



DESMISTIFICANDO O ERRO DE TIPO E ERRO DE PROIBIÇÃO NO DIREITO PENAL

OLTRAMARI, Igor.¹
VIEIRA, Tiago Vidal.²

RESUMO

O objetivo principal do presente trabalho é explicar de forma clara e sucinta a distinção entre os institutos do erro de tipo e erro de proibição, pois frequentemente encontramos na doutrina e jurisprudência dúvidas no momento de diferenciar tais institutos. O erro é visto como uma falsa interpretação da realidade, e também um falso conhecimento sobre determinado objeto. É importante mencionar que se difere da ignorância, pelo fato de que esta se caracteriza pela ausência total de noção a respeito de determinado objeto. Embora haja essa diferença, o Código Penal traz uma equiparação equivocada entre ambos. É importante sabermos diferenciá-los, e com este presente trabalho, as diferenças entre eles serão sanadas.

PALAVRAS-CHAVE: Erro de tipo. Erro de proibição. Diferença.

DEMYSTIFYING MISTAKE OF LAW AND MISTAKE OF FACT IN THE CRIMINAL LAW

ABSTRACT

The main objective of this article is to explain in a clear and succinct way, the differences between mistake of law and mistake of fact in the criminal law, because we often find doubts in legal literature and legal instruments in the moment we want to distinguish them. The mistake is seen as a false interpretation of reality, and also a false knowledge about a certain object. It is important to mention that it differs from ignorance, because the ignorance is characterized by the completely absence about certain object. It's relevant that we can distinguish them, and with this article, the differences between them will be explained.

KEYWORDS: Mistake of law. Mistake of fact. Difference.

1 INTRODUÇÃO

A aplicação dos devidos institutos na esfera penal defronta-se com a essencial diferenciação entre o erro de tipo e erro de proibição. Essa distinção antes de qualquer interpretação deve ser cristalina, sendo assim pode-se avançar aos outros institutos penais para serem compreendidos

¹Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Assis Gurgacz, goltramari@hotmail.com.

²Professor Orientador no Curso de Direito do Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz, tiago.vidal.vieira@hotmail.com.



completamente. Devido às diversas hipóteses nas quais cabem tanto o erro de tipo quanto o erro de proibição, existe certa dúvida a respeito de ambos e muitas vezes são confundidos entre si.

Por se tratar de um estudo que às vezes pode parecer complexo devido às suas diversas formas, é importante clarear as principais diferenças entre o erro de tipo e erro de proibição, sob análise do Código Penal.

Enquanto um incide sobre elementos do tipo, outro incide sobre a ilicitude do fato, nota-se que ambas as situações hipotéticas que possam ser aplicadas no caso do erro de tipo e no caso de erro de proibição, mesmo que o agente desconheça a antijuridicidade de sua conduta (erro de proibição), ou que mesmo com todos os cuidados tomados existiria o mesmo resultado (erro de tipo), é previsto no artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que o desconhecimento da lei é inescusável.

No caso do erro de proibição poderá ser excluída a culpabilidade do agente, mas não o elemento do tipo subjetivo, em razão do menor grau de reprovabilidade e do erro cometido.

Como afirmam ZAFFARONI e PIERANGELI (2011), a culpabilidade é a reprovabilidade que decorre do agente ter a possibilidade de compreender a antijuridicidade da sua ação e que, com isso, possa se autodeterminar a partir dessa compreensão.

No erro de tipo, a análise deve ser feita no estatuto da tipicidade, avaliando os elementos subjetivos do tipo, dolo ou conduta, permitindo considerar uma conduta atípica ou punível a título culposo, caso haja previsão legal.

E é dentro desse patamar que proponho este trabalho, explanando as diferenças entre eles, que por muitas vezes causam divergências até mesmo por parte da doutrina.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 DO CRIME

Para tratarmos dos institutos do erro de tipo e de proibição, é importante salientar o que é crime, seu conceito e requisitos.

A teoria clássica considera crime como sendo um fato típico, antijurídico e culpável. A teoria tripartite considera crime como sendo um fato típico, antijurídico e culpável. Por fato típico se entende todo e qualquer fato que está previsto numa norma penal. Assim, só haverá crime se houver previsão legal da conduta do agente como delituosa. O fato antijurídico é aquele que contraria as normas legais e não é manifestamente declarado lícito. Se o agente não praticar a



conduta revestido de uma das situações do art. 23 do Código Penal, ou a lei não declarar expressamente que a conduta é lícita, o agente incorrerá em um fato antijurídico. Já o fato culpável é aquele sobre o qual incide, logicamente, a culpabilidade. A culpabilidade é o juízo de reprovação, de não aceitação da conduta do agente. Todo fato culpável traz consequências graves e, às vezes, irreversíveis para a(s) vítima(s), para o Estado e para a coletividade. Por isso a reprovação social e a previsão legislativa de punição para determinadas condutas (FERNANDES, 2012).

Assim sendo, para a teoria tripartite, o crime é a junção desses elementos em um único acontecimento: a tipicidade (previsão legislativa para o fato), a antijuridicidade (a ofensa aos preceitos legislativos e, de modo geral, à moral e à vida em sociedade) e a culpabilidade (o juízo de reprovação imputado ao fato) (FERNANDES, 2012).

Hoje o entendimento da doutrina é praticamente pacificado que o Código Penal, reformado em sua Parte Geral pela Lei n.º 7.209/84, adotou a Teoria Finalista – quesito fundamental para se aferir qual a estrutura do crime. Para esta teoria, crime, sob o prisma formal, é um fato típico e antijurídico. Constituindo-se a culpabilidade, juízo de reprovabilidade da conduta do agente, como pressuposto de aplicação da pena (REIS, 2012).

Assim, crime possui a seguinte estrutura: fato típico (conduta humana dolosa ou culposa; resultado - exceto nos crimes de mera conduta; nexos causal entre a conduta e o resultado - exceto nos crimes de mera conduta e formais; e tipicidade); e antijurídico, quando é contrário ou está em conflito com o ordenamento jurídico. Já a culpabilidade não integra o crime, pois, conforme a teoria bipartite, por conta da importação do dolo e da culpa para o fato típico, ela perde a sua principal função, passando a exercer apenas um papel valorativo, servindo tão-somente como requisito para a aplicação da pena, e tem-se os seguintes elementos: imputabilidade; exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude pena (REIS, 2012).

Simplificando, para que alguém cometa um crime ou delito é necessário que pratique uma conduta típica e antijurídica. E mais, para que sobre ele recaia uma pena (espécie do gênero sanção penal) é necessário que se faça presente a culpabilidade (com seus três elementos supracitados) pena (REIS, 2012).

2.2 DO ERRO DE TIPO

2.2.1 Conceito

Tipo é a previsão legal da norma proibitiva, sendo a norma que descreve condutas que são criminosas. Assim que o indivíduo pratica um fato, ele se inclui na previsão legal, tem-se o crime, havendo a necessidade da imperatividade do *ius puniendi* do Estado. Entretanto, ocorrem circunstâncias que, se objetivamente constatadas, decepcionarão o poder de punir do Estado e dentre estas exceções encontra-se o erro de tipo (GRECO, 2015).

No caso concreto, ocorre quando o indivíduo não conhece, ao cometer o fato, uma circunstância que pertence ao tipo legal. Falta consciência de que ele está praticando uma infração, afastando o dolo.

O art. 20 e seus parágrafos, do Código Penal, versam sobre o chamado erro de tipo, assim redigidos:

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.

§ 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.

§ 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 (BRASIL, 1940).

Erro, nos ensinamentos de Estefam (2013), corresponde a uma falsa representação da realidade e pode interferir na responsabilidade penal do agente, retirando do fato seu caráter criminoso ou eximindo de culpa o autor do crime (ESTEFAM, 2013, p. 239).

Conceitualmente, o erro difere da ignorância: essa é a falta de representação da realidade ou o desconhecimento total do objeto (é um estado negativo). Para Luiz Flávio Gomes, isto acontece quando o agente erra (por desconhecimento ou falso conhecimento) sobre os elementos objetivos do tipo, ou seja, o agente não conhece todos os elementos a que, de acordo com o respectivo tipo legal de crime, se deveria estender o dolo (GOMES *apud* CAPEZ, 2012).

Lembrando que erro difere de ignorância. Segundo Greco, erro é a falsa representação da realidade ou o equivocado conhecimento de um objeto, enquanto ignorância é a falta de representação da realidade, ou o completo desconhecimento do objeto (GRECO, 2015).



O erro de tipo recai sobre as elementares, circunstâncias ou qualquer dado que se agregue à determinada figura típica, ou aquele incidente sobre os pressupostos de fato de uma causa de justificação ou dados secundários da norma penal incriminadora (GRECO, 2015).

Segundo Wessels (1980, *apud* GRECO), ocorre um erro de tipo "quando alguém não conhece, ao cometer o fato, uma circunstância que pertence ao tipo legal. O erro de tipo é o reverso do dolo do tipo: quem atua 'não sabe o que faz', falta-lhe, para o dolo do tipo, a representação necessária" (GRECO, 2015, p.296).

Na opinião de Greco (2015), quando o agente tem essa “falsa representação da realidade”, falta-lhe, na verdade, a consciência de que comete uma infração penal e, dessa forma, resta ausentar o dolo que é a vontade livre e consciente de praticar a conduta incriminada.

A doutrina estabelece que o erro de tipo acontece justamente quando há a exclusão do dolo, por não haver no agente vontade de realizar o tipo objetivo, portanto vai ocorrer em qualquer caso em que o agente não sabe que está empreendendo em um tipo legal porque se equivocou a respeito de um dos elementos, agindo assim, de forma não dolosa (MIRABETE e FABBRINI, 2012).

Para que ocorra a exclusão do dolo é necessário que ele seja essencial, recaindo assim sobre o elemento do tipo, e ocorre quando a falsa percepção impede o sujeito de compreender a natureza criminosa do fato. Mas caso seja acidental, quando recai sobre circunstâncias ou coisas estranhas do tipo, o ilícito permanece, pois não impede o sujeito de compreender o caráter ilícito de seu comportamento. Embora não esteja enunciado na lei, o erro exclui também as circunstâncias do crime, pois para que haja imputação penal relevante, é preciso que também haja o dolo (MIRABETE e FABBRINI, 2012).

Nas seguintes ementas, podemos observar exemplos de erro de tipo essencial e erro de tipo acidental:

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – FURTO QUALIFICADO TENTADO (ARTIGO 155, § 4º, INCISOS II E IV, C/C. ARTIGO 14, INCISO II, AMBOS DO CP)– PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – INEXISTÊNCIA DE PROVAS A DEMONSTRAR O DOLO NA CONDUTA DO AGENTE – CONJUNTO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA A OCORRÊNCIA DE ERRO DE TIPO ESSENCIAL – ATIPICIDADE DA CONDUTA – RECURSO PROVIDO. Impõe-se a absolvição do apelante se a prova oral colhida no curso da persecução penal demonstra que este não agiu imbuído da vontade de subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, haja vista que as circunstâncias do caso indicam que ele acreditava estar realizando um serviço de retirada de telhas a convite do corréu Ailton, incorrendo, assim, em erro de tipo essencial. Recurso provido. Com o parecer. (TJ-MS - APL: 00024177220088120021 MS 0002417-72.2008.8.12.0021, Relator: Des. Francisco Gerardo de Sousa, Data de Julgamento: 08/10/2015, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 15/10/2015).

APELAÇÃO CRIMINAL - USO DE DOCUMENTO FALSO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - DOLO CARACTERIZADO - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. - Diante das circunstâncias em que adquirida a Carteira Nacional de Habilitação (CNH) pela recorrente, resta cristalino o dolo em sua conduta, posto que o documento não era capaz de inculcar em qualquer indivíduo no pleno exercício de sua capacidade civil, tal qual a ré, a impressão de que a sua obtenção se dera de maneira lícita. - Recurso não provido. V.v. APELAÇÃO CRIMINAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. CNH. AUSÊNCIA DE PROVA ACERCA DO DOLO NECESSÁRIO PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO DECRETADA. - A ausência de provas acerca do dolo necessário para a configuração do delito de uso de documento falso, impõe a absolvição da ré, devendo ser observado o princípio in dubio pro reo. - Recurso provido. O acusado que porta Carteira Nacional de Habilitação falsificada, acreditando tratar-se de documento legítimo, não pratica o delito previsto no art. 304 do CP. Erro de tipo que afasta a caracterização do fato como criminoso. (TJ-MG - APR: 10694100008903001 MG, Relator: Corrêa Camargo, Data de Julgamento: 27/05/2015, Câmaras Criminais / 4ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 02/06/2015)

O dolo é parte integrante do crime, portanto, o Código Penal, ao dizer que o erro de tipo exclui o dolo, também está dizendo que afasta o crime.

Um exemplo claro de erro de tipo se encontra no artigo 121, do Código Penal que possui a seguinte redação: "matar alguém". "Alguém" é a essência do crime de homicídio. Portanto, quem dispara tiros em uma lata não é homicida. Quando o erro do agente recai sobre uma elementar do tipo penal, ele é essencial. Por exemplo, temos dois amigos: "A" e "B". Um dia, em uma caçada, "A" dispara três tiros em direção a um arbusto, pensando que ali estava um coelho escondido. Contudo, quem estava atrás do arbusto era "B", que faleceu em razão dos disparos. "A" cometeu erro em relação a elementar "alguém", pois se ele soubesse que seu amigo estava lá ou qualquer outro ser humano, ele não teria disparado (CASTRO, 2013).

Outros exemplos clássicos de erro de tipo: relacionar-se sexualmente com vítima menor de 14 anos, supondo-a maior; ter relações sexuais com alguém supondo-se curado de doença venérea; contrair casamento com pessoa já casada, desconhecendo o matrimônio anterior; quando o agente toma coisa alheia como própria apossa-se de coisa alheia, acreditando tratar-se de *res nullius*; deixar de agir por desconhecer sua qualidade de garantidor; atirar em alguém imaginando ser um animal (GRECO, 2015).

Concluindo, "o erro de tipo é um equívoco do agente sobre uma realidade descrita no tipo penal incriminador como elementar, circunstância ou dado secundário ou sobre uma situação de fato descrita como elementar de tipo permissivo", afirma Capez (CAPEZ, 2012).

2.2.2 Formas de erro de tipo

O erro de tipo pode ser essencial ou acidental.

Erro de tipo essencial: impede o agente de assimilar o caráter criminoso do fato ou de conhecer a circunstância. Pode ser classificado em inevitável ou invencível; ou evitável ou vencível. O primeiro significa que o erro não poderia ser evitado, nem mesmo com o emprego de uma diligência mediana, de uma forma ou outra, o crime seria cometido. Nesta situação, exclui-se o dolo e a culpa. Já na segunda hipótese, o erro aconteceu, mas poderia ter sido evitado pelo agente se o mesmo empregasse mediana prudência. Assim, exclui o dolo, mas incide a forma culposa, se prevista em lei (CAPEZ, 2013).

Nos ensinamentos de Greco (2015), ocorre o erro de tipo essencial “quando o erro do agente recai sobre elementares, circunstâncias ou qualquer outro dado que se agregue à figura típica. O erro de tipo essencial, se inevitável, afasta o dolo e a culpa; se evitável, permite que seja o agente punido por um crime culposos, se previsto em lei” (GRECO, 2015, p.298).

O erro invencível que recai sobre elementar exclui, além do dolo, também a culpa. Se o erro não podia ser evitado nem sendo empregada cautela, não se pode dizer que o agente agiu de forma culposa. Assim, além do dolo, que sempre é excluído no erro de tipo, a culpa também se afasta. Como não há nem dolo nem culpa, não existe conduta e sem ela, não há fato típico, o erro de tipo essencial inevitável, recaindo sobre uma elementar que leva à atipicidade do fato e consequentemente, à exclusão do crime (CAPEZ, 2013).

O erro vencível, recaindo sobre elementar, exclui o dolo, pois todo erro essencial o exclui, mas não a culpa. Se o erro poderia ter sido evitado com um mínimo de cuidado, não se pode dizer que o agente não teve culpa. Sendo assim, se o fato for punido culposamente, o agente responderá por crime culposos. Caso o tipo não admitir essa modalidade, a consequência será a exclusão do crime (CAPEZ, 2013).

O erro essencial que recai sobre uma circunstância desconhecida exclui esta, como por exemplo, quando o agente pretende praticar o furto de uma obra de arte de grande valor, mas por erro, acaba levando uma réplica de valor insignificante. Então, uma vez que desconhecia o valor da peça furtada, não poderá valer-se do privilégio do §2º do art. 155, do Código Penal, *in verbis*: “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: § 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa” (CAPEZ, 2013).

Neste ponto, nos questionamos: como verificar a (in)evitabilidade do erro?

Nos ensinamentos de Cunha (2016), a corrente tradicional invoca a figura do "homem médio" por entender que a previsibilidade deve ser avaliada somente sob o enfoque objetivo, levando em consideração exclusivamente o fato e não o autor.

Nesse mesmo diapasão, explica BARROS (2003, p. 202):

"Erro invencível ou escusável é o que não emana da culpa do agente. Ainda que empregasse a atenção do 'homem médio', o erro ter-se-ia verificado. Erro vencível ou inescusável é o que emana da culpa do agente. Para evitá-lo bastaria a atenção normal do 'homem médio'" (BARROS, 2003, p. 202).

Uma corrente mais moderna trabalha com as condições do caso concreto, pois a idade e o grau de instrução do agente, o momento e local do crime podem interferir na previsibilidade do agente.

O exemplo usado por Cunha (2016) para explicar o instituto é o seguinte:

Se o caçador agiu em mata densa, longe do centro urbano, certamente seu erro será considerado inevitável, ficando isento de pena. Se, no entanto, agiu em mata próxima a centro habitado, ciente de que outros acidentes ocorreram na região, não observando o seu dever de cuidado, seu erro será etiquetado como evitável, respondendo por crime culposo (CUNHA, 2016, p.212).

Erro de tipo acidental: o agente sabe que está cometendo um crime, ele quer praticar um crime, mas erra em relação a alguma informação periférica do tipo penal, portanto responderá pelo crime como se não houvesse erro (CAPEZ, 2012).

Conforme os ensinamentos de Bruno (1984, *apud* GRECO, 2015), o erro acidental não afasta o dolo do agente e "não faz o agente julgar lícita a ação criminosa. Ele age com a consciência da antijuridicidade do seu comportamento, apenas se engana quanto a um elemento não essencial ao fato ou erra no seu movimento de execução". As espécies são as seguintes:

a) erro sobre o objeto: O agente, praticando uma conduta que sabe que é ilícita, comete erro quanto ao objeto. Exemplo: queria furtar uma saca de açúcar, mas por engano, furta uma saca de farinha. O agente, apesar de ter errado sobre o objeto, responderá pelo furto, sendo irrelevante qual objeto subtraiu (GRECO, 2015).

b) erro sobre a pessoa: Está previsto no art. 20, § 3º, do CP: "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”, ou seja, o agente se engana quanto à pessoa que gostaria de atingir. Exemplo: o agente quer matar seu pai, mas, por erro de representação, matou o seu tio. Na hipótese, incide a agravante genérica relativa ao crime praticado contra ascendente (CP, art. 61, II, "e"), pois se leva em consideração a vítima pretendida (CASTRO, 2013).

Conforme os ensinamentos de Greco (2015), aqui o agente não erra sobre qualquer elementar circunstância ou outro dado que se integra à figura atípica. O erro baseia-se, especificamente à identificação da vítima, que em nada modifica a classificação do crime por ele cometido.

No erro sobre a pessoa, o dolo do tipo existe. Somente por erro do agente atinge-se pessoa diversa daquela pretendida. Nesses casos, como dispõe o §3º do art. 20, não se consideram as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime (GRECO, 2015).

c) erro na execução ou *aberratio ictus*: está previsto no artigo 73 do CP: “Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.” Ocorre, portanto, quando, por acidente ou erro no uso dos meios, o agente atinge pessoa diversa da que pretendia atingir. Exemplo: o agente quer matar seu pai, contudo, por erro de pontaria, matou o seu tio. Assim, responde como se tivesse atingido a vítima pretendida (CASTRO, 2013).

d) resultado diverso do pretendido ou *aberratio criminis*: Ocorre quando o agente quer praticar um delito, mas, por erro ou acidente, comete outro mais grave. A intenção do agente é atingir coisa, mas termina por atingir pessoa. Exemplo: o agente atira uma pedra contra um automóvel, pretendendo danificá-lo (crime de dano, art. 163 do CP), mas atinge o motorista, matando-o. Como consequência, o agente deve responder pelo resultado produzido, e não pelo pretendido, a título de culpa, se houver previsão de modalidade culposa (CASTRO, 2013).

e) erro sobre o nexa causal ou *aberratio causae*: é o erro em relação ao que gerou o resultado pretendido.

A doutrina classifica em duas modalidades: *aberratio causae* em sentido estrito, quando o agente, mediante um só ato alcança o resultado, mas com nexos diversos. Exemplo: A empurra B de uma ponte para que morra afogado em um rio que passa abaixo (nexo visado), mas, durante a queda B bate com a cabeça contra um dos pilares da construção, vindo a morrer em razão disso (nexo real);

Dolo geral ou erro sucessivo: o agente, em pluralidade de atos, provoca o resultado pretendido, mas com nexos diversos. Exemplo: Ana querendo matar Bia atira diversas vezes contra a vítima; imaginando que Bia está morta, Ana a joga em um rio, e Bia, que ainda estava viva, vem a falecer em razão do afogamento (CASTRO, 2013).

De forma sucinta, em conformidade com Bitencourt, podemos compreender que no erro de tipo, o erro vicia o elemento intelectual do dolo, impedindo assim que este atinja todos os elementos essenciais do tipo de forma correta. Por isso, essa forma de erro sempre exclui o dolo, que está no tipo e não na culpabilidade. Todavia, como a exclusão do dolo deixa a culpabilidade íntegra, é permitida a configuração do crime culposos, quando evitável, se houver previsão legal (BITENCOURT, 2013).

2.3 DO ERRO DE PROIBIÇÃO

Enquanto o erro de tipo afasta o dolo, o erro de proibição afasta a culpabilidade, por desconhecimento da ilicitude do fato.

A causa excludente da potencial consciência da ilicitude é o erro de proibição, denominado pela lei de erro sobre a ilicitude do fato está presente no artigo 21, do Código Penal, *in verbis*:

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 (BRASIL, 1940).

Como preleciona Cunha (2016),

É sabido que uma vez publicada no Diário Oficial da União, a lei se presume conhecida por todos. Logo, não nos é dado desconhecer a lei. É possível, no entanto, que o agente, mesmo conhecendo a lei, incida em erro quanto à proibição do seu comportamento, valorando equivocadamente a reprovabilidade da sua conduta, podendo acarretar a exclusão da culpabilidade (CUNHA, 2016, p. 298).

Ele ocorre quando “o agente, por erro plenamente justificado, não tem ou não lhe é possível o conhecimento da ilicitude do fato, supondo que atua licitamente”, segundo Mirabete e Fabbrini (2012, p.112), atuando assim com dolo, pois o erro não incide sobre elementos do tipo, entretanto, a culpabilidade é afastada pelo erro quanto à ilicitude de sua conduta (MIRABETE e FABBRINI, 2012).

Simplificando: no erro de proibição, o agente sabe o que faz, mas não sabe que a conduta é proibida. Contudo, vale lembrar que o erro de proibição não tem relação com o desconhecimento da lei. É erro sobre a ilicitude do fato e não sobre a lei.

Na lição de Capez (2012),

No erro de proibição, o agente pensa agir plenamente de acordo com o ordenamento global, mas, na verdade, pratica um ilícito em razão de equivocada compreensão do direito. Mesmo conhecendo o direito, pois todos presumivelmente o conhecem, em determinadas circunstâncias as pessoas podem ser levadas a pensar que agem de acordo com o que o ordenamento jurídico delas exige (acham que estão inteiramente certas) (CAPEZ, 2012, p.203).

O erro de proibição pode ser reconhecido em várias hipóteses: o agente pode atuar por erro inevitável supondo que sua conduta, mesmo que típica, não é contra a lei. Pode também incidir em erro sobre a ilegalidade do comportamento, sobre a norma penal, e é chamado de erro de proibição direto. Aquele que incide sobre a existência do dever nos crimes comissivos praticados por omissão, onde o omitente não sabe da condição que o coloca na qualidade de garantidor da não ocorrência do resultado. Há também erro sobre a ilicitude do fato quando o engano se refere aos limites objetivos ou subjetivos de uma causa de explicação (MIRABETE e FABBRINI, 2012).

Embora o desconhecimento da lei seja indesculpável, é previsto como circunstância atenuante pelo art. 65, II, do Código Penal. Mirabete e Fabbrini (2012) versam que em caso de contravenção, a errada compreensão ou a ignorância sobre a lei, são hipóteses de perdão judicial, quando escusáveis (artigo 8º da LCP). Porém, se houver erro inevitável sobre a ilicitude do fato, a culpabilidade extingue-se na prática da contravenção diante do disposto no Código Penal (MIRABETE e FABBRINI, 2012).

2.3.1 Formas de erro de proibição

Erro de proibição inevitável ou escusável: O agente não tinha como conhecer a ilicitude do fato em virtude das circunstâncias do caso concreto. Portanto, inexistia a potencial consciência da ilicitude, logo, esse erro exclui a culpabilidade. O agente fica isento de pena. Exemplo: José é agricultor, e cresceu em uma localidade distante, sem acesso aos meios de comunicação. A sua família está na região há várias gerações, e os seus ascendentes “casaram-se” com meninas de doze anos de idade. Dando continuidade à tradição familiar, José decide viver com Ana, de doze anos, sua vizinha, filha do seu compadre, e com ela mantém relações sexuais. José sabe que está tendo relações com uma menor de quatorze anos, assim não há falsa percepção da realidade, mas sim, erro em relação à ilicitude da conduta (CAPEZ, 2012).

Erro de proibição evitável ou inescusável: embora o agente desconhecesse que o fato era ilícito, ele tinha condições de saber, dentro das circunstâncias, que contrariava o ordenamento jurídico. Assim, se ele tinha possibilidade de conhecer a ilicitude do fato, ele tinha a potencial consciência da ilicitude, logo a culpabilidade não será excluída. O agente não ficará isento de pena, mas, em virtude da inconsciência atual da ilicitude, terá direito a uma redução de pena de um sexto a um terço. Exemplo: Um indivíduo encontra um celular na rua e o pega, gritando: “é de alguém este celular?”. Como ninguém se manifesta, ele acredita que, a partir daquele momento, o celular é seu. No entanto, o Código Penal pune a conduta, em seu art. 169, II (CAPEZ, 2012).

Para avaliar se o erro foi escusável ou inescusável são consideradas as características pessoais do agente, tais como idade, grau de instrução, local em que vive e os elementos culturais que permeiam o meio no qual sua personalidade foi formada, e não o critério relativo ao homem médio (CUNHA, 2016).

Erro de proibição direto: é aquele em que o agente diretamente acha que não é proibido o que faz (JESUS, 2011).

No erro de proibição direto o agente se equivoca quanto ao conteúdo de uma norma proibitiva, ou porque ignora a existência do tipo incriminador, ou porque não conhece completamente o seu conteúdo, ou porque não entende o seu âmbito de incidência. Exemplo: holandês, habituado a consumir maconha no seu país de origem, acredita ser possível utilizar a mesma droga no Brasil, enganando-se quanto à proibição de sua conduta (CUNHA, 2016).

Erro de proibição indireto: é aquele em que, para poder achar que não é proibido o que faz, o agente primeiro passa pela errônea crença de que há uma permissão para sua conduta, ou seja, erra quanto à existência ou aos limites de uma excludente de ilicitude. Exemplo: da janela do apartamento visualiza um ladrão furtando o som de seu veículo. Acreditando agir em legítima defesa, desfere um tiro pelas costas do criminoso (JESUS, 2011).

Isto posto, Bitencourt nos diz que o erro de proibição anula a consciência da ilicitude, que está na culpabilidade. Assim, o erro de proibição, quando inevitável, exclui a culpabilidade. E como não há crime sem culpabilidade, o erro de proibição, quando inevitável, impede a condenação; quando evitável, atenua a pena (BITENCOURT, 2013).

2.4 DESCRIMINANTES PUTATIVAS

No dizer de Capez (2012), "discriminante putativa é a causa excludente da ilicitude erroneamente imaginada pelo agente", ou seja, ela não existe na realidade, apenas na imaginação do agente.

A discriminante putativa remete às causas excludentes da ilicitude, quais sejam: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito fantasiadas pelo agente. Equivocado, supõe, nas circunstâncias, existir ou agir nos limites de uma discriminante ou, ainda, também iludido, supõe presente os pressupostos fáticos da justificante (CUNHA, 2016).

Assim, estamos diante de um erro: ou de tipo ou de proibição.

Na opinião de Cunha (2016), existem duas formas de fantasiar uma discriminante: na primeira, o agente, apesar de conhecer a situação de fato, ignora a ilicitude do comportamento. Este erro deve ser equiparado ao erro de proibição (erro de proibição indireto ou erro de permissão), sofrendo as consequências previstas no art. 21 do CP (se inevitável o erro, exclui a culpabilidade; se evitável, diminui a pena).

Na segunda (prevista no art. 20, § 1º, do CP), o agente engana-se quanto aos pressupostos fáticos do evento. Supõe estar diante de uma situação de fato que, na realidade, não existe.

E nesse caso, o equívoco do agente deve ser tratado como erro de tipo ou erro de proibição?

São três as teorias que podem responder essa questão:

De acordo com a teoria extremada da culpabilidade, o erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação deve ser tratado como erro de proibição. Se tratando de erro inevitável, o § 1º do art. 20, do CP, não exclui dolo ou culpa (como exige o erro de tipo), mas isenta o agente de pena (conforme o erro de proibição). Elimina, nessa hipótese (erro escusável), a culpabilidade do sujeito que sabe exatamente o que faz (CUNHA, 2016).

Para a teoria limitada da culpabilidade, a discriminante putativa sobre pressupostos da situação fática tem a mesma natureza do erro de tipo do art. 20 do CP. Se inevitável, além do dolo, exclui a culpa (isentando o agente de pena); se evitável, exclui o dolo, mas não isenta o agente de pena, subsistindo o crime culposos quando previsto em lei.

Por fim, temos a teoria extremada *sui generis*, enxergando na redação do art. 20, §1º, uma figura híbrida, que surge da fusão das duas teorias anteriores. Quando inevitável o erro, segue a teoria extremada, isentando o agente de pena (não excluindo dolo ou culpa); quando evitável, obedece à teoria limitada, punindo a fato a título de culpa, não atenuando a pena (CUNHA, 2016).

Prevalece a segunda teoria e dois argumentos são usados para justificá-la: a Exposição de Motivos do Código Penal dispõe expressamente ter sido adotada, na reforma de 1984, a teoria limitada da culpabilidade; essa espécie de discriminante putativa se encontra no dispositivo que trata do erro de tipo (art. 20, CP) e não no artigo que explica o erro de proibição (art. 21), indicando, desse modo, a opção do legislador no tratamento da matéria (CUNHA, 2016).

Compreende a legítima defesa imaginária, quando o agente supõe estar em legítima defesa. Exemplo: está concentrado assistindo à TV, quando um vizinho chega de repente disfarçado de ladrão. O agente dispara contra o sujeito, pensando estar em legítima defesa, mas isso só existe na sua cabeça. O estado de necessidade imaginário, quando, por exemplo, durante a queda de um helicóptero, um dos pilotos joga o outro para fora, achando que só tem um paraquedas, quando na verdade havia dois. Supôs, erroneamente, que poderia sacrificar a vida do outro para preservar a sua. A excludente só existia na sua imaginação. Compreende também o exercício regular do direito imaginário, quando, por exemplo, o agente corta os galhos da árvore do vizinho, ao supor falsamente que eles invadiram seu terreno. E, por último, o estrito cumprimento do dever legal imaginário, quando um policial prende um cidadão honesto, que era sócia de um fugitivo, por exemplo (CAPEZ, 2012).

Em resumo: a) teoria extremada da culpabilidade – as discriminantes putativas sempre tem natureza de erro de proibição; b) teoria limitada da culpabilidade – se o equívoco está na má



apreciação de circunstância fática, há erro de tipo; se incidir nos requisitos normativos da causa de justificação, erro de proibição (ESTEFAM, 2013).

2.4.1 Espécies de discriminante putativa

Discriminante putativa por erro de tipo: ocorre quando o agente imagina uma situação de fato totalmente distorcida da realidade na qual está configurada a hipótese em que ele pode agir amparado por uma causa de exclusão da ilicitude. É um erro de tipo essencial incidente sobre elementares de um tipo permissivo, que são aqueles que permitem a realização de condutas inicialmente proibidas. São espécies de tipo permissivo: legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal. Ocorrerá um erro de tipo permissivo quando o agente, erroneamente, imaginar uma situação de fato totalmente diversa da realidade, em que estão presentes os requisitos de uma causa de justificação. No caso da legítima defesa, suponha-se a hipótese de um sujeito que, ao ver um estranho colocar a mão no bolso para pegar o celular, pensa que ele vai sacar uma arma para matá-lo. Nesse caso, foi imaginada uma situação de fato, na qual estão presentes os requisitos da legítima defesa. Houve, portanto, um erro sobre a situação descrita no tipo permissivo da legítima defesa, que incide sobre os seus elementos ou pressupostos (CAPEZ, 2012).

Discriminante putativa por erro de proibição: o agente tem perfeita noção de tudo o que está ocorrendo. Não há qualquer engano acerca da realidade. Não há erro sobre a situação de fato. Ele supõe que está diante da causa que exclui o crime, porque avalia equivocadamente a norma: pensa que esta permite, quando, na verdade, ela proíbe; imagina que age certo, quando está errado (CAPEZ, 2012).

Essa discriminante é considerada um erro de proibição indireto e leva às mesmas consequências do erro de proibição. O sujeito imagina estar em legítima defesa, estado de necessidade etc., porque presume estar autorizado pela norma a agir em determinada situação. Exemplo: uma pessoa de idade avançada recebe uma ríspida tapa em seu rosto, desferido por um jovem. O idoso tem perfeita noção do que está acontecendo, sabe que seu agressor está desarmado e que o ataque cessou. Não existe, portanto, qualquer equívoco sobre a realidade concreta. Nessa situação, no entanto, imagina-se equivocadamente autorizado pelo ordenamento jurídico a matar aquele que o humilhou, atuando, assim, em legítima defesa de sua honra. Nesse caso, a discriminante, no caso a legítima defesa, foi putativa, pois só existiu na mente do homicida, que



imaginou que a lei lhe tivesse permitido matar. Essa equivocada suposição foi provocada por erro de proibição, isto é, por erro sobre a ilicitude da conduta praticada (CAPEZ, 2012).

Concluindo de forma resumida, o erro de tipo atua no âmbito do fato típico do crime, agindo sobre o dolo e a culpa, enquanto que o erro de proibição atua na culpabilidade, podendo excluir ou não a Potencial Consciência da Ilicitude.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como salientado no presente trabalho, os institutos são distintos.

O erro não se confunde com ignorância. Na ignorância o sujeito desconhece completamente a realidade, enquanto no erro existe conhecimento, mas equivocado. O Código Penal, entretanto, os equipara, tratando ambos como erro.

Erro de tipo é figura que não se confunde com erro de proibição. Com efeito, no erro de proibição, o equívoco não recai sobre os elementos ou dados agregados ao tipo, mas sobre a ilicitude da conduta praticada. Pode-se dizer que, no erro de tipo o agente não sabe exatamente o que faz, enquanto no erro de proibição o agente sabe exatamente o que faz, porém ignora o caráter ilícito do seu ato. Há falsa percepção da realidade que circunda o agente. O agente não sabe o que faz.

Já o erro de proibição não se confunde com o erro de tipo. O erro de tipo é o equívoco que recai sobre as circunstâncias do fato, sobre elementos do tipo penal; o erro de proibição, por sua vez, recai sobre a ilicitude do fato. No erro de proibição o agente percebe a realidade, equivocando-se sobre regra de conduta. O agente sabe o que faz, mas ignora ser proibido.

Portanto, a diferença que predomina entre os dois institutos está basicamente na percepção da realidade, pois no erro de tipo o agente não sabe o que faz, tendo uma visão distorcida da realidade, não vislumbrando na situação que se lhe apresenta a presença de fatos descritos no tipo penal incriminador como elementares ou circunstâncias; enquanto que no erro de proibição, a pessoa sabe perfeitamente o que faz, sabendo exatamente tudo o que está se passando, mas há um erro de apreciação sobre a antijuridicidade do que faz, entendendo como lícita a sua conduta, quando, em verdade, é ilícita.

REFERÊNCIAS

ABREU, Gabriel Bohrer de. **Erro de Tipo e Erro de Proibição**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7612/Erro-de-tipo-e-erro-de-proibicao>> Acesso em: 10 Set. 2016.

BARROS, Flávio Monteiro de. **Direito Penal - Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Institui o Código Penal**. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 18 Out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. **Apelação Criminal Defensiva**: APL 00024177220088120021 MS 0002417-72.2008.8.12.0021. Órgão Julgador: 3ª Câmara Criminal. Relator: Des. Francisco Gerardo de Sousa. Julgamento: 8 de Outubro de 2015. Publicação: 15/10/2015. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/262184558/apelacao-apl-24177220088120021-ms-0002417-7220088120021>> Acesso em 25 Set, 2017.

_____.Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Criminal**: APR 10694100008903001 MG. Órgão Julgador: Câmaras Criminais / 4ª Câmara Criminal. Relator: Corrêa Camargo. Julgamento: 27 de Maio de 2015. Publicação: 02/06/2015. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/194521134/apelacao-criminal-apr-10694100008903001-mg?ref=juris-tabs>>. Acesso em 20 Maio, 2017.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____, Fernando. **Direito Penal Simplificado**: parte geral. 15. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Leonardo. **Legislação Comentada**: Erro de Tipo. Disponível em: <<http://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/178376218/legislacao-comentada-erro-de-tipo-art-20-caput-do-cp>> Acesso em: 10 Set. 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1 o ao 120) 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DICIO. **Dicionário online de Português**. Disponível em <<https://www.dicio.com.br/>>. Acesso em 28 Out. 2016.

ESTEFAM, André. **Direito penal, 1**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERNANDES, Daniel. **O conceito de crime**. Novembro, 2012. Disponível em: <<http://concursoemquestao.blogspot.com.br/2012/11/o-conceito-de-crime.html>> Acesso em 08 Out, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral - volume 1. 17 ed. Niterói: Impetus, 2015.



JESUS, Damásio de. **Direito penal**, volume 1: parte geral. 32. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. **Código Penal Interpretado**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

REIS, Wanderlei José dos. **Erro de tipo e erro de proibição**. Uma abordagem didática dos institutos. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3570, 10 abr. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24157>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WESSELS, Johannes. **Derecho Penal**. Buenos Aires: De Palma, 1980.