

ERRO DE TIPO E ERRO DE PROIBIÇÃO: Um estudo comparado do erro jurídico-penal relevante nos ordenamentos brasileiro e espanhol

por

Leonardo Augusto de Almeida Aguiar

Mestre em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da UFMG

Professor Titular de Direito Penal do Centro Universitário Newton Paiva

Professor Substituto de Direito e Processo Penal da Faculdade de Direito da UFMG

Advogado (sócio) do escritório Portugal, Vilela, Behrens e Aguiar Advogados S/C

Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e do Instituto de Ciências Penais (ICP)

1. INTRODUÇÃO

Errar é humano, anuncia conhecido bocarbo. Não poderia pois a ciência do Direito, que se situa entre as que têm por objeto fatos humanos, deixar de ocupar-se seriamente com tal fenômeno.¹

O erro para o Direito Penal significa representação em desacordo com a realidade. Abrange, pois, a ignorância².

No trato do erro jurídico penal, diga-se, de antemão, que resta abandonada a velha dicotomia romana erro de fato / erro de direito. Isto porque a doutrina alemã percebeu que “o objeto do erro não é só o fato, e nem só a lei, mas pode também situar-se na relação de contrariedade entre o primeiro e a segunda”³.

1É a lição de TOLEDO, Francisco de Assis. O Erro no Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1.977, p. 01: “Um dos mais difundidos adágios expressa, em língua latina, verdade que cada um pode constatar em sua própria experiência existencial: *errare humanum est*. Errar é humano, ou melhor, é um atributo do homem, faz parte da natureza humana”.

2Veja-se lição de ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 2ª. edição. São Paulo: RT, 1.999, p. 493: “Cabe esclarecer que, quando falamos de erro, estamos nos referindo a um conceito jurídico que abarca dois fenômenos que psicologicamente podem ser distinguidos, mas que jurídico-penalmente têm os mesmos efeitos: o erro e a ignorância. O erro é o conhecimento falso acerca de algo; a ignorância é a falta de conhecimento sobre algo. Do ponto de vista do direito penal, ambos têm os mesmos efeitos”. Nesse sentido TOLEDO, Francisco de Assis. Op. Cit. (*O Erro no Direito Penal*), pp. 2-3: “Predomina o entendimento de que o erro compreende a ignorância, sendo aceita pela grande maioria dos autores a equivalência entre ambos os termos. (...). Costuma-se apontar a primeira como um estado negativo, isto é, a ausência de qualquer noção sobre o objeto do conhecimento. O agente desconhece simplesmente a existência do objeto. O segundo, diferentemente, é a falsa noção; é um estado positivo. Se na ignorância o conhecimento de algo falta, no erro ele chega a formar-se, mas de maneira falsa”.

3É a lição de TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1.982, p. 70. VELASCO, Carlos María Landecho, e BLÁZQUEZ, Concepción Molina. Derecho Penal Español: Parte General. Madrid: Tecnos, 1996, p. 372, informam, ainda, o seguinte: “Peró además existía una razón de fondo que obligó a la doctrina (especialmente a la alemana por obra de WELZEL) a modificar la nomenclatura romanista sobre el error. En dicha división no quedaba claro dónde incluir una serie

Elaborou-se, assim, a partir desse novo enfoque do fenômeno do erro, uma nova teoria do erro jurídico-penal, que mudou “o foco de incidência do erro, do fato ou da lei, para os próprios elementos estruturais do conceito de crime. Abandona-se qualquer pretensão de valorar, nesta área, a velha e superada oposição entre o *fático* e o *jurídico*. No lugar dessa falsa *oposição*, coloca-se a *distinção*, já bem elaborada doutrinariamente, entre *tipo* e *antijuridicidade* (ou ilicitude). Feito isso, percebe-se, sem qualquer dificuldade, que o erro jurídico-penal relevante ora recai sobre (tem por objeto) elementos ou circunstâncias integrantes do tipo legal de crime (fáticos ou jurídico-normativos, pouco importa), ora recai sobre a antijuridicidade (ou ilicitude) da ação. Na primeira hipótese tem-se um erro sobre elementos ou circunstâncias do tipo ou, abreviadamente, ‘erro de tipo’ (*Tatbestandsirrtum*). Na segunda hipótese, tem-se um erro sobre a ilicitude do fato real, ou, abreviadamente, ‘erro de proibição’ (*Verbotsirrtum*). Conexiona-se, dessa forma, a *distinção* entre tipo e antijuridicidade com a correspondente *distinção* entre erro de tipo e erro de proibição. Como ambas essas formas de erro são igualmente relevantes para o direito penal, a antiga antinomia que se criara entre elas cede lugar a uma distinção puramente conceitual, da qual não se podem extrair efeitos jurídicos opostos - a escusabilidade de uma e a inescusabilidade de outra. O certo será dizer-se que ambas podem, ou não, ser escusáveis, dentro de certos critérios”⁴.

A substituição da dicotomia “erro de fato - erro de direito” pelos atuais conceitos “erro de tipo - erro de proibição” veio alterar toda a teoria do erro. Hipóteses antes classificadas ora como erro de fato, ora como erro de direito, são agora abrangidas pelo erro de tipo, assim como o erro de proibição abarca situações anteriormente denominadas erro de direito, além de considerar também como erro situações não abrangidas pela velha dicotomia⁵.

de casos, como los elementos normativos del tipo (que por una parte son elementos del tipo y por lo mismo parecen quedar incluidos en el error de hecho; pero por otro lado suponen una valoración y por tanto el error sobre los mismos sería un error de derecho); o como los hechos que fundamentan unas causas de justificación (que, de nuevo, son hechos y por ello parecen incluidos en el error de hecho; pero puede dar lugar a la creencia errónea en el ciudadano de estar protegido por una de dichas eximentes y por lo mismo, de estar actuando jurídicamente, lo que supondría un error de derecho). Desde entonces se viene hablando en la doctrina del error de tipo y del error de prohibición.”

4 TOLEDO, Francisco de Assis. Op. Cit. (*Princípios Básicos de Direito Penal*), pp. 70-71. Cite-se ainda FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1.987, p. 52, para quem “do estudo da aptidão da dicotomia ‘erro de fato - erro de direito’ para delimitar, de forma apriorística, o problema da falta de consciência da ilicitude resultou assim, apesar de a termos perseguido através de muitos séculos de evolução, uma conclusão unitária. A dicotomia, enquanto faz recurso a uma distinção imediatamente dada de duas espécies de erro, consoante a natureza intrínseca deste, e por esta via a uma distinção entre o fato e o direito, é absolutamente inapta para circunscrever exactamente o problema da falta de consciência da ilicitude e nunca, como tal, foi verdadeiramente utilizada”.

5 Podemos exemplificar tomando por empréstimo situações elucidativas propostas por TOLEDO, Francisco de Assis. Op. Cit. (*Princípios Básicos de Direito Penal*), pp. 71-72: “No delito de corrupção ativa (art. 333), ser o agente passivo ‘funcionário público’ constitui elemento essencial do tipo. O conceito de funcionário público - que é um conceito jurídico-normativo - consta da própria lei penal (art. 327). Quem oferece propina, para a prática de ato de ofício, a um empregado de entidade autárquica, ou paraestatal, supondo que essa espécie de empregado não se reveste da qualidade de funcionário público, incorre em erro de tipo. Errou sobre um elemento integrativo do tipo. Na velha concepção, tratar-se-ia de um evidente erro de direito penal. No crime de bigamia (art. 235), ser o agente ativo

Não se trata, portanto, de uma mera substituição terminológica⁶.

É justamente nesse contexto que buscamos desenvolver o presente trabalho monográfico, que tem por objetivo levar a cabo um estudo comparado do erro de tipo e do erro de proibição nos ordenamentos jurídico-penais do Brasil e da Espanha.

Nosso ponto de partida é a conceituação das duas espécies de erro juridicamente relevantes.

A seguir fazemos uma exposição das teorias do dolo e da culpabilidade, procurando precisar o posicionamento sistemático do erro na estrutura do delito consoante se adote uma ou outra corrente.

Superados esses pontos, passamos a descrever os efeitos do erro segundo o regramento adotado pelo direito positivo brasileiro, e em seguida segundo o direito positivo espanhol.

Como não poderia deixar de ser, encerramos nosso trabalho com uma exposição, em forma de tópicos, das conclusões a que chegamos.

2. DO ERRO DE TIPO

O erro de tipo⁷ é aquele que recai sobre elementos ou circunstâncias do tipo legal de crime (fáticos ou jurídico-normativos). É sabido que “o agente só pratica, dolosamente, a conduta típica, quando tenha a representação e a vontade abrangentes de todos os elementos constitutivos do tipo, inclusive os normativos. Assim, se o agente erra

“casado” constitui elemento jurídico-normativo do tipo, definido nas leis civis. Quem, sabendo-se casado mas enganando-se sobre seu verdadeiro estado, por supor inválido o casamento anterior, casa-se civilmente de novo, antes da anulação ou do divórcio, incorre em erro sobre o estar-proibido, ou seja, erro de proibição. Na antiga doutrina, tratar-se-ia de um erro de direito extrapenal, equiparado a erro de fato. No crime de furto (art. 155), dois elementos integrativos do tipo são a ‘coisa’ e a circunstância de ser ‘alheia’. O primeiro, ‘ser coisa’, é um elemento fático, descritivo; o segundo, ‘ser alheia’, por envolver o conceito de propriedade, é um elemento jurídico-normativo. Quem se apodera de um cheque ao portador, seja por supor que não se trata de coisa, seja por supor que lhe pertence, incorre em erro de tipo, tanto em uma como em outra hipótese. Se, entretanto, o agente, apesar de saber que o cheque ao portador é uma coisa móvel, alheia, pertencente a quem lhe deve importância idêntica à consignada nesse documento, e, por isso mesmo, dele se apodera, sorrateiramente, supondo estar autorizado a quitar-se, por esse meio, da dívida de que é credor, então o erro só pode estar recaindo sobre a ilicitude do fato, configurando-se uma nítida hipótese de erro de proibição. E assim por diante”.

⁶ É a lição de TOLEDO, Francisco de A. *Op. Cit.* (*Princípios Básicos de Direito Penal*), p. 71.

⁷ A exposição que fazemos neste capítulo (nº. 2) e no seguinte (nº. 3), dividindo o erro em erro de tipo e erro de proibição, explica-se tendo como pressuposto a teoria da culpabilidade, como veremos em detalhes no capítulo nº. 4.

quanto a um desses elementos, não se pode dizer que a sua conduta seja típica, porque ela não terá sido igual àquela descrita no tipo”⁸.

Devido ao erro o agente tem uma falsa representação da realidade. Nesta hipótese, falta-lhe, na verdade, a consciência de que pratica uma infração penal, e, dessa forma, resta afastado o dolo, que é a vontade livre e consciente de praticar a conduta incriminada⁹. O erro de tipo, assim, elimina o dolo e, conseqüentemente, a tipicidade dolosa da conduta.

Apresenta-se de forma invencível sempre que o comum dos homens, empregando a atenção e diligência ordinárias, não o teria evitado. Se for desse molde, ficará excluído não apenas o dolo, mas este e a culpa. Assim, nesta hipótese estará eliminada a própria tipicidade, haja vista a ausência dos elementos de natureza subjetiva, necessários à sua configuração, em face da criação do tipo complexo pela teoria finalista da ação.

Se vencível, ou seja, se pudesse ter sido evitado com as cautelas próprias do homem médio, apenas o dolo ficaria excluído, abrindo-se a possibilidade de punição a título de culpa, se houver a punibilidade a esse título¹⁰. Exemplifica-se: O caçador vendo um vulto atrás de um arbusto dispara a sua arma, e acerta outro caçador que por ali passava. É certo que se agisse com mais cautela iria perceber que não se tratava de sua caça, mas sim de outra pessoa. Nesta hipótese verifica-se o erro de tipo vencível, que exclui o dolo mas permite a punição do agente a título de culpa.

Quando o erro do agente recai sobre as elementares, circunstâncias ou qualquer outro dado que se agregue à figura típica, diz-se que é erro de tipo essencial. Já quando o agente se engana quanto a um elemento não essencial do fato ou erra no seu movimento de execução, diz-se que é erro acidental.

2.1. Do erro acidental

8LOPES, Jair Leonardo. Curso de Direito Penal: Parte Geral: Livro de Aulas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.993, p. 127.

9Sobre a ausência de dolo por erro de tipo, veja-se a lição de ZAFFARONI (p. 491): Dolo é querer a realização do tipo objetivo; quando não se sabe que se está realizando um tipo objetivo, este querer não pode existir e, portanto, não há dolo. (...) O erro de tipo é o fenômeno que determina a ausência de dolo quando, havendo uma tipicidade objetiva, falta ou é falso o conhecimento dos elementos requeridos pelo tipo objetivo”.

10Nas palavras de ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit., p. 494: “No caso do erro de tipo ser inevitável (ou invencível), além de eliminar a tipicidade dolosa, descarta qualquer outra forma de tipicidade. Sendo o erro vencível (ou evitável), também elimina a tipicidade dolosa, mas no caso de haver tipo culposo e de configurarem-se seus pressupostos, a conduta poderá ser tipicamente culposa, isto é, dar lugar a uma forma de tipicidade que não se caracteriza com atenção à finalidade da conduta, e sim a seu modo de obtenção”.

Poderá o erro accidental ocorrer nas seguintes hipóteses: a) erro sobre o objeto (*error in objecto*); b) erro sobre a pessoa (*error in persona*); c) erro na execução (*aberratio ictus*); d) resultado diverso do pretendido (*aberratio criminis*); e) erro sobre o processo causal. Vejamos cada uma destas hipóteses.

Error in objecto: "Fala-se nas hipóteses de erro sobre o objeto quando o agente, tendo a vontade livre e consciente de praticar uma conduta que sabe ser penalmente ilícita, agindo, v.g., com animus furandi, subtrai uma pulseira que, para ele, supunha-se ouro, quando, na realidade, não passava de mera bijuteria, forjada com latão. Aqui (...) o agente tinha a vontade livre e consciente de praticar a subtração, ou seja, dirigiu finalisticamente a sua conduta no sentido de cometer um delito de furto. Equivocou-se, contudo, no caso sub exame, quanto ao valor que era atribuído ao bem, o que nada influencia na definição jurídica do fato".¹¹

Error in persona: "(...) é accidental o erro sobre a pessoa porque, na verdade, o agente não erra sobre qualquer elementar, circunstâncias ou outro dado que se agregue à figura típica. O seu erro cinge-se, especificamente, à identificação da vítima, que em nada modifica a classificação do crime por ele cometido. Se o agente, volitiva e conscientemente, queria causar a morte de seu pai e, devido ao fato de ter-se colocado à espera da vítima em local ermo, veio a causar a morte de um estranho que por ele fora confundido com o seu ascendente, ainda assim permanecerá íntegro o seu dolo de matar alguém. (...) No erro sobre a pessoa, o dolo do tipo existe. Somente por erro do agente, atinge-se pessoa diversa daquela que deveria ter sido atingida".¹²

Aberratio ictus: "Fala-se em *aberratio ictus* 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 (...). Na *aberratio ictus*, o erro ocorre de pessoa para pessoa".¹³

Aberratio Criminis: Ocorrerá a *aberratio criminis* quando, fora dos casos de *aberratio ictus*, "por acidente ou erro na execução do crime, sobrevier resultado diverso do pretendido. (...) Aqui, ao contrário da *aberratio ictus* (...) o erro deverá incidir de pessoa para coisa, ou de coisa para pessoa. É o caso, por exemplo, daquele que, visando destruir uma vitrine, arremessa uma pedra contra ela e, por erro, não acerta o alvo, vindo, contudo, a atingir uma pessoa".¹⁴

11ROCHA, Fernando Galvão da, e GRECO, Rogério. Estrutura Jurídica do Crime. Belo Horizonte: Mandamentos, 1.999, p. 250.

12ROCHA, Fernando Galvão da, e GRECO, Rogério. Op. Cit., p. 251.

13ROCHA, Fernando Galvão da, e GRECO, Rogério. Op. Cit., pp. 251-252.

14ROCHA, Fernando Galvão da, e GRECO, Rogério. Op. Cit., p. 252.

Erro sobre o processo causal: o resultado ocorrido coincide com o desejado, todavia a relação causal é diferente daquela imaginada pelo autor.

3. DO ERRO DE PROIBIÇÃO

Por sua vez, o erro de proibição é a ignorância ou falsa percepção sobre a ilicitude da conduta. O erro incide sobre a compreensão do caráter ilícito da conduta que é realizada pelo agente. Assim, o agente pratica a conduta na errônea suposição da licitude de seu comportamento. A falta da consciência da ilicitude leva o agente a praticar a ação em erro de proibição. A consciência da ilicitude é assim um dado indeclinável na formação do juízo de reprovabilidade; em sua falta, podemos dizer que já estamos no setor do erro de proibição, e, por consequência, na exclusão da culpabilidade.

Importante frisar que para ter-se como configurada a culpabilidade, não se exige a consciência atual da ilicitude. Basta que ao agente seja possível, nas circunstâncias em que se encontrava, conhecer a ilicitude do fato que praticou. Ou seja, basta a potencial consciência da ilicitude.

Como o erro de proibição recai sobre a ilicitude do fato, temos que o agente possui pleno conhecimento sobre a realização do comportamento previsto no tipo penal. Logo, o dolo permanece íntegro. O erro de proibição afeta a culpabilidade.

O erro de proibição, quando advir de autêntica ignorância da ilicitude do fato, sendo inevitável, será escusável. Se evitável, permanece a punição a título de dolo, com a pena reduzida.

Caso seja hipótese de *ignorantia legis*, o erro será sempre inescusável. Isto porque presume-se, por ficção, que a lei é conhecida por todos. Critica-se que presunção e ficção contrariam a realidade. Frise-se que “o erro de proibição não é um erro quanto à lei ou ignorância desta, e que conhecimento da lei e consciência da antijuridicidade são conceitos diversos: um chinês que chega ao Brasil não conhece a lei, mas tem consciência de que matar alguém é conduta proibida, muito embora não conheça uma só palavra em português”.¹⁵

TOLEDO¹⁶ traça detalhado quadro quanto à inescusabilidade do erro de proibição, o qual é alvo direto de críticas de CIRILO VARGAS¹⁷. Estamos com o professor

15 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.*, p. 496.

16 TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.* (*Princípios Básicos de Direito Penal*), pp. 74-75, propõe a construção de “duas classes fundamentais de erro de proibição, sendo a primeira, em princípio, escusável, quando o erro for inevitável, por se tratar de autêntica ignorância da ilicitude do fato; a segunda, inescusável, por se identificar com verdadeiras formas de ignorantia legis (salvo casos raros, especialíssimos)”. Chega-se, assim, ao seguinte quadro: “Erro de proibição escusável: a) Erro de

mineiro, posto termos que, no caso concreto, o poder discricionário do juiz é o que vai prevalecer; se o julgador entender inevitável o erro de proibição, absolve; se entender evitável, condena a título de dolo, com a pena reduzida. Também para ZAFFARONI¹⁸ “não é possível estabelecer-se regras fixas que sejam úteis nos casos limites, posto que a exigibilidade de compreensão, vale dizer, a exigência do entendimento da ilicitude, ou o que dá no mesmo, a evitabilidade do erro, é questão que deverá ser determinada caso a caso, tomando-se em conta as características pessoais, profissionais, grau de instrução, grupo cultural, obscuridade da lei, contradições das decisões jurisprudenciais ou administrativas a respeito, opinião vulga, etc. Como em qualquer limite da culpabilidade, não é possível fixar regras que passam pelo alto nas particularidades individuais”.

E o juízo sobre a evitabilidade do erro de proibição resolve-se em função da potencial consciência da ilicitude. Assim, se o agente atua sem o elemento atual consciência da ilicitude, temos que o erro é inevitável. Todavia, se o agente pudesse, com um esforço de inteligência ou informando-se sobre o exercício de atividades regulamentadas, atingir essa consciência, o erro será evitável, uma vez que a teoria da culpabilidade contenta-se com a potencialidade deste elemento.

De fato “reina acuerdo en la doctrina actual en requerir para la presencia de delito que el sujeto sepa o puede saber que su hecho se halla prohibido por la ley. No basta que quien actúa típicamente conozca la situación típica, sino que hace falta, además, saber o poder saber que su actuación se halla prohibida. Es preciso, en otras palabras, el conocimiento, ou su posibilidad, de la antijuridicidad del hecho. Cuando tal conocimiento falta

proibição direto - o agente, por erro inevitável, realiza uma conduta proibida, ou por desconhecer a norma proibitiva, ou por conhecê-la mal, ou por não compreender o seu verdadeiro âmbito de incidência (a expressão norma proibitiva não tem, aqui, o sentido de norma legal...); b) Erro de mandamento - o agente, que se encontra na ‘posição de garantidor’, diante da situação de perigo de cujas circunstâncias fáticas tem perfeito conhecimento, omite a ação que lhe é determinada pela norma preceptiva - dever jurídico de impedir o resultado - supondo, por erro inevitável, não estar obrigado a agir para obstar o resultado; c) Erro de proibição indireto - o agente erra sobre a existência ou sobre os limites de uma causa de justificação, isto é, sabe que pratica um fato em princípio proibido, mas supõe, por erro inevitável, que, nas circunstâncias, milita a seu favor uma norma permissiva prevalecente. (...) Erro de proibição inescusável (...): a) Erro de vigência - inescusável - o agente desconhece a existência de um preceito legal - ignorância legis - ou ainda não pôde conhecer uma lei recentemente editada; b) Erro de eficácia - inescusável, salvo hipóteses raras e especialíssimas - o agente não aceita a legitimidade de um preceito legal por supor que ele contraria outro preceito de categoria superior, ou norma constitucional; c) Erro de punibilidade - inescusável - o agente sabe que faz algo proibido, ou devia e podia sabê-lo, mas supõe inexistir pena criminal para a conduta que realiza, desconhece a punibilidade do fato; (...) Erro de subsunção - inescusável - o agente conhece a previsão legal, o fato típico, mas, por erro de compreensão, supõe que a conduta que realiza não coincide, não se ajusta ao tipo delitivo, à hipótese legal”.

17VARGAS, José Cirilo de. Op. Cit., pp. 380-381: “Decidir se o agente podia, ou não, ter consciência da ilicitude é atividade extremamente complexa, difícil, tormentosa. Francisco de Assis Toledo traça um ‘quadro’ para a evitabilidade do erro de proibição, esgrimindo regras que nem valem a citação. No caso concreto, o poder discricionário do juiz é o que vai prevalecer. Se o julgador entender inevitável o erro de proibição, absolve. Se entender evitável, condena a título de dolo, e o Direito Penal prossegue em sua marcha libertária, enquanto houver consciências justas capazes de apontar os abusos e a ausência de dignidade científica”.

18ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit., pp. 649-650.

se habla de error de tipo. Dicho error será vencible o invencible según que haya podido o no evitarse com mayor cuidado”.¹⁹

Na lição de SANTIAGO MIR PUIG²⁰: “Si la culpabilidad se hace depender del poder actuar de outro modo - como entiende Welzel -, cabe fundamentar la relevancia del error de prohibición diciendo que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no tiene razones para actuar de otro modo. De ahí que el error invencible determine la ausencia de culpabilidad. Por otra parte, quien desconoce la prohibición de forma evitable actúa culpablemente porque podría haberla conocido, pero su culpabilidad puede hallarse disminuida, en la medida en que el desconocimiento de la antijuridicidad reduzca su reprochabilidad”.

A ignorância ou a falsa percepção sobre a ilicitude da conduta caracteriza, pois, o erro de proibição. Assim, a falta da consciência da ilicitude leva o agente a praticar a ação em erro de proibição, visto ter ele agido na (errônea) suposição da licitude de seu comportamento²¹.

Para MUÑOZ CONDE²² “há erro de proibição não só quando o autor crê que age licitamente, mas também quando nem ao menos considera a licitude ou ilicitude de seu ato. O erro de proibição pode reportar-se à existência da norma proibitiva como tal (erro de proibição direto) ou à existência de uma causa de justificação que autorize a ação, geralmente proibida, em um caso concreto (erro de proibição indireto ou erro sobre as causas de justificação). No primeiro caso, o autor desconhece a existência de uma norma que proíbe sua conduta; no segundo, sabe que seu atuar está proibido, em geral, mas acredita que no caso concreto se dê uma causa de justificação que o permite. Na prática, é muito mais frequente o segundo tipo de erro que o primeiro”.

Considerar-se-á, desta forma, a falta de consciência da ilicitude em função da evitabilidade do erro sobre a ilicitude do fato²³, uma vez que o erro de proibição será escusável apenas quando inevitável²⁴.

¹⁹MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal: Parte General. 5ª. edição. Barcelona: Tecfoto, 1.998, p. 561.

²⁰MIR PUIG, Santiago. Op. Cit., p. 563.

²¹ É a lição de FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Geral. Ed. revista por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 205.

²²MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria Geral do Delito. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1.988, pp. 158-161.

²³ É a lição de LOPES, Jair Leonardo. Op. Cit., pp. 156-157: “A possibilidade da consciência da ilicitude há de ser decidida em função da *evitabilidade* ou não do erro sobre a ilicitude do fato, tendo-se em conta as condições do agente e as circunstâncias da ação ou omissão”. Nosso ilustre professor tece ainda importantes comentários acerca do *juízo sobre a inevitabilidade do erro*: “Considerando o critério da evitabilidade, ou não, do erro, nem caberia distinguir, como faz a nossa lei, entre erro de direito e erro de proibição, para inadmitir-se a inescusabilidade do primeiro e a escusabilidade do segundo”.

3.1. Falta de consciência da ilicitude e ignorância da lei

Diz-se que o agente ignora a lei quando não tem conhecimento de que determinada conduta é tipificada como delituosa (e por isso há uma sanção penal que lhe corresponde) pelo ordenamento jurídico vigente em sua sociedade. A grande maioria dos atuais Códigos Penais determina que a ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena. Tal disposição é corolário de um princípio geral do Direito, *ignorantia legis neminen excusat*, segundo o qual é defeso escusar-se de cumprir a norma por alegar desconhecê-la. A lei, entendida como a norma escrita produzida pelos órgãos competentes do Estado, uma vez editada e publicada, adquire validade formal, ou vigência, independentemente de ser conhecida em concreto²⁵.

Ignorância da lei e falta de consciência da ilicitude são conceitos absolutamente distintos e não conflitantes, que devemos procurar não confundir. O primeiro, consoante exposto, trata da falta de conhecimento ou da errônea compreensão do texto legal pelo agente, o que não representa uma causa de isenção de pena, por tratar-se de “um dogma necessário para a validade do ordenamento jurídico, que deve obrigar a todos, de modo concomitante, não sendo sequer pensável que, dentro do mesmo Estado, as leis possam ser válidas em relação a uns e não em relação aos que eventualmente as ignorem”²⁶. Já o segundo, por sua vez, refere-se à falta de capacidade do autor (imputável) de uma conduta típica e ilícita, apreender, no caso concreto, a contrariedade desta sua conduta em relação aos valores relevados à condição de bens jurídicos, mercedores de tutela penal, na sociedade da qual faz parte, e será, quando inevitável, causa de exclusão da culpabilidade e, conseqüentemente, motivo de isenção da sanção penal. FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO²⁷, discorrendo sobre a inescusabilidade da ignorância da lei, adverte que “essa é uma questão de pura obrigatoriedade abstrata da lei que não se extrapola para o problema da culpabilidade do agente por um fato concreto. Aquela diz com o fundamento de validade da lei. Este vai além, envolvendo-se com a própria existência do crime ao qual se devam aplicar as leis que se têm por inapelavelmente vigentes. Em outras palavras: o ignorante das leis não se exime de pena pelo só fato dessa ignorância. Poderá, porém, eximir-se, se não atuou culpavelmente, por falta de consciência da ilicitude, se essa falta for escusável, ou seja, inevitável. Em suma, se não cometeu crime algum. Disso resulta, necessariamente, uma importante distinção entre o *erro de vigência*, que realmente constitui uma espécie de *ignorantia legis*, inescusável, e o *erro*

24 Nesse sentido JESCHECK, Hans Heinrich. Reforma del Derecho Penal en Alemania. Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1.976, p. 56: “El error inevitable sobre la prohibición excluye la culpabilidad y da lugar a la absolución”.

25 É a lição de TOLEDO, Francisco de Assis. Op. Cit. (*Principios Básicos de Direito Penal*), pp. 66-67.

26 TOLEDO, Francisco de Assis. Op. Cit. (*Principios Básicos de Direito Penal*), pp. 69-70.

27 TOLEDO, Francisco de Assis. Op. Cit. (*Principios Básicos de Direito Penal*), p. 70.

sobre a ilicitude do fato (erro sobre o estar-proibido ou, abreviadamente, erro de proibição, do alemão *Verbotsirrtum*), que pode ser escusável, se inevitável”.

3.2. Das discriminantes putativas

Já quanto às discriminantes putativas, trata-se da hipótese de erro sobre as causas de exclusão da ilicitude. Como o próprio nome está a sugerir, trata-se de discriminante apenas ilusória, tão só imaginada pelo agente, em razão de erro. Há que se distinguir suas duas espécies: erro sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação (supor situação de fato) e erro sobre a existência ou os limites da causa de justificação (supor estar autorizado).

4. DAS TEORIAS DO DOLO E DA CULPABILIDADE

O posicionamento sistemático do erro jurídico penal na estrutura do delito gerou enorme controvérsia na doutrina penalista, agrupando-se os autores em duas correntes inconciliáveis: teorias do dolo (*Vorsatztheorie*) e teorias da culpabilidade (*Schuldtheorie*).

4.1. Teoria estrita do dolo

Sistematicamente, esta teoria²⁸ considera a consciência da ilicitude elemento do dolo, e o dolo, por seu turno, elemento da culpabilidade²⁹. Relaciona-se, assim, com a teoria causalista e o conceito psicológico-normativo, segundo o qual a culpabilidade seria um juízo de reprovação sobre a vontade má ou perversa do agente, que decide entre o lícito e o ilícito³⁰.

A falta de conhecimento e o conhecimento defeituoso, tanto quanto à ilicitude quanto aos elementos do tipo³¹, excluem sempre o dolo, se inevitáveis, por anularem ora o

28 A teoria estrita do dolo, segundo lições de TOLEDO, Francisco de Assis. Teorias do Dolo e Teorias da Culpabilidade: Teorias Extremadas e Teorias Limitadas, in Revista dos Tribunais, ano 71, dezembro de 1.982, volume 566, p. 271, e de BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Op. Cit.*, p. 92, é adotada por BINDING, NAGLER, EVERARDO DA CUNHA LUNA e JOSÉ CIRILO DE VARGAS, dentre outros.

29 BRODT, Luís Augusto Sanzo. Da Consciência da Ilicitude no Direito Penal Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1.996, p. 92.

30 É a lição de TOLEDO, Francisco de Assis. Op. Cit. (*Teorias do Dolo e Teorias da Culpabilidade - Teorias Extremadas e Teorias Limitadas*), p. 271, que ainda faz o seguinte comentário: “Para os seguidores dessa teoria, quem realiza um fato previsto como crime, embora queira realizá-lo e saiba das consequências ‘queridas’ de seu ato, não agirá com dolo se, a um só tempo, não atuar com o conhecimento, no momento mesmo de seu agir (consciência atual), de que realiza algo proibido, ilícito. Se faltar ao agente este ‘conhecimento atual da ilicitude’, embora tenha querido e previsto o que fez (um incêndio, p. ex.), o fato não terá sido doloso, porque o seu causador voluntário agiu ‘cegamente’, isto é, não teve oportunidade de eleger entre o lícito e o ilícito, não se decidiu em favor do ilícito”.

31 Ou seja, o erro jurídico-penal (erro de tipo e erro de proibição). Nesse sentido: TOLEDO, Francisco de Assis. Op. Cit. (*Teorias do Dolo e Teorias da Culpabilidade - Teorias Extremadas e Teorias Limitadas*), p. 271.

elemento normativo, ora o elemento intelectual do dolo³². “Chega-se, assim, a uma equiparação das espécies de erro, quanto aos seus efeitos. Se inevitável, tanto o erro de tipo como o erro de proibição excluem o dolo. Se evitável, nos dois casos, o agente responde por crime culposos (caso esteja prevista a modalidade culposa). Contra essa teoria objeta-se que: a) o conceito normativo de dolo é incompatível com a aplicação de medidas de segurança aos inimputáveis, pelo cometimento de fatos dolosos (já que são incapazes de alcançar a consciência atual da ilicitude, que seria elemento do dolo); b) conduz a um número muito grande de absolvições”³³.

4.2. Teoria limitada do dolo

Esta teoria surgiu da necessidade prática de se impor limites à sua precedente, para que se reduzisse o número de absolvições indevidas e condenações por culpa de direito. Partem, pois, dos mesmos princípios, ou seja, seus fundamentos teóricos são idênticos, exceto pela consciência da ilicitude, que deixa de ser considerada unicamente como um elemento atual para também ser relevada em sua potencialidade³⁴. Esta chamada limitação é atribuída a MEZGER, através da chamada teoria da cegueira jurídica, sintetizada nos seguintes termos:

“a) En el obrar con conocimiento de las circunstancias fácticas y con conocimiento de lo injusto, existe acto doloso;

b) En el obrar con conocimiento de las circunstancias fácticas, y sin conocimiento de lo injusto, pero con hostilidad al Derecho, tiene su puesto de la pena por el acto doloso;

c) En el obrar con conocimiento de las circunstancias fácticas, sin conocimiento de lo injusto, pero en error culpable aunque sin hostilidad al Derecho, procede la pena por el dolo si bien atenuada (lo que es difícil, pero en varios casos prácticamente posible);

d) En el obrar con conocimiento de las circunstancias fácticas, sin conocimiento de lo injusto y en error inculpable, no se impone la pena por el dolo;

32 É a lição de TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.* (Teorias do Dolo e Teorias da Culpabilidade - Teorias Extremadas e Teorias Limitadas), p. 271. Nesse sentido também BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Op. Cit.*, p. 92.

33 BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Op. Cit.*, p. 92.

34 É a lição de BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Op. Cit.*, pp. 93-94. Nesse sentido também TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.* (Teorias do Dolo e Teorias da Culpabilidade - Teorias Extremadas e Teorias Limitadas), p. 271, para quem esta teoria “não diverge, em seus postulados, básicos, da já examinada teoria extremada, a não ser em alguns pontos: substitui o conhecimento atual da ilicitude pelo conhecimento potencial dessa mesma ilicitude. Assim, age dolosamente não só quem comete o crime querendo e sabendo que atua no terreno do ilícito mas, também, aquele que, mesmo sem esse conhecimento, tinha possibilidade de saber que o seu agir era algo proibido, ou socialmente danoso. Exige-se a consciência da ilicitude material, não a puramente formal. Procurou-se, com isso, evitar as absolvições injustificadas ou as condenações pouco convincentes a que poderia conduzir a teoria anterior”.

e) En el obrar con conocimiento de las circunstancias fácticas, tampoco se impondrá la pena por el dolo”³⁵.

4.3. Teoria estrita da culpabilidade

Esta teoria encontra amplo acolhimento na doutrina finalista³⁶. Considera-se a potencial consciência da ilicitude elemento da culpabilidade, autônomo em relação ao dolo, que, por sua vez, encontra-se deslocado para a tipicidade. Desta forma, “se o erro, nas circunstâncias, anula o elemento intelectual do dolo, excluirá certamente o dolo e, então, se classifica como erro de tipo (erro sobre elemento do tipo); se, entretanto, o erro, em certas circunstâncias, anula apenas a consciência potencial da ilicitude, deixará intacto o dolo do tipo, mas irá excluir a culpabilidade, classificando-se, então, como erro de proibição (erro sobre a ilicitude do fato), pois o elemento normativo ‘consciência potencial da ilicitude’ faz parte, agora, da culpabilidade”³⁷. Falhando a consciência da ilicitude, falhará então a culpabilidade, não sendo o dolo afetado. Todo erro sobre a ilicitude é visto por esta teoria como erro de proibição³⁸. Critica-se essa teoria sob os seguintes argumentos: “a) substitui o sistema próprio das teorias do dolo por outro sem a mesma nitidez; b) abandona a distinção entre culpabilidade culposa e culpabilidade dolosa; c) a relevância prática da escusabilidade do erro de proibição torna-se quase nula diante das sérias exigências que a jurisprudência impõe para a admissão da impossibilidade de consciência da ilicitude”³⁹.

4.4. Teoria limitada da culpabilidade

35 Esta síntese, de autoria do próprio MEZGER, é citada inicialmente por JIMÉNEZ ASÚA (ASÚA, Luis Jiménez. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Losada, 1.962, v. 6, p. 567) de cuja obra BRODT (BRODT, Luís Augusto Sanzo. Op. Cit., p. 95) transcreve as palavras aqui inseridas.

36 É a lição de BRODT, Luís Augusto Sanzo. Op. Cit., p. 97. Nesse sentido também é a lição de TOLEDO, Francisco de Assis. Op. Cit. (*O Erro no Direito Penal*), p. 22, que cita, como seguidores da teoria estrita da culpabilidade, WELZEL, ARMIN KAUFMANN e MAURACH.

37 TOLEDO, Francisco de Assis. Op. Cit. (*Teorias do Dolo e Teorias da Culpabilidade - Teorias Extremadas e Teorias Limitadas*), p. 273, arrola ainda as seguintes consequências da adoção desta teoria: “Primeira: o erro poderá ser de tipo ou de proibição. O primeiro exclui o dolo, sem afetar qualquer dos elementos da culpabilidade. O segundo exclui a culpabilidade, se inevitável, deixando intacto o dolo com todos os seus elementos, mas anulando o mais, isto é, a possibilidade de aperfeiçoamento do crime. Segunda: no erro de tipo, excludente do dolo, permanecendo intacta a culpabilidade, o agente pode ser condenado por crime culposo (por negligência, imprudência ou imperícia), se previsto em lei. Só não poderá ser condenado, obviamente, por crime doloso. E, note-se, que o erro de tipo, se comprovado, exclui o dolo, quer seja evitável ou inevitável, pois só se pode pensar em um erro de tipo evitável, que não se evitou, na hipótese de culpa estrito senso, que, de qualquer modo, faz cair a figura dolosa. Ou, então, não se estará diante de um verdadeiro ‘erro’, mas, ao contrário, de um simulacro de erro, irrelevante para o Direito Penal. Terceira: no erro de proibição inevitável (aqui é indispensável a inevitabilidade, porque o erro evitável é passível de censura, não excluindo, portanto, a culpabilidade) não há condenação possível, seja por dolo, seja por culpa estrito senso, pois não há crime sem culpabilidade (‘nullum crimen sine culpa’). Excluída a culpabilidade, a absolvição se impõe, seja o fato doloso ou culposo, pois tanto no primeiro como no segundo se exige a culpabilidade”.

38 É a lição de TOLEDO, Francisco de Assis. Op. Cit. (*O Erro no Direito Penal*), p. 22.

39 BRODT, Luís Augusto Sanzo. Op. Cit., p. 98.

Essa teoria parte dos mesmos princípios da teoria extremada da culpabilidade. Assim, considera o dolo integrado ao tipo, a consciência da ilicitude como elemento da culpabilidade e distingue, para tratamento diverso, o erro de tipo e o erro de proibição⁴⁰.

Essa identidade, porém, acaba ao tratarmos dos efeitos jurídicos-penais do erro de proibição, especificamente quanto ao erro que incide sobre uma causa de justificação. “Para a teoria estrita, conforme foi dito, esse erro será sempre erro de proibição (*omissis*). Para a teoria limitada, há que se distinguir, no particular, duas subespécies do erro: uma, a que recai sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação; outra, a que recai sobre a existência ou os limites da causa de justificação. No primeiro caso (erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação), considera a teoria limitada que ocorre um erro de tipo permissivo, que tem o mesmo efeito do erro de tipo, ou seja: exclui o dolo, mas permite a punição do fato como crime culposo, se prevista em lei. No segundo caso (erro sobre a existência ou sobre os limites de uma causa de justificação), configura-se o erro de proibição, com as consequências já examinadas (exclusão da culpabilidade, se inevitável, ou atenuação da pena do dolo, se evitável)”⁴¹.

A teoria dos elementos negativos do tipo consegue fundamentar coerentemente esta solução: que a suposição errônea dos pressupostos de uma causa de justificação se trate como erro de tipo e não de proibição. Se a ausência dos pressupostos de uma causa de justificação é necessária para que ocorra o tipo negativo, e esta, por sua vez, para que se dê o tipo total do injusto (= tipo negativo + tipo positivo), a suposição errônea de

40 É a lição de BRODT, Luís Augusto Sanzo. Op. Cit., pp. 98-99. Nesse sentido também TOLEDO, Francisco de Assis. Op. Cit. (*Teorias do Dolo e Teorias da Culpabilidade - Teorias Extremadas e Teorias Limitadas*), p. 274.

41 TOLEDO, Francisco de Assis. Op. Cit. (*Teorias do Dolo e Teorias da Culpabilidade - Teorias Extremadas e Teorias Limitadas*), p. 274, que faz ainda o seguinte comentário: “Em suma, a divergência irremovível entre a teoria estrita e limitada está no tratamento do erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, para a primeira erro de proibição, para a segunda uma espécie anômala de erro (erro de tipo permissivo), que produz os mesmos efeitos do erro sobre elemento do tipo. Um exemplo esclarecerá melhor. Tício, supondo-se ameaçado de morte pelo desafeto Caio, que faz um gesto semelhante ao de sacar arma, age mais rapidamente e mata o suposto agressor. Depois, verifica-se que Caio estava desarmado, tudo não passando de um lamentável equívoco. Para a teoria estrita, Tício, mesmo que comprovado o erro, deverá ser condenado, ou absolvido, por homicídio doloso, segundo a evitabilidade ou a inevitabilidade do erro. Nenhuma possibilidade de condenação de Tício por homicídio culposo. É uma teoria verdadeiramente dura, severa, rígida, rigorosa, essa que se quer extremada e só por isso já devia levantar suspeitas (*in medio virtus*). Para a teoria limitada, ao contrário, poderá acontecer o seguinte: a) condenação de Tício por homicídio doloso, se propositalmente, sem incorrer em verdadeiro erro (simulacro de erro), valeu-se da situação ensejada por Caio para liquidar o desafeto; b) condenação de Tício por homicídio culposo, se incorreu em erro evitável, não se comportando com a prudência que, nas circunstâncias, lhe era razoavelmente exigível; c) absolvição de Tício, se ficar demonstrado que o seu erro era inevitável, diante da dramatização de Caio ao fazer o gesto de sacar arma inexistente. Não é preciso muito esforço, supomos nós, para perceber que a única solução ajustável ao Direito legislado brasileiro (art. 17, § 1º, do C.P. vigente) é a da teoria limitada, que oferece maiores opções, e não a da teoria extremada, espécie de beco sem saída que, na hipótese de comprovado o homicídio culposo, no exemplo dado, colocará a Justiça Criminal diante do dilema de ter que, frente a um fato culposo, submeter o réu ou a uma severa condenação ou a uma injustificada absolvição por crime doloso”. Nesse sentido também BRODT, Luís Augusto Sanzo. Op. Cit., pp. 98-99 e TOLEDO, Francisco de Assis. Op. Cit. (*O Erro no Direito Penal*), p. 22, que diz ser esta teoria a preferida pela jurisprudência alemã.

que concorrem aqueles pressupostos supõe um erro sobre o tipo negativo e, portanto, relativo ao tipo total do injusto: é um erro de tipo. Tenha-se em conta que o erro não recai aqui sobre a admissão pelo direito positivo de uma causa de justificação. Será, ao contrário, um erro de proibição o daquele que, sem errar sobre a situação, crê equivocadamente que lhe assiste uma causa de justificação que o direito positivo não admite ou cujos limites legais ele sobrepassa⁴².

4.5. Conclusão

Chegamos pois, em relação a estas teorias, à seguinte conclusão: As teorias do dolo caracterizam-se pelo tratamento único do erro: seja de que natureza for, sempre exclui o dolo. As teorias da culpabilidade, por sua vez, apresentam solução dualista: o erro ora é causa de exclusão do dolo, ora é causa de exclusão da culpabilidade.

“É entre os autores que acolhem o dolo como *dolus malus* (dolo normativo), cuja nota característica consiste em exigir do agente, no momento da conduta, não só a consciência e a vontade de realizar os elementos integrantes do tipo, como também a consciência atual (real) do injusto (teoria do conhecimento), que surgem as *teorias do dolo*, a estrita, extrema ou extremada (*Strenge Vorsatztherie*) e a limitada (*Eingeschänkte Vorsatztheorie*)”⁴³. Para essas teorias, o erro, seja de que natureza for, sempre exclui o dolo. Procura-se, desta forma, dar ao erro um tratamento único, atribuindo-lhe, sempre, o condão de excluir o dolo⁴⁴.

Já a teoria da culpabilidade, que é a nossa preferida, entende não ser satisfatória esta solução unitária, e propõe, então, uma solução dualista: situa o erro ora como causa de exclusão do dolo, ora como causa de exclusão da culpabilidade⁴⁵.

Consideramos a Teoria Limitada da Culpabilidade a mais adequada no tratamento do erro jurídico-penal⁴⁶. Também em relação às discriminantes putativas encontramos “melhor tratamento dentro da ‘teoria limitada da culpabilidade’, com resultados diferenciados, segundo configurem, em concreto, o erro de tipo ou o erro de proibição, submetendo-se aos requisitos já apresentados para a escusabilidade ou não de cada uma dessas formas básicas do erro”⁴⁷.

42A lição tomamos de empréstimo a MIR PUIG, Santiago. *Op. Cit.*, p. 565.

43GOMES, Luís Flávio. Erro de tipo e erro de proibição: e a evolução da teoria causal naturalista para a teoria finalista da ação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.994, p. 25

44 É a lição de TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.* (*O Erro no Direito Penal*), p. 5.

45 É a lição de TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.* (*O Erro no Direito Penal*), p. 5.

46 Esta também é a teoria adotada por TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.* (*O Erro no Direito Penal*), por BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Op. Cit.*, e por nosso direito positivo.

47 TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.* (*Teorias do Dolo e Teorias da Culpabilidade - Teorias Extremadas e Teorias Limitadas*), p. 276.

Por fim, cabe consignar a seguinte lição de SANTIAGO MIR PUIG⁴⁸:

“La evolución sufrida por las distintas teorías expuestas no obedece sólo a razones dogmáticas, sino, en buena parte, a motivaciones político-criminales. Hay que partir del hecho histórico de que los Tribunales alemanes (...) no admitían en un principio la eficacia eximente del error de prohibición (conocido entonces como error de derecho). La teoría del dolo clásica ofrecía importantes inconvenientes político-criminales que favorecían esta actitud de la jurisprudencia. Por una parte, en los casos de error burdo, fácilmente evitable y sólo explicable por una gravísima falta de consideración de los valores jurídicos, parece inconveniente que haya que dejar de aplicar la pena correspondiente al delito doloso y contentarse necesariamente con la de la imprudencia. Ello se agrava aún por la segunda dificultad con que tropieza la teoría del dolo: en el Código alemán, como ahora también en el español, la imprudencia no se castiga con carácter general, sino sólo respecto a ciertos delitos específicamente determinados. El error de prohibición habría de conducir, según la teoría del dolo, a la impunidad en la mayoría de los casos, aunque el error fuera absolutamente burdo. A ello debe añadirse el temor a que cualquiera alegase desconocer la antijuridicidad y hubiese de ser absuelto en muchos casos, con el peligro de que ello fuera falso.

La formulación por Welzel de la teoría de la culpabilidad facilitó el cambio de actitud de los Tribunales alemanes, que pasaron a admitir la virtualidad eximente o atenuante del error de prohibición a partir de la Sentencia del Tribunal Federal de 18 de marzo de 1.952. La teoría de la culpabilidad venía a ofrecer una vía político-criminal intermedia entre el rechazo del error de prohibición y su admisión en los términos clásicos de la teoría del dolo - o, si se prefiere, una admisión moderada y matizada del error de prohibición -. Por una parte, rechazó toda relevancia, ni siquiera atenuante, al error burdo, facilitándose de paso la denegación de toda eficacia a posibles falsas alegaciones de desconocimiento del derecho. Por otra parte - y esto es tanto o más importante -, impidió que ningún error vencible quedase impune por el hecho de que la imprudencia no fuera punible en el delito correspondiente, pues afirmó en todo caso la subsistencia de una culpabilidad atenuada por el delito doloso. Por último, en su versión de teoría estricta de la culpabilidad, ambas cosas resultaron aplicables al error sobre los presupuestos de una causa de justificación”.

Todavía, o mesmo autor⁴⁹ advierte: “Ello no significa que la teoría estricta de la culpabilidad sea la preferible desde cualquier punto de vista. Por de pronto, cabría objetar que la evolución histórica que lleva a espiritualizar la responsabilidad penal encuentra en la teoría estricta de la culpabilidad una fase intermedia que hay que superar si se quiere llegar al pleno reconocimiento del significado del error de prohibición. En este sentido podría sostenerse incluso que la teoría del dolo es más avanzada que la de la culpabilidad. Los inconvenientes político-criminales de esta teoría, en cuanto se sigan considerando tales, se pueden obviar por

48MIR PUIG, Santiago. Op. Cit., pp. 566-567.

vías como la de mantener una punición general de la imprudentia iuris para el error vencible. Por otra parte, es teóricamente incorrecto confundir el error de tipo negativo (error sobre los presupuestos típicos de una causa de justificación) com el error de permisión, si, en cambio, se distingue el error de tipo (positivo) y el error de prohibición. Por último, no estimo posible afirmar la prohibición del hecho al autor cuando éste no puede conocer su antijuridicidad penal: la posibilidad de conocimiento de la norma de determinación, entendida como imperativo concreto, es una condición de aplicación tácita de la misma”.

5. DO TRATAMENTO DA MATÉRIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

5.1. Código Penal de 1.940

O Código Penal de 1.940 tratava o erro de fato da seguinte forma: Era isento de pena quem cometia o crime por erro quanto ao fato que o constituía, ou quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supunha situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima (art. 17). Não havia, pois, previsão para a punição a título de culpa. No que diz respeito ao erro de direito, o art. 16 dispunha que a ignorância ou errada compreensão da lei não eximiam da pena. Não havia, nesta hipótese, previsão para a redução de pena no caso de erro.

O erro de fato invencível excluía, pois, o dolo, impedindo a formação da culpa. No trato das discriminantes putativas a solução era idêntica: o erro de fato invencível excluía o dolo. Todavia, se o erro de fato não fosse invencível, subsistiria a culpa, e o agente responderia por crime culposos. Já o erro de direito era absolutamente inescusável: “Nele se fala em ignorância e erro de interpretação da lei. Se a ausência da noção sobre um objeto representa a ignorância, e a falsa ou errônea idéia sobre sobre um objeto representa o erro de direito, juridicamente não há diferença entre ignorância e erro de direito, porque compreender erradamente a lei é o mesmo que desconhecê-la”.⁵⁰ Assim, diante do Código Penal de 1.940 a ignorância e a errada compreensão da lei não eximiam de pena, e “ao juiz cabe (cabia) a aplicação da lei, sem nenhuma diferenciação entre os componentes da sociedade”.⁵¹

5.2. Lei 7.209/84: Nova Parte Geral do Código Penal

A dicotomia erro de fato / erro de direito viu-se superada com a promulgação da Lei 7.209/84, que reformulou toda a Parte Geral do Código Penal brasileiro. De modo que, hodiernamente, o tema ora em foco encontra-se regulado, no ordenamento jurídico-penal

49MIR PUIG, Santiago. Op. Cit., pp. 567-568.

50BEMFICA, Franciso Vani. Curso de Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Centrais Impressoras Brasileiras, 1.969, p. 206.

51BEMFICA, Franciso Vani. Op. Cit., p. 207.

pátrio, pelo disposto nos artigos 20 e 21 do Código Penal, com redação determinada pela Lei 7.209/84. Eis a redação de citados dispositivos:

“Erro sobre elementos do tipo

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

Descriminantes putativas

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

Erro determinado por terceiro

§ 2º. Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

Erro sobre a pessoa

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

Erro sobre a ilicitude do fato

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

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

Temos convicção de que a citada reforma da Parte Geral Código Penal pátrio, ocorrida em 1.984, adotou abertamente a teoria limitada da culpabilidade⁵². Tendo em vista o sistema repressor vigente, o tratamento do erro pode ser assim sintetizado:

⁵²Veja-se o item 17 da exposição de motivos da atual Parte Geral do CP brasileiro, assim redigido: “É, todavia, no tratamento do erro que o princípio do nullum crimen sine culpa vai aflorar com todo o vigor no direito legislado brasileiro. Com efeito, acolhe o Projeto, nos arts. 20 e 21, as duas formas básicas de erro construídas pela dogmática alemã: erro sobre elementos do tipo (tatbestandsirrtum) e erro sobre a ilicitude do fato (verbotsirrtum). Definiu-se a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude (parágrafo único do art. 21), mantendo-se no tocante às discriminações putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominada teoria limitada da culpabilidade”.

5.3. Do erro de tipo no atual ordenamento jurídico-penal brasileiro

O erro de tipo invencível exclui o dolo, de modo a impedir a configuração do injusto. Todavia, se o erro for vencível, o dolo permanecerá íntegro, possibilitando assim a configuração do injusto em sua modalidade culposa (art. 20).

De se considerar que apenas em relação a uma pequena parcela dos crimes definidos na parte geral do Código Penal brasileiro, e também daqueles previstos em legislação extravagante, previu o legislador a incriminação da conduta em sua modalidade culposa. Assim temos que, na prática, o erro de tipo, quer invencível ou não, levará à não configuração do injusto na maioria das condutas penalmente relevantes.

Quanto às circunstâncias qualificadoras do tipo, diga-se que o erro que incide sobre elas também é erro de tipo. Todavia, a eventual exclusão, por erro, da forma qualificada (tipo derivado), não impede a configuração do tipo básico.

As circunstâncias agravantes também devem estar cobertas pelo dolo e assim são excluídas pelo erro.

O erro sobre circunstâncias atenuantes ou sobre elementos que tornam o crime privilegiado é irrelevante.

5.3.1. Do erro accidental

O dito erro accidental, na lição de ANÍBAL BRUNO, “não faz o agente julgar lícita a ação criminosa. Ele age com a consciência da antijuridicidade do seu comportamento, apenas se engana quanto a um elemento não essencial do fato ou erra no seu movimento de execução”⁵³. Desta forma, ao contrário do essencial, o erro accidental não tem o condão de afastar o dolo, ou o dolo e a culpa do agente.

O erro quanto à pessoa da vítima não isenta de pena. Tal como era previsto no CP de 1.940, levar-se-ão em conta não as qualidades da pessoa atingida, mas aquelas da pessoa contra a qual o agente, efetivamente, queria praticar o crime (art. 20, § 3º.). A solução brasileira é, pois, de um crime único e não de concurso entre crime tentado doloso e consumado culposo. A caracterização da tentativa, inclusive, é insustentável em face do princípio do início da execução.

⁵³BRUNO, Aníbal. Direito Penal: Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1.984, p. 111.

A mesma solução, em nossa opinião, deve ser adotada na hipótese de erro quanto ao objeto, embora não haja previsão para tanto no Código Penal. Isto porque temos como aplicável, neste ponto, a analogia. Solução diversa seria ainda um retrocesso ao direito penal objetivo, jogando-se por terra as importantes conquistas do atual direito penal da culpabilidade.

A solução brasileira para o erro na execução (*aberratio ictus*) é a seguinte: haverá, de acordo com o art. 73 do CP, um só crime consumado doloso, se for atingida tão só pessoa diversa daquela que o agente pretendia ofender; se o agente, todavia, atingir tanto a pessoa visada, quanto uma estranha, responderá por dois crimes, em concurso formal, que poderão ser ambos dolosos, ou doloso quanto à pessoa visada e culposo quanto à pessoa estranha, dependendo das circunstâncias concretas que irão indicar a existência de dolo ou de negligência quanto ao último resultado também verificado.

Já na hipótese de *aberratio criminis*, o agente responderá por culpa, se o fato for previsto como crime culposo; se ocorrer também o resultado pretendido, será aplicada a regra do concurso formal de crimes (art. 74).

O erro sobre o processo causal é irrelevante. Todavia, a superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação, mas o agente responde pelos atos já praticados (art. 13).

5.4. Do erro de proibição no atual ordenamento jurídico-penal brasileiro

O erro de proibição, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço (art. 21).

Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência (art. 21, Parágrafo Único).

Discorrendo justamente sobre a valoração da potencial consciência da ilicitude, CIRILO VARGAS⁵⁴, adepto da teoria estrita do dolo, faz relevante crítica à reforma de 1.984. Diz o professor desta faculdade que o direito penal da liberdade perdeu terreno com a Lei 7.209/84. Isto porque “antes, exigia-se a efetiva consciência da ilicitude para atribuir-se a alguém um resultado a título de dolo; ausente essa consciência efetiva, dava-se a exclusão do dolo, abrindo-se a possibilidade de punição a título de culpa. Hoje, ao revés, a reforma trouxe dois malefícios: a) transformou em potencial o que era efetivo; b) ausente esse atributo, não

54 VARGAS, José Cirilo de. Op. Cit., pp. 371-372.

há que se perquerir a culpa, pois, de todo modo, o agente responderá por dolo". CIRILO VARGAS considera assim desastrosa a solução dada ao problema, isto é, punir a título de dolo quem praticou o fato sem consciência da antijuridicidade. Classifica como falha imperdoável responder o agente sempre a título de dolo no erro de proibição, enquanto que no trato do erro de tipo preve-se a modalidade culposa. Além disso, alerta que a redução de pena está prevista como facultativa, e fixada entre 2/3 e 1/3 é pequena até mesmo em face do CP alemão. Para CIRILO VARGAS, o melhor mesmo seria a unificação das duas classes de erro⁵⁵.

Já para ZAFFARONI⁵⁶ a atenuação facultativa prevista na última parte do art. 21 é correta e é também razoável. Alega que "nem sempre, o erro de proibição vencível diminui a culpabilidade. O erro de proibição pode ser evitado, porque o sujeito não se deu ao trabalho de averiguar se sua conduta era, ou não, lícita, até porque isso, na verdade, não lhe importava. Em tal situação, não se pode, de maneira alguma, atenuar a pena, porque em nada estará atenuada a reprovação e, talvez, até se trate de uma reprovação maior. Estas são circunstâncias que o juiz deverá valorar para estabelecer a correspondente atenuação da reprovação, e, conseqüentemente, da pena".

Ainda quanto ao erro de proibição, temos convicção de que decidir se o agente podia, ou não, ter consciência da ilicitude no caso concreto é tarefa extremamente complexa, difícil e tormentosa. Para nós, ao se considerar que o agente obrou sem a atual consciência da ilicitude, é penosa tarefa perquerir se lhe era possível atingir essa consciência (e assim permanecerá intacta a culpabilidade) ou não (e assim exclui-se a culpabilidade). Somos da opinião de que, *a priori*, não é possível a exculpação, pela falta de conhecimento da ilicitude, quando: a) ao agente teria sido fácil, nas circunstâncias, com algum esforço de inteligência e com os conhecimentos adquiridos em seu próprio meio ambiente, adquirir essa consciência; b) o agente, propositadamente, deixa de informar-se para evitar obediência ao dever jurídico; c) o agente deixa de informar-se, mesmo sem má-fé, sobre o exercício de atividades regulamentadas. Todavia, a questão há de ser resolvida no caso concreto.⁵⁷

5.4.1. Do desconhecimento da lei

55 Repita-se que a exposição que fazemos, dividindo o erro em erro de tipo e erro de proibição, explica-se tendo como pressuposto a teoria do delito elaborada sobre a base de um tipo complexo, orientação adotada pela Reforma de 1.984. Adverte ZAFFARONI (p. 494) que para aqueles que situam o dolo na culpabilidade, teoria adotada pelo Prof. CIRILO VARGAS, de fato "esta distinção perde quase todo o seu significado, e torna-se coerente que aí se sustente a chamada teoria unitária do erro, ou seja, uma teoria que não distingue entre erro de tipo e erro de proibição. Afirmando que todo problema do erro é um problema de culpabilidade e, como dolo e culpa são por ela localizados na culpabilidade, qualquer erro, seja sobre os requisitos do tipo, seja sobre a proibição da conduta, é resolvido da mesma maneira: quando é invencível elimina a culpabilidade e quando é vencível dá lugar à culpa".

56 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.*, pp. 642-643.

57 A lição tomamos de empréstimo a VARGAS, José Cirilo de. *Op. Cit.*, pp. 371-397.

A ignorância da lei não é causa de isenção de pena para o atual direito brasileiro⁵⁸, com exceção feita às condutas tipificadas pela Lei Das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1.941)⁵⁹, onde admite-se não seja aplicada pena ao agente que ignora ou compreende erroneamente a lei⁶⁰.

5.4.2. Das discriminantes putativas

O Código Penal brasileiro não é expresso neste ponto. Todavia, considerando sua aberta filiação à teoria limitada da culpabilidade, temos que o tratamento da matéria deve ser o seguinte:

O erro sobre os pressupostos fáticos a causa de justificação (supor situação de fato) é encarado como erro de tipo permissivo, uma espécie anômala de erro de tipo, que

58 MELLO, Lydio Machado Bandeira de. Manual de Direito Penal. Belo Horizonte: UFMG, 1.953, p. 112: "Em geral, os códigos penais modernos são intransigentes no que se refere à ignorância da lei penal: não isenta de pena; não serve de desculpa; não exime de responsabilidade. De outro modo, a lei penal perderia o seu caráter de obrigatoriedade absoluta e, muitos réus, malvados e matreiros, se valeriam do analfabetismo para cometerem delitos acobertados por perigosa ignorância. 'Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale' - sentencia o código penal italiano". O saudoso PROFESSOR LYDIO MACHADO considera injusta esta regra de Política Criminal, levanta graves e fundadas ponderações (p. 112), e faz o seguinte comentário (pp. 125-131): "Eis qual me parece a doutrina correta no tocante à ignorância da lei penal. Divido as infrações penais (crimes, delitos e contravenções) em dois grupos: - infrações penais que violam direitos naturais do homem; - infrações penais de mera criação legal. Entre os componentes do primeiro grupo, alinham-se o homicídio, o delito de lesões corporais, o estupro, o roubo, o furto, a calúnia, o dano, o lenocídio, o peculato. Entre os componentes do segundo grupo, citarei a violação de privilégio postal da União, a recusa de moeda de curso legal, o exercício ilegal do comércio das coisas antigas, a imitação de moeda para propaganda. Ninguém pode alegar ignorância no que concerne a infrações do primeiro grupo. E por que? Porque a lei penal nada mais faz do que tornar obrigatório perante as Justiças do Estado o que já era obrigatório perante a Consciência. Não se faz preciso nenhum texto legal para que saibamos que não devemos matar, nem violentar mulheres, nem arrebatar o alheio, nem levantar falso testemunho. Porém, nas infrações de mera criação legal, quem desconhece o texto da lei pode perfeitamente cometer a infração com tranquilidade e boa fé. Por exemplo: um homem rústico pode, naturalmente, e com a maior inocência, ao fazer uma viagem, levar cartas fechadas de conhecidos do lugar de onde veio para conhecidos do lugar aonde vai. (*omissis*). O código penal de Costa Rica, de 21 de agosto de 1.941, é, entre nós, o que melhor disciplina a matéria, quando estatui, em seu artigo 22: 'No eximen de responsabilidad la ignorancia de la ley penal o el error acerca de ella; pero si se tratare de infracciones de mera creación legal, los tribunales podrán apreciar la ignorancia o el error como atenuante o eximente, según las circunstancias'. (*omissis*). Porém, a doutrina correta era a do Direito Romano (Cf. Mommsen, "*Romisches Strafrecht*"; Gontardo Ferrini, "*Esposizione Storica e Dottrinale del Diritto Penale Romano*"; Bernardino Alimena, "*Principii di Diritto Penale*"; Lydio Machado Bandeira de Mello, "*Responsabilidade Penal*", Rio de Janeiro, 1.941) no qual vigoram as três regras seguintes: 1ª) A ignorância da lei penal, por via de regra, não constituía justificativa (Callistratus, D. , XLVIII, in fr. 15; Ulpianus, in fr. 11 § 4. D. III, 2; Paulus, D. XXII 6. in fr. 9). 2ª) A ignorância da lei penal constituía uma justificativa: a) *somente quando se referisse a leis que não tinham fundamento natural*; b) ou quando a violação fosse cometida por menores, mulheres ou recrutadas (tyrones), ou por imperícia ou por rusticidade (Cf. Gaius, "*Institutiones*", IV, 57; Ulpianus, D. III, W; Papinianus, D. XLVIII, 5; Arrius Menander, D. IV, R; XXIX, 5; XLIX, 16). 3ª) A ignorância de uma lei não-penal constituía uma justificativa, *quando essa lei não-penal era o pressuposto da lei penal*, porquanto, neste caso, vinha a faltar o dolo (Callistratus, D. XLVIII, 10; Gaius, D. XLI, 3; Neratius, D. XLVII, 2; Ulpianus, D. XLVII, 2). Como se vê, pode-se ignorar a lei penal, quando esta não se deriva de uma norma (de uma lei de conduta ditada pela razão prática ou consciência moral)".

59 Lei Das Contravenções Penais, art. 8º: "No caso de ignorância ou de errada compreensão da lei, quando escusáveis, a pena pode deixar de ser aplicada".

produz os mesmos efeitos deste: fica excluído o dolo, mas subsiste a possibilidade de punição por crime culposo.

CIRILIO VARGAS⁶¹ leciona que o erro de tipo permissivo não exclui o dolo. O agente tem a consciência e a vontade da conduta. Todavia, incorre em erro por supor situação fática que, se realmente existisse, justificaria sua conduta. O erro assim recai sobre a ilicitude da conduta. Todavia, para efeitos de aplicação da pena, aplicam-se os mesmos princípios que regem o erro de tipo. Se escusável o erro, isenta o agente de pena. Se inescusável, embora tenha agido com dolo, o agente é responsabilizado como se tivesse praticado um delito culposo. Aqui reside a chamada culpa imprópria, que ocorre nas hipóteses em que o agente atua com dolo na sua conduta, mas responde como se tivesse cometido um delito culposo.

No mesmo sentido ZAFFARONI⁶² assevera que “a doutrina alemã, que defende a sanção do erro vencível de proibição como culposo, nos casos das chamadas justificativas putativas, tem reconhecido a natureza dolosa de tais condutas, e opta por sustentar a punição a título de culpa (ou melhor, com pena do delito culposo), mas somente por razões de atenuação da punição, isto é, por razões de política criminal”. Parece-nos ser esta, de fato, a explicação que melhor se ajusta à hipótese.

No erro de tipo permissivo o agente supõe estar diante de uma situação de fato que, se realmente existisse, caracterizaria o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal ou o exercício regular de direito. Na verdade, inexistente a situação legal de causa de justificação. “O agente supõe ser legítima sua conduta quando legítima, concretamente, não era”⁶³. Cite-se como exemplo da discriminante putativa do estrito cumprimento de dever legal o caso do sentinela que, durante a guerra, nota a aproximação de um vulto e supondo tratar-se do inimigo dispara contra o mesmo, vindo a matar o próprio companheiro que, tendo fugido da prisão inimiga, voltava ao acampamento. Como exemplo da discriminante putativa do estado de necessidade temos aquele que estando numa sala de exibição cinematográfica lotada de espectadores, ao ouvir o falso alarme de incêndio sai em desesperada corrida, para salvar-se do suposto incêndio, e acaba por lesar a integridade corporal de alguém. Agora como exemplo de discriminante putativa de exercício regular de direito temos a conduta do particular que surpreende alguém em flagrante delito e

60Código Penal, art. 65: “São circunstâncias que sempre atenuam a pena: II - o desconhecimento da lei”.

Assim, a ignorância da lei, que não é causa de isenção da pena, pode ser alegada como circunstância atenuante.

61VARGAS, José Cirilo de. Op. Cit., pp. 371-397.

62ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit., p. 642.

63LOPES, Jair Leonardo. Op. Cit., p. 128.

saindo no seu encalço, ao virar a esquina, defronta-se com o sócia do perseguido, prende-o e o leva à delegacia, quando então se verifica o erro⁶⁴.

Já o erro sobre a existência ou os limites da causa de justificação (supor estar autorizado) é encarado como erro de proibição indireto, e assim exclui a culpabilidade, se inevitável, ou atenua a pena do crime doloso (de um sexto a um terço), se evitável.

6. DO TRATAMENTO DA MATÉRIA NO DIREITO PENAL ESPANHOL

6.1. Código Penal de 1.983

“Até a reforma de 1.983, o Código Penal espanhol não continha qualquer preceito relativo ao erro. A doutrina admitia, inobstante, sua relevância, embora discrepasse acerca de seu tratamento. A doutrina dominante inclinava-se por um tratamento unitário do erro de tipo e de proibição; contudo, a reforma (de 1.983) diferencia claramente uma e outra espécie de erro, com uma formulação mais próxima da teoria da culpabilidade”.⁶⁵

SANTIAGO MIR PUIG⁶⁶ nos informa que “la jurisprudencia tradicional se había resistido a admitir la plena eficacia eximente del error de prohibición, pero desde 1.983 ésta viene expresamente impuesta por el CP”.

Assim, o Código Penal espanhol de 1983 versava, em seu artigo 6º., que o erro inevitável sobre um elemento essencial integrante da infração penal ou que agrave a pena excluiria a responsabilidade criminal ou a agravação, em cada caso. Ademais, se este erro fosse evitável, atendidas às circunstâncias do fato e às pessoais do autor, a infração seria punida como culposa.

Na opinião de MUÑOZ CONDE⁶⁷ “essa regulamentação coincide, no que se refere ao erro de tipo, com a proposto pela doutrina e jurisprudência. O erro de tipo exclui o dolo e tudo o mais; quando seja evitável, deixa subsistente uma possível responsabilidade a título de negligência”.

SANTIAGO MIR PUIG⁶⁸ discorda e afirma: “Que la fórmula del anterior art. 6 bis a) respondiera a una toma de posición en favor de la teoría de la culpabilidad, resultaría ciertamente sorprendente a la vista de la tradición jurídica española y, en particular, de la composición de la Comisión redactora del Proyecto de 1980 - de donde procede la redacción de

64Os exemplos citados são todos tomados de empréstimo a LOPES, Jair Leonardo. Op. Cit., pp. 128-129.

65MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit., p. 62.

66MIR PUIG, Santiago. Op. Cit., p. 561.

67MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit., p. 63.

aquel proyecto -. Dicha Comisión estaba integrada mayoritariamente por penalistas partidarios de la teoría del dolo. En realidad, el art. 6 bis a) - como el actual art. 14 - no sólo no obligaba a la teoría de la culpabilidad, sino que ofrecía un importante argumento en favor de la teoría del dolo”.

Já quanto ao erro de proibição, o Código Penal espanhol anterior (1.983) previa que a crença errônea e inevitável de estar atuando licitamente excluiria a responsabilidade criminal, sendo que se o erro fosse evitável seria observado o disposto no art. 66 (art. 6º., bis a, § 3º.).

Inquestionável que a reforma de 1.983 fortaleceu a tese dos partidários da teoria da culpabilidade, até então um setor doutrinal minoritário, pois o art. 66 permite a atenuação da pena em um ou dois graus, no caso de concorrência incompleta de uma eximente.

Assim, podemos afirmar, acatando lição de MUÑOZ CONDE⁶⁹, que no regime do CP espanhol de 1.983 “o erro de proibição evitável determinava uma atenuação da culpabilidade, mas não a aplicação da pena pela modalidade negligente”.

6.2. Código Penal de 1.995

O vigente Código Penal espanhol (Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre) disciplina a matéria em seu artigo 14, assim redigido⁷⁰:

Artículo 14

1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Se el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

⁶⁸MIR PUIG, Santiago. Op. Cit., pp. 573-574.

⁶⁹MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit., p. 161.

⁷⁰VELASCO, Carlos María Landecho , e BLÁZQUEZ, Concepción Molina. Derecho Penal Español: Parte General. Madrid: Tecnos, 1996, p. 372, informam, ainda, o seguinte: “El precedente inmediato del artículo 14 del CP vigente es el artículo 6 bis a) del CP de 1973, que fue introducido en la reforma de 1983. La doctrina de manera unánime considerada incluidos en los párrafos 1 y 2 el error de tipo, y en el 3 el error de prohibición. Aunque existía una cierta polémica acerca de la consideración del error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación como error de tipo o de prohibición, nadie discutió la mejora técnica que suponía la clasificación recogida sobre la tradicional de error de hecho e error de derecho”.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

Eis os comentários que CARLOS VELASCO e CONCEPCIÓN BLÁZQUEZ⁷¹, profesores da Universidad Pontificia Comillas, fazem a respeito das expressões utilizadas pelo legislador na redação deste dispositivo:

“El artículo 14 utiliza las expresiones 'hecho integrante de la infracción penal', e 'ilicitud del hecho', en lugar de 'elemento esencial integrante de la infracción penal' y 'creencia errónea de estar obrando lícitamente' que eram empleadas por el artículo 6 bis a) del CP de 1973, lo que podría hacer pensar que el legislador ha querido volver a la tradicional clasificación del error en error de hecho y error de derecho. No es ésta, sin embargo, la voluntad legislatoris como se deduce de la defensa por el Grupo Socialista del texto aprobado en el Parlamento, defensa en la que se alegaba 'que es habitual hablar del hecho y de la ilicitude para referirse al tipo y la prohibición'. Lo cierto es que el término 'hecho' hace referencia a los presupuestos fácticos, y no todos los elementos del tipo lo son. De aquí que quepa concluir que, respecto a este problema concreto, la redacción del artículo 6 bis a) del CP del 1973 era de superior calidad técnica al artículo 14 del CP de 1995”.

Idêntica é a posição de SANTIAGO MIR PUIG⁷²: “La distinción entre el error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal a que alude el n.º. 1 del art. 14 y el error sobre la ilicitud del hecho a que se refiere el n.º. 3 del mismo precepto, no debe entenderse necesariamente como equivalente a la clásica y hoy abandonada distinción entre error de hecho e error de derecho”.

O tratamento do erro pelo CP espanhol pode, à vista dos dispositivos citados e das lições dos doutrinadores daquela nação, ser assim sintetizado:

6.3. Do erro de tipo no atual ordenamento jurídico-penal espanhol

O erro sobre elementos constitutivos do tipo, se invencível, exclui toda a responsabilidade criminal, já que *“si el dolo típico requiere saber que se realiza la situación prevista en el tipo de injusto, el error determinará su ausencia cuando suponga el desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo de injusto”*⁷³. Se vencível, observadas as circunstâncias específicas do fato e as pessoais do autor, a infração será punida

⁷¹VELASCO, Carlos María Landecho , e BLÁZQUEZ, Concepción Molina. Op. Cit., p. 373.

⁷²MIR PUIG, Santiago. Op. Cit., p. 572.

⁷³MIR PUIG, Santiago. Op. Cit., p. 253.

em sua modalidade culposa, desde que haja previsão para tanto na parte especial. Está é a previsão expressa do art. 14, nº. 1⁷⁴.

Nas palavras de SANTIAGO MIR PUIG⁷⁵:

“El error vencible excluirá el dolo pero no la imprudencia por lo que procederá, de ser punible ésta en el delito de que se trate, la estimación de la modalidad de imprudencia correspondiente. Ahora bien, en el CP actual la imprudencia no es punible en la mayoría de delitos, por lo que el error vencible determinará generalmente la impunidad.

El erro invencible excluirá tanto el dolo como la imprudencia, por lo que en principio dará lugar a la impunidad, pues en el Derecho positivo general sólo se prevén tipos dolosos o tipos culposos, de modo que la pura causación de un resultado lesivo sin dolo ni imprudencia resulta atípica”.

O erro sobre sobre as circunstâncias qualificadoras ou agravantes impede a apreciação das mesmas. Nestes casos é irrelevante que o erro seja vencível ou invencível, pois em ambas as hipóteses não se poderá considerar as circunstâncias qualificadoras e nem as agravantes. SANTIAGO MIR PUIG⁷⁶ adverte que “el art. 14, 2 no distingue el tratamiento del error invencible y del error vencible sobre elementos accidentales. En ambos casos el error impedirá su apreciación”.

Quando o erro incide sobre uma circunstância atenuante ou sobre elementos do tipo privilegiado temos que nos socorrer na doutrina, pois a lei é omissa:

“Deja el artículo 14 sin resolver la problemática del error sobre una circunstancia del tipo que lo privilegie o sobre una circunstancia atenuante. La doctrina piensa que cuando se trate de elementos objetivos de un tipo privilegiado (por ejemplo, la disminución de la pena, que se prescribe en el artículo 163.2 del CP, respecto a las detenciones ilegales) habrá que aplicar el tipo privilegiado, a pesar de que el sujeto ignore dicha circunstancia. Pero cuando sean elementos subjetivos, en los que el sujeto ha de actuar impulsado por un determinado motivo, no se podrá aplicar el tipo privilegiado si el autor no conoce el elemento subjetivo, pues querría decir que no actúa movido por él; así, por ejemplo, sería inaplicable el 163.4 a una persona que no conociese que detiene a outro para presentarlo inmediatamente a las autoridades, porque entonces no actuaría por dicho motivo”⁷⁷.

74MIR PUIG, Santiago. Op. Cit., p. 255: “El error sobre un elemento del tipo de injusto constituye, en efecto, un error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal”.

75MIR PUIG, Santiago. Op. Cit., p. 254.

76MIR PUIG, Santiago. Op. Cit., p. 257.

77VELASCO, Carlos María Landecho , e BLÁZQUEZ, Concepción Molina. Op. Cit., pp. 373-374.

Para MUÑOZ CONDE⁷⁸ “o erro sobre os elementos accidentais determina a não apreciação da circunstância agravante ou atenuante, ou, em cada caso, do tipo qualificado ou privilegiado”.

Eis a lição de SANTIAGO MIR PUIG⁷⁹ sobre o desconhecimento de circunstâncias atenuantes:

“Puesto que no se menciona em el art. 14, debe seguirse partiendo del art. 65 CP. Pero (...) este precepto sólo regula expresamente el desconocimiento de las circunstancias objetivas (nº. 2), y no decide si para que concurran las personales (nº. 1) es preciso su conocimiento. Para esto deberá acudirse a la ratio de las circunstancias. De ello se seguirá que habrá que conocer los presupuestos objetivos de las circunstancias atenuantes siempre que afecten al injusto y su fundamento haya de verse en que suponen un determinado motivo que ha de influir efectivamente en el sujeto (así el parentesco cuando atenúa: art. 23).

Distinta es la situación respecto a las atenuantes que no afectan al injusto, sino a la imputación personal (como las atenuantes de adicción del art. 21, 2ª. o de arrebató u obcecación del art. 21, 3ª.). El error sobre las mismas no constituye error de tipo, sino que sigue las reglas del error sobre la imputación personal”.

Já quanto ao erro sobre elementos do tipo privilegiado sua posição é a seguinte⁸⁰:

“Posto que (...) no es aplicable el art. 65 CP (...) todo dependerá de la ratio respectiva. Cuando requieran que el sujeto actúe impulsado por un determinado motivo, deberán conocerse sus presupuestos. En cambio, es discutible si es extensible el criterio del art. 65, 2 respecto de los elementos accidentales que rebajan la pena por disminución del injusto objetivo. Esta solución (no atenuación en caso de desconocimiento) no parece admisible en cuanto supondría aplicar lo dispuesto en aquel precepto más allá de su letra y, por tanto, analogía in malam partem, prohibida. Es preferible la solución contraria, en cuanto el desconocimiento de una circunstancia que rebaje la pena venga a constituir una situación análoga a la suposición de una circunstancia que la eleva, pues no atenuar en aquel caso vendría a contradecir el criterio sentado en éste outro, de no agravación”.

Pelo exposto, todos os casos de erro de tipo devem incluir-se no nº. 1 ou no nº. 2 do art. 14.⁸¹

⁷⁸MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. Cit.*, p. 64.

⁷⁹MIR PUIG, Santiago. *Op. Cit.*, pp. 257-258.

⁸⁰MIR PUIG, Santiago. *Op. Cit.*, p. 258.

⁸¹Esta é a lição de SANTIAGO, p. 572.

6.3.1. Do erro accidental

O erro sobre a pessoa (vítima) ou o objeto, a princípio, é irrelevante⁸². Todavia, MUÑOZ CONDE⁸³ adverte que “em alguns casos, a qualidade da pessoa determina a comissão de um tipo diverso (matar a seu pai por erro, confundindo-o com um estranho: realiza um parricídio em vez do homicídio). Na teoria, poder-se-á constituir um delito doloso tentado (de homicídio) em concurso com um delito culposo consumado (de parricídio)”. Assim, o erro sobre a pessoa terá consequências jurídicas quando versar sobre pessoa que goza de proteção penal especial. Veja-se o exemplo trazido à baila por SANTIAGO MIR PUIG⁸⁴: “Creyendo que se mata al Rey (art. 485) se da muerte a un ciudadano que no goza de protección especial (homicidio: art. 138). (...) En el ejemplo propuesto no excluirá el dolo respecto al homicidio producido, porque se quería matar al Rey e ello implica qe se quería matar a un hombre (porque el Rey también lo es); pero el error in persona obligará a castigar, además de por homicidio doloso, por tentativa inidónea de un delito contra la Corona (en concurso ideal de delitos: art. 77 CP)”. Por outro lado, se o erro versa sobre pessoa protegida da mesma forma pela lei penal ele é irrelevante.

Acerca do erro sobre a relação de causalidade, veja-se MUÑOZ CONDE⁸⁵: “Em princípio, os desvios não essenciais ou que não afetem a produção do resultado querido pelo autor são irrelevantes (A dispara contra B com ânimo de matar, ferindo-o levemente; B morre em poucos dias por causa de uma infecção da ferida). Ao contrário, se o resultado é produzido de modo totalmente desconectado da ação do autor, poderá ser imputado como fato tentado (no exemplo anterior, B morre posteriormente em consequência de um incêndio no hospital)”.

Assim, pode ocorrer que o desvio da cadeia não exclua a imputação objetiva do resultado causado, ou que o desvio do processo causal exclua a possibilidade de imputação objetiva do resultado por ruptura da necessária relação do mesmo com a conduta.

Na primeira hipótese, “el error será irrelevante si el riesgo concretamente realizado no constituye una clase de riesgo distinta a la abarcada con dolo directo o eventual

82Esta é a lição de VELASCO, Carlos María Landecho, e BLÁZQUEZ, Concepción Molina. *Op. Cit.*, p. 375, a saber: “El error en la persona (o, en su caso, en el objeto) es un error propio (de tipo); pues el autor ataca a la persona u objeto que deseaba (luego no hay error en la ejecución), aunque que se haya equivocado sobre la identidad de la persona o del objeto (es, por tanto, error en el proceso de formación de la voluntad). Tanto uno como otro son irrelevantes desde el punto de vista penal, ya que versan sobre una circunstancia accidental del tipo de delito como es el objeto material concreto, porque lo que prohíbe la ley penal (por seguir con el ejemplo indicado) es matar a un ser humano, siendo indiferente que se trate de Juan o de Pepe. Luego el hecho se castiga como un delito doloso consumado”.

83MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. Cit.*, p. 63.

84MIR PUIG, Santiago. *Op. Cit.*, p. 259.

85MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. Cit.*, p. 64.

(ejemplo: es irrelevante que el disparo dirigido al corazón dé en otra parte vital, porque ambos riesgos son especies de la misma clase: matar de undisparo) y el modo de comisión equivocadamente empleado no determina un cambio de delito ni de circunstancias que afecten a la gravedad del hecho típico. Por el contrario, será relevante el error cuando el modo de ejecución influya en la calificación del hecho o en sus circunstancias relevantes en orden a la responsabilidad penal, o cuando el riesgo realizado sea de otra clase que el abarcado por el dolo. Aquí cabe incluir los casos en que el resultado se produce por una acción anterior o posterior a la dolosa. Ejemplo: el autor cree haber matado a su víctima a consecuencia de estrangulamiento voluntario, cuando en realidad sólo le há privado de sentido, y, para ocultar lo que cree un cadáver, arroja al mar el cuerpo aún con vida. La autopsia pone de manifiesto que había aire en los pulmones y que, por tanto, la muerte se produjo en el agua".⁸⁶

Já na segunda hipótese, posto que faltará a própria possibilidade de imputação objetiva do resultado à conduta inicial, não ocorrerá a consumação do tipo objetivo do delito.

Já quanto ao erro na execução (aberratio ictus), a doutrina espanhola apresenta a seguinte solução: crime doloso tentado em concurso com crime culposos consumado. Vejamos o exemplo dado por MUÑOZ CONDE⁸⁷: "O autor, com sua péssima pontaria, atinge B, quando queria matar C. Nesse caso, haverá tentativa de homicídio doloso em concurso com um homicídio consumado por negligência".

Todavía, a esta solução se contrapõe um setor doutrinal, que considera irrelevante o erro na execução e, assim como no erro sobre o objeto, vislumbra a ocorrência de um delito doloso consumado.

Valiosa é a lição de SANTIAGO MIR PUIG⁸⁸:

"La solución depende del concepto de bien jurídico que se maneje. Si por bien jurídico se entiende un valor abstracto (así, la vida, la salud, etc. como valores abstractos), será coherente la solución de estimar irrelevante el error y admitir un delito doloso consumado: porque se quería lesionar esse valor y se ha conseguido, aunque sobre un objeto material distinto. Pero si, como parece más correcto, se entiende por bien jurídico un objeto empírico dotado de ciertas características típicas que lo hacen valioso, no será relevante el error sobre características no típicas como la identidad de la víctima a la que se dirige el ataque, a sabiendas que la misma reúne las condiciones típicas - así la confusión de Juan com Pedro en el error in persona irrelevante -, pero sí el error sobre la dirección del ataque al

86MIR PUIG, Santiago. *Op. Cit.*, p. 260.

87MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. Cit.*, p. 64.

88MIR PUIG, Santiago. *Op. Cit.*, pp. 261-262.

objeto empírico: será relevante que no se alcance el objeto empírico atacado (así la persona a la que se apuntó), sino a otro cercano equivalente (así, otra persona), porque en tal caso la agresión dolosa no se habrá dirigido a este bien jurídico. Desde esta concepción del bien jurídico lo coherente es, pues, la solución de apreciar tentativa respecto del ataque al objeto no alcanzado en eventual concurso con delito, imprudente - si concurre imprudencia y ésta es punible - respecto al objeto lesionado.

Esta solución tiene la ventaja de facilitar una diferenciación más precisa de los distintos supuestos imaginables. Así, es posible que la lesión efectivamente producida no fuera previsible atendidas las circunstancias concretas del caso, lo que se resolvería fácilmente como tentativa sin más con arreglo a aquella solución - la opinión contraria tendría que negar la imputación objetiva para conseguir la misma calificación -. También puede suceder que la ley no castigue la lesión imprudente del objeto alcanzado, y ello no podría ser tenido en cuenta por la solución del dolo. Por otra parte, imagínese el caso siguiente: A es atacado de noche y en la defensa alcanza a su mujer en lugar de a su agresor. En este caso puede que el homicidio del agresor hubiera quedado justificado en legítima defensa, pero la muerte de la mujer sólo podrá justificarse si cabe estimar estado de necesidad. Para decidir si éste concurre no sería correcto contemplar la muerte de la mujer como dolosa, sino, en su caso, como imprudente - lo que hará más fácil la estimación de la eximente”.

Todavía, mesmo diante da controvérsia é consenso que a aberratio ictus será relevante quando o resultado verificado corresponder a um tipo distinto daquele que almejava o autor. Neste caso, o tratamento deverá seguir as regras do concurso de delitos, como sucede no erro relevante sobre o objeto. Veja-se o exemplo apresentado por SANTIAGO MIR PUIG⁸⁹: “El disparo alcanza al Rey en vez de a un particular que estaba a su lado. (...) Deberá apreciarse tentativa de homicidio en concurso ideal, en su caso, con homicidio imprudente; en el supuesto inverso, en que se quiere matar al Rey y se alcanza al extraño que está a su lado, tentativa de un delito contra la Corona en concurso ideal, en su caso, con homicidio imprudente”.

6.4. Do erro de proibição no atual ordenamento jurídico-penal espanhol

Quanto ao erro de proibição vale, antes de examiná-lo, atentar para a seguinte lição de MUÑOZ CONDE⁹⁰: “O conhecimento da ilicitude não é um elemento supérfluo da culpabilidade, mas, ao contrário, um elemento essencial e o que lhe dá razão de ser. (...) Para a doutrina dominante é suficiente um conhecimento potencial da ilicitude, quer dizer, basta que o autor possa conhecer a ilicitude de sua ação para que esta possa ser reprovada como culpável. No entanto, com essa teoria se ampliam desmesuradamente as possibilidades de considerar culpável a todo aquele que, com capacidade de culpabilidade, pratica um fato

⁸⁹MIR PUIG, Santiago. *Op. Cit.*, p. 262.

típico e antijurídico, porque sempre resta a possibilidade de que ele podia conhecer a proibição.

Tem-se, aqui, uma vez mais, que recorrer à concepção da função motivadora da norma penal como uma função de comunicação e participação que coroa o processo socialização do indivíduo. Apenas na medida em que se dê a internalização dos preceitos normativos e não se encontre alterado o processo de socialização (analfabetismo, subcultura, etc.), poder-se-á colocar o tema do conhecimento da antijuridicidade. Numa sociedade em que coexistem distintos sistemas de valores, é preciso admitir a existência de indivíduos que, mesmo podendo, teoricamente, conhecer a ilicitude de sua ação, nem sequer a questionam, quando essa ação é normal no grupo social a que pertencem (ciganos, estrangeiros, etc.).

Isto não quer dizer, contudo, que o autor deva ter no momento do fato uma consciência exata do que está proibido. Basta que, de acordo com sua formação, nível cultural, etc., figure-se a ilicitude como possível, e, ainda assim, ele continue a agir. Se o agente desconhece a antijuridicidade de sua ação, atua, então, em erro de proibição”.

O erro de proibição invencível exclui toda responsabilidade criminal, enquanto que o vencível acarreta a diminuição da pena (art. 14, nº. 3).

Novamente valemo-nos dos comentários de CARLOS VELASCO e CONCEPCIÓN BLÁZQUEZ⁹¹:

“A primera vista parece que el legislador se ha inclinado por la teoría estricta de la culpabilidad dado que en los supuestos de concurrencia de error de prohibición vencible no se sanciona el hecho como imprudente sino que se atenúa la pena. Lo cierto es que la doctrina justifica el tratamiento dado a esta clase de error sobre la base de que en la mayoría de las ocasiones el error de prohibición se da respecto a una causa de justificación, y, por ello, se ha querido asimilar su punición a la de las eximentes incompletas”.

6.4.1. Das discriminantes putativas

Quanto às discriminantes putativas, o atual Código Penal espanhol também não explicita o tratamento em qualquer de suas espécies. A doutrina também não é pacífica. Assim temos que dependerá do operador do direito envolvido na questão específica fazer a adoção entre uma das teorias da culpabilidade⁹² ou do dolo.

⁹⁰MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. Cit.*, pp. 157-158.

⁹¹VELASCO, Carlos María Landecho, e BLÁZQUEZ, Concepción Molina. *Op. Cit.*, p. 374.

⁹²A diferença entre a teoria estrita e a limitada da culpabilidade, repita-se, “está no tratamento do erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, para a primeira, erro de proibição; para a segunda, uma espécie anômala de erro (erro de tipo permissivo), que produz os mesmos efeitos do erro sobre os elementos do tipo, ensejando, portanto, o aparecimento da modalidade culposa”. (TOLEDO, p. 274)

Veja-se a opinião de SANTIAGO MIR PUIG⁹³:

“Se discute la naturaleza del error sobre los presupuestos de una causa de justificación. Por afectar como el error de tipo al supuesto de hecho prohibido por la norma, y no a ésta, no puede admitirse la opinión del finalismo ortodoxo que lo considera constitutivo de error de prohibición, sino que ha de atribuírsele la misma significación que al error de tipo, cuyo tratamiento ha de compartir”.

Para CARLOS VELASCO e CONCEPCIÓN BLÁZQUEZ⁹⁴:

“La sustitución de la expresión 'creencia errónea de estar obrando lícitamente' del texto anterior, por 'la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal' parece dirigida a excluir del error de prohibición el error que recae sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación, lo que sin embargo no se consigue, puesto que el que mata a otro porque piensa que le va a privar de su propia vida no se equivoca sobre el 'hecho' de que está matando, lo que le queda claro, sino sobre si es lícito matar en ese caso concreto”.

Assim, temos que o erro sobre os presuspostos de uma causa de justificação deve ser tratado como erro de tipo (art. 14, n.º. 1). Veja-se a lição de SANTIAGO MIR PUIG⁹⁵:

“La doctrina y la jurisprudencia españolas están divididas en cuanto a considerar esta clase de error como de tipo (negativo) o de prohibición y respecto al anterior art. 6 bis a) se discutía si debía someterse al régimen de los párrafos 1.º. y 2.º. o en el del 3.º. La nueva terminología del art. 14 favorece la inclusión de esta forma de error en su n.º. 1”.

SANTIAGO MIR PUIG sustenta esta sua posição fazendo o seguinte raciocínio:

“Hemos visto que el n.º. 3 sólo se refiere a los casos de error que suponga desconocimiento de que el Derecho considera ilícito el hecho constitutivo de la infracción penal. Quien actúa creyendo erróneamente que es objeto de una agresión de la que necesita defenderse lesionando al supuesto agresor, no tiene, por esto sólo, que desconocer que es ilícito el hecho constitutivo de la infracción que objetivamente realiza (lesionar a quien de hecho no agredía). Es evidente, en cambio, que este sujeto yerra sobre un hecho constitutivo de la infracción penal, según los términos del n.º. 1 del art. 14. La ausencia de una agresión fundamentadora de legítima defensa constituye un hecho necesario para la presencia de una infracción penal completa, en el sentido de concreta infracción de una norma penal que deja

93MIR PUIG, Santiago. *Op. Cit.*, p. 253.

94VELASCO, Carlos María Landecho , e BLÁZQUEZ, Concepción Molina. *Op. Cit.*, p. 374.

95MIR PUIG, Santiago. *Op. Cit.*, pp. 572-573.

de existir cuando concurre una causa de justificación que permite el hecho. El supuesto de hecho completo de la concreta norma prohibitiva requiere una situación fáctica que no sólo realice la tipicidad abstracta del hecho, sino que no esté integrada por hechos - como determinadas agresiones - que lo justifiquen. Los presupuestos objetivos de una causa de justificación dan lugar a una situación fáctica distinta de la prohibida por la norma concreta. El hecho concretamente prohibido no se agota en la parte de situación descrita en el tipo del delito, sino que comprende también la ausencia en dicha situación de los hechos que dan lugar a una causa de justificación. En este sentido, el error sobre los presupuestos de una causa de justificación recae sobre un hecho constitutivo de la infracción penal, en los términos del n.º. 1 del art. 14. Y como entre los hechos constitutivos de la infracción penal deben incluirse tanto los elementos descriptivos como los elementos normativos - recuérdese lo dicho más arriba -, esto vale tanto para los presupuestos descriptivos como para los presupuestos normativos de las causas de justificación”.

A cominação de uma pena atenuada para o erro vencível tem sido interpretada pela doutrina espanhola majoritária como manifestação da teoria da culpabilidade. Contudo, é certo que nem o anterior art. 6 bis a) e nem o atual art. 14, n.º. 3 nada dizem acerca da razão ou fundamento da atenuação da pena na hipótese de erro vencível, pelo que não se pode excluir a possibilidade de que esta redução seja fundada na existência de imprudentia iuris (imprudência de direito) e a necessidade de seu tratamento diferenciado em relação à impudentia facti (imprudência de fato). Esta é a opinião de SANTIAGO MIR PUIG⁹⁶, que ainda faz a seguinte argumentação:

“Que se remita a la pena inferior en uno o dos grados a la señalada al delito doloso, no equivale, desde luego, a afirmar que exista un delito doloso. El art. 6 bis a) se limitó a ofrecer una regla de determinación de la pena. Y esta pena no es tampoco la del delito doloso, sino otra pena inferior. Que se calcule tomando como base comparativa la del delito doloso, no significa que subsista el dolo, en su sentido más global de dolus malus.

(...) El n.º. 3 del art. 14 no impone, pues, necesariamente la teoría de la culpabilidad. También puede interpretarse desde el prisma de una teoría del dolo matizada por la admisión de un distinto tratamiento del erro excluyente del dolo natural y del error que no excluye el dolo natural, sino que sólo impide que éste se convierta en dolus malus. Cabe ver en aquel precepto la expresión de una cláusula general de culpa iuris, como la propuesta desde las premisas de la teoría del dolo com objeto de evitar la inconveniente impunidad del error de prohibición vencible en todos los casos en que no sea punible la culpa facti.

En favor de esta interpretación desde el prisma de la teoría del dolo se halla, por lo demás, un dato fundamental de su regulación: según dicho precepto todo error de prohibición, aunque sea burdo, impide el castigo señalado al hecho doloso. Ello se opone al principio de la teoría de la culpabilidad según el cual, al no estar ya en juego el dolo, no es

preciso el conocimiento actual de la prohibición para que concurra plena culpabilidad, sino que puede bastar la posibilidad de conocer la prohibición (conocimiento potencial), puesto que sólo importa que el sujeto pudiera ser objeto del pleno reproche y ello sucede en el caso del error burdo. El art. 14, 3 responde, en cambio, a la alternativa conocimiento/no conocimiento (lógica cuando se trate de decidir si concurre el dolo), y no a la de posibilidad/no posibilidad de reproche.

Es expresivo, en este sentido, que el art. 14, 3 CP deje de remitir a la atenuación prevista para las eximentes incompletas precisamente cuando ésta ha dejado de ser obligatoria. Esta atenuación es ahora facultativa (art. 68 CP), mientras que el art. 14, 3 obliga a imponer la pena inferior en uno o dos grados siempre que el error es vencible. Tal vez ésta haya sido una de las razones que expliquen que el art. 14, 3 regule ahora por su cuenta el tratamiento del error vencible de prohibición: la voluntad de no extender al error de prohibición vencible el carácter facultativo de la imposición de la pena inferior en uno o dos grados que ahora se prevé cuando concurre una eximente incompleta. Pero ello choca precisamente con la lógica de la teoría de la culpabilidad, que habría aconsejado el carácter no obligatorio de la atenuación de la pena en caso de error vencible de prohibición".⁹⁷

CONCLUSÕES

Passamos agora a expor, em forma de tópicos, as principais conclusões a que chegamos durante a elaboração deste trabalho:

1. O erro que recai sobre os elementos exigidos no tipo objetivo é o "erro de tipo", que invariavelmente exclui a tipicidade dolosa da conduta.

2. Tanto no ordenamento brasileiro, quanto no espanhol, quando o erro de tipo é invencível elimina qualquer tipicidade, ao passo que, se vencível, pode dar lugar à tipicidade culposa, desde que seus extremos sejam estabelecidos.

3. O erro que recai sobre a compreensão da antijuridicidade da conduta é o "erro de proibição".

4. Tanto no ordenamento brasileiro, quanto no espanhol, quando o erro de proibição é invencível, isto é, quando com a devida diligência o sujeito não teria podido compreender a antijuridicidade de seu injusto, tem o efeito de eliminar a culpabilidade. Quando é vencível, em nada afeta a tipicidade dolosa ou culposa que já está afirmada ao nível correspondente.

96MIR PUIG, Santiago. *Op. Cit.*, p. 573.

97MIR PUIG, Santiago. *Op. Cit.*, pp. 574-575.

5. No trato das discriminantes putativas pelo CP brasileiro, se o erro sobre a causa de justificação recair sobre uma situação de fato, o erro é de tipo (art. 20, § 1º., CP); se incidir sobre a existência ou sobre os limites dessa causa de justificação, o erro é o de proibição (art. 21, CP).

6. Já o CP espanhol não definiu com precisão o trato das discriminantes putativas, gerando assim enorme controvérsia em nível doutrinário, pelo que a solução a ser dada a cada caso concreto vai depender da adoção de uma ou outra teoria (do dolo ou da culpabilidade) pelo operador do direito envolvido na questão.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ABREU, Waldyr de. *Aspectos do Conceito Moderno de Culpabilidade Penal*, in Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Guanabara, nº 23, 1.970, ano IX, pp. 64-70.

AMERICANO, ODIN. *A Teoria Normativa da Culpabilidade*. Belo Horizonte: Gráfica Caete, 1.949.

_____. *Da Culpabilidade Normativa*, in Revista da Faculdade de Direito da UFMG, ano 06, 1.954 (outubro), pp. 195-207.

BEMFICA, Franciso Vani. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Centrais Imppressoras Brasileiras, 1.969.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1.966 e v. II, 1.977.

BITENCOURT, César Roberto. *Reflexões Acerca da Culpabilidade Finalista na Doutrina Alemã*, in Revista dos Tribunais, ano 79, abril 1.990, volume 654, pp. 259-268.

BONCHRISSTIANO, Ana Cristina Ribeiro. *A Culpabilidade Jurídico-Penal*, in Revista dos Tribunais, ano 77, julho de 1.988, volume 633, pp. 254-262.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Da Consciência da Ilícitude no Direito Penal Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1.996.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal - Parte Geral - Tomos I e II*. Rio de Janeiro: Forense, 1.959.

CAMARGO, A L Chaves. *Culpabilidade e Reprovação Penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1.994.

- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1.992.
- CUNHA LUNA, Everardo da. *Capítulos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1.985.
- _____. *A Culpabilidade*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), janeiro-dezembro de 1.978, volume 73, pp. 273-291.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal - Parte Geral - Ed. revista por Fernando Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1.995.
- GOMES, Luís Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição (e a evolução da teoria causal naturalista para a teoria finalista da ação)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.994.
- LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.993
- MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *Manual de Direito Penal*. Belo Horizonte: UFMG, 1.953.
- MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo II, 1.949.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 5ª. edição. Barcelona: Tecfoto, 1.998.
- MUNHOZ NETO, Alcides. *A Ignorância da Antijuridicidade em Matéria Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1.978.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1.988.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*. 3ª. edição. Valencia: Tirant lo Blanch, 1.998.
- NETO, Accioly. *Alcides Munhoz Netto e o Direito Penal do Erro*, in Revista Jurídica - Faculdade de Direito de Curitiba, ano IV, nº 3, 1.984, pp. 27-38.
- PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Coação Irresistível no Direito Penal Brasileiro*. Belo Horizonte: UFMG, 1.964.
- ROCHA, Fernando Galvão da, e GRECO, Rogério. Estrutura Jurídica do Crime. Belo Horizonte: Mandamentos, 1.999.

ROXIN, Claus. *Problemas Básicos Del Derecho Penal*. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Editorial Reus, 1.976.

_____. *A Culpabilidade como critério limitativo da pena*, in Revista de Direito Penal - Órgão oficial do Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Cândido Mendes, n.ºs. 11/12, julho-dezembro de 1.973, pp. 7-20.

_____. *Acerca da Problemática do Direito Penal da Culpa*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, volume LIX, 1.983, pp. 1-29.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal (A nova parte geral)*. Rio de Janeiro: Forense, 1.985.

TAVARES, Juarez. *Teorias do delito - Variações e Tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.980.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1.984.

_____. *O Erro no Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1.977.

_____. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1.982.

_____. *Teorias do Dolo e Teorias da Culpabilidade - Teorias Limitadas e Teorias Extremadas*, in Revista dos Tribunais, ano 71, dezembro de 1.982, volume 566, pp. 272-276.

_____. *Culpabilidade e a problemática do erro jurídico-penal*, in Revista dos Tribunais, ano 67, novembro de 1.978, volume 517, pp. 251-261.

VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao Estudo dos Crimes em Espécie*. Belo Horizonte: Del Rey, 1.993.

_____. *Instituições de Direito Penal - Parte Geral - Tomo I*. Belo Horizonte: Del Rey, 1.997.

VELASCO, Carlos María Landecho, e BLÁZQUEZ, Concepción Molina. *Derecho Penal Español: Parte General*. Madrid: Tecnos, 1.996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 2ª. edição. São Paulo: RT, 1.999.