

Erro de tipo

O erro de tipo está previsto no art. 20, *caput*, do Código Penal: “*o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei*”.

O agente ignora ou tem conhecimento equivocado da realidade.

Cuida-se de ignorância ou erro que recai sobre as **elementares**, **circunstâncias** ou **quaisquer** dados que se agregam a determinada figura típica.

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

Exemplo: indivíduo que mantém conjunção carnal com menor de 14 anos, acreditando sinceramente, em razão das circunstâncias, que a adolescente tinha 14 anos ou mais.

Exemplo 2: indivíduo, para pagamento de uma compra em supermercado, entrega nota de R\$ 50,00 que acaba de receber em razão da prestação de algum serviço sem a consciência de que é falsa, dado a precisão na sua confecção.

Faltou a correta representação da realidade e, portanto, o elemento **consciência**, integrante do dolo, razão pela qual este sempre é afastado (seja o erro vencível ou invencível).

Erro de tipo e Erro de proibição

São figuras distintas. No erro de proibição, o equívoco não recai sobre os elementos ou dados agregados ao tipo, mas sobre a ilicitude da conduta praticada.

No erro de tipo, o agente não sabe o que faz, enquanto no erro de proibição o agente sabe exatamente o que faz, porém ignora o caráter ilícito do ato.

Erro de tipo	Erro de proibição
Há falsa percepção da realidade que circunda o agente	O agente percebe a realidade, equivocando-se sobre a regra de conduta
O agente não sabe o que faz	O agente sabe o que faz, mas ignora ser proibido
“A” sai de uma festa com guarda-chuva de outem pensado ser seu, mas logo percebe que errou, pois o objeto é de terceiro	“A” encontra um guarda-chuva na rua e acredita que não tem obrigação de devolver, porque “achado não é roubado”

Erro de tipo: espécies

Há duas espécies de erro de tipo: **essencial** e **acidental**.

Erro de tipo **essencial**: o erro recai sobre os dados principais do tipo penal. Se avisado do erro, o agente para de agir da forma como agia (o erro, aqui, é determinante para conduta).

Erro de tipo **acidental**: o erro recai sobre os dados secundários do tipo penal. Se avisado do erro, o agente corrige os caminhos ou sentido da conduta e continua agindo de forma ilícita.

O erro de tipo essencial pode ser evitável ou inevitável, enquanto o erro de tipo acidental possui 5 subespécies: erro sobre o **objeto**, erro sobre a **pessoa**, erro na **execução**, **resultado diverso do pretendido** e erro sobre o **nexo causal**.

Erro de tipo essencial	a) inevitável; b) evitável.
Erro de tipo acidental	a) sobre o objeto; b) sobre a pessoa; c) na execução;

	d) resultado diverso do pretendido; e) sobre o nexa causal.
--	--

Estudaremos cada um.

a) Erro de tipo essencial

Como dito, o erro de tipo essencial recai sobre os elementos, circunstâncias ou quaisquer dados que se agregam a determinada figura típica. Sua disciplina se encontra no art. 20, caput, do Código Penal, que dispõe: *“o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”*.

Exemplo: caçador que atira em um arbusto pensando estar atirando em um animal e acerta um homem. Não tinha consciência de estar matando “alguém” (elementar do art. 121 do CP), acreditando ser algum animal.

As consequências dessa espécie de erro vão depender se o erro é inevitável ou evitável:

a.1) inevitável: também conhecido como justificável, escusável ou invencível, configura o erro imprevisível, excluindo o dolo (por não haver consciência) e a culpa (pois ausente a previsibilidade);

a.2) evitável: também conhecido como injustificável, inescusável ou vencível, cuida-se do erro previsível, só excluindo o dolo (por não existir consciência), mas punindo a culpa (mas somente se prevista como crime pelo tipo penal), pois havia possibilidade de o agente conhecer do perigo se tomasse mais cautela.

Importante: pode o erro de tipo acarretar a desclassificação do delito. Exemplo: agente que desacata funcionário público, desconhecendo essa sua qualidade,

poderá responder não por desacato (art. 331, do CP¹), mas por crime contra a honra (como a injúria²).

Critério para aferição da (in)evitabilidade do erro

Corrente **tradicional**: atenção e cuidado do “homem médio”.

¹ **Desacato**

Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Observação: sobre a inconveniência dessa criminalização, a Defensoria Pública de São Paulo recorreu à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH) para pedir o fim do crime de desacato.

Notícia disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2015-mar-27/defensoria-sao-paulo-oea-fim-crime-desacato>

Argumento: violação ao art. 13 da CADH (petição inicial no material).

Artigo 13 da CADH:

Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

² **Injúria**

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Corrente **moderna**: atenção e cuidado de acordo com as circunstâncias do caso concreto, levando em consideração grau de instrução, idade do agente, momento e local do crime (circunstâncias desconsideradas na primeira orientação).

b) Erro de tipo accidental

Accidental é o erro que recai sobre elementos secundários, periféricos do tipo. A intenção criminosa é manifesta, incidindo naturalmente a responsabilidade penal.

b.1) Erro de tipo accidental sobre o objeto (*error in objecto*)

Não há previsão legal.

O agente confunde o objeto material (coisa) visado, atingindo outro que não o desejado.

Exemplo: pessoa ingressa em uma loja para subtrair relógio de ouro, mas subtrai apenas um relógio dourado (de outro material), confundindo o objeto³.

Consequência: punição do agente pela conduta praticada, considerando-se o objeto material (coisa) **efetivamente** atingido (chamada *teoria da concretização*).

Percebe-se que o erro sobre o objeto **não** exclui o dolo, **não** exclui a culpa e **não** isenta o agente de pena, considerando-se na sua punição o objeto diverso do pretendido.

Observação: **Fernando de Almeida Pedroso** pensa diferente, afirmando que, por não haver fragmentação do elemento volitivo, o agente deve responder como se tivesse subtraído o objeto realmente querido.

³ Somente haverá esta espécie de erro se a confusão de objetos materiais não interferir na essência do crime, pois, caso contrário, deve ser tratado como erro de tipo essencial (exemplo: senhora que cultiva no quintal de sua casa pé de maconha imaginando ser planta ornamental).

Rogério Sanches apresenta solução diversa: por faltar previsão legal, afirma que parece mais acertado e justo o juiz, na dúvida, considerar o objeto mais favorável ao réu, observado o caso concreto. O agente deveria ser punido pelo crime considerando o objeto desejado ou atacado, sempre o mais benéfico (imagina que o valor de um deles permita o privilégio – art. 155, § 2º, do CP⁴).

b.2) Erro de tipo accidental quanto à pessoa (*error in persona*)

O erro quanto à pessoa está previsto no art. 20, § 3º, do Código Penal, que assim dispõe: *“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”*.

Nessa espécie de erro, há uma equivocada representação do objeto material (pessoa) visado pelo agente.

Em decorrência desse erro, o agente acaba atingindo pessoa diversa.

No erro quanto à pessoa, percebe-se a existência de duas ideias de vítima: uma **real** (pessoa realmente atingida) e uma **virtual** (pessoa que se pretendia atingir). O agente, na execução, confunde as duas, atingindo pessoa diversa da que almejava.

Exemplo: A que matar o próprio pai, acredita que ele está dormindo em seu quarto, e atira na pessoa que ali estava, sendo esta na verdade seu tio. Será punido como se tivesse praticado parricídio, embora seu pai continue vivo.

Importante: e se seu pai (que ali não estava), por alguma outra razão já estivesse morto no momento dos disparos? Seria crime impossível por absoluta impropriedade do objeto (art. 17 do CP⁵)? **Rogério Sanches** afirma que se deve levar em

⁴ § 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.

⁵ Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

consideração as circunstâncias pessoais **representadas mentalmente** pelo agente (componentes do **dolo**), pois é assim que dispõe a lei.

Consequência: o erro quanto à pessoa **não** exclui o dolo, **não** exclui a culpa e **não** isenta o agente de pena, mas na sua punição devem ser consideradas as qualidades ou condições pessoais da vítima virtual (chamada *teoria da equivalência*).

No erro quanto à pessoa, o agente executa perfeitamente a conduta criminosa (não há falha operacional), engando-se no momento de representar o alvo.

b.3) Erro de tipo acidental na execução (*aberratio ictus*)

O erro na execução é disciplinado pelo art. 73 do Código Penal: “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”.

Trata-se de *acidente ou erro no uso dos meios de execução* e, por consequência, o agente acaba atingindo pessoa diversa da pretendida – embora **corretamente representada**.

Exemplo: A mira seu pai, entretanto, por falta de habilidade no uso da arma, acaba atingindo um vizinho que passava do outro lado da rua.

Erro sobre a pessoa	Erro na execução
Há <u>equivoco</u> na representação da vítima pretendida.	Representa-se <u>bem</u> a vítima pretendida.
A execução do crime é <u>correta</u> (não há falha operacional)	A execução do crime é <u>errada</u> (ocorre falha operacional)
A pessoa visada <u>não corre perigo</u> , pois confundida com outra.	A pessoa visada <u>corre perigo</u> , não sendo confundida.

Importante: nos dois casos o agente responde pelo crime cometido considerando as qualidades da vítima virtual, pretendida.

Consequências: são duas possíveis.

a) Se o agente atingir **apenas** a pessoa diversa da pretendida (***aberratio ictus de resultado único***) será punido pelo crime, considerando-se, contudo, as condições e qualidades da vítima desejada (no exemplo acima, o pai) e não da vítima efetivamente atingida (o vizinho);

b) Se, no entanto, o agente atingir também a pessoa diversa da pretendida (***aberratio ictus com unidade complexa ou resultado duplo***), será punido pelos dois crimes, em concurso formal.

No exemplo acima, se o A atingir seu pai, ceifando a sua vida, e, sem querer, também seu vizinho, que sofre as lesões, será punido por homicídio doloso (do pai) e lesões culposas (do vizinho), aplicando-se o sistema do **concurso formal de delitos** (art. 70 do CP⁶).

Divergência doutrinária: agente, com a intenção de matar, atinge a vítima desejada (“A”), mas acaba matando, sem querer, apenas outra pessoa (“B”).

1ª Corrente (Damásio): o agente responde, em concurso formal, por homicídio doloso consumado, como se tivesse matado a vítima desejada, em concurso formal com lesão culposa, como se tivesse ferido “B” (vítima efetivamente morta);

⁶ **Concurso formal**

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

2ª Corrente (Fragoso): o agente deve ser responsabilizado por tentativa de homicídio de “A” e homicídio culposo de “B”, em concurso formal.

Consequência: em qualquer das situações, percebe-se que o erro **não** exclui o dolo, **não** exclui a culpa e **não** gera isenção de pena.

A doutrina moderna, percebendo que o art. 73 do CP anuncia que o engano pode derivar de “acidente ou erro no uso dos meios de execução”, diferencia a *aberratio ictus* em **duas espécies**:

1ª) *Aberratio ictus por acidente*: não há erro no golpe, mas desvio na execução, podendo a pessoa visada estar ou não no local.

Exemplo: “X” coloca bomba no veículo para explodir quando a vítima “Y” ligasse o veículo, mas que liga é a esposa deste.

2ª) *Aberratio ictus por erro no uso dos meios (instrumentos) de execução*: existe erro no golpe, isto é, desvio na execução em razão da inabilidade do agente no manuseio ou uso dos meios utilizados na execução do crime. Neste caso, a vítima se encontra no local da execução do crime.

Exemplo: o agente percebe seu pai chegando e mira corretamente visando atingir o ascendente, mas, por inabilidade, acaba atingindo seu vizinho.

b.4) Resultado diverso do pretendido

O resultado diverso do pretendido, também chamado de *aberratio criminis* ou *aberratio delicti*, representa a situação em que o agente, também por acidente ou erro no uso dos meios de execução, atinge bem jurídico distinto daquele que pretendia atingir.

Enuncia o art. 74: “*fora dos casos do artigo anterior (art. 73, erro na execução), quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado*”

diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposo; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 deste Código”.

Assim, percebe-se que *aberratio ictus* e *aberratio criminis* são espécies de erro na execução.

Todavia, na *aberratio ictus*, o erro faz com que o agente provoque lesão em **pessoa diversa da pretendida** (pessoa x pessoa), enquanto na *aberratio criminis* o agente provoca lesão em **bem jurídico diverso do pretendido** (coisa x pessoa).

Exemplo: “A” quer danificar o carro que “B” está conduzindo, entretanto, por erro na execução, atinge e mata o motorista. Queria praticar o dano, mas acaba produzindo morte.

Erro na execução

Tipo de erro	<i>Aberratio ictus</i>	<i>Aberratio criminis</i>
Previsão legal	Art. 73 do CP	Art. 74 do CP
Conceito	O agente, apesar do erro, atinge o mesmo bem jurídico de pessoa diversa. O resultado produzido (vida) coincide com o resultado pretendido (vida)	O agente, em razão do erro, atinge bem jurídico diverso. O resultado produzido (vida) é diverso do resultado pretendido (patrimônio)
Relação	Há uma relação pessoa x pessoa	Há uma relação coisa x pessoa

Consequência: **não** será a isenção de pena. Responderá pelo resultado diverso do pretendido, porém a título de culpa (se houver previsão legal).

No exemplo acima, “A” responderá por homicídio culposo (fica absorvida a tentativa de dano).

Como ocorre também na *aberratio ictus*, se o agente também atingir o resultado pretendido, responderá pelos dois crimes, em **concurso formal**.

Importante: a regra do art. 74 do CP deverá ser afastada quando o **resultado pretendido** seja **mais grave** que o produzido, evitando-se o déficit de punição.

Exemplo: “A” atira em “B” para matá-lo mas erra o alvo e, por culpa, acaba destruindo uma planta ornamental (art. 49, parágrafo único, da Lei 9.605)⁷.

Em síntese:

Erro de tipo	Resultado diverso do pretendido	Resultado produzido
Erro sobre o objeto	Coisa	Coisa (diversa)
Erro sobre a pessoa	Pessoa	Pessoa (diversa)
Erro na execução <i>(aberratio ictus)</i>	Pessoa	Pessoa (diversa)
Resultado diverso do pretendido <i>(aberratio criminis)</i>	Coisa	Pessoa
Tentativa	Pessoa	Coisa

b.5) Erro sobre o nexu causal

Não possui previsão legal.

⁷ Art. 49. Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. No crime culposo, a pena é de um a seis meses, ou multa.

Trata-se da situação em que o resultado desejado se produz, mas com nexos diversos, de maneira diferente da planejada pelo agente.

Duas espécies: **erro sobre o nexo causal em sentido estrito e dolo geral** (ou *aberratio causae*).

O **erro sobre o nexo causal em sentido estrito** ocorre quando o agente, mediante **um só ato**, provoca o resultado visado, porém com outro nexo de causalidade.

Exemplo: A empurra B de um penhasco para que ele morra afogado, porém, durante a queda, B bate a cabeça contra uma rocha e morre em razão de um traumatismo craniano.

O **dolo geral** (ou *aberratio causae*) ocorre quando o agente, mediante conduta desenvolvida em pluralidade de atos, provoca o resultado pretendido, porém com outro nexo.

Em outras palavras, o agente desenvolve sua primeira conduta movido pelo dolo de um determinado resultado. Ao esgotar essa primeira conduta e acreditando que o resultado já ocorreu, desenvolve nova conduta acreditando estar em exaurimento de crime, quando em verdade foi essa segunda conduta a causadora do resultado. Em ambas condutas, o agente incorre em erro e o dolo do resultado permeia toda a ação.

Exemplo: A atira em B (primeiro ato) e, imaginando que B está morto, joga seu corpo no mar, vindo B a morrer por afogamento.

Consequência: punição do agente por **um só crime** (princípio unitário), desejado desde o início, a título (no exemplo acima, homicídio consumado), considerando-se, aliás, o nexo ocorrido (e não o pretendido)⁸.

⁸ **Juarez Cirino dos Santos** aponta doutrina minoritária que, com fundamento no *princípio do desdobramento*, com fundamento na cisão do elemento volitivo, entende que o agente deve responder por dois crimes em concurso material: no exemplo acima, por **tentativa de homicídio + homicídio imprudente (culposo)**, sob o argumento de que o dolo deve ser analisado no momento no fato.

Rogério Sanches adverte:

“Ousamos discordar. Como já alertamos no erro sobre o objeto, não havendo previsão legal, parece mais acertado (e justo) o juiz, na dúvida, considerar o nexo mais favorável ao réu, aquilatando o caso concreto. O agente vai ser punido pelo crime praticado, mas considerando o nexo desejado ou realizado, sempre o mais benéfico (imaginemos que um nexo gera qualificadora, enquanto o outro permite a forma simples do delito)”.

Erro de tipo: questões complementares

a) Erro de tipo essencial x delito putativo por erro de tipo (este também chamado de “delito de alucinação”)

Em ambas as situações, há uma falsa percepção da realidade, não sabendo o agente exatamente o que faz.

Na primeira, o agente pratica o **tipo** penal sem querer.

Exemplo: ter conjunção carnal com pessoa menor de 14 anos acreditando sinceramente que é maior de 14 anos.

Na segunda, o agente pratica fato **atípico** sem querer.

Exemplo: ter conjunção carnal com pessoa maior de 14 anos (imputável, no domínio da vontade, sem ter suprimida sua capacidade concreta de entendimento e determinação – fato **atípico**), acreditando sinceramente que é menor de 14 anos (o agente acredita que está praticando um fato criminoso, mas na verdade não está).

b) Erro de tipo e competência para processo e julgamento

O erro de tipo é matéria de direito penal, sem previsão do Código de Processo Penal e, portanto, sem interferência na competência para processo e julgamento.

Portanto, a competência é determinada pela vítima efetiva (real) e não pela vítima pretendida (STJ, Terceira Seção, CC 27368 – Rel. Min José Arnaldo Da Fonseca, DJ 27.11.2000).

c) Erro de subsunção

Não há previsão legal desse erro.

Ocorre quando o agente decifra equivocadamente o sentido jurídico do seu comportamento.

Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina afirmam que:

“Erro de tipo e erro de subsunção: neste último caso, que retrata uma situação jurídica penalmente irrelevante, o erro do agente recai sobre conceitos jurídicos, ou seja, sobre a compreensão do sentido jurídico de um requisito (normativo) previsto no tipo legal. No erro de subsunção há, portanto, uma avaliação equivocada, isto é, uma interpretação jurídica errônea do que está contido no tipo. O erro de subsunção não afasta a responsabilidade penal do agente”.

Não se confunde com erro de tipo, pois não há falsa percepção da realidade.

Não se confunde com erro de proibição, pois o agente sabe da ilicitude do seu comportamento.

Exemplo 1: “A” pratica falsificação de um cheque. Ao ser interrogado, afirma que ignorava que cheque é documento equiparado a documento público.

Responde por falsificação de documento público.

Exemplo 2: jurado solicita vantagem indevida ignorando a sua condição de funcionário público.

Responde por corrupção passiva.

Consequência: **não** exclui dolo, **não** exclui a culpa do agente e **não** isenta de pena.

Juarez Cirino dos Santos explica a razão da responsabilização:

“O cidadão comum não pode conhecer todos os conceitos jurídicos empregados pelo legislador; contudo, mediante a chamada *valoração paralela na esfera do leigo* pode esse cidadão identificar os dignificados, subjacentes aos conceitos jurídicos, porque integrantes da cultura comum que orienta as decisões da vida diária como ocorre em relação ao conceito de *documento*”.

Todavia, embora não isente de pena, pode incidir a atenuante genérica do art. 66 do Código Penal⁹.

d) Erro provocado por terceiro

Determina o art. 20, § 2º, do CP: “*responde pelo crime o terceiro que determina o erro*”.

No erro de tipo, o agente erra por si só.

Trata-se de um erro não espontâneo (induzido), que leva o provocado à prática do delito.

No erro determinado por terceiro, ocorre um erro induzido, figurando dois agentes: o provocador e o provocado.

Consequências:

⁹ Art. 66: “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

1) Para o agente **provocador** (autor mediato): se o erro foi determinado dolosamente, responderá pelo crime na modalidade dolosa; se foi determinado culposamente, responderá por delito culposos;

2) Para o agente **provocado** (autor imediato): em regra, não responderá por crime. Entretanto, caso tenha agido com dolo ou culpa, responderá também pelo delito.

Exemplo: médico, com intenção de matar um paciente, induz dolosamente a enfermeira a administrar dose letal ao enfermo. O médico (**autor mediato**) responderá por homicídio doloso, enquanto a enfermeira (**autora imediata**), em regra, fica isenta de pena, salvo se demonstrada a sua negligência, hipótese em que será responsabilizada a título de culpa.

Erro de proibição

A causa excludente (dirimente) da **potencial consciência da ilicitude** é o erro de proibição, que está positivado no art. 21 do CP: *“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 esta consciência”*.

Uma vez publicada no Diário Oficial da União, presume-se que a lei é conhecida de todos. Logo, não é dado desconhecer a lei.

É possível, todavia, que o agente, mesmo conhecendo a lei, incida em erro quanto à proibição de seu comportamento, valorando equivocadamente a reprovabilidade de sua conduta, podendo acarretar a exclusão da culpabilidade.

O erro pode ser **escusável** ou **inescusável**.

Erro **escusável**: o agente atua ou se omite sem ter a consciência da ilicitude do fato em situação na qual **não** é possível lhe exigir que tenha essa consciência.

Erro **inescusável**: o agente atua ou se omite sem ter a consciência da ilicitude do fato em situação na qual lhe **era possível, nas circunstâncias**, ter ou atingir essa consciência.

Consequência do erro **escusável**: **afasta da culpabilidade (isenção de pena)**.

Consequência do erro **inescusável**: **diminuição de pena (um sexto a um terço)**.

Aferição do erro como **escusável** ou **inescusável**: são consideradas as características pessoais do agente (idade, grau de instrução, local onde mora e os elementos culturais que permeiam o meio no qual sua personalidade foi formada) e não o critério do homem médio.

3 situações podem ser destacadas:

1ª) O agente, apesar de ignorar a lei, conhecia a reprovabilidade de sua conduta: não se configura o erro de proibição, apesar de poder configurara a atenuante do art. 65, II, do CP: *“são circunstâncias que sempre atenuam a pena: II – o desconhecimento da lei”*.

Exemplo: “A”, apesar de desconhecer que desrespeitar o hino nacional é contravenção penal (art. 35 da Lei 5.700/71¹⁰) passa a achincalhar a letra, sabendo que seu comportamento é reprovado socialmente.

2ª) O agente, apesar de conhecer a lei, ignora a reprovabilidade do comportamento: configura o erro de proibição. Se inevitável, exclui a culpabilidade; se evitável, reduz a pena.

Exemplo: “A”, mesmo sabendo que o homicídio é crime, crê que a eutanásia não é ilícita.

¹⁰ Art. 25. Será o Hino Nacional executado:

I - Em continência à Bandeira Nacional e ao Presidente da República, ao Congresso Nacional e ao Supremo Tribunal Federal, quando incorporados; e nos demais casos expressamente determinados pelos regulamentos de continência ou cerimônias de cortesia internacional;

II - Na ocasião do hasteamento da Bandeira Nacional, previsto no parágrafo único do art. 14.

§ 1º A execução será instrumental ou vocal de acordo com o cerimonial previsto em cada caso.

§ 2º É vedada a execução do Hino Nacional, em continência, fora dos casos previstos no presente artigo.

§ 3º Será facultativa a execução do Hino Nacional na abertura de sessões cívicas, nas cerimônias religiosas a que se associe sentido patriótico, no início ou no encerramento das transmissões diárias das emissoras de rádio e televisão, bem assim para exprimir regozijo público em ocasiões festivas.

§ 4º Nas cerimônias em que se tenha de executar um Hino Nacional Estrangeiro, este deve, por cortesia, preceder o Hino Nacional Brasileiro.

Art. 30. Nas cerimônias de hasteamento ou arriamento, nas ocasiões em que a Bandeira se apresentar em marcha ou cortejo, assim como durante a execução do Hino Nacional, todos devem tomar atitude de respeito, de pé e em silêncio, o civil do sexo masculino com a cabeça descoberta e os militares em continência, segundo os regulamentos das respectivas corporações.

Parágrafo único. É vedada qualquer outra forma de saudação.

Art. 34. É vedada a execução de quaisquer arranjos vocais do Hino Nacional, a não ser o de Alberto Nepomuceno; igualmente não será permitida a execução de arranjos artísticos instrumentais do Hino Nacional que não sejam autorizados pelo Presidente da República, ouvido o Ministério da Educação e Cultura.

Art. 35 - A violação de qualquer disposição desta Lei, excluídos os casos previstos no art. 44 do Decreto-lei nº 898, de 29 de setembro de 1969, é considerada contravenção, sujeito o infrator à pena de multa de uma a quatro vezes o maior valor de referência vigente no País, elevada ao dobro nos casos de reincidência. (Redação dada pela Lei nº 6.913, de 1981).

3ª) O agente ignora a lei e a ilicitude do fato: configura o erro de proibição. Se inevitável, exclui a culpabilidade; se evitável, reduz a pena.

Exemplo: “A” fabrica açúcar em casa não imaginando ser seu comportamento proibido, muito menos crime tipificado no art. 1º do Decreto-Lei 16/1966¹¹.

A evolução da teoria psicológica normativa para a normativa pura acarretou a migração do dolo e da culpa para o fato típico.

O dolo, despido do elemento normativo (consciência **atual** da ilicitude), migrou somente com **elementos naturais** (consciência e vontade).

A consciência da ilicitude foi absorvida pela culpabilidade como seu novo elemento (ao lado da imputabilidade e da exigibilidade de conduta diversa), porém não mais **atual** mas como **potencial** consciência da ilicitude, elemento normativo valorado pelo intérprete.

¹¹ Art. 1º Constitui crime: (Redação dada pelo Decreto-lei nº 56, de 1966)

a) Produzir, manter em estoque, ou dar saída a açúcar fora ou acima da cota autorizada no Plano Anual de Safra do Instituto do Açúcar e do Alcool (art. 3º, 5º, da Lei número 4.870, de 1 de dezembro de 1965); (Redação dada pelo Decreto-lei nº 56, de 1966)

b) Produzir açúcar em fábrica clandestina, conforme previsto nos artigos 22 e 30, do Decreto-Lei número 1.831, de 4 de dezembro de 1939, bem como dar saída ou armazenar o produto assim irregularmente obtido; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 56, de 1966)

c) Receber, dar saída, ou manter em estoque, açúcar desacompanhado da nota de remessa ou de entrega, conforme previsto na alínea b, do Artigo 60, do Decreto-Lei nº 1.831, de 4 de dezembro de 1939, e no Art. 43, da Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 56, de 1966)

d) Dar saída, armazenar, transportar ou embarcar açúcar com inobservância do disposto no art. 3º, alíneas a e c, deste Decreto-lei ou dos artigos 31, e seus parágrafos, e 33, do Decreto-Lei nº 1.831, de 4 de dezembro de 1939; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 56, de 1966)

e) Dar saída a açúcar além das cotas mensais de comercialização deferidas às usinas e às cooperativas de produtores, com infração do disposto no § 2º do Art. 51, da Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 56, de 1966)

f) Dar saída, receber ou transportar álcool sem prévia autorização do Instituto do Açúcar e do Alcool, de sacompanhado da Nota de Expedição de Alcool, com infração das disposições constantes dos Arts. 1º, 2º, 3º e 4º, do Decreto-Lei nº 5.998, de 18 de novembro de 1943. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 56, de 1966)

Teoria psicológica normativa	Teoria normativa pura
Elementos: - Imputabilidade - Exigibilidade de conduta diversa - Culpa - Dolo (dolo normativo: consciência, vontade e consciência atual da ilicitude)	Elementos: - Imputabilidade - Exigibilidade de conduta diversa - Consciência (potencial) da ilicitude Obs 1: dolo e culpa migram para o fato típico Obs 2: o dolo passou a ser natural: composto de consciência e vontade Obs 3: o elemento normativo do dolo deixa de ser do dolo passando a ser da própria culpabilidade, porém não mais atual, mas sim potencial

Enquanto consciência atual da ilicitude, todo e qualquer erro de proibição, evitável ou não, isentaria o agente de pena.

Contentando-se com a **potencial** consciência, somente o erro inevitável exclui a culpabilidade, permitindo-se a punição (mesmo que diminuída) quando evitável.

	Teoria psicológica normativa	Teoria normativa pura
Erro de proibição inevitável	Isenta o agente de pena, eliminando a atual consciência da ilicitude	Isenta o agente de pena, eliminando a atual consciência da ilicitude
Erro de proibição evitável	Isenta o agente de pena, eliminando a atual consciência da ilicitude	Isenta o agente de pena pois, apesar de eliminar a atual , existe a potencial consciência da ilicitude, suficiente para a punição

Espécies de erro de proibição

São espécies de erro de proibição:

a) erro de proibição direto

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, equivocando-se quanto ao caráter proibido da sua conduta.

b) erro de proibição indireto

No erro de proibição indireto (discriminante putativa por erro de proibição), o agente sabe que a conduta é típica, mas supõe presente uma norma permissiva, ora supondo existir uma causa excludente de ilicitude, ora supondo estar agindo nos limites de uma discriminante.

Exemplo: “A”, traído por sua mulher, acredita estar autorizado a mata-la para defender sua honra ferida.

E o erro quanto aos elementos normativos do tipo?

A doutrina debate a esse respeito.

Alguns fazem uma diferenciação entre elementos normativos do tipo e elementos normativos da ilicitude. Os primeiros traduzem circunstâncias relativas à constituição do fato criminoso (exemplo: “cheque”, “coisa alheia” etc) e, conseqüentemente, a ignorância do agente sobre eles deve ser tratada como erro de tipo. Os elementos normativos da ilicitude, não obstante integrem o tipo, não têm nenhuma relevância para a constituição do fato típico, limitando-se a ressaltar a ilicitude característica de toda infração penal (exemplo: “indevidamente”, “sem justa causa”). Por esta razão, o erro sobre esses elementos deve ser equiparado ao erro de proibição.

Há, todavia, autores que consideram equivocada a distinção afirmando que se os elementos integram o tipo, o erro incidente sobre tais elementos deve ser tratado como erro de tipo.

Erro de proibição e erro de tipo

Não se confundem.

O erro de tipo é, em geral, equívoco que recai sobre as circunstâncias de fato, sobre elementos do tipo penal.

O erro de proibição recai sobre a ilicitude do fato.

Importante: diz “em geral” porque, na maior parte dos casos, quando se fala em erro de tipo, o que se pretende dizer é que o agente ignorou ou representou mal uma realidade fática descrita no tipo objetivo do tipo. Todavia, como visto, alguns tipos penais contêm elementos normativos ligados não à realidade fática propriamente dita, mas a certas autorizações ou comandos. Um erro sobre tais elementares não seria propriamente ou erro de fato, mas mesmo assim seria um erro de tipo (para uma das correntes acima vistas).

Situação: uma criança está nadando em uma lagoa à noite e começa a se afogar. “A” e “B” estão próximos à lagoa. “A”, que enxerga mal, não vê que se trata de uma pessoa e acredita que seja um animal. “B”, por sua vez, vê que se trata de uma criança, mas acredita que não tem a obrigação de salvá-la já que não se trata de parente, amigo etc.

“A” agiu em erro de tipo, porque se equivocou quanto à circunstância fática que integra o tipo penal: era uma criança, mas o agente representou mal, acreditando ser um pato.

“B” agiu em erro de proibição, pois representa bem a criança (não a confunde com um pato), mas entende que a sua conduta (inércia) é tolerada por lei diante da ausência de qualquer relação de parentesco como a criança em perigo.