



O ERRO SOBRE PRESSUPOSTOS FÁTICOS DE UMA CAUSA DE JUSTIFICAÇÃO: UMA ANÁLISE À LUZ DA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL.

Leonardo Lorenzetti Brasil, Lucas Ferreira Furlan

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: leonardo_lorenzetti99@hotmail.com, lucasfurlan94@hotmail.com

RESUMO

O artigo tem como propósito compreender a distinção entre a natureza jurídica das espécies de erro, realizar uma análise quanto ao tratamento dispensado pela teoria limitada da culpabilidade, adotada pelo Código Penal, às discriminantes putativas, examinar o caráter híbrido do erro que recai sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação e verificar o tratamento que lhe foi dado à luz da dogmática jurídico-penal. Foi realizada pesquisa bibliográfica que buscou assimilar como a doutrina jurídica aborda o tema. As informações foram analisadas por meio do método dedutivo. Concluiu-se pelo acertado tratamento diferenciado que deve ser dado às discriminantes putativas, apesar da teoria que fora adotada pela lei penal, de modo que os conceitos dogmáticos da Teoria do Delito não restam subvertidos.

Palavras-chave: Erro; discriminantes; putativas; direito; penal.

ERROR REGARDING THE FACTUAL ASSUMPTIONS OF A JUSTIFICATION: AN ANALYSIS IN LIGHT OF LEGAL-PENAL DOGMATICS.

ABSTRACT

The article aims to understand the distinction between the legal nature of different types of errors, conduct an analysis regarding the treatment provided by the limited theory of culpability, as adopted by the Penal Code, to putative justifications, examine the hybrid nature of errors concerning the factual assumptions of a justification, and verify the treatment that has been given in light of legal doctrine. Bibliographic research was conducted to assimilate how legal doctrine addresses the topic. The information was analyzed using deductive methodology. The study concludes in favor of the appropriate distinct treatment that should be given to putative justifications, despite the theory adopted by criminal law, ensuring that the dogmatic concepts of the Theory of Crime are not subverted.

Keywords: Error; putative; justifications; criminal; law.

INTRODUÇÃO

A Escola Clássica trouxe à tona a necessidade de se racionalizar a punição aplicada aos transgressores das normas de convivência social. O Direito Penal passaria, então, a ser objeto de reflexão constante a ponto de, acompanhando a evolução pela qual a sociedade passava, ascender à posição de Ciência. Nesse sentido, bebendo da fonte Iluminista e incorporando princípios da Revolução Francesa, como a necessária salvaguarda da dignidade da pessoa humana, a dogmática jurídico-penal, isto

é, o estudo, a interpretação, a aplicação e a crítica ao Direito Penal, deve se voltar para garantir uma atuação proporcional do Estado no exercício do seu poder punitivo.

O Direito Penal, no contexto do Estado Democrático de Direito, tem de se apoiar no princípio da culpabilidade, analisando de forma individualizada a conduta, as circunstâncias e o agente. Assim, hostilizando ideias que culminem com uma responsabilidade penal objetiva, que prescinde a verificação do dolo ou culpa.

Dessa maneira, é fundamental refletir acerca de como se deve dar o tratamento penal ao agente que incorre em erro. O estudo da Teoria do Erro se revela essencial à adequada censura às condutas realizadas nessas condições, dando respostas distintas aos erros que recaem sobre elementos do tipo penal e aos que recaem sobre a antijuridicidade.

Nesse diapasão, o que se pretende com esse artigo é analisar, à luz da dogmática jurídico-penal, com o apoio da doutrina e da legislação, a natureza jurídica do erro que recai sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, comparando com as espécies de erro de tipo e erro de proibição, de modo a estabelecer a distinção entre esses institutos e compreender a opção adotada pelo legislador brasileiro e suas consequências.

Para se chegar à conclusão, foi realizada pesquisa bibliográfica, consistente na revisão de livros que tratam do Erro no âmbito do Direito Penal e as informações foram analisadas por meio do método dedutivo.

A RELEVÂNCIA JURÍDICO-PENAL DA TEORIA DO ERRO

No contexto de um Estado Democrático de Direito, não há espaço para um Direito Penal que não seja orientado pelo princípio da culpabilidade, isto é, a valoração da censurabilidade de uma conduta a partir de uma análise individualizada e concreta do agente e das circunstâncias que o levaram a realizá-la.

O princípio da culpabilidade se impõe, portanto, como instrumento fundamental à limitação do Poder Punitivo Estatal na medida em que impede que se puna sem que sejam atendidos os requisitos do juízo de reprovação constantes da teoria da culpabilidade: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa (SANTOS, 2020).

Nesse cenário, o erro, que incide sobre elementos constitutivos do tipo ou sobre o caráter ilícito da conduta, pode viciar a vontade e, portanto, ter relevância penal (MARTINELLI; BEM, 2021).

Dessa forma, o estudo da Teoria do Erro se faz necessário para que haja proporcionalidade quanto à reprovabilidade das condutas realizadas no meio social.

TEORIAS DO DOLO E DA CULPABILIDADE

Antes, é importante revisitar as teorias do dolo e da culpabilidade que são tradicionalmente classificadas em extremada ou estrita do dolo, limitada do dolo, extremada ou estrita da culpabilidade e limitada da culpabilidade (BITENCOURT, 2013).

A teoria extremada do dolo compreende que o dolo integra a culpabilidade e defende a existência de um dolo normativo, isto é, composto por dois elementos psicológicos, os elementos intelectual e volitivo, e por um elemento normativo, a consciência da ilicitude, que deve ser atual, isto é, presente no momento da ação. Dessa maneira, iguala as consequências jurídicas de ambas as espécies de erro, pois o erro escusável que incide sobre o elemento normativo ou sobre o elemento intelectual (previsibilidade) exclui o dolo, já que são parte integrante deste (BITENCOURT, 2013).

A teoria limitada do dolo, por sua vez, na tentativa de aperfeiçoar a teoria extremada e evitar a impunidade, uma vez que a consciência da ilicitude deveria sempre ser atual, adotou o entendimento de que o agente, ainda que atue sem o conhecimento efetivo do caráter ilícito de sua conduta, geralmente o delinquentes habitual, demonstra menosprezo para com a ordem jurídica e, portanto, deve ser punido pelo crime na sua forma dolosa. Aqui, a consciência da ilicitude deixa de ser atual para se tornar presumida. Trata-se, na verdade, de punir o indivíduo não pelo que faz, mas pelo que é, constituindo uma clara manifestação de um Direito Penal do Autor, que não tem lugar num Estado Democrático de Direito (BITENCOURT, 2013).

Já a teoria extremada da culpabilidade parte da reestruturação do dolo e da culpabilidade trazida pela doutrina finalista. A teoria finalista, diferentemente da causalista, defende a existência de um dolo natural, puramente psicológico, formado apenas pelo conhecimento e pela vontade, integrante do tipo penal, deslocando o elemento normativo, consciência da ilicitude, para a culpabilidade. Salientando que, enquanto a consciência elementar do dolo precisa de ser atual, basta que a consciência da ilicitude seja potencial, ou seja, não sendo necessário que o agente tenha, no momento da ação, o conhecimento de sua antijuridicidade, mas que, nas circunstâncias do caso concreto, pudesse alcançar essa consciência. A partir dessa nova estrutura do delito, a

natureza jurídica do erro dependerá do seu objeto. Quando o erro inevitável recair sobre o elemento intelectual do dolo, tornará a ação atípica, uma vez que exclui o elemento constitutivo do tipo penal (dolo), e, quando evitável e havendo previsão legal, permitirá a configuração do crime culposo. Quando o erro inevitável incidir sobre a antijuridicidade da conduta, ao viciar a potencial consciência da ilicitude, excluirá a culpabilidade e, quando evitável, atenuará a pena a ser imposta, sendo o agente condenado a título de dolo, uma vez que este permanece intacto (BITENCOURT, 2013).

A teoria limitada da culpabilidade possui muita similaridade com a extremada, diferindo quanto ao tratamento que deve ser dispensado às descriminantes putativas. A extremada entende que todo erro que recai sobre as causas de justificação deve ser encarado como erro de proibição. Enquanto, para a teoria limitada, o erro que recai sobre pressupostos fáticos de uma causa de justificação deve ser tratado como erro de tipo e o erro que recai sobre a existência ou limites de uma causa justificante, como erro de proibição (BITENCOURT, 2013).

Em síntese, pode-se extrair o mérito das teorias do dolo quanto ao reconhecimento da consciência da ilicitude como um pressuposto da punibilidade e das teorias da culpabilidade a proposição de um tratamento distinto quando o erro incidir sobre um elemento do tipo e quando recair sobre a ilicitude de sua conduta (BITENCOURT, 2013).

ERRO DE TIPO INCRIMINADOR, ERRO DE SUBSUNÇÃO E ERRO DE PROIBIÇÃO

Por o dolo exigir, para sua configuração, o conhecimento atual das circunstâncias de fato que compõem o tipo, o erro que vicia essa percepção da realidade exclui o dolo. O erro de tipo incriminador, então, representa um defeito na formação do elemento cognoscível do dolo, isto quer dizer, em síntese, que o agente não sabe que realizou um fato típico. O crime de furto, previsto no art. 155 do Código Penal, não se configura se o agente pega para si objeto alheio crendo que seja seu, pois lhe falta conhecimento acerca da circunstância fática: o objeto não lhe pertencer. O erro de tipo incriminador, quando inevitável, tem o condão de excluir o dolo e a culpa, tornando a conduta atípica, e quando evitável, exclui o dolo, mas permite a punição pela conduta culposa, se

houver previsão na lei. (MARTINELLI; BEM, 2021; SANTOS, 2020)

O erro de subsunção ocorre quando o autor tem a intenção de praticar um ato ilícito, mas faz uma valoração jurídica errônea. O erro não recai sobre circunstâncias de fato ou sobre a ilicitude da conduta, já que o autor sabe o que faz e que esse comportamento é contrário ao direito. Erro, esse, que não possui relevância penal (MARTINELLI; BEM, 2021).

Como a potencial consciência da ilicitude integra a culpabilidade, o erro que a contamina permite que a culpabilidade seja afastada ou que a censurabilidade da conduta seja reduzida. O erro de proibição é aquele que incorre sobre a ilicitude de um comportamento. Isso quer dizer que o objeto do erro não é a legislação ou o fato, mas a contrariedade do fato em relação à lei. Para atender ao que reza o princípio da culpabilidade, é necessário estabelecer graus de reprovação diferentes sobre quem atua consciente da ilicitude de sua conduta e quem, ainda que podendo alcançar essa consciência, age sem conhecer essa antijuridicidade. O erro de proibição invencível afasta a potencial consciência de ilicitude e, conseqüentemente, exclui a culpabilidade, o erro de proibição vencível mantém o dolo intacto, não afasta a culpabilidade, mas, pela razão de que ela é reduzida, atenua a pena a ser imposta (BITENCOURT, 2013).

MODALIDADES DE ERRO SOBRE A ANTIJURIDICIDADE

O erro sobre a antijuridicidade pode ser subdividido em três modalidades: erro de proibição direto, erro de mandamento e erro de proibição indireto (BITENCOURT, 2013).

O erro de proibição direto fica caracterizado quando o autor de uma conduta comissiva se equivoca acerca da existência de uma norma proibitiva ou de seu alcance (MARTINELLI; BEM, 2021).

Apesar da distinção estabelecida entre lei, cujo desconhecimento é inescusável conforme a primeira parte do art. 21 do Código Penal, e ilicitude, a contrariedade do fato em relação ao ordenamento jurídico, em algumas situações o erro do agente quanto à proibição de sua conduta restará no próprio desconhecimento da lei (GRECO, 2023).

Há a espécie de erro de proibição direto, na modalidade de desconhecimento da lei, quando não é possível alcançar a consciência

do injusto senão pelo conhecimento da lei, situação que ocorre com frequência no ramo do Direito Penal especial devido à reiterada falta de coincidência entre os tipos legais e a ordem moral (SANTOS, 2020).

Nesse sentido, é importante destacar precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

“APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CAPUT, NA FORMA DO ART. 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO - ACOLHIMENTO - DESCONHECIMENTO DA ILICITUDE DO FATO - ERRO DE PROIBIÇÃO INEVITÁVEL CARACTERIZADO - direito aos usos e costumes da comunidade indígena reconhecido no art. 231 da constituição federal - conduta reproduzida por gerações dentro do âmbito cultural - contexto corroborado pela elaboração do laudo pericial antropológico - ISENÇÃO DA PENA POR EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE do agente - absolvição como medida que se impõe, com fulcro no ART. 21 CAPUT, DO CÓDIGO PENAL E NO art. 386, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL [...]” (PARANÁ, 2020)

O erro de mandamento é aquele que incorre sobre uma norma mandamental, imperativa, que impõe um dever de agir, característica em tipos omissivos, próprios e impróprios (BITENCOURT, 2013).

O erro de proibição indireto se manifesta quando o agente supõe que sua conduta é lícita por acreditar que esteja amparado por uma excludente de ilicitude que não existe no ordenamento jurídico ou por desconhecer os limites de uma causa de justificação admitida no ordenamento jurídico (SANTOS, 2020).

TEORIA ADOTADA PELO CÓDIGO PENAL

Houve, quando da reforma do Código Penal Brasileiro em 1984, a adoção pela Teoria Limitada da Culpabilidade que foi expressa no item 19 da Exposição de Motivos (ENAP, 2017).

A adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade, que, aplicando a regra do erro de tipo, culmina com a exclusão do dolo quando o erro inevitável incidir sobre pressupostos objetivos das causas de justificação, traz como consequências: a impossibilidade de a vítima do erro atuar em legítima defesa pois o ato praticado pelo agente em erro não é típico e, portanto, não é antijurídico; a impunidade do partícipe, já que o princípio da acessoriedade limitada exige a configuração do injusto penal, ou seja, de que a conduta seja típica e antijurídica; e a impunibilidade da tentativa já que esta exige a presença do dolo e não é admitida nos tipos culposos, que ocorrem quando o erro é vencível (BITENCOURT, 2013).

No entanto, se fosse aplicada a regra do erro de proibição, o dolo permaneceria intacto e culpabilidade seria afastada, a conduta permanece típica e antijurídica de modo que permite que a vítima do erro atue em legítima defesa, que o partícipe possa ser punido e que a tentativa seja punível (BITENCOURT, 2013).

O ERRO SOBRE PRESSUPOSTOS OBJETIVOS DE UMA CAUSA DE JUSTIFICAÇÃO

Sempre que o erro incorrer sobre pressupostos objetivos de uma causa de justificação, fica caracterizado, conforme postulados da Teoria Limitada da Culpabilidade, o erro de tipo permissivo. Esse equívoco ocorre quando o agente supõe uma situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima (BITENCOURT, 2013).

Trata-se, na verdade, de uma espécie híbrida de erro. Isso porque o agente tem uma falsa percepção da realidade que afeta o elemento intelectual do dolo, como no erro de tipo, ao mesmo tempo em que acredita de forma equivocada que sua conduta, sabidamente típica, é permitida em virtude da presença de uma causa excludente de ilicitude, como no erro de proibição indireto (BITENCOURT, 2013).

Apesar de o Código Penal ter aderido à Teoria Limitada da Culpabilidade, o erro de tipo incriminador e o erro sobre pressupostos fáticos de uma causa justificante não possuem a mesma natureza. Este, constante no §1º do art. 20 do Código penal, isenta o agente de pena, afasta a

culpabilidade, quando invencível, aquele, previsto no *caput* do artigo 20 do Código Penal, exclui o dolo e, dessa forma, afasta a tipicidade (BITENCOURT, 2013).

Sob pena de constringer conceitos dogmáticos da teoria do delito, é crucial que se faça a distinção entre crime culposo e erro culposo. Nos crimes culposos, o elemento volitivo é direcionado a um fim lícito, há um vício na execução devido à inobservância de um dever objetivo de cuidado, e o resultado danoso decorre da imprevisão da sua superveniência ou da sua inevitabilidade. Enquanto, no erro culposo, a vontade do agente é orientada para um fim proibido, cuja ilicitude poderia ser captada com maior cautela (BITENCOURT, 2013).

Nos casos em que o erro sobre os pressupostos fáticos é evitável, não se gera culpa em sentido estrito, não há alteração da natureza dolosa do crime, mas se adota uma cominação penal do tipo culposo. No momento que precede à ação principal, o agente avalia mal uma situação, atuando em erro, culposamente, pela ausência de cautela. Já na ação principal, o autor age de forma dolosa a fim de alcançar o resultado. Há, aqui, uma relação simbiótica de dolo e culpa num mesmo cenário fático complexo, assim como ocorre com os crimes qualificados pelo resultado: uma conduta dolosa conjugada com um resultado culposo. Da mesma forma que o dolo anterior nos crimes qualificados pelo resultado não torna doloso todo esse contexto complexo, a culpa antecedente existente no erro culposo é incapaz de tornar culposo o delito. Isso quer dizer que não existe crime culposo quando se estiver diante das discriminantes putativas, a culpa imprópria não deixa de ser um crime doloso (BITENCOURT, 2013).

Portanto, o erro de tipo incriminador invencível tem o condão de afastar o fato típico doloso, enquanto o erro de tipo permissivo invencível afasta a culpabilidade dolosa. Aquele que, por falta de cautela, crê equivocadamente que pode realizar uma conduta a princípio proibida, pois típica, atua dolosamente. No entanto, essa conduta merece menor grau de censura devido à demonstração de fidelidade ao ordenamento jurídico, de tal modo que, entre não ser possível afastar sua culpabilidade e ser desproporcional sua punição dolosa, há uma opção de política criminal por uma culpabilidade culposa, ainda que a natureza do crime

permaneça dolosa (BITENCOURT, 2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria do Erro assume papel fundamental para a efetivação de uma resposta penal adequada às condutas praticadas em circunstâncias de anormalidade. Os institutos do erro de tipo e erro de proibição possuem consequências jurídicas distintas, tendo em vista a diferença entre os objetos do erro.

Apesar de o legislador ter adotado a teoria limitada da culpabilidade, o erro que recai sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação é tratado de maneira diversa do erro de tipo pelo fato de que aquele reúne características de ambas as espécies de erro. O agente sabe que está a cometer um fato típico, atua dolosamente a fim de atingir um resultado danoso, porém acredita veementemente, de forma equivocada, que está diante de uma situação de fato que admite uma causa excludente da antijuridicidade. De modo a não subverter os conceitos dogmáticos da Teoria do Delito, a disposição expressa no §1º do art. 20 do Código Penal aplicada às discriminantes putativas, acertadamente, não altera a natureza dolosa do delito praticado, mas afasta a culpabilidade quando esse erro é escusável, e, por uma opção de política criminal e pela necessidade de uma menor reprovabilidade daquele que tenta atuar conforme o ordenamento jurídico, pune por crime culposo, havendo previsão legal, quando esse erro pudesse ter sido evitado se houvesse maior cautela. Dessa forma, os problemas apontados pelo professor Bitencourt acerca da teoria adotada pelo Código Penal quanto às discriminantes putativas restam solucionados: como o dolo não é afastado, a tentativa é punível, o injusto fica configurado, permitindo que a vítima do erro atue em legítima defesa e que o partícipe seja punido conforme reza o princípio da acessoriedade limitada.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**: uma análise comparativa. 6 .ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ENAP, RSP. Legislação: Exposição de motivos nº 211 Código penal. **Revista do Serviço Público**, v. 40, n. 2, p. 65–102, 2017. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article>

/view/2231. Acesso em: 30 jul. 2023.
<https://doi.org/10.21874/rsp.v40i2.2231>

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: artigos 1º a 120 do código penal. 25. ed. Barueri: Atlas, 2023.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (3ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal – Processo nº 0004492-95.2018.8.16.0159**. Estupro de vulnerável (art. 217-A, caput, na forma do art. 71, ambos do Código Penal) - sentença condenatória - pedido de absolvição - acolhimento - desconhecimento da ilicitude do fato - erro de proibição inevitável caracterizado. Relatora: Juíza de Direito Substituto em Segundo Grau Angela Regina Ramina de Lucca, 06 de julho de 2020. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 10 ago. 2023.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito penal parte geral**: lições fundamentais. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.