



O ERRO DE PROIBIÇÃO NO DIREITO PENAL

Leticia de Matos Lessa (PIBIC/CNPq/Uem), Érika Mendes de Carvalho (Orientadora), e-mail: erika.mendes0510@hotmail.com.

Universidade Estadual de Maringá / Centro de Ciências Sociais Aplicadas/Maringá, PR.

Ciências Sociais Aplicadas, Direito, Direito Público, Direito Penal.

Palavras-chave: culpabilidade; teoria do erro; erro de proibição

Resumo:

O artigo tem como objetivo uma breve intersecção no tema do erro de proibição em Direito Penal. O erro de proibição é um dos problemas mais intrincados dentro da culpabilidade e, para compreendê-lo, faz-se necessário estudar o elemento da culpabilidade potencial consciência da ilicitude, pois é exatamente a sua ausência que o configura. As teorias limitada e estrita da culpabilidade divergem quanto ao tratamento dado ao erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de justificação. Isto posto, assimilar seus sucessos e fracassos é fundamental, ainda mais tendo em vista a possível alteração na disciplina da matéria no Código Penal pelo polêmico Projeto de Código Penal (PLS 236/2012).

Introdução

Apesar de o erro jurídico-penal ser uma temática que envolve a teoria do delito como um todo, usualmente, os autores costumam colocá-lo próximo à análise da categoria culpabilidade. A culpabilidade ocupa posição de destaque no conceito analítico de crime, pois é ela que fundamenta e limita a aplicação da pena ao sujeito considerado culpável. O autor poderia ter conduzido sua atuação conforme a norma, pois tinha condições para isso, mas escolhe por agir contrário a ela.

A construção da culpabilidade acompanhou a evolução da própria teoria do delito. Isso dito, à teoria causal naturalista é possível associar a teoria psicológica da culpabilidade, a qual entendia a culpabilidade como vínculo meramente psicológico entre o autor e a conduta. Já a teoria psicológico-normativa da culpabilidade introduz um elemento normativo nela, a reprovabilidade do ato praticado. É também chamada teoria complexa da culpabilidade, pois trabalha com o 'dolo mau', ou seja, dentro ou ao lado do



dolo estaria a consciência da ilicitude. O sujeito, além de conhecer os elementos do tipo, deveria conhecer também a antijuridicidade. O dolo permanece como forma da culpabilidade, mas dentro dele se insere a necessidade de que o sujeito tenha a consciência da ilicitude de sua conduta e não somente dos elementos do tipo. A culpabilidade deixa, assim, de ser relação psicológica apenas, passando a ser também normativa.

Reforçando, contudo, com a teoria finalista e a teoria normativa da culpabilidade, isso muda: o dolo, que passa a integrar o tipo, não mais é estruturado junto da consciência da antijuridicidade, que passa a ser a essência da culpabilidade – o “poder agir de outro modo”.

A antijuridicidade, por sua vez, é a relação de contrariedade da conduta típica com o ordenamento, ou seja, a significação ilícita da conduta realizada. Nem sempre a conduta típica será antijurídica, pois podem concorrer as chamadas discriminantes ou causas de justificação. Nesses casos, o autor sabe e quer realizar o tipo penal, porém, em razão das circunstâncias que cercam o fato, sua conduta não será antijurídica e, conseqüentemente, crime. Essas circunstâncias do fato recebem o nome de pressupostos fáticos (art. 20, §1º, CP).

Logo, resta-se demonstrada a complexidade que envolve a teoria do erro e, mais especificadamente, o erro de proibição. É assunto tratado na culpabilidade, pois os fervorosos debates dentro da teoria do erro, antes do advento da teoria normativa pura da culpabilidade, eram acerca da localização da consciência da ilicitude: se no dolo ou se na culpabilidade e, presentemente, a controvérsia maior sobre erro está justamente no tratamento legal destinado ao erro de proibição. Resta dizer que há certo consenso em que a consciência da ilicitude é elemento da culpabilidade e o dolo é natural. Contudo, é considerável notar que há opiniões dissonantes.

Materiais e métodos

Realizou-se uma análise doutrinária e legislativa por meio do método lógico-dedutivo, delimitando como o tema se apresenta nessas searas. Para isso, procedeu-se, inicialmente, uma investigação na legislação atual sobre a temática, sempre acompanhada pela doutrina especializada, permitindo assim um amplo espectro de opiniões que auxiliaram na interpretação e, também, para uma comparação com as alterações que seriam introduzidas pelo PLS 236/2012.

Resultados e Discussão

O erro – seja ele uma ausência de representação ou uma representação equivocada da realidade, pois seguindo Alcides Munhoz Netto, não há maiores dificuldades em equiparar ignorância e erro – pode ter como objeto



a tipicidade ou antijuridicidade. Por conseguinte, o erro será classificado como erro de tipo ou erro de proibição.

Segundo Juarez Cirino dos Santos, são três as modalidades de erro de proibição identificáveis na lei brasileira e constantes dos artigos 20 e 21 do CP: erro de proibição direto, erro de tipo permissivo e erro de permissão (ou erro de proibição indireto).

É oportuno afirmar que erro de proibição e erro de direito não são equivalentes e mesmo este último não pode ser considerado uma modalidade de erro de proibição. O erro de direito é o desconhecimento da lei e ele é considerado irrelevante – inclusive pelo Código Penal brasileiro (art. 21). Coerente com isso, Cláudio Brandão explica: “É necessário diferenciar a antijuridicidade, que dá ao fato caráter de proibido, da lei. O erro de proibição é o erro quanto ao caráter proibido do fato, portanto, é o erro sobre a antijuridicidade do comportamento”.

Incorre em erro de proibição direto o sujeito que atua sem a consciência da ilicitude da sua conduta. Se o erro é inevitável, o sujeito é considerado inculpável – tem a sua culpabilidade excluída. Contudo, se o erro é evitável, ele “será escusável na exata medida em que deva ficar excluído o juízo de censura da culpabilidade” (BRANDÃO) – isso em razão de ser o juízo da culpabilidade graduável. O dolo do sujeito, dessa forma, está intacto, uma vez que ele sabe exatamente o que está realizando, mas não sabe da contrariedade entre aquilo que realiza e o Direito.

As duas outras modalidades de erro de proibição recaem sobre as causas de justificação. O erro de permissão é o erro sobre a existência e os limites de uma causa de exclusão da ilicitude e é chamado também de erro de proibição indireto. “O agente conhece a proibição da sua conduta, mas acredita estar autorizado pela ordem jurídica a praticá-la, quando na realidade não está”. (SANTOS)

O erro de tipo permissivo é o erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de exclusão da ilicitude. Os posicionamentos sobre essa modalidade de erro variam e a lei penal brasileira não fornece uma solução clara (ainda que a Exposição de Motivos do Código Penal de 1984 deixe explícita a opção pela teoria limitada da culpabilidade). Esses posicionamentos podem ser enumerados da seguinte forma: a) aqueles que seguem o Código Penal e por isso o erro de tipo permissivo excluirá o dolo – teoria limitada da culpabilidade; b) aqueles que veem no erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação um autêntico erro de proibição e se filiam a teoria estrita da culpabilidade; c) aqueles que entendem esse erro como um erro *sui generis*.

Segundo Bitencourt, a adoção da teoria limitada traz consequências que não são convenientes, pois atrapalham a melhor solução para a situação criminosa. São elas: 1) não admite legítima defesa para a vítima, pois o fato do autor é atípico; 2) também o partícipe não poderá ser punido



(accessoriedade limitada); 3) a tentativa exige que o crime seja doloso e assim nos casos de tentativa com erro vencível, haverá impunidade.

Conclusões

1. A consciência da ilicitude não se confunde com o conhecimento exigido no dolo, visto que é potencial.
2. O erro de proibição é a ausência de conhecimento da ilicitude e a reprovação do sujeito será tão maior quanto era possível a ele obtê-lo.
3. O Projeto de Lei n.º 236/12 manteve o princípio da irrelevância do desconhecimento da lei explícito.
4. Duas teorias digladiam pela solução a ser adotada para a questão do erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação: a teoria limitada da culpabilidade e a teoria estrita da culpabilidade. Uma terceira via seria considerá-lo como erro *sui generis*.
5. O Projeto de Lei n.º 236/12, mudando completamente o entendimento do atual CP, passa a acolher a teoria estrita da culpabilidade.

Agradecimentos

Primeiramente, gostaria de agradecer a minha orientadora, Professora Dra. Érika Mendes de Carvalho e, também, ao CNPq pelo financiamento do projeto.

Referências

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: GEN, 2010.
- LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo projeto de Código Penal (Projeto de Lei n.º 236/2012 do Senado Federal). **Revista Liberdades**, IBCCrim, edição especial: Reforma do Código Penal, 2012, p. 59 e ss.
- MUNHOZ NETO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.