

# A DÚVIDA SOBRE A ILICITUDE COMO ERRO DE PROIBIÇÃO: UMA PEQUENA CONTRIBUIÇÃO PARA OS SEUS FUNDAMENTOS

THE DOUBT ABOUT THE WRONGFULNESS AS A MISTAKE OF LAW:  
A SMALL CONTRIBUTION TO ITS GROUNDS

## Thiago Rocha de Rezende

Doutorando e Mestre em Direito Penal pela UERJ. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1955187887202661>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5053-0873>

[1.thiago.rocha.rezende@gmail.com](mailto:1.thiago.rocha.rezende@gmail.com)

**Resumo:** A chegada ao Brasil das ideias de Alair Leite sobre a dúvida e o erro de proibição fez com que renomados autores tivessem que alterar seus manuais para adotá-las. Nada além do justo: ideias brilhantes propostas em um dos lugares dogmáticos que mais necessitava delas. O que este trabalho pretende fazer é um pequeno debate sobre uma objeção bastante específica a essa proposição – a comparação entre o conhecimento eventual sobre os elementos do tipo, que denota dolo eventual e exclui o erro de tipo, e sobre a ilicitude, que nessa proposta constitui o erro de proibição –, confirmando o acerto da proposta de Leite, mas apresentando um novo argumento para a sua fundamentação.

**Palavras-chave:** Dúvida; Consciência eventual; Erro de proibição; Dolo.

**Abstract:** The arrival in Brazil of Alair Leite's ideas on doubt and prohibition error caused renowned authors to have to alter their manuals to adopt them. Nothing but fair: brilliant ideas stated in one of the systematic categories that most needed them. This paper intends to briefly discuss a specific objection to that proposal – the comparison between the eventual knowledge about the elements of the offense, that denotes *dolus eventualis* and excludes the mistake about those elements, and about the unlawfulness, that in this proposal institutes the mistake about the unlawfulness –, confirming Leite's proposal, but presenting a fresh argument to substantiate it.

**Keywords:** Doubt; Eventual knowledge; Mistake of law; Dolus.

Em 2013, **Alair Leite** lançou sua obra "Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido", fruto da sua dissertação de mestrado junto à Universidade Ludwig-Maximilians, sob orientação do professor **Claus Roxin**. Nela, o autor apresenta ao público brasileiro a sua proposição de que a dúvida sobre a proibição é um legítimo caso de erro de proibição, de modo que a doutrina deve dirigir os seus esforços para definir, com clareza, os critérios de evitabilidade dessa dúvida (LEITE, 2013, p. 140-141).

Para entender o mérito dessa proposta, é preciso levar em consideração o tratamento dado à matéria pela doutrina dominante. Essa entende que a dúvida seria um conhecimento eventual da antijuridicidade, suficiente para excluir o erro de proibição. O sujeito em dúvida teria o dever de abdicar da prática da conduta – as dúvidas sobre a infração do dever necessitariam ser resolvidas em favor do cumprimento de tal dever. Logo, a proposição dominante é de que o sujeito em dúvida sobre a proibição deveria ser responsabilizado como se tivesse o conhecimento seguro dela (por exemplo, SILVA SÁNCHEZ, 1987, p. 648-649).

Olhando para tal cenário, **Leite** faz críticas bastante contundentes, tanto no âmbito dogmático quanto no âmbito político-criminal. Uma das suas críticas, considerada aqui como a mais incisiva, é no sentido de uma obsessão pela proibição. Se o sujeito tem dúvida sobre a proibição da sua conduta, existe a possibilidade de ela ser

proibida, mas também existe a possibilidade de ela ser permitida – *ex ante*, as duas possibilidades existem. Nesse contexto, mesmo ante as duas possibilidades, a doutrina dominante afirma que o sujeito teria o dever de se abster da conduta. Ocorre que isso seria bastante problemático para os casos em que a conduta era, na verdade, permitida – nesses casos, o Direito Penal estaria proibindo o permitido. Se determinadas ações, apesar de aparentemente proibidas, eram permitidas, como se justifica que o Direito Penal tenha limitado o espaço de atuação do sujeito em relação a elas, proibindo-o de praticá-las? A doutrina dominante não percebe esse problema, conforme explica **Leite**, porque está em uma obsessão pela proibição: ao exigir a abstenção, ela tem como foco confirmar a proibição de ações aparentemente proibidas que, *ex post*, se revelam como efetivamente proibidas, sem perceber (ou sem se importar com o fato de) que acaba também criando uma proibição para ações que, *ex post*, se revelam como permitidas (LEITE, 2013, p. 27). É a partir de críticas como essa que o autor esvazia a doutrina dominante e prepara o terreno para apresentar a sua proposta, qual seja, de considerar a dúvida acerca da proibição como erro de proibição.

A proposta foi muito bem recebida pela doutrina brasileira. **Juarez Cirino dos Santos** (2018, p. 326), por exemplo, subscreve a proposta de **Leite**, afirmando que a posição repressiva da doutrina majoritária foi desafiada pelo jovem jurista brasileiro, o qual demonstrou que

toda dúvida sobre a proibição configura autêntico erro de proibição. Outro exemplo pode ser visto em **João Paulo Martinelli** e **Leonardo Schmitt de Bem** (2021, p. 832), que também subscrevem à proposta de **Leite**, afirmando que a dúvida sobre a proibição é um dos problemas mais interessantes e menos estudados na matéria do erro e que, no estudo de tal problema, destaca-se a sua obra. A boa recepção é absolutamente justa, uma vez que se trata de um trabalho que empurra a matéria do erro para um tratamento em maior conformidade com um Estado de Direito, o que, por si só, já torna a sua aceitação necessária.

Ocorre que qualquer mudança em uma categoria do delito pode gerar ruídos em outras e nesse caso não é diferente. Mais especificamente: após a aceitação da proposta de **Leite** no âmbito da consciência da ilicitude, quais são os efeitos no âmbito da consciência referente ao dolo? De uma forma geral, pode-se olhar para o erro de proibição da seguinte forma: o erro de proibição inevitável ocorre quando o sujeito não tinha a possibilidade de conhecer a ilicitude da conduta – falta conhecimento potencial da proibição; o erro de proibição evitável ocorre quando o sujeito tinha a possibilidade de conhecer a ilicitude da conduta, porém, não a conhecia – há conhecimento potencial, mas falta conhecimento efetivo da proibição; a inexistência de erro de proibição ocorre quando o sujeito conhece a ilicitude da conduta – há conhecimento efetivo da proibição. A proposta de **Leite** é no sentido de que a dúvida acerca da proibição constitui erro de proibição. Isto quer dizer que a falta de certeza acerca da ilicitude exclui o conhecimento efetivo dela. Nesse cenário, trocando-se o objeto dogmático “ilicitude” pelo objeto dogmático “elementos objetivos do tipo”, pode-se dizer, igualmente, que a falta de certeza acerca de qualquer elemento objetivo do tipo exclui o conhecimento efetivo dele e, portanto, exclui o dolo?

Desde ao menos **Platzgummer**, é sabido que a consciência é uma grandeza variável, devendo-se aceitar, para a afirmação do dolo, formas menos intensas de atenção e consciência (MARTELETO FILHO, 2019, p. 428). Assim, para o dolo, não é sempre necessário que o sujeito tenha prestado plena atenção, que tenha feito uma profunda reflexão ou mesmo que tenha plena certeza sobre todos os elementos objetivos do tipo. Portanto, a resposta à pergunta do parágrafo anterior é negativa: a falta de certeza acerca de um elemento do tipo não conduz, necessariamente, à exclusão do dolo.

Veja-se que os dois autores já citados, que subscrevem a proposta de **Leite**, parecem concordar que o dolo não exige plena certeza dos elementos objetivos do tipo. **Martinelli** e **Schmitt de Bem** (2021, p. 620) afirmam, na esteira da tese de doutorado de **Guilherme Lucchesi** (2017), que parte dos casos em que os tribunais pátrios aplicam a cegueira deliberada seria correspondente ao dolo eventual, enquanto outra parte seria uma ampliação indevida do alcance do tipo penal – punição da culpa como dolo. Considerando que a cegueira deliberada foi desenvolvida para punir os agentes que deliberadamente evitaram a sua certeza acerca de um fato,<sup>1</sup> pode-se dizer que os autores, ao afirmarem que parte desses casos é compatível com o dolo eventual, entendem que o dolo não necessita sempre de certeza. **Cirino dos Santos** (2018, p. 161-162), por sua vez, fala expressamente sobre a intensidade da representação dos elementos do tipo, satisfazendo-se com níveis mais baixos em alguns casos, como nos de coconsciência. Assim, parece que o autor concorda com a premissa de que a consciência é uma grandeza variável e de que níveis mais baixos de intensidade da representação, como algo menor do que a certeza plena, podem ser suficientes para a afirmação do dolo.

Aliás, negar o dolo na inexistência de certeza geraria uma larga inviabilidade do dolo eventual. Conforme **Zaffaroni** e **Pierangeli** (2019, p. 447), os casos mais comuns de dolo eventual ocorrem

quando o sujeito não conhece com certeza a existência dos elementos requeridos pelo tipo objetivo – dúvida –, mas ainda assim age, aceitando a possibilidade da existência deles. Aquele que incendeia um campo para resgatar um seguro sabendo que ali mora uma família, ainda que não tenha certeza de que a família está em casa no momento e, portanto, não tenha certeza de que está matando alguém, ainda assim age com dolo eventual.

É nesse quadro que se coloca a questão: no âmbito da consciência dos elementos do tipo, tem-se que a dúvida não exclui o conhecimento efetivo; no âmbito da consciência proibição, porém, ao se aceitar a proposta de **Leite**, tem-se que a dúvida sempre exclui o conhecimento efetivo. Vê-se, assim, que o próprio conceito de conhecimento variaria conforme a categoria do crime, de modo que, no âmbito do tipo, o conhecimento efetivo seria compatível com a dúvida, ao passo que, no âmbito da proibição, não seria.

**Alaor Leite** tenta resolver a questão a partir da separação entre injusto e culpabilidade. O que se faz no plano do injusto é delimitar esferas de liberdade e a mera possibilidade de lesionar outrem já é uma boa razão para renunciar ao projeto de comportamento, delimitando-se a liberdade de atuação nesses casos. Já na culpabilidade, verifica-se se o autor individual merece pena, momento em que o injusto já está confirmado. Isso implica no seguinte: ao se permitir que a dúvida sobre os elementos do tipo seja equiparável ao erro de tipo, caso o erro seja inevitável – excludente da tipicidade –, imputa-se à vítima um dever de tolerância e inviabiliza-se a sua legítima defesa; por outro lado, a absolvição do autor em dúvida sobre a ilicitude por erro de proibição não deixa a vítima desprotegida, uma vez que não instaura nenhum dever de tolerância, permitindo a legítima defesa. A diferença se justificaria, portanto, pelo dever de renunciar ao comportamento ante a possibilidade de lesão de outrem e pela necessidade de proteção de vítima (LEITE, 2013, p. 91). A conclusão dessa resolução consta, sinteticamente, na apresentação que **Leite** faz da 2ª edição do livro: “[...] a dúvida no plano do dolo é, em princípio, dolo eventual e não erro de tipo, ao contrário da dúvida sobre a proibição, que, a meu ver, é caso de erro de proibição.” (LEITE, 2014, p. XXII).

É bem verdade que injusto e culpabilidade estão em planos diversos e que a questão merece soluções que vão além de analogias rasas. Porém, isso não significa permitir uma larga incoerência sistemática, como se conhecimento no âmbito do dolo fosse um conceito e conhecimento no âmbito da culpabilidade fosse outro, completamente diferente. Conhecimento é conhecimento, seja ele referido aos elementos do tipo ou à ilicitude. A implicação de que conhecer, para a tipicidade, não exigiria certeza enquanto, para a culpabilidade, exigiria, efetivamente é um problema. Sem uma boa justificativa para essa diferença, está-se diante de uma inconsistência no sistema. É para resolver isso que vem a resolução de **Leite**.

Tal resolução, porém, não parece ser a mais adequada. Primeiramente, a afirmação de que a vítima não pode se defender legitimamente de alguém que atua em erro de tipo é correta, pois a legítima defesa exige a atuação injusta do agressor. Porém, afirmar a partir disso que a vítima ficaria desamparada já não parece mais estar tão correto – a vítima poderia se valer do estado de necessidade defensivo, que não exige uma ação injusta do agressor, bastando a existência do perigo. Portanto, ainda que excluída a legítima defesa, a vítima pode ter a sua atuação igualmente justificada pelo estado de necessidade, não ficando desamparada. Assim, vê-se que a alegada desproteção da vítima não pode fundamentar a diferença pois a vítima que pode se valer do estado de necessidade está tão protegida quanto aquela que pode se valer da legítima defesa.

Entretanto, mesmo que a vítima só tivesse a legítima defesa à sua disposição, afirmar o dolo unicamente devido a uma necessidade protetiva da vítima parece abrir a porta para uma intervenção

excessiva. Perceba-se que nenhum erro de tipo está sujeito à legítima defesa, de modo que, levado ao extremo, esse argumento excluiria todo e qualquer erro de tipo, já que afirmá-lo deixaria a vítima desprotegida. E é exatamente para evitar que o argumento se estenda até aí que **Leite** introduz a consideração da possibilidade de lesão a bem jurídico – conhecer tal possibilidade já seria motivo suficiente para abdicar da ação. Assim, a necessidade protetiva não excluiria o erro de tipo em todos os casos, mas somente naqueles em que o autor conhecia a possibilidade de lesão. Com tal argumento, porém, **Leite** acaba entrando em um conflito de coerência: ele foca demais nos casos em que, *ex post*, o bem jurídico foi efetivamente lesado e pouco nos casos em que a lesão, apesar de prevista como possível, não se produziria e o sujeito estaria em pleno exercício de liberdade, que foi exatamente o que ele flagrou criticamente na doutrina dominante em relação ao erro de proibição.

Em face disso, o presente trabalho desenvolve uma justificativa alternativa para que tal diferença não seja vista como uma incoerência. Seja no dolo ou na consciência da ilicitude, o grande problema que se origina em admitir, para o conhecimento efetivo, menos do que a certeza é quantitativo: se não é exigida plena segurança no conhecimento, quão seguro, então, deve ser tal conhecimento para se poder falar em um conhecimento efetivo? Ocorre que, no âmbito do dolo, há um ponto de referência bastante satisfatório para orientar a resposta a tal pergunta, qual seja, o domínio sobre a realização do fato.

**Luís Greco** (2009, p. 891-892; 895) já propunha isso em uma perspectiva normativo-atributiva de dolo.<sup>2</sup> Conforme o autor, o que marca a diferença entre o dolo e a culpa é o domínio sobre a realização do fato. Aquele que sabe o que faz e o que pode decorrer do seu agir controla, em um certo sentido, aquilo que faz e o que pode decorrer do seu fazer. O agente que dispõe desse domínio, portanto, detém nas mãos o poder de decidir que curso a ação tomará, tendo também mais responsabilidade pela prática dessa ação do que aquele que não tinha o mesmo poder em mãos. Por isso, quem não domina o fato deve responder por culpa enquanto aquele que domina a realização do fato deve responder por dolo. Nesse cenário, para haver dolo, deve haver tanto conhecimento quanto necessário para que o agente domine a realização do fato.

É possível extrair uma conclusão similar, mas a partir de fundamentos diversos, da obra de **Juarez Tavares** (2018, p. 261-264), adotando um conceito psicológico-descritivo de dolo. Conforme o autor, o

que marca a diferença entre o dolo e a culpa também é o domínio dos fatos, porém, tal domínio não se situa no conhecimento, e sim na vontade – o sujeito só controla os fatos quando volitivamente os dirige. É a vontade consciente que domina a causalidade. A partir disso, pode-se dizer que o conhecimento efetivo é aquele conhecimento suficiente para que o sujeito possa dominar a realização do fato, ou seja, para que a vontade possa se orientar e dominar os meios causais em direção à finalidade.

Assim, seja a partir de um conceito atributivo-normativo ou psicológico-descritivo de dolo, há um ponto de referência bastante forte para determinar quanto conhecimento é necessário para se falar em conhecimento efetivo: esse é o conhecimento suficiente para permitir ao sujeito o domínio sobre a realização do fato. É isso que permite ao dolo não exigir uma certeza plena para o conhecimento efetivo, um ponto de referência satisfatório e coerente. A partir do momento em que a linha divisória entre dolo e culpa está vinculada ao domínio, pode-se dizer que conhece efetivamente, fazendo jus ao reconhecimento do dolo, quem conhece o suficiente para dominar. Logo, se a dúvida deixa intacta a possibilidade de dominar a realização do fato, há conhecimento efetivo, apesar da dúvida.

No âmbito da proibição, porém, não há um ponto de referência desse tipo. Quanto de conhecimento seria necessário para se falar que alguém conhece efetivamente a proibição? Não há qualquer conceito seguro que oriente na resposta a essa pergunta. Em tal cenário, não se pode permitir à consciência da proibição, tal qual se permite à consciência dos elementos do tipo, uma exigência menor do que a certeza. Se não é possível dizer quanto conhecimento seria suficiente para o conhecimento efetivo da proibição, então a falta de certeza realmente deveria excluir o conhecimento efetivo da proibição.

A partir disso, a tese de **Leite** – de que a dúvida sobre a proibição constitui erro de proibição – pode ser afirmada sem que se entre em uma incoerência sistemática relativa ao conhecimento no dolo. Nesse, a consciência eventual opera para excluir o erro de tipo, mas na consciência da ilicitude, ela confirma o erro de proibição, diferença justificada pelo argumento de que, no dolo, há um parâmetro claro para orientar o *quantum* de conhecimento necessário – domínio sobre a realização do fato –, parâmetro inexistente para a consciência da ilicitude. Eis a pequena contribuição que este trabalho pretende dar para, concordando com a tese de **Leite**, oferecer um novo argumento sistemático em seu favor.

## Notas

<sup>1</sup> De forma mais detalhada, tem-se que a cegueira deliberada foi desenvolvida para, naqueles crimes (*offenses*) que exigem conhecimento (*knowledge*), punir o autor que deliberadamente evitou o seu conhecimento do fato como se tivesse o conhecido. O conhecimento no sistema anglo-americano, por sua vez, é incompatível com a dúvida – se há dúvida, não há *knowledge*. Veja-se, detalhadamente, em Robbins

(1990). Assim, ao afirmarem que parte desses casos, em que não há certeza dos fatos, é compatível com o dolo eventual, entende-se que os autores estão concordando que o dolo não exige necessariamente certeza dos fatos.

<sup>2</sup> O presente trabalho não se filia a esse conceito normativo-atributivo de dolo, e sim a um conceito psicológico-descritivo de dolo.

## Referências

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte et al. (orgs.). *Liber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário*: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009.

LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal*: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido. São Paulo: Atlas, 2013.

LEITE, Alaor. Apresentação à 2ª edição. In: LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal*: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo*: o problema da chamada "cegueira deliberada". 2017. 366 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

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. 2019. 618 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal*: lições fundamentais – parte geral. 6. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

ROBBINS, Ira P. The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal *mens rea*. *Journal of Criminal Law & Criminology*, Chicago, v. 81, n. 2, p. 191-234, 1990.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuricidad. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 40, n. 3, p. 647-663, set./dez. 1987.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Recebido em: 06.10.2022 - Aprovado em: 22.12.2022 - Versão final: 03.02.2023