



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A TEORIA LIMITADA DA CULPABILIDADE E O TRATAMENTO DADO ÀS  
DESCRIMINANTES PUTATIVAS PELO CÓDIGO PENAL

Yuri Antunes Moreira

Rio de Janeiro  
2019

YURI ANTUNES MOREIRA

A TEORIA LIMITADA DA CULPABILIDADE E O TRATAMENTO DADO ÀS  
DESCRIMINANTES PUTATIVAS PELO CÓDIGO PENAL

Artigo científico apresentado como exigência  
de conclusão do Curso de Pós-Graduação  
*Lato Sensu* da Escola da Magistratura do  
Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Júnior

Rio de Janeiro  
2019

## A TEORIA LIMITADA DA CULPABILIDADE E O TRATAMENTO DADO ÀS DESCRIMINANTES PUTATIVAS PELO CÓDIGO PENAL

Yuri Antunes Moreira

Bacharel em Direito pela Universidade Federal  
Fluminense – UFF. Advogado.

**Resumo** – O Código Penal Brasileiro foi engendrado sobre a teoria causalista da ação, cuja análise do dolo ou culpa do agente era feita junto à culpabilidade (dolo normativo). Com a Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, e consequente reajuste à teoria finalista da ação, o exame do dolo e da culpa foi deslocado à tipicidade, optando o legislador pela adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade. Com a adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade, e não da Teoria Extremada da Culpabilidade, situou-se o tratamento conferido às discriminantes putativas fáticas, o erro de tipo permissivo, em um limbo jurídico, entre o tratamento conferido às hipóteses de erro de tipo essencial e às hipóteses conferidas ao erro de proibição, seja ele direto ou indireto. Diante de tal problemática, doutrina moderna tem sugerido a natureza jurídica de erro *sui generis* às discriminantes putativas fáticas.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Parte Geral. Discriminantes Putativas. Teoria Limitada da Culpabilidade.

**Sumário** – Introdução. 1. Natureza jurídica controvertida das discriminantes putativas. 2. Teoria da culpabilidade adotada pelo Código Penal. 3. Teoria Limitada da Culpabilidade e as discriminantes putativas no Código Penal. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o tratamento dispensado pelo legislador, responsável pela Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, às discriminantes putativas, previstas no art. 20, §1º, do diploma repressivo.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias a respeito do tema, de modo a conseguir apontar como a solução encampada pelo legislador não foi a adequada e, assim, sugerir a adoção de uma natureza jurídica *sui generis* a ser atribuída a essas discriminantes putativas.

Muito da problemática decorre da expressa adoção pelo legislador da Teoria Limitada da Culpabilidade, o que acabou por situar as discriminantes putativas fáticas em um limbo jurídico, no qual, a despeito de sua classificação enquanto erro de tipo permissivo, seu tratamento acaba por misturar consequências que ora se coadunam com o erro de tipo essencial, ora se coadunam com o erro de proibição, direto ou indireto.

O tema é controvertido na doutrina. Objeto de ampla celeuma dogmática, merecendo atenção de todos os estudiosos da zetéica jurídica, notadamente no âmbito do Direito Penal e da Criminologia.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a controvérsia acerca da natureza jurídica das discriminantes putativas, bem como a relevância dessa discussão. Já no segundo capítulo, será apresentada a opção legislativa adotada pelo legislador, quando da Reforma de 1984 da Parte Geral do Código Penal.

Após, no terceiro capítulo, a presente pesquisa esmiuçar o problema e incoerência advindos da adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade pelo legislador, para, em seguida, apontar uma solução técnica, aceitável e que já encontra respaldo na mais avalizada doutrina pátria.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

## 1. NATUREZA JURÍDICA CONTROVERTIDA DAS DESCRIMINANTES PUTATIVAS

Discriminar, em linhas gerais, é retirar o caráter de ilicitude de uma determinada conduta. Ou, como melhor define Rogério Greco<sup>1</sup>: “Discriminar quer dizer transformar o fato em um indiferente penal. Ou seja, para a lei penal, o fato cometido pelo agente não é tido como criminoso, uma vez que o próprio ordenamento jurídico-penal permitiu que o agente atuasse da maneira como agiu”.

Ou seja: há uma conduta típica, que se pressupõe ilícita, mas que em razão de alguma causa excludente de ilicitude – a maioria delas prevista no art. 23 do Código Penal<sup>2</sup> – deixa de ser ilícita e, portanto, contrária ao ordenamento jurídico. Como se vê, para a didática desse

---

<sup>1</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*, V. 1. Niterói, RJ: Impetus, 2017. p. 411.

<sup>2</sup>BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

trabalho, adotou-se o conceito tripartido do crime. Crime é, portanto, conduta típica, ilícita (ou antijurídica) e culpável.

Esclareça-se, antes de tudo, que não é o objetivo deste trabalho debruçar-se sobre todas as causas excludentes de ilicitude apontadas pela doutrina e pela prática forense. Há infindáveis causas supraleais de ilicitude, como é o caso do consentimento do ofendido, sobre as quais a doutrina nem sempre é uníssona. Nesse momento, procura-se apenas expor a controvérsia em torno da natureza jurídica das chamadas discriminantes putativas, mais especificamente aquela prevista no art. 20, §1º, do Código Penal<sup>3</sup>.

Embora haja dissenso doutrinário acerca de quantas e quais são as causas excludentes de ilicitude, dissenso não há, no entanto, no que se refere à assertiva de que não há crime sem conduta ilícita ou antijurídica. A antijuridicidade ou ilegalidade são, portanto, elementos indispensáveis da configuração de uma conduta que possa ser tida como criminosa.

Ocorre que, para se falar em discriminantes putativas, é necessário, também, que se fale em culpabilidade, o terceiro elemento do conceito tripartido de crime. Culpabilidade nada mais é do que a reprovabilidade do injusto. Não por outra razão que o “potencial conhecimento da ilicitude” é um elemento da culpabilidade. Na culpabilidade, apura-se se o agente tinha potencial conhecimento da ilicitude de sua conduta e, ainda, se lhe seria exigível conduta diversa. A culpabilidade é, portanto, o elemento subjetivo do conceito tripartido de crime, uma vez que leva em consideração aspectos relacionados à pessoa do agente, e não da conduta praticada.

Feitas essas breves considerações, passa-se ao exame das discriminantes putativas e sua natureza jurídica controvertida, notadamente aquela prevista no art. 20, §1º, do Código Penal<sup>4</sup>. Inicialmente, há de se debruçar sobre o termo “putativo”. Putativo é aquilo que se supõe verdadeiro, ou, melhor, aquilo que aparenta ser autêntico. Ou, como melhor define o Dicionário da Língua Portuguesa Houaiss<sup>5</sup>: “pu.ta.ti.vo adj. falsamente atribuído a (alguém ou algo); suposto”.

Já aqui, portanto, é possível deduzir a razão pela qual é tão polêmica e controvertida a natureza jurídica das discriminantes putativas. Se putativo é aquilo que “se supõe verdadeiro”, é inegável sua indissociável conexão com os elementos subjetivos contidos na culpabilidade,

---

<sup>3</sup> Id. Art. 20, §1º do Código Penal Brasileiro: “É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 617.

que, em tese, possibilitam a isenção do agente da pena que lhe seria atribuída, tal como ocorre nas hipóteses de erro de proibição (direto ou indireto), previstas no art. 21, do Código Penal<sup>6</sup>.

De forma sintética, configura-se a discriminante putativa quando um agente age supondo estar acobertado por uma causa excludente de ilicitude. Isto é, age o agente supondo estar agindo, por exemplo, em legítima defesa ou estado de necessidade, quando na verdade não está. As discriminantes putativas são, portanto, excludentes de ilicitude erroneamente imaginadas pelo agente que supõe, por equívoco, uma situação ou norma jurídica que justificariam o equívoco cometido.

E como bem define Luiz Flávio Gomes<sup>7</sup>, o erro nas discriminantes putativas, isto é, o erro que recai sobre qualquer causa de justificação, pode se apresentar sob uma tríplice modalidade:

1.<sup>a</sup>) erro sobre a existência de uma causa de exclusão da ilicitude (não reconhecida pelo ordenamento jurídico); 2.<sup>a</sup>) erro sobre os limites de uma causa de exclusão da ilicitude reconhecida pelo ordenamento jurídico e 3.<sup>a</sup>) erro sobre situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima.

Ocorre que o tratamento dispensado a cada uma dessas modalidades é distinto, a depender da teoria da culpabilidade que se adote. Em outras palavras, a própria natureza jurídica atribuída a cada uma dessas modalidades de erro é distinta a depender da teoria da culpabilidade adotada.

O legislador responsável pela Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 adotou uma teoria, pela qual a natureza jurídica das discriminantes putativas é repartida em dois blocos: as decorrentes dos pressupostos fáticos de um lado – discriminantes putativas por erro de tipo permissivo – e as decorrentes da existência ou limites de uma excludente de ilicitude – discriminantes putativas por erro de proibição indireto.

A problemática da questão pode ser ilustrada de modo simplório: se alguém, de forma justificada, imaginando-se estar coberto pela excludente da legítima defesa, atinge seu arqui-inimigo usando moderadamente dos meios necessários, apenas com o objetivo de repelir a inexistente injusta agressão, atual ou iminente, age em discriminante putativa por erro de tipo permissivo.

Por outro lado, se esse mesmo alguém, de forma justificada, acreditando-se estar diante da mesma injusta agressão, atual ou iminente, atinge seu arqui-inimigo, mas sem usar

---

<sup>6</sup> BRASIL, op. cit. nota 2.

<sup>7</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Erro de Tipo e Erro de Proibição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 225.

moderadamente dos meios necessários, por entender que poderia incorrer em excesso, age em discriminante putativa por erro de proibição – erro de proibição indireto, no caso.

Paralelamente à posição adotada pelo legislador responsável pela Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, há outra teoria, que era até então adotada, que defendia que toda e qualquer hipótese de discriminante putativa seria erro de proibição, o que fazia que a todas as modalidades era dispensado o mesmo tratamento jurídico – a mesma natureza jurídica.

O problema é que, a despeito da opção por uma determinada teoria da culpabilidade, o legislador acabou por inovar nas consequências jurídicas atribuídas a uma dessas hipóteses de erro, misturando consequências jurídicas do erro de tipo com consequências jurídicas do erro de proibição, o que fez com que fosse originado um grande debate em torno da seguinte questão: teria o legislador criado uma terceira espécie de erro? É o que se verá melhor a seguir.

## 2. TEORIA DA CULPABILIDADE ADOTADA PELO CÓDIGO PENAL

Desde a Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, o Brasil passou a adotar a chamada “Teoria Limitada da Culpabilidade”. É o que se extrai do item 17 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal<sup>8</sup>:

17. É, todavia, no tratamento do erro que o princípio *nullum crimen sene culpa* vai aflorar com todo o vigor no direito legislativo brasileiro. Com efeito, acolhe o Projeto, nos artigos 20 e 21, as duas formas básicas de erro construídas pela dogmática alemã: erro sobre elementos do tipo (*Tatbestandsirrtum*) e erro sobre a ilicitude do fato (*Verbotsirrtum*). Definiu-se a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude (parágrafo único do artigo 21), mantendo-se no tocante às discriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominada "teoria limitada da culpabilidade" (Culpabilidade e a Problemática do Erro Jurídico Penal, de Francisco de Assis Toledo, in Rev. Trib. 517/251).

Como se vê, a ideia do legislador, com a adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade, foi a de, justamente, oferecer uma resposta mais adequada à natureza jurídica do erro que recai sobre as causas de justificação. Antes da adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade, isto é, com a adoção da Teoria Extremada da Culpabilidade, todo erro sobre as causas de justificação seria “erro de proibição”. Após a adoção desta teoria, as discriminantes putativas passaram a ostentar ora a natureza jurídica de erro de tipo – no caso, o erro de tipo permissivo –, ora a natureza de erro de proibição – no caso, o erro de proibição indireto.

---

<sup>8</sup> BRASIL. *Exposição de Motivos n° 211*, de 9 de maio de 1983. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaoodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

Com a expressa adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade pelo legislador responsável pela Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, aquela terceira modalidade de erro nas discriminantes putativas, que se refere ao erro sobre situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima, passou a ostentar natureza jurídica de erro de tipo permissivo.

É nesse exato sentido que leciona Cezar Roberto Bitencourt<sup>9</sup>. Como adverte o autor, a Teoria Limitada da Culpabilidade entende que o erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação constitui um erro de tipo permissivo, e teria o mesmo efeito do erro de tipo: exclusão do dolo e permissão da punição como crime culposos, se houver previsão legal. Mas adverte o autor que as demais modalidades continuariam sendo hipóteses de erro de proibição: “No caso, porém, de o erro incidir sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação, configura o erro de proibição, cujas consequências são as já examinadas: exclui a culpabilidade, se inevitável, ou atenua a pena, se evitável”.

De modo geral, é possível atribuir o surgimento da Teoria Extremada da Culpabilidade a partir da reelaboração dos conceitos de dolo e culpabilidade, empreendida pela doutrina finalista da ação. A teoria finalista da ação separa o dolo da consciência da ilicitude, de modo que o elemento dolo, no seu aspecto puramente psicológico, foi transferido da análise da culpabilidade para a análise da tipicidade.

Nesse contexto, sustenta Cezar Roberto Bitencourt<sup>10</sup> que:

Se o erro incidir sobre elemento intelectual do dolo, certamente o excluirá, chamando-se erro de tipo, por recair sobre um dos elementos constitutivos do tipo penal. No entanto, se, nas circunstâncias, o erro incidir sobre a potencial consciência da ilicitude, o dolo continuará intacto, afastando, porém, a culpabilidade, posto que aquela é elemento constitutivo desta. Este erro sobre a ilicitude chama-se erro de proibição.

Pela Teoria Extremada da Culpabilidade, o erro sobre a ilicitude do fato – discriminantes putativas – é sempre erro de proibição. Isso porque, segundo os adeptos dessa teoria, o autor tem conhecimento da realização do tipo (dolo): sabe o que faz, mas erroneamente acredita ser permitido. E acredita por qualquer razão: seja por desconhecer a norma penal, seja por mal interpretá-la, ou, ainda, por supor erroneamente a concorrência de uma causa de justificação, que sabe que existe<sup>11</sup>.

A Teoria Limitada da Culpabilidade – que foi adotada pelo legislador responsável pela Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 –, verdade seja dita, possui inúmeros pontos

---

<sup>9</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de Tipo & Erro de Proibição: uma análise comparativa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 124.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, V. 1: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 493.

em comum com a Teoria Extremada da Culpabilidade. Ambas situam o dolo no tipo e a consciência da ilicitude na culpabilidade. Ambas adotam o erro de tipo como excludente do dolo e admitem, quando for o caso, o crime culposo. Ambas, ainda, defendem o erro de proibição inevitável como causa de exclusão da culpabilidade, sem possibilidade de punição a qualquer título (dolo ou culpa)<sup>12</sup>.

O ponto de divergência entre ambas as teorias reside, justamente, no tratamento do erro sobre as causas justificantes. A divergência reside, justamente, no tratamento dispensado às discriminantes putativas. Enquanto que, para a Teoria Extremada da Culpabilidade, nas várias hipóteses de erro nas discriminantes putativas o agente sempre atua com dolo, não havendo, portanto, possibilidade de sua exclusão, o que configura erro de proibição, para a Teoria Limitada da Culpabilidade nem sempre será assim:

Já a teoria limitada, por sua vez, faz aqui uma distinção entre o erro que recai sobre situação de fato (discriminantes putativas fáticas) e o erro do agente que recai sobre a existência ou limites jurídicos de uma causa de justificação (demais hipóteses de erro nas discriminantes putativas): o primeiro é equiparado ao erro de tipo, com efeito de excluir o dolo, enquanto os dois últimos são tratados como erro de proibição, só excludente ou atenuante de culpabilidade.(...) Em resumo, verifica-se que o ponto de divergência entre as mencionadas teorias reside exclusivamente no tratamento dispensado ao erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, isto é, ao erro de tipo permissivo.<sup>13</sup>

No mesmo sentido, Rogério Greco<sup>14</sup> é categórico ao afirmar que:

A teoria limitada da culpabilidade difere da teoria anterior em um ponto muito importante: para a teoria limitada, se o erro do agente vier a recair sobre uma situação fática, estaremos diante de um erro de tipo, que passa a ser denominado erro de tipo permissivo; caso o erro do agente não recaia sobre uma situação de fato, mas sim sobre os limites ou a própria existência de uma causa de justificação, o erro passa a ser, agora, o de proibição.

A adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade em detrimento da Teoria Extremada da Culpabilidade acabou por originar forte discussão no âmbito doutrinário – o que fez com que muitos autores até questionassem a escolha do ilustre mestre responsável pelo anteprojeto de reforma do Código Penal.

Não por outra razão talvez já tivesse previsto Francisco de Assis Toledo, então Ministro da Justiça – o autor de toda a celeuma que seria gerada em torno das chamadas

---

<sup>12</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 124.

<sup>13</sup> GOMES, op. cit., p. 105-161.

<sup>14</sup> GRECO, op. cit., p. 414-415

discriminantes putativas –, e, assim, tenha consignado no item 19 da Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Código Penal<sup>15</sup>:

19. Repete o Projeto as normas do Código de 1940, pertinentes às denominadas "discriminantes putativas". Ajusta-se, assim, o Projeto à teoria limitada pela culpabilidade, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva. Tal como no Código vigente, admite-se nesta área a figura culposa (artigo 17, § 1º)."

Todavia, mesmo com essa possível previsão de toda a celeuma que seria gerada a partir da escolha da Teoria Limitada da Culpabilidade, fato é que essa tentativa de amenizar os efeitos da escolha não teve o efeito desejado. Foram grandes as consequências e relevantes discussões decorrentes dessa singela escolha.

Luiz Regis Prado<sup>16</sup>, por exemplo, chega a afirmar que a escolha da Teoria Limitada da Culpabilidade seria fruto de uma interpretação "equivoca" do significado da teoria do tipo. Segundo o renomado autor:

Posto que apenas o sujeito capaz de agir de outro modo pode responder pelas consequências de seus atos, e que para aferir essa capacidade faz-se necessário que tenha potencial consciência da ilicitude, é de concluir-se que a responsabilidade penal será maior "quanto mais próximo estiver o sujeito de aceder a esse conhecimento e menor quanto mais longe estiver". Daí ressaí que o erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação deve dar lugar apenas à exclusão da culpabilidade (se inevitável) ou à atenuação da pena (se evitável), e não à atipicidade da conduta, visto que o sujeito conhecia e queria a realização do fato, e estava, portanto, mais próximo da aquisição do conhecimento da ilicitude.

A problemática da escolha pela Teoria Limitada da Culpabilidade pelo legislador responsável pela Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 torna-se ainda mais tortuosa quando se leva em consideração os efeitos previstos pelo legislador para a hipótese de discriminantes putativas previstas no art. 20, § 1º, do Código Penal. Mas essa problemática será melhor exposta mais adiante.

Por ora, o que se deve ter em mente é a clara diferenciação entre cada uma dessas teorias. A Teoria Extremada da Culpabilidade, em linhas gerais, considera dolo e consciência da ilicitude como conceitos completamente distintos. Para esta teoria, o agente atua sempre dolosamente, razão pela qual seria impossível sua punição por crime culposo na eventualidade de erro vencível.

Já a Teoria Limitada da Culpabilidade, que também situa o dolo na análise da tipicidade, ao passo que situa a consciência da ilicitude na análise da culpabilidade, visualiza a

---

<sup>15</sup> BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>16</sup> PRADO, op. cit., p. 493.

figura do erro sobre dois ângulos distintos. Ela se diferencia da Teoria Extremada da Culpabilidade apenas no que se refere ao erro sobre pressupostos fáticos de uma causa de justificação, isto é, na figura do erro de tipo permissivo.

### 3. A TEORIA LIMITADA DA CULPABILIDADE E AS DESCRIMINANTES PUTATIVAS NO CÓDIGO PENAL

Como visto, a principal consequência prática da discussão em torno da Teoria Extremada e Teoria Limitada da Culpabilidade refere-se ao tratamento dispensado à modalidade de discriminante putativa relacionada ao erro que recai sobre a situação de fato (discriminante putativa fática), e não sobre o erro que recai sobre a existência ou limites jurídicos de uma causa de justificação.

Para a Teoria Limitada da Culpabilidade, o erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação tem natureza jurídica de erro de tipo. Mais especificamente, erro de tipo permissivo que, como acontece nas demais hipóteses de erro de tipo, deveria acarretar a exclusão do dolo e, a depender do caso, permitir a punição do agente pela modalidade culposa do crime, caso haja previsão legal<sup>17</sup>.

Por outro lado, caso o erro do agente recaia sobre os limites ou a própria existência de uma causa de justificação – como a legítima defesa da honra, antigamente invocada naqueles casos em que o marido mata o amante de sua mulher, supondo estar acobertado por uma causa excludente de ilicitude –, o erro passa a ser de proibição. E, no erro de proibição, como leciona Cezar Roberto Bitencourt<sup>18</sup>, a consequência é outra:

Ele anula a consciência da ilicitude, que agora está na culpabilidade. Logo, o erro de proibição, quando inevitável, exclui a culpabilidade. E como não há crime sem culpabilidade, o erro de proibição inevitável, impede a condenação, a qualquer título. Se o erro de proibição for evitável, atenua a pena, mas a condenação se impõe, por crime doloso, por não ser admissível uma ação dolosa-culposa ao mesmo tempo.

A doutrina distingue o erro de tipo em erro de tipo invencível (escusável, justificável, inevitável) e erro de tipo vencível (inescusável, injustificável, evitável). E como leciona Rogério Greco, ocorre o erro de tipo invencível quando o agente, nas circunstâncias em que se encontrava, não tinha como evita-lo, mesmo tomando todas as cautelas necessárias. Já em relação ao erro de tipo vencível ou inescusável, sustenta o renomado autor que este se configura

---

<sup>17</sup> BITENCOURT, op. cit. p. 124.

<sup>18</sup> Ibid., p. 123.

naquelas situações em que, se o agente tivesse atuado com maior diligência, com maior cautela, poderia ter evitado o resultado danoso<sup>19</sup>.

Sendo invencível o erro de tipo, não só o dolo estará excluído, como também o agente nunca será responsabilizado a título de culpa. Já, por outro lado, sendo vencível o erro de tipo, isto é, se o resultado pudesse ter sido evitado caso o agente tivesse atuado com maior diligência, este só responderia a título culposo, caso seja possível sua responsabilização a título culposo, uma vez que nem todos os crimes do ordenamento admitem a modalidade culposa<sup>20</sup>.

Como adiantado, paralelamente ao erro de tipo, em que hodiernamente se exclui o dolo da conduta do agente, mas se permite sua responsabilização por crime culposo, a depender do caso concreto, existe o erro de proibição – também conhecido como erro sobre a ilicitude do fato.

O erro de proibição subdivide-se em: (i) direto; (ii) indireto; e (iii) mandamental. Será erro de proibição direto aquele que recai sobre conteúdo proibitivo de uma norma penal, isto é, quando alguém, por erro inevitável, realiza uma conduta proibida, seja por desconhecer a norma proibitiva, ou por conhece-la mal, ou, ainda, por não compreender o seu verdadeiro âmbito de incidência. Já o erro de proibição mandamental é aquele que incide sobre o mandamento contido nos crimes omissivos, sejam estes crimes omissivos próprios ou impróprios<sup>21</sup>.

Por sua vez, erro de proibição indireto é aquele em que o agente erra por supor, erroneamente, estar acobertado por uma causa de justificação inexistente, ou, ao menos, acerca dos limites de uma causa existente. Esse erro de proibição indireto é aquele que mais se relaciona com o erro de tipo permissivo, constante das descriminantes putativas. A existência desse tipo de erro de proibição é a principal consequência da adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade pelo ordenamento jurídico brasileiro<sup>22</sup>.

Em virtude da adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade pelo legislador responsável pela Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, o erro nas descriminantes putativas deveria receber o seguinte tratamento: o erro sobre a existência ou limites jurídicos de uma causa de justificação deveria ser tratado como erro de proibição indireto, ao passo que o erro que recai sobre uma situação de fato deveria ser tratado como erro de tipo – no caso, erro de tipo permissivo, previsto no art. 20, §1º, do Código Penal<sup>23</sup>, que dispõe que é “isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se

---

<sup>19</sup> GRECO, op. cit., p. 407

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> BITENCOURT, op. cit. p. 143.

<sup>22</sup> Ibid., p. 144.

<sup>23</sup> BRASIL, op. cit. nota 2

existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo”.

Ocorre que, para a surpresa de muitos, não foi bem isso o que fez o legislador. Com efeito, a despeito da expressa adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade, o tratamento dispensado ao erro que recai sobre pressupostos fáticos de uma causa de justificação – o erro de tipo permissivo, previsto no art. 20, §1º, do Código Penal<sup>24</sup> – não foi o mesmo dispensado às demais hipóteses de erro de tipo, estas previstas no caput do art. 20, do Código Penal<sup>25</sup>.

Não foi outra a constatação de Cezar Roberto Bitencourt<sup>26</sup> ao examinar o limbo jurídico em que o legislador inseriu o erro de tipo permissivo:

Quando o objeto do erro for um pressuposto de uma causa de justificação, afirma-se, ocorre erro de tipo permissivo. Essa modalidade de erro, causa de calorosos debates, apresenta uma verdadeira vexata quaestio: seria erro de tipo ou, quem sabe, uma terceira modalidade de erro? Com efeito, há efetivamente um misto de erro de tipo e erro de proibição indireto, podendo-se afirmar que se trata de um erro eclético, com estrutura parecida com o erro de tipo, mas com consequência semelhante ao erro de proibição.

Luiz Flávio Gomes<sup>27</sup>, no mesmo sentido de Cezar Roberto Bitencourt, defende a natureza desse erro de tipo permissivo como erro *sui generis*, já fazendo a advertência de que esse tratamento dispensado à discriminante putativa fática seria corolário da adoção de uma terceira teoria, que não a Teoria Limitada ou Extremada da Culpabilidade:

Justifica-se o tratamento do erro de tipo permissivo como erro *sui generis* porque, de um lado, ele não se identifica com o erro de tipo (incriminador) e, de outro, porque, embora incidente sobre a consciência da ilicitude, ele merece tratamento penal diferenciado do erro de proibição indireto (que acontece nas duas outras hipóteses de erro nas discriminantes putativas). E esse tratamento penal diferenciado lhe foi conferido pelo nosso Código Penal, no art. 20, §1º, ao qual dogmaticamente parece ajustar-se com perfeição a “teoria da culpabilidade que remete à consequência jurídica”

Essa circunstância é a principal singularidade decorrente da adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade pela Reforma do Código Penal de 1984: embora tenha se passado a atribuir às discriminantes putativas o tratamento de “erro de tipo”, ou, mais especificamente, “erro de tipo permissivo”, as consequências previstas para sua configuração acabaram por confundir os dois institutos. Em linhas gerais, o que fez o legislador foi determinar que se o erro de tipo permissivo das discriminantes putativas for invencível (escusável ou inevitável), aplica-se a

---

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 134.

<sup>27</sup> GOMES, op. cit., p. 184.

exata mesma consequência do erro de proibição invencível (escusável ou inevitável), isentando o agente da pena, isto é, retirando sua culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Agora se, por outro lado, o erro de tipo permissivo das discriminantes putativas é vencível (inescusável ou evitável), aplica-se a exata mesma consequência do erro de tipo vencível (inescusável ou evitável), permitindo a punição do agente a título culposo, caso haja previsão legal. Diante desse quadro, Cezar Roberto Bitencourt<sup>28</sup> não tem dúvidas de que esse “erro de tipo permissivo” constitui uma terceira espécie de erro:

Na realidade, não seria exagero afirmar que o “erro de tipo permissivo” constitui uma terceira espécie de erro. Seria um misto de erro de tipo e erro de proibição indireto. O próprio Jescheck sustenta que a similitude com o erro de tipo reside na sua estrutura, na medida em que também se refere a elementos normativos e descritivos de uma proposição jurídica, ao passo que a semelhança com o erro de proibição indireto situa-se na sua consequência: o conhecimento do tipo não sofre nenhum prejuízo.

Essa opção gerou inúmeros questionamentos razoáveis: se a principal função do erro de tipo é a exclusão do dolo, como o erro de tipo permissivo das discriminantes putativas, originado a partir da adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade, não se presta a esse fim? Com efeito, o erro de tipo permissivo provocou uma indesejável confusão entre os institutos do erro de tipo e do erro de proibição, o que fez com que autores, como Luiz Flavio Gomes sugerissem a adoção de uma nova teoria.

De fato, como leciona Luiz Flávio Gomes<sup>29</sup>, o erro de tipo permissivo está disciplinado no Código Penal como erro de proibição *sui generis*, inconfundível com as demais hipóteses de erro de proibição. Embora ele também afete a consciência da licitude – uma vez que isenta o agente de pena, em caso de erro escusável –, ele, por outro lado, permite a punição do agente pelo crime culposo, se houver previsão legal, em caso de erro inescusável, tal como ocorre com o erro de tipo:

Várias são as teorias que disputam primazia de tratamento do erro do tipo permissivo (teoria dos elementos negativos do tipo, teorias do dolo, teoria extremada da culpabilidade, teoria limitada da culpabilidade), mas a teoria correta, salienta Jescheck, “é a que, com aceitação crescente, entende que o erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação reconhecida unicamente pode subsumir-se no §16 (equivalente ao art. 20 do nosso CP) no que diz respeito à sua consequência jurídica, de modo que o autor, ainda que tenha realizado um delito doloso, só pode ser castigado por imprudência (teoria da culpabilidade que remete à consequência jurídica)”

---

<sup>28</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 138.

<sup>29</sup> GOMES, op. cit., p. 189-190.

Como bem arremata Luiz Flávio Gomes<sup>30</sup>, o erro de tipo permissivo, previsto no §1º, do art. 20, do Código Penal<sup>31</sup>, a despeito da expressa tentativa de adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade, não recebeu tratamento de erro de tipo. Ele está, na verdade, tratado como uma espécie de erro *sui generis*, inconfundível, também, com o erro de proibição direto ou indireto – embora o próprio autor reconheça que ele está muito mais próximo de um erro de proibição do que de um erro de tipo –, de forma que a Teoria da Culpabilidade que remete à consequência jurídica é a mais coerente com as disposições de nosso Código Penal:

O erro de tipo permissivo, segundo a moderna visão da culpabilidade, não é um erro de tipo incriminador excludente do dolo nem pode ser tratado como erro de proibição: é um erro *sui generis* (recte: erro de proibição *sui generis*). Para a teoria em destaque, o erro de tipo permissivo invencível leva à isenção da pena (exclusão da culpabilidade total), enquanto o vencível implica a punição do agente com a pena do crime culposo (culpabilidade negligente), se concretamente esta for cominada para o caso específico. Esta solução apresentada pela “teoria da culpabilidade que remete à consequência jurídica” é a que, segundo penso, está inteiramente de acordo com o nosso *ius positum*. É ela que, adequadamente ao Código Penal brasileiro, explica a natureza jurídica, as características e as consequências do erro nas discriminantes putativas (= do erro de tipo permissivo), disciplinado no art. 20, §1º, do CP.

Embora destinada a conferir o “melhor tratamento” às discriminantes putativas fáticas, a expressa adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade pelo legislador, como se vê, não se coaduna com o tratamento que ele próprio dispensou a elas, enquanto erro de tipo permissivo, no §1º, do art. 20, do Código Penal<sup>32</sup>

## CONCLUSÃO

O presente trabalho demonstrou que as três hipóteses de erro nas discriminantes putativas – erro sobre uma causa de justificação, erro sobre os limites de uma causa de justificação e o erro sobre situação de fato que autorizaria a invocação de uma causa excludente de ilicitude – seriam todas tratadas de igual forma, caso o legislador responsável pela Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 tivesse optado pela adoção da chamada Teoria Extremada da Culpabilidade. Todas as três hipóteses seriam tratadas como erro de proibição – mais especificamente como erro de proibição indireto – cuja consequência seria a isenção de pena (exclusão da culpabilidade), em caso de erro invencível (escusável ou inevitável), ou a possibilidade de redução de sua pena, em caso de erro vencível (inescusável ou evitável). Pela

---

<sup>30</sup> Ibid., p. 199-200.

<sup>31</sup> BRASIL, op. cit. nota 2.

<sup>32</sup> Ibid.

Teoria Extremada da Culpabilidade, seria impossível a punição do agente a título culposo em qualquer das hipóteses de discriminantes putativas.

Ocorre que, em virtude de uma expressa adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade pelo legislador, aquele erro que versa sobre a situação de fato que, em tese, autorizaria a invocação de uma causa excludente de ilicitude deveria ter a mesma natureza do chamado erro de tipo – ou, melhor dizendo, erro de tipo permissivo – cuja principal consequência seria a exclusão do dolo e permissão da punição a título de crime culposo, caso haja previsão legal da modalidade culposa, e o erro não seja invencível (escusável ou inevitável).

E a despeito da expressa adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade pelo legislador, não foi bem esse o tratamento dispensado às discriminantes putativas fáticas. O tratamento conferido ao erro que recai sobre pressupostos de uma causa de justificação não foi o mesmo dispensado às demais hipóteses de erro de tipo. O legislador conferiu um tratamento ao erro de tipo permissivo que o situou em uma espécie de limbo jurídico: uma mistura entre o tratamento conferido às hipóteses de erro de tipo e hipóteses de erro de proibição. Ademais, o erro de tipo permissivo recebeu um tratamento muito mais próximo do erro de proibição do que do erro de tipo essencial.

Essa circunstância fez com que a doutrina sugerisse que o erro de tipo permissivo seria, na verdade, uma terceira espécie de erro. Um erro *sui generis*, que seria incompatível com a adoção expressa da Teoria Limitada da Culpabilidade.

De fato, a incompatibilidade é evidente, haja vista a proximidade muito maior do erro de tipo permissivo com o erro de proibição do que com as demais hipóteses de erro de tipo essencial.

Assim, à luz de tais considerações, a teoria da culpabilidade que melhor se identifica e coaduna com as disposições do Código Penal não é a Teoria Limitada, nem a Teoria Extremada da Culpabilidade. A teoria mais apropriada é a Teoria da Culpabilidade que remete à Consequência Jurídica.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Exposição de Motivos n° 211, de 9 de maio de 1983*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo & erro de proibição: uma análise comparativa*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *Erro de Tipo e Erro de Proibição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério; *Curso de Direito Penal: parte geral*, V. 1. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, V. 1: parte geral, arts. 1° a 120. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.