

## ERRO NO DIREITO PENAL

**Emanuella Drummond Resende**

Acadêmica de Direito – 5º período

Centro Universitário Newton Paiva

*“Ignorar é não saber; errar é saber mal”*

*Paulo José<sup>1</sup>*

O erro é um vício de vontade que gera uma impressão falsa da realidade, se referindo aos elementos estruturais de um ilícito ou a própria ilicitude de uma ação. São classificados em *erro de tipo* e *erro de proibição*, o que gerou uma grande modificação conceitual, uma vez que no Direito Romano existia o *erro de direito* e o *erro de fato*. Essa nova concepção do erro traz uma maior abrangência e, ao mesmo tempo, maior definição de situações, como no caso do erro de tipo que antes era considerado ora erro de fato, ora era classificado erro de direito. Assim, hoje vemos o erro com nova lente, focada na tipicidade e na antijuridicidade, que, junto com a culpabilidade, forma o ato ilícito.

O *erro de proibição* consiste em o agente praticar uma conduta, considerando que a mesma é lícita. Logo, o objeto do seu erro não é nem a lei, nem o fato, mas sim a ilicitude (contrariedade do fato em relação à lei). Percebe-se que o agente faz uma interpretação errada daquilo que a lei lhe permite fazer em sociedade. Assim, o erro de proibição afeta a análise da culpabilidade.

Nesse momento devemos diferenciar a *ignorância da lei* da *ausência do conhecimento da ilicitude*. O não conhecimento da lei não deve ser alegado para efeito de defesa, uma vez que se presume que a legislação seja de conhecimento geral. No entanto, a ignorância da antijuridicidade ocorre quando o agente desconhece que a ação é contrária ao Direito. Um exemplo claro, dado por Cezar Roberto Bitencourt<sup>2</sup>, é quando uma pessoa encontra um objeto, valioso ou não, e, sem saber quem é o dono, fica com ele. Ao ser procurado pela autoridade policial ele alega que sabia que deveria devolver o objeto se soubesse quem é o dono, mas

---

<sup>1</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal – Curso Completo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Pag 87.

<sup>2</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Pag 333.

tinha a convicção de que o mesmo não se aplicava no caso de desconhecimento do dono. Ele não desconhecia a lei, mas não sabia a abrangência de sua ilicitude, até mesmo porque sua atitude seria socialmente aceita e aprovada.

Tendo como norte a aceitação social e a moralidade da ação e, assim, a dificuldade de análise do elemento culpabilidade, Welzel reelaborou o conceito de consciência da ilicitude. Ele introduziu o elemento informativo, sendo que o agente não mais deve apenas desconhecer que o ato é ilícito para se enquadrar no erro de tipo, mas ele tem o dever potencial de conhecimento da ilicitude do ato, ou seja, potencial consciência da ilicitude. Esse potencial é gerado a partir dos juízos de valor sobre a atitude humana, sendo o cidadão obrigado a ter atenção e dever cívico de informar-se. E o legislador aplicou esse novo conceito no parágrafo único do artigo 21 no nosso Código Penal ao dizer:

“Considera-se inevitável 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”<sup>3</sup>

Entende-se então que os pressupostos básicos para a relevância do erro de proibição é a impossibilidade do agente de alcançar o entendimento da ilicitude de seu comportamento. Assim se o erro for inevitável, exclui-se a punibilidade, mas se for evitável, a pena do agente condenado será reduzida de um sexto a um terço.

O erro de proibição pode ser direto ou indireto. No primeiro o agente acredita que sua atitude não é proibida pelo sistema normativo, como no caso do saudita que ao chegar ao Brasil tenta se casar com duas mulheres acreditando que aqui, assim como em seu país, a bigamia não é ilícita. No erro de proibição indireto (permissivo) o agente não conhece a limitação da ilicitude de seu ato. Um exemplo bem claro, dado por Luiz Regis Prado<sup>4</sup> é o homicídio piedoso, no qual o agente mata o enfermo terminal, atendendo à pedido do mesmo, sem saber que sua atitude é ilícita, já que a vida é um bem indisponível. O militar que cumpre uma ordem, mesmo percebendo sua ilegalidade, mas acha que é seu dever cumpri-la, já que ela vem de seu superior hierárquico, também age em erro de proibição indireto.

---

<sup>3</sup> Código Penal (Decreto Lei nº 2.848/40). Artigo 21.

<sup>4</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Pag 363.

Concluimos com um exemplo jurisprudencial, demonstrando uma decisão fundamentada no erro de proibição:

**“Erro de proibição direto** – Aquele que ignora a lei não se exime de pena pelo só fato dessa ignorância. Todavia, se atuou com falta de consciência da ilicitude, poderá eximir-se da pena. O réu, morador da zona rural, com apenas 21 anos, simples, rude, não poderia Ter consciência da ilicitude do seu ato, como capaz de infringir o art. 219 do CPB e compreender que a sua conduta estava ferindo o pátrio-poder”<sup>5</sup>

*Erro de tipo* é uma percepção errônea da realidade sobre um dos elementos do crime. O objeto desse erro pode se localizar no fato, no conceito ou na norma jurídica, indiferentemente, desde que faça parte da estrutura do tipo penal. Como exemplo temos a calúnia. Segundo o artigo 138 do Código Penal Brasileiro

“Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime.

...

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.”<sup>6</sup>

Em um caso fictício, se Maria acusa João de ter praticado uma ato ilícito, acreditando verdadeiramente que João o praticou, Maria não agiu dolosamente, já que o elemento tipificador “falsamente” não existiu. Assim, Maria não agiu dolosamente conforme o tipo caluniar prevê, logo se exclui a tipicidade, incidindo em um erro de tipo.

O erro de tipo inevitável exclui o dolo, mas pune pelo crime culposos, quando for o caso, uma vez que a culpabilidade permanece inalterada. Há a exclusão da tipicidade por falta do tipo objetivo, não pela ausência do tipo subjetivo.

Observando sua aplicação, percebemos que o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu a favor da exclusão da culpabilidade:

**“Erro de tipo com relação a violência presumida** – Se o réu supôs, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, ser a vítima maior de 14 anos

---

<sup>5</sup> TACRSP. *Erro de proibição direto*. RJTJESP 94/442

<sup>6</sup> Código Penal (Decreto Lei nº 2.848/40). Artigo 138.

de idade quando com ela manteve relações sexuais, dada a sua conduta social e procedimento, impõe-se a absolvição pela ocorrência de erro de fato”<sup>7</sup>

Existe também o erro de tipo *permissivo*, no qual o objeto do erro é o pressuposto de uma causa de justificação. Causando uma grande polêmica, esse erro é considerado de natureza mista, ou *sui generis*, tendo em vista que sua estrutura é semelhante ao erro de tipo, no entanto suas conseqüências geram um entendimento de erro de proibição. Se esse erro é inevitável, eliminará o dolo e a culpa, mas se for evitável excluirá o dolo, mas permanecerá a culpa.

Diferenciando de forma exemplificativa, se Maria pegar um celular acreditando que o mesmo é seu, no entanto o aparelho é de João, ela cometeu um erro de tipo. Mas se Maria se apropriar do celular de João acreditando que tem esse direito porque ele lhe deve uma certa quantia e não paga, ela agiu com erro de proibição.

E, por fim, existe o erro que ocorre de forma *putativa*, ou seja, o agente pretende e deseja praticar um delito, mas devido a uma falsa percepção da realidade ele executa uma conduta atípica indesejável.

No *Erro Putativo de Tipo* o sujeito se engana quanto ao fato, como no caso do furto de um celular. Há o intuito de se apropriar do aparelho de outrem, no entanto o sujeito, por engano, se apropria do próprio celular. O agente agiu dolosamente, mas não conseguiu a consumação do delito por um ato falho ou por um acontecimento alheio a sua vontade.

O *Erro Putativo de Proibição* é caracterizado por um engano quanto ao tipo penal legislado, pois o agente acredita estar cometendo um ilícito, mas seu ato não é legalmente delituoso. Torna-se mais fácil o entendimento e a distinção desse erro para o erro putativo do tipo se imaginarmos que um filho acredita que está cometendo um delito ao apropriar-se do dinheiro do pai sem seu conhecimento, no entanto, por construção jurisprudencial, esse ato não se caracteriza crime. Assim, o agente imagina e acredita estar praticando uma ilicitude, mas não está. Pode até ser uma conduta moralmente condenável, mas não na esfera jurídica.

Existem também outros erros, analisados com menor ênfase, em forma de sub - classificação, como:

---

<sup>7</sup> TJSP. *Erro de tipo com relação a violência presumida*. RT 493/297

- *Erro Determinado por Terceiro* é aquele em que um terceiro é direcionado pelo agente a praticar o crime. Se Maria dá uma arma de presente para João, informando-o de que a arma está descarregada e João, sem se certificar do que foi dito, dispara a arma em José, Maria será a terceira indutora do crime praticado por João. Maria responderá por homicídio doloso, enquanto que João será punido pelo mesmo crime na característica de culposo.

- *Erro Sobre a Pessoa* é caracterizado como um real engano. Ocorre quando um agente quer praticar um ilícito contra A, mas se engana afetando B. Voltando à Maria e João, se a primeira tenta matar o segundo, mas tem como vítima José, ela incidiu no erro de pessoa. Nesse caso, o agente não será dispensado da pena, mas responderá pelo crime levando em conta as características, condições ou qualidades da pessoa visada.

- *Aberratio Ictus* existe no momento em que o agente tenta lesionar alguém mas por acidente ou erro quanto aos meios de execução acaba por prejudicar outrem. Diferencia-se do erro anterior porque a falha nesse caso ocorre na execução, enquanto que no anterior a falha pode ocorrer em qualquer momento do crime.

- *Aberratio Delicti* gera um resultado distinto do desejado, já que ocorre um desvio no delito praticado. Tem como afetado um bem jurídico de natureza diversa. João joga uma pedra em Maria, mas por inabilidade ou engano acaba acertando uma vidraça, assim ele agiu em *aberratio delicti* causando uma lesão à um bem jurídico bem diferente ao visado.

No entanto, a maior preocupação do Direito Penal realmente é a diferenciação e a correta aplicação da punição aos Erros de Tipo e de Proibição, o que ajuda a restringir à punição aos agentes realmente merecedores da mesma. Afinal, nosso sistema jurídico penal exige uma melhor distribuição da pena aos delitos verdadeiramente merecedores.

## **Bibliografia:**

- BITENCOURT, Cézar Roberto. ***Tratado de Direito Penal – Parte Geral***. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PRADO, Luiz Regis. ***Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral***. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. ***Direito Penal – Parte Geral***. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. ***Código penal Interpretado***. São Paulo: Atlas, 1999.
- Código Penal Brasileiro