

TEORIA DO ERRO – DIREITO PENAL

Resumo

A Teoria do Erro no Direito Penal – Material elaborado como fonte de preparação para concurso de analista do TJDFT

Reinaldo Rossano Alves

Defensor Público do DF – Professor de Direito Penal

Resumo de Direito Penal – Parte Geral

Prof Reinaldo Rossano Alves¹

- 1- Erro de tipo.** Espécies de erro: essencial (que recai sobre os elementos constitutivos do tipo penal, ou seja, sobre elementares ou circunstâncias do tipo penal) e acidental (erro que recai sobre elementos não essenciais do tipo, ou sobre o movimento de execução do crime).
- a. Erro de tipo essencial. Conseqüência: exclui o dolo (ou a culpa, conforme o caso), afastando o próprio tipo penal. O agente não quer praticar o delito, mas, por erro, acaba o cometendo. **Sempre** exclui o dolo (art. 20). Pode ser inevitável (escusável, invencível ou justificável), quando qualquer pessoa incidiria neste erro, afastando, por conseqüência, o dolo e a culpa (o fato é atípico); ou evitável (inescusável, vencível ou injustificável), quando o agente, caso fosse diligente (atuando sem culpa), não teria incidido no erro, o que faz surgir a sua responsabilidade pelo resultado, a título de culpa, se houver a previsão legal desta modalidade culposa para o delito. Exemplo: dois amigos na caçada (Hungria).

(*) Erro de proibição: também não se confunde com o erro de tipo. Com efeito, no erro de proibição, o agente tem consciência acerca dos elementos objetivos do tipo, mas acredita que sua conduta é lícita. No erro de proibição inevitável, há a exclusão do potencial conhecimento da ilicitude e, por conseqüência, da culpabilidade. No erro de proibição evitável, pode haver apenas a redução da pena de um sexto a um terço (art. 21 do CP). No erro de proibição, o agente supõe lícita a sua conduta, por desconhecer o conteúdo da norma ou mal interpretá-la (erro de proibição direto – recai diretamente sobre a norma penal incriminadora) ou por acreditar estar acobertado por uma causa excludente da ilicitude que não existe, ou exceder nos limites de justificação de uma causa existente (erro de proibição indireto, também conhecido como erro de permissão – recai indiretamente sobre a norma penal incriminadora, atingindo uma norma de justificação, quanto à sua existência ou seus limites autorizadores).

(*) Valoração paralela na esfera do leigo (do profano). Critério utilizado para aferir o potencial conhecimento da ilicitude do fato, no momento da análise da culpabilidade. Significa que a análise deve ser feita de acordo com o próprio convívio social e universo comunicativo que circunda o agente, impondo ao juiz que, quando da análise do erro de proibição, verifique em que condições sócio-culturais o agente realizou a valoração. Ou seja, é necessário que o agente tenha base suficiente para saber que o fato praticado está juridicamente proibido e que é contrário às normas mais elementares que regem a convivência. O erro de proibição pode inevitável (isenta de pena), evitável (pode reduzir a

¹ Defensor Público do DF. Mestre em Direito e Políticas Públicas. Autor do livro “Direito Processual Penal”, Editora Impetus, 8ª edição. Professor de Direito Penal e Processual Penal do Curso Unijur-DF.

pena) ou “crasso” (irrelevante penal), sendo avaliado de acordo com as condições do agente (valoração paralela na esfera do profano”).

(*) No sistema causal (dolo inserido dentro da culpabilidade), há uma Teoria Unitária do Erro, não existindo distinção entre erro de tipo (chamado de erro de fato - exclusão do dolo) e erro de proibição (exclusão da consciência da ilicitude do fato), já que ambos excluem a culpabilidade. No finalismo, adota-se a Teoria Diferenciadora do Erro.

(*) Erro de direito (*error juris nocet*): configurava circunstância atenuante de pena do CP de 1940.

(*) Desconhecimento acerca da existência da norma penal (*ignorantia legis*). De acordo com a primeira parte do art. 21 do CP, este erro (desconhecimento da lei) será sempre inescusável, não beneficiando o agente. Constitui circunstância atenuante genérica (art. 65, II, CP). Desconhecer a lei é não saber que existe o crime; incidir em erro é achar que não está praticando determinado crime.

(*) Erro mandamental: é o erro que incide sobre o mandamento (dever geral ou específico de assistência) contido nos crimes omissivos. O erro mandamental configura erro de proibição (ex: o banhista que, podendo prestar socorro à pessoa que se afogava, não o faz, por acreditar que, face à ausência de vínculo entre ele e a vítima, não tinha a obrigação de tentar salvá-la). Não se confunde com erro de tipo que também pode existir nos crimes omissivos, quando, por exemplo, o agente deixa de prestar socorro à vítima, por acreditar que havia risco à sua vida (ex: não ajudou a vítima, pois, não sabendo nadar, acreditava que a lagoa era funda, quando não esta era rasa).

(*) Erro de subsunção: é também uma espécie de erro de proibição. Cuida-se do erro sobre conceitos legais do tipo penal. O agente faz uma má valoração sobre o conceito de um elemento do tipo, sem que isto interfira no seu dolo. Exemplo: o agente, empregado de uma sociedade de economia mista, que supõem não estar praticando um crime de peculato (mas de apropriação indébita) por acreditar não ser funcionário público para efeitos penais. Trata-se de irrelevante penal, respondendo o agente pelo delito.

(*) Erro (de proibição ou de compreensão) culturalmente condicionado: cuida-se do erro de proibição, direto ou indireto, gerado em razão das práticas culturais de cidadão de determinado grupo étnico, como é o caso dos indígenas. Segundo Zaffaroni e Pierangeli, pode-se “objetar que, se amanhã trouxermos um indígena para o centro de uma grande cidade e o deixarmos livre, e ele supuser que cada branco que dele se aproximar quer matá-lo, deverá reagir matando a todo branco que vê, e, com absoluta tranqüilidade, teríamos que deixá-lo seguir com a sua matança, por encontrar-se num erro de proibição (justificação putativa) culturalmente condicionado. A objeção é mais aparente do que real, posto que, em tal caso, não existe dúvida, para nós, de que o mais correto seria restituir o campesino ao meio do qual nunca deveria ter se subtraído, e condenar ao irresponsável que o retirou de

seu meio natural [...] Muito embora exista delito que o silvícola pode entender perfeitamente, existem outros cuja ilicitude ele não pode entender, e, em tal caso, não existe outra solução que não a de respeitar a sua cultura no seu meio, e não interferir mediante pretensões de tipo etnocentrista, que escondem, ou exibem, a pretendida superioridade da nossa civilização industrial, para destruir todas as relações culturais a ela alheias”.

O fato é que a questão dos silvícolas sempre foi analisada pela doutrina tradicional sob o ângulo da imputabilidade. Porém, a moderna doutrina vem se manifestando contrária a essa análise, a partir da figura do erro de compreensão culturalmente condicionado, situando a questão no elemento do potencial conhecimento da ilicitude. Consoante Zaffaroni e Pierangeli lecionam, de “maneira alguma se pode sustentar que o silvícola, ou aquele que comparte de regras de qualquer outro grupo cultural diferenciado, seja um inimputável, ou uma pessoa com imputabilidade diminuída, como se sustenta com freqüência. Trata-se de pessoas que podem ser, ou não, inimputáveis, mas pelas mesmas razões que podemos nós também o ser, e não por pertencerem a um grupo culturalmente diferenciado. A psiquiatria ideológica – biologista e racista – já produziu estragos em demasia para continuar buscando suas soluções aberrantes. Nada tem de diferente do discurso de justificação, que produziu freqüentíssimas destruições de grupos culturais originários e de perseguição religiosa, falando em delírios coletivos frente a atos e cerimônias que jamais compreenderam, e de relações culturais diferenciadas como simples e primitivas, quando a antropologia comparada nos mostra, hoje, a sua enorme complexidade. O homem da civilização industrial inventou, no seu gabinete de elocubração, uma “mentalidade primitiva”, que foi desmentida por todas as investigações de campo contemporâneas”.

(*) Crime putativo (delito imaginário): ocorre em duas espécies: crime putativo por erro de tipo e crime putativo por erro de proibição:

- No primeiro caso, trata-se de um erro de tipo às avessas, pois, no crime putativo, o agente supõe estar praticando uma conduta criminosa que não existe, enquanto no erro de tipo ele não quer a produção do resultado.
- Haverá crime putativo por erro de proibição quando o agente supor estar ferindo uma norma penal que não existe mais ou fizer uma má interpretação de uma norma existente, acreditando estar praticando um delito que só existe em sua imaginação.

(*) Discriminantes putativas (art. 20, §1º do CP): neste caso, o agente acredita que sua conduta não é ilícita, pois supõe estar acobertado por uma causa excludente da antijuricidade. O agente nesta hipótese incide em um erro. Duas teorias discutem a natureza jurídica deste erro:

- 1) Teoria Extrema (Extremada ou Estrita) da Culpabilidade: este erro deverá ser tratado sempre como erro de proibição (se inevitável, exclui a culpabilidade; se evitável, pode reduzir a pena);
- 2) Teoria Limitada da Culpabilidade: devem ser distinguidas duas situações:
 - (a) se o erro derivar sobre a existência ou sobre os limites da causa de justificação, ele deverá ser tratado como erro de proibição (ex: o agredido, na legítima defesa, acredita

que, mesmo depois de imobilizado o agressor, pode continuar na repulsa). Trata-se do chamado erro de permissão (erro de proibição indireto);

(b) se o erro recair sobre uma situação fática que, se existisse, tornaria legítima a ação (ex: o agente supõe que o agredido estava armado e que ia atingi-lo, quando, na verdade, tratava-se de uma flor), haverá erro de tipo (se inevitável, isentará o agente de pena, - no chamado erro de tipo permissivo; se evitável, excluirá o dolo, mas permitirá a responsabilização do agente por crime culposo, na chamada culpa imprópria).

(*) O CP adotou a Teoria Limitada da Culpabilidade.

(*) Natureza jurídica do erro de tipo permissivo: modernamente, não se admite mais tratar-se de um erro de tipo. Na verdade, é um erro de tipo *sui generis*, pois não exclui o dolo do agente, diferentemente do que ocorre com o erro de tipo essencial (chamado de erro de tipo incriminador). Se inevitável, isenta de pena; se evitável, permite a responsabilização do agente por crime culposo (culpa imprópria), embora o sujeito tenha atuado com dolo (que não é excluído). Cuida-se da aplicação da chamada **Teoria que Remete o Erro às Conseqüências Jurídicas**. O dolo se mantém íntegro, não havendo afetação do respectivo tipo, apesar do erro sobre pressuposto fático da excludente. E, quando evitável o erro, por analogia, a conseqüência jurídica é a da sua equiparação ao erro de tipo.

b. Erro accidental. São suas espécies: - erro sobre o objeto (quer subtrair um objeto e, por erro, subtrai outro); - erro sobre a pessoa (*error in persona* – art. 20, §3º, CP); - erro na execução (*aberratio ictus* – art. 73 do CP); - resultado diverso do pretendido (*aberratio criminis* ou *aberratio delicti* – art. 74 do CP); - *aberratio causae* (erro sobre o nexos causal). Conseqüência: não exclusão do dolo.

1. *Error in persona*: o agente quer atingir uma pessoa (vítima virtual) e, por erro de representação (identificação), atinge outra (vítima real). Há uma falsa percepção da realidade, pois o agente acredita estar acertando a vítima certa (vítima virtual), quando, na verdade, está atingindo outra (vítima real). Conseqüência: responde como se tivesse atingido a vítima virtual (ex: infanticídio e homicídio; cônjuge). Aplicação da teoria da equivalência.

2. *Aberratio ictus*: o agente quer atingir uma pessoa (vítima virtual) e, por erro na execução (desvio no ataque), atinge pessoa diversa (vítima real). Conseqüência: responde como se tivesse atingido a vítima virtual (teoria da equivalência). Pode ocasionar um resultado único (só a vítima real é atingida – unidade simples), como um resultado duplo (vítimas real e virtual são atingidas – unidade complexa). Neste último caso, aplica-se a regra do concurso formal de crimes. Não há erro na execução quando o agente age com dolo (direto ou eventual) em relação às duas vítimas (virtual e real), devendo, nesse caso, aplicar-se a regra do concurso formal imperfeito, somando-se as penas.

3. *Aberratio delicti*: o agente quer atingir uma pessoa e atinge uma coisa (*persona in rem*); ou quer atingir uma coisa e atinge uma pessoa (*re in personam*). Difere-se do erro na execução, pois este é *persona in personam*. Conseqüência: responde o agente pelo resultado diverso do pretendido, a título de culpa, se o fato é previsto também como crime culposos. Hipóteses: 1) O agente quer atingir uma coisa e atinge uma pessoa. Responde exclusivamente por homicídio culposos ou lesão culposa (conforme o resultado ocorrido), se tiver atuado com culpa em relação ao resultado diverso. Não responde por tentativa de dano; (2) O sujeito pretende atingir uma pessoa e atinge uma coisa. Não responde por dano culposos, pois o CP não prevê este delito na modalidade culposa. No entanto, será responsabilizado por tentativa de homicídio ou de lesão corporal, conforme o seu dolo. Não se pode esquecer que o agente tentou matar (ou lesionar) a vítima e não conseguiu por circunstâncias alheias à sua vontade (no caso, por erro); (3) O agente quer atingir uma pessoa, vindo a atingir esta e uma coisa. Aqui, há a hipótese de *aberratio criminis* com resultado duplo. Neste caso, determina o CP que se aplique a regra do concurso formal (art. 70). No entanto, como não há previsão de crime culposos para o resultado diverso (dano), o agente só responderá pelo delito produzido em relação à pessoa (homicídio ou lesão, conforme o seu elemento subjetivo); (4) o agente quer atingir uma coisa, vindo a ofender esta e uma pessoa. Aqui também há a hipótese de *aberratio criminis* com resultado duplo. Todavia, o caso requer a aplicação da regra do art. 70, devendo o agente responder pelo crime de dano em concurso formal com o delito cometido contra a pessoa, a título de culpa (homicídio culposos ou lesão culposa).
4. *Aberratio causae*: cuida-se do erro sobre o nexos causal. Há um nexos efetivo (real) e um nexos imaginado pelo agente. Neste caso, o sujeito responde normalmente pelo crime (ex: achou que tivesse matado a vítima afogada, mas a matou com a queda). Erro sucessivo e dolo geral. A doutrina normalmente cita *aberratio causae*, *erro sucessivo e dolo geral* como expressões sinônimas. Contudo, o erro sucessivo ocorre quando o agente, supondo já ter alcançado um resultado por ele visado, pratica nova ação que efetivamente o provoca. Ou seja, depois do primeiro ato, o agente imagina já ter atingido o resultado desejado, que, no entanto, somente ocorre com a prática dos demais atos. Não deixa de ser um caso de erro sobre o nexos causal, mas ele é sucessivo. Assim, suponha que A atira em B e imagina que este morreu; A joga B no mar, e apenas quando este é jogado no mar é que efetivamente morre, afogado. O resultado pretendido aconteceu, porém com nexos de causalidade diverso (afogamento). Nesse caso, aplica-se a teoria do dolo geral (*dolus generalis*) para resolver essa questão, devendo o agente responder por um crime de homicídio consumado, já que o dolo é geral, nascendo no início da ação e terminando com a produção do resultado.