

Erro sobre os pressupostos objetivos em uma situação de obediência hierárquica a uma ordem não manifestamente ilegal: uma das razões para a cisão entre injusto e culpabilidade ou um argumento para a sua fusão?

Mistake about the objective assumptions in a situation of hierarchical obedience to an order that is not manifestly illegal: one of the reasons for the division between wrongdoing and culpability or an argument for their fusion?

Yasmim Emanuelle Candido Silva 

Resumo: Esta pesquisa busca investigar as consequências do erro que recai sobre os pressupostos objetivos das causas de exculpação, especificamente a obediência hierárquica a uma ordem não manifestamente ilegal, a partir das concepções de um injusto independente da culpabilidade e do injusto dependente da culpabilidade. Considerando esses posicionamentos, foi examinado um caso hipotético proposto, o que resultou nas considerações de que, na ótica que distingue o injusto da culpabilidade, o erro sobre os pressupostos objetivos das causas de exculpação exclui o juízo de censura do agente, se inevitável, e, se evitável, atenua a pena. Verificou-se, por outro lado, que o referido erro inevitável, quando analisado sob a perspectiva que funde injusto e culpabilidade, leva à irrelevância penal do comportamento e, se evitável, à possibilidade de exclusão do dolo. Diante disso, foram afastados os argumentos que propõem a junção das categorias, acolhendo-se a opinião majoritária, que encontra na cisão dos referidos planos um avanço do pensamento sistemático científico-jurídico.

Palavras-chave: injusto; culpabilidade; erro; causas de exculpação.

Abstract: This research seeks to investigate the consequences of the mistake that falls on the objective assumptions of the exculpation causes, specifically, hierarchical obedience to an order that is not manifestly illegal, from the conceptions of an unjust independent of culpability and the unjust guilty. Considering these positions, a proposed hypothetical case was examined, which resulted in the considerations that, from the perspective that distinguishes the unjust from the culpability, the mistake on the objective assumptions of the causes of exoneration excludes the censure of the agent, if inevitable, and, if avoidable, attenuates the penalty. It was found, on the other hand, that this inevitable mistake, when analyzed from the perspective that merges injustice and culpability, leads to the criminal irrelevance of the behavior and, if avoidable, to the possibility of exclusion of intent. Therefore, the arguments that

propose the joining of categories were removed, accepting the majority opinion, which finds in the split of these plans an advance of systematic scientific-legal thinking.

Keywords: wrongdoing; culpability; mistake; excuse.

Sumário: Introdução; 1 A distinção entre injusto e culpabilidade: o sentido para a construção de fronteiras entre os planos; 2 O ilícito penal como comunicação da invalidade da norma: culpabilidade como pressuposto do injusto; 3 O erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de exculpação a partir da cisão e da fusão de injusto e culpabilidade; Conclusões; Referências.

Introdução

Desde a famosa distinção de Ihering entre as categorias do injusto e da culpabilidade, ascendeu-se na dogmática penal a aquecida discussão acerca da relevância sistemática de determinados institutos a essas categorias. Nessa gama de temas polêmicos, um dos mais controversos dos últimos cem anos, sob o aspecto da significação sistemática, é o tratamento das distintas constelações de erro, uma vez que, a depender de seu objeto, a afirmação do erro traz consequências distintas ao injusto ou à culpabilidade¹.

Neste contexto, destaca-se o erro sobre as causas de exculpação, tema com grande potencial para o aprofundamento na dogmática penal, mas que é pouco trabalhado pela literatura. No âmbito nacional, isso se deve, talvez, à ausência de regulação da matéria, pois, ao contrário da Alemanha, de Portugal e da Itália, o legislador brasileiro optou por não dispor sobre as consequências do erro que incide sobre as causas de exculpação, motivo que reforça a necessidade de maior atenção da academia².

A complexidade e relevância desse tema são acentuadas no atual contexto dos debates doutrinários: um setor minoritário da doutrina, que tem como um de seus expoentes Jakobs, propõe a dissolução das fronteiras, há muito consolidadas, entre o injusto e a culpabilidade. Por óbvio, essa discussão impacta diariamente no tratamento do erro sobre as causas de exclusão de culpabilidade, pois, a depender da perspectiva que se adota, esse pode constituir um erro de tipo, um erro de proibição, uma outra causa de exclusão da culpabilidade, pode ser considerado um erro inescusável e, mesmo, pode fazer com que o comportamento do agente que atuou em erro não tenha relevância penal.

1 FRISCH, *El error en el derecho penal*, p. 13.

2 HILGENDORF/VALERIUS, *Direito penal* PG, p. 225.

Diante disso, busca-se examinar as consequências do erro que incide sobre as causas de exculpação, especificamente de seus pressupostos objetivos, a partir da noção de injusto, independente da culpabilidade e sob o prisma de ideias unificadoras desses planos, sem a pretensão, contudo, de esgotar o tema, mesmo porque isso seria impossível dado o escopo de um artigo científico.

Para tanto, será apresentado o tratamento dos planos do injusto e da culpabilidade na teoria do crime, posteriormente indicando os argumentos suscitados por um e pelo outro setor da doutrina, acerca de sua cisão ou fusão, a fim de que se tenha substrato teórico para analisar e classificar as consequências do erro que incide sobre as causas de exculpação.

Nesses termos, considerando a complexidade do tema, a fim de guiar o leitor e facilitar a compreensão dos debates que serão realizados, bem como para promover a necessária vinculação entre a dogmática e a prática jurídica, a investigação será empreendida a partir do caso hipotético formulado a seguir que se relaciona com a estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico. Apesar da controversa natureza jurídica da obediência hierárquica à ordem não manifestamente ilegal³, optou-se por considerá-la uma causa de exculpação a partir das disposições do art. 22 do Código Penal.

X trabalha como escrivão na Delegacia de Fraudes. O irmão gêmeo de X, Y, exerce a função de delegado na Delegacia de Homicídios e Proteção à Pessoa (DHPP). G, por sua vez, ingressou recentemente na Polícia Civil, como agente, e foi lotado na DHPP, sendo subordinado a Y. Em um determinado dia, Y comenta com X que chegaria na delegacia em um horário diverso do que costuma ir. X, com o desejo de causar constrangimento a seu desafeto B, vai à DHPP, se passando por seu irmão gêmeo, e determina que G se dirija à residência de B e proceda à sua prisão em flagrante. X alegou que B havia acabado de praticar um homicídio e, perseguido pelas forças policiais, foi até à sua residência, que ficava na esquina da delegacia. Não havia qualquer indício aparente de ilegalidade na ordem. Por desconhecer a troca de horários de Y naquele dia, bem como por não perceber que, na realidade, não se tratava de seu superior hierárquico, mas sim de seu gêmeo univitelino, G, equivocado quanto à pessoa do superior hierárquico, cumpre a ordem de X, prendendo e conduzindo o desafeto deste à delegacia.

Variante: considere que, na semana anterior, G presenciou o seu colega de trabalho, S, passar por uma situação extremamente semelhante. No entanto, na-

3 Para uma análise do debate, vide BRANDÃO, *Justificação e desculpa por obediência em direito penal*.

quele caso, foi Y quem realmente havia dado a ordem não manifestamente ilegal para que S prendesse alguém em situação que não se enquadrava nas hipóteses legais de prisão.

1 A distinção entre injusto e culpabilidade: o sentido para a construção de fronteiras entre os planos

Inicialmente, a distinção entre injusto e culpabilidade foi concebida no âmbito do Direito Civil, a partir dos estudos de Ihering sobre o possuidor de boa-fé, que desenvolveu o conceito de ilicitude objetiva independente da culpabilidade. Ihering parte da ideia de que o direito é um interesse juridicamente protegido e, no caso da posse, o que se protege é a normal relação da pessoa com a coisa⁴. A configuração do injusto que viabiliza o reclamo da posse pelo proprietário depende apenas que no terceiro concorra uma circunstância material contrária ao direito, sendo irrelevante se a inversão da posse ocorreu de forma violenta ou clandestina, uma vez que a relação pessoa/coisa reclama proteção contra toda espécie de subtração⁵.

No contexto do Direito Penal, a diferenciação entre injusto e culpabilidade é trabalhada desde o sistema naturalista, encabeçado por Liszt e Beling, que propõe uma distribuição classificatória das elementares a partir de critérios formais: o que é objetivo está posicionado no injusto; por outro lado, tudo que for subjetivo pertence à culpabilidade. O ilícito, puramente objetivo, seria, então, um comportamento voluntário do agente no mundo exterior, contrário a uma determinação ou proibição do Direito Penal; já a culpabilidade, subjetiva, consistiria na ligação psicológica entre o agente e o fato, sendo dolo e culpa suas espécies.

A partir do neokantismo, houve a substituição da dogmática formalista-classificatória do naturalismo por um sistema teleológico, referido a valores. A classificação das elementares deixou de ser feita com base em critérios formais e passou a perquirir a fundamentação material das categorias sistemáticas, a fim de que se procedesse à construção teleológica dos conceitos, possibilitando que estes atendessem à sua finalidade⁶. Ainda que nesse modelo a ideia do ilícito exclusivamente objetivo tenha sido abalada em razão da descoberta dos elementos

4 IHERING, *Tres estudios jurídicos*, p. 122-125 e 139.

5 IHERING, *Tres estudios jurídicos*, p. 135-136.

6 GRECO, *Revista Brasileira de Direito Comparado* 20, p. 218.

normativos e subjetivos no tipo, permaneceu a estrutura do injusto objetivo (apartado de dolo e culpa) e da culpabilidade subjetiva.

Com o desenvolvimento da teoria do delito, o finalismo, buscando superar o dualismo metodológico característico do sistema neokantista, parte da ideia de que o Direito deve estudar a realidade, submetendo-a a uma análise fenomenológica e, apenas após descobrir as suas estruturas internas, seguir para a etapa da valoração jurídica⁷. Nesse sentido, a primeira estrutura relevante para o Direito seria a natureza finalista da atuação humana, de modo que somente se poderia proibir ações finalistas, motivo pelo qual o dolo foi transportado para o tipo.

O tipo, então, deixa de ser um tipo de injusto e passa a ser um tipo indiciário, que descreve a matéria da proibição. De forma semelhante à visão formal dos tipos (normas proibitivas), as causas de justificação constituem meros tipos permissivos e, considerando que os tipos têm como conteúdo ações finalistas, exige-se, nesse sistema, o elemento subjetivo de justificação.

O ilícito material deixa de focar no dano social para constituir o ilícito pessoal, centrado no desvalor da ação, sendo que este tem como núcleo a finalidade. Por outro lado, a culpabilidade é entendida como juízo de reprovação fundamentado na estrutura lógico-real do livre-arbítrio, ou seja, sendo o agente capaz de se comportar em conformidade com o direito, quando não o faz, é responsável⁸. Em que pese as alterações sistemáticas promovidas pelo finalismo, mesmo o injusto pessoal preserva o caráter de instrumentalidade, tendo em vista que é privado de um juízo de valor pelo agente⁹. Desse modo, também no finalismo foi mantida a distinção entre injusto e culpabilidade.

Além de apontar como tem sido tratados o injusto e a culpabilidade no desenvolvimento da teoria do delito, é necessário indicar, resumidamente, as principais razões pelas quais a doutrina amplamente majoritária considera fundamental a cisão entre injusto e culpabilidade, pois somente assim será possível a posterior análise dos contra-argumentos suscitados por aqueles que defendem a dissolução das fronteiras entre esses planos.

Nesse sentido, Schünemann indica que a importância de se questionar acerca de “qual seria a função da delimitação entre injusto e culpabilidade?”, além de cumprir a exigência de desenvolvimento e sistematização das categorias do delito

7 GRECO, *Revista Brasileira de Direito Comparado* 20, p. 221-222.

8 GRECO, *Revista Brasileira de Direito Comparado* 20, p. 224-225.

9 MARTELETO FILHO, *RICP* 7, p. 292.

sob o prisma de sua função político-criminal, constitui um avanço do pensamento sistemático científico-jurídico. Este, como aponta o autor, não pode consistir na mera reprodução de fatos e relações naturais ou, tampouco, fazer disso o seu ponto de partida. Em razão de sua referência a uma ordem prescritiva, o ordenamento jurídico deve partir, em sua conformação conceitual, da referência teleológica (a função), especialmente em face de conceitos intrassistemáticos artificiais de um nível de abstração muito elevado, como o injusto e a culpabilidade¹⁰.

Neste contexto, para os defensores da separação, essa não seria fruto de um afã estético ou mero didatismo¹¹. Enquanto o plano do injusto (geral) se relaciona à correção em geral ou à danosidade social da conduta, o da culpabilidade (individual) é relativo à reprovabilidade pessoal do autor do injusto¹². A afirmação do injusto se direciona a todos, incluindo o autor – o que é exemplificado pelo dever de tolerância de ingresso nas esferas de liberdade quando incide uma causa de justificação –, já o juízo da culpabilidade é personalíssimo e se dirige exclusivamente ao sujeito culpado, além de ser intimamente conectado às teorias da pena. Nesse sentido, planos diversos, com conteúdo e destinatários distintos, não poderiam ser fundidos¹³.

Outra razão para a distinção entre esses planos seria, inclusive, bastante simples e decorrente da própria linguagem¹⁴: justificar e desculpar (explicar) um fato são situações distintas¹⁵. Disso decorre que o indivíduo que age sem culpabilidade não tem autorização para praticar o injusto, apenas será exculpado caso o pratique, reforçando a independência do injusto em face do juízo de reprovação, próprio da culpabilidade, que recai sobre o agente. Além disso, é suscitado um argumento de aspecto sistemático: a consciência da ilicitude, enquanto requisito único do pleno reproche da culpabilidade¹⁶, exige um ponto de referência exter-

10 SCHÜNEMANN, *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, p. 205-206.

11 LEITE, *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*, p. 89.

12 GRECO, *Anatomia do Crime 2*, p. 13.

13 LEITE, *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*, p. 89-90.

14 SCHÜNEMANN, *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, p. 215-216 (tradução livre): “Naturalmente que todas as sociedades modernas alcançaram há muito tempo estas etapas de desenvolvimento, pelo que nelas, e também na linguagem cotidiana, não existem apenas denominações diferentes para justificação e exculpação, mas também jogos linguísticos totalmente distintos, o que significa que formas de vida linguisticamente estruturadas constituem para a justificação e exculpação realidades culturais diferenciadas dentro do contexto global da atribuição social de responsabilidade (por exemplo, ‘ponderação’ ou ‘estar louco’)”.

15 LEITE, *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*, p. 90.

16 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. p. 168: “Mas quando se separa o dolo da

no, ela pressupõe algo que não está nela contido, sendo esse objeto externo de referência o próprio injusto¹⁷.

Ademais, a própria lei (ao menos, a brasileira e a alemã) reforça a necessidade de distinção entre o injusto e a culpabilidade, na medida em que inúmeras consequências jurídicas estão ligadas a um ou outro plano. Embora essas consequências jurídicas possam ser discutidas, essencialmente, no âmbito político-criminal, fato é que é defendida a possibilidade de legítima defesa em face de um injusto não culpável, bem como a participação nesse injusto; um injusto praticado por pessoa culpável fundamenta a imposição de pena; por outro lado, um injusto não culpável fundamenta apenas uma medida de segurança; além de que o erro sobre circunstâncias constitutivas do injusto elimina o dolo, enquanto o erro sobre circunstâncias constitutivas da culpabilidade deixa intacto o injusto¹⁸.

No que tange ao erro, Leite, ao estudar a distinção de tratamento entre o dolo e a consciência da ilicitude, aprofunda a discussão e detalha que, no âmbito do injusto, o ponto fulcral seria a delimitação das esferas de liberdade dos cidadãos, pois, se um sujeito considera que com sua atuação poderá haver uma intervenção na esfera alheia, ele deve renunciar definitivamente à ação, a fim de que não sejam causados danos a terceiros. Isso significa que no plano do injusto a simples possibilidade de lesionar a outrem é uma boa razão para que se renuncie ao projeto de comportamento. Em contrapartida, no âmbito da culpabilidade, o cerne não é a permissão ou proibição de ingresso na esfera de liberdade alheia, pois esta, por lógica, já deve ter ocorrido, mas o questionamento do merecimento de pena para o autor individual que cometeu o injusto¹⁹.

2 O ilícito penal como comunicação da invalidade da norma: culpabilidade como pressuposto do injusto

Embora a opinião majoritária concorde que a distinção entre injusto e culpabilidade constitua um dos temas de maior relevância da dogmática penal²⁰, um

culpabilidade, distinguindo-se o objeto da reprovação em relação à reprovação do objeto, é possível perceber que a consciência da ilicitude não é o que se reprova, mas uma razão da reprovação”.

17 GRECO, *Anatomia do Crime 2*, p. 14; LEITE, *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*, p. 90.

18 GRECO, *Anatomia do Crime 2*, p. 13-14; LEITE, *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*, p. 93.

19 LEITE, *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*, p. 90-91.

20 Nesse sentido, Welzel considera que a cisão entre injusto e culpabilidade é o “avanço dogmático mais importante das últimas duas ou três gerações”. Semelhantemente, Küper, para quem essa distinção constitui uma das grandes contribuições da dogmática penal. Vide SCHÜNEMANN, *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, p. 205.

setor da doutrina tem proposto a sua relativização. Os teóricos que defendem a culpabilidade como pressuposto do injusto partem de uma linha de pensamento que, no âmbito do Direito, remonta a Merkel²¹, no sentido de que a essência do ilícito penal, em termos comunicativos, não seria a idoneidade do comportamento de lesionar um bem jurídico, mas a contradição da norma por um agente competente²².

Inicialmente, Merkel questiona a distinção hegeliana entre injusto civil e injusto penal, opondo a essa ideia a sua tese de que haveria um injusto unitário, que se distinguiria por suas consequências jurídicas. Apesar disso, partindo de Hegel, Merkel insere no injusto o atributo da imputabilidade, isto é, somente alguém que é reconhecido pelo Direito como competente, sob o ponto de vista comunicativo (capacidade de imputabilidade), teria condições de atuar de modo relevante contra os mandados e as proibições jurídicas²³.

Recentemente, as vozes que propõem um conceito de injusto dependente da culpabilidade são representadas, especialmente, por Jakobs e seus seguidores, bem como por Freund. Semelhantemente a Merkel, Jakobs parte de inspirações hegelianas e concebe o direito penal e a pena como instrumentos de manutenção da estrutura normativa pelas vias simbólica e cognitiva. Na perspectiva simbólica, a estabilização da norma se daria por meio de uma relação de comunicação: enquanto o delito comunica a negação do direito, a pena implica a afirmação da validade da norma. Por sua vez, o efeito cognitivo consiste na ideia de que a imposição da pena faz com que o delito se “transforme” em dano, evidenciando o insucesso da ação do agente²⁴.

A possibilidade de demonstração da validade normativa por meio da responsabilização pressupõe, porém, que o indivíduo seja competente para violar a norma. Apenas o comportamento praticado por um agente dotado de competência seria capaz de comunicar o sentido de negação da norma, restando excluídos, assim, os atos dos agentes inimputáveis e dos desprovidos de culpabilidade por coação ou erro²⁵.

Isso se justifica na medida em que Jakobs propõe condições sob as quais seria plausível a suposição de uma disposição geral a aceitar ou negar a respon-

21 PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, p. 122.

22 MARTELETO FILHO, *O problema do desconhecimento no dolo*, p. 79.

23 PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, p. 122-123.

24 RIBEIRO, *Culpabilidade e função*, p. 145.

25 No mesmo sentido: MARTELETO FILHO, *O problema do desconhecimento no dolo*, p. 72.

sabilização do agente²⁶ – tipo total de culpabilidade. Este seria composto por elementos positivos, que determinariam a deslealdade do agente ao direito (tipo de culpabilidade), e elementos negativos da inexigibilidade (tipo de exculpação). Elencado como um dos elementos positivos, tem-se o injusto enquanto expressão do defeito de motivação jurídica do indivíduo – injusto como objeto e elemento do juízo de culpabilidade²⁷. Ao lado do injusto, a imputabilidade também seria uma das condições para a atribuição de responsabilidade ao agente pelo seu déficit de motivação (sujeito com competência para questionar a validade da norma).

Na perspectiva de Jakobs, o imputável é uma pessoa definida como um igual. Neste contexto, a igualdade exigiria que os fatores que formam, ou não impedem, o processo de motivação no autor atua de forma semelhante em outros indivíduos equiparáveis a ele, porque só assim o comportamento ofenderia a validade da norma em relação a todos os semelhantes. Um “igual” que não determina o seu comportamento em conformidade com a norma, agindo de forma ilícita, indica uma forma alternada de atuação capaz de estremecer a confiança na vinculação da norma desobedecida.

Na hipótese de o autor do injusto sofrer de perturbações/deficiências psíquicas ou ser menor de idade (“anormais”), o seu comportamento não é capaz de abalar as expectativas sociais quanto ao comportamento das demais pessoas, pois eles são tidos como exceções²⁸. Na medida em que considera que o relevante para a avaliação do comportamento não seriam questões físicas ou psíquicas, mas o sentido emitido por ele, Jakobs se aproxima da teoria da imputação hegeliana que une injusto e culpabilidade, no sentido de que agir seria correspondente a agir culpavelmente²⁹. Nesses termos, a culpabilidade seria pressuposta à ação, integrando o injusto.

Em análise da perspectiva do direito penal enquanto um sistema parcial diferenciado de comunicação, Marteleto Filho sintetiza que o principal esquema binário seria “ilícito x não ilícito”, de modo que, da afirmação ou negação dessas opções, resultaria “pena x ausência de pena”. A ausência de pena abarcaria as hipóteses de “ilícito não culpável” e de um “não ilícito”, com isso, a introdução da categoria de um injusto sem culpabilidade faria com que se perdesse o princípio de uma comunicação generalizada, prejudicando a tarefa característica do

26 HORTA, *Parte geral do Código Penal brasileiro*, p. 584.

27 JAKOBS, *Derecho penal* PG, p. 596.

28 JAKOBS, *Derecho penal* PG, p. 598.

29 JAKOBS, *Fundamentos del derecho penal*, p. 64.

direito penal, que consiste na resposta ao questionamento da vigência da norma por meio da imposição de uma pena³⁰.

Entre os críticos da cisão entre injusto e culpabilidade, Lesch considera que a referida distinção seria insustentável³¹. O autor aponta que a distinção entre injusto e culpabilidade seria vinculada, em sua origem, à separação entre fato e autor, ou seja, entre uma conduta perturbadora e juridicamente desaprovada e o sujeito responsável por ela. A partir da consideração do injusto como expressão de sentido, comunicação, Lesch indica que o fato não poderia ser separado do autor e a imputação penal não serviria para vincular autor e fato, mas para estabelecer o que é, na realidade, um fato. A culpabilidade, então, não seria outra coisa que não o próprio injusto penal³².

Soma-se aos defensores da dissolução das fronteiras entre injusto e culpabilidade Pawlik, para quem a cisão tem origem histórica, sendo, assim, passageira e passível de mudanças. Isso porque a distinção entre injusto e culpabilidade não pertenceria à essência eterna de qualquer dogmática jurídico-penal, mas teria surgido como saída de uma concreta situação histórica do pensamento do direito penal e, por isso, seria passageira. Pawlik sustenta ainda que a junção do injusto e culpabilidade, pelo contrário, supostamente deixaria mais aguçada a visão em relação às diferenças sistemáticas entre as instituições jurídicas, possibilitando um tratamento mais adequado das questões materiais concretas³³.

Freund, por sua vez, compreende que a missão preventiva do direito penal se perfaz na proteção de duas espécies de bem jurídico. Nesse sentido, a norma de conduta tutelaria os bens jurídicos clássicos, ao passo que a norma de sanção tutelaria o bem jurídico vigência da norma de conduta. Com efeito, a pena teria como função eliminar o perigo de dano à vigência da norma, que é criado pelo delito, e restabelecer a paz jurídica abalada por meio da reação à infração da norma. O delito seria para o autor uma conduta pessoal defeituosa especificamente típica, que se divide em duas categorias, quais sejam, a do injusto pessoal da conduta – situado na infração qualificada da norma de comportamento – e os outros

30 MARTELETO FILHO, *O problema do desconhecimento no dolo*, p. 71; MARTELETO FILHO, *RIGP* 7, p. 302.

31 LESCH, *Revista de Derecho Penal y Criminología* [2ª época] 6, p. 267.

32 LESCH, *Revista de Derecho Penal y Criminología* [2ª época] 6, p. 267-268. Segundo Lesch, “em um sistema penal funcional, a culpabilidade penal, o injusto penal e o delito só podem ser reformulados adequadamente como sinônimos” (p. 269, tradução livre).

33 PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, p. 135.

requisitos da sanção, que agrupam os elementos que, junto ao injusto pessoal, apontam para a necessidade de pena³⁴.

Na concepção de Freund, uma das condições de legitimidade da norma de conduta é a imputabilidade de seu destinatário, o que significa que este deve ser uma pessoa responsável, capaz de culpa. Com efeito, o injusto pessoal da conduta engloba, além da conduta típica e da ausência das causas de justificação, a ausência das causas de exclusão da culpabilidade ou de exculpação. Sem a culpabilidade, a conduta típico-antijurídica é reflexo apenas de um juízo provisório de desaprovação jurídico-penal (específico injusto de conduta). A justificação da punição exige do injusto da conduta um *plus*, isto é, que ele seja convertido em conduta pessoal defeituosa suficientemente relevante, o que é feito pela culpabilidade³⁵.

Isso significa que, ausente a culpabilidade, não se pode falar em conduta pessoal defeituosa penalmente relevante ou em injusto pessoal de conduta. Consequentemente, as causas de exclusão da culpabilidade (hipóteses de ausência de infração da norma, falta de injusto pessoal da conduta) e de exculpação (hipóteses de infração da norma nas quais não há injusto pessoal de conduta suficientemente relevante) excluem o injusto penal, de modo que as condutas respectivas não infringem à norma e não são penalmente reprováveis, devendo ser filtradas já na tipicidade. Assim, renunciando a culpabilidade como uma categoria independente, arremata Freund com a consideração de que a culpabilidade é pressuposto do injusto de conduta enquanto infração da norma; a existência de culpabilidade suficientemente relevante, por outro lado, é pressuposto do injusto penal enquanto injusto pessoal³⁶.

Em relação às fundamentações dadas pela doutrina majoritária para justificar a necessidade de distinção entre o injusto e a culpabilidade, os defensores do injusto dependente da culpabilidade tentam refutá-las. Acerca da distinção entre a justificação e a exculpação, que reforçaria a existência de um injusto independente da culpabilidade, há a objeção de que existiriam vários outros comportamentos, de natureza administrativa ou cível, que a pessoa inculpável também não está autorizada a realizar. Essas limitações, no entanto, não se relacionariam com os objetivos de estabilização da ordem presente na pena característica do direito penal, de modo que o injusto penal, na relação comunicativa proposta, pressupo-

34 MOURA, *RBCrim* 87, p. 18.

35 MOURA, *RBCrim* 87, p. 19.

36 MOURA, *RBCrim* 87, p. 19-20.

ria a necessidade de estabilização normativa inexistente na hipótese de ausência de culpabilidade, diferente do injusto civil ou administrativo. Em outros termos, dada a universalidade do argumento ampliado a outras searas do Direito, este não poderia ser aplicado de forma válida para análises exclusivas do direito penal³⁷.

Quanto às consequências sistêmico-dogmáticas da cisão entre injusto e culpabilidade, especialmente no que se refere à regulação legal da participação (considerada sob o prisma da teoria da acessoriedade limitada³⁸) ou à aplicação das causas de justificação, há o contra-argumento de que essa seria uma razão inteiramente formal³⁹, além disso se referiria apenas ao fato de essas instituições terem uma dogmática própria, mas não remeteria à conformação sociojurídica dos institutos.

Isso se explicaria, pois, no que tange à distinção entre as causas de exclusão do injusto e da culpabilidade, o dever, ou não, de tolerar não se referiria à reprovação voltada ao destinatário, fundamentadora de pena⁴⁰. A resistência a uma ação causadora de dano de um imputável, por exemplo, seria equivalente, sob o ponto de vista jurídico-penal, à proteção contra danos decorrentes de um acidente natural, uma vez que nenhum destes teriam o sentido comunicativo de um delito⁴¹.

Nesse sentido, não haveria diferença categorial entre as causas de justificação e as causas de exculpação: tanto o que age justificadamente quanto aquele que atua sob uma causa de exculpação não questionaria a vigência da norma, pois a competência para o conflito produzido é interpretada de modo que o destinatário do ataque é considerado responsável por ela, de modo que só a referência a isso legitimaria a ingerência; quanto ao agente que atua sem culpabilidade, também não há questionamento da vigência da norma, porque, em razão da excepcionalidade da situação, não é dele exigido que atue conforme as ações habituais. Com efeito, as causas de justificação e de exculpação teriam a mesma consequência de excluir a imputação, e somente seriam analisadas consecutivamente por um critério de oportunidade⁴².

37 RIBEIRO, *Culpabilidade e função*, p. 177.

38 No CP brasileiro, essa conclusão decorre do art. 29.

39 JAKOBS, *Fundamentos del derecho penal*, p. 68.

40 PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, p. 129.

41 RIBEIRO, *Culpabilidade e função*, p. 176.

42 PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, p. 130.

Os defensores do injusto dependente da culpabilidade não questionam o direito à defesa do ofendido em face de uma agressão injusta, mas sim se há, ou não, congruência entre os conceitos de injusto e injusto penal, o que é negado nessa perspectiva. A justificativa seria a de que, se o atributo de ilicitude e o correspondente interesse de proteção do ofendido fossem suficientes para definir o injusto penal, o injusto seria uma condição suficiente para que o comportamento tivesse dignidade penal. Com isso, a culpabilidade restaria rebaixada a um mero corretivo, desnecessária para a identificação de um genuíno injusto penal⁴³.

No que se refere à participação, há a indicação de que a teoria da acessoriedade limitada conduz a uma conclusão analiticamente coerente e teleologicamente correta apenas se analisada na ótica de um sistema que centra o injusto na lesão do bem jurídico. No entanto, conforme já indicado, os defensores do injusto dependente da culpabilidade consideram a comunicação negativa de cooperação para a realização da ordem jurídica como a essência do injusto penal. Assim, quem contribui para que um terceiro, sem culpabilidade, viole o dever não seria apenas partícipe, mas autor mediato, já que o terceiro não tem competência para manifestar a contrariedade à norma⁴⁴.

No contexto brasileiro, esse entendimento supostamente não encontraria óbices no direito positivado, porque a disposição prevista no art. 29 do CP não distinguiria, *a priori*, a autoria da participação, com exceção da participação de menor importância. Por outro lado, em ordenamentos jurídicos que preveem expressamente a punição distinta para o autor e para o partícipe *stricto sensu*, como o alemão (§27 StGB), haveria um problema, de *lege lata*. No entanto, na visão de Marteleto Filho, isso não implica em um erro dessa perspectiva teórica, apenas que o legislador considerou possível que as modalidades de participação assessorassem comportamentos de pessoas incompetentes para questionar a validade da norma, e, se o agente poderia ser punido como autor (pelo mais), não há impedimentos de que seja punido como partícipe (pelo menos), nos termos legais. A tese da punição a título de autoria somente não seria acatada pela previsão legal⁴⁵.

Em relação à regulação do erro, há a proposta de que a distinção entre o erro de tipo e o erro de proibição também seja dissolvida, com os objetivos de

43 MARTELETO FILHO, *RICP* 7, p. 294.

44 MARTELETO FILHO, *RICP* 7, p. 295; PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, p. 133-134; RIBEIRO, *Culpabilidade e função*, p. 176.

45 MARTELETO FILHO, *RICP* 7, p. 296.

conferir suposta coerência à teoria normativa da culpabilidade, impondo também ao plano do erro sobre as circunstâncias típicas que se afirma se a ação comunicou uma rejeição à norma, independentemente de uma consciência da ilicitude no sentido psicológico, em caso de resposta positiva, o dolo permaneceria intacto, com base no princípio da responsabilidade; e de afirmar a irrelevância penal do comportamento em todos os casos de erro inevitável, não havendo distinção se o objeto do erro era uma circunstância da culpabilidade ou do injusto, já que isso não interessaria normativamente.

Com efeito, como se afirma, a principal consequência prática seria relativa ao regime do erro e da exclusão do dolo. Nesse cenário, tanto o erro de proibição quanto o erro sobre as circunstâncias do tipo seriam analisados conforme a medida de evitabilidade e censuralibilidade, nos termos do art. 21 do CP, a fim de que se decidisse sobre a exclusão, ou não, do dolo⁴⁶.

3 O erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de exculpação a partir da cisão e da fusão de injusto e culpabilidade

Expostas as duas correntes que debatem acerca das concepções do injusto e da culpabilidade (se independentes ou fundidos), cumpre analisar o caso proposto na introdução sob tais perspectivas, a fim de que se eleja uma ou outra como mais adequada para o tratamento do erro sobre as causas de exclusão da culpabilidade. Antes disso, porém, em razão da escolha metodológica de realizar uma aproximação com sistemas estrangeiros que regularam a matéria, especialmente o alemão, são necessárias breves explicações acerca das categorias relacionadas à culpabilidade.

Neste contexto, apresenta-se a distinção entre as causas de exclusão da culpabilidade e as causas de exculpação. Embora não haja consenso quanto à necessidade de rigorosa diferenciação, um setor da doutrina compreende que nas causas de exclusão da culpabilidade – inimputabilidade e erro de proibição inevitável – estaria ausente qualquer culpabilidade, já que o agente não poderia agir de modo diverso; nas causas de exculpação – excesso em legítima defesa e estado de necessidade exculpante –, por outro lado, haveria uma culpabilidade diminuída, sendo uma opção legislativa a renúncia apenas em razão de uma especial indulgência ao, em si, ainda possível reproche de culpabilidade⁴⁷.

46 MARTELETO FILHO, RACP 7, p. 297-298.

47 ROXIN/GRECO *Direito penal* PG I, p. 1185.

Além disso, imperioso ressaltar que, diferentemente do que ocorre no Brasil, em que o estado de necessidade é considerado unicamente uma causa de justificação, os sistemas penais alemão e português adotam expressamente uma concepção diferenciadora, compreendendo o estado de necessidade, sob a ótica da ponderação de interesses, como uma causa de justificação (§ 34 do StGb e art. 34.º do CP português) e como uma causa de exculpação (§ 35 do StGb e art. 35.º do CP português).

Neste cenário, paralelamente ao que ocorre no âmbito do tipo de ilícito e da potencial consciência da ilicitude (respectivamente, com o erro de tipo e com o erro de proibição), o StGb traz consequências distintas, a depender do objeto do erro relacionado às causas de exculpação – pressupostos objetivos ou reconhecimento e limites. O erro sobre os pressupostos objetivos ocorre quando o agente supõe equivocadamente uma situação que, se fosse efetivamente real, tornaria a sua conduta exculpada. É o caso, por exemplo, de um indivíduo que, em uma situação de perigo imaginada, comete um ilícito na tentativa de afastar o perigo suposto, ou de alguém que, estando realmente em uma situação de necessidade, ignora a existência de outras formas de afastamento do perigo. No erro sobre os limites de uma causa de exculpação não há suposição errônea sobre uma situação fática, mas sim um equívoco quanto aos requisitos ou à extensão da exculpante, como ocorre na hipótese em que um indivíduo crê que a sua conduta ilícita será desculpada mesmo se praticada em uma situação que sabe não ser de perigo atual.

Com efeito, o § 35 II do StGb trata do erro relacionado aos pressupostos fáticos do estado de necessidade desculpante, dispondo que o erro inevitável exclui a culpabilidade, enquanto o erro evitável leva à atenuação da pena (§ 49 I do StGb). Em contrapartida, o erro sobre os limites do estado de necessidade desculpante é irrelevante, uma vez que nessa hipótese o indivíduo supõe uma causa de exculpação inexistente. Conforme Roxin e Greco, o erro sobre os pressupostos fáticos de uma exculpação – erro de exculpação – é uma categoria independente de erro, que só adquire relevância prática quando ocorre concomitantemente com um erro de proibição⁴⁸.

No contexto português, o erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de exculpação é solucionado a partir do art. 16.º, 2, do Código Penal, que

48 ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito penal: parte geral. Fundamentos – A estrutura da teoria do crime*. São Paulo: Marcial Pons, t. I, 2024. p. 1316.

aponta como consequência a exclusão do dolo, sendo possível a imputação a título de culpa, se punível. Ao analisar o dispositivo, Figueiredo Dias propõe que, na hipótese de exigibilidade de comportamento diverso apesar do erro, o erro é irrelevante, de modo que a punição deve ocorrer a título de dolo. Isso porque não se trata da aceitação equivocada dos pressupostos de uma causa de exclusão da culpabilidade, mas sim da falsa suposição de que o direito atrela às circunstâncias erroneamente aceitas o efeito de exclusão da culpabilidade⁴⁹.

No entanto, se o erro torna inexigível comportamento diverso, Figueiredo Dias sustenta ser precoce concluir, automaticamente, pela ausência de culpabilidade, pois isso só pode ser afirmado caso o erro não seja censurável. Identificada a censurabilidade, torna-se necessária a definição de qual tipo de erro se trata e qual a sua influência sobre a culpabilidade: o erro é, em si mesmo, o fundamento do fato; a censurabilidade do erro fundamenta a censurabilidade do fato, de modo que é a forma de censura do erro que dá fundamento para a forma de censura do fato. Então, na medida em que o erro é traduzido, conforme o tipo de censura que sobre ele recai, como uma falta de cuidado e atenção (se ele é, nessa concepção, um erro de conhecimento, um erro intelectual, um erro da consciência intencional), há como consequência a exclusão do dolo, permanecendo a possibilidade de punição na modalidade culposa⁵⁰.

Por sua vez, o CP italiano parece ter aderido à proposta de dissolução da culpabilidade no injusto, na medida em que se vale de expressão unificadora (“circunstâncias que excluem a pena”), que não distingue, mas abarca as causas de justificação e as causas de exculpação⁵¹. Nesse sentido, o art. 59, item 4, dispõe que o erro sobre as circunstâncias que excluem a pena exclui o dolo, sendo, porém, um erro determinado pela culpa, é possível a punição do agente na modalidade culposa, caso prevista.

No âmbito da concepção do injusto independente da culpabilidade, existem teóricos que sustentam ser sempre inescusável o erro sobre a existência ou sobre os limites de uma causa de exculpação⁵². Essa conclusão, no entanto, não parece adequada aos casos de erro inevitável que incidem sobre os pressupostos de uma causa de exclusão da culpabilidade. Isso porque, no exemplo construído

49 FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal* PG I, p. 621.

50 FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal* PG I, p. 621-622.

51 GRECO, *Anatomia do crime* 2, p. 16.

52 WESSELS, *Direito penal* PG, p. 107.

na introdução, o conflito, na ótica de *G*, era o mesmo vivenciado por seu colega de trabalho *S* (que certamente teria a sua conduta exculpada), de modo que faltaria legitimidade ao Estado para que desconsiderasse a errônea representação de *G*. Explica-se: *G* supôs circunstância que, se realmente existisse, exculparia o seu comportamento (cumprimento de ordem não manifestamente ilegal emanada de seu superior hierárquico *Y*). Considerando a *variável*, a inclinação de *G* pela ação levou em conta os mesmos fatores que basearam a decisão de seu colega *S*, que efetivamente estava em uma situação exculpante (*S* cumpriu ordem não manifestamente ilegal de seu superior hierárquico, *Y*)⁵³.

Nesse sentido, reputa-se adequada a solução de escusabilidade do erro inevitável incidente sobre os pressupostos de uma causa de exculpação reconhecida⁵⁴. Em razão da estreita conexão entre a causa de exculpação e a inexigibilidade de conduta diversa⁵⁵, pode levar à exclusão da culpabilidade de *G*⁵⁶. Isso significa que *G* praticou um injusto não culpável, permanecendo intacta a independência entre esses planos.

Analisado o exemplo sob o prisma dos argumentos que propõem a dissolução das fronteiras entre injusto e culpabilidade, considerada a premissa de que a essência do injusto penal seria a comunicação negativa de cooperação para a realização da ordem jurídica, o comportamento de *G* não teve o sentido de frontal rejeição da norma, dada a inevitabilidade de seu erro. Assim, o fato não teria relevância penal, pouco importando se o erro consiste em circunstância da culpabilidade ou do injusto, já que isso não interessa no aspecto normativo⁵⁷.

Traçadas as possíveis soluções para o caso sob a ótica das correntes expostas, é relevante a tomada de posição quanto à temática. Filia-se à corrente majoritária, no sentido de considerar indissolúveis as barreiras entre injusto e culpabilidade. Não se nega que, à primeira vista, a proposta de fusão dos planos do injusto e da culpabilidade seja sedutora, especialmente quando se está diante de alguns “corpos estranhos” no direito penal, por exemplo, os chamados elementos

53 HILGENDORF/VALERIUS, *Direito penal* PG, p. 225.

54 TOLEDO, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* 20, p. 125.

55 BITENCOURT, *Tratado de direito penal* PG, p. 1330 (versão eletrônica); BITENCOURT, *Erro de tipo e erro de proibição*, p. 311 (versão eletrônica); TOLEDO, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* 20, p. 125-126.

56 Para Ribeiro, o erro sobre a aplicação de uma causa de exclusão da culpabilidade seria um erro de proibição, já que o seu conteúdo se referiria à permissividade do ordenamento jurídico à conduta praticada. RIBEIRO, *Evitabilidade do erro de proibição*, p. 61.

57 MARTELETO FILHO, *RICP* 7, p. 297.

de valoração global do fato indivisíveis, em face dos quais o conteúdo do dolo seria ampliado para abarcar a valoração jurídica conotada por esses elementos⁵⁸. No entanto, a tendência de nivelar a distinção histórica e consolidada entre injusto e culpabilidade não resiste a uma análise aprofundada, como aquela realizada por Greco⁵⁹.

Consideram-se integralmente corretas as conclusões a que chegou esse autor, no sentido de que (i) os defensores de um injusto culposos não foram capazes de refutar as razões centrais para a distinção entre injusto e culpabilidade; (ii) as propostas alternativas não gozariam de consistência interna ou plausibilidade externa; e (iii) essas propostas não constituem uma evolução científica, já que não ampliam os conhecimentos e nem conduzem a inovadoras e interessantes ideias⁶⁰.

Especificamente em relação ao erro sobre os requisitos objetivos de uma causa de exculpação, inclusive o erro sobre a imputabilidade, a despeito de se contraporem à distinção entre injusto e culpabilidade, também não são formuladas explicações, ao menos não coerentes com a sua proposta, acerca da previsão expressa do § 35 II StGB⁶¹. Considera-se que mesmo Marteleto Filho, que se propôs a “atender o desafio apresentado por Greco, de comprovação de ganho sistemático-dogmático com o abandono da separação entre ilícito e a culpabilidade”⁶², sustentando uma solução homogênea para os casos de erro de tipo e proibição, com consequências para o dolo, que, com a sua proposta, poderia não ser excluído em determinados casos de erro factual, motivado por indiferença absoluta, mas poderia ser excluído em certos casos de erro de proibição, não apresentou razões convincentes de que haveria um ganho sistemático-dogmático positivo – mas sim temerário – na completa reestruturação do tratamento do erro, construído ao longo de décadas, somente para validar a ideia de matriz hegeliana de delito como comunicação.

58 ROXIN/GRECO, *Direito penal* PG I, p. 732-733.

59 Vide GRECO, *Anatomia do Crime* 2, p. 9 ss.

60 GRECO, Luís. Contra a recente relativização da distinção entre injusto e culpabilidade. *Anatomia do crime*, Coimbra: Almedina, n. 2, p. 25, 2015.

61 Vide PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, p. 132.

62 MARTELETO FILHO, *RACP* 7, p. 309.

Conclusões

Ao longo do estudo realizado, verificou-se que, no decorrer do desenvolvimento da teoria do delito, os sistemas distinguem entre injusto e culpabilidade. Somada às outras razões que dão sentido ao injusto independente da culpabilidade, há destaque no argumento de que o plano do injusto é geral, relacionado à correção em geral ou à danosidade social da conduta, enquanto a culpabilidade, individual, é vinculada à reprovabilidade pessoal do autor do injusto.

Apresentada a corrente majoritária que prega pela existência de fronteiras entre injusto e culpabilidade, demonstrou-se que, sobretudo a partir de Jakobs, um setor minoritário da literatura tem proposto a relativização da distinção entre esses planos, calcados, essencialmente, na ideia hegeliana de que o direito penal e a pena seriam instrumentos de estabilização da expectativa normativa, de modo que o injusto penal traria em sua essência a comunicação, por um agente competente, de rejeição à norma.

Em relação ao erro sobre as causas de exculpação, notadamente de seus pressupostos de aplicação, indicou-se, a partir do caso hipotético formulado na introdução, que uma análise da situação sob a ótica da distinção entre injusto e culpabilidade excluiria o juízo de censura do agente, na hipótese de erro inevitável, e, caso evitável, atenuaria a pena; analisado sob a perspectiva de um injusto dependente da culpabilidade, o comportamento do agente que age em erro inevitável sobre as causas de exculpação não teria relevância penal, pois não teria o sentido de rejeição frontal à norma, na eventualidade de ser um erro evitável, poderia ser analisada a possibilidade de exclusão do dolo.

Por fim, compreendeu-se pelo equívoco dos argumentos que pretendem sustentar a junção do injusto e da culpabilidade, vez que incoerentes e conduzem a consequências sistemáticas perniciosas. Nesse sentido, considerou-se necessária a manutenção da distinção entre injusto e culpabilidade, sobretudo pelo tratamento possível conferido ao erro sobre as causas de exculpação, conforme essa perspectiva.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013 (versão eletrônica).

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2023 (versão eletrônica).

BRANDÃO, Nuno. *Justificação e desculpa por obediência em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. 2. ed. Coimbra/São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, t. I, 2007.

FRISCH, Wolfgang. El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad. In: FRISCH, Wolfgang; PUPPE, Ingeborg; KINDHÄUSER, Urs; GRÜNWALD, Gerald; PAEFFGEN, Hans Ullrich. *El error en el derecho penal*. Reimpresão. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010. p. 10-85.

GRECO, Luís. Contra a recente relativização da distinção entre injusto e culpabilidade. *Anatomia do Crime*, Lisboa, n. 2, p. 9-25, 2015.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 20, p. 211-283, 2003.

HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito penal: parte geral*. Tradução: Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

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.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Responsabilidade penal e consciência da ilicitude: um paralelo entre as doutrinas de Claus Roxin e Günther Jakobs. In: LOPES, Luciano Santos (org.). *Parte geral do Código Penal brasileiro: 30 anos depois. Estudos em homenagem ao Professor Décio Fulgêncio*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2014. p. 577-604.

IHERING, Rudolf von. La posesión. Teoría simplificada. In: IHERING, Rudolf von. *Tres estudios jurídicos*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1960.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Tradução: Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. El concepto jurídico-penal de acción. In: JAKOBS, Günther. *Fundamentos del derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996. p. 71 ss.

LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal: atuação nos limites entre o permitido e o proibido*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LESCH, Heiko. Injusto y culpabilidad en derecho penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología* [2ª época], Madrid, n. 6, p. 253-272, 2000.

MARTELETO FILHO, Wagner. A culpabilidade como pressuposto do ilícito penal: considerações sobre a dissolução das fronteiras entre o ilícito e a culpabilidade. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 285-317, 2022. DOI: 10.46274/1809-192XRICP2022v7n2p285-317.

MARTELETO FILHO, Wagner. *O problema do desconhecimento no dolo: os dois planos de normatização do elemento intelectual, com particular aplicação ao erro e aos desvios dos processos causais*. Tese de Doutorado – Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito. Lisboa, 2019. 631p. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/42264/1/ULSD733934_td_Wagner_Filho.pdf. Acesso em: 12 dez. 2024.

MOURA, Bruno de Oliveira. Sobre o sentido da delimitação entre injusto e culpa no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 7-37, 2010.

PAWLIK, Michael. *La libertad institucionalizada*. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2010.

RIBEIRO, Leo Maciel Junqueira. *Evitabilidade do erro de proibição*. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2022. 132p. Disponível em: Dissertação - Evitabilidade do erro de proibição - Leo Maciel Junqueira Ribeiro.pdf. Acesso em: 12 dez. 2024.

RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. *Culpabilidade e função: análise crítica da teoria da culpabilidade em Günther Jakobs*. Dissertação de Mestrado – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. 284p. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012015-164106/publico/DISSERTACAO_THAISA_BERNHARDT_RIBEIRO.pdf. Acesso em: 12 dez. 2024.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito penal: parte geral*. Fundamentos. A estrutura da teoria do crime. 5. ed. São Paulo: Marcial Pons, t. 1, 2024.

SCHÜNEMANN, Bernd. La función de la delimitación de injusto y culpabilidade. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; SCHÜNEMANN, Bernd; DIAS, Jorge de Figueiredo (coord.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1995. p. 205-245.

TOLEDO, Francisco de Assis. Erro de tipo e erro de proibição no projeto de reforma penal. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 20, p. 23-38, 1983.

WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral*. Tradução: Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.

Conflito de interesses

A autora declara a ausência de conflito de interesses na produção do presente trabalho.

Sobre a autora:

Yasmim Emanuelle Cândido Silva | *E-mail:* yasmimemanuellecs@gmail.com

Mestre em Direito (UFMG).

Recebimento: 05.11.2024

Aprovação: 20.12.2024