


Miguel Reale Júnior

COORDENADOR

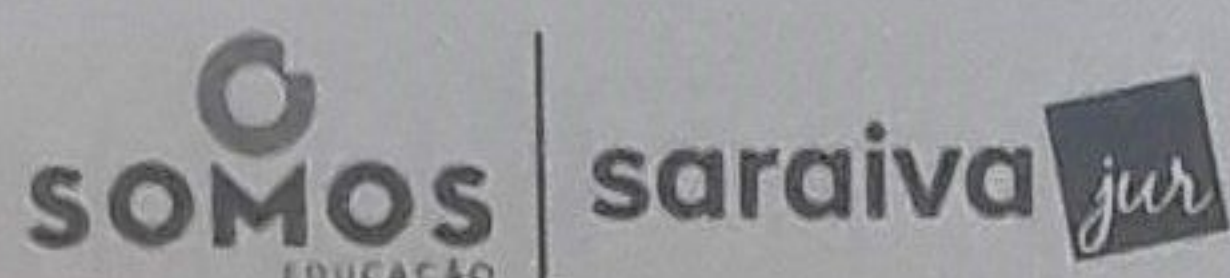
CÓDIGO PENAL
COMENTADO

2017

saraiva  jur

ISBN 978-85-472-0859-2

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
ANGÉLICA ILACQUA CRB-8/7057



Av. das Nações Unidas, 7.221, 1º andar, Setor B
Pinheiros – São Paulo – SP – CEP 05425-902

SAC

0800-0117875

De 2ª a 6ª, das 8h às 18h

www.editorasaraiva.com.br/contato

Código penal comentado / Alamiro Velludo Salvador Netto...[et al] ; organizado por Miguel Reale Júnior. – São Paulo : Saraiva, 2017.

Bibliografia

1. Direito penal - Legislação – Brasil I. Salvador Netto, Alamiro Velludo II. Reale Junior, Miguel.

17-0623

CDU 343(81)(094.4)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Código penal comentado 343(81)(094.4)

Presidente Eduardo Mufarej

Vice-presidente Claudio Lensing

Diretora editorial Flávia Alves Bravin

Conselho editorial

Presidente Carlos Ragazzo

Consultor acadêmico Murilo Angeli Dias dos Santos

Gerência

Planejamento e novos projetos Renata Pascual Müller

Concursos Roberto Navarro

Legislação e doutrina Thaís de Camargo Rodrigues

Edição Deborah Caetano de Freitas Viadana

Produção editorial Ana Cristina Garcia (coord.)

Luciana Cordeiro Shirakawa

Clarissa Boraschi Maria (coord.)

Guilherme H. M. Salvador

Kelli Priscila Pinto

Marília Cordeiro

Mônica Landi

Surane Vellenich

Tatiana dos Santos Romão

Tiago Dela Rosa

Diagramação e revisão Know-How Editorial

Comunicação e MKT Elaine Cristina da Silva

Capa IDÉE arte e comunicação

Produção gráfica Marli Rampim

Impressão e acabamento Intergraf Ind. Gráfica Eireli

Data de fechamento da edição: 10-4-2017

Dúvidas? Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

CL 601872 CAE 570928

explosão, e dando causa, outrossim, a outro resultado, relacionado com a ação culposa, a morte ou lesão corporal de alguém (art. 251, § 3º, c/c o art. 258, *in fine*, do CP).

Considerações finais

A tentativa do legislador de evitar que se estabeleça a responsabilidade objetiva exige que seja feita, no caso concreto, cuidadosa análise da possibilidade real de o agente conhecer a eventual ocorrência do resultado que está além do seu querer, mas previsível.

A culpa consiste, portanto, na realização da ação sem prever, como era possível fazê-lo, a causação de um resultado mais grave, na linha do bem jurídico atingido primeiramente, ou de outro resultado que lesa interesse diverso, em função do que se agrava a pena. Mas, não deve haver pena mais grave sem culpabilidade mais grave, destaca Basile (2011, p. 961), razão pela qual ao delito-base, doloso ou culposos, deve-se acrescentar um comportamento culposos.

Erro sobre elementos do tipo

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

Descriminantes putativas

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

Erro determinado por terceiro

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

Erro sobre a pessoa

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

Bibliografia: CERESO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: RT, 2007; FIANDACA, G. e MUSCO, E. *Diritto penale: parte generale*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1989; FIORE, Carlo. *Diritto penale: parte generale*. Torino: 2001. v. 1; FORTI, Gabbrio. *Colpa e evento nel diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1990; GALLO, Marcelo. Dolo. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1964. v. XIII; GRACIA MARTIN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal: una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2006; JAKOBS, Gunther.

Derecho penal: parte general. Trad. Joaquim Contreras e José Luis S. Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997; JESCHECK, Hans-Heinrich; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de derecho penal: parte general.* 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012; MAIWALD, M. *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano.* Torino: Giappichelli, 1993; MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal.* São Paulo: Saraiva, 1954. v. 2; POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de derecho penal: parte general.* Madrid: Tecnos, 2013. t. II; RAMOS TAPIA, Maria Inmaculada. In: ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (Org.). *Derecho penal: parte general.* 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004; ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general.* Trad. Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 2008. t. I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito; TAVARES, Juarez. *Teorias do delito.* São Paulo: RT, 1980; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general.* Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002; WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán.* Trad. Bustos Ramirez e Yañes Pérez. 12. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987; WESSELS, J. *Derecho penal: parte geral.* Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

Considerações gerais

Se o dolo consiste no conhecimento dos elementos do tipo, a errada representação de um deles faz com que a vontade dirija-se à realização de um fato não proibido, um fato não típico. Assim, o dolo como conhecer e querer a conduta típica não se concretiza se tiver ocorrido um erro. O erro e o dolo condicionam-se e vice-versa, como diz Fiore (2001, p. 275), pois o errôneo conhecimento impede que haja uma vontade voltada à prática do delito, inexistindo, portanto, o dolo.

Mas algumas questões se impõem: quando o erro recai sobre um dado essencial, um elemento constitutivo do tipo legal de crime, e quando o erro é invencível, não evitável. Ademais, se evitável, cabe saber se se configura ou não a forma culposa, como explicita a parte final do art. 20 do CP.

Considerações nucleares

O dolo pressupõe, como já assinalado, o conhecimento de todos os elementos essenciais do tipo legal, ou seja, os positivos e negativos do tipo, em sua integralidade, compreensiva das referências a dados objetivos, bem como os normativos, não apreensíveis sensorialmente, mas intelectualmente, e ainda mais o saber da “ausência dos pressupostos das causas de justificação” (LUZÓN PEÑA, 2012, p. 260), ou seja, o conhecimento da inocorrência dos aspectos que tornariam justificada a conduta.

Erro essencial

O erro é essencial quando o que se conhece efetivamente contrasta com os elementos constantes da conduta típica proibida no tipo legal de crime, ficando clara a impossibilidade de se considerar a existência de dolo. O agente não se apercebe da

conduta típica que está a realizar, faltando o dado psicológico do dolo, por vício no conhecimento.

Esse erro pode dizer respeito à natureza do objeto sobre o qual recai a conduta, sendo exemplo atirar em uma figura no campo que representava ser um espantalho quando, na verdade, era um homem. A vontade estava dirigida a acertar um espantalho, mas se atinge uma pessoa. Não há dolo de homicídio, não se configura, destarte, o crime.

O erro pode se dar em face de dado normativo, coisa alheia, no crime de furto, conforme o exemplo do engano ao pegar uma caneta do vizinho de mesa, com a certeza de que se está a guardar a própria. Na mesma situação encontra-se aquele que pensa lhe ter sido atribuída, por sentença firme, a propriedade de um veículo, de que tinha posse, e o vende, quando, na verdade, a decisão ainda dependia de recurso. A venda do carro não constitui apropriação indébita, pois não se pretendeu alienar coisa alheia, como se própria fosse, na medida em que erradamente se representou que, no caso, o carro já era de sua propriedade.

Assim, a falsa representação da decisão judicial como firme é, diz Fiore (2001, p. 280), idêntica a uma falsa representação de dado da realidade. Como já afirmei em *Instituições* (2012, p. 228), o erro pode atingir a própria qualificação da coisa que era alheia, por já se ter operado a tradição, com desconhecimento do agente, ou ainda era alheia, porquanto não ocorrido o trânsito em julgado da sentença outorgante da propriedade.

O erro pode referir-se a uma interpretação equivocada do significado do elemento normativo, constante do tipo legal (LUZÓN PEÑA, 2012, p. 264). O agente realiza uma valoração paralela, no âmbito do profano, acerca do conteúdo do elemento normativo, por exemplo, justa causa, no crime de violação de correspondência. Pode se enganar sobre o que constitui justa causa, pensando a secretária que é de sua função abrir toda e qualquer correspondência, agindo, ao abrir uma carta pessoal, com a falsa impressão de que está a cumprir o seu dever funcional e não descumprindo o dever de preservação da vida privada.

Igualmente, o erro pode se dar em face do instrumento utilizado, de que é exemplo o fato de o agente tomar um revólver que pensa estar, com certeza, desmuniada, e, por graça, puxar o gatilho contra o amigo, matando-o, pois alguém comunicara a arma sem o seu conhecimento.

O erro pode incidir também sobre o dispositivo legal que complementa a norma penal em branco, podendo-se lembrar a portaria da Anvisa que discrimina quais são as substâncias consideradas estupefacientes. Jescheck (2002, p. 331) bem observa que a norma complementar é integrante do tipo, pois a norma proibitiva resultaria incompreensível sem o dado concretizador da conduta, razão pela qual a norma complementar aplicam-se as “regras gerais do erro”. Assim, o erro sobre um dado objetivo do dispositivo legal complementar constitui um erro de tipo.

Um erro sobre a exclusão de determinada substância da lista da Anvisa, largamente difundida, mas a se operar no futuro próximo, pode levar ao erro de

pensar já estar o produto fora da lista dos estupefacientes, situação que se constitui, então, em erro de tipo.

O erro essencial pode também dizer respeito ao curso causal, que, como se viu, integra o dolo, pois, como diz Jescheck (2002, p. 334), o agente deve visualizar o caminho causal em seus dados essenciais, uma vez que constituem igualmente um elemento do tipo. Trata-se o erro, referente ao curso causal, da ocorrência, no trajeto ao resultado, de um desvio, que conduz a resultado diverso, ou ao resultado pretendido, mas graças à interferência de fato externo, relativamente independente.

A questão coloca-se em meio à imputação objetiva e à perspectiva subjetiva, podendo ser resolvida por uma ou outra vertente.

Em matéria de erro, o recurso a exemplos é obrigatório: o agente fere a vítima com facadas, mas esta morre no hospital em razão de infecção das feridas; a vítima é jogada de uma ponte, para morrer afogada no rio, mas, antes de chegar à água, bate a cabeça em uma pilastra e morre de traumatismo craniano; a vítima, ferida a bala na perna, é conduzida ao hospital e morre em acidente da ambulância; a vítima, atingida, é pensada morta, mas sobrevive, e morre ao se ocultar o presumido cadáver.

Primeiramente, se ocorreu a intervenção de causa relativamente independente, como se viu no comentário ao art. 13 do CP, o resultado final não é imputável ao agente. Resolve-se a questão no campo da imputação. No exemplo da morte por infecção das feridas, se houve descuido do hospital, há apenas tentativa de homicídio, e o resultado morte vem a se dar por conta de causa relativamente independente, consistente na incúria do tratamento¹⁷.

Apenas no último caso, do ocultamento do corpo da vítima, houve um erro, ao se pensar que morreria, quando estava viva, mas o erro não é sobre o curso causal, e sim sobre a natureza do objeto material do ocultamento. Todavia, pode-se imaginar exemplo de erro no curso causal, na hipótese lembrada de acionar revólver que se entendia sem munição. Outra possibilidade está no fornecimento de sonífero em quantidade que se queria apenas para adormecer profundamente a vítima, para a furtar, mas que a levou à morte.

Erro não essencial e o § 3º do art. 20

O erro, como acima destaquei, deve recair sobre dado essencial. Pode, todavia, incidir sobre elemento accidental, *verbi gratia*, na hipótese de pensar o agente que o objeto subtraído era de Paulo e não de José, como de fato era. Outro exemplo de erro sobre o objeto, de que é espécie o erro sobre pessoa, está em atirar para

¹⁷ Em sentido contrário, Ramos Tapia (2004, p. 525) adverte que, conforme a imputação objetiva, se é possível ver o resultado como concreção do perigo criado com a ação dolosa, responde o agente por homicídio.

matar Antônio, que se vê ao longe, e depois verificar-se ser Marcelo, com roupas parecidas com as da pretendida vítima. Nesta hipótese, adotam-se, na aplicação da pena, as condições e qualidades da vítima que, originalmente, se pretendia atingir, por exemplo, a circunstância agravante de ser a vítima pessoa velha.

Erro invencível, vencível e crime culposo

O erro deve ser relevante, por ser relativo a dado essencial, mas, também, por ser invencível, ou seja, não passível de ser evitado, não perceptível, segundo as condições objetivas e pessoais do agente. A medida há de ser a razoabilidade do erro, em face de uma pessoa ponderada, mas observados aspectos extraordinários, por vezes existentes. Se era a realidade fática apreensível ao homem comum, segundo a atenção normal, tendo o agente, nas circunstâncias, possibilidade de ser atento, não estando sujeito a qualquer fator extraordinário que impedisse tal cuidado, o erro ocorrido na prática delitiva era vencível, irrelevante, pois passível de ser evitado.

Na hipótese de erro vencível, a conduta resta punível apenas a título de culpa, se a forma culposa deste determinado tipo de crime for prevista normativamente, devendo ser constatado, ademais, conforme pondera Fiore (2001, p. 277), que na raiz do erro se ache a violação de uma regra de diligência. Como assinala Hungria (1958, p. 78), o erro exclui o dolo, mas não excluirá a culpa, “se se apresenta como uma anormalidade em face da experiência comum”. Se a hipótese culposa não está prevista, por exemplo, no furto, o fato praticado com erro vencível resta impune.

Se o agente atuou com “temerário desprezo pela verdade”, incidindo em erro, em razão de uma cegueira ante os fatos, agindo com extraordinário desinteresse frente à realidade, poder-se-ia admitir haver dolo eventual, como tem reconhecido a jurisprudência espanhola (TAPIA, 2004, p. 516).

Esta solução, todavia, é inadmissível, pois, se houve falta de cuidado na apreensão da realidade e na avaliação da situação, a norma do art. 20 apenas permite a responsabilidade a título de culpa, desde que, logicamente, a forma culposa seja normativamente estabelecida. Se não o for, o fato perdura impunível, mesmo sendo vencível o erro, porquanto inaceitável a punição por dolo, mesmo que seja eventual.

Erro determinado por terceiro (§ 2º do art. 20)

Estatui o § 2º do art. 20 que se o erro foi determinado por terceiro, responde este pelo crime. O causar o erro no agente deve ter sido intencional, como no exemplo de alguém que incita o agente a atirar em uma moita, na qual sabe que sempre adormece um seu desafeto. Trata-se de autoria mediata e imediata, atuando o agente como *longa manus*, sendo apenas um instrumento do crime, na verdade, perpetrado pelo instigador, por meio do instigado. Deve-se, quando alguém se delituosamente sem o saber. Deve-se castigar ao autor real e não àquele que, em geral, age (MUÑOZ CONDE e GARCÍA ARÁN, 2010, p. 435), o homem por detrás, que

induz ao engano e comete o crime, não por sua própria mão, mas se valendo da mão de terceiro (POLAINO NAVARRETE, 2013, p. 244), que atua em estado de erro.

Discriminantes putativas

De acordo com o § 2º do art. 20 do CP, haverá erro de tipo se, de forma plenamente justificada, o agente supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima.

Há duas posições na doutrina acerca do erro quanto às circunstâncias que se reconhece enganadamente existentes, mas que, se existissem, efetivamente tornariam a conduta lícita. Assim, a errônea compreensão de um dos elementos da situação real, representada equivocadamente como situação de legítima defesa, pode, segundo uma das conceituações da doutrina (teoria extrema da culpabilidade), constituir um erro sobre a legitimidade da ação, não se tendo consciência da sua ilicitude; para outra (teoria limitada da culpabilidade), contudo, o erro sobre circunstância de fato, que, se existisse, faria a ação ser legítima, é um erro de tipo, pois o tipo é global (LUZÓN PEÑA, 2012, p. 260), açambarcador dos elementos positivos e negativos, e o dolo deve compreender a todos, sendo o dado negativo, referente ao conhecimento da ausência de situação, que torna a conduta lícita.

Se o agente reconhece a presença de um dado negativo da ilicitude e o faz por erro invencível, ocorre, segundo a teoria limitada da culpabilidade, um erro de tipo. Como acentuei, por adotar a teoria dos elementos negativos do tipo, e vendo, na antijuridicidade, apenas a tipicidade negativa, o outro lado da moeda, em uma compreensão global do tipo, é evidente que, integrando o tipo a causa de exclusão, um erro sobre um dos elementos de uma causa de exclusão constitui, a meu ver, um erro de tipo, que exclui o dolo.

Todavia, o erro deve ser invencível, ou seja, não passível de ser evitado. Se evitável, o agente responderá por culpa, se o tipo penal prever a forma culposa, conforme edita a parte final do parágrafo em comento.

Assim, se o agente pensar, erradamente, que a vítima saca de uma arma e, então, atira antes, matando-a, cabe ver se o erro era invencível, caso em que se exclui o dolo, não respondendo o autor dos disparos por crime culposos; no entanto, se o erro era evitável, perceptível o engano, com o cuidado normal e atento, nas circunstâncias dadas, o agente, pela falta de diligência, deverá responder por homicídio culposos.

Erro sobre a ilicitude do fato

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

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

Bibliografia: CERESO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: RT, 2007; FIANDACA, G. e MUSCO, E. *Diritto penale: parte generale*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1989; FIORE, Carlo. *Diritto penale: parte generale*. Torino, 2008. v. 1; FORTI, Gabbrio. *Colpa e evento nel diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1990; GRACIA MARTIN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal: una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2006; JAKOBS, Gunther. *Derecho penal: parte general*. Trad. Joaquim Contreras e José Luis S. Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997; JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thoma. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002; LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre proibição no direito penal: atuação nos limites entre o permitido e o proibido*. São Paulo: Atlas, 2013; MAIWALD, M. *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*. Torino: Giappichelli, 1993; MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1954. v. 2; MUNHOZ Neto, Alcides. *A ignorância da anti-juridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978; MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010; POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Madrid: Tecnos, 2013. t. II; RAMOS TAPIA, Maria Inmaculada. In: ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (Org.). *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004; ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 2008. t. I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito; TAVARES, Juarez. *Teorias do delito*. São Paulo: RT, 1980; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988; WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Bustos Ramirez e Yañes Pérez. 12. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987; WESSELS, J. *Derecho penal: parte geral*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

Considerações gerais

Prevaleceu até recentemente o princípio *error iuris nocet*, segundo o qual seria irrelevante o denominado erro de direito. O âmbito de aplicação do referido princípio, contudo, passou a ser reduzido ao se admitir a importância do erro incidente sobre direito extrapenal, especialmente se a lei penal faz referência a disposições regulamentares. Injustificável, no entanto, que se reconheça relevo ao erro de direito extrapenal e não ao erro referente à norma penal (CERESO MIR, 2007, p. 970 e s.), pois não é por ser a norma de natureza penal que se há de excluir a ocorrência de erro sobre a proibição da conduta.

Conhecimento e erro são as duas faces da mesma moeda. O erro constitui uma representação não correspondente à realidade, uma representação falsa de fato, confundindo-se um homem com um espantalho, contra o qual se atira, conforme tratado no comentário ao artigo anterior.

O erro, todavia, pode incidir também sobre a permissividade de uma determinada conduta, desconhecendo o sujeito a proibição jurídica que lhe era possível apreender. O agente atua sem representar a ilicitude de seu comportamento: inci-

de em erro quem ignora a proibição existente, dela duvida ou atua com a certeza da licitude de sua ação, como adiante se examinará (LEITE, 2013, p. 190) O juízo sobre a ilicitude de uma conduta também pode ser objeto de erro, de uma falsa representação. A consciência do injusto, portanto, tem o seu reverso no erro de proibição, que constitui uma das razões pelas quais não se reprova a conduta *prima facie* criminosa, com a conseqüente exclusão da culpabilidade, entendida como juízo de censura.

Censura-se a conduta, pois, diante do conhecimento do injusto, o sujeito deixa de se motivar pelo comando emitido pela norma, decidindo e atuando contrariamente a ela, malgrado tenha a consciência da proibição que recai sobre seu comportamento.

Considerações nucleares

Se a norma penal visa a impedir a realização de determinadas condutas, é porque há um processo de comunicação, por via do qual os destinatários da norma tomam consciência do proibido, sendo possível a internalização da ordem emanada da lei, sem o que não se poderia falar em conhecimento do injusto (MUÑOZ CONDE; GARCIA ARÁN, 2010, p. 182)¹⁸. Para ter capacidade de se comportar em conformidade com a norma, há de ser possível o acesso ao conteúdo dessa norma (LUZÓN PEÑA, 2012, p. 496 e s.), tendo-se por pressuposto capacidade de decisão e de atuação, ou seja, liberdade nas circunstâncias, liberdade situada.

De outra parte, também sob a perspectiva de reafirmação pela lei penal do valor afrontado pela conduta, como em vista da reeducação do agente, tem-se por pressuposto o conhecimento do conteúdo da obrigação, pois não se justificaria a punição, senão em vista de fato que expressa reconhecido contraste com os valores sociais consagrados na lei (FIORE, 2008, p. 411). Mas o essencial é não derivar a exigência da possibilidade de conhecimento do injusto, do atendimento à finalidade atribuída à pena. Ao se atender pelo elemento do conhecimento do injusto aos fins da pena se está, tão só, a confirmar o relevo desse dado componente da estrutura do delito.

O potencial conhecimento do injusto coloca-se, portanto, como dado integrante da estrutura do delito, sendo não configurada a figura delituosa, em todos os seus elementos, se tiver havido erro quanto à proibição jurídica da conduta, à sua contrariedade ao permitido.

¹⁸ Roxin (2008, p. 467) denomina acessibilidade à norma a possibilidade de o agente conhecer a norma e de se pautar por esse conhecimento, formando parte da culpabilidade, consistente não só em poder conhecer a norma, questão de relevo quanto ao aspecto ora em exame, mas também em ser o agente dotado da capacidade de livremente se autodeterminar.

Este conhecimento da ilicitude de uma conduta, ou seja, do seu caráter de proibida, é dado que se situa no dolo, para os adeptos de uma concepção psicológica de culpabilidade. Para os finalistas situa-se na culpabilidade, entendida esta como puro juízo de valor, pois o dolo integra a ação, e o potencial conhecimento do injusto consistiria em uma das razões pelas quais se reprova o agente.

Além do mais, há de se distinguir a exigência de uma consciência atual da ilicitude da exigência da possibilidade de o agente de ter esse conhecimento. Tal questão se põe na esfera do juízo de evitabilidade do erro, que já se reconhece ocorrido, realizando-se um juízo normativo – não de realidade –, sendo a possibilidade de conhecimento o reconhecimento da evitabilidade do erro; não o reconhecimento da necessidade da sua exclusão¹⁹.

Da combinação desses dois critérios brotam as teorias do dolo e da culpabilidade com referência ao erro sobre a ilicitude:

a) Teoria do dolo

Para a teoria do dolo, este é uma das formas da culpabilidade, ao lado da culpa, e a consciência da ilicitude é um dos elementos do dolo. Ausente a consciência da ilicitude, desaparece o dolo.

Duas linhas de desenvolvimento apresenta a teoria do dolo: a primeira exige a consciência atual da ilicitude, do desvalor da ação em face do direito, com conhecimento da realização antijurídica do tipo, denominada teoria extrema. Para a teoria limitada do dolo, mesmo que o agente não tenha consciência da ilicitude, decorrente de sua cegueira jurídica ou inimizade para com o direito, igualmente se deve entender a ação como dolosa: acresce-se ao dolo, como diz Assis Toledo (2008, p. 30), “uma particular culpa na condução da vida”. Dessa forma, nem sempre é, para a teoria limitada, necessário ter a consciência atual da ilicitude, pois há hipóteses em que, malgrado tal consciência inexistia, em razão de “cegueira jurídica”, assim mesmo se configura o dolo.

Se o erro é inevitável, segundo a teoria abordada, o dolo está excluído. Se evitável, o agente responde por culpa, se houver previsão da forma culposa para o delito, o que deixa no campo da impunidade larga esfera de condutas, pois sabidamente são raras as previsões das hipóteses culposas. Desse modo, objetava-se à teoria do dolo deixar impune a prática de delitos, por erro evitável, se a forma culposa não estivesse prevista. Para enfrentar essa questão, surge a teoria que se denominou “teoria modificada do dolo”, segundo a qual, na hipótese de erro evitável, deve-se aplicar a pena atenuada, que teria sido adotada pelo nosso Código, ao

¹⁹ Com razão, Leite (2013, p. 35 e s.) insiste na diferenciação entre erro e evitabilidade. Primeiramente, deve-se reconhecer se havia erro, ou não; depois, segundo o Autor, perquirir se esse erro era evitável.

escusar o erro inevitável e prever a pena atenuada, nas situações em que ocorre o erro evitável.

b) Teoria da culpabilidade

Com a teoria finalista, a questão passa a ter outro enfoque, pois o dolo vem a integrar a ação e o tipo, sendo a culpabilidade um juízo normativo de censura, e a consciência da ilicitude uma das razões pelas quais se reprova. Esta posição veio da denominada “teoria da culpabilidade”, pois a consciência da ilicitude diz respeito à culpabilidade, não ao dolo.

A consciência da ilicitude é inevitável se ao agente não era **possível** formar o juízo de que a ação era proibida. Contudo, se tinha a possibilidade de conhecer a injustiça de sua ação e omitiu as providências a seu dispor, para se inteirar acerca da proibição, a sua conduta deve ser censurada e punida, com pena diminuída, de um sexto a um terço, conforme edita o art. 21 do CP, *in fine*.

Diz Welzel (1987, p. 187) que uma ação é reprovável, porque o agente conhecia ou podia conhecer a sua antijuridicidade, sendo o homem responsável pela juridicidade de suas decisões: deve agir para evitar que o “conteúdo de suas resoluções não esteja conforme com o ordenamento jurídico”. Se houver a mera possibilidade de conhecer a discordância da ação em face do ordenamento, é esta reprovável.

Dessa forma, o erro de proibição refere-se ao não conhecimento da desconformidade da ação em face ao ordenamento, bastando, para que não tenha relevo o erro, a possibilidade de conhecimento desse contraste, em juízo de evitabilidade do erro, posterior ao reconhecimento de ter o agente agido sob influência de um erro.

A teoria da culpabilidade, todavia, apresenta duas vertentes, que se moldam conforme venham a ser entendidas as discriminantes putativas, por exemplo, a legítima defesa putativa, como erro de tipo ou erro de proibição.

b.1) Teoria extrema da culpabilidade

Para a teoria extrema da culpabilidade, adotada por Welzel e, entre nós, por Munhoz Neto (1978, p. 115) na legítima defesa putativa, a errônea compreensão de um dos elementos da situação, representada equivocadamente como situação de defesa, constitui um erro sobre a legitimidade da ação, não se tendo consciência da ilicitude da ação. É um erro sobre uma circunstância que, se existisse, tornaria a ação legítima. Se esse erro for inevitável, a ação não é reprovável; se evitável, a pena deve ser atenuada.

b.2) Teoria limitada da culpabilidade

A teoria limitada da culpabilidade considera, ao contrário, que o erro sobre circunstância de fato, que, se existisse, tornaria a ação ser legítima é um erro de tipo. Assim, representar falsamente que o desafeto saca de uma arma, o que autorizaria a atuação do agente em legítima defesa, constitui um erro de tipo, não um

erro de proibição sobre a legitimidade da ação. É um erro sobre um fato e exclui o dolo, apresentando a mesma contextura do erro de tipo e, portanto, levando à mesma consequência.

Se o erro inevitável recai sobre circunstância de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima, há isenção de pena, por erro de tipo; se o erro é evitável, o fato será punível como culposos, se está admitida essa forma para o tipo de crime.

Adotando a teoria dos elementos negativos do tipo, e vendo na antijuridicidade apenas a tipicidade negativa (o outro lado da moeda), em uma compreensão global do tipo, como assinaei no comentário ao art. 20 do CP, o erro sobre um dos elementos de uma causa de exclusão constitui, a meu ver, um erro de tipo, que exclui o dolo.

Mas a teoria da culpabilidade limitada estabelece uma distinção entre o erro sobre circunstância de fato, que faria a ação ser legítima, se efetivamente existisse, e o erro sobre a existência e os limites da causa de justificação, quando, então, configura-se um erro de proibição.

c) Discriminante fática e erro de permissão

Nas discriminantes fáticas, legítima defesa putativa, há um erro sobre uma circunstância de fato da situação. No **erro de permissão**, há um equívoco acerca da existência ou dos limites da justificativa, há um erro sobre a qualificação da situação, e, segundo a teoria limitada, trata-se de um erro de proibição e não de tipo.

Se o agente equivoca-se, entendendo estar a ação coberta por uma causa de justificação não existente, há um erro sobre a legitimidade, que não decorre de uma apreciação falha da realidade, mas sim de um erro no reconhecimento da ação como justificada.

O erro pode ser, também, acerca dos limites de causa de justificação existente. Pode-se imaginar a hipótese de estagiário de direito de faculdade de “fim de semana”, que se equivoque quanto à extensão do dispositivo do art. 142, inciso I, do CP, e, em petição urgente, venha a atribuir à parte contrária a prática de um crime, consciente de que está a exercer um direito, quando, na hipótese, apenas a injúria e a difamação não são puníveis.

Se o erro de permissão for inevitável, exclui-se a culpabilidade e a ação não é punível. Se o erro era evitável, pune-se com pena atenuada.

Opõe-se à teoria limitada o fato de que o erro vencível de tipo permissivo, erro sobre circunstância de fato da situação, restaria impune se não prevista a forma culposa do delito. Esse é exatamente o tratamento concedido ao erro de tipo, e cumpre indagar: caberia aplicá-lo ao erro de proibição? Creio, contrariamente ao que expusera anteriormente, que se deve estender ao erro de proibição, prevendo-se, como o faz o art. 21, *in fine*, do CP, uma punição atenuada ao erro evitável, tal como propõe a teoria estremada.

d) Posição do Código

Dúvida surge acerca da posição adotada em nosso Código, por força da Reforma de 1984. A Exposição de Motivos deixa claro que se adotou a teoria limitada, pois o dispositivo da discriminante putativa constitui um parágrafo do art. 20 do CP, relativo ao erro de tipo. Se o erro é vencível ou evitável, art. 20, § 1º, não cabe isenção de pena, mas enquadramento como crime culposo, caso admitida esta forma, com relação ao tipo. Se o erro de proibição, sobre a ilicitude do fato, for inevitável, há isenção de pena, conforme preceitua o art. 21; mas, se evitável, a pena poderá ser diminuída, de um sexto a um terço (parte final do art. 21 do CP). Assim, a meu ver, efetivamente, o CP abraça a teoria limitada, tratando diferentemente o erro de tipo permissivo e o erro de permissão.

De outra parte, o art. 21, parágrafo único, do CP estabelece ser o erro evitável quando era possível ao agente obter, nas circunstâncias concretas, a consciência da ilicitude.

Considerações finais

Leite (2013, p. 132) reclama, com razão, não se ter ainda, efetivamente, aplicado a eximente do Erro de Proibição. E examina com profundidade se o Estado de Dúvida é ou não compatível com o Erro, pois, ao se estabelecer que a dúvida é incompatível com o erro, termina-se por, na prática, instituir o princípio *error iuris nocet*. Há de se concordar com Leite, ao entender que a dúvida é um caso de erro de proibição, pois não se exige que haja convicção de não ser proibido, nem de que é lícita a conduta, sendo relevante a situação de incerteza sobre a ilicitude, para não se exigir que o agente desista da conduta.

O problema que surge é o de avaliar se o agente poderia ou não, por via de informação, sair do Estado de Dúvida, resultando dessa avaliação concluir se era o erro evitável ou inevitável, e, na hipótese de o ser evitável, em que medida, para dosagem da redução da pena, dentro dos limites entre um sexto e um terço.

Pode-se, contudo, entender que já houve reconhecimento do Erro de Proibição, na hipótese de ter ocorrido orientação das autoridades administrativas, ou da jurisprudência, acerca da legitimidade da ação, quando o agente a realiza coberto pela boa-fé de não ser proibida pelo direito.

Munhoz Neto (1978, p. 97) lembra, como exemplo, que, se houver esclarecimentos dos funcionários da administração acerca do alcance da lei e pelo fato de ter o agente sido antes absolvido, configura-se erro inevitável de proibição.

Assim, quando o agente é induzido pela autoridade ou por decisão judicial para a prática de uma ação, surge, no espírito do agente, a justa expectativa de não ser a ação proibida.

O constante recurso do legislador a figuras de perigo abstrato, consistentes no desrespeito a normas regulamentares, conduz, evidentemente, à maior incidência

do erro de permissão. Exemplo flagrante está em toda a Lei de Crimes contra o Meio Ambiente, podendo ser lembrado o art. 56 da Lei Federal n. 9.605/98, segundo o qual constitui crime ter em depósito substância tóxica em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos.

Coação irresistível e obediência hierárquica

Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

Bibliografia: ANDREUCCI, Ricardo. *Coação irresistível por violência*. São Paulo: Bushatsky, 1973; BETTIOL, Giuseppe e MANTOVANI, Luciano Pettoello. *Diritto penale: parte generale*. 12. ed. Padova: Cedam, 1986; CAMARGO, J. A. *Diritto penal brasileiro*. São Paulo, 1881; CAMPOS PIRES, A. *Coação irresistível*. 2. ed. Belo Horizonte, 1973; CERZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: RT, 2007; DELITALA. Adempimento di un dovere. *Enciclopedia del Diritto*, v. I, 1976, p. 571; FIANDACA, G. e MUSCO, E. *Diritto penale: parte generale*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1989; FIGUEIREDO DIAS, J. *Questões fundamentais revisitadas*. São Paulo: RT, 1999; FORTI, Gabbrio. *Colpa e evento nel diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1990; GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1; GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal: una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2006; HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal: arts. 10 a 27*. Rio de Janeiro: Forense, 1958; JAKOBS, Gunther. *Derecho penal: parte general*. Trad. Joaquim Contreras e José Luis S. Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997; JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA, Mercedes Arán. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010; PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale: parte generale*. Milano: Giuffrè, 1972, p. 185; MAIWALD, M. *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*. Torino: Giappichelli, 1993; MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1954. v. 2; PETROCELLI, Biagio. *La colpevolezza*. 3. ed. rev. Padova: Cedam, 1962; POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Madrid: Tecnos, 2013. t. II; RAMOS TAPIA, María Inmaculada. In: ZULGADÍA ESPINAR, José M. (Org.). *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004; RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de. *La obediencia jerárquica en el derecho penal*. Prólogo de Francisco Blasco e Fernández de Moreda. Valparaíso: Universidad de Chile, 1969; ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 2008. t. I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito; TAVARES, Juarez. *Teorias do delito*. São Paulo: RT, 1980; WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Bustos Ramírez e Yañes Pérez. 12. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987; WESSELS, J. *Derecho penal: parte geral*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.