

MONOGRAFIA

O ERRO NO DIREITO PENAL

José Eduardo Diniz Rosa (aluno)

SUMÁRIO

I — Introdução	17
II — Conceito de Erro	22
III — Evolução Histórica do Problema do Erro	24
IV — Sistemática do Erro	32
V — O Erro no C.P. de 1940	35
VI — Sistemática Atual do C.P. sobre o Erro	38
VII — Conclusão	42
VIII — Jurisprudência	43
IX — Bibliografia	46

Prof. Dr. Feliciano Roberto da Silva — Orientador.

Revista Jurídica, Campinas, V. 5, março de 1987, p. 1 — 176

I – INTRODUÇÃO

1. Primeiramente, antes de adentrarmos no estudo do assunto proposto, impõe-se definir o conceito de crime e os elementos que o compõe.

“Definir, segundo o sentido etimológico, é delimitar. A definição lógica consiste de fato em circunscrever exatamente a compreensão de um objeto, ou, em outros termos em dizer o que uma coisa é”, consoante textua R. Jolivet, na sua obra “Curso de Filosofia” (p. 34, Ed. Rio, 1957).

2. Tomando-se por ponto de partida a concepção do crime natural que conceituou Garofalo, “in”, “Criminologia” como sendo “a violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e de probidade, na medida média em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas à coletividade”, (p. 18 e segts. Turim, 1981), em outras palavras, trata-se de uma lesão ao sentido moral da sociedade causando um fenômeno social, cuja medida Estatal se faz necessária para adaptação do indivíduo à sociedade. A idéia de crime pressupõe um juízo de valor desses mesmos sentimentos que seriam ofendidos pelo delito.

Henrique Ferri buscou também uma definição universal de crime, em sua obra “Sociologia Criminal”, conceituando: “são delitos as ações determinadas por motivos individuais e anti-sociais que alteram as condições de existência e ofendem a moralidade média de um povo em um determinado momento”.

Os conceitos, se revelam imperfeitos, na sua idéia diretriz da ofensa ao senso moral para caracterizar o crime. O interesse maior da sociedade cujo ato põe em perigo sua condição de vida, supera a violação de sentimentos ou de princípios éticos individuais ou de grupos sociais, para reconhecer que o crime só existe em função da ordem jurídica.

Todo crime é, de início, algo que ocorre no mundo natural e que recebe, em fase subsequente, os atributos valorativos estabelecidos pela norma, assim, sob o ponto de vista sociológico-jurídico, um ato que ameaça ou defende um bem ou interesse jurídico julgado fundamental para a coexistência da sociedade, e por isso protegido pelo Estado sob ameaça de uma sanção, é penalmente relevante.

Auscultável, nesse passo, a definição material de crime, do douto Anibal Bruno, como sendo “o ato que ofende ou ameaça um bem jurídico tutelado pela Lei penal (“in”, “Direito Penal”, T. 1º p. 285, Ed. Forense, 1967).

O substrato físico, objetivo, do delito, é sempre um fato material, composto de dois elementos: a conduta humana consistente na exteriorização de um processo interno do sujeito, e do resultado, a ela unido por uma relação de causalidade.

Por outro lado, o crime sob o aspecto de transgressão de um dever, não o é do de fidelidade ao Estado, mas do de obediência a Lei, que preceitua a ação contrária ao bem jurídico, cuja a proteção cabe ao Estado.

Compreendendo, assim, um conjunto de feitos oriundos de certa manifestação de vontade, o fato que irá constituir o núcleo de infração possui duplo significado, em primeiro lugar, representa a mais alta unidade perante todos os fenômenos do Direito punitivo; mas, ao mesmo tempo, significa o afastamento de tudo aquilo que, de antemão não desperta interesse penal; em segundo lugar, é uma definição no sentido substantivo ao qual se acrescentam todas as demais características do delito como adjetivos, atributos e creditados que se incorporam à ação considerada como sujeito.

Conclui-se que o fato material, como dado naturalístico, preceito do crime, para cuja formação concorrem outros requisitos tais como a injuridicidade. O conceito de fato é imutável, o que se altera com o contato com a norma, é o aspecto particular de fato jurídico. O fato só vem a ter relevância para o Direito Penal, se for típico.

Já a teoria finalista de Hans Welzel, concebe, "a ação humana, não como um acontecimento puramente causal, mas finalístico." ("La Teoria de La Accion Finalista", p. 18, Buenos Aires, 1951). Conseqüentemente, a ação humana, deve designar a atividade finalística, donde não pode indicar um simples fenômeno causal, mas um acontecimento ou suceder "final", endereçado a certa meta.

Enfim, crime no dizer do grande mestre de Pisa, Francesco Carrara, "O Delito Civil se define: a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso" ("Programa del Curso de Derecho Penal", § 21, volume I, Depalma-Buenos Aires, 1944).

No mesmo sentido Jiménez de Asua considera o crime como a "conduta considerada pelo legislador como contrária a uma norma de cultura reconhecida pelo Estado e lesiva de bens juridicamente protegidos, procedente de um homem imputável que manifesta com sua agressão perigosidade social" ("Tratado de Derecho Penal", p. 61, volume III, Losada — Buenos Aires, 1951).

Francesco Carnelutti critica o relevo ao caráter de infração à lei como essencial na conceituação de crime, assim manifestado: "Non Bisogna credere, invece, che il reato non possa esistere senza il diritto. Il rapporto logico tra reato e diritto non è nel senso che il diritto sia un prius é costituito del reato. Un atto non è reato perchè il diritto lo punisce ma il diritto lo punisce perché é reato, il presupposto del reato é non la legge giuridica ma la legge morale" (Lezioni di Diritto Penale, p. 4, Ginfre, Milão, 1943).

Conclusão a que chego, é a de que não se construiu ainda, um conceito material inatacável de crime, porém, opto pela externada por Anibal Bruno, acima transcrito.

3. O conceito formal de crime, alcança, apenas um dos aspectos do fenômeno, que é a contradição de uma norma de Direito.

Von Liszt define: "é o fato ao qual a ordem jurídica associa a pena como legítima consequência" (Tratado de Direito Penal Alemão, p. 144, Rio, 1899).

No mesmo tom Beagio Petrocelli: "l'azione vietata del diritto com la minoccia della pena (Princípio di Diritto Penale, p. 199, Nápoles, 1949).

Ainda, Giuseppe Maggiore conceitua, "crime é qualquer ação legalmente punível" (Diritto Penale, p. 189, v. 1, Bolonha, 1951).

Já os penalistas brasileiros definem: "crime é todo o fato que a lei proíbe sob a ameaça de uma pena (Anibal Bruno, 06, p. 281); "Crime é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao direito, a que a lei atribui uma pena" (Manoel Pedro Pimentel, "O Crime e a Pena na Atualidade", p. 2, RT, 1983); "Crime é toda a ação ou omissão proibida pela lei sob a ameaça de pena" (Heleno Claudio Fragoso, "in" Lições de Direito Penal, p. 148, pg. 4ª Edição Forense, 1983).

Ante ao exposto, definível como sendo um crime, sob o aspecto formal, a conduta humana que viola o preceito penal, ficando sujeito o agente a uma pena.

4. Decompondo os elementos constitutivos do crime, partindo do conceito formal chega-se ao conceito analítico, ou seja, crime é uma ação típica, antijurídica, e culpável.

Da afirmação acima deflui que o delito é uma manifestação de vontade humana no mundo exterior contrário ao direito, contrastando com o comando da norma penal e que se ajusta a um tipo legal.

O primeiro elemento estrutural, a conduta, consiste na atividade ou na inatividade corpórea através das quais o sujeito exterioriza a sua vontade no mundo.

A conduta é o núcleo do conceito, pois, todo o fato é antes de tudo a realização da vontade do homem, através da ação ou omissão de uma forma voluntária e intencional como razão de ser do seu aparecimento no mundo exterior.

Torna-se então, objeto de um juízo de valor e se faz penalmente relevante quando se apresenta com os atributos da antijuricidade e tipicidade.

Duas formas opostas pode a conduta assumir num "facere" ou num "nom facere". A comissão ocorre através de movimentos eficazes à produção de efeitos positivos, através de uma ação ou inação; e, a omissão dá-se pelo deixar de atuar em determinado sentido não causando um certo efeito exigido pelo dever.

Não é suficiente a presença apenas, do elemento externo, sem existir um fator moral que estabeleça na violação do sujeito a sua origem, através da voluntariedade que lhe dá o conteúdo intencional, isto é, pela vontade humana como objeto ao qual se dirigem as imposições normativas, a razão de ser de seu aparecimento no mundo exterior. Assim, para o Direito Penal só interessa as condutas que tenham um certo conteúdo finalístico.

Qualquer transformação no mundo exterior gera um fato, que vem a ser jurídico se produz efeitos dessa natureza. Se em consequência de uma ação humana voluntária, há mudança no mundo exterior consubstanciada no resultado da atividade assim produzida. Logo, ação humana mais resultado são termos iniciais da noção de crime como fato jurídico, desde que entre ambos haja relação de causalidade.

Com efeito, o estudo do fato jurídico é forçoso incluir o requisito da tipicidade (a adequação de uma conduta voluntária e real a uma descrição abstrata da ação criminosa — tipo) para ter relevância para o Direito Penal.

Antes de aprofundarmos na definição de tipicidade faz-se necessário delimitar o tipo penal que no dizer de Francisco de Assis Toledo "é a descrição abstrata da ação proibida ou da ação permitida" (Princípios Básicos do DP, p. 78, RT 2ª Ed., 1986), ou seja, é a fórmula utilizada pelo legislador para definir penalmente relevante.

Dentre muitas, trago a colação a definição de tipicidade proferida por Roberto Lyra como sendo a exata "Correspondência entre o fato e a definição legal" (Direito Penal, p. 59, nº 42, 1953 — Rio) e a sua exigibilidade para a configuração do crime transcende aos limites do Código Penal, para se impor como princípio Constitucional — "Não há crime sem lei anterior que o defina" (Princípio de Reserva Legal).

Deflui então, que a transformação do mundo exterior constitui um fato e este torna-se relevante para o DP, quando originário de uma conduta humana e voluntária que se encontra anteriormente definida como crime (fato típico).

A relação de contrariedade entre a conduta voluntária que se encontra no mundo exterior e o ordenamento jurídico (CP) ocorre um fato antijurídico. A ilicitude se subsume na relação de contrariedade entre a conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, que causa lesão ou expõe a perigo o bem jurídico tutelado.

Define Sebastian Soles: "La antijuridicidade, o ilicitud,... también debe enter-se como una abstracta relación de contradicción entre el hecho y el ordenamiento jurídico general de una sociedad, contenido no sólo en el Código Penal, siro, además, em toda fluente vigente de Derecho" (Derecho Penale Argentino, Buenos Aires, 1951, T. 1, p. 277).

O ilícito penal ocorre quando juntam-se os atributos da tipicidade e da antijuridicidade ao fato jurídico.

5. Finalmente a culpabilidade.

Esta está estreitamente vinculada à evitabilidade da conduta ilícita, diante da possibilidade do agir de outro modo, em outros termos, é a censuralidade da formação da vontade, pela capacidade de culpa, além da compreensão do injusto.

A vontade do sujeito ativo dirigido à prática do fato punível torna-se uma vontade ilícita, por violar o dever jurídico estabelecido pela norma, quando este, consciente e tendo a possibilidade de fazer segundo a lei, age de forma contrária. Resumindo, o fato exprime uma contradição entre a vontade do agente e a vontade de norma. Para a sua reprovação jurídica é preciso a consciência da ilicitude e o processo de determinação da sua vontade.

O agente deve saber que faz e o que não deve fazer e apesar de conhecer a ilicitude da sua atuação, age. Não é necessário que o agente reprove o próprio ato, mas basta apenas que a consciência comum reprove.

Importante ressaltar que, ainda não se tornou seguro o seu conceito e, nestes termos, não é demasia afirmar-se que a idéia da culpabilidade anda em confusão e evolução simultânea.

Nos seus albores, o Direito Penal era puramente objetivo, onde tinha repressão como único pressuposto o evento independentemente de qualquer outra indagação. As fases da vindita privada, do talião e da composição, embora as duas últimas assinalassem começo de evolução, são meramente materialista.

No Direito romano não encontramos com segurança e distinção do ato voluntário do ato fortuito. A responsabilidade pelo resultado versa na coisa ilícita dos delitos qualificados pelo resultado e pela periculosidade do agente admitindo como ato voluntário o que resulta do *dolus indirectus*, pelo menos é o que se depreende da máxima: "*versanti im se illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*".

Francesco Carrara, na fase chamada clássica do direito penal, distanciando-se idéias romanas, difundiu o conceito psicológico de culpabilidade equiparando o dolo à vontade. Assim, basta que exista entre o autor e o fato uma relação subjetiva sem qualquer indagação de juízo ético.

Em contrapartida surgiu a teoria normativa na qual exige-se a consciência do autor sobre a ilicitude do fato, isto é, indaga-se a sua atitude diante da norma e, não simplesmente diante do fato. O dolo é normativo, isto é, voluntariedade, previsão e mais a consciência da ilicitude.

Hans Welzel partindo dos resultados das teorias psicológica e normativa elaborou a teoria da culpabilidade, onde estabelece que, a falta de consciência da antijuridicidade, não atinge o dolo como componente do injusto; em outras palavras, toda a ação humana é finalista, dirigida a um fim e esse finalismo, elemento intencional, inseparável da ação é em resumo o dolo. Assim, a culpabilidade está indissolúvelmente ligada com a evitabilidade ou a inevitabilidade do fato praticado.

Analisando segundo a luz da teoria da culpabilidade torna-se possível distinguir um erro excludente do dolo do tipo de outro excludente da censurabilidade.

A culpabilidade assim conceituada, não é característica, aspecto em elemento do crime, e sim mera condição para se impor a pena responsabilidade da conduta.

6. O direito penal brasileiro está substancialmente formado por um conjunto de normas que determinam ou simplesmente permitem fazer ou não fazer, donde a contrariedade humana voluntária, constitui o fato-crime.

II — CONCEITO DE ERRO

1. Numa noção inicial de erro, e buscando o seu sentido etimológico, encontramos na definição dada pelo glotólogo Francisco da Silveira Bueno, que ora trago a colação sendo um "Desacerto: incorreção, engano,

etc" (*Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*, p. 477, 5ª Ed., MEC), enfim, resulta da ausência ou falha da percepção ou do raciocínio do autor.

No mesmo sentido o civilista italiano Alberto Trabucchi leciona: "quando da determinação de sua vontade, o sujeito age por ignorância, ou por falso conhecimento do estado dos fatos, o ato que disso deriva deve ser valorado de modo diverso do ato levado a cabo com perfeita consciência e conhecimento" (*Novíssimo Digesto Italiano*, verbete "errore" — *Diritto Civile*, vol. VI, p. 666).

Clóvis Bevilacqua, citando Fulini, textua: "é o estado da mente, que, por defeito do conhecimento do verdadeiro estado das coisas, impede uma real manifestação da vontade." (*Teoria Geral do DC*, p. 216, 2ª Ed. Histórica-Rio).

O erro impede o agente de alcançar as características objetivas que compõe o fato, em conformidade com o tipo legal, excluindo o dolo. A exclusão desse elemento psicológico-normativo, seja pela não consciência do fato ou pela inconsciência da ilicitude, resultados face a ausência de representação ou na representação disconforme com a vontade, exclue o crime e algumas vezes a culpa.

2. Distinguem-se o erro, da ignorância. O primeiro é o conhecimento falso, onde supõe um estado positivo ao passo que a ignorância, é a ausência total desse conhecimento, donde deflui de um estado negativo.

Jimenez de Asúa baseando-se no ponto de vista psicológico, assinala: "Há uma fundamental distinção entre a ignorância e o erro, já apontados em Platão. A primeira supõe a falta absoluta sob um determinado objeto: é um estado negativo. O erro supõe uma idéia falsa, uma representação errônea de um objeto certo: é um estado positivo. A ignorância consiste, em suma, na falta completa de conhecimento, enquanto que no erro a um conhecimento falso" (*El Error de Derecho em Matéria Penal*, p. 15, 1942).

Ressalte-se, que a distinção acima exposta não é unívoca. Giuseppe Maggiore defende o entendimento de que o erro compreende a ignorância, com o seguinte dizer: "errore é la deficiente o insufficiente conoscenza della verità, cioè uno siramento del guidizio. Esso comprende quindi anche l'ignoranza: questa è un errore totale, come l'errore è un'ignoranza parziale" (*Diritto Penale*, v. VI, p. 673). No mesmo sentido, Vincenzo Manzini (*Trattato di Diritto Penale Italiano*, 4ª Ed., vol., II, p. 18).

A influência dessa orientação tradicional, se faz sentir nos Códigos, onde de um modo geral não distinguem o erro da ignorância, por exemplos c. c. arts. 86 a 91; o CP/1940, etc.

Não obstante é forçoso repetir que ignorância e erro não expressam os mesmos fenômenos. O erro implica sempre e pressupõe um estado de ignorância, enquanto que a recíproca é falsa, pois a ignorância nem sempre pressupõe um erro. Por outro lado, o erro é sempre inconsciente, enquanto a ignorância pode ser também consciente.

Esta distinção, apesar de importante, não tem relevância prática na medida em que a Lei Penal, desde sempre, trataram igualmente aqueles que agem ignorando e os que atuam movidos pelo erro.

III – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROBLEMA DO ERRO

1. Antes de buscarmos um aprofundamento no assunto, faz-se necessário, para melhor compreendermos o atual estágio doutrinal do erro no Direito Penal, um estudo sobre o tratamento deferido ao problema nas várias épocas históricas.

Para os romanos existia a presunção de que todos tem a obrigação de reconhecer a lei, regula est juris quidem ignoration cuique nocere, facti vero ignorantium – nom nocere, ou seja a irrelevância do desconhecimento da norma, por um homem instruído ou que tivesse a faculdade de se instruir.

Admitia-se em Roma, como exceção a regra – básica da indisculpabilidade da ignorância da lei positiva-nos seguintes casos: a) quando a admissão de escusas de ignorância se fundasse na natureza da lei ignorada; b) quando a ignorância de direito isentasse a pena por causa da natureza do ato contrário à lei; c) quando a ignorância da lei desculpasse por causa das pessoas que a ignoram; d) quando a ignorância desculpasse pelo facto de concorrerem na mesma situação, várias circunstâncias anteriores.

Do rigor inicial da parêmia básica, ficavam excluídas aquelas leis penais que possuísem, natureza positiva (iuris civilis) beneficiando as classes sociais dos menores, das mulheres, dos rústicos e dos militares.

Observável o reconhecimento da relevância ao erro de direito extra-penal, equiparando-o ao erro de fato, quando a lei não penal fosse o fundamento prévio deste.

O direito bárbaro em razão do seu objetivismo não dava qualquer relevância ao conteúdo moral do delito, tendo por fundamento o resultado e levava em consideração a categoria do ofendido, a sua idade e o seu sexo.

A culpabilidade veio a ter influência nas decisões penais bárbaras, somente com a monarquia.

No direito canônico, em princípio a ignorância do direito serviria apenas para atenuar a pena.

Com Gracindo ficou estabelecida duas classes de ignorância, do direito natural, que era irrelevante para todos os adultos capazes como escusa; e a da lei civil era relevante.

A doutrina canonista evolui atenuando o rigor da irrelevância do *error iuris*, atribuindo eficácia à ignorância das normas locais, emanadas de bispos, desde que não decorresse de negligência crassa do agente. Mais tarde, foi estendido a todos as leis penais, fixando que, toda vez que um princípio de direito fosse excluído entre os elementos essenciais à existência do crime, o erro a ele referente era equiparado ao erro de fato e como tal escusável.

Assim, a dúvida da interpretação da lei — obscura e o chamado erro de subsunção isto é, o erro sobre a adequação do fato ao tipo legal constituíam a ignorância escusável, chegando então, o direito canônico a considerar a relevância do erro, face a noção estabelecida sobre o dolo, ou seja, a vontade consciente de violar a lei, estando implícito o conhecimento da norma pelo agente, donde a sua ignorância, pode atenuar a culpabilidade e até mesmo dirimir a pena.

O direito grego, conforme consideração do filósofo Aristóteles, inadmissível a escusa da ignorância, da lei ante ao dever de conhecê-la. Ressaltava, ser contrário a natureza das coisas ou conhecimentos gerais das leis, porém invocável diante da culpa que se traduzia face ao dever e a possibilidade de seus conhecimentos.

O direito oriental não se ocupava do tema, já que a pena sacral recaía sobre atos praticados ou não, em condições de imputabilidade, de sorte que, seria indiferente a circunstância do sujeito conhecer ou não a lei.

2. No direito intermédio, pouco se soube sobre o problema do erro. Podemos dizer que, a ignorância das normas locais era inescusável, porém atenuava.

Quando o sujeito não tivesse consciência da lei penal (ignorantia legis) ou tivesse acreditado na legitimidade de sua ação diante da norma (error juris) e não lhe fosse imputado uma negligência crassa e supina, ficava isento da responsabilidade criminal, inspirado no princípio: "Diz-se que a ignorância é prejudicial em relação ao que age ignorando que comete pecado. Quem não sabe que o ato que pratica é pecado não é punido."

Nestes casos a ignorância legis e o error juris excluía o dolo o qual não podia ser substituído por uma negligência *supina*, entretanto, a falta de diligência de quem era obrigado, torna-se imputável a culpa.

No direito estatutário a questão foi diversamente valorada conforme a lei imperante, tendo como princípio básico, que "a ignorância do direito natural não desculpa, mesmo que se trate de pagão ou homem rude que sempre viveu nas montanhas, de tal forma que nunca tenha chegado até ele a pregação, pois o ensinamento dos Apóstolos espalhou-se por toda a terra".

Assim, apenas para ilustrar, passemos a examinar algumas interpretações, adstritos ao método das consilia e das respostas, dos juri-consultos e dos práticos.

Gaudino, autor da primeira obra orgânica de DP, afirmava que o erro sobre o direito natural e divino era inescusável uma vez que todos deviam conhecer as suas leis. Para o DC prevaleciam as excessões românicas relativas as mulheres, aos menores, aos soldados e aos rústicos; sendo porém divergentes quanto aos composivos. A notoriedade da lei determinava se o dolo era presumido ou devia ser provado. Publicada a lei, em geral, a mais de dois meses, quem, ignorando-a, a violasse, agia com culpa, salvo se estivesse ausente ou em lugar remoto, à época da publicação.

Arentino considerava a ignorância do DC escusável, quando não fosse presumido o conhecimento da lei, pela sua publicação há mais de dois meses; ao contrário constituiria culpa lata, face a negligência *supina* e crassa.

Com Deciano surgiu o princípio da *civis novus*, onde a ignorância que não derivasse de culpa poderia ser alegada como justa causa.

Já Júlio Claro limitava a relevância, da ignorância legis ou error juris aos casos em que a norma não fosse também contemplada pelo direito ordinário elaborado pelos glosadores com fundamento do Direito Romano.

Os estrangeiros, autores de crimes não podiam alegar a ignorância da lei, pois, segundo entendimento de Andréa Isermia, era sua obrigação consultar peritos.

Menachio considerava de fundamental importância a indagação sobre a natureza e as causas que determinavam o erro do agente. Ainda, existia alguns erros que traziam em si implícita a culpa, caso em que não haveria escusa e por outro lado, os outros deveriam ser buscado a culpa e se existente tornar-se inescusável.

Enfim, prevalecia a inescusabilidade quando se tratava de ignorância ou erro ao Direito Natural; já quanto ao direito ordinário escusável, desde que, inexistisse negligência crassa e *supina* do agente.

3. A doutrina dos clássicos que adveio com as primeiras codificações do DP, predominou o princípio da obrigatoriedade da lei, expungindo o critério da culpabilidade, por consequência, passou-se adotar a regra absoluta, da inescusabilidade da ignorância do ilícito penal, bem como do erro. A plasticidade adotada pelos romanos, canonistas e práticos, com relação a matéria foi abolida no campo legislativo, embora no terreno doutrinário persistisse.

O Código Napolêônico nada dispôs a respeito do erro de direito, como o fez o Código Alemão, prevalecendo a regra geral da inescusabilidade. No mesmo sentido do Código Francês, os da Suécia, Espanha, Holanda, Turquia e Bolívia.

Na Alemanha, prevalecendo as idéias iluministas, manteve a relevância do erro de direito, buscando evitar a punição de quem agiu de boa fé, diante das esparsas e confusas leis em vigor.

Os estrangeiros que agiram com ignorância da ilicitude, praticaram, apenas uma contravenção, são alcançados pela escusabilidade. Ressalte-se porém, que ficava nesses estreitos limites. O Código de Parma de 1821, estabelecia um lapso temporal, de 10 dias segundo Piacenza e 18 segundo Asúa, para admissibilidade do erro do forasteiro quando a lei local, tornando escusável a sua ação.

O Código da Bavária de 1813, que declarava impune quem houvesse praticado a ação, considerando-a permitida e impunível, por ignorância invencível e inculpável, foi afastada pela orientação geral e predominante na Alemanha, nos termos acima expostos.

No terreno doutrinário, não era pacífico o entendimento dado no campo legislativo.

Filangieri, um dos representantes do classicismo italiano, considerava o delito como uma violação da lei, com a vontade de infringi-la de sorte que o autor deveria conhecer os fins e circunstâncias de sua ação. Francisco Pagano, completava que a ignorância excluiria o dolo, que no seu conceituar era a vontade de violar a lei de cometer delitos por esta descritos, desde que o homem não pudesse entender as consequências de sua ação e a relação desta com a lei. A alegação de ignorância serviria de escusa quando se tratasse de lei ordinária, mas nunca a lei natural.

Em Carmignori encontramos a defesa do princípio político, de que as leis presumem conhecidas quando publicadas, embora antes tivesse sustentado a equiparação do erro do direito ao erro de fato, excluindo a intenção criminosa, salvo quando o agente não tivesse utilizado de todas as diligências necessárias para evitar o defeito de conhecimento, quando

então, tornaria voluntário o delito. Considerava a violação de uma lei social, não deduzida do direito natural ou desconhecida universalmente, por pessoas incultas, mulheres, crianças, estrangeiros ou por transeunte como justificável a ignorância ou erro. Em síntese, reputava como vencíveis o erro e a ignorância, salvo a dedução acima.

O ato doloso é constituído pelo desejo de violar a lei, tendo o agente a liberdade de não violá-la, face ao conhecimento anterior da liberdade da conduta, no dizer de Romagnoli, em "Genesi del diritto penale". O interesse máximo da sociedade exige o conhecimento da lei, de tal forma que, ao homem em pleno uso de sua razão, não é permitido alegar ignorância ou conhecimento errado.

Carrara igualmente considerava que o erro de direito não devia jamais escusar.

Na França, Pellegrino Rossi, revivendo os princípios do direito romano, sustentou a irrelevância do erro do direito, tendo como base a acessibilidade pelo homem das regras de direito. A justiça humana não poderia admitir a prova da ignorância sem abdicar de si mesma. É possível que o agente não compreenda as relações da lei positiva com a lei moral, mas nem por isso fica dispensado de adequar a sua conduta a ela, sob pena de ser responsabilizado.

Anselm Von Feuerbach, um dos clássicos alemães, distinguia entre os fatos substancialmente imorais e fatos nascidos do artifício da lei, estabelecendo que a ignorância da lei não favorecia jamais.

A orientação positivista, conforme assinala Florian, reviveu a velha distinção entre crime de imoralidade patente e crime de criação política. As ações moralmente inocentes e que são vedadas somente por questão de política, ou seja, segurança social, a presunção do dolo é infusa. Assim, cabe ao juiz avaliar as condições subjetivas da ignorância da lei penal, nas quais o delito foi cometido, atribuindo-se-lhe a faculdade de substituir ou diminuir a pena.

Segundo Ferri, em razão da obrigatoriedade da lei penal, todos estariam obrigados a procurar instruir-se, sob pena, face a essa omissão, responder pelos riscos resultante da inação desse dever. No seu projeto de CP, inspirado no Direito Romano e no Código Canônico, considerou justificado, para efeitos penais, o fato cometido por ignorância da proibição legal, derivada da força maior ou por erro substancial de direito, não proveniente de negligência. Tal ignorância somente é possível nos delitos puramente legais, sendo afastada a possibilidade dos delitos naturais, salvo quando inconsciente por enfermidade ou imaturidade.

O projeto de Código Penal de Ferri, conjuntamente com o Código Canônico representou uma evolução da disciplina de erro sobre a antijuridicidade.

4. Modernamente, o aforismo de que a ignorância da lei não exime de seu cumprimento, tendo por base de que todo mundo conhece as leis, é defendido como exigência da política ou necessidade inevitável (Carrara, Ambrosoli, Nicolini, Pincherlli e Crivellari); por serem conhecidas ou, quando o não são, devia sê-lo (Ortolan e Dalloz); e, por se referirem a atos intrinsecamente maus, reprováveis por si, são reveladores de uma moralidade em si mesmo que não é só compreendida por todo agente, tem gravado a idéia do bem e do mal (Luis Silveira, Valley e Magri).

A dicotomia tradicionalmente utilizada, erro de fato e erro de direito apresentam graves defeitos que originam dificuldades intransponíveis.

O erro de fato podia concorrer a fatos de conhecimento não só da circunstância fática a que se referem o tipo, mas até de autênticas referências jurídicas, como a qualidade do documento na falsificação. Por outro lado o erro de direito encaixa-se em duas classes a de defesa putativa (acredita-se que se é atacado por agressor injusto, quando assim não é) e a eximente putativa (pensa-se que a lei autoriza para algo que, de verdade não figura como justificação).

Ao tentar superar tais dificuldades, penalistas alemães, unificam a eficácia do erro à luz dos elementos éticos ou intelectuais do dolo. O erro exime a responsabilidade por ambos o dolo, ou seja, por faltar consciência de que se atua contra o dever, e que o fato está descrito na lei.

A dicotomia atual substituindo a divisão em causa, pela distinção entre erro sobre a factualidade típica e erro sobre a proibição.

O erro de tipo é todo o erro sobre as circunstâncias do fato, que pertencem ao tipo. Já o erro de proibição recai sobre o conhecimento do significado da ilicitude de uma ação.

As vantagens desta nova dicotomia, em comparação com a clássica, resultou do simples fato de se ter em conta que o erro sobre os elementos normativos do tipo legal pode ser um erro de direito e, todavia, a sua problemática nada tem a ver com o erro sobre a proibição antes devendo em tudo equiparar-se ao tratamento tradicionalmente dado ao erro de fato.

5. No Direito Penal Português a problemática do erro veio a ser tratado diferentemente ao Direito Romano, com o advento das Ordenações.

As Ordenações Filipinas afirmam a atendibilidade do erro de fato, não fazendo qualquer referência ao erro de direito, que obrigava a busca de fontes subsidiárias; na qual aparecia o direito romano em primeiro plano, onde não atribuía qualquer relevância.

Do ponto de vista doutrinal, alguns autores defendiam total irrelevância do desconhecimento das leis mas, por outro lado, havia outros que consideravam o erro de direito no mesmo plano do erro de fato.

O referido estado de coisas só veio a ser alterado com o Decreto de 09 de setembro de 1747, que considerava não ser admissível a ignorância das leis do Reino, porém, o referido diploma legal acabou por não corresponder a intenção do legislador.

O CP de 1852 regulamentou o erro como circunstância atenuante, mas não causa justificativa. A ignorância excluiu o crime, somente quando invencível.

No mesmo sentido o 1886, considera como não existente de responsabilidade a ignorância, bem como, negava qualquer relevância ao erro de direito.

Já o Código atual (1983) introduziu novo regime ao erro.

Para o erro sobre a ilicitude, o legislador recorreu, como critério fundamental, a censurabilidade, atenuando a pena quando censurável e quando não isentando de culpa.

O Código baseou-se na teoria limitada do dolo, em matéria de erro.

6. No Brasil, no período colonial prevaleceu o princípio da irrelevância do erro de direito, pois tinha vigência, como em Portugal, as Ordenações Filipinas.

A deficiência da legislação em matéria de erro, era suprida pelo direito romano, conforme realça o Conselheiro Ribas, "in" "Curso de Direito Civil Brasileiro (1880, v. I, p. 276).

Após a independência, o CP 1830 reproduziu a regra apresentada por Bernardo Pereira de Vasconcelos e João Clemente Pereira, que exigia a má-fé do agente para ser responsabilizado pelo crime, conduzindo assim, à escusabilidade do erro acerca da proibição. A doutrina e jurisprudência da época, assentava que, a escusa pela ignorância de direito que não se conforma com os princípios de direito criminal, que pressupõe o conhecimento da lei pela sociedade, em outras palavras, reconheciam o axioma: "a ignorância da lei não aproveita a ninguém".

Com o término da monarquia, passam a vigorar o CP de 1890, que estabelecia expressamente: "não dirimem, nem excluem a intenção criminosa a ignorância da lei penal" (art. 26, a).

João Vieira de Araujo desde logo criticou a manutenção do princípio "error iuris nocet", em contrapartida, o Conselheiro Filinto Bastos, defendia-nos pela necessidade de caráter de ordem social universal.

A Consolidação Piragibe de 1932 reproduziu a regulamentação do CP de 1890, admitindo o erro de direito apenas como a atenuante da pena.

Galdino Siqueira em sua obra Direito Penal Brasileiro (v. I, p. 333, 1932) assevera que o adágio "nemo jus ignorare censetur" não encerra uma presunção, porque, sendo a presunção uma consequência lógica, tirada por indução do geral para o particular, não se verifica em matéria de conhecimento de leis, pois, nem mesmo os profissionais, o possuem. Isto posto, o princípio ou adágio encontra justa aplicação, permitindo que os juízes, ao julgarem, apreciem a procedência da alegação de ignorância da lei, desde que exista a impossibilidade material absoluta de conhecer a sua existência, quando então, a ignorância serviria para atenuar a pena. A doutrina equiparava a ignorância ao erro de fato.

O projeto do Código Penal de Virgílio de Sá Pereira, estabelecia para as infrações meramente convencionais como causa de atenuação da pena, a ignorância da lei. Ainda, sendo o agente analfabeto ou estrangeiro não familiarizado com o vernáculo pátrio e a ignorância decorresse de força maior seria excluída a própria responsabilidade. O projeto dava relevo à consciência da antijuridicidade na estrutura da conduta culpável.

Já o projeto de Alcântara Machado voltou a concepção absolutista. Não contemplava o erro de direito nem mesmo como circunstância atenuante.

O CP de 1940 estabeleceu em seu art. 16, a irrelevância da ignorância e do erro de direito sem limitá-la entretanto à lei penal. Incluiu a ignorância ou errada compreensão da lei penal, quando escusável como circunstância atenuante (art. 48, III).

Na LCP facultou a possibilidade do perdão judicial para infração cometida sob égido do erro de direito escusável (art. 89).

O anteprojeto de C. P. do min. Nelson Hungria, permitia a exclusão da pena no caso de ignorância ou erro de interpretação da lei (Art. 19).

Evidencia-se pelo exame da evolução histórica, a constante tendência de abrandar os rigores e até mesmo abolir o princípio da irrelevância do erro sobre a antijuridicidade.

Atualmente com a inclusão da consciência da antijuridicidade entre os elementos do dolo vem conduzindo o direito punitivo a não responsabilizar, ou atenuar sensivelmente as sanções ou admitir o perdão judicial, para os que praticam o ilícito sem a sua percepção.

IV – SISTEMÁTICA DO ERRO

1. Faz-se necessário, neste ponto de trabalho, a colocação do problema, em torno do local em que deva ser localizado o erro na estrutura do crime, donde existem duas correntes, teoria do dolo (seja o erro, de que natureza for, exclui sempre o dolo) e a teoria da culpabilidade (distinguindo entre erro de tipo, que exclui o dolo e erro de proibição que exclui a culpabilidade).

2. A dogmática pela clássica via no dolo e na culpa como as espécies de culpabilidade, numa concepção naturalística e psicológica.

Helena Fragoso textua ser essa fase a primeira formulação técnica de culpabilidade, onde coloco o nexó psicológico que liga o agente ao evento.

A teoria psicológica revelou-se insuficiente diante da impossibilidade de estabelecer o nexó entre o agente e o fato originário da culpa inconsciente.

Surgiu então a teoria normativa da culpabilidade que buscava um elemento que fosse comum ao dolo e a culpa em sentido estrito. Estabelecia culpabilidade em juízo valorativo sobre uma situação fática.

Dentro dessa concepção normativa, a culpabilidade é um juízo de reprovação, composta dos elementos: imputabilidade, possibilidade de outra conduta, dolo ou culpa stricto sensu.

O dolo nessa teoria deita raízes na tradição milenar, carece da vontade (elemento volitivo) acrescida da previsão do resultado (elemento intelectual) e a consciência do carácter criminoso.

Sebastian Soler, com muita propriedade leciona, citando exemplo: "Sea que se haga consistir el dolo en la representación del resultado, sea en voluntad de producirlo, debe tenerse bien presente que dolo es una expresión técnico-jurídica, que no se identifica in con voluntad in con representación, in con intención, en el valor natural ou psicológico de estos términos: Es manifesto la incorrección que se cometería diciendo que el farmacéutico vendió dolosamente bicarbonato, porque efectivamente

quiso despacharbo, lo hizo con intención. Intención, voluntad, representación, son conceptos psicológicos, valorativamente mentor. El dolo supone siempre eso Y algo más; la relación a un orden normativo, frente al cual el hecho ha sido con anterioridad lógicamente calificado como lícito o ilícito. Así, en el ejemplo citado, basta suponer que en vez de bicarbonato se trata de una droga peligrosa y de venta prohibida y delictiva, para que la incorrección del término desaparezca; en tal caso, la acción de vender la droga es una acción dolosa" (Derecho Penal Argentino, 1.970, v. II, p. 87).

A teoria do dolo insere como um dos elementos constitutivos do dolo a consciência do injusto. Faltando consciência, exclui-se o dolo, restando apenas a penalização por culpa, se para a hipótese se comina a pena. Em outras palavras, o dolo é o dolo de fato mais consciência de ilicitude e o erro ou a ignorância, anula precisamente o elemento intelectual (previsão do resultado) ou o elemento normativo (consciência da ilicitude), respondendo apenas por culpa *stricto sensu* prevista para a espécie no ornamento jurídico.

Para a teoria do dolo, o caçador que mata o companheiro atrás do arbusto, pensando sinceramente atirar em caça, age pelo dolo pela ausência de previsibilidade do resultado, poderá responder por culpa, se caracterizado a sua imprudência.

Assim, o conhecimento da ilicitude é um elemento do dolo e a sua falta faz desaparecer-lo subsistindo, porém, a culpa naqueles casos em que o desconhecimento seja censurado.

Mezger ao defender a teoria limitada do dolo, assevera que sempre que o agente age em alto grau de indiferença ao direito, deve ser punido como tivesse agido dolosamente, mesmo que tenha o desconhecimento do ilícito.

Diversas objeções têm sido colocadas contra essa teoria, visto que, o significado de hostilidade ao direito é bastante vago e demasiado instável.

3. A segunda fase da evolução do conceito da culpabilidade adveio após a influência do neocantismo e da filosofia de valores, que transformaram a concepção clássica do crime, onde todo elemento externo objetivo estava na antijuridicidade e todo elemento interno-subjetivo na culpabilidade, impondo uma fissura na rígida dicotomia.

Mantida a forma estrutural do crime, introduz-se novas interligações onde, a tipicidade subsume em um tipo de ilícito; a antijuridicidade é concebida como a violação material do bem jurídico; e são ressaltados os elementos subjetivos do injusto e os objetivos da culpabilidade.

A teoria finalista, dá novo tratamento a ação, que até então, estava renegada ao segundo plano, nos conceitos clássicos, constituindo-se no núcleo do novo sistema, pois ela é um acontecer final e não meramente causal. O tipo passa a ser a sede do dolo, e este dá a ação a intencionalidade; a culpabilidade retém apenas o momento normativo da reprovabilidade da resolução da vontade.

O agente não age culpavelmente, quando não pode optar por uma entre pelo menos duas formas possíveis de comportamento e faz sem ensejo de escolha e sem a possibilidade de opor inibição ao ato; em outras palavras, não pode agir de outro modo.

Sendo a culpabilidade um juízo de censura, valora-se de modo diverso o ato que deriva de um estado de ignorância ou de falso conhecimento, porque, nesse caso escapa a percepção do agente de estar agindo ilicitamente. Assim, àquele que agiu sem condição de optar entre várias condutas, não lhe é censurável por faltar-lhe a consciência da ilicitude.

O dolo de fato é composto da consciência atual daquilo que se quer (momento intelectual) e da vontade incondicional da realização do tipo (momento volitivo, momentos esses, inseridos na tipicidade.).

A teoria limitada da culpabilidade estabelece como pressuposto ou elemento da culpabilidade a possibilidade do conhecimento do injusto.

O erro de proibição traduz-se na ignorância de uma norma proibitiva ou de uma noção errônea da lei.

A teoria estrita da Culpabilidade, tem-se que o dolo esgota-se com o querer do tipo objetivo, que é considerado de forma restrita, para não abranger as causas de justificação. O autor tinha que conhecer a ilicitude de sua conduta, para ser culpável.

O erro de tipo exclui o dolo, mas o erro de proibição influi na culpabilidade. Se para aquele agente e naquelas circunstâncias, ele era inevitável, desaparecerá o juízo de valor em que se traduz a culpabilidade.

Na primeira hipótese, o autor age sem o dolo do fato por desconhecer, em conhecer falsamente, uma circunstância objetivo do tipo legal, seja de caráter fático ou normativo. Na 2ª hipótese o erro sobre a ilicitude do fato o autor age com pleno dolo do fato. Sobre o que faz quer o que faz, apenas supõe erroneamente que o que faz, a seu ver não é proibido. Nesse caso falta-lhe a consciência da ilicitude do fato, que se for inevitável excluirá a censurabilidade, portanto a culpabilidade, porém se for evitável, poderá atenuar a pena.

Em uma consideração final e crítica, as teorias do dolo e da culpabilidade, deflui-se que ambas não negam a escusabilidade do erro.

V — O ERRO NO C. P. DE 1940

1. A dicotomia erro de fato e erro de direito foi conservada pelo CP de 1940 (arts. 16/17); no mesmo sentido o CPM vigente (arts. 35/36) e a LCP contemplam apenas o erro de direito (art. 8º).

As modalidades de erro de fato contempladas pelas referidas leis, dizem respeito ao erro sobre a circunstância constitutiva do crime e sobre a existência da situação que tornaria a ação legítima (dirimentos putativos) sendo erro vencível, responde o autor a título de culpa, quando o fato for punível sob esta forma.

No que se refere ao erro de direito, contempla a lei penal, apenas como circunstâncias atenuante (art. 48, III), exceptuando a LCP prevê a faculdade do perdão judicial ao referido caso.

A lei penal foi omissa quanto ao erro de direito extrapenal.

2. Erro de fato define Anibal Bruno, como sendo "aquele que conduz o agente a ter por inexistente na ação por ele praticada circunstância constitutiva do tipo penal, ou a admitir a presença de circunstância que, se realmente existisse, excluiria a antijuridicidade da ação". (Direito Penal, T. 2º p. 118, 1967).

O Código Penal destaca como causa de exclusão de culpabilidade, isentando de pena o agente pelo fato cometido por erro, prevendo duas hipóteses distintas (art. 17).

A primeira hipótese, ou seja, quando alguém comete o delito por erro quanto ao fato que o constitui. A disposição quanto a esta hipótese tem como fonte o art. 47 do CP Italiano.

O erro essencial exclui a punibilidade porque induz o agente a cometer o crime que não teria cometido se tivesse tido o conhecimento exato dos elementos ou circunstâncias qualificativas do fato a cujo conhecimento a lei subordina a incriminação. Por outro lado, não agiu com dolo, pois, faltou-lhe a correspondência entre a vontade e a realidade.

A 2ª hipótese, prevista, é quando, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que se existisse, tornaria a ação legítima. Tem como fonte o art. 59, 2ª alínea do Código Italiano.

A justificação putativa ocorre quando o sujeito conhece todas as circunstâncias que integram a figura, porém, erroneamente acredita que existe outros que o autorizam ou obrigam de fato o

proceder, e essas outras circunstâncias são de tal natureza que, se realmente existissem legitimaria a sua conduta.

Em ambas as hipóteses, pode-se falar em erro essencial que, exclui o dolo e se invencível, também a culpa.

Na verdade, o erro sobre o fato constitutivo do delito ou sobre um dos elementos deste determina uma divergência entre o que o agente representou e o que verdadeiramente realizou, viciando o processo psicológico do crime, tornando o evento realizado em não intencional.

Para escusar a conduta do agente, deve o erro consubstanciar-se sobre o fato constitutivo do crime, de modo servindo que se refira aos elementos acidentais como as circunstâncias, as condições de punibilidade e aos pressupostos quando sejam porém, estranhos ao fato constitutivo do crime. Em outras palavras, recaindo o erro estritamente sobre a parte essencial, impede ao agente, de conhecer, de verificar a adequação ao fato abstratamente formulado no preceito penal, excluindo o dolo, e se não existir nenhuma falta de atenção acerca da situação real em que atua, exclue também, a culpa; porém, recaindo sobre elementos acidentais é irrelevante.

Diz-se invencível o erro quando o sujeito ativo não podia ter evitado com a atenção, ponderação ou diligência ordinária, própria dos homens comuns, pois, viciado o processo psicológico; cria-se representações ou motivos que terminam uma conduta diversa da que o agente teria seguido se tivesse conhecido a realidade.

Assim, não pode ser reconhecido culpado, aquele que por inevitabilidade do erro, lhe impede a consciência da injuridicidade da sua conduta, portanto ausente de culpa *lata sensu*.

Sendo evitável ou vencível o erro, responde o autor da ação típica por culpa (imprudência, imperícia ou negligência), quando for prevista pela lei.

Por outro lado, for o erro sobre fato que constitui em determinado crime não exclui a punibilidade por um crime diverso, ou seja, acreditando o agente que se trata de coisa perdida e apropria-se não comete o crime de furto, se não se tratava de "res delicta", mas sim de apreciação de coisa achada.

As descriminantes putativas para que tenham como efeito a completa isenção de pena, exige o CP que, em tais hipóteses o erro seja plenamente justificado pelas circunstâncias, devendo a prova ser conclusiva, de que o agente não podia libertar-se do erro que motivou sua conduta. Há a exclusão incondicional do dolo e condicional da culpa *stricta sensu*.

A consciência da injuridicidade fica excluída em qualquer dos casos, seja por supor a inexistência de circunstâncias objetivas que tornam lícito o fato incriminado em abstrato.

Pode acontecer que o erro seja inescusável, o que exclui o dolo, mas não exclui a culpa, e a este título responderá o agente, se o fato é punível como crime culposos.

As causas putativas de justificação, na realidade nada tem a ver com as verdadeiras discriminantes. Nestes há uma situação de fato, objetiva, que autoriza o agente a agir como o faz, excluindo, assim a ilicitude da sua ação. Na chamada legítima defesa putativa, por exemplo, a situação justificante existe apenas na representação errônea do agente, não tem nenhuma realidade com o mundo exterior. E daí, resulta que na verdadeira justificativa deixa de haver crime, enquanto que na putativa, há um fato criminoso, porém, isento de pena, por ausência de culpabilidade.

A necessidade que condiciona a legítima defesa autêntica, não se pode dispensar, para o seu reconhecimento, em princípio de realidade objetiva, sendo imprescindível que se baseie sobre alguma coisa que se apresente como efetivo perigo ou realidade de uma injusta agressão. O erro do agente em calcular a gravidade do perigo ou dessa realidade poderá identificar o excesso de legítima defesa e não legítima defesa putativa.

Enfim, o erro de fato diz respeito à falsa representação de um elemento do crime, perpetrado, levando ao agente a julgar que atua dentro da legalidade e que a sua ação não atenta contra a lei penal.

Tratamento idêntico dá a lei, para as discriminantes putativas. Em ambos os casos, o erro deve ser invencível ou escusável, para isentar o agente de pena, pois, se não o for responderá por culpa, se for previsto para a modalidade o crime culposos.

Para aferir-se e apurar o erro culposos, deve-se ter em vista a investigação da culpa, tendo em vista a obrigação ad diligenti exigível da honra médius.

3. O erro de direito, que pode assumir a figura de uma completa ignorância da lei penal, incide o sujeito ativo em um erro a respeito da norma jurídica.

Do ponto de vista psicológico há uma fundamental distinção entre a ignorância e o erro de direito. A primeira representa um estado negativo, supõe uma total falta de representação e na ausência total de noção sobre determinado objeto. O erro é um estado positivo e consiste numa idéia falsa ou numa representação errônea de certo objeto. Em síntese, a ignorância consiste na falta de conhecimento, enquanto no erro há um conhecimento falso.

O princípio esposado pelo referido CP é o tradicional de que error juris nocet, ou seja, não exime a culpabilidade.

Para dar fundamento a essa regra, recorreram os autores a uma presunção absoluta, mas insustentável, porque contradiz a realidade.

Manzini assevera que, o princípio de que o erro de direito não exime de pena funda-se na obrigatoriedade de toda lei. O conhecimento da norma é um dever cívico, e se o agente falta com esse dever, não pode tirar proveito disso, eximindo-se de pena.

A exposição de motivo do CP de 1940, em sua nota nº 14, justifica a vigência do princípio por exigência de política criminal, relacionada com a segurança social.

Ainda, a distinção entre o erro de direito penal e o erro de direito extrapenal, equiparando este último ao erro de fato, não endossou o nosso código, e assim argumenta irrefutavelmente o Ministro Campos: "Quando uma norma penal faz remissão a uma norma não penal ou a pressupõe, esta fica fazendo parte integrante daquela e, conseqüentemente, o erro a seu respeito é um irrelevante error juris criminalis".

Para os finalistas, que incluem no dolo a consciência do ilícito e a reprovabilidade perante a ordem de direito o núcleo de culpabilidade, tem conseqüentemente de admitir o erro quanto à antijuridicidade do fato, desde que essencial e escusável, como penalmente relevante. A regra de que o erro de direito não exclui de pena está, pois, em contradição com o princípio fundamental da culpabilidade. A idéia de que erro de Direito também exclui a culpabilidade é comumente admitida na doutrina alemã.

VI – SISTEMÁTICA ATUAL DO CP SOBRE O ERRO

1. O caminho percorrido pela dogmática penal brasileira, na busca de solução para a problemática do erro, mudando o foco de incidência, do fato ou da lei, para os próprios elementos estruturais do conceito do crime.

Assim, abandona-se qualquer pretensão de valorar a oposição entre o fático e o jurídico, isto é, o erro de fato e o erro de direito, para colocar no lugar a distinção entre o tipo e ilicitude, ou seja o erro de tipo e erro de proibição. Sendo o primeiro um erro sobre os elementos ou circunstâncias do tipo penal. O segundo, tem-se um erro sobre a ilicitude do fato real.

Frise-se que não se trata de uma substituição meramente terminológica, pois o erro de tipo abrange situações que, antes, eram classificados como erro de fato, ora como erro de direito.

Ambas as formas, erro de tipo e erro de proibição são relevantes para o direito penal, dentro de certos critérios.

2. Entende-se por erro de tipo aquele que versa sobre elementos da conduta típica, sejam de natureza factual ou jurídica.

Pode-se afirmar, desde logo, que o erro de tipo exclui sempre o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto na lei (art. 20 e § 1º).

Diz-se essencial quando recai sobre os próprios elementos ou circunstâncias sem as quais o crime deixa de existir, sendo relevante para o CP. Conforme estatuído no art. 20, excluindo o dolo. Já o erro accidental não beneficia o agente, por dizer apenas os dados secundários ou acessórios do crime.

O erro essencial é inevitável, invencível ou escusável quando o sujeito errou, apesar de ter tomado os cuidados normais exigíveis nas condições em que se achava. Nesse caso, o agente não é responsável, seja por dolo ou por culpa.

Se o erro essencial é evitável, vencível ou inescusável, responde o agente por culpa, caso o fato for punível a esse título, pois, embora não agindo com dolo, o autor poderia ter evitado o seu erro se tivesse tomado os cuidados objetivos necessários. Foi negligente, imprudente ou imperito.

Além das consequências principais acima indicadas, outros efeitos do erro de tipo pode suceder tal como a desclassificação do crime, por erro sobre o elemento normativo; por exemplo: O sujeito que profere palavras injuriosas a outrem, desconhecendo a condição de funcionário público do ofendido, não comete o crime de desacato, mas, apenas de injúria.

Outra consequência é o erro quanto a causa excludente da ilicitude, por exemplo o agente que erre por culpa, quanto as circunstâncias de fato, da excludente de aborto necessário ou sentimental (art. 128, I e II), terá agido culposamente, mas não poderá ser punido, porquanto não há a figura do aborto culposos.

Se o agente pratica a ação, em erro quando a agravante, estas não incidirão, por exemplo: agride um enfermo, desconhecendo o estado.

Ainda o erro sobre outros dados, tal como a idade da vítima nos crimes contra os costumes, estado de gravidez, etc., poderão ser alcançados.

Finalmente, o erro de tipo distingue-se do erro de proibição, o primeiro exclui o dolo enquanto o 2º agasta a compreensão da antijuridicidade, em outras palavras, este exclui a culpabilidade enquanto aquele a tipicidade. No erro de tipo o homem não sabe o que faz, enquanto no erro de proibição o homem sabe o que faz mas acredita ser lícito.

3. O erro de proibição é aquele que versa sobre a ilicitude do fato. Embora o desconhecimento formal da lei seja inescusável, o erro a ilicitude do fato, se inevitável, pode isentar de pena ou atenuá-la, se evitável.

Trata-se o erro de proibição, no resultado de um atuar sem a consciência da ilicitude, e a escusabilidade será na medida em que essa falta de consciência do injusto também for.

A consciência da ilicitude, segundo a teoria da culpabilidade, atual ou potencial, é um especial pressuposto da censurabilidade. Não é possível entretanto, censurar o autor de um fato típico quando, não tinha possibilidade de conhecer o injusto de sua conduta.

O erro de proibição previsto no artigo 21, alcança, o atuar errôneo do sujeito, na interpretação do que a lei proibia; a suposição do agente de estar atuando com uma dirimente; ou erro quanto as descrições putativas.

Trazendo a colocação o pensamento dos doutos paulistas brasileiros quanto a escusabilidade do erro de proibição (erro de direito) encontramos:

a) **Costa e Silva** em seu comentário ao Código de 1890, adota a orientação tradicional, fazendo entrever a necessidade do retorno da interpretação, à distinção romana entre *delicta iuris gentium* e *delicta iuris civilis*.

b) **Galdino Siqueira** nos Comentários ao Código de 1890, assevera que já não há distinguir entre erro de direito e erro de fato para isenção da pena.

c) **Basileu Garcia** admite a escusabilidade do erro extrapenal, dentro da linha clássica, conexiando o problema do erro com o princípio da culpabilidade.

d) **Magalhães Noronha** textua ser divergente a parêmia *error iuris nocet* com o conceito de culpabilidade normativa. Porém mantém-se fiel ao entendimento tradicional, sem concluir o acima exposto.

e) **Frederico Marques** só admite a escusabilidade do erro de direito extrapenal.

f) **Damásio E. Jesus** assevera que o erro e a ignorância impede que o agente possua consciência da antijuridicidade.

g) **Everardo Cunha Lima** concede o valor escusante ao erro de direito.

h) **Anibal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso**, embora adotem a terminologia moderna, não discorrem buscando superar os obstáculos existentes de lege late.

i) **Nelson Hungria** fixa-se radicalmente contra a escusabilidade, firmando o princípio de que o error iuris nocet.

j) **Francisco de Assis Toledo** sustenta a escusabilidade do erro, face a falta de consciência da ilicitude. No mesmo sentido **Alcides Munhoz Netto, Julio Fabrini Mirabete, e o português José Caetano Duarte**.

Segundo a teoria da culpabilidade, age culposamente, aquele que pratica o fato com a consciência atual do injusto, quanto aquele que atua ilicitamente com uma consciência potencial do injusto.

Do exposto agora decorrem as noções de inevitabilidade e evitabilidade do erro, correspondentes respectivamente aos conceitos de desculpabilidade do erro.

O erro torna-se inadmissível quando fruto de uma consciência profana, ou mesmo ausente essa consciência pudesse atingi-lo pelos conhecimentos havidos com a vida, ou por ter deixado de buscá-la positivamente.

No erro de proibição o dolo do agente nunca é afetado, sempre subsistindo íntegro, o que exclue é a censura de culpabilidade, por desconhecer o caráter proibido da conduta. Assim conclui, ou o erro é inevitável, apto para excluir a censurabilidade, ou é evitável, por qualquer das razões expostas.

Podemos classificar o erro de proibição em:

a) **erro de proibição direto** — é aquele no qual o agente, por erro inevitável realiza o fato injurídico, por desconhecer ou por conhecer mal a norma proibitiva. Quando inevitável o erro é escusável.

b) **erro de mandamento** — é aquele que o agente se encontre na posição de garantidor e diante de uma situação de perigo de cujas circunstâncias fáticas tem perfeito conhecimento, omite a ação que lhe é determinada pela norma perceptiva (dever jurídico de impedir o resultado), supondo, por erro inevitável, não estar obrigado a agir para obstar o resultado. Escusável se o erro for inevitável.

c) **erro de proibição indireto** — o agente erra sobre a existência ou sobre os limites de uma causa de justificação, ou seja sobre uma norma permissiva que supõe de forma inevitável, que limita a seu favor. É escusável, se inevitável o erro.

d) **erro de vigência** — é a ignora legis. É inescusável.

e) **erro de eficácia**: é aquele em que o agente contesta a legitimidade de um preceito por supor que ele contraria um preceito maior. Inescusável, salvo raros e especialíssimas hipóteses.

f) **erro de punibilidade**: o agente tem consciência de que faz algo proibido, porém supõe inexistir pena para a sua conduta. É inescusável.

g) **erro de subsunção**: 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, a hipótese legal. Inescusável.

Em síntese, se o erro não for censurável o agente fica isento de culpa não lhe sendo aplicado qualquer pena; se o erro for censurável, o agente será punido com a pena correspondente ao crime doloso, mas sendo este especialmente atenuado.

4. O erro de proibição indireta, por conter as discriminantes putativas merece um estudo mais detalhado e amplo, o que passamos a fazer agora.

O art. 20, § 1º do CP, estatui ser isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse tornaria a ação legítima. Em outras palavras, as causas de justificação real, do art. 32 do Código, quando irreais ou imaginárias, por erro, existirem para o agente, transformou-se em causa de isenção de pena.

O preceito acima referido é completado pela parte final do parágrafo, aplicável aos erros de tipo permissivo, excluindo o dolo, porém subsistindo a culpa, se o fato for punível como crime culposos; prevalecendo a teoria limitada da culpabilidade.

O erro que recai sobre a causa de justificação exclui o dolo, permanecendo o resíduo culposos, que será expurgado, se inevitável.

Em síntese.

As conseqüências dos discriminantes putativos são a isenção de pena quando o erro inevitável, e se evitável, afasta-se o dolo, permanecendo a culpa, por conseguinte, o agente será responsabilizado por crime culposos se previsto na lei.

VII — CONCLUSÃO

A teoria do erro é uma realização da idéia de justiça, com a concreção jurídica, afastando a suposição de absolvições fáceis, com a atividade criativa de nossos julgadores.

O agente não pode ser punido se não tem a consciência da ilicitude de sua conduta, ou com o falso conhecimento da relação de contrariedade entre a conduta concreta e o ordenamento jurídico como em todo. A prova desse estado de erro incumbe à defesa demonstrá-lo, e uma vez demonstrado, impunível.

O Código Penal rendeu-se à orientação doutrinária segundo a qual estão vencidos as idéias de erro de fato e erro de direito, pois tinha este como base, num erro que versa sobre o fato.

Assim, reprisando, erro do tipo, versa sobre os elementos ou circunstâncias da figura típica é aquela que recai sobre os dados componentes da definição do crime. O outro erro, é o de proibição, que recai sobre a antijuridicidade do fato, por desconhecer o sujeito o mandamento proibitivo.

O erro de tipo, nos termos do art. 20, se inevitável e invencível exclui o dolo e a culpa, ou seja é escusável.

"O desconhecimento da lei é inescusável", O Código Penal, na 1ª parte do art. 21, nada mais faz que repetir o artigo 3º da lei de introdução do Código Civil, que diz: "A ninguém é permitido a alegação de ignorar a lei para escusar-se da prática de um fato.

O desconhecimento formal da lei é inescusável, mas a ignorância da ilicitude de fato, ou seja, a possibilidade do conhecimento do ilícito isento de pena, por exclusão da culpabilidade, quando invencível; ou diminue, atenuando a pena, se vencível.

Faça o exposto, o novo diploma penal, estabeleceu a distinção entre ignorância da lei e o desconhecimento da ilicitude do fato.

Já com relação os discriminantes putativos a teoria limitada da culpabilidade adotada pelo Código Penal, faz distinção: quando o erro, nos discriminantes putativos, deriva de apreciação do fato, é erro de tipo; quando deriva de apreciação sobre os requisitos normativos da justificativa, é erro de proibição (art. 20 § 1º).

Assim, o Código vigente, não adota plenamente a teoria finalística.

VIII – JURISPRUDÊNCIAS

Motiva o princípio da inescusabilidade da lei penal "uma exigência de política criminal. Se fosse permitido invocar como escusa a

ignorância da lei, estaria seriamente embaraçada a ação social contra o crime, pois ter-se-ia criado para os malfeitores um pretexto elástico e dificilmente contestável" (Exposição de Motivos ao Código Penal de 1940, n. 14).

Não há falar em erro de fato e sim em erro de direito, se o delito é praticado acreditando o agente na licitude de seu ato, por ignorância da lei ou por mal conhecê-la. E esse erro não lhe aproveita, por que o Código Penal, em seu art. 16, esposou a parêmia *error iuris nocet*" (TJSP — Ap. Crim. — Relator Des. Hoepfner Dutra — RT 405/109).

"Eventualmente, pode-se reconhecer ignorância ou errada compreensão da lei na infração praticada por indivíduo rústico, analfabeto, que vive segregado do meio social" (TACR IM-SP — AP. Crim. Relator Juiz Mattos Faria — JUTACRIM 19/189).

"Reconhecido o erro de direito, resta excluída, ipso facto a culpa ou consciência da injuridicidade do ato, impondo-se, conseqüentemente, a absolvição do acusado. Constitui ilogismo a incongruência a condenação do réu por infração em que foi excluído o elemento subjetivo do ilícito" (TACRIM-SP — Ap. Crim. — Relator Juiz Ricardo Couto — JUTACRIM 25/183).

"É inconcebível que o réu seja condenado e, ao mesmo tempo, isento da pena, sob fundamento de erro de fato ou direito" (TACRIM — SP — AP. Crim. Relator Juiz Young da Costa — Manso — RT 281/538).

"A conseqüência de se haver reconhecido o erro de direito é sem dúvida, a absolvição do réu. A isenção de pena sempre deve ser traduzida em absolvição. Assim ocorre com os penalmente irresponsáveis, que embora eventualmente sujeitos a medida de segurança, saem absolvidos e nunca condenados. Outros problemas poderiam surgir se, paradoxalmente, pudesse existir uma sentença em que o *jus puniendi* do Estado fosse exercido através é que o agente é declarado isento de punição... por exemplo, uma tal sentença condenatória, ou não, causa interruptiva de prescrição? Qual seria a prescrição da ação penal, considerada a pena concretizada na condenação, que declarou o réu isento de pena?" (TACRIM-SP Ap. Crim. Rel Juiz Francis Davis RT 407/274).

"O erro de direito foi reconhecido em favor do apelante. E constituía tão-só, faculdade de isenção de pena e não excludente de injuridicidade ou excludente de responsabilidade penal. Semelhante à faculdade do art. 180, § 3º do CP, permitia a condenação" (TACRIM-SP — AP. Crim. Voto vencido do Juiz Maércio Sampaio — RT 407/274).

"Dentro da sistemática do nosso direito positivo, a norma penal em branco é lei penal e não extrapenal, sendo inadmissível o erro do agente sobre a sua existência" (TACRIM-SP – Rec. Crim. Relator Juiz Mattos Faria – JUTACRIM 10/126).

"O erro de fato é relevante, para a exclusão do dolo do agente, toda vez que obstrui o exato juízo de valor acerca da ação, ou o reconhecimento de sua injuridicidade e isto ocorre não somente quando o erro importa na suposição da ausência de circunstâncias de fato que condicionam a existência do crime, como quando gera a suposição da presença de condições de fato que cotivam a excepcional licitude penal da ação" (TACRIM-SP – Ap. Crim. Relator Juiz Carlos Ortiz – RT 505/345).

"A dirimente prevista no art. 17 do Código Penal só torna impunível o fato praticado quando recai sobre elementos essenciais do crime, suprimido, no caso de infração dolosa, o elemento subjetivo, que é a vontade consciente de realizar todos esses elementos." (TACRIM-SP Ap. Crim. Rel. Juiz Aquino Machado – JUTACRIM 45/293).

"É o erro que conduz o agente a desconhecer a existência de uma condição de fato que integra a figura típica penal. O erro se refere a elemento constitutivo do fato criminoso. Afeta a própria substância da representação do fato como ação punível no espírito do agente." (Anibal Bruno, "Direito Penal", Parte Geral, tomo II, pág. 121 e 122, 3ª Ed. pág. 119).

"É indispensável ao reconhecimento de erro de fato proceder o agente na ilusória convicção de não estar praticando crime algum, não bastando ao acolhimento da dirimente proceder o acusado na dúvida posto que gravita conduta na órbita do dolo eventual. Assim, em sede de adultério, não se esquivava de pena que, agindo de maneira suspeita alega como "erro de fato" ignorar ser casado seu parceiro amoroso" (TACRIM-SP – Ap. Crim. – Rel. Juiz Fernando Prado JUTACRIM 28/195).

É admissível a ocorrência de erro de fato, tal como preveu o art. 17 do Código Penal, na conduta de quem desempenha, por curto período, o exercício ilegal da arte dentária, em local onde não havia profissional habilitado, cessando-o assim que advertido pelo Conselho Regional de Odontologia" (TAPR – Ap. – Crim. Juiz Schiavon Puppi RT 495/377).

"Indispensável à caracterização do furto a consciência da injuridicidade da subtração, pela intenção de fazer definitivamente sua ou de outrem a coisa alheia, ainda não quando não movido por fim de lucro. Inexiste, assim, o delito se fundamentalmente, acredita o agente, tratar-se

da res nullius ou derelicta" (TACRIM – SP Ap. Crim. Rel. Juiz Joaquim Francisco RT 20/265).

"O agente crê encontra-se em situação que se realmente existisse excluiria o ilícito do seu ato, isto é, em situação que constitui causa de exclusão da antijuridicidade. No seu espírito os fatos se representam como regular de direito, de cumprimento de dever legal. São as chamadas causas putativas de justificação. Nesses casos, não há a exclusão da ilicitude do fato mas apenas o elemento subjetivo da culpabilidade em quem supunha essa situação" (Anibal Bruno, op. cit., págs. 121 e 122).

"O error facti, vivendo o processo psicológico, cria representação ou motivos que determinam uma conduta diversa da que o agente teria seguido se tivesse conhecimento da realidade" (TJDF – Ap. Crim. – Relator Des. Cândido Colombo – DJU 27.5.71, pág. 2478).

"Para que a ação do réu possa ser admitida como legítima defesa putativa – e necessário que se apresente uma situação de fato que o leve a supor que tornaria a sua ação legítima. Por isso ela é estranha ao quadro das causas excludentes de injuridicidade, razão pela qual foi admitida na doutrina do nosso Código Penal dentro dos limites do erro de fato essencial, que exclue a culpabilidade." (TJSP – Ap. Crim. Rel. Des. Hoepfner Dutra RT. 445/360).

"Se o réu cometer o crime por erro plenamente justificado, supondo uma situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima, está isento de pena" (TJ – SP Ap. Crim. Rel. Des. Gonçalves Santana RT 381/152).

"Para a isenção de pena, exige a lei um erro plenamente justificado pelas circunstâncias, com a suposição de situação de fato que, existindo, legitimaria a ação do agente" (TACRIM – SP Ap. Crim. Rel. Juiz Prestes Barra RT. 388/314).

"A lei disciplinando o erro de fato, diz que o agente é isento de pena. É da doutrina operar-se aí a exclusão do dolo." (TJ – SP Ap. Crim. Rel. Des. Acácio Rebouças RT. 439/337).

BIBLIOGRAFIA

ASUA, Jimenéz de. "Tratado de Directo Penal". Vol. 3, Losoda, Buenos Aires, 1951.

BETTIOL, Guiseppe. "D.P.". 29 Vol. RT, 1973.

- BRUNO, Anibal. "D.P.". 2ª Tomo Forense, 1967.
- CARRARA, Francesco. "Programa Del Curso de Derecho Penal". Vol. I, Delpoma Buenos Aires, 1944.
- CARRELUTTI, Francesco. "Lezion Di Diritto Penale". Giuffré, Milão, 1943.
- DELMANTO, Celso. "Código Penal Anotado". Freitas Bastos, 1986.
- DUARTE, José Caetano. "O Erro do CP". Vega, 1984.
- FERRI, Henrique. "Sociologia Criminal". Milão, 1947.
- FRAGOSO, Heleno Claudio. "Lições de DP". Forense, 1985.
- GARCIA, Basileo. "Instituições de DP". Vol. 1 T.I Max Limondi, 1952.
- GAROFALO, "Criminologia". Turim, 1891.
- GUSMÃO, Sadi Cardoso de. "Das Contravenções Penais". Freitas Bastos, 1942.
- HUNGRIA, Nelson. "Comentários ao CP". Vol. 1 Forense, 1949.
- JESUS, Damásio de. "Direito Penal". 1ª V., Sor, 1984.
- JESUS, Damásio de. "Curso sobre a Reforma Penal". Saraiva, 1985.
- JOLIVET, R. "Curso de Filosofia". Ed. Rio, 1957.
- JR., Sabino Vicente. "Direito Penal". Sugestões Literárias, 1967.
- LISZT, Franz Von. "Tratado de Derecho Penal". T2, Reus.
- LUNA, Everaldo da Cunha. "Capítulo de Direito Penal". Sor, 1985.
- MAGGIORE, Giuseppe. "Diritto Penale". Bolonha, 1951.
- MARQUES, Frederico. "Tratado de Direito Penal". 2ª Vol. Saraiva, 1965.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. "Manual de DP". 1ª Atlas, 1986.
- NETTO, Alcides Munhoz. "A Ignorância na Antijuridicidade e Matéria Penal". Forense, 1978.
- NORONHA, E. Magalhães. "D. P." Vol. 1 Saraiva, 1973.
- PETROCELLI, Beagio. "Princípios di Diritto Penale". Nápoles, 1949.
- SILVA, AJ. da Costa e. "Código Penal". Cia Nacional, 1943.
- SIQUEIRA, Galdino. "Tratado de DP". 1ª José Konfino, 1947.
- SOLER, Sebastián. "Directo Penal Argentino". Buenos Aires, 1970.
- TOLEDO, Francisco de Assis. "O Erro no DP". Saraiva, 1957.
- TOLEDO, Francisco de Assis. "Princípios Básicos de DP". Saraiva, 1986.
- WELZEL, Hous. "La Teoria de La Accion Finalista". Buenos Aires, 1941.