

DO ERRO EM DIREITO PENAL

Cleusa Ribeiro Soares *

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por tema a questão do Erro no Direito. Procuramos, para um encadeamento lógico da questão, remontar às noções elementares do crime, revendo também as teorias da culpabilidade, com enfoque maior para a Teoria Finalista da Ação.

Só após esse estudo, passamos ao desenvolvimento do tema propriamente dito, a partir da conceituação do erro na órbita jurídica, com ressalva para a existente unificação, no terreno jurídico, de erro e ignorância. Evidenciamos também a polêmica em se localizar o erro na estrutura do delito, e a tão difícil dicotomia Erro de Fato (Tipo) e Erro de Direito (Proibição) e, finalmente, um enfoque ao tema no Anteprojeto de 1981.

1 – NOÇÕES ELEMENTARES DO CRIME

Ao iniciarmos o nosso estudo sobre o Erro no Direito Penal, preferimos, por uma razão de ordenamento lógico, remontar às noções elementares do Crime. Assim, excluindo-se a visão material e analítica, o Crime, sob o enfoque formal, é a Ação Típica, Antijurídica e Culpável, o que vale dizer que os pressupostos do Crime são:

Tipicidade (Fato Típico): Consiste na descrição objetiva do fato na lei. Todavia há de se ressaltar, *a priori*, que nem todo fato descrito, previsto em lei, é antijurídico. Assim, o fato é típico porque previsto em lei, todavia não é antijurídico (Art. 19 C. P. B.), porque não transgredir o ordenamento jurídico. E se não é antijurídico, muito embora típico, não constitui crime. E não constituindo crime, não há de se falar em culpabilidade, nem tampouco em punibilidade.

* Licenciada em Letras e Literaturas de Língua Portuguesa. Bacharel em Direito, Aluna do curso de Especialização em Direito Penal da UFG.

Antijuridicidade: Consiste numa relação antagônica entre o fato típico e o ordenamento jurídico. Vejamos algumas posições do prof. Alcides Munhoz Neto: "... enquanto a antijuridicidade é a contradição entre o concreto comportamento e o ordenamento jurídico em seu conjunto, a tipicidade é a descrição objetiva deste comportamento, com a numeração das particularidades que deva apresentar para incidir em pena criminal. O juízo da antijuridicidade parte, pois, de um critério geral e é o mesmo para todos os setores do direito; já a constatação da tipicidade assenta-se num critério particular e variável, pois esta difere de um para outro ramo do ordenamento jurídico". E continuando: "A função do tipo, decorrente da garantia do *NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE*, é a de destacar entre as condutas antijurídicas, as que devam incidir em sanção penal"(1).

Este mesmo professor acentua que, quando do processo de identificação do delito, é indiferente que se constate em primeiro lugar a tipicidade ou a antijuridicidade, pelo fato da premissa de que nem toda conduta antijurídica o é típica, como também nem toda conduta típica o é antijurídica — ressaltando, todavia, que as duas indagações são indispensáveis ao processo de identificação do delito. Certo é que, uma vez constatada a licitude de um fato, desnecessário é analisar a sua tipicidade, como também não há de se analisar a antijuridicidade de um fato que não encontra descrição na lei.

Culpabilidade: A culpabilidade consiste no juízo de censura, de reprovabilidade. E a reprovação pessoal incide no autor pelo fato de não ter ele omitido a ação antijurídica que lhe era possível omitir. Assim, vista a culpabilidade sob esse ângulo, há de se ressaltar que os pressupostos básicos do crime, na realidade, são a tipicidade e a antijuridicidade, tendo em vista que casos há em que um fato tipicamente antijurídico pode deixar de ensejar censurabilidade (culpabilidade) ao seu autor.

No que tange à punibilidade, há de se ressaltar que a doutrina prevalente a coloca fora dos pressupostos do crime. Isto porque entende-se doutrinariamente que a punibilidade é o efeito jurídico de um comportamento típico, antijurídico e culpável. Desta feita, a punibilidade consiste na "possibilidade jurídica de o Estado impor a sanção"(12).

Assim, não constitui dificuldade observar-se, convencer-se da tipicidade ou não, da antijuridicidade ou não de um fato. As indagações começam a partir do momento de que se deva certificar se culpável ou não, até que ponto deva ser culpável um sujeito que praticou um fato típico e antijurídico. E não só o grau dessa culpabilidade, como também a sua natureza. Assim, seguindo essa linha de idéias, optamos, para o desenvolvimento do tema, pela premissa: A Culpabilidade como Pressuposto da Pena.

2 — A CULPABILIDADE COMO PRESSUPOSTO DA PENA

2.1 — Considerações Iniciais

O tema Culpabilidade vem ensejando, através dos tempos, discussões várias, gerando teorias e posicionamentos também diversos. Vejamos o que diz o prof. Francisco de Assis Toledo: "... entre os partidários das referidas teorias, ... não estão de a-

cordo sequer a respeito do conceito de *Culpabilidade*, ou a respeito do conteúdo e da localização, na estrutura do delito, do próprio dolo”. E continuando seu posicionamento: “Nunca foram, aliás, tão atuais estas palavras de Mezger: ‘*O problema da culpabilidade é o problema do próprio destino do direito de castigar*’. Não deve, portanto, estranhar-nos que, em uma época em que tão vivamente se discute sobre o destino do Direito Penal, as opiniões sobre o conteúdo e a essência própria da culpabilidade jurídico-penal se choquem e divirjam sem esperanças de conseguir harmonia”. (3)

Damásio E. de Jesus, em seus estudos, mostra a posição de Ariel Dotti: “O crime como ação tipicamente antijurídica é causa da resposta penal como efeito. A sanção será imposta somente quando for possível e positivo o juízo de reprovação que é uma decisão sobre um comportamento passado, ou seja, um *posterius* destacado do fato antecedente”. (4)

Das visões expostas sobre a culpabilidade, “O problema da culpabilidade é o problema do próprio destino de Castigar” (Mezger), “O Crime como ação tipicamente antijurídica é a causa da resposta penal como efeito” (Ariel Dotti), pode-se depreender a existência de uma convergência para o paradigma de “A Culpabilidade como pressuposto da pena” (Welzel), princípio este que, doutrinamente, vem se firmando cada vez mais nos tempos da ciência jurídica, o que vale dizer, a pena deve ser destinada àquele que, ao praticar um fato tipicamente antijurídico, pela sociedade foi reprovado, censurado.

“Verdadeiramente, a culpabilidade tem uma função política que excede à sua importância conceitual: ela limita o poder punitivo do Estado, pela exigência de que a pena só incida se o autor, além de ter praticado o ilícito típico, seja passível de censura pessoal. . . ” “O princípio do *NULLA POENA SINE CULPA* constitui-se, pois, numa garantia da liberdade individual”. (5)

2.2 – Teorias da Culpabilidade

2.2.1 – Teoria Psicológica

Enfoca essa teoria o nexó psicológico, ou seja, a relação psíquica existente entre o agente e o fato ocorrido. Francisco de Assis Toledo registra as palavras de Heleno Fragoso: “*A primeira formulação técnica da culpabilidade que, por colocar em realce o nexó psicológico que liga o agente ao evento, recebe o nome de teoria psicológica da culpabilidade*”. (6)

Todavia, essa concepção não se firmou nos tempos, pelo fato da impossibilidade de se estabelecer uma relação psíquica entre X fato, quando da culpa inconsciente. Assim, “impunha-se, pois, ou renunciar a um conceito unitário de culpabilidade, ou encontrar o elemento que fosse comum ao dolo e à culpa em sentido estrito”(7) – para esta teoria, o dolo e a culpa em sentido estrito eram tidos como *espécies* de culpabilidade.

2.2.2 – Teoria Normativa da Culpabilidade

Esta teoria tem como fundador Frank (1907). Este estudioso alemão, ao analisar o clássico exemplo de a “tábua da salvação”, concluiu que o indivíduo, neste estado

necessário, age dolosamente (porque intencional a sua ação), todavia, diante de todo o circunstancial que envolvia esse sujeito, quando da ação, não havia de se exigir dele uma conduta diferente daquela. Assim, concluiu este pesquisador pela existência de crime doloso ou culposo, todavia, não culpável, porque não censurável. (Quando nos reportamos ao exemplo de a "tábua da salvação", não o temos como um exemplo-estereótipo, mas como referencial para o aspecto circunstancial do fato).

Desta feita, a teoria da culpabilidade passa então a se revestir de novas acepções, ou seja, a culpabilidade não uma relação psíquica entre o agente e o fato, ou entre o agente e o resultado, mas um juízo de censura diante de um fato tipicamente antijurídico, fato este, doloso ou culposo praticado pelo agente.

Francisco de Assis Toledo, citando Mezger, diz: "A culpabilidade é, ao mesmo tempo e sempre, *um juízo valorativo sobre a situação fática da culpabilidade*" (8) Assim, há uma deslocação dos elementos *dolo e culpa stricto sensu* da posição de espécies da culpabilidade para elementos que vão compor esse juízo de censura.

Todavia, tanto a teoria psicológica quanto a normativa viam o dolo ora como espécie, ora como elemento da culpabilidade. E se o dolo é tido como fator psicológico (porque subjetivo) não pode figurar na culpabilidade que é *normativa*, que consiste na reprovação social. O dolo nada mais é do que o próprio objeto de censura social, ou seja, da culpabilidade. Damásio E. de Jesus faz referência a um provérbio alemão: "A culpabilidade não está na cabeça do réu" (9) Assim, o *dolo* e a *culpa strictus sensu* de espécies da culpabilidade se transformam em *elementos* que vão compor o *juízo de censura*, que nada mais é do que a própria culpabilidade.

2.2.3 – Teoria Normativa Pura

Muito embora se tenha registrado a evolução da teoria da culpabilidade, ou seja, de uma concepção psicológica para uma normativa, o dolo tanto em uma quanto em outra teoria continua, dentro da estrutura do delito, figurando ora como espécie, ora como elemento da culpabilidade. Mas, com o desenvolvimento da ciência filosófica, a concepção do crime ganha novas dimensões. Surge a doutrina finalística da ação, de Welzel: "O conceito de ação, até então de pequena importância, relegado a segundo plano, recebe novo tratamento (*a ação é um acontecer final, não meramente causal*) e vem a constituir o núcleo do novo sistema; o tipo passa a ser a sede do dolo e este o elemento intencional, finalístico, da ação; a culpabilidade retém apenas o momento normativo da reprovabilidade da resolução da vontade". (10)

Assim, esta teoria retira o dolo da culpabilidade, colocando-o no tipo penal e exclui do dolo a consciência da ilicitude, colocando-a na culpabilidade. E a culpabilidade agora se apresenta com um novo elemento, ou seja, a consciência do injusto, mas sem os elementos *dolo e culpa* sentido estrito e reduzindo-se, em essência, a um juízo de censura. Conseqüentemente, a culpabilidade passa a possuir os seguintes fatores: imputabilidade, consciência da ilicitude (possibilidade do conhecimento do injusto) e exigibilidade de conduta diversa.

2.3 – Elementos da Culpabilidade

2.3.1 – Imputabilidade

Entende-se por imputabilidade todo o conjunto de condições pessoais que propicia ao agente a capacidade de saber que a sua conduta vai de oposição ao ordenamento jurídico. O Código Penal vigente, em seu artigo 22, caput, assim preceitua: *É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento*. Assim, “a ausência de imputabilidade impede a reprovação, pois não cabe censura contra quem não possuía condições mentais de entendimento ou autodeterminação. Diminuída apenas a capacidade intelectual ou volitiva, reprovação existe, porém de forma atenuada. Em ambos os casos, cumpre investigar o estado perigoso do autor para a eventual aplicação de medidas asseguradoras”. (11)

Há de se ressaltar que o código penal de 1940, ao tratar da matéria *imputabilidade*, em seus artigos 22 a 24, a titula de Responsabilidade, fato que vem merecendo acirradas críticas doutrinárias. Sem dúvida, o título responsabilidade na acepção de culpabilidade não se adequa, visto que a imputabilidade é que determina o grau de responsabilidade do indivíduo face à lei penal, ou seja, ser imputável é ter condições pessoais de ser responsável jurídico-penalmente.

2.3.2 – Possibilidade do Conhecimento do Ilícito

Alcides Munhoz Netto reportando a estudos de Welzel e R. Maurach, afirma: “. . . o conhecimento da antijuridicidade, necessário à censura pessoal e, portanto, à culpabilidade, não é só o conhecimento atual, mas o conhecimento potencial, vale dizer, a simples possibilidade de se dar conta do caráter ilícito do comportamento, até porque o juízo de reprovação que integra a culpabilidade, é um juízo de valor e não um fato psicológico”. (12)

Depreende-se então que a chamada teoria extrema da culpabilidade situa a consciência da antijuridicidade entre os fatores que determinarão a reprovação social, ou seja, a culpabilidade, o que, sem dúvida, atende melhor o interesse dos direitos sociais, incidente sobre o autor do fato tido típico e contrário ao ordenamento jurídico, pelo fato de não se ter ele absterido de violar a norma jurídica, tendo em vista que tal abstenção lhe era possível. Assim, a ausência de conhecimento da antijuridicidade vai repercutir na reprovação pessoal, anulando ou atenuando a culpabilidade, se escusável ou vencível. Assim, para se escusar e em que grau se escusar a ignorância da ilicitude, há de estudar caso por caso, com as condições concretas do autor, quando do procedimento da ação.

2.3.3 – Exigibilidade de Conduta Diversa

O que vale dizer exigibilidade de uma conduta em consonância ao Direito. Frank (1907) apresenta a chamada *teoria das Circunstâncias Concomitantes*: “a culpabilidade

requer a normalidade de circunstâncias, em relação às quais o sujeito age". Ou seja, diante de um fato criminoso, há de se estudar, analisar todo o contexto circunstancial que envolve o fato tido delituoso, pois, casos há em que as circunstâncias do fato são passíveis de ensejar a atenuação e até mesmo a extinção da culpabilidade. E tal posição do direito se prende à premissa de que não há de se exigir de um homem, que, por circunstâncias externas a ele, foi impelido, forçado circunstancialmente à consumação de um evento delituoso, uma conduta sacrificial, isto porque o Direito como valoração e fato, prevê fatos em situações normais e não no âmbito da excepcionalidade.

2.4 – Causas de Exclusão da Culpabilidade

Considera-se causas excludentes da culpabilidade a coação moral irresistível, obediência hierárquica, inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, inimputabilidade por menoridade penal e inimputabilidade por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior. Ou seja, pelo fato de umas dessas causas excluïrem determinado elemento da culpabilidade, por conseqüência, tem-se igualmente a exclusão do juízo de censura ao agente do fato delituoso.

Tendo em vista esse tema ensejar, sem dúvida, um trabalho à parte, minucioso por certo, teceremos, desta feita, ligeiras considerações a esse tópico. Assim, as causas de exclusão da culpabilidade encontram disposição jurídico-penal nos artigos 18, 22, 23 e 24, parágrafo primeiro.

A coação moral irresistível e a obediência hierárquica recebem o seguinte tratamento no Código Penal vigente: art. 18: *Se o crime é cometido sob coação moral irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.* Depreende-se deste dispositivo legal que a coação moral irresistível e a obediência hierárquica constituem excludentes da *exigibilidade de conduta diversa* e, conseqüentemente, da culpabilidade.

Alcides Munhoz Netto, a respeito dessa questão, assim se manifesta: *"No que toca à coação moral irresistível, também é dominante a opinião de que se trata de hipótese de inexigibilidade de outra conduta. O coagido age com vontade (coactus tamen voluit): para evitar a continuação, repetição ou superveniência do mal já infligido ou ameaçado, decide-se pela prática do crime que lhe exige o coator. Seu procedimento, portanto, é doloso, mais deixa de ser censurável pela intimidação que não possa arrotar ou cuja paciência não lhe possa ser razoavelmente exigida". . . "Quanto à obediência hierárquica, há disparidade de opiniões. Muitos justificam-lhe a impunidade pelo erro de proibição . . . outros não exigir a lei que o inferior hierárquico atue sem consciência da antijuridicidade. . . A situação é de inexigibilidade, uma vez que o executor da ordem prefere praticar a ação a incidir em sanções disciplinares por desobediência. Em nosso entender, esta é a construção mais correta. A dirimente em apreço só tem lugar no âmbito da administração pública". (13)*

Desta feita, a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a menoridade penal e a embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou for-

ça maior, excluem a culpabilidade pelo fato de excluírem a imputabilidade, um dos elementos caracterizadores do juízo de reprovação. No que diz respeito à *menoridade penal*, há de se evidenciar que se encontra contextualizada legalmente (art. 22, caput), pela expressão *desenvolvimento mental incompleto* (Teoria Biológica), mas com legislação especial – Código de Menores e demais Leis Complementares pertinentes.

3 – DO ERRO

3.1 – Considerações Iniciais

Remontando à história do Direito, podemos nos certificar que, desde os tempos romanos, a Questão do Erro (de Fato e de Direito) vem sendo discutida, indagação que continua atravessando os tempos. E, muito embora não haja identidade, equivalência de significado entre erro e ignorância, aquele entendido doutrinamente como uma falsa noção da realidade, esta como a ausência de qualquer noção sobre o objeto do conhecimento, há de se ressaltar que, na órbita jurídica, tem prevalência a tese que defende a unificação dos conceitos erro e ignorância, aquele abarcando esta: “. . . 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”. (14) Daí, depreende-se que, para o Direito, não interessa a identidade ou não de significado de erro e ignorância. O que lhe interessa é o fato de estes dois estados, identificáveis individualmente por sinal, dar causa a uma conseqüência única na órbita jurídica, ou seja, o agente, ou pelo fato de não saber (ignorar), ou pelo fato de saber erroneamente (erro), querer aquilo que, na realidade, não queria, incidindo, desta feita, em erro.

O professor Everardo da Cunha Luna, em conferência proferida quando do *Seminário sobre a Reforma Penal*, na Universidade Federal de Goiás, em Goiânia, tem uma posição bem clara quanto a isso: “Causas existem que excluem a culpabilidade, chamadas, por isso mesmo, causas de exculpação, exculpantes, causas de exclusão da culpabilidade, excludentes da culpabilidade ou causas de inculpabilidade. Compreendem, tais causas, as exculpantes propriamente ditas e as causas de exclusão da imputabilidade, excludentes da imputabilidade ou causas da inimputabilidade. As primeiras consistem, para o agente, numa anormalidade das circunstâncias por ele vividas e as segundas, numa anormalidade pessoal do agente, um estado que se dinamiza no momento da ação. *As excludentes propriamente ditas, ou, simplesmente, as exculpantes, viciam a inteligência ou a vontade. Quando viciam a inteligência, chamam-se erro ou ignorância, e quando viciam a vontade, chamam-se coação moral irresistível*” (grifo nosso).

Mas há de se estabelecer também uma distinção entre ignorância, erro e dúvida. A ignorância consiste na ausência de conhecimento, é não saber; o erro é saber erroneamente, é o conhecimento falso acerca de algo; a dúvida se caracteriza por ser possuidora da coexistência de várias representações, uma, talvez, possivelmente, em con-

sonância com a realidade. Desta feita, a dúvida não eliminaria do sujeito a possibilidade de formar um conhecimento julgado por ele como o certo, o que também não necessariamente quer dizer que, assim, esteja excluída a possibilidade do erro. Agora, o sujeito que age psicologicamente na dúvida, pode incidir num comportamento doloso (porque quis voluntariamente o próprio comportamento), ou culposo, tendo em vista que o estado de dúvida não elimina (do sujeito) a possibilidade de discernir que sua ação possa opor ao dever. Então, diríamos que o estado de dúvida de um sujeito constitui, até certo ponto, um estado de alerta.

É sabido que filosoficamente não se admite a possibilidade de o homem errar de boa fé, tendo em vista que, para a filosofia, o fato de ele ter querido agir já é mostra de sua má fé. Isso porque a posição filosófica não vê distinção entre intenção e volição. Todavia, essa teoria (Croce) não encontra repercussão no Direito Positivo, que faz uma distinção entre ação, intenção e volição, o que vale dizer que não necessariamente uma ação decorrente de erro reflete a mesma idealizada e querida pelo sujeito. Daí, para o Direito Positivo, a existência do erro de boa fé, o que, sem dúvida, é bastante justo, porque nem todo aquele que erra (ou por erro, ou por ignorância) erra por querer errar. Assim, o erro de boa fé é aceitável pelo Direito, como também o é a tese unitarista entre erro e ignorância, reflexo disso é o Código Civil vigente, em seus arts.86 a 91 e Penal, art. 16.

Todavia, Francisco de Assis Toledo, tomando a posição de Frosali, assim se expressa: “. . . a ignorância consciente ou a dúvida . . . não caracterizam, na prática, o erro jurídico-penal, mas, antes, apresentam-se, conforme as circunstâncias, como configuradoras da culpa ou do dolo eventual. Se de um lado não existe incompatibilidade entre culpa e erro, o mesmo não se pode dizer entre dolo e erro de tipo”. (15)

Depreende-se, desta feita, que as situações de o sujeito *sabe que não sabe* (ignorância consciente) ou a de que *não tem certeza do que sabe* (dúvida), não são constituidoras, na prática, do erro jurídico-penal, mas passíveis, quando se atenta para o aspecto circunstancial desses estados, de representar a culpa ou o dolo eventual. Culpa porque competia ao sujeito, nesse estado, observar o cuidado necessário para não incidir em erro. Dolo eventual porque este sujeito, embora neste estado, admite e aceita o risco de produção do resultado, muito embora não aceite o resultado (caso que se ocorresse configurar-se-ia não o dolo eventual, mas o dolo direto). Assim, culpa e erro não se contrapõem, o mesmo não acontecendo com o dolo e o erro de tipo, porque o erro de tipo é “o erro que impede divisar no fato cometido aquilo que o torna idêntico ao abstratamento descrito” (16) e o dolo implica num prévio conhecimento acerca da contrariedade da prática do fato com a lei.

3.2 – Localização do Erro na Estrutura do Delito

É sabido que polêmico tem sido localizar o erro na estrutura do crime, valendo ressaltar a existência de duas correntes inconciliáveis, da Alemanha, chamadas de *Teoria do Dolo e Teoria da Culpabilidade*.

A *Teoria do Dolo*, ou melhor, as *Teorias do Dolo* “consideram que o atuar doloso só se verifica quando o agente atua com a consciência do injusto. Faltando essa

consciência, exclui-se a punição a título de dolo. Todavia, o erro de proibição negligente, culpável, conduz à penalização por culpa, se para esta hipótese se comina pena” — é o que nos diz Francisco de Assis Toledo, citando Mezger. (17)

Já para as teorias da culpabilidade, que têm como base a *Teoria Finalista da Ação* (Welzel), o erro recebe tratamento completamente diferente do que lhe dera as *Teorias do Dolo*. Assim, para a Teoria da Culpabilidade, o erro decorrente da ignorância ou falso conhecimento por parte do agente, pode recair basicamente sobre a ilicitude do fato. Francisco de Assis Toledo exemplifica bem essas duas situações: “Na primeira hipótese, o autor age sem o ‘dolo de fato’ por desconhecer, ou conhecer falsamente, uma circunstância objetiva do tipo legal, seja de caráter fático (descritivo) ou normativo. (Exemplo: Tício desfere um tiro no que supõe ser uma caça atrás do arbusto e atinge a Caio. Feriu erroneamente um ser humano — elemento fático do tipo — quando pretendeu licitamente matar um animal de caça. Outro exemplo: Tício retira da mesa de Caio uma caneta de ouro que supõe sinceramente ser a sua. Subtraiu erroneamente coisa alheia móvel, por desconhecer o caráter alheio da coisa — elemento normativo do tipo) . . . Em ambos os exemplos, ocorre um erro de tipo que exclui o dolo, visto como o autor do fato não tinha o conhecimento (aspecto intelectual do dolo) de todas as circunstâncias objetivas, descritivas ou normativas do tipo. No primeiro exemplo, percebeu um animal, não um ser humano; no segundo, uma coisa própria, não a alheia. Poderá, contudo, ser punido por delito culposo, sempre que a modalidade culposa estiver expressamente prevista” (18) — o que vale dizer, aqui, a exigência por lei de o “cuidado necessário” por parte do autor do fato.

Quanto à segunda hipótese, ou seja, quando o erro incide sobre a ilicitude do fato, segundo o prof. Francisco de Assis Toledo, o autor age com pleno dolo de fato, porque está ciente do que faz, quer o que faz, só que erra ao supor que o que faz e quer está de acordo com o ordenamento jurídico. Agora, desde que o sujeito não possa evitar a ausência da consciência da ilicitude, o seu comportamento não há de ser culpável, caso contrário, constituirá uma atenuante da pena.

Resumindo: para a teoria do dolo, o erro sempre exclui o dolo e para a teoria da culpabilidade, o erro pode excluir o dolo, pode figurar como causa de exclusão da culpabilidade e pode também, desde que escusável, figurar como atenuante da pena.

3.3 — A dicotomia Erro de Fato (Tipo) e Erro de Direito (Proibição)

O Código Penal brasileiro, em seus artigos 16 e 17 dispõe acerca do Erro de Direito e Erro de Fato: Art. 16: *A ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem da pena;* 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.* Depreende-se desses dispositivos legais que o Erro de Fato possui relevância jurídico-penal, ao passo que o Erro do Direito não, pelo fato de se alegar legalmente que a ninguém é dado desconhecer a lei.

3.3.1 – Erro de Fato (Tipo)

Alcides Munhoz Netto, citando Otorrino Vannini, afirma: “Segundo a doutrina tradicional, o erro de fato é o erro que incidindo sobre um extremo essencial do crime, impede ao agente de conhecer, de perceber a adequação do seu comportamento à ação abstratamente formulada no preceito penal, ou seja, o erro que impede divisar no fato cometido aquilo que o torna idêntico ao abstratamente descrito”. (19)

Assim, o erro de fato (tipo) é aquele que tem incidência sobre os elementos ou sobre as circunstâncias da figura típica. No exemplo de o sujeito que leva de boa mente um relógio, por achar que lhe pertence, pelo fato de se parecer muito com o seu, tem-se caracterizado o erro de fato. A falsa percepção desse sujeito incide sobre o elemento do crime de furto (coisa alheia), todavia, quando da realização de seu ato, supôs a ausência da elementar *coisa alheia*, porque cria que o objeto lhe pertencia. Há de se ponderar, que neste caso, não se tem o elemento subjetivo do crime de furto, o dolo, o querer furto, isto porque não existe a consciência da conduta e do resultado, do nexo causal entre conduta e resultado, nem, tampouco, a vontade de praticar a conduta e de produzir o resultado (furto). O sujeito, claramente se percebe, agiu de boa fé, tanto que se tivesse uma perfeita representação da realidade do objeto, ou seja, se soubesse que o relógio não lhe pertencia, não teria praticado a ação. Daí, não há de se falar em crime de furto (art. 155, caput). Tem-se, neste caso, a exclusão da culpabilidade quer na forma dolosa, quer na forma culposa.

O Código Penal vigente admite duas formas de erro de fato: *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*. Assim, para Damásio E. de Jesus, a primeira parte deste artigo corresponde ao erro de fato, enquanto a outra parte, que se refere às discriminantes putativas, não constitui forma de erro de fato, mas erro de direito (proibição) – o sujeito, diante do erro, supõe lícito o fato por ele cometido.

Retomando aos exemplos, na mesma situação jurídico-penal de o sujeito do caso do relógio, não vai se encontrar um sujeito que, ao dirigir um automóvel, venha cometer um erro de ordem técnica. O sujeito aqui comete um erro por negligência, respondendo, desta feita, por culpa, se lesão corporal, lesão corporal culposa. Desta feita, tem-se no erro de fato, a exclusão do dolo, quer evitável, quer inevitável, todavia, subsiste a culpa se prevista a modalidade culposa.

Antes de tecermos comentários acerca das formas de Erro de fato, mister se faz que consideremos o erro de fato e o delito putativo por erro de fato. Doutrinamente, o delito putativo possui três espécies: delito putativo por erro de proibição – caso das discriminantes putativas; o delito putativo por erro de tipo – constitui exemplo o dado por Damásio E. de Jesus: a mulher que, por achar que não se encontra grávida, ingere uma substância que provocaria o aborto. O fato de não se achar grávida constitui o erro de fato (tipo), ao passo que a sua ação de tentar o aborto, diante da inexistência da gravidez (essencial ao fato), vai determinar um comportamento indiferente à órbita jurídico-penal; e o delito putativo por obra do agente provocador (art. 17, § 2º), nesta

ocorrência, o erro é escusável para o agente imediato, respondendo por crime o terceiro que deu causa ao erro, isto é, o agente mediato, que responderá a título de dolo ou de culpa, dependendo da natureza subjetiva de sua provocação. Agora se encontrar o agente provocador numa situação invencível, claro que não responde por crime doloso nem culposo.

O Erro de Fato pode se apresentar sob a forma essencial e accidental. Assim, vai ocorrer o erro de fato essencial quando o erro incidir sobre os elementos ou as circunstâncias da figura típica; o erro de fato accidental, quando o erro incidir em dados não essenciais da figura típica. Por sua vez, o erro de fato essencial pode apresentar-se sob a forma: *vincível*, ou seja, não ensejar a desculpabilidade, porque, nessa situação, podia o sujeito impedir o erro por suas condições pessoais — logo exclui o dolo, mas não a culpa em sentido estrito, desde que houver a previsão da modalidade culposa; *invencível*, ou seja, erro de fato essencial não culpável nem a título de dolo, nem a título de culpa, porque qualquer outro homem, neste circunstancial, agiria da mesma forma.

O erro de fato accidental não beneficia o sujeito, tendo em vista que o sujeito aqui é sabedor de que se comporta ilicitamente. Um exemplo disso seria um sujeito que, para vingar-se de outro, mata, por engano, não a pessoa que ele queria matar, mas outra pessoa. O crime de homicídio existe independentemente deste erro accidental. Assim, o erro accidental pode incidir sobre: *uma coisa*: alguém furta um casaco de plástico pensando tratar-se de um casaco de pele o delito de furto está presente, porque o Direito tutela indistintamente a posse e a propriedade de qualquer coisa; *uma pessoa*: José pretende matar João que é irmão gêmeo de Jacó. José, por engano, mata Jacó. O crime de homicídio doloso existe diante deste erro de fato accidental, tendo em vista que o Direito tutela a vida do homem e não a de determinado homem; *a execução*: “A” pretende, com uma determinada ação, matar “B”. Mas, por erro accidental de execução, vem a matar “C” (art. 53 C. P. B.); no resultado diverso do pretendido pelo sujeito do crime (art. 54 C. P. B.), que se caracteriza por um erro ou por acidente nos meios de execução do delito, Damásio E. de Jesus mostra a posição de Costa e Silva e Aníbal Bruno: “A melhor doutrina, em nosso entender, é a que reconhece na *aberratio ictus*, a possibilidade de uma concorrência ideal de crimes: uma tentativa, quanto à pessoa alvejada (vítima virtual), ‘e um delito culposos, quanto à pessoa atingida’ (Costa e Silva); Uma análise mais penetrante do fato conduzirá, realmente, a distinguir duas ocorrências sucessivas: uma tentativa de homicídio, em relação à vítima virtual, a quem se dirigir o dolo direto do agente e que foi realmente alvejada, mas não atingido, e um homicídio culposos em relação à vítima efetiva, ‘que não figurou no momento psicológico da ação, que não foi alvejada, mas por imperícia do agente foi realmente atingido’” (Aníbal Bruno). (20)

3.3.2 – O Erro de Direito (Proibição)

O artigo 16 do Código Penal vigente assim preceitua: *A ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena*, o que vale dizer que a ninguém é dado desconhecer a lei, ou seja, tanto a ignorância quanto a errada compreensão da lei não constituem causas de exculpação da culpabilidade, princípio este defendido pelo legislador

por questão de política criminal. Inclusive autores há que são do posicionamento de que a lei deva ser presumida, ou que existe um "dever cívico" de conhecê-la.

A Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 é bem clara: "*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". Damásio de Jesus, mostra o posicionamento de Welzel: "A razão de Política Criminal, calcada no temor de absolvições em massa, não é suficiente. Como diz Welzel, '*carece de fundamentos a preocupação de que seu reconhecimento (reconhecimento de que o erro de direito aproveita) poderia induzir a escusas fáceis e dar lugar a absolvições injustas, pois só o erro de proibição inevitável exclui a punibilidade*'".(21)

Assim, a tese legal de que a ninguém é dado desconhecer a lei começou, com o correr dos anos, a ser debatida. Casos há, e muitos, em que a pessoa age de boa fé, quando não lhe é possível conhecer o direito atinente à espécie. Todavia, na legislação, continua perdurando a tese de inescusabilidade do desconhecimento do direito, muito embora já se tenha algumas manifestações jurisprudenciais com tendências mais humanizantes em certos casos.

Desta feita, faz-se imprescindível, no que diz respeito ao Erro de Direito, a questão do *desconhecimento da antijuridicidade*. Sem dúvida que a justificativa da irrelevância da antijuridicidade vem gerando doutrinas diversas. Asssim, a tese mais forte é aquela que defende o postulado de que a ineficácia da ignorância da antijuridicidade se justifica pelo princípio do imperativo conhecimento da lei. Assim, todo aquele que se eximisse do dever de conhecer a lei, não poderia invocar como escusa a sua ignorância da lei posição essa que se encontra clara em nosso Código Penal vigente. Mas, com muita oportunidade, Alcides Munhoz Netto, citando Petrocelli diz: "... justificando a inescusabilidade do erro sobre a proibição pela obrigatoriedade do conhecimento da lei, ilude-se mas não se resolve o problema. A obrigatoriedade do conhecimento mas é conhecimento. Se, não obstante, o conhecimento falta, surge novamente a dificuldade em estabelecer-se se há culpa pela desobediência a uma norma que não se conhece. É insuficiente afirmar que quem transcura o dever de conhecer a lei, assume o risco da própria ignorância a qual não poderá ser invocada como escusa. A responsabilidade decorrente do descuido em conhecer a lei não é a mesma que a responsabilidade uma consciente desobediência à lei conhecida." (22) — o que vale dizer que não pode incidir sobre uma mesma escla censurativa o sujeito que erra por ter preterido o conhecimento da lei, e aquele outro que erra, muito embora conheça a lei.

Assim, a ciência jurídica vem questionando a incompatibilidade entre o princípio da irrelevância do desconhecimento do injusto com a verdadeira natureza e fim do Direito. Alcides Munhoz Netto se reporta ao professor Everardo da Cunha Luna: "Se a segurança é fundante e a justiça fundado, o valor jurídico superior não é a segurança, mas a justiça. Ora, se a segurança é fundante e a justiça fundado, objeto da segurança é a justiça, isto é, o que se visa assegurar, antes de tudo, é o supremo valor da justiça. Segurança de outros valores com o sacrifício da justiça não é segurança jurídica, mesmo

que se trate de utilidade, porque não se pode definir a idéia do Direito sob o prisma da utilidade, a qual cede diante do conceito de uma vontade pura, meta ideal da sociedade juridicamente organizada”. (23)

Já a teoria finalista da ação coloca o conhecimento da antijuridicidade no campo da culpabilidade, ou seja, no juízo de censura. Ou seja, o fato de se alegar não conhecer o caráter ilícito de um determinado comportamento, vai se submeter à possibilidade atual e potencial do indivíduo frente ao fato, levando sempre em conta de que não há crime sem culpa.

Quando se atenta para o fato de que existe diferenças de significado entre erro e ignorância, o art. 16 do código penal vigente (*A ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem da pena*), passa, então, a definir as seguintes situações: o sujeito comete um erro por ignorar a lei, preterindo, talvez, o dever obrigatório de conhecê-la; o sujeito comete um erro por conhecer erroneamente a lei, interpretando-a de maneira errada. Claro que se trata de situações diversas, e, portanto, ensejadoras, na órbita jurídica, de responsabilidades também diversas.

Acima de tudo porque a *consciência da ilicitude* que se exige do agente do crime é “. . . que cada um reflita sobre os valores ético-sociais fundamentais da vida comunitária de seu próprio meio, ou no dizer de Mezger ‘uma valoração paralela do agente na esfera do profano’” (24), o que vale dizer que todo homem normal tem um potencial capaz de entender que matar, falsificar, violentar, perturbar, etc, constituem fatos tradicionalmente ofensivos.

3.3.2.1 – Erro de Direito (Proibição) Inescusável (Evitável) e Erro de Direito (Proibição) Escusável (Inevitável)

A posição doutrinária e legal de que o erro e a ignorância da lei não escusam a culpabilidade vem dando causa a posicionamentos diversos. Entende-se, a princípio, que a inevitabilidade e a evitabilidade correspondem respectivamente à desculpabilidade e à indesculpabilidade. Assim, para os aplicadores da lei, constitui tarefa difícil fixar limites da escusabilidade do erro.

Alcides Munhoz Netto, citando Welsel e R. Maurach, se posicionou a respeito dessa questão: “A apreciação da escusabilidade do erro de proibição deve, assim, obedecer às regras referentes à imprudência jurídico-penal. O erro será reprovável ao autor, só e na medida em que podia ele aperceber-se da antijuridicidade, através de reflexão própria, acerca dos valores ético-sociais da vida comunitária de seu meio. É preciso, em suma, que o autor, em sua individualidade, pudesse prever a ilicitude, segundo sua capacidade de conhecimento e que não haja infringido especiais deveres da informação ou esclarecimento”. (25)

Doutrinamente, tem-se aceito os seguintes casos com incidência no Erro de Direito: o erro de direito ou a ignorância da lei, ou seja, o sujeito conhece o seu ato, todavia não conhece a norma jurídica que regula o seu ato, ou a conhece incorretamente; o sujeito supõe erradamente encontrar-se diante de uma excludente de ilicitude não reconhecida juridicamente; e, ainda, o sujeito supõe erradamente a ocorrência de uma excludente da ilicitude (caso das descrimantes putativas).

3.4 – Do Erro no Anteprojeto de 1981

Na parte referente ao crime, ou seja, no Título II daquele documento, a maior incidência de modificação ocorreu nos dispositivos que regulam o *erro*. Assim, o problema do erro é um dos pontos principais no enfoque dado pela comissão ministerial, valendo ressaltar que esta comissão tem uma posição dogmática, ou seja, a de que não existe diferença básica entre erro de fato (tipo) e erro de direito (proibição), o que não coincide com o Código Penal vigente, onde o erro de fato é relevante e o erro de direito não o é. Assim, o que conta é o caráter da inevitabilidade do erro, ou seja, tanto o erro que incide sobre o tipo quanto o que incide sobre a ilicitude são passíveis de serem absolvidos (artigos 20 e 21 do referido documento) desde que inevitáveis, solução esta que encontra convergência no Direito Penal da Culpa. O que vale dizer que, desde que o erro for evitável, vai o sujeito responder pela culpa, se o crime foi previsto na sua modalidade culposa – é uma culpa por erro de direito que obriga o juiz a punir não com a pena do crime culposo, mas com a pena do crime doloso atenuada. É esta a doutrina esposada pelo anteprojeto.

Há de se ressaltar que o conceito de *evitabilidade* do erro encontra-se inserido no parágrafo único do art. 21 do Anteprojeto. Inclusive, este mesmo dispositivo faz referência ao termo *ilicitude* (lei civil), ao invés de *antijuridicidade* (lei penal), numa tentativa de unificação do termo.

Este documento, ao contrário do Código Penal vigente, regula o excesso punível a todas as causas de exclusão da antijuridicidade. É o que se vê no parágrafo único do art. 23: *o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo (ou seja, em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício de direito), responderá pelo excesso doloso ou culposo*. O caráter aqui é inovador, tendo em vista que o Código Penal de 1940 regula o excesso culposo apenas para a excludente de antijuridicidade legítima defesa, que, por sinal, não sofre modificação na sua conceituação, como se depreende do art. 25 do Anteprojeto.

Uma outra observação a ser feita nesta parte do Anteprojeto, diz respeito ao Erro sobre a Ilicitude do Fato. Assim preceitua o art. 21 do referido documento: *O conhecimento das leis vigentes presume-se em relação a todos. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá atenuá-la*. Ora, ao se comparar este dispositivo com o art. 16 do Código Penal de 1940 (*A ignorância ou a errada compreensão da lei não exime da pena*), depreende-se o seguinte: na primeira parte daquele artigo, houve uma eufemização da imposição do texto legal: *presume-se* ao invés de *não eximem*. Todavia, a idéia de que a ninguém é dado desconhecer a lei continua ainda latente no texto do dispositivo. No que diz respeito à segunda parte do dispositivo em questão (art. 21 do Anteprojeto), indubitavelmente que houve, face ao dispositivo pertinente na lei penal vigente, inovação, quando se atenta para o fato de a *evitabilidade* do erro sobre a ilicitude do fato.

CONCLUSÃO

Tendo em vista ser o Direito um fato e uma valoração, há de se concluir que, em cada norma, existe um fato, e, para cada fato, há uma norma. Desta feita, há de se fa-

zer uma distinção mental, todavia, não uma separação na ordem da realidade. Sem dúvida que a existente dicotomia Erro de Fato (Tipo) e Erro de Direito (Proibição) prevista em lei vem dando causa a sérios entraves para a práxis do Direito.

Entendido o Direito como fato e valoração, pode-se concluir perfeitamente que, em cada erro de fato, existe um erro de direito, pois o Direito não existe sem o fato. Diante de todas essas razões, o professor Everardo da Cunha Luna defende a posição de se "unificar Erro de Fato de Fato e Erro de Direito para efeitos punitivos", tendo em vista que o Direito não existe estancamente no fato ou na norma, mas de fato e norma concomitantemente.

E a diferença entre Erro de Fato e Erro de Direito consiste em o *ERRO DE DIREITO* (Proibição envolver o *ERRO DE FATO* (Tipo), ao passo que o Erro de Fato (Tipo) é o erro que incide sobre o elemento do fato que constitui o crime. Por outro lado, o fato que constitui o crime contém elementos propriamente do fato *empíricos* e elementos *valorativos*, ou seja, elementos que estão dentro do fato. Assim, na posição do professor Everardo da Cunha Luna, como na realidade jurídica não existe elementos puramente fáticos, há de se atribuir aos elementos *empíricos* uma Valoração de Primeiro Grau, enquanto os elementos *valorativos* figurariam como uma Valoração de Segundo Grau, elementos *valorativos* esses que compreendem, por sua vez, os elementos *culturais* de um povo e os elementos *normativos*, que são aqueles valorados pelo Direito.

Mas há de se ressaltar que essa valoração não constitui um critério matemático, mas uma posição passível de transformação, tendo em vista que espelha a cultura de uma sociedade (portanto, mutável) e, ainda, os valores acolhidos pelo Direito. Sob esse ângulo, num fato, tem-se o empírico e a incidência do valorativo. Daí a tese esposada pelo professor Everardo da Cunha Luna, no sentido de se unificar o Erro de Fato e o Erro de Direito para fins punitivos.

A irrelevância do erro ou da ignorância da lei, que encontra razão na obrigatoriedade do conhecimento da lei, deve, necessariamente, receber um tratamento diferente do até então recebido, quando se atenta para a seguinte realidade: a crescente tendência do número de leis (grande problema por sinal) é um fato que não enseja a nenhum homem estudioso do Direito, muito menos ao home leigo, a possibilidade de se familiarizar com todas as leis; ademais, o fato de se incidir em erro na órbita jurídica, pelo fato de não se conhecer a lei, ou de se ter um conhecimento errôneo da lei, ou, até mesmo, de se errar, muito embora se conheça a lei, necessita de critérios de julgamento diferentes para cada caso em particular.

Por outro lado, será que não seria compatível com as necessidades de uma Política Criminal, uma posição que viesse escusar essa irrelevância para o Erro de Direito? Ainda bem que as posições doutrinárias demonstram que o Erro de Direito é passível de sofrer limites, graduações, tem a sua dimensão. Mas a questão do Erro de Direito ensejará posições justas somente quando norteada pelo princípio sempre justo de que **NÃO HÁ CRIME SEM CULPA**.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 – *Anotações pessoais sobre a palestra que versou sobre o tema DO ERRO, proferida pelo prof. Everardo da Cunha Luna, no dia 04/10/81, em sala de aula do Curso de Especialização em Direito Penal da UFG.*
- 2 – ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL DE 1981.
- 3 – CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. São Paulo, Sugestões Literárias, 1980.
- 4 – CÓDIGO PENAL BRASILEIRO DE 1940. 7 ed. São Paulo, Sugestões Literárias, 1978.
- 5 – JESUS, Damásio E. de – Direito penal, 3 ed. São Paulo, Saraiva, 1978.
- 6 – MUNHOZ NETTO, Alcides – A ignorância da antijuridicidade em matéria penal. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- 7 – “O Erro de Direito, o Concurso de Pessoas, no Anteprojeto de Código Penal” – conferência feita pelo prof. Everardo da Cunha Luna quando do “Seminário sobre a Reforma Penal, na UFG.
- 8 – TOLEDO, Francisco de Assis – O erro no direito penal. São Paulo, Saraiva, 1977.