis*. Baden-Baden: Nomos, 2001.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

VON HIRSCH, Andreas. Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Element einer Rechtfertigung. In: VON HIRSCH, Andreas; NEUMANN, Ulfrid; SEELMANN, Kurt (Hrsg.). *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2011. p. 43-68.

WALTER, Tonio. *Der Kern des Strafrechts*. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. Eine systematische Darstellung. 11. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter Verlag, 1969. (Há tradução parcial para o espanhol, levada a cabo por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. *Derecho penal alemán*. Parte general. 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.)

WELZEL, Hans. *Das neue Bild des Strafrechtssystems: eine Einführung in die finale Handlungslehre*. 4. Auflage. Göttingen: Schwartz, 1961. (= *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Tradução: José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004.)

WELZEL, Hans. Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahren und die finale Handlungslehre. *Juristische Schulung*, [s.l.], p. 421-425, 1966.

WELZEL, Hans. Naturalismus und Werthphilosophie. In: WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin: De Gruyter, 1975.

WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 58, p. 491-566, 1939. DOI: 10.1515/zstw.1939.58.1.491. (= Estudios sobre el sistema de Derecho Penal. In: WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*. Tradução: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B. de F., 2007. p. 15-120.)

ZIELINSKI, Diethart. *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss. Berlin: Duncker & Humblot, 1973. (= *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito: análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*. Tradução: Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990.)

Conflito de interesses

O autor declara a ausência de conflito de interesses na produção do presente trabalho.

Agradecimentos

Agradeço às revisões atentas e dedicadas dos avaliadores, especialmente pelas sugestões de esclarecimento de certos pontos sensíveis do texto, e que permitiram complementos importantes também na literatura pesquisada. Atividade realizada junto ao Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito de Lisboa.

Sobre o autor:

Wagner Marteleto Filho | E-mail: wmarteleto@gmail.com

Doutor em Direito (Universidade de Lisboa/Portugal). Promotor de Justiça (MPMG).

Recebimento: 07.08.2022

Aprovação: 27.10.2022