

FERNANDO ELEUTÉRIO

**ALGUNS ASPECTOS DO ERRO
EM DIREITO PENAL**

**CURITIBA
2000**

FERNANDO ELEUTÉRIO

**ALGUNS ASPECTOS DO ERRO
EM DIREITO PENAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Curso de Mestrado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. UFPR.

Orientador: Professor Dr. Luiz Alberto Machado

**CURITIBA
2000**

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDO ELEUTÉRIO

ALGUNS ASPECTOS DO ERRO EM DIREITO PENAL

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Mestrado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná (UFPR), pela

Comissão formada pelos professores :



Orientador: Prof. Dr. Luiz Alberto Machado
Universidade Federal do Paraná



Prof. Dr. Gustavo Fruet
Universidade Federal do Paraná



Prof. Dr. Ivan Guérios Cury
Universidade Federal do Paraná

Dedico este trabalho

Aos meus pais:

Joanino, pai, irmão, sócio,
meu eterno amigo...

e Ivone, mãe, alma sublime, meiga,
benevolente e carinhosa...

A ambos, pela vida, pelo amor,
pelo incentivo,
por serem um exemplo de
vida à ser seguido por todos.
Meus primeiros Mestres.

Para:

Meus filhos

Maria Fernanda e Joanino Neto,

Por serem os frutos e fazerem parte da
minha vida; pelo amor, compreensão e
carinho.

Para

os parentes e amigos que perdi
na árdua caminhada da vida.

AGRADECIMENTOS

Em toda a minha caminhada pessoal e profissional, muito recebi. A cada passo, fui aprendendo que o esforço é a base para a construção daquilo que nos tornamos. Agora, ao final de mais esta etapa, é chegada a hora de agradecer:

A DEUS, pelo sopro da vida.

Ao professor **Dr. Luiz Alberto Machado**, pela orientação competente durante toda a elaboração deste trabalho.

Aos professores **Dr. René Ariel Dotti** e **Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**, professores e amigos.

Aos colegas do Mestrado, pelo encontro, reencontro e pela partilha de idéias.

A TODOS e a CADA UM, meu sincero agradecimento.

S U M Á R I O

MONTESQUIEU.....	viii
RESUMO.....	ix
ABSTRACT.....	xi
ZUSAMMENFASSUNG.....	xii
INTRODUÇÃO.....	01

CAPÍTULO I

REVENDO ALGUNS CONCEITOS

Noções sobre o conceito de Justiça.....	11
O Erro.....	14
"Erro" e "Ignorância".....	23
Erro de Conhecimento ou de Compreensão.....	31

CAPÍTULO II

O ERRO DE PROIBIÇÃO NOS CÓDIGOS PENAIS BRASILEIROS

Considerações.....	36
O Código Criminal do Império do Brasil de 1830.....	38
O Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890.....	41
Consolidação das Leis Penais de 1932.....	50
Código Penal de 1940.....	52
A nova Parte Geral do Código Penal de 1940.....	61
O Código Penal de 1969.....	62

CAPÍTULO III

O ERRO DE PROIBIÇÃO NO CÓDIGO PENAL VIGENTE

O Erro de Proibição e suas complicações.....	69
Erro de Tipo.....	74
Erro de Proibição.....	88
O desconhecimento da lei como atenuante genérica.....	98

CAPÍTULO IV

PRINCIPAIS ESPÉCIES DE ERRO DE PROIBIÇÃO

Erro de Proibição direto.....	103
Erro de Proibição indireto.....	105
Descriminantes Putativas.....	107
Erro sobre a posição de garantidor.....	121

PALAVRAS FINAIS.....	128
SOBRE ESTA DISSERTAÇÃO.....	132
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	133

"A Lei das Doze Tábuas permitia matar o ladrão noturno, tanto quanto o ladrão diurno que, sendo perseguido, defendia-se; mas ela queria que aquele que matava o ladrão gritasse e chamasse os cidadãos; e isso é algo que as leis que permitem fazer justiça com as próprias mãos devem sempre exigir. É o grito da inocência que, no momento da ação, chama testemunhas, chama juizes. É preciso que o povo tome conhecimento da ação, e que tome conhecimento dela no momento em que ela foi executada; em um tempo em que tudo fala: o ar, o rosto, as paixões, o silêncio, e em que cada palavra condena ou justifica. Uma lei que pode tornar-se tão contrária à segurança e à liberdade dos cidadãos deve ser executada na presença dos cidadãos."¹

1. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, baron de la Brède et de, 1689-1755. O espírito da leis. Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leoncio Martins Rodrigues. Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1982. pág. 610

RESUMO

Na presente pesquisa científica, o Autor preocupou-se em estudar a problemática do erro no Direito Penal, mais especificamente em relação ao erro sobre a ilicitude do fato, ou seja, a falta de consciência que pode ocorrer em uma pessoa, sobre a ilicitude de uma conduta praticada por ele, mas descrita em lei como delituosa. A isto, a doutrina denomina de *Erro de Proibição*. O pesquisador inicia seu trabalho pela análise das noções básicas dos conceitos de *justiça; erro; ignorância e moral*, constituindo-se no Capítulo I da Dissertação. No Capítulo II, historicamente, a partir do descobrimento do Brasil, o Autor tece considerações sobre o direito entre os índios; posteriormente, busca as possíveis origens do erro nos Códigos Penais brasileiros: Código Criminal do Império de 1830; Código Penal Republicano de 1890; Consolidação das leis penais de 1932; Código Penal de 1940; a nova Parte Geral de 1984 e o Código Penal de 1969. No Capítulo III, preocupa-se em situar o Erro de Proibição no Código Penal vigente, diferenciando-o do *Erro sobre elementos do tipo*. E, no último Capítulo, sob n.º IV, analisa as principais espécies de *Erro de Proibição: direto; indireto; discriminantes putativas* e o *erro sobre a posição de garantidor*. Encerrando a dissertação sobre o *Erro de Proibição* e suas conseqüências,

são elencadas as idéias principais que restaram depois de toda a pesquisa.

ABSTRACT

In this scientific research, the author is concerned about studying the issue of the error in Criminal Law, more specifically relating to the error about the illegality of the fact, that is, the lack of conscience which may occur to a person, about the illegality of his or her behavior, however described in law as criminal. The doctrine calls it *Prohibition Error*. The author begins his research analyzing the basic notions of *justice; error; ignorance and moral;* forming, then, chapter I. In chapter II, historically, since the discovery of Brazil, the author comments the law among Indians; then, seeks possible origins for error in Brazilian Penal Codes: 1830 Empire Criminal Code; 1890 Republican Penal Code; 1932 Penal Law Consolidation; 1940 Penal Code; 1984 New General Part; and 1969 Penal Code. In chapter III, the topic is to locate the Prohibition Error in the Current Penal Code, distinguishing it from the error over elements of type. And finally, in chapter IV, the author analyzes the main types of *Prohibition Error: direct; indirect; putative legitimacies and error over the guarantor's position*. Wrapping up the dissertation about the *Prohibition Error* and its consequences, the author mentions the main ideas that remained after all the research.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Forschungsarbeit beschäftigte sich damit, die Problematik des *Irrtums* im Strafrecht zu studieren, spezifischer in Beziehung auf die Unerlaubtheit der Begebenheit, das heißt, der Mangel an Gewissen, der bei einer Person vorkommen kann, über die Unerlaubtheit seines Verhaltens, im Gesetz als Vergehen beschrieben. Dies nennt die Doktrin *Verbotsirrtum*. Die Arbeit beginnt mit der Analyse der Grundbegriffe der Auffassung von Gerechtigkeit, Irrtum, Unkenntnis und Moral, diese Kapitel I der Dissertation bildend. Kapitel II macht einen Rückblick in der Geschichte um, von der Entdeckung Brasiliens ausgehend, Betrachtungen über das Recht unter den Indianern anzustellen, anschließend werden mögliche Ursprünge des Irrtums in der brasilianischen Strafgesetzbüchern gesucht: Kriminalgesetzbuch des Kaiserreiches von 1830, Republicanisches Strafgesetzbuch von 1890, Konsolidierung der Strafgesetze von 1932, Strafgesetzbuch von 1940, das neue Generalteil von 1984 und das Strafgesetzbuch von 1969. Kapitel III bemüht sich darum, den Verbotsirrtum im heutzutage gültigen Strafgesetzbuch darzustellen, ihn von dem Tatbestandsirrtum unterscheidend. Das letzte Kapitel, n° IV, analysiert die wichtigsten Arten des Verbotsirrtums : direkt, indirekt, vermutliche Freispre-

chungen und der Irrtum über die Position des Garantieleisten-
den. Die Dissertation über den Verbotsirrtum und seine Folgen
schließlich, sind die wichtigsten Eindrücke, die nach der
Forschungsarbeit bestehen, aufgestellt.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dispõe em seu artigo 5º, inciso XXXIX: "*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*"; e o Código Penal pátrio de 1940 em seu artigo 1º¹, também assim determina.

Trata-se de princípio constitucional e de Direito Penal, assegurando a todos os cidadãos, que ninguém poderá ser responsabilizado criminalmente por conduta não tipificada em lei como delito.

Isto significa que a validade jurídica de um tipo penal está subordinado a existência e a vigência de uma lei penal incriminadora, cuja lei faz com que a tipicidade de uma conduta anteriormente não proibida (um indiferente penal), passe a ser juridicamente obrigatória.

Nos dias atuais, existem condutas que, embora socialmente abomináveis, não são tipificadas por lei, passando muitas vezes despercebidas ou tidas pelos cidadãos, por ignorância, como penalmente puníveis.

Entre elas, unicamente a título de exemplificação, podemos citar o "*Incesto*".

¹ **Artigo 1º do Código Penal:** "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal."

Não considerado crime no Brasil por constituir-se em fato atípico, visto que o Código Penal em vigor (Decreto-lei nº.2.848 de 07/12/40, acrescido de suas inúmeras modificações, alterações e complementações) não o descreve como crime.

O Código Penal de 1969 (Decreto-lei nº.1.004 de 21/10/69), cujo Projeto foi de autoria do eminente e saudoso jurista Nélson Hungria (o qual não chegou a entrar em vigor), tipificava o "Incesto" em seu artigo 258², de forma absolutamente inédita no Brasil, pois os Códigos penais pátrios anteriores jamais o vislumbraram.

Não passando, entretanto, "in alvis", na antiga legislação portuguesa que vigorou no Brasil a partir de seu descobrimento, até a vigência do Código Criminal do Império do Brasil de 1830 (cite-se com relevo... o primeiro Código Penal brasileiro).

A antiga legislação portuguesa à que nos referimos, é o Código Filipino de 1603, publicado em 11 de janeiro de 1603 sob o reinado de Felipe II de Portugal, revalidado em 29 de janeiro de 1643 por Dom João IV, que já, naquela época, tipificava a conduta anormal do *Incesto* em seu Título XVII³.

² *Incesto. Art.258* - Ter conjunção carnal com descendente ou ascendente, com irmã ou irmão, se o fato não constitui crime definido no Título anterior: Pena - reclusão, até três anos.

³ PIERANGELLI, José Henrique(Coord.) *Códigos penais do brasil: evolução histórica*. Baurú: Jalovi, 1980. Pág.28/29

O Código Penal pátrio em vigor, adotou o "Princípio da Reserva Legal" (ou denominado ainda como "Princípio da Legalidade" ou "Princípio da Anterioridade da Lei"), oriundo do brocardo jurídico - *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* - difundido pelo mundo todo, após ter sido incluído na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.

A Parte Geral do Código Penal de 1940, reformulada pela Lei n.º.7.209 de 11 de julho de 1984, não alterou o referido Princípio contido no artigo 1^o da antiga Parte Geral.

Tal Princípio determina que uma conduta praticada por alguém do povo, somente será considerado crime (portanto

"Título XVII. Das que dormem com suas parentas, e affins.

Qualquer homem, que dormir com sua filha, ou com qualquer outra sua descendente, ou com sua mãe, ou outra sua ascendente, sejam queimados, e ella tambem, e ambos feitos per fogo em pó.

1. E se algum dormir com sua irmã, nora, ou madrasta postoque sejam viúvas, ou com sua enteada, postoque a mãe seja fallecida, ou com sua sogra, ainda que a filha seja defuncta, morrão elle e ella morte natural.
2. E o que dormir com sua thia, irmã de seu pai, ou mãe, ou com sua prima co-irmã, ou com outra sua parenta no segundo gráo, contado segundo Direito Canonico, seja degradado dez annos para a Africa, e ella cinco para o Brazil. E os outros parentes até o quarto gráo inclusive serão degradados, os homens quatro annos para Africa com barão e pregão, ou com pregão na audiencia, segundo a differença das pessoas, e as mulheres per cinco annos para Castro-Marim.
3. E se algum dormir com sua cunhada no primeiro gráo de affinidade (postoque alguma das pessoas, per quem se causou o cunhadio, seja fallecida), serão degradados dez annos para o Brazil, para diferentes Capitánias. E se fôr no segundo gráo, irá elle degradado por cinco annos para a Africa, e ella por sete para Castro-Marim; e se fôr no terceiro, ou quarto gráo, será elle degradado dous annos para Africa, e ella trez para Castro-Marim, com barão e pregão na audiencia, segundo a differença das pessoas.
4. ...
5. E ordenamos, que em cada hum anno os Juizes de todas as cidades e Villas do Reino no tempo, que tirarem devassa dos Officiaes da Justiça, a tirem dos que tem, ou tiverad ajuntamento carnal com suas parentas e affins, com que ha fama que stão concertados para casar, sem terem dispensação; e prendão os culpados, e procedão contra elles, condenando-os nas penas, que per nossas Ordenações e Direito merecerem, dando appellação e aggravo nos casos, que não couberem em suas alçadas."

⁴ **Código Penal: Art. 1º.** "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal."

punível), se ela corresponder à descrição prevista pela lei penal incriminadora, nos tipos penais por ela descritos. A esta correspondência entre "conduta" e "tipo penal" (descrição de um conduta delituosa, fornecida pela norma), a doutrina denomina de *tipicidade*.

Magalhães Noronha ainda esclarece a este respeito que: "É a tipicidade a adequação do fato ao tipo descrito pelo legislador. Não há crime sem que a conduta humana se ajuste à figura delituosa definida pela lei, ou, noutras palavras, não há crime sem tipo, não há delito sem tipicidade."⁵

Desta forma, todas as condutas que forem descritas em determinada lei como condutas ilícitas, seja pelo Código Penal, seja por leis especiais ou complementares, estão sujeitas a uma determinada sanção, quando praticadas (exceto se estiverem acobertadas por uma excludente de ilicitude ou por uma excludente de culpabilidade).

Entretanto, como seria possível levar ao conhecimento de todos os habitantes deste nosso país continental, a existência de uma determinada lei que prevê que determinadas condutas são passíveis de punição quando praticadas?

É incontestável que a lei é fundamental para a convivência humana!

⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. v.1, 23.ed, São Paulo: Saraiva, 1985. Pág. 68.

Todavia, ela deve conter normas claras e absolutamente compreensíveis para todo e qualquer cidadão, pois é para o cidadão que ela existe e é à ele dirigida.

A lei deve amoldar-se às necessidades da população, e acompanhar a evolução social.

O ilustre magistrado paranaense Victor Bomfim Marins, neste sentido manifestou-se:

A lei surge como algo de vivo e de mutável, suscetível de adaptação, não só por integrar a ordem jurídica global, onde as novas disposições reflitam sobre as antigas, modificando-as. Mas também os novos fenômenos técnicos, econômicos, sociais, políticos, culturais e morais tem de ser juridicamente apreciados com base nas normas preexistentes. Ao ser o direito obrigado a assumir posição em face de fenômenos e situações que o legislador de maneira alguma poderia ter conhecido ou pensado, ele cresce para além de si mesmo.⁶

Ora, a norma não existe para prejudicar os membros de uma coletividade, mas sim para beneficiar o convívio social. Trata-se de uma necessidade.

O Professor Luiz Alberto Machado, oportunamente esclarece que:

Quando o homem não consegue auferir, da norma, a consciência da sua necessidade, não há como se impor a capacidade de entender ou de determinar-se. Em outras palavras: o crime é uma conduta desviante da normalidade social; e quando a lei estabelecer como criminoso uma conduta que não seja desviante da normalidade social, não terá legitimidade, não conseguirá criar, no administrado, a consciência da sua necessidade e, portanto, a sua capacidade de entender e de autodeterminar-se.⁷

⁶ MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Sobre o juiz, a lei e a idéia de justiça*. Ponta Grossa: Imprensa Universitária UEPG, 1986. Pág.17/18

⁷ MACHADO, Luiz Alberto. *A presunção constitucional de inocência*. In Revista da Faculdade de Direito(UFPR) nº.27. Curitiba: Imprensa Universitária da UFPR, 1993. Pág. 41

Além de refletir uma necessidade social, as normas contidas na lei devem ser compreendidas não apenas pelos cidadãos, mas também, e principalmente pelo julgador, como bem salienta Alberto Silva Franco:

A técnica legislativa de formar tipos, utilizando-se de cláusulas gerais, é de todo incompatível com o Estado de Direito. O princípio da legalidade implica que o fato constitutivo do delito se mostre descrito de modo diferenciado, isto é, exige que a lei enuncie, "mediante a indicação dos diversos caracteres da conduta delitativa, a matéria de proibição afim de que os limites entre o lícito e o ilícito não fiquem à mercê da decisão judicial. Do contrário, o legislador nada mais faria do que transferir sua incumbência ao Juiz, sobrecarregando-o com tarefas, que não lhe são afetas, porque próprias do poder legislativo. Uma transferência desta índole importaria não apenas uma transgressão evidente do princípio da legalidade, mas também - como adverte Jürgen Baumann - uma grave contradição ao princípio da separação dos poderes, característico do Estado de Direito.⁸

Por outro lado, a lei existe para que todos a cumpram, não se distinguindo entre ricos e pobres ou entre brancos e negros. Trata-se do princípio constitucional da isonomia, da igualdade.

Com perfeição, o ilustre Professor Luiz Alberto Machado, afirma:

A este passo ousou afirmar que nenhum mito é mais difundido no direito criminal do que o de ser *igualitário*, vale dizer, dá igual proteção a todos os cidadãos, de qualquer camada social ou adepto de qualquer ideologia; em contrapartida, prega a igualdade de todos perante a lei criminal, que distribui as suas sanções igualmente a todos os que tenham condutas desviantes.⁹

⁸ FRANCO, Alberto Silva. *Temas de direito penal* (breves anotações sobre a lei nº.7.209/84). São Paulo: Saraiva, 1986. Pág. 04.

⁹ MACHADO, Luiz Alberto. *Reforma da legislação criminal*. In Revista da Faculdade de Direito(UFPR) nº.28. Curitiba: Imprensa Universitária da UFPR, 1995. Pág. 94

Entretanto, alerta:

Inegável a razão de Dahrendorf ao falar em sociedade dividida; isto é, a divisão da sociedade em duas partes. E, nessa divisão, apenas a parte social composta pelas classes alta e média produz os juízes e os legisladores, que terão como paradigma das suas atividades os componentes da outra parte social, a dos pobres (terceiro estrato, assalariados de baixa renda, e quarto estrato ou pobreza absoluta ou marginalidade social ou população marginal). Vale dizer, os legisladores estarão visando a outra sociedade para a confecção das condutas proibidas, que consideram desviantes da normalidade da sua sociedade, enquanto os juízes, ao julgarem as condutas tipificadas, estarão visando conter, dentro de uma sociedade, os que a esta pertencem.

Neste passo, forçoso é reconhecer-se que quanto mais se desce na escala social, mais as redes da malha da tipificação criminal apertam-se, afinam-se, de forma a impedir que os desviantes da outra sociedade, da classe baixa e da classe marginal, logrem a mesma facilidade de escapar da punição que têm aqueles de colarinho branco (ou da gravata preta), isto é, das classes médias e alta.¹⁰

Mas, o que ocorre quando uma lei penal incriminadora não chega ao conhecimento de uma determinada pessoa, e esta, pratica uma conduta descrita pela norma como ilícita?

A título de ilustração: O novo *Código de Trânsito Brasileiro* (Lei nº.9.503 de 23/09/97), tipifica a partir do Capítulo XV (Das Infrações), dezenas de ilícitos, dentre os quais, o fato do condutor não ter abastecido o tanque de combustível de seu automóvel, e, conseqüentemente, vê-lo inerte devido a falta daquele líquido:

¹⁰ MACHADO, Luiz Alberto. *Reforma da legislação criminal*. In Revista da Faculdade de Direito(UFPR) nº.28. Curitiba: Imprensa Universitária da UFPR, 1995. Pág. 94

Art. 180 - Ter seu veículo imobilizado na via por falta de combustível:

Infração - média;

Penalidade - multa;

Medida administrativa - remoção do veículo.

Dentro de um raciocínio lógico, pode-se afirmar que todos os motoristas habilitados ao conduzirem seus veículos tem conhecimento de que em setembro de 1997 foi sancionada a lei que instituiu o novo Código de Transito Brasileiro.

Pode-se afirmar ainda, que todos os motoristas tem conhecimento (ou deveriam ter este conhecimento) de que este novo Código somente entraria em vigor a partir do final do mês de janeiro de 1998, ou seja, cento e vinte dias após a data de publicação da lei.¹¹

Entretanto, ousa-se afirmar, que todos os motoristas habilitados não tem conhecimento da existência de um artigo inserido no Código de Transito Brasileiro (e muito menos que este artigo é o artigo de número 180), tipificando como ilícita a conduta do condutor ou proprietário que tem o "seu veículo imobilizado na via por falta de combustível".

É evidente que, neste caso, trata-se de desconhecimento da lei, mas, nos termos do Código Penal em vigor, o

¹¹ *Art. 340.* Este Código entra em vigor cento e vinte dias após a data de sua publicação.

desconhecimento da lei é inescusável, face ao contido no artigo 21.

Este é o tema central desta Dissertação de Mestrado: a falta de consciência da ilicitude, o "Erro de Proibição".

CAPÍTULO I
REVENDO ALGUNS CONCEITOS

Um tal Mársias sonhou que cortava a garganta de Dionísio. Este mandou matá-lo, afirmando que ele não teria sonhado à noite se não tivesse pensado nisso de dia. Era uma grande tirania porque, mesmo que Mársias tivesse pensado, não teria perpetrado o atentado. Às leis não cabe punir senão as ações exteriores.¹

¹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Baron de la Brède et de, 1689-1755. *O espírito das leis*. Trad. De Fernando Henrique Cardoso e Leoncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982. Pág. 225.

Noções sobre o conceito de Justiça

É possível conhecer o significado de "JUSTIÇA" ?

O imortal jurista Hans Kelsen em sua obra "Teoria Geral do Direito e do Estado" assim afirmou: "A Justiça é uma idéia irracional. Por mais indispensável que seja para a volição e a ação dos homens, não está sujeita à cognição." ¹³

Sem dúvida, uma definição de "Justiça", além de constituir trabalho monográfico de expressiva extensão, não seria suficientemente capaz de abraçar todos os seus significados.

A palavra "Justiça" deriva do grego "Dic"; "Dik"; "Dictamen", cujo significado traduz, em um primeiro momento, na origem etimológica: "indicação", "direção"; mas, juridicamente, significa: "regra" ou "norma"; ou seja, normas de conduta praticadas dentro de uma coletividade. Um verdadeiro fenômeno social, tal qual uma tempestade, arrastando-se pelo centro das relações humanas, criando características diferentes em cada lugar de nosso planeta, tendo em vista os costumes de um povo, sua raça, seu credo, sua alimentação, seus hábitos familiares, afinal... as características próprias de um povo que vive em seu país com as concepções de sua "própria Justiça".

Tais considerações que ora aqui são feitas, tem o propósito de demonstrar que, muitas vezes, o próprio conceito do que vem a ser "Justiça", possui variações fantásticas, e que podem ser alteradas pelo "direito consuetudinário" e pela própria crença religiosa do grupo social que vive em um determinado local. Para o membro de uma outra comunidade que desconhece tais costumes e "leis", pode, perfeitamente, praticar atos que para ele (um estranho aos costumes desta região), é uma conduta normal e lícita, mas, que, para esta comunidade, caracteriza um ilícito, pois fere aos princípios que norteiam as suas normas, ou seja, pratica atos mediante "erro de compreensão ou de conhecimento", pois desconhecia a existência de tais "regulamentos".

Neste sentido, pode-se afirmar que o conceito de Justiça, e sob o prisma de Justiça como fenômeno social, por vezes e vezes, recebe influências maciças da religião ou da fé que um determinado povo institui em seus "deuses".

Torna-se oportuno, mencionarmos o ensinamento do Professor Cláudio Souto da Universidade Federal de Pernambuco, neste sentido:

As práticas religiosas existentes em certas áreas culturais, embora estejam em direta e clara oposição a normas do credo atual dos povos civilizados, o cristianismo, nem por isso são desprovidas de um sentido de elevação. E tal sentido de elevação é por vezes nitidamente verificável. Por exemplo, é uma acentuada renúncia ética que encontramos na prática de oferecer aos poderes superiores, não

¹³ KELSEL, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. Pág. 20

já os animais recém-nascidos ou os primeiros frutos, mas os próprios primogênitos. Ou na prática religiosa de preparar um jovem para a morte, desde a infância, na casa dos sacerdotes, através de penitências e exercícios espirituais.

Os deuses eram alimentados por sacrifícios humanos com o propósito de que fossem nutridos das almas dos sacrificados. Ou crianças eram sacrificadas não só como nutrição para os deuses, mas como mensageiras dos homens para com a divindade. Típico é o caso do México, cujos cruentos sacrifícios religiosos escondem um propósito elevado: milhares de indivíduos eram sacrificados anualmente para que seu sangue nutrisse os deuses e assim fosse conservada a marcha normal do mundo.¹⁴

Complementando, o docente pernambucano acima referido, citando o psicólogo social Asch (Solomon Asch, na obra "Psicologia Social" da Companhia Editora Nacional de São Paulo - 1960), ainda enfatiza:

Um dos exemplos mais significativos de Asch quanto à variação cultural é o do costume do filho matar pai e mãe, em certa idade destes, mesmo que gozem de boa saúde. Ora, para esse Autor, na sociedade que apresenta este costume, predomina a crença de que as pessoas continuam a ter, no outro mundo, a mesma vida que levam nesta, e que mantêm, para sempre, a condição de saúde e vigor de que gozavam na ocasião da morte. É, portanto, um dever filial do filho matar os pais, ato que conta com o inteiro apoio dos pais e da comunidade.¹⁵

Desta forma, chegamos a conclusão de que a maneira de como uma determinada comunidade estabelecida dentro de seu grupo social, concebe a idéia de "Justiça" e de "direito", é absolutamente independente e particular.

¹⁴ SOUTO, Cláudio. *Introdução ao direito como ciência social*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília; co-edição Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1971. Pág.85

¹⁵ SOUTO, Cláudio. *Introdução ao direito como ciência social*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília; co-edição Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1971. Pág.86

Até onde seria exigível a compreensão e conhecimento de tais práticas por outros povos e comunidades?

Evidentemente, este homicídio praticado pelo filho contra seus próprios pais, somente é aceitável dentro deste contexto social.

A falta de conhecimento de tais normas e costumes por parte de um membro de outro agrupamento social, caracterizará para alguns doutrinadores, o "erro de compreensão ou de conhecimento", assunto que ainda será analisado.

O Erro

O que é o "erro"?

O que é capaz de fazer uma pessoa, embriagada pela falsa representação de uma realidade que não existe na verdade, mas, que ela, e somente ela, vivencia em determinado momento?

Imaginemos, em um exemplo cruel, escrito por autor desconhecido, obtidos de informações fornecidas pelos "sites" da moderna tecnologia "Internet", mas que aqui readaptamos:

"Dois pacientes estavam internados em um hospital, confinados no mesmo quarto. Um jovem e um velho, ambos repousando e procurando se recuperar de recentes cirurgias.

O mais velho deles ficava próximo a única janela do quarto, e, sabendo da impossibilidade de seu colega caminhar (tendo em vista que suas pernas estavam quebradas) bondosamente relatava tudo o que via através do vidro da janela.

Contava que haviam crianças brincando felizes em uma praça cheia de árvores. Relatava as cores das plantas e estimulava a memória de seu jovem companheiro de quarto, fazendo ele relembrar o perfume das flores. Falava do brilho do sol batendo nos carros e provocava o jovem enfermo, descrevendo os longos beijos dos casais apaixonados que ali se encontravam a beira de um lindo lago, repleto de cisnes e de aves que aproveitavam para se alimentar das pipocas que eram oferecidas pelas crianças que empinavam suas pipas (papagaios) ao vento.

À noite, descrevia o brilho das estrelas e a claridade do luar.

Dava esperança ao companheiro quando falava da alegria dos velhinhos que na praça disputavam longas partidas de damas ou, simplesmente, observando de perto todo o movimento dos jovens em suas motos incrementadas.

Com as histórias e os relatos, o jovem rapaz gradualmente ia se recuperando, pois observava-se, diariamente nele, uma crescente esperança de reviver estas belas e pequenas coisas, que, na verdade, nunca dera valor.

Certa noite, entretanto, o jovem paciente acordou e percebeu que o seu companheiro, junto à janela, estava tendo uma crise fortíssima. Seu corpo estremeceu. Estava necessitando do remédio que lhe permitia viver.

Entretanto, o jovem paciente, mesmo estando ao lado da campainha que solicitava a presença da enfermeira nos momentos de urgência, nada fez. Ignorou a aflição do colega e aguardou que o seu velho amigo de quarto de hospital demonstrasse seu último suspiro de vida.

Ao amanhecer, a enfermeira, ao constatar a morte do velho paciente, retirou-o do quarto e preparou a cama para que um outro paciente ali se deitasse.

O jovem paciente, perguntou à enfermeira se poderia ficar com o leito de seu velho amigo, junto à janela.

A enfermeira disse-lhe que sim.

Ajudou-o a deitar sobre aquele leito junto à janela, pois suas pernas ainda não lhe ajudavam na locomoção.

Assim que a enfermeira saiu do quarto, o jovem paciente, tal qual uma criança, arregalou os olhos para apreciar aquilo que o seu velho amigo de quarto lhe descrevia quando estava vivo: as cores das flores, as borboletas, as árvores, o brilho do sol batendo nos carros, os casais de namorados junto ao lago, os velhinhos que na praça disputavam partidas de damas, os automóveis, as bicicletas, os cisnes.....

Depois de muito esforço, conseguiu ficar sentado....., e....., olhando pelo vidro da janela, constatou que a janela ficava de frente para uma parede cinza de um muro muito alto, onde a única visão que existia, era da cor cinza de um concreto já envelhecido pelo tempo.

Não havia praça, nem crianças brincando, nem flores, nem velhinhos jogando dama, não havia nada além da velha parede cinza.

Então, segurando o choro, fechou os olhos, e descobriu que a praça, as flores, o vento, o sol, as crianças, as bicicletas, os velhinhos, o luar e a brisa....., estavam na mente de seu velho companheiro de quarto, que desejava sinceramente, a rápida recuperação do jovem paciente, que possuía ainda, toda a juventude para desfrutar desta maravilhosa vida, INTENSAMENTE!!”

Na realidade, podemos observar que o velho paciente, utilizando-se do artifício da fantasia, conseguiu induzir o jovem paciente à erro.

O objetivo do velho paciente era apenas de auxiliar o jovem enfermo à uma rápida recuperação. Entretanto, a fantasia ultrapassou os limites do resultado desejado.

O induzimento ao erro, criou outra situação: a ganância de vivenciar aquela realidade inexistente, mas que para ele

existia, mesmo que para isto fosse necessário o sacrifício da vida de uma pessoa.

Agora, imaginemos sob outro prisma: o erro na visão jurídico penal.

O que seria capaz de fazer uma pessoa que desconhecesse, na prática de uma conduta, a existência de uma norma penal incriminadora, ou até mesmo, de várias normas penais incriminadoras?

Haveria imputabilidade penal?

Não havendo dolo, responderia o agente por culpa em sentido estrito?

A lei determina que o "desconhecimento da lei é inescusável", mas, e se não houver possibilidade de conhecer a existência da norma penal incriminadora?

Imagine-se a hipótese do caboclo sertanejo, que para manter a subsistência da esposa e de seus onze filhos, pratica o corte habitual de árvores da floresta que rodeia o seu velho "barraco", para a feitura de *carvão vegetal*, ignorando, entretanto, as normas referentes ao:

- a) Direito de propriedade, pois as árvores encontravam-se em terras que não lhe pertenciam;
- b) ao corte de árvores (possibilidade, espécies de árvores autorizadas para corte, espessura e autorização da autoridade competente mediante pagamento de taxas respectivas, etc...);

- c) às normas referentes a: especificação técnica na construção de fornos para a queima de madeira destinada a obtenção de *carvão vegetal* para comercialização; autorização para funcionamento;
- d) obediência às normas referentes a segurança do trabalho, como a utilização de roupas e acessórios especiais para o corte e transporte da madeira destinada à incineração parcial, bem como do transporte e acondicionamento do carvão já pronto para ser utilizado.
- e) obrigar três de seus filhos, com a idade de nove, onze e doze anos, respectivamente, a transportarem nos ombros, pesados pedaços de madeira, da floresta até os fornos de incineração, ignorando que a "sujeição a trabalho excessivo ou inadequado" são elementos que integram a figura típica do crime de *Maus Tratos*¹⁶.

Neste exemplo, constata-se diversas e diversas normas de ordem *penal, trabalhista e administrativa*, que eram completamente estranhas, desconhecidas e ignoradas por parte do sertanejo.

¹⁶ **Maus Tratos**

Art. 136. Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena - detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, ou multa.

São hipóteses apenas ilustrativas, mas que infelizmente podem ocorrer em um país como o nosso. Um Brasil ainda carente de educação e desenvolvimento cultural.

O Professor Francisco de Assis Toledo nos auxilia neste raciocínio:

...um exemplo bem brasileiro: um delinqüente profissional do sertão, ou um delinqüente habitual das favelas do Rio, ou de São Paulo. Esse tipo criminológico, em geral menor desamparado, ou nascido de família desajustada, é criado e educado, desde a mais tenra infância, em um ambiente social agressivo, onde a criminalidade é a tônica. Para ele o furto, o roubo, os crimes contra a pessoa, é o normal, é o certo. Não chegou a formar em seu espírito uma consciência ética, nem teve oportunidade para isso. Os seus padrões de conduta são modelados segundo as regras do crime. Não sabe distinguir o certo do errado, o reto do torto, o lícito do ilícito. Como exigir-se de um desses seres humanos às avessas que tenha a exata "consciência atual da ilicitude", quando jamais soube o que é ilícito? Mas, se a consciência atual da ilicitude é elemento constitutivo do dolo, a conclusão é a de que um tal tipo criminológico, quando comete crime, age sem dolo. Inexistindo dolo, não há culpabilidade e, sem esta, não há possibilidade de se aplicar a pena criminal.¹⁷

O estudo do erro no Direito Penal, é algo fascinante, embora complexo. Um ser humano pode, ceifado de erro, cometer um ilícito supondo estar agindo licitamente; matar uma pessoa supondo ser um animal; prejudicar seu semelhante supondo estar o ajudando; subtrair coisa alheia imaginando ser sua; cometer um estupro, desconhecendo que o consentimento da mulher mentalmente alienada é juridicamente inválido e inexistente, pois presume-se, por força de lei a violência; ou até mesmo,

¹⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. Pág. 225.

desconhecer que um determinado comportamento é definido em lei como ilícito.

O indivíduo, diante do erro, pode supor lícito um fato por ele praticado, sem entretanto sê-lo; ou pode ainda imaginar inexistir alguma regra de proibição, embora, a mesma exista, enfim....., um leque inimaginável de situações.

As novas alterações da Parte Geral do Código Penal em 1984 (Lei nº.7.209/84) acolheram as duas formas básicas de erro construídas pela dogmática alemã: o erro sobre elementos do tipo (Tatbestandsirrtum) e o erro sobre a ilicitude do fato (Verbotsirrtum), também denominados de "erro de tipo" e "erro de proibição", respectivamente. Ambos previstos nos artigos 20 ("caput") e 21("caput") do Código Penal.

Definiu-se "a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude do fato (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" (Francisco de Assis Toledo, in RT, 517:251).

Mantiveram-se os preceitos concernentes ao erro determinado por terceiro e ao erro sobre a pessoa (parágrafos 2º e 3º do artigo 20).

Neste trabalho, vamos nos preocupar especificamente com o Erro de Proibição, ou seja, sobre "o erro que incide sobre a ilicitude do fato", sem olvidar, entretanto, das considerações

e diferenciações que se fazem necessárias, para compreendermos a distinção desta com as demais espécies de "erro" existentes no Código Penal em vigor.

O preceito referente ao "Erro de Proibição" (ou "Erro sobre a ilicitude do fato") está previsto no Código Penal vigente em seu artigo 21, a seguir transcrito:

Art. 21 - Erro sobre a ilicitude do fato.

O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Passaremos a analisar e discutir sobre o desconhecimento (por parte do agente - Sujeito Ativo) da existência da norma legal que tipifica como crime um determinado comportamento humano, face a existência de uma verdadeira inflação legislativa.

Podemos inclusive indagar:

Até onde é exigível que uma pessoa humilde de nossa sociedade, trabalhador, assalariado e pai de família, possua os conhecimentos necessários sobre a licitude ou ilicitude de

determinadas condutas diante da vastíssima legislação em vigor nos dias de hoje?

Até onde alcança o homem, atualmente, a consciência da ilicitude de certos comportamentos, em vista da existência de milhares de Leis, Decretos e Atos Normativos?

Algumas noções prévias e elementares se fazem necessárias para que possamos adentrar especificamente no âmbito do "erro de proibição".

"Erro" e "Ignorância"

Como podemos definir "erro" no âmbito do Direito Penal?

A doutrina exaustivamente afirma que o "erro" se diferencia de "ignorância".

A "ignorância" é o desconhecimento total acerca de um objeto, ou seja, não existe na mente de uma pessoa (exemplificando), o conhecimento da existência de uma norma ou de um mandamento que determine que tal conduta é ilícita, pois para ele é absolutamente normal e permitida.

Enquanto que, "erro", é o falso conhecimento acerca de um objeto; isto é, diversamente da situação exemplificada acima, agora, nesta hipótese, a pessoa conhece a lei, mas, a conhece mal, pois desconhece as normas ou alguma norma que está inserida nos dispositivos integrantes da lei; ou seja, sob outro aspecto, supõe a existência de uma causa de

justificação; ou pode ainda, ter uma falsa percepção sobre um dos elementos que integram o tipo penal, etc...; hipóteses que ainda serão esclarecidas neste trabalho.

Desta forma, afirma-se que a "ignorância" está intimamente vinculada ao Erro sobre a ilicitude do fato (Erro de Proibição). Não de uma maneira absoluta e indiscutível, pois o erro de proibição pode ser "direto" ou "indireto", mas, com um maior entrosamento.

Enquanto que o "erro" propriamente dito, está vinculado, mais especificamente, ao Erro sobre os elementos do tipo (Erro de Tipo, seja ele essencial ou acidental).

Diante do exposto, comungo com a afirmação do Professor Francisco de Assis Toledo, no sentido de que "erro" e "ignorância" equiparam-se.

Entretanto, tal afirmação é debatida há muito tempo. O assunto é tão complexo que não admite unanimidade.

Afirma-se que esta não é a opinião predominante na doutrina.

O ilustre Professor acima citado, afirma, textualmente, a equiparação do "erro" com a "ignorância" :

O vocábulo erro tem sido utilizado para significar não só o erro propriamente dito (a falsa noção, o conhecimento falso ou defeituoso de algo) como a ignorância (a ausência de conhecimento). Por isso, equiparam-se o erro e a ignorância, aplicando-se a ambos idênticas regras e soluções.¹⁸

¹⁸ PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). *Justiça Penal (crimes hediondos/erro em direito penal/juizados especiais)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. Pág. 104

O saudoso Professor paranaense Alcides Munhoz Netto, com absoluta precisão, como lhe era peculiar, ensina que:

Ao direito, contudo, não interessam a ignorância e o erro em seu estado puro, como meras situações cognoscitivas, mas como estados intelectivos que se refletem na vontade da ação. Bem diverso é o erro do pensador, que permanece no campo da *cogitatio*, do erro do homem que age e traduz o seu defeito intelectual na *praxis*. Pode-se falar nestas hipóteses de uma ignorância e de um erro ativo. Isto posto, erro e ignorância delineiam-se como uma inexata relação da consciência com a realidade objetiva. Em substância, um e outro constituem estados de desconformidade cognoscitiva. Não há, por isso mesmo, inconveniente em unificar, no terreno jurídico, os dois conceitos, dada a identidade das conseqüências que produzem: incidem sobre o processo formativo da vontade, viciando-lhe o elemento intelectual, ao induzir o sujeito a querer coisa diversa da que teria querido, se houvesse conhecido a realidade.¹⁹

Embora as sábias palavras do Mestre: "Não há, ..., inconveniente em unificar, no terreno jurídico, os dois conceitos, dada a identidade das conseqüências que produzem", atualmente a doutrina majoritária faz ampla distinção entre "erro" e "ignorância".

O Professor Damásio Evangelista de Jesus, afirma sobre o assunto que:

A ignorância pressupõe ausência absoluta de conhecimento a respeito de determinada matéria. O erro implica conhecimento acerca de certa matéria, que se supõe verdadeiro quando é falso. Na primeira, não há conhecimento; no segundo, há conhecimento falso. A diferença deve ser feita em face da norma de proibição. Na ignorância do direito, o sujeito desconhece a existência da norma de proibição contida implicitamente na lei penal incriminadora. No erro de direito há má interpretação da norma de proibição. Ele não desconhece a existência da norma de proibição, mas incide em erro sobre seu conteúdo.²⁰

¹⁹ MUNHOZ NETTO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Pág. 03.

Neste sentido, igualmente se manifesta o jurista Paulo José da Costa Júnior:

Para muitos, o erro compreende a ignorância, por considerarem a ignorância como "um erro total, enquanto o erro é uma ignorância parcial" (Maggiore). Entendemos, porém, que ignorância e erro exprimem conceitos diversos. Ignorar é não saber; errar é saber mal. A ignorância configura um estado negativo, que é a ausência total de qualquer conhecimento. O erro, pelo contrário, é um estado positivo: o agente conhece, mas de forma errônea. Erro, portanto, é a falsa noção.²¹

A doutrina portuguesa tem entendimento similar:

...torna-se necessário distinguir o **erro** da **ignorância**. Esta, que se traduz numa ausência completa de conhecimento, é um estado negativo da consciência, enquanto o erro, que é uma falsa idéia ou um falso conhecimento dum facto ou duma norma jurídica, já tem um aspecto positivo: quem erra, embora ignore o que existe, pensa que existe alguma coisa. Esta distinção entre erro e ignorância, apesar de importante, não tem relevância prática na medida em que a doutrina e as legislações, desde sempre, trataram igualmente aqueles que agem ignorando e os que actuam movidos pelo erro.²²

Contudo, reafirma o Professor Francisco de Assis Toledo, no sentido de que não se pode confundir "ignorância da lei" com a "ignorância da ilicitude" de um fato:

O peso de uma grandiosa tradição jurídica latina tem, contraditoriamente, nesta área, dificultado o desenvolvimento, entre nós, da moderna teoria do erro, devido à confusão que se fez entre duas noções bem distintas entre si: a consciência da ilicitude e o

²⁰ JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal*. 1º v., parte geral, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. Pág. 429.

²¹ COSTA Jr., Paulo José da. *Comentários ao código penal*. parte geral. v. 1, São Paulo: Saraiva, 1986. Pág. 181/182.

²² DUARTE, José Albino Caetano. *O erro no código penal*. Lisboa: Vega, 1984. Pág. 11.

conhecimento presumido da lei. Parece-nos elementar, contudo, que, sendo a "lei" uma coisa e a "ilicitude" de um fato outra bem diferente, só mesmo por meio de uma imperdoável confusão a respeito do verdadeiro sentido desses dois conceitos se poderá chegar à falsa conclusão de que *ignorância da lei* é igual a *ignorância da ilicitude* de um fato da vida real. Fixemos isto: lei, em sentido jurídico estrito, é a norma escrita editada pelos órgãos competentes do Estado. Ilicitude de um fato é a correlação de contrariedade que se estabelece entre esse fato e a totalidade do ordenamento jurídico vigente. Se tomarmos, de um lado, a totalidade das leis vigentes e, de outro, um fato da vida real, não será preciso muito esforço para perceber que a eventual ilicitude desse fato não está no fato em si, nem nas leis, mas entre ambos, isto é, na mútua contrariedade que se estabeleceu entre o fato concreto, real, e o ordenamento jurídico no seu todo. Assim, pode-se conhecer perfeitamente a lei e não a ilicitude de um fato, o que bem revela a nítida distinção dos conceitos em exame. Isso explica a atual redação do artigo 21 do Código Penal, introduzida pela reforma penal, admitindo, ao lado do tradicional princípio da inescusabilidade da ignorância da lei, a escusabilidade do desconhecimento do injusto.²³

No ensinamento de Heleno Cláudio Fragoso: "Entende-se por erro a falsa representação da realidade. O agente supõe realidade diversa da que efetivamente existe. Ao erro equipara-se a ignorância (ausência de representação)."²⁴

Em face de tantos argumentos, alguns sob determinado prisma; outros sob um enfoque diferente; ora distinguindo "ignorância" de "erro"; ora aceitando uma igualdade sob o aspecto jurídico; "data vêniam", embora o assunto esteja apoiado em bases pantanosas, afirma-se nesta Dissertação, que inexiste diferença prática, substancial e até mesmo jurídica penal, entre "ignorância" da lei penal e "erro de proibição direto".

²³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. Pág. 262/263.

²⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. Pág. 182.

À luz da Nova Parte Geral do Código Penal brasileiro, argumenta-se não ser possível a sustentação de diferenciação entre "ignorância" (de um ou dos tipos penais constantes de uma lei) e "erro" (sobre um ou sobre alguns tipos penais constantes de uma lei), embora tal diferenciação é defendida na doutrina.

A palavra "erro" jamais pode ser compreendida como um ser unitário e desprovido de ramificações.

O "erro" em Direito Penal possui várias conotações e várias definições tendo em vista o seu enquadramento fático, variando portanto, em suas diversas modalidades (erro de tipo essencial; erro de tipo acidental: erro sobre o objeto; erro sobre a pessoa; erro na execução; erro sobre uma causa de justificação, etc...)

A "ignorância" pode existir (e esta é a estrutura base do raciocínio desta Dissertação) não necessariamente em relação a lei penal em si, como um todo; mas, pode existir em relação a um único tipo penal previsto na lei penal incriminadora.

Ou seja, pode inexistir "ignorância" com relação a existência de uma determinada lei; mas, pode existir "ignorância" em relação a existência de um fato descrito nesta lei como delito (tipo penal).

Exemplificando: "Pedro não ignora a existência de um Código Penal no Brasil, prevendo que várias condutas são

consideradas delituosas, e, entre elas, a chamada "Apropriação Indébita".

Pedro sabe, inclusive, que apropriar-se de coisa alheia que lhe foi emprestada é crime. Conscientemente sabe tratar-se de Apropriação Indébita.

Todavia, em um determinado dia, Pedro encontra na calçada da rua onde reside, um pacote qualquer, contendo uma importância em dinheiro, muito significativa: R\$.2.500,00.

O pacote, onde está o dinheiro, não contém nenhuma informação sobre o possível proprietário.

Pedro, imediatamente, lembra-se que existe um velho ditado popular que afirma:

"Achado não é roubado."

Então, apropria-se do dinheiro e providencia a reforma do antigo telhado de sua casa, que há anos encontra-se em estado precário; e, além disto, consegue deixar em dia as prestações dos eletrodomésticos comprados pela esposa.

Neste exemplo acadêmico, constata-se que Pedro tem conhecimento da existência do Código Penal brasileiro, embora o conheça mal, como já foi dito.

Aliás, em nosso país continental, é comum que, tendo em vista a situação econômica e cultural de nosso povo, a legislação torna-se, muitas vezes, incompreensível ou desconhecida.

Constata-se, pelas manchetes dos jornais, que o delinqüente sabe que o famoso artigo "um sete um" é crime de estelionato; que o artigo 155 é furto, ou seja, subtrair coisa alheia móvel, sem violência; e que o chamado "estupro" é um crime sexual, onde o homem, mediante violência ou grave ameaça, obriga uma mulher a ter com ele, relações sexuais (embora, presumidamente, não sabendo diferenciar "conjunção carnal" de "ato libidinoso").

Pedro, entretanto, ignora, naquele exemplo, e em seu procedimento, a existência do artigo 169, parágrafo único, inciso "II" do Código Penal ("Apropriação de coisa achada").²⁵

Não se trata de erro!

Ele tem conhecimento da existência de uma lei (Código Penal); está ciente da existência de várias condutas delituosas descritas pelo Código Penal; mas... ignora a existência de um artigo, um tipo penal (para não dizer vários, possivelmente) do Código Penal, que tipifica a "Apropriação de coisa achada".

Desta forma, pode-se afirmar que a "ignorância" pode existir dentro do próprio "erro".

Ou seja:

²⁵ Art. 169. (...) Pena - detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre:

Apropriação de coisa achada

II - quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente, dentro no prazo de 15 (quinze) dias.

Ignorância = inexistência absoluta de conhecimento da conduta ilícita descrita no parágrafo único, inciso II do artigo 169 (Apropriação de coisa achada).

Conhecimento da norma = Conscientemente sabe que apropriar-se de coisa alheia que lhe foi emprestada é crime. Trata-se de Apropriação Indébita (artigo 168, *caput*).

Erro de proibição direto = Conhece a existência da Apropriação Indébita simples, mas, não conhece a norma jurídica prevista à conduta de apropriar-se de coisa achada; que nada mais é, do que uma forma especial de *Apropriação Indébita*.

Erro de Conhecimento ou de Compreensão

O erro de proibição é chamado de "*direto*" quando recai sobre a própria norma proibitiva (falta de consciência da ilicitude do fato por desconhecer a existência da própria norma); e "*indireto*" quando recai sobre a permissão da conduta (falta de consciência da ilicitude do fato por supor erroneamente estar acobertado por uma causa de justificação; ou por supor erroneamente a existência de situação de fato

que, se existisse na realidade, tornaria a sua ação legítima - (descriminantes putativas).

Entretanto, pode ocorrer casos em que o indivíduo sabe que tal comportamento é proibido, mas que, pelas condições de lugar e momento, passam a ser absolutamente lícitas e normais. Ou seja, o indivíduo conhece a proibição da conduta, mas naquela situação, como lhe é permitido, acaba não entendendo a própria regra que conhece.

A isto denomina-se "erro de compreensão ou de conhecimento".

Vejamos o exemplo fornecido pelos professores Zaffaroni e Pierangeli:

Se visitamos a casa de um esquimó e seu ocupante quer agradar-nos, oferecendo-nos sua mulher perfumada com urina, para nós será muito difícil aceitar o presente, e, embora saibamos que o anfitrião tomará isto como uma ofensa, será extremamente árduo internalizar a regra de conduta que evite a injúria que lhe fazemos. Se um juiz esquimó tivesse que julgar-nos pela injúria cometida, dificilmente poderia exigir-nos que tivéssemos internalizado esta regra de conduta. Da mesma maneira, o indígena de uma comunidade que há séculos tem seus próprios ritos para funerais e sepultamentos, talvez incorra numa tipicidade contravencional ao violar as regulamentações sobre inumações, mas é muito duro exigir-lhe que abandone todas essas regras para acolher as nossas e reprovar-lhe porque não o tenha feito. Nós, cometendo injúrias ao rejeitar mulher perfumada com urina na sociedade esquimó, e o indígena, violando as disposições sobre sepultamentos em nossa sociedade, estaremos em situações de erro de compreensão, porque não era de nós exigível a possibilidade de entender a antijuridicidade da conduta, no sentido de internalizar as normas.²⁶

Neste exemplo, os Autores acreditam tratar-se de um erro de proibição invencível, na forma de erro de compreensão. E

assim explicam a questão: "o erro de compreensão culturalmente condicionado será um erro de proibição invencível, que eliminará a culpabilidade da conduta"²⁷.

Sob outro prisma, o conceito de "moral" e de "moralidade pública" possui variações gigantescas quando levamos em conta o local, a forma e a maneira de como um ato é praticado. E que caracteriza, perfeitamente, hipóteses de Erro de Compreensão por parte daquele que o praticou.

O exemplo fornecido pelo mestre Nelson Hungria, ilumina nosso entendimento:

... se uma mulher, na praia de Copacabana, exhibe à crua luz tropical a sua provocante seminudez, somente incorrerá na reprovação dos moralistas caturras ou *démodés*; mas, se tiver o arrojo de fazer o mesmo na Avenida Rio Branco, será uma infratora do artigo 233 do Código Penal. Nos três dias de Carnaval, como é sabido, a imoralidade obtém um armistício: impunemente, sob o olhar indiferente dos policiais, praticam-se, de público e raso, impudicícias que, nos outros dias do ano, fariam corar a um fuzileiro naval, incidindo abertamente na sanção penal. A relatividade da moral pública ainda mais se evidencia quando cotejamos usanças de um povo com as de outro.²⁸

Em suma, a nudez de um índio é absolutamente normal em seu convívio social, já não o é no perímetro urbano de uma cidade;

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. Pag. 646.

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. Pag. 647.

²⁸ HUNGRIA, Nelson; Romão Côrtes de Lacerda; Heleno Cláudio Fragoso. *Comentários ao código penal*. v. VIII, 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. Pag. 297/298.

o uso de calção e camiseta regata é absolutamente normal em um clube campestre, mas não o é em uma cerimônia onde o "Smoking" é o traje usual e costumeiro.

Dentro deste raciocínio é possível distinguir, nitidamente, duas hipóteses: de um lado, a falta de consciência da ilicitude de um determinado comportamento (*Erro de Proibição*); e de outro lado situa-se o desconhecimento dos hábitos de um povo em determinado local ou situação (*Erro de Compreensão*); ambas não se confundem.

Os hábitos de um povo, sua cultura e seus costumes representam a história desta coletividade, e que não se confundem com o *erro de proibição*.

Não se trata de desconhecer a norma proibitiva, mas sim de desconhecer sua forma de viver.

CAPÍTULO II
O ERRO DE PROIBIÇÃO NOS CÓDIGOS PENAIIS BRASILEIROS

Na Pérsia, quando o rei condena alguém, não mais se pode falar-lhe, nem suplicar perdão. Se ele estava bêbado ou fora de si, a sentença deve ser executada do mesmo modo; sem isso, ele se contradiria e a lei não pode contradizer-se.²

· MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Baron de la Brède et de, 1689-1755. *O espírito das leis*. Trad. De Fernando Henrique Cardoso e Leonicio Martins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982. Pág. 64.

Considerações

Com o descobrimento do Brasil, a legislação portuguesa passou a vigorar em nossas terras.

Na época da descoberta, Portugal era regido pelas "Ordenações Afonsinas". Entretanto, em 1512, estas Ordenações foram substituídas pelas "Manuelinas"; posteriormente, em 14 de fevereiro de 1569, passou a vigorar o Código de Dom Sebastião; e, em 1603 entrou em vigor as Ordenações Filipinas.

Tais Ordenações constituíram a última legislação portuguesa a vigorar no Brasil, e também a de vigência mais longa (mais de 200 anos), pois seria substituída somente em 1830 pelo primeiro Código Criminal brasileiro: O Código Criminal do Império do Brasil, oriundo de Projeto de Lei, aprovado em 20 de outubro de 1830.

Os historiadores sempre questionaram a possibilidade da influência dos costumes dos aborígenes que habitavam as terras brasileiras, nas futuras legislações que seriam elaboradas para vigorarem no Brasil.

O Professor Magalhães Noronha descarta totalmente esta possibilidade, ao manifestar-se: "É intuitivo que as práticas punitivas dos homens que aqui habitavam em nada podiam influir sobre a legislação que nos regeria, após o descobrimento."³⁰

³⁰ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal* : introdução e parte geral. v.1, 23. ed, São Paulo: Saraiva, 1985. Pág. 53

Realmente! Os costumes indígenas, bem como a legislação que vigorava entre estes povos, em nada influenciou a futura legislação brasileira.

Entretanto, isto não significa que o modo de vida dos aborígenes brasileiros não representassem uma organização social bastante evoluída.

O historiador paranaense Faris Michaelle, em sua obra "O Direito entre os Índios do Brasil" afirma que:

...mais e mais nos convencemos de que a organização social dos indígenas brasileiros, muito longe estava de elementar ou de ínfima estrutura. (...) tinham de tudo, parentescos complicados, tratados e acordos, confederações tribais (Tamoios), conselhos de guerra e oradores carismáticos, sistema econômico do mutirão, sistema de proteção à caça e pesca, etc..., etc...³¹

Esclarece ainda, o ilustre Autor, mencionando o Professor Clóvis Beviláqua, que possuía idêntico posicionamento:

Na rudimentar justiça penal, prevalecia a lei de talião. Mas, a responsabilidade era mais coletiva que individual. O adultério era punido, de maneira diferente, segundo a tribo: numas, não ia além de mero espancamento, ao passo que, noutras, a rigor se estendia à pena de morte. O furto a inimigos e a estranhos que não fossem hóspedes era um ato lícito! Entre si, porém, isto é, dentro da taba, eram rigorosos em respeitar o alheio, mesmo porque, vivendo num estado de comunhão de propriedade, da caça e outras coisas, não se justifica a existência do furto. E quando dessem pela falta dalguma coisa, era certo, logo, dizerem: algum cristão andou aqui.³²

³¹ MICHAELLE, Faris Antonio S. *O direito entre os índios do brasil (obra póstuma)*. Ponta Grossa: Imprensa Universitária UEPG, 1979. Pág.08

³² MICHAELLE, Faris Antonio S. *O direito entre os índios do brasil (obra póstuma)*. Ponta Grossa: Imprensa Universitária UEPG, 1979. Pág.33

Após estas considerações, deixamos a história do aborígene brasileiro e sua organização social, bem como a codificação portuguesa, e vamos analisar a legislação brasileira, a partir do Código Criminal de 1830.

O Código Criminal do Império do Brasil de 1830

O Código Criminal do Império do Brasil, registrado em folhas 39 do livro 1º de leis em 07 de janeiro de 1831, contém em sua "Parte I" (Parte Geral do Código), sessenta e sete artigos; na "Parte II" (Parte Especial), duzentos e quarenta artigos; e, em "Disposições geraes" mais seis artigos; totalizando 313 artigos.

Se faz necessário esclarecer que o presente estudo ficará adstrito somente à Parte Geral, uma vez que cumpre à Parte Geral reger os princípios e normas gerais de Direito Criminal, aplicáveis à Parte Especial, que visa unicamente definir crimes e determinar a pena em abstrato à ser imposta ao infrator.

O artigo 3º do Código Criminal do Império do Brasil assim determina:

Art. 3º - Não haverá criminoso ou delinquente sem má fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de o praticar.

Apesar da aparente descrição rudimentar do tipo, aliás, não somente deste, mas da maioria dos tipos penais do Código Criminal, é justo salientarmos que este nosso primeiro Código pátrio foi considerado um dos melhores Códigos Criminais de sua época na América Latina, tendo sido elogiado por juristas criminais estrangeiros. Neste sentido afirma Magalhães Noronha: "O Código honrava a cultura jurídica nacional. (...), era um excelente Código, para a época. Grande foi sua influência nas legislações espanhola e latino-americanas. Era um dos poucos Códigos, no século passado, de índole liberal, na América Latina foi o primeiro com independência e autonomia."³³

Inclusive, até mesmo juristas europeus decidiram aprender nosso idioma para estudá-lo, como afirma Noronha: "Diz-se que Haus e Mittermayer aprenderam o português para estudá-lo. É compreensível que, pertencente a um país que politicamente nascia, devesse impressionar a juristas e legisladores, pelas idéias avançadas que continha."³⁴

Evidentemente que este nosso Código (como todos os demais que vigoraram e que vigoram em todos os Continentes) jamais poderia ser considerado perfeito, tanto é que no artigo

³³ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal* : introdução e parte geral. v.1, 20. ed, São Paulo: Saraiva, 1982. Pág. 66/67.

³⁴ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal* : introdução e parte geral. v.1, 20. ed, São Paulo: Saraiva, 1982. Pág. 67.

acima citado, o legislador define apenas o *crime doloso* ("Não haverá criminoso ou delinqüente sem má fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de o praticar."), não definindo e não prevendo em sua Parte Geral o *crime culposo*, embora fazendo previsão de condutas culposas na Parte Especial, tipificando-as.³⁵

Desta forma, se o Sujeito Ativo desconhecia o mal que estava praticando e se não havia intenção de praticar este "mal", não responderia por sua conduta.

Trata-se de uma definição, ainda que rústica, de "dolo", mas que por outro lado, lembra - mesmo por relance - a concepção de **erro** ao desprezar a culpa, através da expressão: "*sem conhecimento do mal*".

Ora, se o Sujeito desconhece o mal que esta praticando, evidentemente está agindo viciado pelo erro de tipo (ex: não sabe que esta subtraindo "coisa alheia", pois supõe ser sua; a gestante não sabe que está "provocando aborto em si mesma" ao ingerir substância abortiva, pois supõe erroneamente estar ingerindo um calmante; a mãe não sabe que está "ofendendo a integridade corporal ou a saúde" de seu próprio filho ao

³⁵ Art. 125. Deixar fugir aos presos o mesmo carcereiro ou outra qualquer pessoa a quem tenha sido commettida a sua guarda ou conducção. (...) Sendo por negligência. Pena - de prisão com trabalho por um a três annos.

Art. 153. Este crime pode ser cometido por ignorância, descuido, frouxidão, negligência ou omissão, e será punido pela maneira seguinte. (...) PIERANGELLI, José Henrique(Coord.). *Códigos penais do brasil: evolução histórica*. Baurú: Jalovi, 1980. Pág. 205/206 e 219.

colocar ácido na ferida dele, pois supõe tratar-se de pomada medicamentosa; etc.,.).

Por outro lado, afirma-se que o artigo 18, §1º, reforça a hipótese da existência de erro como "circunstância atenuante do crime" :

Art. 18. São circunstancias atenuantes dos crimes:

§1º. Não ter havido no delinquente pleno conhecimento do mal e directa intenção de o praticar.

É óbvio que a noção de "erro de tipo" ou de "erro de proibição" eram completamente desconhecidas na época, mas somos convictos em presumir que o "sopro" inicial da concepção futura do "erro de tipo essencial" já desabrochava nestes dispositivos.

Entretanto, o erro sobre a ilicitude do fato ainda não havia sido objeto de percepção, mesmo que de forma superficial, pelo legislador do Código Criminal de 1830.

O Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890

O Código Penal dos Estados Unidos do Brasil - Decreto nº.847 de 11 de outubro de 1890 (denominado pela doutrina de

"Código penal republicano"), surgiu de uma necessidade imperiosa, fruto de alterações políticas anteriores, inicialmente com a Abolição da Escravatura em 13 de maio de 1888 e com o inegável ápice: a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889.

Infelizmente, o novo Código, oriundo de um Projeto elaborado por Batista Pereira, revisado por uma comissão de Juristas e finalmente promulgado, foi "concebido" às pressas devido às pressões políticas reinantes com a chegada da tão esperada República.

O Código Penal de 1890, foi alvo de críticas e mais críticas, pois levavam o intérprete da lei à duplas interpretações.

Alguns juristas da época afirmaram que o Código Penal Republicano era "o pior de todos os Códigos conhecidos" (com evidente exagero), entre eles, João Monteiro.

O Professor Vitorino Prata Castelo Branco, oportunamente afirmou que o Código Penal de 1890 "procurava adaptar a legislação penal ao meio social da época, embora dele se dissesse que já nascera velho, pois, promulgada a Constituição Republicana de 1891, foi preciso modificá-lo para conciliação de normas. (...) Sofreu, porém, reformas, por leis autônomas."³⁶

³⁶ CASTELO BRANCO, Vitorino Prata. *Aulas de direito penal*. 2.ed., Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1986. Pág. 47

Composto de quatrocentos e doze artigos, é assim distribuído: "Livro I" (Parte Geral do Código), com oitenta e seis artigos; "Livro II" (Parte Especial), com duzentos e setenta e sete artigos; "Livro III" (Contravenções Penais), com quarenta e um artigos; e "Livro IV" (Disposições Gerais), com oito artigos.

Após análise da Parte Geral do Código Penal Republicano de 1890, merece destaque o artigo 24:

Art. 24. As acções ou omissões contrárias a lei penal que não forem commettidas com intenção criminosa, ou não resultarem de negligência, imprudência, ou imperícia, não serão passíveis de pena.

O dispositivo contempla a conduta dolosa do Sujeito Ativo, que se faz necessária para a caracterização do ilícito, caso contrário, não será passível de punição.

Prevê ainda, como inovação em relação ao Estatuto anterior, o crime culposo, através de suas modalidades (negligência, imprudência e imperícia).

Trata-se de inovação, pois o Código Criminal de 1830 em seu artigo 3^o³⁷, somente mencionava a "intenção de o praticar" (dolo), silenciando em relação a culpa.

³⁷ *Art. 3º - Não haverá criminoso ou delinquente sem má fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de o praticar. (Código Criminal do Império de 1830)*

O legislador do 1890, não fez menção no Código Penal Republicano, da expressão "sem conhecimento do mal", que fazia parte integrante da precária definição de dolo, contida no artigo 3º do Código Criminal de 1830, acima referido, o que sugeria hipótese de "erro de tipo essencial", conforme havíamos sustentado ao analisar o Código Criminal do Império, no tópico anterior.

Entretanto, merece especial relevo o artigo 26 do Código Penal Republicano, que de forma inédita (por tratar-se do segundo Código Penal brasileiro), menciona a "ignorância da lei penal":

Art. 26. Não dirimem, nem excluem a intenção criminosa:

- a) a ignorância da lei penal;*
- b) o erro sobre a pessoa ou coisa, a que se dirigir o crime;*
- c) ...*

A primeira hipótese do artigo supra citado (letra a), consagra o princípio "*ignorantia legis neminen excusat*", ou seja, o desconhecimento da lei não escusa a responsabilidade penal.

A Parte Geral do Código Penal em vigor, hoje denominada de nova Parte Geral, tendo em vista as profundas alterações

sofridas pela Lei nº.7.209/84, dispõe no artigo 21, primeira parte, de forma diversa, mas com o mesmo sentido que: "O desconhecimento da lei é inescusável".

Em ambas as hipóteses, contemplamos o "Erro de vigência".

Trata-se de uma das espécies de **Erro de Proibição**. É a "ignorância da lei penal"!

Vejamos o que Júlio Fabbrini Mirabete afirma a respeito:

Dispõe o artigo 21, em sua primeira parte: "O desconhecimento da lei é inescusável." (...) O desconhecimento da lei, nos termos do artigo 21 em estudo, versa sobre a ignorância a respeito da própria lei penal. O agente supõe ser lícito seu comportamento, porque desconhece a existência de lei penal que o proíba. Trata-se do princípio "*ignorantia legis neminen excusat*": promulgada e publicada uma lei, torna-se ela obrigatória em relação a todos, não sendo pensável que, dentro do mesmo Estado, as leis possam ter validade em relação a uns e não em relação a outros que eventualmente a ignorem. Não pode escusar-se o agente com a simples alegação formal de que não sabia haver uma lei estabelecendo punição para o fato praticado.³⁸

Este posicionamento esbarra novamente com o entendimento do Professor Francisco de Assis Toledo, o qual de forma veemente não admite a hipótese de que a ignorância da lei caracteriza uma forma de *Erro de Proibição*, senão vejamos:

A ignorância da lei (erro de vigência) distingue-se com nitidez do erro sobre a ilicitude do fato (erro de proibição). Os dois conceitos ocupam, no ordenamento penal brasileiro, espaços inconfundíveis e guardam plena autonomia. Ninguém poderá sustentar a licitude de seu procedimento sob o pretexto de que desconhece a norma penal que o proíbe. A validade formal da norma é irrecusável em relação a todos os seus destinatários, não sendo admissível que um só deles a ela se furte, invocando o seu desconhecimento. O erro

³⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. v.1, parte geral. 13. ed., São Paulo: Atlas. S.A., 1998. Pág. 199/200.

sobre a ilicitude do fato não se cifra, por sua vez, na ignorância da lei. "Dizer que as leis, uma vez editadas e publicadas, adquirem validade formal ou vigência, independentemente de serem conhecidas em concreto", é uma afirmação correta, mas que nada tem a ver com o problema da consciência da ilicitude, pois - afirma Eduardo Corrêa - "do que neste se cura não é da ignorância da lei penal, mas de concreta ausência no agente, e no momento da atuação, da consciência da ilicitude de uma certa conduta." "Pratico esta conduta concreta que se ajusta a um tipo penal não porque ignoro ou compreendo mal a lei penal (posso até conhecê-la muito bem), mas, porque não me passa pela cabeça que tal conduta seja algo errado, seja algo condenável, seja algo "proibido". É uma valoração leiga que faço sobre o fato e não uma ignorância da lei." Nesse sentido até mesmo as pessoas instruídas podem, em certas circunstâncias, valorar um fato (legítima defesa putativa, por exemplo) de modo a incorrer em erro sobre a ilicitude da conduta concreta que realiza.³⁹

Ousa-se afirmar a discordância com tal opinião, ainda que várias são as correntes doutrinárias em sentido oposto e em sentido favorável.

Respeitando os posicionamentos aqui apontados (entre outros que deixamos de mencionar) assume-se a corrente que nos parece ser a mais apropriada:

A ignorância da lei representa uma espécie de *Erro de Proibição* direto, ou seja, pela falta de consciência da ilicitude do fato que está praticando, o Sujeito exerce uma conduta ignorando (por erro evitável ou inevitável, que deverá ser analisado no caso concreto) a existência de uma norma penal incriminadora, que determina que tal conduta é ilícita.

³⁹ FRANCO, Alberto Silva (Coord.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Pág. 317 (citando Francisco de Assis Toledo, "O Erro no Direito Penal", 1977, p.80/81).

Luiz Flávio Gomes, citando Muñoz Conde, destaca que no Erro de Proibição direto "o autor desconhece a existência de uma norma que proíbe sua conduta"⁴⁰.

Parece razoável admitir que "desconhecer a existência de uma norma" ou "ignorar a existência de uma norma" levam ao mesmo resultado, podemos citar como exemplo, a hipótese fornecida por Jescheck, "do jovem camponês que mantém relações sexuais consentidas com uma mulher oligofrênica, mas de particular sensualidade, sem consciência da proibição jurídica da prática desse ato sexual, por ignorar, no caso, a presunção legal de violência."⁴¹

O citado exemplo foi extraído da obra "Código Penal e sua interpretação jurisprudencial", coordenação dos Professores Alberto Silva Franco e Rui Stoco. Trata-se de hipótese de "erro de proibição direto" (desconhecimento da existência da norma penal incriminadora), onde a palavra "ignorância" é utilizada para significar "erro", vejamos: "por ignorar, no caso, a presunção legal de violência."

Desnecessário, mas pertinente observar que a palavra "ignorância" está sendo analisada sob o prisma jurídico-penal, e não na linguagem comum, onde a ignorância pode representar o

⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. Pág.109.

⁴¹ FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui(Coord.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. Vol.1, Tomo I, 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Pág.319.

conhecimento não respeitado de uma norma (ex: Eu sei que o uso do cinto de segurança é obrigatório por força de lei, mas eu a ignoro, e não o uso.)

Assim sendo, fica demonstrado que a inovação contida neste dispositivo do Código Penal Republicano de 1890, trouxe à luz do Direito, uma questão polêmica, que até mesmo em nossos dias (depois de mais de um século), conduz os Juristas a uma reflexão e a uma busca sobre a real definição do que vem a ser "ignorância" da lei, e "desconhecimento" da lei.

Reiniciando a caminhada, o artigo 26 do Estatuto aqui em análise (segunda hipótese do artigo - "letra b"), determina que:

Art. 26. Não dirimem, nem excluem a intenção criminosa:

...

b) o erro sobre a pessoa ou coisa, a que se dirigir o crime;

A hipótese em tela, na atual legislação penal brasileira caracteriza *Erro de tipo accidental*, ou seja, o Sujeito Ativo age com consciência da ilicitude do ato que está praticando, mas engana-se no momento da prática do ilícito.

Trata-se de assunto alheio ao tema que propõe-se a dissertar, mas que merece reflexão, mesmo que breve.

Uma das espécies de Erro de Tipo Acidental, é o *Erro sobre o Objeto*, aquele em que o Sujeito engana-se sobre a coisa sob

a qual recai sua conduta. Ex: subtrai sal supondo ser açúcar; subtrai cevada supondo ser café, etc...

Outra espécie de Erro de Tipo Acidental, é o *Erro sobre a Pessoa*, previsto em nosso atual Código Penal no artigo 20, §3º⁴².

Exemplificando: Suponhamos que Pedro deseje matar o seu próprio pai(Joaquim). Pedro, escondido entre as plantas do jardim da casa de Joaquim, mediante emboscada e de posse de um revólver, atira em "Y" supondo erroneamente ser seu pai, tendo em vista a aparência, estrutura física e vestimentas, matando-o. Pedro responderá por crime de homicídio doloso, com a agravante prevista pelo artigo 61, inciso II, letra "e" que determina: "*São circunstâncias que sempre agravam a pena..... - ter o agente cometido o crime: contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;...*").

Embora tendo praticado um homicídio contra uma pessoa que nem sequer conhecia, Pedro responderá pelo crime como se tivesse matado o seu próprio pai!

Tanto neste caso, como no anterior, o Sujeito age com consciência da ilicitude do ato por ele praticado, enganando-se, como já foi mencionado, no momento da execução do delito.

⁴² **Art. 20, §3º.** O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

Encerradas estas considerações, conclui-se que o Código Penal Republicano de 1890, tão criticado e espezinhado na época pelas suas imperfeições, ao menos, aqui, sob o prisma e sob o assunto objeto deste estudo, foi absolutamente útil e proveitoso, fornecendo elementos novos, inéditos em relação ao estudo do Erro no Direito Penal.

Consolidação das Leis Penais de 1932

A Consolidação das Leis Penais, Decreto nº.22.213 de 14 de dezembro de 1932, obra do Desembargador Vicente Piragibe ("Juiz da Côrte de Apelação do Distrito Federal, com exercício em uma das Camaras Criminais do alto Tribunal Judiciário" - expressões utilizadas naquela época), surgiu de forma imprescindível, tendo em vista as inúmeras leis extravagantes que tentavam complementar o Código Penal Republicano de 1890, que nascera repleto de defeitos e lacunas.

Devido as dezenas e dezenas de leis extravagantes que foram avolumando-se, necessário se foi consolidá-las e agrupá-las de forma que a legislação penal da época se tornasse compreensível, assim, surgiu a Consolidação das Leis Penais de 1932.

O Presidente Getúlio Vargas ao aprovar, adotar e decretar a Consolidação das Leis Penais, assim manifestou-se:

Considerando que, o Código Penal Brasileiro, promulgado pelo Decreto n°.847, de 11 de Outubro de 1890, tem sofrido inúmeras modificações, quer na classificação dos delitos e intensidade das penas, quer com a adoção de institutos reclamados pela moderna orientação da penalogia;

Considerando que essas modificações constam de grande número de leis esparsas, algumas das quaes já foram, por sua vez, profundamente alteradas, o que dificulta não só o conhecimento como a aplicação da lei penal;

Considerando que, não sendo lícito invocar a ignorância do direito, devem as leis estar ao alcance de todos, já pela clareza, já pela divulgação, o que, com rigor maior, cumpre seja observado em relação às leis penais, em virtude da particular incidência destas sobre a liberdade individual;

Considerando que, malogradas as várias tentativas de reforma do Código Penal Brasileiro, a que ora se empreende ainda tardará em ser convertida em lei, não obstante a dedicação e competência da respectiva Sub-Comissão Legislativa;

Considerando que, sem desarticular o sistema do Código atual nem alterar as disposições em vigor, é de todo conveniente seja adotada uma consolidação das leis penais;

Considerando que esse objetivo pode ser alcançado com o trabalho "Código Penal Brasileiro, completado com as leis modificadoras em vigor", de autoria do Snr. Desembargador Vicente Piragibe, Juiz da Côrte de Apelação do Distrito Federal, com exercício em uma das camaras criminais desse alto tribunal judiciário;

Considerando que a própria Sub-Comissão legislativa do Código Penal, em parecer emitido sobre o mencionado trabalho, reconhece a sua utilidade prática e se pronuncia pela sua aprovação oficial, pensando, do mesmo modo, o Instituto dos Advogados, o Club dos Advogados e a unanimidade dos Desembargadores das Câmaras Criminais da Côrte de Apelação do Distrito Federal;

Considerando que o autor da obra consente na sua adoção, independentemente de qualquer indenização ou premio, ressalvados apenas os seus direitos autorais, quanto à edição já publicada e às reedições futuras:

DECRETA:

Art. 1°. - Fica aprovado e adotado como "Consolidação da Leis Penais", o trabalho do Sr. Desembargador Vicente Piragibe, publicado sob o título "Código Penal Brasileiro, completado com as leis modificadoras em vigor", que a este acompanha, subscrito pelo Ministro da Justiça.⁴³

⁴³ PIERANGELLI, José Henrique(Coord.). *Códigos penais do brasil: evolução histórica*. Baurú: Jalovi, 1980. Pág. 321/322.

A Consolidação das Lei Penais de 1932, embora tenha alterado e/ou complementado várias disposições do Código Penal Republicano de 1890, em nada acrescentou ou modificou as normas referentes ao Erro em Direito Penal, que fazia parte da legislação penal de 1890.

Código Penal de 1940

O Código Penal de 1940 - Decreto-lei nº.2.848 de 07 de dezembro de 1940, é composto de trezentos e sessenta e um artigos, assim distribuídos: "Parte Geral" com cento e vinte artigos; "Parte Especial" com duzentos e trinta e nove artigos; "Disposições Finais" com dois artigos.

A Parte Geral do Código Penal de 1940, originário, isto é, anteriormente às alterações sofridas pela Lei nº.7.209 de 11 de julho de 1984, normatizou o Erro em Direito Penal em duas modalidades: Erro de direito e Erro de fato.

O Erro de direito é previsto pelo artigo 16 do Código Penal de 1940, assim transcrito:

Ignorância ou erro de direito

Art. 16 - A ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena.

O legislador de 1940 equiparou a "ignorância" ao "erro" para fins de isenção de pena, entretanto os juristas da época, etimologicamente, sempre os distinguiram. Como observa Magalhães Noronha: "Distinguem-se erro e ignorância, pois o primeiro é o conhecimento falso acerca de um objeto, ao passo que a ignorância é a ausência total desse conhecimento. Seus efeitos jurídicos são, entretanto, idênticos, como, aliás, bem claro deixa a lei no artigo 16."⁴⁴

Até mesmo o sempre lembrado Professor Nélson Hungria, comungava do mesmo entendimento:

No artigo 16, o Código declara irrelevantes a ignorância da lei (desconhecimento da existência da lei) ou o erro de direito (errada compreensão da lei), colocando-os em pé de igualdade. Praticamente, tanto faz a ausência total de conhecimento (ignorância) quanto o conhecimento desconforme com a realidade (erro). Não há por que distinguir, para diverso tratamento jurídico, entre o *nenhum* e o *falso* conhecimento da lei, entre a *ignorantia legis* e o *error juris*, entre o não-conhecer e o conhecer mal a norma legal. A *ignorantia legis* não deixa de ser um o *error juris* em sentido lato, pois vale o mesmo que *falsa convicção* da inexistência da lei. Não há, portanto, inconveniente ou impropriedade de técnica com o empregar-se na espécie, em caráter genérico, a expressão "erro de direito".⁴⁵

Com toda razão, é indiferente se o Sujeito da conduta descrita em lei como ilícita, desconhece da existência da lei; ou, se a conhece, a compreende erroneamente. Exemplificando: O governo do Estado de Mato Grosso do Sul, através da Secretaria Estadual do Meio Ambiente, determinou a proibição

⁴⁴ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*: introdução e parte geral. v.1, 20. ed, São Paulo: Saraiva, 1982. Pág. 159.

⁴⁵ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*. v.1, Tomo II, 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Pág. 216/217.

da pesca do peixe "Pirarucu", nos meses de outubro e novembro de 1998, uma vez que é nesta época do ano que ocorre a procriação e o melhor desenvolvimento desta espécie. Antônio, pessoa humilde, residente à beira do "Rio Teles Pires", na região sertaneja do Estado, praticou a pesca do peixe "Pirarucu" durante todo o ano de 1998, pois ignorava a existência de uma lei estadual que o proibisse de pescar este determinado peixe nesta determinada época. Mas, Pedro, vizinho de Antônio, tomou conhecimento da existência da lei estadual, e sabia que a pesca nos meses de outubro e novembro de 1998, era considerado crime. Entretanto, equivocadamente, ele acreditava que a pesca proibida era do peixe "Tucunaré". Pedro, obedecendo a norma legal de não pescar "Tucunarés" nestes dois meses do ano de 1998, passou a pescar outros peixes, entre eles, o "Pirarucu".

Na primeira hipótese deste exemplo absolutamente imaginário, Antônio praticou a pesca do peixe Pirarucu por "ignorância da lei" (ou "erro de proibição direto", em vista da nova Parte Geral); na segunda hipótese, Pedro praticou a pesca de outros peixes, inclusive "Pirarucus", pois acreditava que a proibição recaia somente sobre os "Tucunarés", neste caso houve "erro de direito" - a errada compreensão da lei (ou "erro de proibição indireto", sob o prisma da nova redação formulada pela Lei nº.7.209/94, atinentes à Parte Geral do Código Penal em vigor. Assim, Pedro supôs, erroneamente, a

existência de uma causa que excluiria a ilicitude de sua conduta. Desta forma, raciocinou: "Posso pescar qualquer peixe, exceto Tucunarés".).

Com propriedade esclarece Magalhães Noronha: No "erro ou ignorância de direito, o sujeito sabe o que faz, porém não conhece a norma jurídica ou não a conhece bem a interpreta mal" ou pode ocorrer a "suposição errônea da existência de causa de exclusão da ilicitude não reconhecida juridicamente".⁴⁶

Retomando o Código Penal de 1940, em seu artigo 16, o mesmo adotou o princípio jurídico "*error juris nocet*", ou seja, o "erro de direito prejudica".

Desta forma, não poderá o Sujeito(agente) alegar simplesmente que ignorava a existência de uma norma proibitiva, para ficar impune da pena pelo crime por ele praticado.

Aliás, este foi um dos argumentos utilizados pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores, Francisco Campos, na "Exposição de Motivos" do Código Penal, encaminhado ao Presidente da República, Getúlio Vargas, em 1940, e publicado no "Diário Oficial da União" em 31 de dezembro de 1940:

⁴⁶ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 1º v., parte geral, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. Pág. 429.

O artigo 16 dispõe a irrelevância do erro de direito. Não cedeu a Comissão revisora, em matéria de crimes, aos argumentos em prol da restrição a esse princípio. O *error juris nocet* é, antes de tudo, uma exigência de política criminal. Se fosse permitido invocar como escusa a ignorância da lei, estaria seriamente embaraçada a ação social contra o crime, pois ter-se-ia criado para os malfeitores um pretexto elástico e dificilmente contestável. Impraticável seria, em grande número de casos, a prova contrária à exceção do réu, fundada na insciência da lei. Conforme pondera von Hippel ("Deutsches Strafrecht", vol. II, pág. 342) pelo menos a prova do *dolus eventualis* teria de ser oposta ao réu, mas, ainda assim, redundaria, muitas vezes, num *non liquet*, que frustraria a ação repressiva. Aos piores delinquentes, quase sempre originários das classes sociais mais desprovidas de cultura, ficaria assegurada a impunidade. (...) E ainda mesmo que se abstraia o ponto de vista da utilidade social, o *nemo censetur legem* não traduz uma injustiça, quando se tem em atenção a gênese sociológica da lei, notadamente da lei penal. É de inteira procedência a argumentação de von Bar ("Gesetz und Schuld", vol.2, pág.393): "Do ponto de vista do indivíduo, não há injustiça em que lhe não aproveite o erro de direito. Cresce ele como membro da comunhão social, a cuja consciência jurídica deve corresponder a lei penal, e por isso tem, de regra, a clara intuição do que deve evitar para não violar a ordem jurídica." É certo que nem sempre a lei é um reflexo da consciência jurídica coletiva, representando apenas conveniência política de momento. A tais casos, porém, atende o projeto, na medida do possível, incluindo entre as "circunstâncias que sempre atenuam a pena" o escusável erro de direito. O projeto não faz distinção entre erro de direito *penal* e erro de direito *extrapenal*: quando uma norma penal faz remissão a uma norma não penal ou a presunção, esta fica fazendo parte integrante daquela, e, conseqüentemente, o erro a seu respeito é um irrelevante *error juris criminalis*.⁴⁷

Embora a ignorância ou a errada compreensão da lei não exima o Sujeito Ativo da pena correspondente ao ilícito praticado, ele poderá ser beneficiado com uma diminuição desta pena, desde que o erro de direito seja escusável, ou seja, quando a ignorância ou a falsa percepção da realidade for inevitável.

É o que determina o artigo 48, inciso "III" do Código Penal de 1940:

⁴⁷ PIERANGELLI, José Henrique(Coord.). *Códigos penais do brasil: evolução histórica*. Baurú: Jalovi, 1980. Pág. 418/419

Circunstâncias atenuantes

Art. 48 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

...

III - a ignorância ou a errada compreensão da lei penal, quando escusáveis;

É evidente que o inciso III do referido artigo, ao referir-se em "lei penal", abrange também o conteúdo desta lei, ou seja, os tipos descritivos da conduta delituosa.

Uma determinada pessoa pode desconhecer a existência da própria lei como um todo; pode ainda ter conhecimento que algumas condutas são previstas por esta lei como delituosas; ou ainda, pode conhecer quase que totalmente a lei, mas, desconhecer um determinado artigo(tipo), que descreve, justamente, aquela conduta por ele praticada.

Desta forma, se comprovadamente não haviam condições do Sujeito Ativo ter conhecimento da existência da norma que proibia a prática de determinada conduta, ele recaiu em "erro de direito escusável" (inevitável, portanto perdoável) - desde que comprovado pelas circunstâncias do caso concreto.

Assim, não haverá nesta hipótese, exclusão da ilicitude, mas tão somente uma redução genérica da pena, que ficará a critério do Juiz(em seu *quantum*) e das circunstâncias fáticas do momento da prática do ilícito.

O Professor Heleno Cláudio Fragoso, na obra "Comentários ao Código Penal" (escrito em co-autoria com o inesquecível mestre Néelson Hungria), através do conhecimento profundo que possuíam sobre as legislações estrangeiras da época, utilizavam, em 1978, a atual denominação "erro de proibição", inclusive, defendendo a exclusão total da culpabilidade se fosse comprovado a ocorrência do erro sobre a ilicitude (abrangendo também, hipóteses de erro derivado por embriaguez do agente), vejamos:

O erro sobre a ilicitude (erro de proibição) deveria ter ampla ressonância sobre a culpabilidade, excluindo-a. Numa legislação moderna, que nesse sentido se orientasse, as limitações contidas na fórmula legal da inimputabilidade só teriam efetivamente relevância para o momento volitivo (capacidade de autogoverno em face da compreensão da ilicitude). Se o erro de proibição tivesse em nosso sistema de direito a amplitude que lhe conferem outras leis estrangeiras, teríamos exclusão da culpabilidade não só quando a incapacidade de entendimento resultasse de doença mental ou de desenvolvimento mental retardado, mas também quando derivasse de qualquer outra causa. Nesse sentido poderíamos prever que a teoria do erro se projetará sobre a capacidade de culpa, com a ampla revisão que se processa nas legislações modernas quanto ao alcance do erro de direito. No regime de nosso vigente CP, admite-se, por uma ficção jurídica, a imputabilidade do ébrio, qualquer que seja a situação. É necessário conferir, em tal hipótese, ao erro, toda a sua relevância jurídica. Como ensina Aníbal Bruno, tem-se de admitir o "erro do ébrio, que subtrai coisa alheia, julgando, na embriaguez, que ela lhe seja própria ou o daquele que agride por considerar-se, na confusão da crise alcoólica, em situação de legítima defesa ou estado de necessidade."⁴⁸

Razão assiste ao eminente Professor Fragoso ao afirmar que "poderíamos prever que a teoria do erro se projetará sobre a

⁴⁸ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*. v.1, Tomo II, 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Pág. 612.

capacidade de culpa, com a ampla revisão que se processa nas legislações modernas quanto ao alcance do erro de direito”, pois, com o advento da nova Parte Geral do Código Penal através da Lei nº.7.209/84, as suas previsões, sobre a exclusão da culpabilidade, tornaram-se realidade, face a adoção do “Erro de Proibição”.

Em outra obra de sua lavra, já sob a égide da nova lei, manifestou-se: “Erro de proibição é aquele que versa sobre a ilicitude(art.20,§1º, e art. 21, CP). O erro sobre a ilicitude, quando relevante, exclui a culpabilidade. O seu estudo se faz, portanto, na teoria da culpa, e não na teoria do tipo.”⁴⁹

Afim de uma correta compreensão, e para não cometermos equívocos, a antiga Parte Geral do Código de 1940 tipificava o denominado “Erro de fato” no artigo 17, sendo esta modalidade de erro absolutamente diferente do “Erro de Direito”, obviamente.

O artigo 17, assim determinava:

Erro de fato

Art. 17 - É isento de pena quem comete o crime por erro quanto ao fato que o constitui, ou quem, por erro plenamente

⁴⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. Pág. 183.

justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima.”

Tal dispositivo é singelo ante a análise da atual estrutura da nova Parte Geral.

Indubitavelmente houve no Código Penal de 1940 (se compararmos com os atuais dispositivos da nova Parte Geral) uma mescla da definição de “*Erro de fato*” (atualmente “*Erro de tipo*”), com a atual definição elaborada pelo legislador ao Artigo 20, §1º: “*Discriminantes Putativas*”⁵⁰.

Verificar-se-á no momento apropriado, de que embora as “*Discriminantes Putativas*” previstas pela nova Parte Geral do Código, estejam situadas no artigo 20, §1º (artigo referente ao Erro de Tipo), na realidade elas são espécie de Erro sobre a ilicitude do fato (artigo 21).

⁵⁰ **Art. 20, §1º. *Discriminantes putativas***

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

A nova Parte Geral do Código Penal de 1940

Com o passar dos anos, o Código Penal de 1940 necessitava de alterações para se adequar à evolução social, bem como às modernas teorias que passavam a vigorar nas legislações estrangeiras.

Tendo em vista que o novo Código Penal de 1969 (Decreto-lei nº.1.004 de 21/10/69) - oriundo do Anteprojeto elaborado pelo saudoso Professor Néelson Hungria - foi revogado em 1975, após exaustivas protelações de seu início de vigência, procurava-se readequar o Código Penal através de uma reforma.

Como lembra o Professor Magalhães Noronha:

Finalmente, por força da Lei nº.7.209 de 11 de julho de 1984, surgiu uma nova estrutura legal atingindo a Parte Geral do Código Penal. A origem está situada num Anteprojeto, datado de 1981, elaborado pelos ilustres juristas Francisco Assis Toledo, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Serrano Neves, Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti. Uma comissão revisora formada por Dinio Garcia, Miguel Reale Júnior, Francisco Assis Toledo e Jair L. Lopes deu forma final ao Projeto, datado de 1983, surgindo a citada Lei nº.7.209 de 11 de julho de 1984, que diz respeito à nova Parte Geral do Código Penal. As maiores e mais sensíveis modificações e inovações introduzidas dizem respeito à disciplina normativa da omissão, ao surgimento do arrependimento posterior, à nova estrutura sobre o erro, ao excesso punível alargado para todos os casos de exclusão de antijuridicidade, ao concurso de pessoas, às novas formas de penas e à extinção das penas acessórias, à abolição de grande parte das medidas de segurança com o fim da periculosidade presumida.⁵¹

⁵¹ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. v.1, 23.ed, São Paulo: Saraiva, 1985. Pág. 63.

Em relação ao Erro, a nova Parte Geral do Código Penal vigente adotou os princípios sustentados pela moderna doutrina penal alemã: O "erro de Proibição" ou erro sobre a ilicitude do fato (*Verbotsirrtum*); e o "Erro de Tipo" ou erro sobre elementos do tipo (*Tatbestandsirrtum*). Os quais, substituíram a ultrapassada dicotomia "erro de direito" e "erro de fato".

A análise dos dispositivos e das teorias referentes ao *Erro de proibição* na nova Parte Geral do Código Penal de 1940, bem como às suas espécies; diferenciação com o Erro de tipo; e demais considerações, foram analisadas em Capítulos próprios (Capítulos III e IV), ao qual reportamos a nobre Banca Examinadora desta Dissertação de Mestrado.

O Código Penal de 1969

No início da década de sessenta, o professor Nélon Hungria foi incumbido da elaboração de um Anteprojeto para um novo Código Penal brasileiro, pois o Código Penal de 1940 necessitava se adequar às novas teorias que vigoravam nas codificações estrangeiras.

Assim sendo, em data de 08 de novembro de 1962, através do Decreto n.º.1.490, publicou-se o Anteprojeto do Código Penal elaborado pelo mestre Hungria.

Transformou-se em Código Penal após ter sido submetido a exame por uma Comissão Revisora. Entretanto, jamais entrou em vigor.

O início da vigência do novo Código foi por várias vezes protelado. Inicialmente, por previsão constante do próprio Código, estipulou-se a data de 1º de janeiro de 1970; posteriormente para: 1º de agosto de 1970 (Lei nº.5.573 de 1º/12/69); 1º de janeiro de 1972 (Lei nº.5.597 de 31/07/70); 1º de janeiro de 1973 (Lei nº.5.749 de 1º/12/71); 1º de janeiro de 1974 (Lei nº.5.857 de 07/12/72); finalmente, não tendo gerado nenhum efeito, foi simplesmente revogado.

O Código Penal de 1969 - Decreto-lei nº.1.004 de 21 de outubro de 1969, com as alterações introduzidas pela Lei nº.6.016 de 31 de dezembro de 1973, retificado no Diário Oficial de 06 de março de 1974, é composto de quatrocentos e quatro artigos, assim distribuídos: "Parte Geral" com cento e dezenove artigos; "Parte Especial" com duzentos e oitenta e três artigos; e "Disposições Finais" com dois artigos.

A Parte Geral do Código Penal de 1969, no assunto pertinente ao Erro, manteve a denominação "*erro de direito*" e "*erro de fato*" adotada pela Parte Geral original do Código Penal de 1940.

As profundas modificações somente ocorreriam em 1984 (Lei nº.7.209/84), com a adoção da moderna teoria do erro, representada pela dicotomia *erro de proibição* e *erro de tipo*.

O "Erro de direito" é descrito pelo artigo 20 e o "Erro de fato" pelo artigo 21 do Código Penal de 1969.

Entretanto, com disposições absolutamente diferentes em relação a Parte Geral original do Código Penal de 1940.

Vamos comparar os dispositivos, antes de tecermos novas considerações:

Código Penal de 1940	Código Penal de 1969
<p>Ignorância ou erro de direito</p> <p>Art. 16 - A ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena.</p>	<p>Erro de direito</p> <p>Art. 20 - A pena pode ser atenuada ou substituída por outra menos grave, quando o agente, por escusável ignorância ou errada compreensão da lei, supõe lícito o fato.</p>

Código Penal de 1940	Código Penal de 1969
<p>Erro de fato</p> <p>Art. 17 - É isento de pena quem comete o crime por erro quanto ao fato que o constitui, ou quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima.</p>	<p>Erro de fato</p> <p>Art. 21 - É isento de pena quem, ao praticar o crime supõe, por erro plenamente escusável, a inexistência de circunstância de fato que o constitui, ou a existência de situação de fato que tornaria a ação legítima.</p>

O Professor Heleno Fragoso afirma que Nélson Hungria, ao elaborar o artigo referente ao erro de direito, inspirou-se no Código Penal Iugoslavo vigente em 1962, e que o anteprojeto denominado "anteprojeto Hungria":

...orientava-se no sentido de atribuir maior relevância ao erro de direito: "A pena pode ser atenuada, substituída por outra menos grave ou mesmo excluída quando o agente, por escusável ignorância ou erro de interpretação da lei, supõe lícito o fato." A Comissão Revisora, que funcionou na primeira fase, equiparou o erro de direito ao erro de fato, prevendo-os no mesmo dispositivo. A revisão final e a emenda legislativa (Lei nº.6.016 de 1973) caminhavam para trás, adotando afinal fórmula menos ampla que a prevista no projeto original.⁵²

Desta forma, a Comissão Revisora alterou o artigo 19 do "anteprojeto Hungria", dando origem ao artigo 20 constante do Código Penal de 1969.

Heleno Fragoso afirma que o artigo 20, posto da forma que se encontra, representa "importante avanço diante da prevista no CP vigente. Ela significa que o juiz pode, reconhecendo o erro de direito, atenuar a pena entre um quinto e um terço (art.59) ou substituir a pena de reclusão pela de detenção ou a pena de detenção pela pena de multa."⁵³

O Código Penal de 1940, por sua vez, inspirou-se no Código Penal Italiano, ou, também conhecido como "Código Rocco".

⁵² HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*. v.1, Tomo II, 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Pág. 563.

⁵³ HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*. v.1, Tomo II, 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Pág. 564.

Everardo da Cunha Luna, citado por Paulo José da Costa Júnior em seus *Comentários ao Código Penal*, afirma que o Código Penal Suíço seria (na época da elaboração do Projeto do Código Penal brasileiro de 1940), na opinião de vários juristas, o mais indicado para inspirar a estrutura do "erro" à ser utilizada em nossa codificação penal; entretanto, acredita que "possivelmente razões de política, não somente criminal, fizeram com que o legislador brasileiro tomasse os mesmos rumos do italiano".⁵⁴

No Código de 1940, sustenta o jurista William Wanderley Jorge, que "o erro de fato era o que se referia ao fato definido como crime, e erro de direito aquele que se relacionava com a configuração jurídica, desconhecimento ou errônea interpretação. O erro de fato excluía a criminalidade do ato e o erro de direito não beneficiava o agente".⁵⁵

Com relação ao erro de fato no Código Penal de 1969, o artigo 21, determinava que o agente estaria isento de pena, caso, por erro plenamente escusável (perdoável, justificável), praticasse um crime supondo:

a) a inexistência de circunstância de fato que o constitui; ou

⁵⁴ COSTA Jr., Paulo José da. *Comentários ao código penal*. parte geral. v.1, São Paulo: Saraiva, 1986. Pág. 182.

⁵⁵ JORGE, William Wanderley. *Curso de direito penal*. v.1, parte geral, 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. Pág. 350.

b) a existência de situação de fato que tornaria a ação legítima.

Na hipótese "a", o agente desconhece estar praticando uma conduta delituosa, pois o erro o impede de compreender e de determinar, pelas circunstâncias do momento, onde reside a ilicitude de seu ato. Ex: subtrai coisa alheia supondo erroneamente, pela aparência, ser sua.

Na atual legislação, o erro sobre elementos do tipo, exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos se previsto em lei.⁵⁶

Na hipótese "b", o agente supõe, erroneamente, a existência de uma situação que não existe, mas que, caso existisse na realidade, tornaria a sua ação legítima.

Sem dúvida, são as hipóteses de "Descriminantes putativas", que na atual Parte Geral, estão inserida no parágrafo 1º do artigo 20⁵⁷, mas que representam, conforme entendimento da doutrina dominante, uma das espécies de "erro de proibição". Assunto à ser analisado no momento oportuno.

⁵⁶ **Art. 20 (caput).** O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.

⁵⁷ Art. 20....

Descriminantes putativas

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

CAPÍTULO III
O ERRO DE PROIBIÇÃO NO CÓDIGO PENAL VIGENTE

Diz-se comumente que, na China , se pune o pai por não utilizar o poder paternal estabelecido pela Natureza e aumentado pelas próprias leis. Isto sempre supõe que não há honra entre os chineses. Entre nós, os pais cujos filhos são condenados ao suplício e os filhos cujos pais sofreram a mesma sorte, são punidos pela desonra, fato que corresponde à perda da vida na China.³

· MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Baron de la Brède et de, 1689-1755. *O espírito das leis*. Trad. De Fernando Henrique Cardoso e Leoncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982. Pág. 124.

O Erro de Proibição e suas complicações

A falsa percepção da realidade, quando inevitável, isenta de pena o agente. O artigo 21, segunda parte, do Código Penal, assim determina⁵⁹.

Entretanto, sob o aspecto do fato por ele praticado, bem como da vítima ou das vítimas do fato, trata-se de uma "ida sem volta", pois, na maioria dos casos, não há como eliminar os vestígios e as marcas deixadas pela prática daquele ilícito.

A isenção de pena, quando o erro é invencível, justifica-se pelo fato do agente desconhecer que a sua conduta era descrita em lei como delito ou contravenção.

O agente, portanto, não tinha condições de saber da ilicitude da conduta; e, se soubesse, presume-se que não praticaria a conduta proibida.

Quando, todavia, o erro sobre a ilicitude do fato for evitável, isto é, poderia ser verificado e evitado pelas circunstâncias, a pena será diminuída de um sexto a um terço.

Não olvidando as considerações esplanadas na "Introdução" deste trabalho, reafirma-se que a primeira parte do artigo 21

⁵⁹ **Código Penal - Erro sobre a ilicitude do fato - Art. 21.** O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único. Considera evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

"*caput*" do Código Penal, é denominada pela doutrina de *erro de vigência* (*O desconhecimento da lei é inescusável.*)

Neste caso, o indivíduo desconhece a existência da própria lei. Trata-se de ignorância (desconhecimento total acerca de um objeto).

A segunda parte do artigo 21 "*caput*" do Código Penal, é denominada de "*erro de proibição*" (*O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.*)

Neste caso, o erro sobre a ilicitude do fato, recai sobre o desconhecimento da norma penal proibitiva, isto é, o agente desconhece a existência do dispositivo legal (*erro de proibição direto*); ou por supor erroneamente estar acobertado por uma causa de justificação; ou por supor a existência de situação de fato que, se existisse na realidade, tornaria a sua ação legítima (*discriminantes putativas*), hipóteses de *erro de proibição direto*.

O desconhecimento pode ocorrer sobre a descrição da conduta delituosa (*normas penais incriminadoras*); ou sobre uma norma penal (*normas penais finais ou explicativas*) que incrimina uma conduta anteriormente praticada e tida pelo

agente como lícita, como por exemplo o previsto pelo artigo 224 do Código Penal⁶⁰:

Ex: Antônio, mantém relações sexuais com Maria, uma senhora solteira, com 32 anos de idade, com o consentimento desta. Todavia, Maria é portadora de um desequilíbrio mental (alienada mental), que era do conhecimento de Antônio. Mas, Antônio (pessoa simples, com pouca cultura), não obrigou Maria a manter com ele relações sexuais, inclusive, ela mesma o incentivou a praticá-las.

Mesmo assim, por força do disposto no artigo 224 do Código Penal, a alienação mental de Maria pressupõe *violência*, pois o seu consentimento não tem validade.

Pressupondo violência, caracteriza elemento constitutivo do crime de estupro ("Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ...").

Desta forma, Antônio praticou um ilícito penal previsto pelo artigo 213⁶¹ do CP, cuja pena é de reclusão de seis a dez anos. Um clássico exemplo de *erro de proibição*, que pelas circunstâncias, demonstram ser "*direto*".

Realmente, o erro de proibição, pela sua própria natureza; pela cultura do povo brasileiro e por ser o Brasil um país continental, desafia a efetiva aplicação da lei penal.

⁶⁰ **Código Penal - Presunção de violência - Art.224.** Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (catorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Como seria possível, ante a estrutura precária do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário (somados às características econômicas e culturais de nosso povo brasileiro) ser exigível que todos os brasileiros conheçam as leis, ou pelo menos algumas normas penais constantes das leis, mesmo que superficialmente?

Trata-se de uma ficção... de uma irreabilidade.

Em termos práticos:

Suponhamos que Antônio, um jovem de 24 anos de idade, casado com Maria, uma jovem de 26 anos; pais de um filho: Francisco, com dois anos de idade; deseje submeter-se a uma cirurgia que evitaria a concepção de outros filhos.

Antônio, embora trabalhando em uma profissão que lhe garante (bem como à sua família) uma vida de classe média; proprietário da casa onde reside com sua família; proprietário de um automóvel que lhe supre as necessidades de locomoção e de passeio, decide, com a aprovação e apoio da esposa, realizar uma cirurgia de *vasectomia*, para evitar terem mais filhos, pois, Francisco, o jovem herdeiro, passa a maior parte do tempo com a empregada, tendo em vista que os pais trabalham em tempo integral, inclusive aos sábados.

Após conversar com o Dr. Miguel (médico e amigo de infância) e fazer todos os exames necessários para comprovar a

⁶¹ **Código Penal - Estupro - Art. 213.** Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

sua higidez, realiza a vasectomia no consultório particular do médico.

A cirurgia foi um verdadeiro sucesso e não demorou mais do que trinta minutos.

Antônio e Maria resolveram os seus problemas relativos a prole. Entretanto, por falta de consciência da ilicitude de seu ato, Antônio praticou um crime, cuja pena é de reclusão de 02 (dois) a 08 (oito) anos, e multa.

Antônio, por erro de proibição direto, desconhecia a existência de uma lei, sob nº.9.263 de 12 de janeiro de 1996, que determina em seu artigo 15, o seguinte:

Lei nº.9.263 de 12/01/96

...

Art. 15. Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave.

E o artigo 10 da referida lei, por seu turno, é incisivo:

Art.10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes condições:

I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de 25 (vinte e cinco) anos de idade ou, pelo menos,

com 2 (dois) filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de 60 (sessenta) dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce.

Neste exemplo ilustrativo, pode-se observar que a falta de consciência da ilicitude pode existir em nosso meio, diariamente: nas ruas; nas praças; no interior das casas; nos escritórios; nos consultórios; à beira dos rios; na mata; no alto dos edifícios; nas escolas e até mesmo... dentro de nosso próprio lar.

Erro de tipo

O "*Erro sobre elementos do tipo*", ou "*Erro de tipo*" é previsto pelo artigo 20, "*caput*", da atual Parte Geral do Código Penal de 1940, que assim determina:

Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

Parte da doutrina tece críticas sobre a forma de como o dispositivo foi redigido, principalmente em relação aos pleonasmos: "elemento constitutivo" e "tipo legal".

Júlio Fabbrini Mirabete, com toda razão, assevera: "Pode-se criticar o legislador porque a expressão *elemento constitutivo* é redundante, já que todo "elemento" é "constitutivo" do tipo. Também é superabundante a expressão *tipo legal*, porque todo tipo penal está na lei."⁶²

Com toda razão. Embora a preocupação do legislador, presumivelmente, foi a de tornar mais explícita a norma contida no dispositivo; mas, pecou pela demasia na utilização de expressões desnecessárias.

Críticas à parte, e, analisando o disposto no artigo 20 acima citado, verifica-se que

com a Lei 7.209/84, que reformulou a Parte Geral do Código Penal, o dolo, desincorporado da consciência da ilicitude, deixou de ser objeto de consideração em nível de culpabilidade para inserir-se na própria estrutura típica. Dessa forma, o erro não mais excluirá o dolo enquanto elemento de formação do conceito de culpabilidade, mas, sim, enquanto dado integrativo do tipo. "Se o dolo é conhecimento (e volição) da realização de todos os elementos do tipo objetivo, deverá declarar-se a ausência do dolo, quando o agente *desconhece* todos ou alguns elementos do tipo objetivo" (Gómez Benitez, *Teoría jurídica del delito*, 1984, p.220). Fala-se, então, em "erro de tipo" que é um erro que recai sobre os elementos que participam da estrutura típica.⁶³

⁶² MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. v.1, parte geral. 13.ed., São Paulo: Atlas. S.A., 1998. Pág. 166.

⁶³ FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui(Coord.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. Vol.1, Tomo I, 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Pág. 306/307.

Assim sendo, havendo desconhecimento por parte do agente, de um dos elementos que integram a descrição do crime, ocorre ausência do dolo, permitindo entretanto, punição pela figura culposa, se expressamente prevista em lei.

O Professor Luiz Alberto Machado, ensina que:

O erro de tipo é a falsa representação da realidade (a ignorância é a ausência de representação, que se equipara ao erro; Frágoso) no tocante à composição do tipo objetivo. Vale dizer, quanto aos elementos descritivos e normativos do tipo pluridimensional. O erro sobre elementos do tipo (art. 20) é, *mutatis mutandis*, o erro de fato do Código Penal de 1940 (art. 17). A afirmação de que "o erro sobre elemento do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei" significa a não composição do tipo subjetivo, nesta hipótese. É caso de ocorrência de defeito de congruência, com o não aperfeiçoamento do tipo subjetivo: o agente toma um objeto alheio, para si, supondo-o próprio. O tipo objetivo aperfeiçoou-se; o subjetivo, pela ausência do dolo, não. A conduta, de consequência, é penalmente atípica.⁶⁴

Com toda a razão, sendo excluído o dolo, punir-se-á o agente apenas a título de culpa, entretanto, não havendo previsão legal do crime na modalidade culposa, torna-se atípico; isto é, o agente não poderá ser punido⁶⁵ por falta de previsão desta conduta.

O saudoso Professor Alcides Munhoz Netto conceitua o erro de tipo como sendo aquele que "incide sobre elementos constitutivos da figura delituosa e impede o autor de ter a

⁶⁴ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal* : parte geral, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. Pág. 109.

⁶⁵ Código Penal - Art. 18 - Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

representação de estar, em concreto, realizando a conduta abstratamente descrita em lei.”⁶⁶.

Nas palavras de Heleno Cláudio Fragoso:

Entende-se por erro de tipo aquele que versa sobre elementos da conduta típica, sejam de natureza puramente factual ou jurídica. A expressão “erro sobre elementos do tipo” passou a ser adotada expressamente pela nova lei (art. 20, CP), sendo, como se percebe, mais ampla do que erro de fato, empregada originalmente pelo CP de 1940. Nem todo erro de tipo é erro de fato. Se o agente erra, por exemplo, sobre a condição de coisa alheia, no furto, supondo-a própria, erra sobre elemento factual do tipo de furto (art. 155, CP). Se, no crime de contrabando (art. 334, CP), erra sobre a proibição que existe, de importar determinada mercadoria, o erro ainda é de tipo, mas versa sobre elemento de natureza jurídica, que não seria, no regime anterior do CP, erro de fato, mas, sim, erro de direito.⁶⁷

Pela Nova Parte Geral do Código Penal, o exemplo do ilustre mestre (“Se, no crime de contrabando (art. 334, CP), erra sobre a proibição que existe, de importar determinada mercadoria...”) caracteriza, realmente, erro de tipo, pois o erro recaiu sobre a natureza proibida da mercadoria, portanto, sobre a elementar: “mercadoria proibida”. O mesmo ocorre com o indivíduo que porta maconha, supondo, erroneamente, ser fumo cortado para cachimbo.

⁶⁶ MUNHOZ NETTO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Pág. 61.

⁶⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. Pág. 182/183.

Para a caracterização de erro de proibição, no caso do artigo 334⁶⁸ do Código Penal, o erro deveria recair sobre a natureza ilícita da conduta de "importar ou exportar mercadoria proibida", e não sobre a mercadoria.

Assim, resumidamente: erro sobre a mercadoria (erro de tipo); erro sobre a conduta (erro de proibição).

Questão bastante interessante e esclarecedora é fornecida pelo Professor Damásio Evangelista de Jesus, por ele denominada de "Furto por engano":

O jornal *O Estado de São Paulo*, na edição de 27 de novembro de 1993, publicou a notícia de que o jornalista J. H. R., da TV Cultura de São Paulo, levou um susto, supondo que seu carro tinha sido furtado por ladrões. J.H.R., na madrugada de 24 de novembro, emprestou sua Caravan ao cunhado, que foi a um bar com amigos. Ao sair, o cunhado não encontrou o veículo, tendo registrado o fato em BO no 28º Distrito Policial. Horas depois, um comerciante, cujo nome não foi revelado, foi apavorado à Delegacia e explicou tudo: estava no mesmo bar e tem uma Caravan parecida. Ao sair, como havia tomado alguns *drinks* a mais, entrou no veículo errado. Só de manhã percebeu o engano, devolvendo a Caravan.

Diante da notícia, responda às seguintes questões: 1ª) O comerciante cometeu crime de furto? 2ª) Se negativa a resposta, qual o fundamento técnico penal aplicável à hipótese?

Respostas: Não houve crime de furto, tendo ocorrido um erro de tipo, excludente da tipicidade do fato (CP, art. 20, *caput*). Objetivamente, existiu furto, uma vez que o comerciante subtraiu coisa alheia móvel (CP, art. 155, *caput*). Subjetivamente, entretanto, supôs tratar-se de outro objeto material: o automóvel de sua propriedade. Dessa maneira, houve dois fatos: 1º) para ele, estava apossando-se do próprio veículo (fato subjetivo); 2º) na realidade, estava subtraindo o automóvel alheio (fato objetivo). Da desconformidade entre o fato imaginado e o praticado surge o erro de tipo: o comerciante desconhecia estar subtraindo veículo de terceiro. O erro recaiu sobre um elemento objetivo do tipo, o objeto material do crime ("coisa"). Esse erro, quando invencível, inevitável, aquele que qualquer pessoa cometeria, exclui o dolo e, por consequência, o crime. Quando vencível, evitável, aquele em que um homem comum não incidiria, exclui o dolo, mas não a culpa, respondendo o sujeito por crime culposo, desde que legalmente

⁶⁸ **Código Penal - Contrabando ou descaminho - Art. 334.** Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

prevista a modalidade culposa. Na espécie, ainda que o comerciante tenha agido com culpa, não houve crime. Ocorre que não existe furto culposo.⁶⁹

Nesta questão, aliás, deveras interessante, o erro é de tipo.

O agente, dominado pelo erro - pela falsa representação da realidade - "subtraiu" coisa alheia supondo ser sua.

O erro recaiu, portanto, sobre um dos elementos que constituem a definição do crime de furto: "coisa alheia".⁷⁰

Destarte, havendo "erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime", este "exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei", conforme determinação do artigo 20 do Código Penal. E, em vista da inexistência de "furto culposo" em nosso ordenamento jurídico penal, o agente não será punido, face ao contido no artigo 18, parágrafo único.⁷¹

Torna-se oportuno, verificarmos as principais espécies de erro de tipo previstos pelo Código Penal, que são as seguintes:

⁶⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Novíssimas questões criminais*. São Paulo: Saraiva, 1998. Pág. 79/80.

⁷⁰ **Código Penal - Furto - Art. 155.** Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁷¹ **Código Penal - Art. 18 - Parágrafo único.** Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

a) **Erro de tipo essencial:** é aquele onde o agente atua sem a consciência da ilicitude do fato, pois o erro incide sobre um dos elementos da figura típica, seja este elemento "descritivo (diretamente constatável pelo exegeta, como filho, casado, velho, mãe, mulher, etc...), ou normativo (aqueles que pressupõem um juízo de valor como dignidade, ou que se servem de valorações realizadas em outras normas, como coisa alheia)."⁷²

Em outras palavras, pode-se afirmar que o agente não sabe que está praticando uma conduta delituosa, pois o erro o impede de obter esta consciência; mas se lhe fosse possível ter tal consciência, não praticaria a conduta caracterizadora do crime.

Vários e vários são os exemplos fornecidos pela doutrina: "um caçador, no meio da mata, dispara sua arma sobre um objeto escuro, supondo tratar-se de um animal, e atinge um fazendeiro; uma pessoa aplica a um ferimento do filho ácido corrosivo, pensando que está utilizando uma pomada; uma gestante ingere substância abortiva na suposição de que está tomando calmante"⁷³; "quem oferece propina, para a prática de ato de ofício, a um empregado de entidade autárquica, ou

⁷² COSTA Jr., Paulo José da. *Comentários ao código penal*. parte geral. v.1, São Paulo: Saraiva, 1986. Pág. 185.

⁷³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. v.1, parte geral. 13.ed., São Paulo: Atlas. S.A., 1998. Pág. 165.

paraestatal, supondo que essa espécie de empregado não se reveste da qualidade de funcionário público, incorre em erro de tipo"⁷⁴ (tendo em vista o disposto no artigo 327⁷⁵ do Código Penal, que define *funcionário público* para efeitos penais; entretanto, deixa de caracterizar crime de Corrupção ativa - artigo 333⁷⁶ do CP - devido a ocorrência de erro sobre elemento do tipo, que exclui o dolo); "A se apossa de um objeto pertencente a B, mas assim procede na convicção de que o objeto é seu"⁷⁷.

As decisões dos Tribunais - fonte formal mediata do Direito Penal - tem decidido situações interessantes sobre erro de tipo.

A título de ilustração, cita-se decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo - TACRIM-SP - AC - Voto vencido: Rulli Júnior (RT 663/300)

Caçador atira em vulto imaginando tratar-se de capivara (animal selvagem, roedor, que vive às margens dos rios), que não era, durante a noite, ferindo companheiro. Aquele que se faz passar por capivara, durante a noite para fugir da ação da Polícia Florestal, iludindo inclusive o caçador que se acha nas proximidades e deste

⁷⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1991. Pág. 268.

⁷⁵ **Código Penal - Funcionário público - Art. 327.** Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. §1º. Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal.

⁷⁶ **Código Penal - Corrupção ativa - Art. 333.** Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena - reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.

⁷⁷ JORGE, William Wanderley. *Curso de direito penal*. v.1, parte geral, 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. Pág. 352.

recebe um tiro, retira do atirador o elemento da previsibilidade indispensável à configuração do tipo penal do artigo 129, parágrafo 6º do CP. Com efeito, a vítima, além de trocar a camisa por uma jaqueta escura, fato desconhecido do acusado, vinha pelo meio do arrozal como se fosse uma capivara, somente não produzindo ruídos idênticos àquele animal, que costuma assoviar para chamar os de sua espécie. No meio da noite, acossado pela ação diligente da Polícia Florestal, outra alternativa não teve a vítima senão a de imitar o quadrúpede para despistar o comando policial, sendo, então, alvo infeliz do próprio companheiro que estava caçando o esperado roedor. Seria demais exigir de um caçador, comportamento diferente. É certo que a ação da vítima confundiu os soldados e o próprio atirador. É caso, mesmo, de se pensar se, saindo na mesma trilha uma capivara e a vítima, não teria o réu preterido aquela para atirar nesta, tal a capacidade de confundir a vítima, tanto que escapou da Polícia Florestal, mas não do tiro certo do companheiro. Seria caso fortuito? Força maior? Fatalidade? Só Deus sabe!!! A vítima conseguiu se disfarçar tão bem da Polícia Florestal, toda incrementada com aparelhos sofisticados, para procurar à noite caçadores clandestinos, que não seria seu colega de caçada, que nem mesmo acendeu o farolete para não espantar a caça, que iria reconhecê-lo na escuridão da noite, no meio do arrozal, entre tantas outras capivaras que por ali abundavam.

b) Erro de tipo accidental: é aquele onde o agente atua com consciência da ilicitude do fato por ele praticado, entretanto, o erro incide no momento da execução do delito.

No ensinamento do Professor Damásio Evangelista de Jesus:

Erro de tipo accidental é o que não versa sobre elementos ou circunstâncias do crime, incidindo sobre dados accidentais do delito ou sobre a conduta de sua execução. Não impede o sujeito de compreender o caráter ilícito de seu comportamento. Mesmo que não existisse, ainda assim a conduta seria antijurídica. O sujeito age com consciência do fato, enganando-se a respeito de um dado não-essencial ao delito ou quanto à maneira de sua execução. O erro accidental não exclui o dolo.⁷⁸

⁷⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. v.1. parte geral, 15.ed. São Paulo: Saraiva, 1991. Pág. 275.

O *Erro de tipo accidental* subdivide-se em:

b.1) Erro sobre o objeto (*error in objeto*).

É aquele em que o agente dolosamente deseja um resultado ilícito, entretanto, por erro, age sobre coisa diversa da desejada. Ex: Subtrai sal supondo ser açúcar; subtrai limão supondo ser laranja.

Neste caso, é indiferente o objeto material sob qual recai sua conduta. O furto continua sendo furto; o roubo continua sendo roubo; o crime doloso continua sendo doloso.

b.2) Erro sobre a pessoa (*error in persona*).

Está previsto no parágrafo 3º do artigo 20:

Art. 20

Erro sobre a pessoa

§3º. O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

Nesta hipótese de erro, o agente comete um equívoco no momento da prática do ilícito, enganando-se quanto a pessoa da vítima.

É o caso, a título de exemplificação, do agente que quer matar "X", e, acaba matando "Y", pois supôs erroneamente que este era aquele.

O fato do agente ter matado "Y" (por engano) e não "X", como era o seu desejo, ocorreu, presumivelmente, devido ao fato de "Y" ser parecido com "X": trajava roupas parecidas ou iguais; o porte físico era semelhante; o local em que a verdadeira vítima deveria estar era o mesmo; e talvez, aliado a situações climáticas ou fatores de tempo: chuva, escuridão, neblina, vendaval, etc..., propiciando tal equívoco.

É óbvio que *"o erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena"*, pois a vida de "Y" é tão importante quanto a vida de "X".

O *"animus necandi"* existiu da mesma forma; é indiferente a morte de um ou a morte de outro, pois homicídio é homicídio.

Entretanto, conforme dispõe o §3º do artigo 20: *"Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime"*.

Isto significa, que as qualidades da pessoa realmente visada pelo agente, preponderaram sobre as qualidades da vítima (tomada por engano).

Portanto, suponhamos que o filho deseje matar o próprio pai: Em uma tarde chuvosa, ao final do expediente, prostra-se de emboscada à espera de seu pai, que sempre atravessa a praça

da pequena cidade onde moram. Entretanto, por equívoco, acaba matando a tiros de revólver um sócio daquele, que por lá passava. Assim sendo, responderá pelo homicídio como se realmente tivesse matado o seu genitor.

Desta forma, a sua pena será agravada por esta circunstância, por força do disposto no artigo 61, inciso II, letra "e":

Circunstâncias agravantes

Artigo 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

...

II - ter o agente cometido o crime:

...

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

b.3) Erro na Execução (aberratio ictus).

O aberratio ictus é previsto pelo artigo 73 do Código Penal:

Erro na execução

Art. 73. Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse

praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no §3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.

O aberratio ictus diferencia-se do error in persona.

No aberratio ictus o agente não toma uma pessoa por outra, ele visa a vítima realmente desejada, mas, no momento da execução do delito, ele erra o alvo e atinge pessoa diversa.

Aberratio ictus significa "aberração no ato" ou "aberração no ataque", trata-se de desvio de golpe no momento do ataque.

O Professor Damásio Evangelista de Jesus, esclarece que a aberração no ataque ocorre "por acidente ou erro no uso dos meios de execução, como, por exemplo, erro de pontaria, desvio da trajetória do projétil por alguém haver esbarrado no braço do agente no instante do disparo, movimento da vítima no momento do tiro, desvio de golpe de faca pela vítima, defeito da arma de fogo, etc."⁷⁹

Exemplo: O agente, de posse de um revólver, atira em "X" com a intenção de matá-lo. Entretanto, por erro no uso dos meios de execução, acaba alvejando "Y" que encontrava-se conversando com "X", matando-o. Neste caso, portanto, houve Erro na Execução (aberratio ictus), e o agente responde "como

⁷⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. v.1. parte geral, 15.ed. São Paulo: Saraiva, 1991. Pág. 277

se tivesse praticado o crime contra aquela”, nos termos do artigo 73 do Código Penal.

b.4) Resultado diverso do pretendido (*aberratio criminis*).

O artigo 74 do Código Penal determina:

Resultado diverso do pretendido

Art. 74. Fora dos casos do artigo anterior, quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposos; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.

A distinção entre o *Aberratio ictus* e a presente hipótese - *Aberratio criminis* - repousa no erro com relação ao resultado obtido.

No *Aberratio ictus* o erro relacionava “pessoa a pessoa” (em vez de atingir a pessoa desejada, atingia pessoa diversa); no *Aberratio criminis* o erro está relacionado a “pessoa a coisa” ou vice-versa (“coisa a pessoa”).

Exemplo: O agente, de posse de uma pedra, arremessa-a contra o indivíduo “X” com a intenção de lesioná-lo, entretanto, erra o alvo e atinge um automóvel que encontrava-se estacionado. Neste caso, “o agente responde por culpa, se o

fato é previsto como crime culposo". E, como não existe crime de Dano (artigo 163 do CP) culposo, o agente somente responderá por tentativa de lesão corporal (artigo 129 do CP), sendo que a reparação do dano causado no veículo é assunto a ser discutido na esfera cível.

Se o exemplo fosse analisado ao inverso:

O agente, de posse de uma pedra, arremessa-a contra o automóvel de seu desafeto, com a intenção de danificá-lo. Entretanto, erra o alvo e acerta um transeunte, ferindo-o. Neste caso, o agente responderá por tentativa de Dano (artigo 163 do CP) em relação ao veículo, bem como por lesão corporal culposa (artigo 129, §6º do CP) em relação ao transeunte.

Erro de proibição

O Erro de Proibição (ou "Erro sobre a ilicitude do fato" como preferiu o legislador da nova Parte Geral do Código) é previsto pelo artigo 21 do Código Penal:

Art. 21 - Erro sobre a ilicitude do fato.

O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Poucos juristas fazem a distinção entre a primeira e a segunda parte do "caput" do artigo 21.

Segundo alguns, o "caput" do artigo 21 é composto por duas partes. A primeira parte ("O desconhecimento da lei é inescusável.") é denominado de Erro de Vigência.

E a Segunda parte ("O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.") é o Erro de Proibição propriamente dito.

O Professor Francisco de Assis Toledo, inflexivelmente faz tal distinção, sempre no sentido de que a *ignorância* jamais se confunde com o *erro de proibição*: "A ignorância da lei (erro de vigência) distingue-se com nitidez do erro sobre a ilicitude do fato (erro de proibição). Os dois conceitos ocupam, no ordenamento penal brasileiro, espaços inconfundíveis e guardam plena autonomia."⁸⁰

Embora o desconhecimento da lei seja inescusável, ou seja, não pode ser alegado pelo agente para excluir a

⁸⁰ FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui(Coord.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. Vol.1, Tomo I, 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Pág. 317.

antijuridicidade de sua conduta, pode, ao menos, servir como circunstância atenuante de pena, conforme dispõe o artigo 65 do Código Penal:

Circunstâncias atenuantes

Art. 65. São Circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I - (...)

II - o desconhecimento da lei;

A doutrina dominante assim se manifesta a respeito:

O art. 21 da PG/84 é bastante explícito ao estatuir que o desconhecimento da lei é inescusável. A validade da norma penal em relação a todos os seus destinatários é matéria que não demanda discussão, não sendo, por isso, admissível que um só desses destinatários a ela se furte sob o pretexto de desconhecê-la. O erro de vigência é, portanto, indesculpável. Não se pode, no entanto, afastar a consideração de que a existência de um grande número de leis penais protetoras de bens e interesses, por vezes bem particularizados, dá margem ao seu desconhecimento que, se não é suficiente para excluir a culpabilidade do agente, serve, contudo, para provocar um juízo de reprovabilidade mais brando. É este o sentido e o alcance da atenuante contida no n.º II do art. 65 da PG/84.⁸¹

Não está à se exigir um conhecimento profundo das leis que regem nosso País, pois além de impossível, tal exigência caracterizaria um verdadeiro absurdo. Mas, as pessoas devem possuir, ao menos, um conhecimento leigo. Todos nós sabemos que não nos é permitido matar uma pessoa; que não nos é

⁸¹ FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui(Coord.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. Vol.1, Tomo I, 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Pág. 1.046.

permitido agarrar uma jovem e forçá-la a manter relações sexuais. A vida em sociedade deve ser exercida de forma organizada e civilizada, afinal, somos seres racionais.

Sobre o assunto, esclarece o Professor Mirabete:

Evidentemente, não se exige de todas as pessoas que conheçam exatamente todos os dispositivos legais, mas o erro só é justificável quando o sujeito não tem condições de conhecer a ilicitude de seu comportamento. Não se trata, aliás, de um juízo técnico-jurídico, que somente se poderia exigir dos mais renomados juristas, mas de um juízo "leigo", ou "profano", que é emitido de acordo com a opinião dominante no meio social. Se esta consciência não for alcançada, não se poderá punir o agente, porque ausente estará a reprovação pessoal possível, que é a essência da culpabilidade.⁸²

O ilustre Heleno Cláudio Fragoso ao definir o erro de proibição, esclarece que: "Erro de proibição é aquele que versa sobre a ilicitude (art.20, § 1º, e art. 21, CP). O erro sobre a ilicitude, quando relevante, exclui a culpabilidade. O seu estudo se faz, portanto, na teoria da culpa, e não na teoria do tipo."⁸³

Dentro deste mesmo raciocínio, o Professor James Tubenchlak complementa: "O agente imputável, ao executar a conduta, pode incorrer em erro no tocante à ilicitude, i. é,

⁸² MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. v.1, parte geral. 13.ed., São Paulo: Atlas. S.A., 1998. Pág. 199.

⁸³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. Pág. 183.

desconhecer que sua atuação se contrapõe ao ordenamento jurídico. É o erro de proibição, capaz de excluir a culpabilidade, se incensurável ou inevitável.”⁸⁴

Com toda razão. O erro sobre a ilicitude, quando relevante, isto é, quando inevitável, isenta de pena.

É o que determina o artigo 21 =

Art. 21 - Erro sobre a ilicitude do fato.

O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. (realce em “negrito” nosso)

Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

O Professor Heleno Cláudio Fragoso, em obra de sua autoria, *Lições de Direito Penal*, sustenta que: “O erro sobre a ilicitude (antijuridicidade) denomina-se erro de proibição. Há erro de proibição quando o agente supõe, por erro, ser lícito o seu comportamento. Nesses casos, o dolo subsiste,

⁸⁴ TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime*. O estudo do crime através de suas divisões. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. Pág. 49.

pois o erro, em tal caso, não recai sobre elementos do tipo, seja qual for a sua natureza.”⁸⁵

O citado Professor, está, na realidade, reafirmando aquilo que já dissera em obra publicada em parceria com o inesquecível mestre Néelson Hungria, em “Comentários ao Código Penal”, vejamos:

O erro de proibição exclui a reprovabilidade do comportamento e deriva, em todos os casos, excluir a culpabilidade, pois a consciência (pelo menos potencial) da ilicitude é indispensável a esta. Há erro de proibição quando o agente supõe, por erro, ser lícito o seu comportamento. Trata-se de erro sobre a antijuridicidade da ação. O dolo subsiste, pois o erro em tal caso não recai sobre elementos do tipo, seja qual for a sua natureza. Em todos os casos de erro de proibição, o agente tem consciência e vontade de realizar a conduta que constitui o tipo legal. À semelhança do que ocorre em relação ao erro de tipo, há erro de proibição não só quando o agente supõe que seu comportamento seja permitido, mas, também, quando lhe falta representação sobre a valoração jurídica do fato.⁸⁶

Entretanto, ousa-se em discordar com o parecer do Professor Fragoso em relação ao “dolo”, conforme expôs: “Nesses casos, o dolo subsiste,...”.

O dolo, no entendimento deste mestrando, não subsiste, o que existia era a vontade por parte do agente em praticar uma conduta, que, para ele era lícita, em face do desconhecimento da ilicitude, pelo erro.

⁸⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. Pág. 212.

⁸⁶ HUNGRIA, Néelson; Heleno Cláudio Fragoso. *Comentários ao código penal*. v.1, Tomo II, 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Pág. 568.

Não se pode confundir "vontade" em praticar uma conduta que o agente desconhece ser ilícita, com o "dolo" em praticar um ilícito penal que é sabido e desejado pelo agente.

Embora o Professor Damásio Evangelista de Jesus tenha o mesmo raciocínio do mestre Fragoso, o qual, não comungamos: "Erro de proibição é o que incide sobre a ilicitude do fato. O dolo subsiste. A culpabilidade, quando o erro é escusável, fica excluída; quando inescusável, atenuada, reduzindo-se a pena de um sexto a um terço (art. 21, *caput*). No primeiro caso o sujeito é absolvido; no segundo, condenado."⁸⁷

Afinal, o que é dolo ?

O Ministério Público de São Paulo, por intermédio da Procuradoria-Geral de Justiça e da Associação Paulista, promoveu "Curso sobre a Reforma Penal de 1984" (Lei n.º.7.209), cujo curso foi realizado no período de 21 a 30 de novembro de 1984 no Salão daquela Procuradoria, sob a Coordenação do Professor Damásio Evangelista de Jesus.

Entre os juristas ali presentes, encontrava-se como expositor Júlio Fabbrini Mirabete, que ao debater o tema "Causalidade e Culpabilidade", indagou:

Mas o que é dolo? Ora, para a teoria finalista, principalmente, o dolo é a vontade de concretizar as características objetivas do tipo, quer dizer, a vontade de praticar a conduta que vai produzir o resultado. Então, vontade de matar, mas, como já foi dito ontem

⁸⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 1º v., parte geral, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. Pág. 429.

exaustivamente, na palestra do colega Pierangelli, está incluído aqui não só o dolo direto como o dolo eventual. Mas não precisamos ir à teoria para a questão *dolo*, já que a reforma de 1984 define o dolo como o faz o Código vigente: há crime doloso quando o agente quis o resultado, ou assumiu o risco de produzi-lo. Ora, se o agente não quis que a vítima do atropelamento morresse, assumiu ao menos o risco de produzir o resultado. Por quê? Porque a lei diz que a omissão também é causa do resultado. Se o cidadão atirou e não quer a morte do ladrão, pelo menos assumiu o risco de produzir o resultado, porque, ao se omitir, causou o resultado. Ora, se em termos legais a omissão é também causa do resultado, quem não age quando deve também causa o resultado, pelo menos assumindo o risco de produzi-lo. Aqui não há dolo direto. Entretanto, pode até haver: o agente pode não socorrer o assaltante porque quer que ele morra.⁸⁸

Assim, acata-se idêntico entendimento. O dolo "é a vontade de concretizar as características objetivas do tipo, quer dizer, a vontade de praticar a conduta que vai produzir o resultado."

Ora, como pode, então, o dolo subsistir na hipótese de ocorrência de erro sobre a ilicitude ?

Se o dolo subsiste, não há como excluir a culpabilidade!

Bem como, não há vontade por parte do agente, que por desconhecimento da existência da norma penal incriminadora, pratica uma conduta que, para ele é lícita, mas que na realidade é ilícita.

A vontade está na prática da conduta e não na prática do ilícito, pois o ilícito não está inserido em seu campo de

⁸⁸ JESUS, Damásio Evangelista de (Coord.). *Curso sobre a reforma penal*. São Paulo: Saraiva, 1985. Pág. 68.

conhecimento (consciência e conhecimento de que esta sua conduta é descrita em lei como penalmente punível - típica).

Portanto, não pode o dolo subsistir, pois este, devido a influência da falsa representação da realidade (erro), deixou de existir.

A própria lei assim determina.

Sendo o erro sobre a ilicitude do fato, inevitável, isenta de pena. Trata-se de excludente de culpabilidade (exclui o dolo e a culpa em sentido estrito).

Mas, se o erro sobre a ilicitude do fato, for evitável, aí sim, subsiste o dolo, mas com a diminuição da pena em um sexto a um terço.

Neste caso, a palavra "**poderá**", constante do artigo 21:

Art. 21 - Erro sobre a ilicitude do fato.

*O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, **poderá** diminuí-la de um sexto a um terço. (negrito nosso)*

Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Tal expressão, "*poderá*", dando a entender uma faculdade do Juiz em diminuir ou não a pena, é, na realidade uma imposição (obrigação).

O Juiz deverá (comprovado o erro evitável - que poderia ter sido evitado pelo agente) reduzir a pena de um sexto a um terço. A faculdade será em relação ao "*quantum*" da diminuição: de um sexto a um terço.

Retornando à questão da subsistência ou não do dolo na hipótese de ocorrência de erro de proibição, e tendo o erro de proibição o condão de excluir a culpabilidade quando o erro for relevante, esclarece o Professor Mirabete que: "É claro que o erro para excluir o dolo e a culpa deve ser justificado."

É o parágrafo único do art. 21 que determina: "Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência". Adotou-se aqui a teoria finalista, porque se faz referência ao *potencial* conhecimento da ilicitude e não ao conhecimento da ilicitude, que é da teoria clássica."⁸⁹

O ilustre Professor Mirabete, ao afirmar que "é claro que o erro para excluir o dolo e a culpa deve ser justificado",

⁸⁹ JESUS, Damásio Evangelista de (Coord.). *Curso sobre a reforma penal*. São Paulo: Saraiva, 1985. Pág. 76.

demonstra que o dolo não subsiste. Ocorre exclusão de culpabilidade.

Este é o entendimento que parece ser o mais coerente, e que é também adotado por Luiz Flávio Gomes: "O erro de proibição *invencível* é *escusável*, isto é, não pode reprovar-se ao autor, pois quem não se encontra em situação de conhecer o injusto do fato não demonstra nenhuma atitude censurável para o Direito quando o viola. O erro de proibição *invencível* deve, assim, desculpar sempre."⁹⁰

O desconhecimento da lei como atenuante genérica

Como já citado anteriormente, no período de 21 a 30 de novembro de 1984, o Ministério Público de São Paulo, por intermédio da Procuradoria-Geral de Justiça e da Associação Paulista, promoveu um Curso sobre a Reforma Penal, realizado no salão nobre daquela Procuradoria, sob a coordenação do Professor Damásio Evangelista de Jesus.

Naquela oportunidade, foram discutidos os principais assuntos referentes as alterações advindas da Lei n.º.7.209/84.

Após uma palestra realizada pelo Dr. Luiz Antônio Fleury Filho (naquela época: Procurador de Justiça, Presidente da

⁹⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. Pág. 110.

Confederação Nacional do Ministério Público e Presidente da Associação Paulista do Ministério Público) sobre o tema "Sistema de penas e sua aplicação", iniciaram-se os debates entre os juristas ali presentes.

Dentre as inúmeras perguntas e questionamentos que lá se procederam, o Dr. Luiz Afonso Junqueira Sangirardi, manifestou-se:

Eu queria indagar ao Fleury: o artigo 21 já menciona o problema do desconhecimento da lei, colocando o fenômeno como inescusável e em seguida explicando e discorrendo sobre as suas variantes e conseqüências penais. Como se deve entender o disposto no artigo 65, II ?⁹¹

A resposta do palestrante foi a seguinte:

O artigo 21 trata do chamado erro sobre a ilicitude do fato. Na primeira parte, trata do desconhecimento da lei, dizendo que este é inescusável, fazendo quase que uma concessão à doutrina clássica, por uma questão de princípio de aplicação da lei, para evitar que todos pudessem alegar o desconhecimento da lei; então, desde logo não se pode alegar a ignorância a respeito da lei. Esse artigo 21, primeira parte, corresponde ao chamado erro de direito atual. O artigo 16 do atual Código Penal diz que a ignorância ou a errada compreensão da lei não exime de pena. Então, se lêssemos o artigo 16 atual, como "a ignorância de lei não exime de pena", na realidade estaríamos praticamente repetindo o novo artigo 21, primeira parte: o desconhecimento da lei é inescusável, ou seja, ninguém pode alegar a seu favor desconhecimento da lei para afastar a prática do delito ou mesmo afastar a culpabilidade. Mas, da mesma forma que hoje temos no artigo 48 uma circunstância atenuante, que fala da ignorância ou da errada compreensão da lei penal, quando escusáveis, temos na reforma de 1984 uma atenuante que é o desconhecimento da lei, prevista no artigo 65 da nova Parte Geral do Código Penal: desconhecimento da lei pode ser circunstância atenuante. Quando o juiz for analisar o aspecto do conhecimento da lei por parte do agente, o potencial conhecimento da ilicitude, por parte do agente, portanto, ele vai levar em consideração, em primeiro lugar, a

⁹¹ JESUS, Damásio Evangelista de. (Coord.). *Curso sobre a reforma penal*. São Paulo: Saraiva, 1985. Pág. 112.

primeira parte do artigo 21, quer dizer, não vai aproveitar a alegação de ignorância da lei. Mas, se ele verificar que essa ignorância, vamos dizer assim, é menos reprovável tendo em vista o caso concreto, ele pode, ao invés de aplicar a pena pura e simplesmente sem nada levar em consideração, considerar o artigo 65, II, que fala do desconhecimento da lei. Vejam que há uma diferença entre desconhecimento da lei e erro sobre a ilicitude do fato. São coisas diversas. O erro sobre a ilicitude do fato, previsto na segunda parte do artigo 21, é diverso do desconhecimento da lei. Desconhecer a lei é ignorar a lei. Quanto ao erro sobre a ilicitude do fato, é uma avaliação que o agente faz erroneamente sobre o caráter ilícito da sua conduta.⁹²

Diante destas afirmações, o Coordenador do evento, Professor Damásio Evangelista de Jesus, manifestou-se: "Concordo plenamente com o colega Fleury. O artigo 21, *caput*, primeira parte, pretende dizer que a ignorância da lei não exclui a culpabilidade. Pode, entretanto, nos termos do artigo 65, II, surgir como atenuante genérica."⁹³

Realmente, o artigo 21 do Código Penal, prevê em sua primeira parte, o "erro de vigência", representado pela frase: *O desconhecimento da lei é inescusável.*

Isto significa que o desconhecimento da lei jamais poderá ser alegado como justificativa para a prática de uma conduta descrita em lei como delito. Portanto, não exclui a ilicitude ou a culpabilidade. Entretanto, serve como circunstância atenuante de pena, conforme prevê o artigo 65 do Código Penal:

⁹² JESUS, Damásio Evangelista de. (Coord.). *Curso sobre a reforma penal*. São Paulo: Saraiva, 1985. Pág. 113.

Circunstâncias atenuantes

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

...

II - o desconhecimento da lei.

Pode até mesmo parecer uma contradição.

Enquanto o artigo 21 do Código Penal determina que o desconhecimento da lei é inescusável, significando: imperdoável; que não se pode escusar ou desculpar; o artigo 65, inciso II determina que o desconhecimento da lei sempre atenua a pena.

A inescusabilidade deve ser entendida, portanto, como não excludente de responsabilidade penal, não caracterizando forma de excluir a culpabilidade ou a ilicitude (antijuridicidade) do agente.

Não servindo como forma de excluir a responsabilidade penal, atua, por força do disposto no artigo 65, inciso II do Código Penal, como circunstância atenuante da pena.

⁹³ JESUS, Damásio Evangelista de. (Coord.). *Curso sobre a reforma penal*. São Paulo: Saraiva, 1985. Pág. 113.

CAPÍTULO IV

PRINCIPAIS ESPÉCIES DE ERRO DE PROIBIÇÃO

Deus possui relações com o universo, como criador e como conservador; as leis, segundo as quais criou, são as mesmas pelas quais conserva. Age segundo essas regras porque as conhece; conhece-as porque as fez; fê-las porque elas se relacionam com sua sabedoria e seu poder.⁴

⁴ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Baron de la Brède et de, 1689-1755. *O espírito das leis*. Trad. De Fernando Henrique Cardoso e Leoncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982. Pág. 41.

Erro de Proibição direto

Como já foi analisado anteriormente, o erro de proibição é chamado de "direto" quando:

- a) recai sobre a própria norma proibitiva (falta de consciência da ilicitude do fato por desconhecer a existência da própria norma); ou
- b) quando o agente desconhece a sua obrigação de impedir a ocorrência do resultado (Erro sobre a posição de garantidor) - artigo 13, § 2º do Código Penal.

A segunda espécie referida (Erro sobre a posição de garantidor) é objeto de análise do último tópico deste Capítulo, portanto deixaremos para estudá-la naquela oportunidade.

O erro de proibição direto por desconhecimento da norma proibitiva, é a forma mais comum de erro sobre a ilicitude. O agente desconhece a existência da norma, e, desconhecendo a existência da norma, presume que a sua conduta é lícita.

Exemplos citados em obra coordenada pelos Professores Alberto Silva Franco e Rui Stoco⁹⁵:

⁹⁵ FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui(Coord.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Pág. 319.

O agente que se apropria indevidamente de uma coisa de pouco valor, crendo que tal conduta é permitida. (Hipótese originariamente formulada por Enrique Cury Urzúa).

O agente mantém cópula com menor de 12 anos de idade, que consentiu no acesso carnal, crendo que a idade limite para a disponibilidade da atividade sexual é a de 10 anos. (Hipótese originariamente formulada por Enrique Cury Urzúa).

O agente que supõe ser lícito seu comportamento de retirar do lar uma jovem de 20 anos, com o consentimento desta, mas à revelia de seu responsável, por desconhecer a violação ao pátrio poder. (Hipótese originariamente formulada por Júlio Fabbrini Mirabete).

O jovem camponês que mantém relações sexuais consentidas, com uma mulher oligofrênica, mas de particular sensualidade, sem consciência da proibição jurídica da prática desse ato sexual, por ignorar, no caso, a presunção legal de violência. (Hipótese originariamente formulada por Jescheck).

Exemplo citado pelo Professor Francisco de Assis Toledo:

No crime de furto (art. 155), dois elementos integrativos do tipo são a "coisa" e a circunstância de ser "alheia". O primeiro, "ser coisa", é um elemento fático, descritivo; o segundo, "ser alheia", por envolver o conceito de propriedade, é um elemento jurídico-normativo. Quem se apoderar de um cheque ao portador, seja por supor que não se trata de coisa, seja por supor que lhe pertence, incorre em erro de tipo, tanto em uma como em outra hipótese. Se, entretanto, o agente, apesar de saber que o cheque ao portador é uma coisa móvel, alheia, pertencente a quem lhe deve importância idêntica à consignada nesse documento, e, por isso mesmo, dele se apodera, sorrateiramente, supondo estar autorizado a quitar-se, por esse meio, da dívida de que é credor, então o erro só pode estar

recaindo sobre a ilicitude do fato, configurando-se uma nítida hipótese de erro de proibição⁹⁶.

Trata-se de erro de proibição direto, onde o agente desconhece a existência do crime de "Exercício arbitrário das próprias razões", previsto pelo artigo 345 do CP⁹⁷.

Erro de Proibição indireto

O erro de proibição é chamado de "indireto" quando recai sobre a permissão da conduta, isto é, falta de consciência da ilicitude do fato por supor erroneamente:

- a) estar acobertado por uma causa de justificação não reconhecida juridicamente; ou
- b) supor a existência de situação de fato que, se existisse na realidade, tornaria a sua ação legítima (descriminantes putativas).

A segunda espécie referida (descriminantes putativas) é objeto de análise do tópico seguinte deste Capítulo, portanto deixaremos para estudá-la naquela oportunidade.

⁹⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1991. Pág. 268

A primeira hipótese de erro de proibição indireto, isto é, quando o agente supõe estar acobertado por uma causa de justificação, que na realidade não é reconhecida juridicamente, é a forma mais comum que encontramos.

O agente pode supor, a título de ilustração, que é lícito matar a própria esposa, quando esta lhe confessa tê-lo traído anteriormente, acreditando estar acobertado pela "legítima defesa da honra" ou "legítima defesa da fidelidade".

Exemplos citados em obra coordenada pelos Professores Alberto Silva Franco e Rui Stoco⁹⁸:

O agente aplica uma injeção letal em seu cônjuge enfermo, crendo que o pedido deste basta para assegurar a licitude do ato. - Eutanásia. (Hipótese originariamente formulada por Enrique Cury Urzúa).

O soldado que percebe a finalidade criminosa de uma ordem e, não obstante, se crê por ela vinculado ("uma ordem é uma ordem"). (Hipótese originariamente formulada por Jescheck).

O relojoeiro que vende o relógio que recebeu para conserto, depois de escoar-se o prazo em que o proprietário deveria apanhá-lo, supondo que a lei permite a venda para

⁹⁷ Código Penal - Exercício arbitrário das próprias razões - Art. 345. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

⁹⁸ FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui(Coord.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Pág. 319.

pagamento dos serviços de reparo. (Hipótese originariamente formulada por Júlio Fabbrini Mirabete).

O agente que acredita que o aborto terapêutico justifica interrupção da gravidez por motivos socioeconômicos, com perigo para a saúde psicológica da mulher. (Hipótese originariamente formulada por Enrique Cury Urzúa).

Descriminantes Putativas

A norma referente as *descriminantes putativas* estão previstas pelo §1º do artigo 20 do Código Penal:

Art. 20

.....

Descriminantes putativas

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

O que vem a ser "putatividade"?

É a suposição errônea do agente, que imagina agir licitamente, pois presume, pelas circunstâncias, a existência de situação de fato, que se realmente existisse, tornaria a sua ação legítima; ou seja, imagina estar agindo acobertado por uma causa de justificação de sua conduta.

Na realidade, as discriminantes putativas são consideradas como "excludentes de ilicitude (antijuridicidade) *falsas* ou *irreais*"; pois são as mesmas previstas pelo artigo 23 do Código Penal⁹⁹, entretanto, *putativas* e não *reais*.

O inesquecível Professor Alcides Munhoz Neto, manifesta-se no sentido de que as "discriminantes putativas" deveriam ter sido incluídas, pelo legislador, como modalidade de "erro sobre a ilicitude do fato":

É análoga a situação de quem não sabe que existe proibição legal para a sua conduta e de quem acredita-se legitimado a agir, ao amparo de uma justificativa. Em ambas as hipóteses, há o dolo, como vontade de realizar o tipo. Só que o dolo ocorre num comportamento que não é censurável, ou que tem censurabilidade diminuída, conforme o erro seja inevitável ou evitável; quem fere ou mata por supor-se em legítima defesa, quer ferir ou matar; apenas acredita que o faz em revide a uma agressão, agressão esta que, na realidade, não ocorre. Tal convencimento faz com que a conduta dolosa não se revista de culpabilidade ou que a tenha atenuada.¹⁰⁰

⁹⁹ **Código Penal - Exclusão de ilicitude - Art. 23.** Não há crime quando o agente pratica o fato: I- em estado de necessidade; II- em legítima defesa; III- em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

¹⁰⁰ MUNHOZ NETTO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Pág. 69.

O Professor Francisco de Assis Toledo não comunga com tal entendimento, vejamos: "Toma posição contrária a que sustentamos, Alcides Munhoz Netto, para quem, no direito penal brasileiro, o erro nas discriminantes putativas é sempre erro de proibição", e continua:

Permitimo-nos divergir do ilustre professor paranaense, que, nesse particular, adota a denominada teoria "estrita" da culpabilidade ("*strenge*" *Schuldtheorie*") também seguida por Welzel, Maurach e outros. Nem em nosso sistema, nem em outro qualquer, seria possível a existência deste ente verdadeiramente mitológico, pelo seu hibridismo e poder de mutação: um crime doloso punido como se culposo fora. Se o que distingue o crime culposo do doloso não é a natureza ou a quantidade da pena (caso de contravenções), nenhuma razão existiria para que o legislador caísse na teratogenia acima apontada, se quisesse somente estabelecer uma hipótese de pena menos grave. Assim não fez no homicídio privilegiado (art. 121, §1º), assim também não precisava fazer no capítulo do erro. Do resto, não vemos como se possa falar em *dolo* quando o próprio legislador fala em "crime culposo" e - mais que isso - quando se está, sem sombra de dúvida, diante de uma evidente hipótese de negligência, ou de imprudência. Não criticamos, porém, o autor citado. O mal está é na própria teoria que adota, a qual foi repelida em sua própria terra de origem - a Alemanha - pela jurisprudência dos tribunais (portanto pela *praxis*), conforme atestam Maurach e Baumann, fato que, por si só, revela as dificuldades de sua aplicação.¹⁰¹

Entretanto, *data vênia*, não lhe assiste razão.

A doutrina dominante entende tratar-se (as *discriminantes putativas*) de hipótese de erro de proibição.

Tamanha confusão surgiu devido ao fato do legislador de 1984 ter equiparado as *discriminantes putativas* ao erro de *tipo*, conforme assevera Alberto Silva Franco:

¹⁰¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1991. Pág. 275.

É matéria extremamente controvertida, na atual dogmática penal, o enquadramento das discriminantes putativas. Alguns autores propugnam, na questão, a aplicação de regras atinentes ao erro de tipo; outros inclinam-se abertamente pelo reconhecimento, na espécie, de mais uma hipótese de erro de proibição. O legislador de 84 definiu-se a respeito optando pela equiparação das discriminantes putativas ao erro sobre os elementos do tipo, com a conseqüente exclusão do dolo. E, assim, com convicção, situou as discriminantes putativas como um parágrafo no artigo que versa sobre "erro de tipo". Nisso, entrou em rota de colisão com a maior parte da doutrina brasileira.¹⁰²

Vejamos a manifestação de alguns juristas, entre eles:

Helena Cláudio Fragoso =

Entendemos que nesta hipótese o erro é de proibição, e não de tipo como supõe alguns autores. A intenção dos que elaboraram o CP vigente parece ter sido a de considerar as discriminantes putativas como espécie de erro de tipo, pois elas estão previstas no §1º do artigo 20. (...) Parece-nos que o erro neste caso é de proibição. O agente erra sobre a ilicitude de seu comportamento, sabendo perfeitamente que realiza a conduta típica, tanto do ponto de vista objetivo como subjetivo. Para usar uma fórmula da jurisprudência alemã, o agente aqui sabe o que faz, mas supõe erroneamente que estaria permitido. Exclui-se não a tipicidade, mas sim a reprovabilidade da ação.¹⁰³

No ensinamento de Luiz Flávio Gomes:

Nas discriminantes putativas o agente "sabe perfeitamente o que faz" (= sabe, por exemplo, que está atirando num outro ser humano); o que acontece, de peculiar, é que o agente age convicto ou na crença de que está fazendo algo excepcionalmente permitido pelo Direito. Ele pensa que está agindo de acordo com o Direito (= sabe da tipicidade mas não pensa na ilicitude, pelo contrário, crê na licitude da conduta). Não há nenhum erro do agente sobre os elementos objetivos do tipo incriminador ("matar alguém", na hipótese); o que há, na verdade, é sua crença de estar agindo "conforme o Direito"; ele não quer, em síntese, se colocar, com sua conduta concreta, em posição

¹⁰² FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui(Coord.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. Vol.1, Tomo I, 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Pág. 312.

¹⁰³ FRAGOSO, Helena Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. Pág. 208/209.

de antagonismo com o ordenamento jurídico; não há disposição de ânimo, concretizado na conduta, adverso ou indiferente ao Direito, pelo contrário, ele está crente de que "está realizando o Direito". E isso deve implicar a exclusão da *culpabilidade dolosa*, tão-somente, não na exclusão do *dolo*, que permanece íntegro. O erro de tipo permissivo, repita-se, segundo nosso pensamento, coliga-se com a teoria da culpabilidade; não com a teoria do dolo ou do tipo (incriminador)."¹⁰⁴

Realmente, conclui-se que as *Descriminantes Putativas*, embora previstas no §1º do artigo 20 do Código Penal - dando a entender que trata-se de espécie de erro sobre elementos do tipo, na realidade, caracterizam-se como uma espécie *anômala* ou *sui generis* de erro de proibição indireto.

Alberto Silva Franco ensina que: "Nas discriminações putativas, o agente considera que sua conduta guarda licitude porque imagina, por erro, que se mostre presente uma realidade fática que, se fosse verdadeira, legitimaria tal conduta."¹⁰⁵

Desta forma, o agente não desconhece a existência da norma que exclui a ilicitude do fato, ele até a conhece, entretanto, a emprega no momento errado, pois supõe encontrar-se em situação, por exemplo, de *legítima defesa*, quando, na realidade, a injusta agressão não existe. Existe apenas na imaginação do agente.

¹⁰⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. Pág. 150.

¹⁰⁵ FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui(Coord.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Pág. 312.

Esta espécie anômala de erro de proibição indireto possui uma denominação especial adotada por parte da doutrina, trata-se do chamado "erro de tipo permissivo".

Ensina Luiz Flávio Gomes, que "no erro de tipo permissivo o agente equivoca-se sobre a realidade fática ou típica de uma causa justificante e, assim, atuando equivocadamente, supõe estar agindo lícitamente, conforme ao Direito, quando, na verdade, sua conduta é ilícita."¹⁰⁶

As *Descriminantes Putativas* ou erro de tipo permissivo - espécie de erro de proibição indireto - como já foi dito, são representadas pelas mesmas excludentes de antijuridicidade previstas pelo artigo 23¹⁰⁷ do Código Penal, todavia, como são *irreais* e *imaginárias*, são acrescidas da palavra "putativa".

Desta forma, são elas:

- a) Estado de Necessidade putativo;
- b) Legítima Defesa putativa;
- c) Estrito cumprimento de dever legal putativo;
- d) Exercício regular de direito putativo.

¹⁰⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. Pág. 139.

¹⁰⁷ **Código Penal - Exclusão de ilicitude - Art. 23.** Não há crime quando o agente pratica o fato: I- em estado de necessidade; II- em legítima defesa; III- em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Em todas as modalidades acima referidas, a maneira de raciocínio é a mesma, ou seja, são todas hipóteses de incidência de erro (falsa representação da realidade).

E, conforme as circunstâncias do caso concreto, sendo o erro inevitável (*plenamente justificável pelas circunstâncias*) o agente é isento de pena (*artigo 20, §1º, primeira parte, CP*); entretanto, sendo o erro evitável e derivado de culpa, não há isenção de pena, respondendo o agente pelo crime na forma culposa, se prevista em lei (*artigo 20, §1º, segunda parte, CP*).

a) Estado de Necessidade putativo.

O Estado de Necessidade real, é previsto pelo artigo 24¹⁰⁸ do Código Penal. Ele representa um verdadeiro conflito de interesses, onde as pessoas que se encontram na situação de "estado de necessidade", tentam salvar *direito próprio ou alheio*, que se encontra em perigo de ser lesionado naquele momento, em detrimento do direito de seu semelhante. Trata-se de um instinto de auto-proteção, inerente à pessoa humana, não se podendo exigir conduta diversa; entretanto, o indivíduo que provocou a situação de perigo não pode alegar em sua defesa o

¹⁰⁸ **Código Penal - Estado de necessidade - Art. 24.** Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Estado de Necessidade, pois o próprio dispositivo legal assim determina: "*perigo atual, que não provocou por sua vontade*".

Dezenas são os exemplos fornecidos pela doutrina, vejamos ao menos dois:

Dois sobreviventes de um naufrágio que, em alto mar, disputam a única tábua de madeira que poderia salvá-los, entretanto, a tábua suporta o peso de apenas um deles. O outro, fatalmente seria eliminado.

Dois alpinistas estão escalando uma montanha. Em determinado momento, a corda de um deles arrebenta e este agarra-se a corda de seu companheiro para não sofrer uma queda mortal de dezenas de metros. Um deles, sabendo que a corda e as amarras não suportarão os dois, empurra seu companheiro de alpinismo para a morte, pois caso não o fizesse, ambos morreriam.

No *Estado de Necessidade putativo*, o agente supõe por erro sobre a ilicitude do fato, encontrar-se em uma situação de real perigo, mas na realidade tal situação não existe.

Exemplificando: Durante a exibição de um filme famoso, em um cinema lotado, alguém grita "*fogo*", dando a entender que o cinema estava em chamas. Dezenas de pessoas ficam apavoradas e resolvem sair correndo do interior do cinema para não morrerem queimadas ou asfixiadas. O clima de desespero e medo, toma conta de todas as pessoas que se encontravam no interior do cinema. Todos resolvem correr em direção a uma

pequena porta, procurando a saída. Tremenda confusão resulta em morte de quatro pessoas que foram pisoteadas pelas outras, que no desespero, procuraram salvar as suas próprias vidas em detrimento das demais. Todavia, o cinema não estava em chamas.

Verifica-se posteriormente, que alguém(uma pessoa indeterminada) estava pedindo fósforos, ou algum isqueiro que pudesse acender o seu cigarro, através da tão conhecida e humilde pergunta: “- Tem FOGO ?????”

b) Legítima Defesa putativa.

A Legítima Defesa real, é prevista pelo artigo 25¹⁰⁹ do Código Penal.

Encontra-se em legítima defesa, a pessoa que reage à uma injusta agressão a *direito seu ou de outrem*.

Observe-se que na Legítima Defesa ocorre reação a uma agressão. Agressão é um comportamento humano, portanto, somente ocorre repulsa moderada a um comportamento humano hostil.

Diferentemente ocorre no *Estado de Necessidade*, onde há ação. A pessoa estará agindo em estado de necessidade.

A título de ilustração: O fato de defender-se das mordidas de um cão raivoso, caracteriza *estado de necessidade*. O

¹⁰⁹ Código Penal - Legítima defesa - Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

comportamento do cão não é humano, assim sendo, o indivíduo estará *agindo em estado de necessidade*, e não *repelindo* uma injusta agressão.

Na *Legítima Defesa putativa*, o agente supõe por erro sobre a ilicitude do fato, estar sendo injustamente agredido, ou na iminência de sê-lo, mas na realidade tal agressão não existe, nem existiria realmente.

Exemplificando: Aliás, um exemplo clássico na doutrina é a do indivíduo que é ameaçado de morte pelo seu desafeto, o qual promete matá-lo no primeiro encontro. Atemorizado, resolve portar um revólver diuturnamente. Passados dois meses, reencontra o desafeto na calçada de uma rua qualquer, vindo em sua direção. Observa atentamente que ele coloca a mão no bolso interno do paletó, como se estivesse empunhando um revólver para matá-lo, pois já estavam próximos um do outro. Todavia, o ameaçado apodera-se do revólver que previamente carregava e dispara contra o desafeto, matando-o.

Com a chegada de policiais ao local, constata-se que o falecido não portava arma alguma. Sua mão ainda estava no bolso interno do paletó, segurando a ponta amassada de um lenço, o qual pretendia apanhar para assoar o nariz.

c) Estrito cumprimento de dever legal putativo.

No estrito cumprimento de dever legal real, o cumprimento do dever que foi imposto por lei não caracteriza crime. É

óbvio que, nestas condições, o fato praticado perde o seu caráter ilícito.

Desta forma, o policial que cumpre o dever de prender o assaltante em flagrante delito, não comete lesão corporal dolosa ao agredi-lo com o intuito de aljémá-lo; o bombeiro que destrói a porta do apartamento em chamas, com o fim de salvar o morador que lá dentro se encontra, não comete crime de dano; o salva-vidas que com um golpe faz desfalecer aquele que se afogava, e que em desespero pela falta de oxigênio se debatia, impedindo a prestação de socorro, não comete o ilícito da agressão física, etc...

No *estrito cumprimento de dever legal putativo*, o agente supõe, por erro sobre a ilicitude do fato, encontrar-se cumprindo estritamente o dever que lhe foi imposto, mas na realidade, tal situação de cumprimento de dever não existe.

Exemplificando: Durante a guerra, um soldado foi escalado para fazer a vigia à noite, observando se o inimigo não se aproximava do acampamento, enquanto os demais soldados dormiam. Quando eram 2:30 horas daquela fria madrugada, verificou que um soldado inimigo aproximava-se do acampamento. Então, disparou com seu fuzil contra o soldado inimigo, matando-o. Entretanto, constatou ao aproximar-se do corpo já sem vida, que não era um soldado inimigo, mas sim um soldado compatriota, que, tendo fugido das mãos inimigas, voltava

alegremente a este seu acampamento, quando foi recebido por tiros de fuzil do vigia.

d) *Exercício regular de direito putativo.*

O Exercício regular de direito real, representa uma faculdade de agir, colocada a disposição das pessoas que integram uma coletividade. Pessoas estas, que, embora não tenham o dever legal de agir em determinado momento (excetuando-se a *Omissão de socorro*, que caracteriza crime omissivo próprio, previsto pelo artigo 135 do CP), resolvem praticar uma conduta, utilizando-se desta faculdade e impedindo até mesmo, a prática de ilícitos. Como por exemplo, o açougueiro que detém o ladrão que assaltava uma senhora idosa; o direito dos pais em corrigir os filhos; o profissional que usando de força física, expulsa aquele que abusivamente entrou em seu consultório, etc...

Nas palavras de Mirabete, "não age o sujeito ativo por dever, como na justificativa anterior, mas exercita uma faculdade de agir conforme o Direito."¹¹⁰

No *exercício regular de direito putativo*, o agente supõe, por erro sobre a ilicitude do fato, que esta exercitando um direito que lhe assiste a própria Constituição Federal; supõe

¹¹⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. v.1, parte geral. 13.ed., São Paulo: Atlas. S.A., 1998. Pág. 187

erroneamente estar auxiliando alguém, quando na realidade está prejudicando.

Exemplificando: O gerente de um supermercado, observa que um jovem, no interior do estabelecimento, esconde uma garrafa de vinho sob o agasalho que estava vestindo. Após, sai correndo do supermercado, não pagando o valor devido. O gerente do supermercado, embora não tendo o dever de prender ladrões, resolve correr atrás do ladrão, exercendo um direito que lhe assiste. Ao dobrar uma esquina, o gerente encontra-se "cara a cara" com um sócio do ladrão. Supondo erroneamente que tratava-se do ladrão que havia subtraído a garrafa de vinho no supermercado, leva-o, com o auxílio de populares, até a Delegacia de Polícia. Então, lá chegando, constata-se o equívoco.

Entretanto, comprovada a ocorrência de erro inevitável (*plenamente justificável pelas circunstâncias*) o agente é isento de pena (*artigo 20, §1º, primeira parte, CP*), não sendo condenado pela prática do crime previsto pelo artigo 146¹¹¹ do CP.

Estas seriam as hipóteses de Discriminantes putativas.

Conforme já vimos anteriormente, O erro de proibição é chamado de "*indireto*" quando recai sobre a permissão da

¹¹¹ **Código Penal - Constrangimento ilegal - Art. 146.** Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de 3(três) meses a 1(um) ano, ou multa.

conduta, isto é, falta de consciência da ilicitude do fato por supor erroneamente: a) estar acobertado por uma causa de justificação; b) supor a existência de situação de fato que, se existisse na realidade, tornaria a sua ação legítima (discriminantes putativas).

A primeira hipótese de *erro de proibição indireto* (quando o agente supõe erroneamente estar acobertado por uma causa de justificação que juridicamente não existe) é denominada por alguns juristas, entre eles o Professor Luiz Flávio Gomes, de "*erro de permissão*".

O *erro de tipo permissivo* (discriminantes putativas) não se confunde com o *erro de permissão*, que também é espécie de erro de proibição indireto.

Pois, no *erro de permissão*, "o agente possui total e inequívoco conhecimento do mundo exterior, mas mesmo assim incide em erro a respeito da ilicitude de sua conduta, isto é, imagina-a lícita ao supor uma causa justificante a ampará-lo, quando, na verdade, sua conduta é ilícita."¹¹²

Por exemplo, antecipar a morte de um enfermo portador de gravíssima doença, por supor erroneamente ser lícita no Brasil a *eutanásia*, quando na realidade ela é proibida.

¹¹² GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. Pág. 139.

Erro sobre a posição de garantidor

Ocorre esta espécie de erro, quando o agente desconhece a sua obrigação de impedir a ocorrência do resultado.

O artigo 13, § 2º do Código Penal, prevê as hipóteses da "relevância da omissão", isto é, quando a omissão é causal do resultado. Surge então, a obrigação de agir e de evitar que o resultado se produza.

Todavia, só é causal a omissão quando há o dever de impedir a produção do resultado:

Art. 13

...

Relevância da omissão

§ 2º. A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

A esta obrigação de agir, denomina-se: *posição de garantidor*; e o erro do agente, chama-se "*erro de mandamento*".

O Professor Francisco de Assis Toledo ensina que este tipo de Erro caracteriza "*Erro de proibição escusável*", e afirma: "o agente, que se encontre na *posição de garantidor*, diante da situação de perigo de cujas circunstâncias fáticas tem perfeito conhecimento, omite a ação que lhe é determinada pela norma preceptiva - dever jurídico de impedir o resultado - supondo, por erro inevitável, não estar obrigado a agir para obstar o resultado."¹¹³

Tratando-se portanto, de erro de proibição inevitável, ou seja, que não poderia ter sido evitado pelo agente, o erro é escusável, perdoável. Por força do próprio artigo 21 do Código Penal, o agente estaria isento de pena: "*O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena;...*".

Quanto a espécie de erro de proibição no erro sobre a posição de garantidor, afirma-se que seja *erro de proibição direto*, pois recai sobre o conhecimento da norma (falta de consciência da ilicitude do fato por desconhecer a existência da própria norma).

Falta ao agente, a consciência da obrigação de agir; cuja ausência ocorre devido ao não conhecimento da existência da norma legal presente no § 2º do artigo 13 do Código Penal.

¹¹³ PENTEADO, Jaques de Camargo. (Coord.). *Justiça Penal (crimes hediondos/erro em direito penal/juizados especiais)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. Pág. 109.

São hipóteses de crimes omissivos impróprios (crimes comissivos por omissão), em que surge para o agente o dever de agir e este se omite de tal dever.

Se a omissão for dolosa, o agente responde por crime doloso; se a omissão for culposa, o agente responde por crime culposo, se previsto em lei; se a omissão ocorre por erro de proibição direto (falta de consciência da ilicitude do fato por desconhecer a existência da própria norma), o agente estará isento de pena, conforme já foi afirmado.

Mas, quando surge o dever de agir?

É o que dispõe o § 2º do artigo 13 do Código Penal:

O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.

A lei impõe, neste primeiro caso, a obrigação de agir. É um verdadeiro mandamento imposto por lei.

Damásio de Jesus assevera que:

O primeiro caso de dever jurídico de agir ocorre quando existe um mandamento imposto pela lei determinando a realização da conduta impeditiva do resultado. Ex: a mãe deixa de alimentar o filho, que vem a morrer de inanição. Está descumprindo uma obrigação imposta pela lei (CC, art. 384). A obrigação de cuidado, proteção ou

vigilância advém das relações de pátrio poder, casamento, família, tutela, curatela, adoção, etc...¹¹⁴

Trata-se de obrigação legal de agir. Não está vinculada a um contrato entre as partes, como pode ocorrer na segunda hipótese abaixo.

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado.

A expressão "de outra forma" significa, outra forma que não seja por força de lei.

Temos então, as obrigações advindas de contrato entre as partes, como, por exemplo, o guarda noturno particular; ou então, pessoas que aceitam voluntariamente uma situação geradora de dever, às quais não estavam obrigadas, mas que se propuseram a fazê-lo, surgindo assim, a obrigação de impedir a produção do resultado. Ex: o rapaz que propõem-se a auxiliar um cego a atravessar uma avenida perigosa.

Nas palavras do Professor Mirabete:

Trata a alínea *b* da aceitação pelo sujeito do dever de impedir o evento por ter assumido previamente essa responsabilidade. Referindo-se àquele que, "de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado", a lei abrange o dever originado de uma manifestação unilateral de vontade (função tutelar ou de encargo sem mandato) ou de um contrato. Na primeira hipótese, formulam-se como exemplos da posição de garantidor o do médico que presta serviço de urgência em um pronto-socorro; o daquele que se propõe a conduzir um

¹¹⁴ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. v.1. parte geral, 15.ed. São Paulo: Saraiva, 1991. Pág. 222.

ébrio para sua casa, pessoas que passam a ser garantidoras da não-ocorrência de resultados lesivos com relação ao ferido ou embriagado. Exemplos citados de dever gerados *por contrato*, diante da projeção social deste como espécie de dever de direito público, são o do guia que se obriga a conduzir o explorador por terrenos perigosos; o do enfermeiro que é admitido para cuidar do doente; o do guarda de segurança particular contratado para vigiar uma residência ou estabelecimento comercial ou industrial; o do capataz da fazenda que deve cuidar da colheita; o do operador de máquinas que deve lubrificá-las, etc. Ressalta-se na doutrina que, em tais casos, o dever de agir deriva principalmente de uma situação de fato e não apenas do contrato. Não serão autores de crime o guarda de segurança que se atrasou para o serviço, não impedindo a ação de depredadores e o salva-vidas que faltou ao trabalho no dia em que uma criança se afoga na piscina. Responderá, porém, pelo crime a enfermeira que, tendo permanecido no quarto do doente após o término do horário de seu turno, não impede a sua morte.¹¹⁵

Por derradeiro, o § 2º do artigo 13 do Código Penal, prevê ainda:

c) *com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.*

Esta última hipótese de dever de agir, é denominada pela doutrina de "*conduta precedente do sujeito*", isto quer dizer que a obrigação de agir antecede a própria conduta.

Sem dúvida é a hipóteses de mais difícil compreensão.

A própria doutrina encontra dificuldades para explicar qual seria a intenção exata do legislador, ou seja, o que o legislador realmente queria dizer ao redigir o dispositivo.

O Professor Damásio Evangelista de Jesus, tenta esclarecer em três linhas: "No terceiro caso, o sujeito pratica um fato

¹¹⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. v.1, parte geral. 13.ed., São Paulo: Atlas. S.A., 1998. Pág. 102/103.

provocador do perigo de dano, tendo por isso a obrigação de impedir o resultado.”¹¹⁶

Data vênia, não esclarece a questão. Dúvidas ainda persistem.

Os Professores Zaffaroni e Pierangeli tentam solucionar o problema:

As duas primeiras situações estabelecidas no art. 13, § 2º do CP, não apresentam grande dificuldade, mas a terceira mostra-se bastante complexa, recebendo da doutrina a denominação de “conduta precedente do sujeito”. Situações bem claras se apresentam, como aquela de quem induz outro a um empreendimento perigoso, assegurando-lhe sua assistência para a evitação do resultado. Mas, muito mais duvidoso apresenta-se o caso de quem, num acidente da circulação, cria situação de perigo para a vida de uma pessoa, muito especialmente sob uma angulação da tentativa: é autor de tentativa de homicídio doloso aquele que foge do lugar do acidente, sem prestar assistência à pessoa em perigo em razão do acidente causado, muito embora outra a assista e o evento morte não venha a ocorrer? Poder-se-ia responder negativamente, porque em tais pressupostos não há dolo de homicídio, mas essa resposta se complica na situação do dolo eventual. Esta reflexão - e muitas outras que se poderia formular - demonstra, uma vez mais, que o problema da tipicidade omissiva permanece sem uma resposta correta, e que a criação das fontes da posição de garantidor pela lei não resolve os problemas que a tipicidade omissiva cria para o princípio da legalidade.¹¹⁷

Para William Wanderley Jorge, não importa se a criação do perigo pelo agente foi consciente ou inconsciente: “Pouco importa, segundo pensamos, que o ato precedente seja culpável ou não culpável, consciente ou inconsciente, pois quem criou a

¹¹⁶ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. v.1. parte geral, 15.ed. São Paulo: Saraiva, 1991. Pág. 223.

¹¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro - parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. Pág. 545

situação de perigo, por seu próprio comportamento, de um resultado lesivo injusto, tem o dever jurídico de impedir que ele se produza.”¹¹⁸

O referido jurista, menciona exemplos da presente hipótese, já utilizados por juristas mais antigos:

- 1) quem, mesmo sem culpa, põe fogo a um depósito de feno e abstém-se de salvar pessoa que se achava no interior do mesmo, praticará homicídio, doloso ou culposo (Heleno Fragoso);
- 2) o gerente que fecha o estabelecimento comercial supondo-o vazio tem o dever de abri-lo desde que tem conhecimento de que nele ficou inadvertidamente retido algum empregado (Anibal Bruno);
- 3) um exímio nadador convida alguém a acompanhá-lo em percurso longo e, após certo tempo, percebendo o amigo sem forças, não o socorre, deixando-o morrer (Nélson Hungria).¹¹⁹

Portanto, estas seriam as hipóteses descritas pelo § 2º do artigo 13 do Código Penal, que determina à quem incumbe o dever de agir. Trata-se de *posição de garantidor* de que o resultado não ocorrerá. Entretanto, havendo *erro de proibição direto*, resultará ao agente isenção de pena, por erro invencível: “O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena;...” (art. 21 do CP).

¹¹⁸ JORGE, William Wanderley. *Curso de direito penal*. v.1, parte geral, 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. Pág. 247/248.

¹¹⁹ JORGE, William Wanderley. *Curso de direito penal*. v.1, parte geral, 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. Pág. 248.

PALAVRAS FINAIS

Preferiu-se utilizar a expressão "*Palavras Finais*" no encerramento deste trabalho científico, pois acredita-se que o termo "*Conclusões*" não seria apropriado, uma vez que o tema escolhido (*Alguns aspectos do erro de proibição*), por ser um tema árduo, contraditório e ainda em evolução, não permite uma efetiva conclusão a respeito do assunto.

Este Mestrando, acredita serem estas as idéias principais que restaram depois de toda a pesquisa:

* A ignorância ou a errada compreensão da lei penal são diferentes - na essência - pois aquela representa o desconhecimento total acerca de um objeto; enquanto que esta é o falso conhecimento acerca deste mesmo objeto. Entretanto, na prática produzem o mesmo efeito. O desconhecimento total sobre uma norma jurídica penal ou o falso conhecimento sobre esta mesma norma penal, desde que, inevitáveis, isentam de pena.

* A prática consuetudinária dos aborígenes que habitavam as terras brasileiras, e as legislações portuguesas que vigoraram no Brasil até o surgimento de nossa primeira codificação - o Código Criminal do Império de 1830 - em nada contribuíram para com o estudo da ignorância e do erro em termos de Direito Penal brasileiro.

* A ignorância da lei penal e o erro, surgiram pela primeira vez em nossa legislação penal, com o advento do Código Penal Republicano de 1890, principalmente com relação ao artigo 26 daquela codificação.

* O erro de proibição é chamado de "direto" quando recai sobre a própria norma proibitiva (falta de consciência da ilicitude do fato por desconhecer a existência da própria norma); ou quando o agente desconhece a sua obrigação de impedir a ocorrência do resultado (Erro sobre a posição de garantidor) - artigo 13, § 2º do Código Penal.

* O erro de proibição é chamado de "indireto" quando recai sobre a permissão da conduta, isto é, falta de consciência da ilicitude do fato por supor erroneamente: a) estar acobertado por uma causa de justificação não reconhecida juridicamente; b) supor a existência de situação de fato que, se existisse na realidade, tornaria a sua ação legítima (discriminantes putativas).

* Na hipótese de ocorrência de *Erro sobre a ilicitude do fato*, e sendo o erro *inevitável*, conforme previsto pelo artigo 21 do Código Penal vigente ("*O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena...*") ocorre exclusão da culpabilidade. E assim sendo, o dolo não subsiste, pois o que

existia no momento do fato, era a vontade, por parte do agente, de praticar uma conduta, que, para ele era lícita, em face do desconhecimento da ilicitude, pelo erro. A "vontade" em praticar uma conduta que o agente desconhece ser ilícita, não se confunde com o "dolo" em praticar um ilícito penal que é sabido e desejado pelo sujeito.

* *As Discriminantes Putativas*, embora previstas no §1º do artigo 20 do Código Penal - dando a entender que trata-se de espécie de erro sobre elementos do tipo - na realidade, caracterizam-se como uma espécie *anômala* ou *sui generis* de erro de proibição indireto.

* O erro sobre a posição de garantidor é espécie de erro de proibição direto, pois o mesmo recai sobre o conhecimento da norma (falta de consciência da ilicitude do fato por desconhecer a existência da própria norma). A obrigação que tem o sujeito de agir, denomina-se: *posição de garantidor*; e a falsa percepção da realidade que o impediu de conhecer a ilicitude de sua conduta, denomina-se "*erro de mandamento*". Tratando-se de erro de proibição inevitável, ou seja, que não poderia ter sido evitado pelo agente, o erro é *escusável*, *perdoável*. Por força do próprio artigo 21 do Código Penal, o agente estaria isento de pena: "*O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena;...*".

Embora de forma rápida e modesta, foi possível verificar que o **erro de proibição**, ou seja, a falta de consciência sobre a ilicitude de determinados comportamentos humanos, parecem caminhar em nosso País com muita naturalidade.

Seriam necessários mais algumas dezenas de anos de cultura para que o nosso povo consiga aprender e apreender algumas regras básicas de conduta social.

O crime é uma nuvem que sobrevoa a coletividade.

As normas existem para serem cumpridas.

As penas existem para serem aplicadas.

Esperamos que em um futuro bem próximo, possamos realmente obter da população a consciência e obediência às normas, e que a lei seja aplicada. Desta forma, a falta de conhecimento da ilicitude não será mais alegada simplesmente como meio de exclusão da responsabilidade penal.

SOBRE ESTA DISSERTAÇÃO

Esta dissertação chegou ao fim, aproveito a oportunidade para lembrar as palavras tão oportunas utilizadas pelo Professor Moacir Gadotti:

...um trabalho cansativo chega ao fim, em condições, nem sempre melhores, de se fazer uma tese. Mas são as nossas. Não temos outras. Você chega ao fim, é verdade, mas é o momento de um novo começo, de um novo começo. E para que um novo começo seja possível é preciso "destruir" (Heidegger) o caminho percorrido. Para ter a coragem de subir mais alto é preciso jogar fora a escada por onde se subiu. Uma nova etapa é possível porque uma etapa anterior foi superada. Você pode recusar uma cultura, um texto (mesmo o escrito por você) porque você recebeu uma cultura, porque você escreveu um texto. A melhor conclusão que você pode tirar de um trabalho como esse é que ele é insuficiente. Se hoje você o escrevesse, você o escreveria de outra maneira.¹²⁰

Porque o autor de uma dissertação também é o leitor, e o leitor tem, como todo leitor, suas críticas a fazer.

¹²⁰ GADOTTI, Moacir. *Educação e poder: introdução à pedagogia do conflito*. 11. ed. São Paulo: Cortez, 1998. Pág.138

Referências Bibliográficas

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Direito penal e criação judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. **Culpabilidade e erro**. reforma penal. São Paulo: Saraiva, 1985.

ARAGÃO, Nancy. **Você conhece direito penal ?** Rio de Janeiro: Editora Rio, 1974.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de derecho penal**. Tomo VI, 2.ed., Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1962.

BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Lições de direito penal**. Porto Alegre: Livr. Ed. Acadêmica Ltda. Edipucrs., 1992.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. V.1, Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CASTELO BRANCO, Vitorino Prata. **Aulas de direito penal**. 2.ed., Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1986.

CONDE, Francisco Muños. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Casos em matéria criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

COSTA Jr., Paulo José da. **Comentários ao código penal**. parte geral. v.1, São Paulo: Saraiva, 1986.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 3.ed. Coimbra: Coimbra editora limitada, 1987.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Saraiva, 1980.

DUARTE, José Albino Caetano. **O erro no código penal**. Lisboa: Vega, 1984.

ELEUTÉRIO, Fernando. **Análise do conceito de crime**. In Revista Jurídica da UEPG. Ponta Grossa: Cidade Clima, 1997.

ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO. v. 32, São Paulo: Saraiva, 1977.

- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui (Coord.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. Vol.1, Tomo I, 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Temas de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- GADOTTI, Moacir. *Educação e poder: introdução à pedagogia do conflito*. 11. ed. São Paulo: Cortez, 1998.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. v.1, Tomo I, 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1966.
- GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*. v.1, Tomo II, 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de; Heleno Cláudio Fragoso.. *Comentários ao código penal*. v. VIII, 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Código penal anotado*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. (Coord.). *Curso sobre a reforma penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- _____. *Direito penal*. v.1. parte geral, 15.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- JORGE, William Wanderley. *Curso de direito penal*. v.1, parte geral, 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- KELSEL, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- LEAL, João José. *Curso de direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor & Editora da FURB, 1991.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987.

- LUNA, Everardo da Cunha Luna. **Capítulos de direito penal.** Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1985.
- MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal** : parte geral., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- _____. **A presunção constitucional de inocência.** In Revista da Faculdade de Direito(UFPR) n°.27. Curitiba: Imprensa Universitária da UFPR, 1993.
- _____. **Reforma da legislação criminal.** In Revista da Faculdade de Direito(UFPR) n°.28. Curitiba: Imprensa Universitária da UFPR, 1995.
- MADEIRA, Ronaldo Tanus. **Dolo e culpabilidade: uma análise causal e finalista da ação no direito penal.** Rio de Janeiro: Liber Juris, 1991.
- MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. **Sobre o juiz, a lei e a idéia de justiça.** Ponta Grossa: Imprensa Universitária UEPG, 1986.
- MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal.** v.2, São Paulo: Saraiva, 1965.
- MICHAELE, Faris Antonio S. **O direito entre os índios do brasil (obra póstuma).** Ponta Grossa: Imprensa Universitária UEPG, 1979.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal.** v.1, parte geral. 13.ed., São Paulo: Atlas. S.A., 1998.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Baron de la Brède et de, 1689-1755. **O espírito das leis.** Trad. De Fernando Henrique Cardoso e Leoncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.
- MORIN, Edgar. **Ciência com consciência.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996.
- MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal** : introdução e parte geral. v.1, 20. ed, São Paulo: Saraiva, 1982.
- _____. **Direito penal** : introdução e parte geral. v.1, 23. ed, São Paulo: Saraiva, 1985.

- PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). *Justiça Penal (crimes hediondos/erro em direito penal/juizados especiais)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- PIERANGELLI, José Henrique (Coord.). *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Baurú: Jalovi, 1980.
- _____. *Escritos jurídicos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- ROGÉRIO, José. *A visão da violência*. Curitiba: Imprensa Oficial do Estado do Paraná, 1989.
- SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Do crime*. São Paulo: Brasilivros, 1980.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria do crime*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- SERRA, Teresa. *Problemática do erro sobre a ilicitude*. Coimbra: Almedina, 1991.
- SHINTATI, Tomaz M. *O novo sistema penal*. São Paulo: Jalovi, 1984.
- SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Tomo II, Buenos Aires: Tipografia Editora Argentina, 1967.
- TELES, Ney Moura. *Direito penal*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal*. parte general. 12.ed. Santiago: Editorial jurídica de crime, 1987.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro - parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.