

DO ERRO DE TIPO E DO ERRO DE PROIBIÇÃO

Autor: Yuri de Oliveira Pinheiro Valente

E-mail: yurivalente@pop.com.br

INTRODUÇÃO

O estudo sobre o Erro de Tipo e o Erro de Proibição configura opção inteligente de alvo a ser deslindado.

Procuramos, neste trabalho, clarear o que aos olhos dos outros possa parecer complexo, mormente, por se tratar de temática recheada de argutos textos no universo doutrinário poucos, porém, se destacássemos sua importância.

A pesquisa tratará do Erro de Tipo e do Erro de Proibição sob a análise do Código Penal pátrio sendo dado respaldo à teoria do erro no plano sociológico-penal, isto é, a relevância social do erro penal embora devamos ressaltar que, não nos furtaremos ao estudo comparado, pela lógica relação do erro penal com as teorias da conduta ou da ação, e da culpabilidade de origem alienígena.

Problemas foram traçados com o escopo único de estabelecer diretrizes ao nosso estudo como, se fizesse uma trilha para uma construção futura, de larga estrada.

Inicialmente procuraremos conceituar as formas de erro tendo por embasamento a análise histórica das teorias da conduta e da culpabilidade levando a uma distinção segura e não a uma simples conceituação vazia.

De uma conceituação já firmada procuraremos distinguir os Erros Penais colocando cada um em seu campo próprio.

Desta disposição preludiana daremos início à busca de respostas às indagações mais complexas existentes como, por exemplo, se há ou não, possibilidade de Discriminante Putativa por Erro de Proibição.

Nossa prioridade será a de estabelecer liame lógico-dedutivo entre o exposto no início até o último capítulo de forma a não deixar nada perdido no bojo de nossa pesquisa evitando a causação de uma “emaranhado de pensamentos”.

Aqui, mais do que nunca, corroboramos o pensamento de que o Direito Penal é mais do que um ramo do Direito seja como ciência, norma, faculdade, valor ou nomenclatura inovatória, mas, sim, como reflexo de uma arte construída ao longo da história.

1 – DA ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Não é pacífico ou claro no mundo jurídico a origem tanto do Erro de Tipo como do Erro de Proibição embora saibamos que ambos os institutos advieram da evolução dos estudos da culpabilidade (o que envolve as teorias psicológica, psicológica-normativa e normativa pura), e da ação ou conduta (abrangendo estas as teorias naturalista ou causal e, a finalista da ação).

Defendem alguns autores que o objeto de nosso estudo adveio do que outrora fora chamado de Erro de Fato e Erro de Direito, porém, há de se asseverar que tais formas de Erro Penal são frutos da evolução gradativa das teorias da culpabilidade e da conduta supracitadas ratificando nosso entendimento exposto alhures, pois seria limitar a origem do homem a nossos avós posicionamento contrário.

No campo da conduta cinco teorias se perfazem refletindo todo um progresso na área jurídico-penal. Sumariamente são elas: naturalista ou causal; neoclássica ou neokantista; finalista da ação; social da ação e funcional.

1.1-EVOLUÇÃO DOGMÁTICO-PENAL DAS TEORIAS DA CONDUTA

a) Naturalista ou Causal.

Esta teoria surgiu num momento em que o positivismo imperava alcançando o século XIX e início do século XX. Representou um avanço em face ao sistema passado destituído de normas onde imperava o costume local e as vontades aleatórias de um déspota.

Para os naturalistas, crime seria somente o que a lei definisse como tal, ou seja, conforme rezasse o seu tipo. Este, por seu turno, da causação objetiva de um evento definido como um crime verificada com as leis físicas de causa e efeito fazendo com que a conduta fosse definida como uma simples exteriorização de movimento ou abstenção de comportamento, desprovida de qualquer finalidade.

b) Corrente Neoclássica ou Neokantista.

Defendida por Edmund Mezger em 1915 que identificou tipos penais que exigiam expressamente a finalidade do agente, encontrando também, elementos normativos no bojo do tipo penal.

A vontade, o dolo e a culpa, passam a integrar ao tipo diferentemente da teoria causal onde os elementos subjetivos integram a culpabilidade.

Desta corrente abriu-se caminho para a elaboração da Teoria Finalista da Ação.

c) Teoria Finalista da Ação.

Ocorreu no final da década de 20 e início da década de 30 tendo em Hans Welzel seu maior defensor.

Prega a Teoria Finalista da Ação que a conduta é realizada em busca de uma finalidade previamente definida.

Toledo¹ resumiu da seguinte forma a Teoria Finalista da Ação:

Assim é que o homem, com base no conhecimento causal, que lhe é dado pela experiência, pode prever as possíveis conseqüências de sua conduta, bem como estabelecer diferentes fins e orientar sua atividade para a consecução desses mesmos fins e objetivos. A finalidade é, pois vidente; a causalidade cega. E nisso reside, precisamente, a grande

¹ TOLEDO. Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. p.97.

diferença entre o conceito clássico causal da ação e o novo conceito finalista. No primeiro, a ação humana, depois de desencadeada, é considerada, em sentido inverso, como algo que se depreendeu do agente para causar modificações no mundo exterior. No segundo, é ela considerada, em sentido inverso, como algo que se realiza de modo orientado pelo fim antecipado na mente do agente. É uma causalidade dirigida.

d) Teoria Social da Ação.

Defendida por Welzel propõe que um fato considerado normal, correto, adequado e justo pela coletividade não pode ao mesmo tempo produzir algum mal a essa coletividade por isso, ainda que seja enquadrável como tipo incriminador não poderá ser considerado típico.

Maximiliano² reproduzindo o pensamento em enfoque assim exteriorizou: “*saber as leis não é conhecer as palavras, e sim sua força e poder*”.

Essa teoria não logrou êxito, pois seria possível chegar à finalidade ora proposta pelo ordenamento então presente, levando, o próprio Jescheck, a reconhecer que o ordenamento jurídico já previa o exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal.

e) Teoria Funcional.

Teve início na década de 70 com os penalistas alemães que defendiam a flexibilização do Direito Penal tentando submeter o rigor dogmático penal aos fins da ciência penal. Deste escopo deu-se margem a duas concepções defendidas, respectivamente, por Claus Roxin, que sustentava que se deve partir da premissa de que um moderno sistema de direito penal deve estar estruturado para atender as finalidades valorativas e, por Jachobs defendendo que a função da norma é a reafirmação do direito.

1.2-EVOLUÇÃO DOGMÁTICO-PENAL DAS TEORIAS DA CULPABILIDADE.

Saindo do estudo da conduta e adentrando a culpabilidade temos as teorias psicológica, psicológica-normativa ou normativa da culpabilidade e normativa pura da culpabilidade levando à divisão da última nas teorias extremada ou estrita da culpabilidade e limitada da culpabilidade.

a) Psicológica

Surge com nitidez no sistema causal naturalista da Ação preconizada por Von Liszt e Beling e refletia a situação dogmática na Alemanha por volta de 1900.

A culpabilidade é exposta como um liame psicológico que se estabelece entre a conduta e o resultado através do dolo e da culpa que são suas espécies.

b) Psicológico-Normativa ou Normativa da Culpabilidade.

Criada por Reinhard Frank em 1907 visa a teoria algo mais além do que elementos subjetivos e imputabilidade.

² MAXIMILIANO. Carlos. apud. Fernando Capez. Curso de Direito Penal. p. 122.

Aqui, no dizer de Damázio³:

[...] a culpabilidade não é só um liame psicológico entre o autor e o fato, ou entre o agente e o resultado, mas sim um juízo de valoração a respeito de um fato doloso (psicológico) ou culposo (normativo).

Importante, observar que esta teoria já se encontra em consonância com a Teoria Finalista da Ação.

c) Normativa Pura da Culpabilidade.

Teve sua gênese com a Teoria Finalista da Ação (década de 30) onde Hartmann e Graf Zu Dohna figuraram como precursores de Welzel. Este, verificando que a intenção é elemento essencial da ação e que tanto o dolo como a culpa integram a conduta concluiu que a culpabilidade passaria a ser puramente valorativa, ou seja, puro juízo de reprovação.

➤ *Estrita ou Extremada da Culpabilidade e Limitada da Culpabilidade.*

Ambas são derivações da Teoria Normativa Pura da Culpabilidade e divergem apenas quanto ao tratamento das discriminantes putativas.

Para a Teoria Extremada toda espécie de discriminante putativa (Erro de Tipo ou de Proibição) é sempre tratada como Erro de Proibição já para a Teoria Limitada o erro que recai sobre uma situação de fato é Erro de Tipo enquanto o que incide sobre a existência ou limites de uma causa de justificação é Erro de Proibição.

Como se observa houve uma evolução gradativa e também concomitante entre o que fosse ação ou conduta e culpabilidade e seus elementos atingindo de forma direta o dolo, a culpa e o tipo penal e, de forma indireta o erro penal. Por isso afirmamos que tanto o Erro de Tipo como o Erro de Proibição, nasceram da evolução sócio-jurídico-penal.

1.3-CONCEITO DE ERRO DE TIPO

Por termos que aqui trazer lições esclarecedoras sobre o Erro Penal, optamos por usar da expressão “conceito” neste tópico ao invés de “definição” pois este traz a idéia de ponto pacífico aparte de juízos valorativos pessoais como ocorre nos “conceitos” o que, como sabemos, são poucas se não inexistentes tais acepções no mundo jurídico, quanto mais no que tange ao estudo do Erro de Tipo e do Erro de Proibição.

Damázio⁴ nos traz um conceito complexo de Erro de Tipo:

O que incide sobre os elementos ou circunstâncias da figura típica, sobre os pressupostos de fato de uma causa de justificação ou dados secundários da norma penal incriminadora. É o que faz o sujeito supor a ausência de elemento ou circunstância da figura típica incriminadora ou a presença de requisitos da norma permissiva.

³ JESUS. Damázio E. Direito Penal. v.1 p.459

⁴ op. cit. p.305

Nosso Código Penal trouxe em seu artigo 20, *caput*, 1ª parte uma singela conceituação de Erro de Tipo ao rezar que é o erro do agente que recai sobre “*elemento constitutivo do tipo legal de crime*”.

Muitos outros conceitos poderiam ser trazidos à baila e ainda classificados em sentido amplo ou restrito, simples ou complexo entre outros, porém, cabe agora desfazer a freqüente confusão entre o Erro de Tipo e Erro de Fato.

Luiz Flávio Gomes⁵, citando diversos autores, diferencia do seguinte modo institutos semelhantes, porém, não idênticos:

O erro de tipo não possui o mesmo significado que o erro de fato. Erro de fato é o erro do agente que recai puramente sobre situação fática; já o erro de tipo recai não só sobre os requisitos os elementos fático-descritivos do tipo (que para serem conhecidos não necessitam de nenhum juízo de valor – por exemplo: filho, no art. 123; gestante, no art. 125; mulher, no art. 213 etc.) – como também sobre requisitos jurídico-normativos do tipo (que para serem conhecidos necessitam de juízo de valor – por exemplo: coisa alheia, no art. 155; documento público, no art. 297; mulher honesta, no art. 219 etc).

Podemos, portanto, concluir que o Erro de Tipo é o instituto jurídico-penal que, incidindo sobre elementos constitutivos do tipo penal (circunstâncias, elementares ou, nas qualificadoras) recebendo classificação, conforme veremos, de acordo com qual elemento é atingido pelo vício.

Seus efeitos divergem do Erro de Fato por ser aquele mais amplo do que este, uma vez que no segundo não caberá juízo valorativo ao revés do que ocorre no primeiro.

1.4-CONCEITO DE ERRO DE PROIBIÇÃO.

Seguindo as diretrizes expostas sobre Erro de Tipo, no que concerne ao binômio “conceito-definição” aplicar-se-á igualmente ao Erro de Proibição.

Luiz Flávio Gomes⁶, citando Wessels, dissertou da seguinte forma:

Erro de proibição, em suma, é erro do agente que recai sobre a ilicitude do fato (CP, art. 21), isto é, o agente que supõe que sua conduta é permitida pelo Direito quando, na verdade, é proibida “aqui o autor sabe o que faz tipicamente, mas supõe de modo errôneo que isto era permitido”.

O mesmo autor, citando Jiménez de Asúa, assim dissertou:

Erro de Direito, de outro lado, é o erro do agente que recai sobre a obrigação de respeitar a norma por ignorância da antijuridicidade de sua conduta, baseada no desconhecimento da lei penal que proíbe ou que ordena agir, ou sem ignorá-la absolutamente, dela só tem notícia imperfeita que o conduz a uma apreciação falsa.

⁵ GOMES. Luiz Flávio Gomes. Erro de Tipo e Erro de Proibição. p.118

⁶Ob.cit.p.140

E conclui o doutrinador do seguinte modo:

Verifica-se no último conceito, a confusão que era feita entre “ignorância da lei” (que tem por objeto a lei formal) e o erro de proibição (que tem por objeto a consciência da ilicitude).

Como se observa, é clara a dicotomia existente entre a Ignorância da Lei e o Erro de Proibição. O professor Celso Delmanto⁷, assim comentou:

O caput do art. 21 inicia-se com a declaração de que o desconhecimento da lei é inescusável. Obedece, assim ao princípio da inescusabilidade do desconhecimento formal da lei que é indispensável sob riscos das leis não serem obedecidas. Em seguida, porém, preceitua a respeito do erro sobre a ilicitude do fato (erro de proibição) e indica a sua relevância. Explica-se a diferença: se por um lado ninguém pode ignorar a existência formal da lei (que proíbe matar, furtar etc), pode faltar ao sujeito o potencial conhecimento da proibição contida levando-o a atuar com desconhecimento do injusto. Este é o erro de proibição, que incide na ilicitude do fato. Portanto, para o CP são diferentes em suas essências e efeitos do desconhecimentos da lei e sua errônea compreensão (erro de proibição).

2-DIFERENÇAS ENTRE O ERRO DE TIPO E O ERRO DE PROIBIÇÃO.

Dentro do estudo do erro penal fácil nos é, pelo já exposto, apontarmos diferenças entre suas espécies, haja vista que o Erro de Tipo é objeto de estudo da conduta e, o Erro de Proibição, da culpabilidade, mais precisamente de um de seus elementos qual seja, a potencial consciência da ilicitude.

Quanto aos efeitos, torna-se despidendo ratificar flagrante distinção pelo que já nos dispõe o próprio ordenamento penal pátrio, que explicita a situação do sujeito ativo da prática delitativa, que ao incidir em Erro de Tipo tenha por excluído tanto o dolo quanto a culpa, no caso de inevitabilidade do erro ou, somente, o dolo, subsistindo a culpa, quando evitável. Já, para o Erro de Proibição, sendo a conduta escusável (ou invencível) excluir-se-á a culpabilidade e, sendo inescusável (ou vencível) subsistirá a culpabilidade, tendo a pena atenuada.

Muito se discute se a culpabilidade é elemento integrante do crime ou constitui somente pressuposto de pena. Independente desta celeuma doutrinária, temos que, qualquer destas posições, não atingirá, num contexto prático, quaisquer dos efeitos supracitados alhures pois não alcançará o Erro de Tipo que não envolve a culpabilidade e, quanto ao Erro de Proibição, não lhe será dada punibilidade ou sendo, será atenuada. Como se percebe, a diferença se dará no mundo das teses, pois para aqueles que vêem a culpabilidade como pressuposto de pena haverá mera exclusão da punição ou seu abrandamento enquanto, para os que a vislumbram como elemento constitutivo do crime, teremos a exclusão do crime ou, sua punição atenuada.

⁷ DELMANTO. Celso. Código Penal Comentado. p.39

Com a propriedade que lhe é peculiar, Capez⁸ trouxe a lume a seguinte distinção entre as duas formas de erro jurídico-penal:

[...] no erro tipo, o agente tem uma visão distorcida da realidade, não vislumbrando na situação que se lhe apresenta a existência de fatos descritos no tipo como elementares ou circunstâncias. É o caso do sujeito que pensa que a carteira de outrem lhe pertence, ante a semelhança entre ambas, desconhecendo estar subtraindo coisa alheia. É o do caçador que acerta as costas de homem gordo, imaginando tratar-se de um tronco, ou o do ladrão que subtrai uma corrente dourada supondo-a de ouro. Em todos esses casos o equívoco incidiu sobre a realidade e não sobre a interpretação que o agente fazia da norma, impedindo o autor de saber que estava cometendo um crime./ No erro de proibição, ao contrário, há uma perfeita noção acerca de tudo que está se passando. O sujeito conhece toda a situação fática, sem que haja distorção da realidade. Ele sabe que a carteira pertence a outrem, que está atirando contra as costas de um homem, que um certo objeto é de ouro e assim por diante. Seu equívoco incide sobre o que lhe é permitido fazer diante daquela situação, ou seja, se é lícito retirar a carteira pertencente a outra pessoa, atirar nas costas de um homem etc. Há, por conseguinte uma perfeita compreensão da situação de fato e uma errada apreciação sobre a injustiça que faz. Nesse aspecto reside sua principal distinção com o erro de tipo.

3-CLASSIFICAÇÃO DOS ERROS PENAIS.

Adentramos agora, a estágio de fundamental importância, a classificação do Erro de Tipo e do Erro de Proibição.

A classificação ideal é a que enfeixa as várias categorias em compartimentos estanques, que não se confundem umas com as outras e que se afastam de tal maneira que não tem similitudes, isolando-se, assim sua compreensão⁹.

Como lembra Sílvio Rodrigues¹⁰, “se a classificação é importante para estabelecer o estudo de um fenômeno, torna-se quase indispensável, quando se têm em mira fins didáticos”.

3.1-CLASSIFICAÇÃO DO ERRO DE TIPO.

O Erro de Tipo se apresenta sob duas formas: essencial; e acidental. A primeira versa sobre as elementares ou circunstâncias ao passo que a segunda alcança dados secundários da figura típica.

a) Do Erro de Tipo Essencial

Com o advento da Teoria Finalista da Ação e a comprovação de que o dolo integra a conduta, chegou-se à conclusão de que a vontade do agente deve abranger todos os elementos constitutivos do tipo. Desejar, portanto, a prática de um crime nada

⁸ CAPEZ. Fernando. Curso de Direito Penal. p.290

⁹ VENOSA. Sílvio de Salvo. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. p.350

¹⁰ RODRIGUES. Sílvio. Direito Civil v.3 p.27. 1981.

mais é do que ter a consciência e a vontade de realizar todos os elementos que compõe o tipo legal. Nessa linha, o Erro de Tipo Essencial ou impede o agente de saber que está praticando o crime, quando o equívoco incide sobre elementar, ou de perceber a existência de uma circunstância. Daí o nome erro essencial: “*incide de tal importância para o tipo que, se o erro não existisse, o agente não teria cometido o crime, ou, pelo menos, não naquelas circunstâncias*”¹¹.

Varejão¹² conclui que o Erro de Tipo Essencial:

[...] é aquele que recai sobre qualquer delito que seja essencial a sua subsistência; o agente atua sem ter o elemento cognitivo do dolo, por isso ocorre a exclusão deste. Por outro lado, se permite a punição do agente pela modalidade culposa, quando prevista em lei, já que não se altera a essência do tipo subjetivo nem se interfere na caracterização da culpabilidade. É exemplo elucidativo alguém que, querendo matar o cachorro incomodo do vizinho vem a assassinar o filho deste, movido por erro decorrente da falta de luminosidade. Ocorre aqui Erro de Tipo concernente ao elemento cognitivo do dolo, pois o agente não possuía o conhecimento de que estava a agir contra uma criança, “alguém”, elemento essencial ao delito de homicídio, que não é alcançado pela intenção do sujeito ativo

Assim, o Erro de Tipo Essencial assume o condão de impossibilitar a compreensão do agente do caráter criminoso do fato ou de conhecer a circunstância.

Nele faz-se mister observarmos a existência de duas espécies: invencível ou escusável; e vencível ou inescusável que produzirão, cada qual, seus efeitos.

A expressão invencível significa inevitável, desculpável ou escusável trazendo a idéia de que a conduta realizada pelo autor se deu num momento em que não se poderia evitar. Já, o vocábulo, vencível traz a idéia de evitabilidade, de indesculpável ou inescusável o que, ao contrário da forma anterior, significa que a conduta realizada poderia ter sido evitada.

Mas como saber se a conduta poderia ou não ser evitada?

Busca-se através de uma análise, no mundo das hipóteses, colocar um indivíduo mediano que, no dizer do Professor Miguel Batista de Siqueira¹³, “*não seja nem um gênio e nem uma besta*”, questionando-o se agiria conforme o autor agiu. Faz-se assim, um juízo se o autor teria ou não como agir de outro modo se empregasse o cuidado objetivo necessário.

E quais seriam os efeitos que diferenciariam o Erro de Tipo Essencial Evitável, do Inevitável?

¹¹ CAPEZ. Fernando. Curso de Direito Penal p.201

¹² VAREJÃO. José Ricardo do Nascimento. Artigo O Garantidor e o Erro Jurídico-Penal www.oneofito.com.br

¹³ BATISTA DE SIQUEIRA. Miguel. Professor no Curso de Graduação de Direito da Universidade Católica de Goiás.

A resposta a esta indagação vem assim prevista no *caput* do artigo 20 do Código Penal Brasileiro:

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

Analisando o dispositivo legal supramencionado o professor Damázio¹⁴ prelecionou:

O erro essencial invencível exclui o dolo e a culpa. Na verdade, não há propriamente “exclusão” de dolo e culpa. Quando incidente o erro de tipo essencial invencível, o sujeito não age dolosa ou culposamente. Daí não responder por crime doloso ou culposo. / O erro essencial vencível exclui o dolo, mas não a culpa, desde que previsto em lei o crime culposo. / No exemplo do caçador que atira no amigo supondo tratar-se de animal bravo podem ocorrer duas hipóteses: a) tratando-se de erro de tipo essencial invencível, não responde por crime de homicídio doloso ou culposo. Provando-se que qualquer pessoa, nas condições em que se viu envolvido, teria a mesma suposição, qual seja, que se tratava, de animal bravo, há exclusão do dolo e da culpa aplicando o disposto no art. 20, caput, 1ª parte. b) tratando-se de erro de tipo essencial vencível, não responde por crime de homicídio doloso, mas sim por crime de homicídio culposo. Provando-se que qualquer pessoa nas condições em que o caçador se viu envolvido, empregando a diligência ordinária exigida pela ordem jurídica, não incidirá em erro, isto é, não faria a leviana suposição de tratar-se de animal bravo, há exclusão do dolo, mas não da culpa. É o que neste caso o erro resultou de desatenção, levandade, negligência do sujeito, pelo que deve responder pelo fato culposo, nos termos do que dispõe o art. 20, caput, 2ª parte.

Há de se atentar para o Erro Essencial que recaia sobre uma circunstância desconhecida excluindo-a como, no exemplo citado por Capez¹⁵ onde o agente pretende praticar o furto de um objeto de grande valor, uma obra de arte raríssima, mas, por erro, acaba levando uma imitação de valor insignificante, não podendo, portanto, valer-se do privilégio do §2º do artigo 155:

Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

(Grifo Nosso).

b) Do Erro de Tipo Acidental

[...] diz-se acidental o erro do agente que recai ou sobre o objeto material da infração (error in persona e error in objecto) ou sobre o seu modo de execução (aberratio ictus e aberratio criminis), ou sobre o nexa causal (aberratio causae ou dolo geral)¹⁶.

¹⁴ Op. cit. p.309

¹⁵ op. cit. p.201

¹⁶ GOMES. Luiz Flávio. Erro de Tipo e Erro de Proibição.p.99

Aqui o agente sabe perfeitamente que está cometendo um crime. Por essa razão, é um erro que não traz qualquer consequência jurídica pois o agente responde pelo crime como se não houvesse erro.

Zaffaroni¹⁷ denomina as hipóteses de Erro Acidental como:

[...] casos particulares de erro de tipo sobre a causalidade e o resultado. (...) Os pequenos desvios que o acontecer tenha físico tenha com a programação constituem o que se denomina erro não essencial, que é penalmente irrelevante.

Dentro do Erro de Tipo chamado acidental temos cinco espécies a qual passaremos a analisar minuciosamente.

➤ *Erro Sobre o Objeto (Error In Objecto)*

O objeto de um crime para o Direito Penal será a pessoa ou coisa sobre a qual incide ou recai a conduta do autor do fato delitual. Para o estudo do *error in objecto* faz-se mister restringir o conceito de objeto a única e exclusivamente à coisa.

*Há erro sobre objeto quando o sujeito supõe que sua conduta recai sobre determinada coisa, sendo que na realidade, ela incide sobre outra*¹⁸.

Como bem observa Capez¹⁹:

Tal erro é absolutamente irrelevante, na medida em que não traz qualquer consequência jurídica. Ex.: o agente, em vez de furtar café, subtrai feijão. Responde pelo mesmo crime, pois seu erro não o impediu de saber que cometia ilícito contra a propriedade.

Porém, o próprio autor ressalva:

[...] se a coisa estiver descrita como elementar do tipo, o erro será essencial. No exemplo dado tanto o café quanto o feijão constituem elementares do crime de furto, ou seja, coisa alheia móvel, não tendo a menor importância a distinção. É furto de qualquer maneira. Se o agente, porém, confunde cocaína com talco, tal erro é essencial pois, enquanto aquela é elementar do crime de tráfico este não é. No caso do furto, se houvesse uma grande diferença de valor entre os produtos, o erro também passaria a ser essencial, pois o pequeno valor da res furtiva é considerado circunstância privilegiadora do crime de furto.

➤ *Erro Sobre a Pessoa (Error In Persona)*

O legislador disciplinou o *error in persona* no artigo 20, §3º do Código Penal Brasileiro levando à conclusão de que não há exclusão da tipicidade do fato: “O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena”.

¹⁷ ZAFFARONI. Teoria Del Delito. Buenos Aires, 1973. p.279. Manual de Derecho Penal. parte geral 2ª ed. Buenos Aires

¹⁸ JESUS. Damázio E. Direito Penal. v.1. p.317

¹⁹ op. cit. p. 209

Assim ocorre o erro sobre a pessoa quando há um erro na representação mental do agente, que atinge uma pessoa supondo tratar-se da pretensa vítima. Citando explanação de Capez²⁰ “o sujeito pensa que ‘A’ é ‘B’”.

A doutrina aponta a existência de duas vítimas para a situação sob exame, a real ou efetiva sendo esta o terceiro inocente e, a virtual esta entendida como a pessoa que o agente queria atingir, e não, as efetivamente atingidas.

No § 3º do artigo 20 do Código Penal Brasileiro em sua segunda parte temos:

Não se consideram, neste caso as condições ou qualidades da vítima, senão as de pessoas contra quem o agente queria praticar o crime.

Explicando o dispositivo legal supracitado o professor Damázio²¹ assim comentou:

[...]. Significa que no tocante ao crime cometido pelo sujeito não devem ser considerados os danos subjetivos da vítima efetiva, mas sim esses danos em relação à vítima virtual (que o agente pretende ofender). Exs.:

1º) O agente cometer homicídio contra Pedro. Coloca-se de atalaia e, pressentindo a aproximação de um vulto e supondo tratar-se da vítima, atira e vem a matar o próprio pai. Sobre o fato não incide a agravante genérica prevista no art. 61, II, e, 1ª figura (ter cometido o crime contra ascendente).

2º) O agente pretende praticar um homicídio contra o próprio irmão. Põe-se de emboscada e, percebendo a aproximação de um vulto e o tomando pelo irmão, efetua disparos vindo a matar um terceiro. Sobre o fato incide a agravante genérica do art. 61, II, e 3ª figura do C.P. (ter cometido o crime contra irmão).

Observe-se que assim como o Erro Sobre o Objeto, o erro sobre a pessoa também é apontado como irrelevante, uma vez que a norma penal não discrimina ou especifica pessoa certa ou determinada, mas descreve a conduta típica punível de forma abstrata que, no caso acima é explicitada através da palavra “pessoa”. Esta posição se apresenta de forma clara no próprio artigo 20 em seu §3º por nós já analisado.

➤ *Erro Sobre a Execução (Aberratio Ictus)*

Cuida das hipóteses em que a prática criminosa se dá com vício no ato executivo como erro de pontaria, desvio de projétil, defeito de arma de fogo ou similares.

O erro na execução é instituto jurídico-penal pertencente às espécies de Erro de Tipo Acidental que ocorrerá quando o sujeito, pretendendo atingir uma pessoa, vem a ofender outra, não, por vício na representação mental do agente, mas por disparidade entre a relação de causalidade prevista pelo agente e o nexos causal realmente produzido.

²⁰ Op. Cit. p.208

²¹ Op. Cit. p. 317 e 318

Dispõe o nosso Código Penal em seu artigo 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 atendo-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.

Buscando a etimologia da expressão “*aberratio ictus*” temos, como significado, ataque ou desvio no golpe, o que já traz a lume a idéia presente no bojo do instituto.

Duas são as formas do Erro na Execução do Crime produzindo cada uma, conseqüências distintas. São elas:

- *com unidade simples ou resultado único:*

É aquela situação que ocorre quando se atinge pessoa diversa da visada (vítima real ou efetiva) não causando à vítima “virtual” qualquer lesão.

Para o doutrinador Damázio²² duas teorias procuram solucionar o problema trazido pelo Erro na Execução com resultado único:

1º se há morte da vítima efetiva, existem dois crimes: tentativa de homicídio em relação à vítima virtual e homicídio culposo em relação à efetiva; se a vítima efetiva sofre lesão corporal, há dois crimes: tentativa de homicídio em relação à vítima virtual e lesão corporal culposa em relação à efetiva.

2º vê na aberratio ictus com unidade de resultado um só delito (tentado ou consumado). É a teoria aceita pelo nosso CP. Podem ocorrer duas hipóteses:

- a) a vítima efetiva sofre lesão corporal: o agente responde por tentativa de homicídio (como se a vítima tivesse sofrido lesão). A lesão corporal culposa sofrida pela vítima efetiva fica absorvida pela tentativa de homicídio.*
- b) a vítima efetiva vem a falecer: na realidade, como explicava Aníbal Bruno, há uma tentativa de homicídio contra a vítima virtual e um homicídio culposo contra a efetiva. O Código, porém, vê uma unidade de crime, um só crime de homicídio doloso (como se o agente tivesse matado a vítima virtual). É o que determina o art. 75 [...].*

Capez²³ também elucidou a *aberratio ictus*:

[...]. Segundo dispõe o art. 73 do CP, o agente responde do mesmo modo que no erro sobre a pessoa ou seja, pelo crime efetivamente cometido contra terceiro inocente, como se este fosse a vítima virtual. Faz-se uma presunção legal de que o agente atingiu a pessoa que queria levando-se em conta certas características. O erro é acidental

²² Op. cit. p.319

²³ Op. cit. p.209 e 210

e, portanto, juridicamente irrelevante. Exemplo: voltemos à hipótese do amante assassino que incidiu em erro sobre a pessoa e matou o anão, em vez do filho de sua “amada”. Em se tratando de aberratio ictus, ocorre o seguinte: o agente visualiza a criança, sem confundi-la com ninguém. É ela mesma, não havendo dúvida quanto à correta identidade da vítima. Sem que haja erro na representação mental, portanto, o autor efetua o disparo; porém, por erro na pontaria, o projétil desvia do alvo desejado e atinge um terceiro que passava no local (...) por infeliz coincidência, o anãozinho. Responderá da mesma forma que no erro sobre a pessoa como se tivesse, atingido quem pretendia.

- *com unidade complexa ou resultado duplo:*

Diferente da situação anterior dá-se a produção de dois resultados: a) contra a vítima virtual; e b) contra a vítima ou vítimas reais. Atente para que a pluralização de vítimas se faz necessária pela inserção da pretendida pelo autor e, da possibilidade de se ferir mais de uma vítima real.

Para esta situação deve-se aplicar a regra do concurso formal, onde se aplica a pena do crime mais grave, aumentada de 1/6 (um sexto) até a metade, variando a margem do aumento de pena, de acordo com o número de vítimas atingidas pelo erro.

Para o caso posto em tela Damázio²⁴ traz um rol exemplificativo bastante elucidativo:

[...]. Supondo-se que o agente pretendendo ofender Antônio venha a atingir Pedro. Podem ocorrer vários casos:

- a) O agente mata Antônio e Pedro: na realidade, há um crime de homicídio doloso em relação a Antônio e um homicídio culposo em relação a Pedro. O agente responde por um crime de homicídio doloso (pena mais grave que a imposta ao homicídio culposo), aumentada a pena de um sexto até a metade.*
- b) O agente mata Antônio e fere Pedro: há dois crimes, quais sejam, um homicídio doloso em relação a Antônio e uma lesão corporal culposa em relação a Pedro. Solução: responde por um crime de homicídio doloso (pena mais grave que a lesão corporal culposa), aumentada a sanção privativa de liberdade de um sexto até a metade.*
- c) O agente fere Antônio e Pedro: há dois crimes, quais sejam, uma tentativa de homicídio em relação a Antônio e uma lesão corporal em relação a Pedro. Solução: responde por tentativa de homicídio, aumentando a pena de um sexto até a metade.*
- d) O agente mata Pedro e fere Antônio: na realidade, há dois crimes – homicídio culposo contra Pedro e tentativa de homicídio contra Antônio. Como o agente matou Pedro (vítima efetiva), é como se tivesse matado Antônio (vítima virtual). Então, ele responde por homicídio doloso. E como houve duplicidade de resultado, aplica-se a regra do concurso formal: pena do homicídio acrescida de um sexto até a metade.*

²⁴ ob. cit p.320

Não podemos deixar de expor que parte da doutrina não vê esta forma de *aberratio ictus* como espécie de Erro de Tipo Acidental, mas, como mero concurso formal.

É necessário diferenciar o Erro na Execução do Erro Sobre a Pessoa, diferenciação essa que no caso concreto será fonte celeumática de controvérsias. No *error in persona* o agente é vítima de si próprio em função de uma confusão mental supondo ser a vítima virtual quando se tratava de efetiva não havendo erro no processo executório já, na segunda, não há qualquer confusão por parte do autor, mas há vício no ato executório. Sintetiza Capez²⁵:

[...] no primeiro o erro está na representação mental, enquanto, nesse último, na execução.

➤ *Resultado Diverso do Pretendido (Aberratio Criminis)*

Aberratio Criminis significa à luz da ciência das palavras, etimologia, desvio do crime, também recebendo a nomenclatura “*Aberatio Delicti*”.

No conceito dado por Capez temos que o agente quer atingir um bem jurídico, mas, por erro na execução acerta bem diverso. E continua:

[...] não se trata de atingir uma pessoa em vez de outra, mas de cometer um crime no lugar de outro.

Completando o pensamento podemos, anexar a visão do já consagrado penalista Damázio²⁶:

Enquanto na aberratio ictus existe erro de execução a persona in personam, na aberratio criminis há erro na execução do tipo a personam in rem ou a re in personam. No primeiro caso, o agente quer atingir uma pessoa e ofende outra (ou ambas). No segundo quer atingir um bem jurídico e ofende outro (de espécie diversa).

Do mesmo modo que na *aberratio ictus*, no resultado diverso do pretendido há duas formas causadoras de conseqüências distintas:

- *com unidade simples ou resultado único:*

Onde só atinge bem jurídico diverso do pretendido respondendo o autor só pelo resultado e, se este for previsto em sua forma culposa. Ex.: “A” desejando destruir o carro de “B” atira uma pedra contra o veículo vindo a atingir “C” quando passará a responder por lesão corporal culposa.

- *com unidade complexa ou resultado duplo:*

Analogicamente à *aberratio ictus* nesta forma, são atingidos tanto o bem visado quanto um diverso. Concretizada a situação (acertando o veículo e terceira pessoa) aplica-se a regra do concurso formal, com a pena do crime aumentada de 1/6 (um sexto) até a metade variando esta graduação de acordo com o número de resultados diversos produzidos.

²⁵ op. cit. p.211

²⁶ op.cit. p.322

Imprescindível se faz observar a necessidade do resultado ser tipificado na forma culposa e de não ser menos grave sob pena de não se aplicar a figura posta sob estudo contida no Código Penal em seu artigo 74.

Capez²⁷ exemplifica:

[...] o agente atira na vítima e não a acerta (tentativa branca), vindo por erro, a atingir uma vidraça; aplicada a regra a tentativa branca de homicídio ficaria absorvida pelo dano culposos, e, como este não é previsto no CP comum, a conduta é considerada atípica. O dano culposos não teria forças para absorver uma tentativa de homicídio, mesmo porque ele nem sequer constitui crime.

➤ **Erro Sobre o Nexo Causal (Aberratio Causae)**

Trata-se de forma de Erro Acidental pouco estudada como tal, mas apontada por gama doutrinária nos capítulos referentes às espécies do dolo, mais especificamente ao dolo geral ou erro sucessivo, nomenclaturas diferentes dadas a um mesmo fenômeno.

Esta forma de erro ocorre quando supõe, o agente da prática delitual, já ter consumado o crime, sendo que esta fase do *iter criminis* não ocorreu vindo a ocorrer sucessivamente em razão de prática delitual posterior.

Luiz Flávio Gomes²⁸ dissertou bem sobre o tema:

[...] é possível que o erro do agente recaia sobre o curso causal (“erro sobre o curso causal ou ‘aberratio causae’”). O desvio a respeito do curso imaginado não exclui o dolo (desvio inessencial). É o denominado erro sobre o nexo causal responde por crime de homicídio doloso o agente que, desejando matar a vítima por afogamento, joga-a do alto da ponte; porém, esta vem a morrer por fratura no crânio provocada pelo impacto com um pilar da ponte. Também se fala em aberratio causae na hipótese de dolus generalis ou erro sucessivo, isto é, quando o fato se consuma em dois atos, sobre cuja significação se equivoca o autor, ao crer que o resultado se produzira já em razão do primeiro ato, quando, na verdade, ele vem a acontecer pelo segundo, destinado a ocultar o primeiro. Depois de estrangular a vítima, o autor, crendo que ela está morta, enforca-a para simular suicídio; todavia, fica comprovado que a vítima na verdade morreu em razão do enforcamento. Responde por um só homicídio doloso consumado.

c) Erro de Tipo Incriminador

O Erro de Tipo Incriminador ou Erro de Tipo Simples é figura doutrinária usada para se contrapor ao Erro de Tipo Permissivo. Está presente no artigo 70 do Código Penal Brasileiro.

Na lição preciosa de Luiz Flávio Gomes²⁹ temos:

²⁷ op. cit. p.211

²⁸ op. cit. p.135

²⁹ op. cit. p.135 e 136

Considerando a autonomia dos tipos permissivos (art. 23 do CP, por exemplo frente aos tipos de injusto, isto é, tipos incriminadores; considerando que o erro do agente sobre elementos constitutivos do tipo legal de crime (sobre tipo incriminador, portanto) está disciplinado no art. 20, caput, do CP, enquanto o erro do agente recai sobre situação de fato que se existisse tornaria sua ação legítima (erro de tipo permissivo) está disciplinado no art. 20, §1º, do CP; considerando que o CP diz que a consequência do erro de tipo incriminador inevitável (art. 20, caput, 1ª parte) é a exclusão do dolo, enquanto a consequência jurídica do erro de tipo permissivo inevitável (art. 20, §1º, 1ª parte) é a isenção de pena, é inteiramente conveniente em razão do tipo incriminador (ou simples erro de tipo) do erro de tipo permissivo, que acontece nas discriminantes putativas fáticas. [...]

d) Erro de Tipo Permissivo

Para parte da doutrina não configura espécie ou forma classificatória de Erro de Tipo sob argumento de que atinge o instituto das discriminantes putativas.

Classificamos como forma de erro por estar exatamente inserido, a putatividade delitiva, no corpo do erro penal, mormente, o Erro de Tipo, daí o legislador pátrio tê-lo colocado como parágrafo do artigo 20 ainda mais levando-se em consideração que as discriminantes putativas se perfazem tanto no erro que atinge a figura típica atingindo o dolo e a culpa (Erro de Tipo) como nos que afetam a consciência da ilicitude (Erro de Proibição).

A relação intrínseca do Erro de Tipo Permissivo com as chamadas discriminantes putativas se faz presente no conceito destas dado por Damázio³⁰:

Ocorrem quando o sujeito, levado a erro pelas circunstâncias do caso concreto, supõe agir em face de uma causa excludente da ilicitude.

Segundo a Teoria Limitada da Culpabilidade há uma equiparação entre o Erro de Tipo: se invencível exclui o dolo e assim a responsabilidade penal; se vencível há responsabilidade por crime culposo, se previsto. Não há exclusão da culpabilidade, e sim, do dolo, e como o dolo pertence ao fato típico, o Erro de Tipo Permissivo, reflete o âmbito do injusto (do tipo).

Luiz Flávio Gomes³¹ vincula o estudo de tipo permissivo à uma moderna visão da culpabilidade sob o *nomem iuris* de conceito complexo de culpabilidade, anotando:

[...] não é um erro de tipo incriminador excludente do dolo nem pode ser tratado como erro de proibição: é um erro sui generis (recte: erro de proibição sui generis) excludente da culpabilidade dolosa: se invencível, destarte, exclui a culpabilidade dolosa, não o dolo, não restando nenhuma responsabilidade para o agente; se vencível o erro o agente responde pela culpabilidade negligente (pela pena o crime culposo, se previsto em lei), não pela pena do crime doloso, com a possibilidade de redução.

³⁰ Op. Cit. p.310

³¹ Op. Cit. p.199

Para a teoria em destaque, o erro de tipo permissivo invencível leva a isenção de pena (exclusão da culpabilidade total), enquanto o vencível implica a punição do agente com a pena do crime culposo (culpabilidade negligente) se concretamente esta for cominada para o caso específico.

Esta solução apresentada pela “teoria da culpabilidade que remete à consequência jurídica” é a que segundo penso está inteiramente de acordo com nosso ius positium. É ela que, adequadamente ao Código Penal brasileiro, explica a natureza jurídica, as características e consequências do erro nas discriminantes putativas fáticas (do erro de tipo permissivo) disciplinado no art. 20, §1º, do CP.

O Erro de Tipo Permissivo não se confunde com o Erro de Permissão tratando aquele sobre situação de fato que legitima a conduta delitativa enquanto este incide sobre a existência ou limites de exclusão da ilicitude penal não reconhecidas pelo ordenamento penal pátrio.

Voltaremos ao tema quando estudarmos “O Erro nas Discriminantes Putativas”.

e) Erro Provocado por Terceiros

Tem por base legal o estatuído no artigo 20, §2º.

Responde pelo crime o terceiro que determina o erro

Leciona primorosamente Delmanto³²:

O erro pode ter sido cometido pelo sujeito espontaneamente (erro espontâneo) ou causado por terceira pessoa (erro provocado). É desta última forma que cuida o §2º, estabelecendo que responde pelo crime o terceiro que determina (causa, provoca) o erro.

Consequentemente é dada margem às seguintes situações, de acordo com a intenção do terceiro. a) se agir dolosamente responderá pelo crime nessa forma. b) se culposamente, na forma culposa, quando prevista.

Quanto ao provocado (sujeito que errou por provocação de terceiro) estará ou não isento de pena se agiu em situação inevitável ou, escusável e, na forma culposa se pudesse ter evitado o dano, isto é, se fosse inescusável.

3.2-CLASSIFICAÇÃO DO ERRO DE PROIBIÇÃO.

O Erro de Proibição obedece a seguinte classificação:

a) Erro de Proibição Direto

O sujeito sabe o que faz, porém “*não conhece a norma jurídica ou não a conhece bem e a interpreta mal*”³³.

Jescheck assim preleciona:

³²Op. Cit. p.37

³³ JESUS. Damázio E. ob. cit. p.487

Também constitui erro de proibição direto o que versa sobre um elemento de valoração global do fato, na medida em que não se ache em jogo a figura típica, senão o juízo de valor referido a ela [...].

a) Erro de Proibição Indireto

Entenda-se como Erro de Proibição Indireto, na conceituação de Maria Helena Diniz³⁴:

O Erro inevitável que consiste na suposição errônea e inafastável, ante uma circunstância, de que há uma norma permissiva do ato prevalecente sobre o anterior, levando o agente a perpretar o ato vedado.

Muñoz Conde³⁵ diferencia de modo sumário o Erro de Proibição Direto, do Indireto:

Na primeira hipótese o autor desconhece a existência de uma norma que proíbe sua conduta; no segundo (erro de proibição indireto), o autor sabe que sua conduta é proibida em geral, porém, crê que no caso concreto se dá uma causa de justificação que a autorize. Na prática é muito mais freqüente o segundo tipo de erro do que o primeiro.

c) Erro de Proibição Escusável

Batista de Siqueira³⁶ o define como:

É aquele em que o agente, apesar do esforço da inteligência e dos ensinamentos auridos na vida comunitária não consegue chegar a uma consciência profana do injusto relativamente ao fato praticado

Sendo inevitável determina o artigo 21 do Código Penal Brasileiro a isenção de pena ao autor do crime.

d) Erro de Proibição Inescusável

Consoante ensinamento de Maria Helena Diniz³⁷:

É erro de proibição evitável, recaindo sobre a vigência ou eficácia da norma penal, sobre a punibilidade do ato, ou sobre a subsunção deste ao comando legal.

Didaticamente nos ensina Capez³⁸:

Embora o agente desconhecesse que o fato era ilícito, tinha condições de saber, dentro das circunstâncias, que contrariava o ordenamento jurídico.

³⁴ DINIZ. Maria Helena. Dicionário Jurídico v.2 p.360

³⁵ CONDE. Muñoz. Teoria General Del Delito. p.161

³⁶ BATISTA DE SIQUEIRA. Miguel. Anotações feitas em sala de aula no curso de graduação da Universidade Católica de Goiás no 1º semestre de 2001.

³⁷ Op. cit. v.2 p.360

³⁸ Op. cit. v.1.p.292

Ao revés da espécie anterior, não haverá exclusão da culpabilidade e, a conseqüente isenção de pena, mas, redução no *quantum* desta variando de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço).

4 – O ERRO NAS DESCRIMINANTES PUTATIVAS.

O estudo do erro jurídico penal, por nós realizado, chega agora a ponto de importância incomensurável dada a relevância dos efeitos a serem produzidos, possibilitando a aplicação do até agora repassado Erro de Tipo e Erro de Proibição e, ratificando sua indubitável necessidade fática no ordenamento penal pátrio.

As discriminantes putativas são no dizer de Fernando Capez³⁹:

[...] a causa excludente da ilicitude erroneamente imaginada pelo agente. Ela não existe na realidade, mas o sujeito pensa que sim, porque está errado. Só existe, portanto, na mente, na imaginação do agente. Por essa razão, é também conhecida como discriminante imaginária ou erroneamente suposta.

De maneira mais genérica, porém, não menos lúcida, dissertou Damázio⁴⁰:

Ocorrem quando o sujeito, levado a erro pelas circunstâncias do caso concreto, supõe agir em face de uma causa excludente da ilicitude.

Seguindo as orientações doutrinárias trasladadas temos no Código Penal em seu artigo 23, *caput*, as seguintes causas de eximentes putativas por analogia: I – estado de necessidade putativa; II – legítima defesa putativa; III – estrito cumprimento do dever legal putativo.

Consoante explanação por nós já realizada no primeiro capítulo, aonde vimos as diferentes visões trazidas entre as teorias extremada e limitada da culpabilidade onde a primeira trata toda espécie de discriminante como o Erro de Proibição e, a segunda, distinguindo entre o Erro de Proibição e Erro de Tipo conforme o objeto em que incida o erro (elementar ou circunstância presente na estrutura descritiva do fato típico ou, pela imagem que vicia a potencial consciência da ilicitude) requer agora análise mais precisa e mais profunda.

Se adotássemos a primeira subespécie da Teoria Normativa Pura da Culpabilidade vislumbraríamos Erro de Proibição mesmo nos casos que incidissem sobre elementos constitutivos do tipo penal ou, ao revés, daríamos caráter criminal a atos eivados de vícios mesmo com a ausência de dolo ou culpa como as arroladas no artigo 23 do Código Penal.

E quanto a derivação limitada da teoria normativa pura da culpabilidade segredos não haveriam dada a situação dicotômica já tantas vezes retratada neste estudo entre os efeitos do erro penal.

Embora importante e interessante toda essa análise de uma celeuma doutrinária, esta perde sua fundamentação quando passamos à uma interpretação do

³⁹ Op. cit. p.203

⁴⁰ Op. cit. p.310

todo, ou seja, de toda a sistemática penal porque com fulcro no artigo 20, §1º e 21 ambos do Código Penal brasileiro temos que a teoria adotada é a Limitada da Culpabilidade versando o primeiro dispositivo sobre as discriminantes putativas fáticas tratadas como Erro de Tipo e, o segundo, enquanto discriminantes putativas por Erro de Proibição.

Na classificação dos crimes temos três formas de delitos putativos:

4.1 – DELITO PUTATIVO POR ERRO DE PROIBIÇÃO.

Ocorre o crime putativo por erro de proibição quando o agente supõe violar uma norma penal que na verdade não existe. Falta tipicidade à sua conduta, pois o fato não é considerado crime. Ex.: o agente seduz mulher virgem, com mais de 20 anos de idade, supondo estar praticando crime de defloramento, certo de ainda estar em vigor o art. 267 da antiga CLP (que punia o desvirginamento de mulher virgem menor de 21 anos). O Código Penal de 1940 reduziu o limite de idade da vítima para 18 anos (art. 217). O fato por ele praticado é um indiferente penal (exemplo de Basileu Garcia). Outro exemplo: o agente pratica incesto no Brasil pensando que nosso Código o define como crime. A questão é resolvida pelo art. 1º do Código⁴¹.

4.2 – DELITO PUTATIVO POR ERRO DE TIPO.

Há delito putativo por erro de tipo quando errônea suposição do agente não recai sobre norma, mas sobre elementos do crime. O agente crê violar uma norma realmente existente, mas à sua conduta faltam elementares do tipo. Ex.: uma mulher, supondo-se erroneamente em estado de gravidez, ingere substância abortiva. O comportamento é atípico perante o auto-aborto, uma vez que a gravidez é elemento específico do crime (art. 124, 1ª parte). Há o exemplo clássico do indivíduo que desejando subtrair o chapéu alheio toma o próprio. Não responde nem por tentativa de furto, pois o art. 155 exige que a coisa móvel seja alheia. Constitui subtipo de estelionato o fato de vender, permutar, dar em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria (art. 171, §2º, I). Suponha-se que o agente, pensando que seja alheia, vende a coisa própria a terceiro. Não responde pelo crime. Essas hipóteses são de crime impossível por inexistência ou impropriedade jurídica do objeto (art. 17)⁴²

4.3 - DELITO PUTATIVO POR OBRA DO AGENTE PROVOCADOR.

Dá-se quando uma pessoa, insidiosamente, provoca a prática delituosa, mas, concomitantemente, toma medidas preventivas para que não haja sua consumação. Por exemplo, se alguém, ao desconfiar que um empregado seu pretende cometer furto, facilita sua ação, mas

⁴¹ JESUS. Damázio E. Op. Cit. p.200.

⁴² JESUS. Damázio E. Op. Cit. p.200

*avisa a polícia, que ficará de prontidão, surpreendendo o agente no ato do crime*⁴³.

Comentando as espécies de delito putativo, o professor Damázio E. de Jesus⁴⁴ assim explanou:

Em face do novo Código, enquanto a questão do delito putativo por erro de tipo e erro de proibição é resolvida pelos arts. 1º e 17, não há regra expressa a respeito do crime de ensaio. Todavia, nada obsta que ele seja incluído na norma do crime impossível. A objeção de que o art. 17 só considera a ineficácia absoluta do meio ou a impropriedade absoluta do objeto pode ser superada. Este artigo não constitui norma penal incriminadora de exceção, mas preceito que determina a atipicidade da conduta, permitindo, assim, o emprego da analogia in bonam partem. Em face disso, além da ineficácia absoluta do meio a impropriedade absoluta do objeto, o preceito pode ser integrado pela idoneidade do conjunto das circunstâncias preparadas pelo agente provocador, que exclui a possibilidade de consumação do delito. Trata-se de suprir uma lacuna da lei. Caso contrário, haveria incoerência: se o crime é impossível quando o meio é absolutamente ineficaz ou absolutamente impróprio o objeto, não seria impossível quando, havendo ação em si idônea e objeto, em consequência do conjunto das circunstâncias, seria absolutamente impossível a sua consumação.

A súmula 145 do Supremo Tribunal Federal trata do delito putativo por obra do agente provocador: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Observe, contudo a diferença existente entre o crime de Flagrante Provocado e o de Flagrante Esperado. Neste não há provocação, mas apenas se tem previamente o conhecimento da iniciativa dolosa do agente, excluindo de tal forma, o caráter putativo da conduta delitiva fazendo com que em se tratando de crime formal ou de perigo este se integre em todos os elementos de sua definição legal e, se material haverá apenas tentativa, posto que não haverá a consumação real do dano o conhecimento prévio de outrem.

Ressalva de importância indubitável é a da diferenciação entre o Delito Putativo por Erro de Tipo, do Erro de Tipo onde se tem por base a vontade do sujeito. No primeiro o agente visa praticar o crime, mas não consegue cometê-lo diante do erro (ocorrendo o que Capez⁴⁵ denomina de “*crime praticado por criminoso incompetente*”), ao passo que, no segundo, o autor delitual não tem por finalidade cometer atividade ilícita, antijurídica e culpável, mas acaba por praticá-la em razão do erro podendo ou não responder na forma culposa, se prevista.

Distingue Luiz Flávio Gomes⁴⁶ a natureza dos institutos:

No que diz respeito ao erro nas discriminantes putativas temos o seguinte: o erro sobre a existência ou limites jurídicos de uma causa

⁴³ DINIZ. Maria Helena. Op. Cit. v.2. p.48

⁴⁴ Op. cit. p.202.

⁴⁵ Ob. Cit. p.313

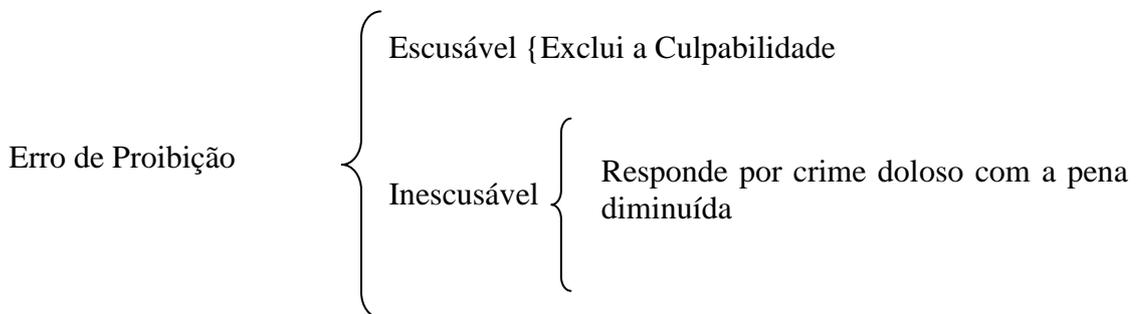
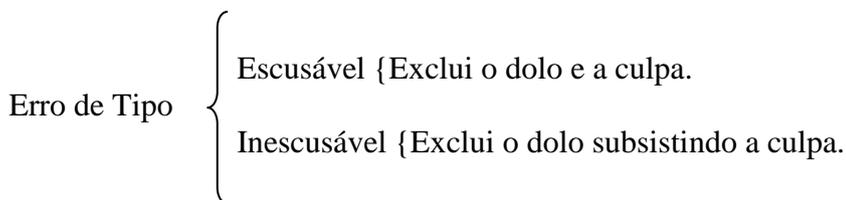
⁴⁶ Ob. Cit. p.183

de justificação é tratado como erro de permissão ou “erro de proibição indireto”; quanto ao erro de tipo permissivo trata-se de um erro sui generis situado entre o erro de tipo e o erro de proibição indireto. A analogia com o erro de tipo radica em sua estrutura: também o erro de tipo permissivo se refere aos elementos (normativos e descritivos) de uma proposição jurídica. A similitude com o erro de proibição indireto reside em sua consequência: o conhecimento do tipo não resulta afetado e a função de chamada deste pode, assim, desempenhar-se plenamente; o erro determina somente que o autor acredite que a norma proibitiva retrocede excepcionalmente diante de uma proposição permissiva.

Wessels⁴⁷ ratifica o posicionamento acima trasladado:

[...] uma posição especial assumida pelo erro sobre as causas justificantes: a suposição errônea de circunstâncias justificantes equipara-se, nas suas consequências jurídicas, de modo considerável ao erro de tipo; o erro de permissão é visto, ao contrário, como “erro de proibição indireto”.

Simplificando a problemática das discriminantes cremos que o Erro de Tipo Permissivo é o cabimento de Discriminante Putativa por erro que incide sobre circunstâncias ou elementares presentes no bojo do tipo penal (Erro de Tipo) o que atacará o dolo e a culpa, ao passo, que o Erro de Proibição Indireto atingirá os efeitos das discriminantes putativas, porém, em razão da falsa ou mitigada consciência do injusto. Observe que as consequências são as mesmas do estudo do Erro de Tipo e do Erro de Proibição.



⁴⁷ Wessels. Direito Penal p.100

CONCLUSÃO

De nosso estudo pudemos auferir que a conceituação do Erro de Tipo e do Erro de Proibição tem por origem a evolução gradativa e concomitante das teorias da conduta e da culpabilidade. Deste progresso de pensamento vimos que o Erro de Tipo não se confunde com o Erro de Fato e que se situa na estrutura do tipo penal, vez que atinge as figuras típicas dando ao agente da prática delitual a sensação de ausência ou circunstância da parte do tipo incriminadora ou, a presença de normas que venham a permitir sua conduta.

Ao contrário do erro que macula a conduta sob o alvo do tipo penal, o Erro de Proibição não atinge circunstâncias, elementares ou qualificadoras, mas, a culpabilidade vindo a afetar a consciência do ilícito praticado.

Da conceituação sumariamente supramencionada, traçamos as diferenças e, formas de erro penal, donde as classificamos.

Concluída a estruturação do erro jurídico penal debruçamo-nos sobre seus efeitos no instituto das discriminantes putativas donde pudemos concluir que a putatividade delitiva pode se dar, por três vias, por Erro de Tipo, por Erro de Proibição e, por Obra do Agente Provocador.

No plano da putatividade delitiva compreendemos a distinção de institutos que, quando não bem delimitados acabam por dar margem à confusões inimagináveis. Atacamos as diferenças entre o flagrante provocado e esperado e, atenção especial foi dada à distinção entre o Crime Putativo por Erro de Tipo, do Erro de Tipo propriamente dito.

Ponto que de forma sintética, porém, não menos claro, foi a distinção entre o Erro de Tipo Permissivo que nada mais é do que a putatividade delitiva que se dá por não macular o tipo penal em seus elementos constitutivos (circunstâncias, qualificadoras e elementares) e o Erro de Proibição Indireto que, por sua vez, consiste na mesma putatividade delitiva sem, contudo, esta advir da não adequação do fato a algum dos elementos do tipo mas, em razão da falsa consciência do injusto.

Pelo que aqui foi exposto discordamos da visão de Luiz Flávio Gomes que identifica um terceiro gênero de erro jurídico-penal dando-lhe o nome de erro de tipo permissivo nomenclatura esta dada exatamente por situar o respectivo instituto entre o erro de tipo e o erro de proibição indireto. Cremos que haja sim, duas variantes que podem ocorrer em razão do falso conhecimento do tipo (erro de tipo permissivo) ou, do não correto conhecimento do injusto maculando aqui, não mais o tipo penal, mas a potencial consciência da ilicitude (erro de proibição indireto) configurando faces que tem por base o mesmo fenômeno, qual seja, a discriminante putativa.

A complexidade doutrinária pelo volume teórico, que lhe é peculiar não pode atropelar a lei, quando muito, tem a função de completá-la.

O Direito Penal usa dos institutos que aqui foram alvo de digressão monográfica para adentrar na mente do sujeito. Nenhum outro ramo apresenta institutos de natureza mais próxima à Psicologia como o Direito Penal por intermédio do Erro de Tipo e do Erro de Proibição, tudo em busca de uma punição àquele que dela deve ser

alvo não, pelo simples fazer, mas pelo seu posicionamento em face a todo um contexto fático-social o que, indubitavelmente se aproxima mais do real significado da justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAPEZ, Fernando. Direito Penal. v. 1. Editora Saraiva 5ª edição. São Paulo. 2003.
- DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. Editora Saraiva. São Paulo. 1999.
- DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. Editora Renovar. 5ª edição. São Paulo. 2001.
- GOMES, Luiz Flávio. Erro de Tipo e Erro de Proibição. Editora Revista dos Tribunais. 5ª edição. São Paulo 2001.
- TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. p.97.
- MAXIMILIANO, Carlos. Resumo de Direito Penal. Editora Saraiva. 14ª edição. São Paulo 2003.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de direito penal. Trad. de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona : Bosch, 1981.v.1.
- JESUS, Damázio E. Direito Penal v.1. Editora Saraiva 23ª Edição. São Paulo.2000.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1986. v.1.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria general del delito. Bogotá : Temis, 1984.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. El error en derecho penal. Valencia : Tirant lo Blanch, 1989.
- RODRIGUEZ. Silvio. Direito Civil v.3 Ed. Saraiva 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Observaciones sobre el conocimiento ‘eventual’ de la antijuridicidad. Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. XL, fasc. III, Madrid : Ministério de Justicia, set-dez/1987
- SIQUEIRA, Miguel Batista de. Anotações feitas no Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Goiás em 2001.
- SIQUEIRA, Geraldo Batista de. Aspectos Processuais da teoria finalista da ação. Estudos em homenagem a Joaquim Canuto Mendes de Almeida. São Paulo : RT, 1987.
- TOLEDO, Francisco de Assis. Erro de tipo e erro de proibição no projeto de reforma penal. RT 578/289 e ss., São Paulo : RT, 1983.
- VENOSA. Sílvio de Salvo. Direito Civil.v.II – Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo. 2003.
- WELZEL, Hans. Derecho penal. Trad. de Carlos F. Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires : Depalma, 1956.
- WESSELS, Johannes. Direito penal – Parte geral. Trad. de Juarez Tavares. Porto Alegre : Fabris, 1976.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Manual de direito penal – parte geral – 10ª ed. Buenos Aires : Ediar, 1999.

Obs1.: Monografia de Conclusão de Curso de Graduação em Direito junto a Universidade Católica de Goiás (UCG – PUC/GO) apresentada no ano de 2004 tendo como Professora Orientadora Isabel Duarte Valverde e como Professor Membro, Miguel Batista de Siqueira, quando foi obtida a nota 9,5.

Obs2.: Importante frisar que regras de formatação foram sensivelmente alteradas para que esta monografia ganhasse o status de artigo e fosse postado nesta página virtual.

Yuri de Oliveira Pinheiro Valente.