

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA” – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

PATRÍCIA GALLO CUNHA

**ERRO DE PROIBIÇÃO, SUAS ESPÉCIES E EFEITOS NO DIREITO
PENAL VIGENTE**

MARÍLIA
2008

PATRÍCIA GALLO CUNHA

**ERRO DE PROIBIÇÃO, SUAS ESPÉCIES E EFEITOS NO DIREITO
PENAL VIGENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação do Centro Universitário “Eurípides de Marília” - UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador:

Prof. Carlos Ricardo Fracasso

MARÍLIA
2008

CUNHA, Patrícia Gallo.

Erro de Proibição, suas espécies e efeitos no Direito Penal vigente/
Patrícia Gallo Cunha; orientador: Carlos Ricardo Fracasso. Marília, São
Paulo: [s.n.], 2008.

60 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) –
Faculdade de Direito de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da
Rocha”.

1. Do Crime. 2. Da Culpabilidade. 3. Do Erro de Proibição.

CDD: 341.5



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Patrícia Gallo Cunha

RA: 32878-2

**ERRO DE PROIBIÇÃO, SUAS ESPÉCIES E EFEITOS NO DIREITO
PENAL VIGENTE**

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: _____

9,8 (nove e oitavo)

ORIENTADOR(A): _____

Carlos Ricardo Fracasso

1º EXAMINADOR(A): _____

André Luis de Toledo Araujo

2º EXAMINADOR(A): _____

Aparecido Sebastião de Oliveira

Marília, 18 de outubro de 2008.

Aos meus queridos pais, avós e
irmã, e toda a minha família que
sempre me proporcionou auxílio,
companheirismo e amor
incondicional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço eternamente a minha família pela confiança e fé que depositaram em mim. Ao meu pai, um símbolo de caráter e bondade, aquele em que sempre me espelhei, aquele com quem aprendi a gostar de futebol, a figura de homem que sempre venerarei. A minha mãe pelo amor, dedicação ao marido e as filhas, mas acima de tudo pela luta, garra e força para enfrentar todas as dificuldades que a vida colocou em seu caminho.

A minha querida irmã, aquela caçula, que sempre tentei proteger. Ela que dividiu várias noites ao meu lado, às vezes até de mãos dadas. É a minha pequena, que hoje é uma linda mulher.

Aos meus queridos e amados avós, meus segundos pais, por me mostrarem sempre o valor da família, por me amarem incondicionalmente, ao ponto de deixarem suas vidas de lado para me auxiliar em alguns momentos difíceis. Vocês são minha vida, não há como descrever o imenso amor que sinto por vocês. Obrigada pelas madrugadas divertidas, por me cobrirem no meio da noite, por me mimarem, por serem simplesmente vocês.

Ao meu orientador Carlos Ricardo Fracasso por me auxiliar e orientar brilhantemente na pesquisa deste trabalho, por toda sua paciência e dedicação.

Agradeço a todas as pessoas que me incentivaram a realizar este trabalho e que acreditaram no meu potencial.

Uma dessas pessoas é o Procurador do Estado, Delton Croce Júnior, que me ensinou muito, não apenas sobre o Direito, mas sobre a vida. Agradeço a ele por toda essa paixão que sinto pelo Direito Penal.

Outra pessoa muito importante, que além de ter sido meu professor, hoje é um grande amigo é o Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho. Palavras que o definem: garra, inteligência, bondade, entre outras. Que pai amoroso, como venera aquelas filhas. Esse sim é um vencedor.

Ao meu namorado Rafael por todo amor, força e dedicação. Foi ele que me levantou nas horas em que tudo parecia estar perdido e me mostrou que havia um caminho mais bonito. Pela sua paciência durante os períodos difíceis. Mostrou-me que pelo amor vale tudo, até limparia os trilhos do metrô, iria a pé do Rio a Salvador, mudaria até o seu nome, viveria em greve de fome, desejaria todo dia a mesma mulher.

As minhas amigas da faculdade por todos os momentos maravilhosos passados juntos e por todo apoio proporcionado quando mais precisei, por terem me mostrado uma

amizade que vai além da festa, aquela amizade que ri, mas que também chora junto; aquela que apóia, mas que também repreende. Agradeço por aqueles estudos antes da prova, quando todo mundo se reunia, valeram a pena.

Sem essas pessoas dificilmente conheceria a verdadeira amizade, um amor eterno. Nunca esquecerei vocês. Para quem não as conhece definirei algumas de suas qualidades.

Sabe aquela pessoa inocente, carinhosa, aquela mulher que passa pelo corredor da faculdade e faz tudo parar, essa é a Marina. Nunca imaginei que fosse me apegar tanto a esta pessoa maravilhosa, mas não tem como, ela é cativante e, além disso, me ensinou que a vida já é dura de mais para a tratarmos com mais dureza e seriedade. Má o curso valeu, hoje sou outra pessoa, aproveito a vida com muito mais leveza, tudo isso graças a você.

Michele aquela que chegou lá de bem longe, Rondônia, essa é guerreira. No primeiro ano de faculdade ninguém entendia o que ela falava, mas tudo bem. Companheira de todas as horas, principalmente de alguns meses pra cá. Quanto nos divertimos hein! Mi obrigada por tudo, pela compreensão, pelo apoio, pelas noitadas de estudo é claro! Gostaria de ter metade da sua coragem, da sua força, isso já bastaria para enfrentar alguns problemas. Você é abençoada e não imagina o quão é especial.

Na faculdade tem sempre aquela pessoa que diverti todo mundo, que faz todos darem gargalhadas, que faz piada até da desgraça alheia. Essa é a Nádia. Não mexam com ela, pois a baixinha é briguenta. Amiga de todas as horas. Brigamos, choramos e rimos juntas.

Tem outra moça sabe lá de Guaiçara, que família maravilhosa. Pauli obrigada por todas as hospedagens, pelas divertidas festas, pelos conselhos, abraços, por todo o carinho. Aquelas vezes em que fiquei na sua casa foram muito especiais, tanto pelas risadas, pelas abelhas, pelas festas não tão boas, mas principalmente pelo modo como vocês me acolheram, até roubei a cama da Teci.

Ali por perto, na cidade de Promissão tem mais duas figuras interessantes: Juliane e Stella. A primeira é a diversão de todos, quando fica brava você irá saber imediatamente, pois o bico aparecerá. Na maioria das vezes é quietinha com suas coisas, mas quando resolve cantar ou dançar, salve-se quem puder, porque a mulher se transforma. Ju obrigada por ceder sua casa para todos os aniversários surpresas, que já não eram tão surpresa assim, e todos os amigos secretos. Vou sentir muita falta dessas festinhas. A segunda mais conhecida como Stru, inteligente, animada, sempre feliz. Acho que nunca vi essa pessoa triste, como assim? Amiga valeu por tudo, pelas trocas de caderno, pelas gargalhadas, por ligar para contar o que a Ju tinha falado de besteira no seu carro. Foi tudo muito bom, foi perfeito.

Tem a Marisa, a mais velha do grupo, mas não mais ajuizada. Se alguém for brigar com você, chame a Marisa ela resolverá seu problema. Má obrigada por me ensinar a grandeza de uma mulher, principalmente quando ela é mãe. Você é corajosa, determinada, às vezes brava, mas é uma mulher que todas nós nos espelhamos.

Marília, a pequena, sempre delicada, não quer perder um suspiro do professor. Caderno sempre impecável. É dedicada, esforçada, uma grande amiga.

Juliana, a bancária, entrou em nossas vidas de repente e ficou para sempre. Inteligentíssima, trabalhadora, um furacão. Jú obrigada por tudo, não parece que você chegou em minha vida no ano passado, parece que você sempre esteve ali.

Por fim, e nem por isso menos importante, acho que na verdade é a mais importante. Maria José, a Zeza, pequenina, mas tem a força de um gigante. Essa sim mostrou o que é a verdadeira lição de vida. Nunca ouvi reclamar de nada, e olha que passou por muitas coisas durante estes cinco anos de faculdade. Foi ela a primeira pessoa com quem me identifiquei. Sentávamos sempre perto e até hoje isso continua, discutíamos a matéria, tirávamos dúvidas. Zeza você me fez aprender a não me queixar tanto das rasteiras que a vida nos dá, sempre tendo paciência de que o amanhã com certeza será melhor. Você é muito mais forte do que imagina, sempre acreditei em você. Todo o sucesso lá fora te espera é só você querer.

Ao pessoal da Defensoria Pública por ter me recebido com todo carinho, em especial agradeço ao pessoal da VEC, Sampaio, Diego, Álvaro, Andréia, Dr. Fernando e Alexandre. Obrigado pelo carinho pessoal e pelas risadas.

Embora ninguém possa voltar
atrás e fazer um novo começo,
qualquer um pode começar
agora e fazer um novo fim.
(Chico Xavier)

CUNHA GALLO, Patrícia. Erro de Proibição, suas espécies e efeitos no Direito Penal vigente. 2008. 60.f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2008.

RESUMO

Pela teoria finalista da ação criada por Welzel, o crime, em seu conceito formal, adotado pelo Código Penal vigente é composto do fato típico e antijurídico. O fato típico é composto de: conduta, resultado, nexa causal e tipicidade. A ilicitude ou antijuridicidade tem como excludentes: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito. A culpabilidade, para esta teoria, é mero pressuposto para a aplicação da pena. A teoria adotada pelo Código Penal para a culpabilidade é a teoria normativa pura. A culpabilidade é composta da imputabilidade, da exigibilidade de conduta diversa. A imputabilidade tem como excludentes: a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto, a menoridade penal e a embriaguez fortuita. Já a exigibilidade de conduta diversa tem como excludentes: a coação moral irresistível e a obediência hierárquica. Por último temos a potencial consciência da ilicitude que possui como excludente o erro de proibição e as discriminantes putativas. O Erro de Proibição é um instituto que isenta de culpa se inevitável e, diminui a pena de um sexto a um terço se evitável. Tal erro, como já dito, tem duas formas: escusável ou inescusável. Estes possuem suas espécies. O erro de proibição escusável pode ser: direto, indireto ou de mandamento; já o inescusável pode ser de vigência, de eficácia, de punibilidade ou de subsunção. Importante salientar a distinção entre erro de tipo e erro de proibição. Por final, traz-se alguns casos práticos dos nossos Tribunais.

Palavras Chave: Crime. Culpabilidade. Excludentes. Erro. Erro de Proibição.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 – DO CRIME.....	13
1.1 Conceitos de Crime	13
1.2 Aspectos do Crime	16
1.3 A Definição Legal de Crime no Brasil	18
1.4 Fato Típico	19
1.4.1 Conduta	19
1.4.1.1 Ação	20
1.4.1.1.1. Teoria Causal-Naturalista da Ação	21
1.4.1.1.2 Teoria Final da Ação	23
1.4.1.1.3 Teoria Social da Ação	24
1.4.2 Resultado	25
1.4.3 Nexo Causal	26
1.4.4 Tipicidade	27
1.5 Antijurídico	27
CAPÍTULO 2 – DA CULPABILIDADE	29
2.1 Teorias da Culpabilidade	31
2.1.1 Teoria Psicológica da Culpabilidade	31
2.1.2 Teoria Psicológica-Normativa da Culpabilidade	32
2.1.3 Teoria Normativa Pura da Culpabilidade	33
2.2 Excludentes da Culpabilidade	34
2.3 Erro	36
CAPÍTULO 3 – DO ERRO DE PROIBIÇÃO	38
3.1 Erro de Proibição nos Códigos Penais Brasileiros	38
3.2 Erro de Proibição no Código Penal Atual	41
3.3 Diferença entre Erro de Proibição e Erro de Tipo	44
3.4 Espécies de Erro de Proibição	47
3.4.1 Erro de Proibição Escusável	47
3.4.2 Erro de Proibição Inescusável	50
3.4.3 Discriminantes Putativas	51
3.5 Efeitos do Erro de Proibição	52
3.6 Erro de Proibição nos Tribunais	53
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem o objetivo de desenvolver um caminho simplificado até o instituto do Direito Penal conhecido como erro de proibição.

Neste contexto, tem-se que fazer uma análise profunda do conceito de crime, bem como, a razão pela qual chegou-se a sua caracterização atual, ou seja, as diversas teorias descritas pela maioria da doutrina, chegando-se a atual teoria que é utilizada pelo Código Penal vigente.

Deste modo, o primeiro capítulo propõe-se chegar a exata compreensão do que é o crime, como as teorias antigas lhe delimitaram, assim como seus elementos. Adentra-se na teoria finalista da ação, teoria esta adotada pelo Código Penal vigente, que conceitua o crime como sendo um fato típico e antijurídico.

No segundo capítulo, trata-se da culpabilidade, representada como pressuposto para aplicação da pena. O Código Penal vigente adota a teoria normativa pura, não obstante as várias teorias propostas que foram analisadas neste capítulo.

A culpabilidade é a reprovabilidade da conduta do agente pela sociedade que clama por uma sanção. São elementos da culpabilidade: a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude. E ainda sua causa de exclusão supralegal, a inexigibilidade de conduta diversa.

Para este trabalho a excludente da culpabilidade que mais importa é a potencial consciência da ilicitude que é o elemento psicológico que relaciona o agente com seu ato. Irão excluí-la: o erro de proibição, tema deste trabalho de conclusão de curso e as discriminantes putativas.

Ainda analisa-se o erro e sua distinção com a ignorância.

No terceiro capítulo, felizmente chega-se ao tema principal deste trabalho, qual seja, o erro de proibição.

Faz-se uma passagem histórica sobre este erro nos antigos Códigos Penais e no atual logicamente.

Ponto importantíssimo é sua distinção com o erro de tipo.

Explica-se as espécies deste erro, conceituando-as e logo após, destaca-se os seus efeitos para o Direito Penal.

Válido ressaltar, que a presente pesquisa possui natureza acadêmica, procurando identificar por meio de revisão de literatura, aspectos que contribuam para um melhor entendimento deste instituto jurídico, muitas vezes incompreendido.

Não se pretende ir além desta pesquisa, mesmo porque o assunto já é bem complexo.

O objetivo central é aperfeiçoar o conhecimento sobre este instituto, adentrar nas hipóteses de tal cabimento, verificar sua efetiva aplicação e seus efeitos no sistema jurídico-penal.

CAPÍTULO I - CRIME

1.1 Conceitos de crime

Para chegar-se à atual concepção de crime, faz-se uma síntese da evolução da teoria do delito, analisando três fases desse desenvolvimento, quais sejam: o conceito clássico de delito, o conceito neoclássico de delito e o conceito finalista de delito.

Não há como determinar um marco divisório entres tais fases, posto que se integram.

A concepção atual do delito concebido como ação, típica, antijurídica e culpável é produto do final do século passado. Anteriormente, tentou-se compreender o conceito do injusto, no qual pertenciam os caracteres externos objetivos da ação; enquanto que os subjetivos constituíam a culpabilidade.

Os doutrinadores do século XIX se referiam ao delito como ação, antijuridicidade e culpabilidade. Só depois de alguns anos é que foi incluída neste rol a tipicidade. Nesta época os conceitos de antijuridicidade e culpabilidade se confundiam.

Para Bitencourt (2006, p.257):

Enfim, a definição atual de crime é produto da elaboração inicial da doutrina alemã, a partir da segunda metade do século XIX, que, sob a influência do método analítico, próprio do moderno pensamento científico, foi trabalhando no aperfeiçoamento dos diversos elementos que compõem o delito, com a contribuição de outros países, como Itália, Espanha, Portugal, Grécia, Áustria e Suíça.

Melhor caracterização traz Fragoso (1993, p. 143):

O crime é, sem dúvida, fato jurídico. Fato jurídico é designação genérica de todo acontecimento relevante para o direito, provocando o nascimento, a modificação ou extinção de um a relação jurídica. Fatos jurídicos dividem-se em fatos naturais(ou fatos jurídicos em sentido estrito) e fatos voluntários(ou atos jurídicos).Aqueles dão fatos da natureza, como o nascimento e a morte. Estes são condutas voluntárias, que influem sobre relações jurídicas. Os fatos voluntários(ou atos jurídicos) subdividem-se em duas grandes categorias, a dos atos lícitos e a dos atos ilícitos. Os atos lícitos são atos praticados de acordo com o direito e podem ser declarações de vontade dirigidas a produzir efeitos jurídicos (negócios jurídicos) ou ações, positivas ou negativas, que produzem efeitos jurídicos, sem serem dirigidas a produzi-los. Os atos ilícitos são penais ou extrapenais, conforme consistam na violação do direito penal ou do direito extrapenal. Crime é o ato ilícito penal.

O conceito do delito foi desenvolvido por vários segmentos. São eles o conceito clássico, o neoclássico e o do finalismo.

O conceito clássico do delito foi elaborado por Von Liszt e Beling, era representado pela ação como um movimento corporal que produzia uma modificação no mundo externo, qual seja, o resultado.

Essa estrutura simples vinculava a conduta ao resultado por meio do nexa causal.

Por partes distintas, separava o aspecto objetivo, representado pela tipicidade e antijuridicidade, do aspecto subjetivo, representado pela culpabilidade. Aqui, pela primeira vez, consegue-se, nitidamente, a separação entre os conceitos da antijuridicidade e da culpabilidade, pelos critérios objetivos e subjetivos.

O conceito clássico do crime afastou-se completamente de qualquer contribuição que não fosse característica do pensamento jurídico do positivismo científico. Atribuiu desta forma, um tratamento exageradamente formal ao comportamento humano definido como delituoso.

Seus quatro elementos eram entendidos da seguinte forma: a ação era um conceito puramente descritivo, naturalista e causal, valorativamente neutro. Não se preocupava com o conteúdo desta, mas somente com seu aspecto objetivo que causava o resultado externo; a tipicidade representava o caráter externo da ação, compreendendo somente os aspectos objetivos do fato, pois todas as circunstâncias subjetivas ou internas do delito pertenciam à culpabilidade. Pouco tempo depois, foi acrescentada a ação um indício da antijuridicidade, ou seja, toda conduta típica é provavelmente antijurídica, salvo se houver uma causa de justificação; a constatação da antijuridicidade se dá por um juízo de desvalor, ou seja, uma valoração negativa da ação. Bastando, assim, a comprovação da tipicidade da conduta e a exclusão de causa que a justifique e, a culpabilidade limitava-se a confirmar um vínculo subjetivo entre o autor e o fato. A variedade do nexa psicológico que fez surgir as formas dolosa e culposa. (BITENCOURT, 2006, p.258)

O segundo, qual seja, o neoclássico, foi atribuído a Liszt e Beling, e sofreu profundas alterações, no entanto, manteve seus princípios fundamentais. Daí passou a ser denominado de conceito neoclássico.

O conceito neoclássico sofreu grande influência no campo jurídico da filosofia neokantiana.

Assim, Bitencourt:

[...] Foi substituída a coerência formal de um pensamento jurídico circunscrito em si mesmo por um conceito de delito voltado para os fins pretendidos pelo direito Penal e pelas perspectivas valorativas que o embasam (teoria teleológica do delito) [...] (2006, p.259)

Com tais modificações restaram impossíveis os conceitos antigos, como por exemplo, o conceito de ação, de concepção naturalística, constituindo o ponto mais fraco do conceito clássico do delito, principalmente nos crimes omissivos, nos culposos e na tentativa, entre outros.

O novo entendimento possibilitou graduar o injusto de acordo com a gravidade da lesão produzida. De tal forma que, onde não houver lesão a interesse, o fato não poderá ser considerado antijurídico.

A teoria da antijuridicidade possibilitou, inclusive, a propagação de novas causas de justificação, além das já previstas em lei. (BITENCOURT, 2006, p.259)

Pela reformulação, o tipo passou a ser um instituto pleno, contendo, muitas vezes, elementos normativos e até elementos subjetivos. A antijuridicidade deixou de ser vista como simples contradição entre a conduta e a norma jurídica, passou a ser trabalhada por um conceito material, representando pela danosidade social. A culpabilidade, por sua vez, recebeu a reprovabilidade.

Segundo, Bitencourt:

Enfim, a teoria neoclássica do delito caracterizou-se pela reformulação do velho conceito de ação, nova atribuição à função do tipo, pela transformação material da antijuridicidade e redefinição da culpabilidade, sem alterar, contudo, o conceito de crime, como a ação típica, antijurídica e culpável. (2006, p.260)

O criador do conceito de delito no finalismo foi Welzel, que procurou, em fases distintas, conduzir a ação humana para o centro da teoria do delito.

Abandonando as concepções anteriores, corrigiu algumas lacunas e contradições, e, aos poucos, foi construindo sua nova teoria.

Elaborou o conceito finalista opondo-se à separação entre a vontade e seu conteúdo.

A teoria do delito encontra no finalismo um dos mais importantes marcos de sua evolução. Assim, deslocou da culpabilidade o dolo e a culpa, concentrando nesta somente as circunstâncias que dependem a reprovabilidade da conduta contrária a lei. Entre as conseqüências que essa nova estrutura inaugurou, destacam-se algumas: a distinção entre tipos dolosos e culposos, dolo e culpa como integrantes da ação, além da criação da culpabilidade puramente normativa.

Welzel (1970, p. 79) apud Bitencourt (2006, p.261):

Welzel deixou claro que, para ele, o crime só estará completo com a presença da culpabilidade. Dessa forma para o finalismo, crime continua sendo a ação típica, antijurídica e culpável [...]

O que discorda a legislação penal brasileira, pois adota o contrario, ou seja, a teoria finalista da ação, onde o crime é fato típico e antijurídico, sendo que a culpabilidade é mero pressuposto de aplicação da pena.

1.2 Aspectos do crime

A conceituação de crime varia pelo ângulo em que é visto, o que depende da compreensão e extensão que se dá ao Direito Penal.

O crime é um episódio da vida da pessoa humana, além de ser fenômeno social. Não pode ser destacado e isolado. Nem se apresenta, na realidade, como conceito puro, estereotipado. Cada crime tem a sua história, sua individualidade; não há dois crimes que possam ser considerados idênticos. (TOLEDO, 1987, p.73)

O Código Penal vigente não define crime, deixando a cargo da doutrina a elaboração de tal conceito. Esta, por sua vez, procura defini-lo sob três aspectos: formal, material e analítico.

Pelo aspecto formal, o crime tem como ponto de referência a lei, a norma. Assim, o indivíduo que transgredi-la estará cometendo crime. Tal visão alcança apenas um dos aspectos do fenômeno criminal, que é a contradição do fato a uma norma de direito. Porém, não penetra em sua essência, em sua matéria.

O crime, sob este aspecto, é um fato típico e antijurídico. A culpabilidade, como esmiuçaremos, constitui mero pressuposto para aplicação da pena. (DAMÁSIO, 2002, p.151)

O conceito formal alcança apenas um dos aspectos do fenômeno criminal, o mais aparente, que é a contradição do fato a uma norma de direito, ou seja, sua ilegalidade como fato contrário à norma penal. Não penetram, contudo, em sua essência, em seu conteúdo. (MIRABETE, 2004, p.95)

Este conceito oferecido pela doutrina é análogo às definições legais, ou seja, crime é toda ação ou omissão proibida pela lei, sob ameaça de sanção, qual seja a pena. (FRAGOSO, 1993, p.144)

Tendo em vista que as definições formais visam apenas o aspecto externo do crime, é necessário questionar a razão que levou o legislador a prever tal punição para autores de certos fatos e de outros não, como também conhecer o critério utilizado para diferenciar o ilícito penal de outras condutas lesivas, obtendo-se assim um conceito material de crime.

O crime sob o aspecto material, como sendo um desvalor da vida social; uma ação ou omissão que se proíbe e que se pretende evitar, ameaçando-a com uma sanção, porque constitui perigo a um bem ou a um valor da vida social. (FRAGOSO, 1995, p. 144)

Nesse prisma objetiva os bens amparados pela lei penal.

Damásio (2002, p.151):

O conceito material do crime é de relevância jurídica, uma vez que coloca em destaque o seu conteúdo teleológico, a razão determinante de constituir uma conduta humana infração penal e sujeita a uma sanção. É certo que sem descrição legal nenhum fato pode ser considerado crime. Todavia, é importante estabelecer o critério que leva o legislador a definir somente alguns fatos como criminosos. É preciso dar um norte ao legislador, pois, de forma contrária, ficaria ao seu livre alvedrio a criação de normas penais incriminadoras, sem esquema de orientação, o que, fatalmente, viria lesar o *jus libertatis* dos cidadãos.

O Estado tem por finalidade obter o bem coletivo, manter a ordem, independentemente de sua finalidade ou regime político. Busca velar pela paz interna, pela segurança e uma estabilidade coletiva diante dos inúmeros conflitos. Assim, é necessário proteger os bens ou interesses individuais por meio da lei penal chegando, assim, a definições materiais. Tal proteção é efetuada pela pena.

Ao ver de Noronha (1997, p.105):

Crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal. Sua essência é a ofensa ao bem jurídico, pois toda norma penal tem por finalidade sua tutela.

Todavia, ainda não se projetou um conceito material de crime inatacável. (MIRABETE, 2004, p.96)

Analisou-se o conceito formal do delito, onde crime é toda a ação ou omissão defesa por lei, sob ameaça de uma sanção, qual seja a pena. Há ainda o conceito material em que o crime é a ação ou omissão que contraria os interesses ou valores da sociedade, exigindo sua proibição com a ameaça da aplicação da sanção. Porém, tais conceitos não permitem uma análise suficiente das estruturas do conceito de crime, surgindo, para este fim, o conceito analítico de crime.

O conceito analítico teve início com Carmignani em 1833. Para este, a ação delituosa é composta por força física e moral. A força física estaria representada pela ação executada do dano material do delito, enquanto que a força moral estaria na culpabilidade e o dano moral do crime. Surge, assim, o sistema bipartido do conceito clássico de crime, dividido em aspectos objetivos e subjetivos.

Com a adição do elemento da tipicidade, por Beling em 1906, o conceito analítico do crime completou-se.

A culpabilidade é elemento constitutivo do crime, sem a qual este não se aperfeiçoa.

No Brasil, a primeira obra finalista surgiu em 1970, por João Mestieri, analisando os crimes contra a vida, fez a divisão entre os tipos objetivo e subjetivo.

A classificação analítica tem várias vantagens, como demonstra a analogia de Machado (1987, p. 79) “ainda que, formalmente, a água seja água e, materialmente, seja um líquido insípido, inodoro e incolor que serve para, entre outras coisas, saciar a sede, analiticamente a sua composição é H₂O.

Apesar de alguns autores adotarem duas formas de classificação analítica do crime (subjetiva e objetiva). É pacífica a forma de caracterização analítica do crime tripartida, como ação ou omissão, antijurídica e culpável.

A ação é atividade enquanto que a omissão é a falta de ação que transgride uma expectativa jurídica sobre um ato considerado necessário. A conduta típica é a correspondência entre o fato concreto e a previsão legal, a ilicitude é característica desse ato, que é proibida juridicamente.

A culpabilidade é o juízo de reprovação social sobre a ação ou omissão. Todavia, apesar de a conduta ser vedada pela legislação não será reprovável se o agente não for imputável, quando não tiver potencial consciência da ilicitude ou quando não poderia exigir deste conduta diversa, são as excludentes da culpabilidade.

Essa conceituação vem consignada tanto pelos autores que seguem a teoria causalista (naturalista, clássica, tradicional), como pelos adeptos da teoria finalista da ação.

1.3 A definição legal de crime no Brasil

A Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro (Decreto-lei nº 3914/41, no artigo 1º) define o crime como:

Considera-se crime a infração penal a que a lei comine pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Como se pode notar limitou-se a distinguir o crime da contravenção penal. Deixando, todavia, a elaboração de conceitos para a doutrina nacional.

Não acompanha o entendimento dominante no Brasil, onde “crime é toda a ação típica e antijurídica”, tendo-se a culpabilidade como mero pressuposto para a adaptação da pena. (BITENCOURT, 2006, p.263)

1.4 Fato típico

Consiste no fato que se ajusta no grupo de elementos descritivos do crime contidos na lei penal.

Para que se possa afirmar que o fato concreto tem tipicidade, é necessário que se encaixe perfeitamente na descrição legal, ou seja, que haja perfeita acomodação do fato ao tipo penal. (MIRABETE, 2004, p.101),

Fato típico é o fato material que se enquadra aos elementos do tipo legal. (CAPEZ, 2001, p.96)

São elementos do fato típico: a conduta (ação ou omissão), o resultado, o nexo causal e a tipicidade. Esta última é a junção das três primeiras.

Se o caso concreto não se revestir de todos os elementos acima expostos não poderá ser caracterizado como crime. Excetuando-se a tentativa, em que não ocorre o resultado.

Assim, faltando qualquer desses elementos a conduta passará a constituir um indiferente penal. O fato será atípico.

1.4.1 Conduta

A conduta (voluntária) é compreendida pela ação e omissão; pelo dolo ou culpa.

Conduta é a ação ou omissão humana consciente e dirigida à determinada finalidade. (DAMÁSIO, 2002, p.227)

Os elementos da conduta são o ato de vontade dirigido a um fim e a atuação dessa vontade no mundo exterior.

O pensamento enquanto prisioneiro da consciência, não representa absolutamente nada para o Direito Penal. Porém, quando a vontade se liberta é que a conduta se exterioriza, por meio de “um fazer” (ação), ou de “um não fazer o que era devido” (omissão). (CAPEZ, 2001, p.97),

Ainda para este doutrinador (2001, p.97):

A vontade e a consciência, geradoras da conduta, não são, contudo, ‘cegas’, isto é, desprovidas de finalidade, no sentido de que toda ação ou omissão dominada pela voluntariedade objetiva atingir um fim.

Por fim, importante salientar que será excluído o dolo da conduta quando presente o erro de tipo e, a culpa estará caracterizada nos casos de caso fortuito, força maior, entre outros.

1.4.1.1 Ação

O conceito de ação no Brasil não foi estabelecido pelo Código Penal, deixando a cargo dos doutrinadores tal elaboração. O critério de classificação em ação e omissão foi utilizado por Von Liszt. (BITENCOURT, 2006, p. 269)

Várias tentativas, no direito penal alemão, em formular um conceito que abrangesse a ação e a omissão foram frustradas. A ação, como elemento do delito, ganha ênfase a partir da obra de Luden, em 1840. (BITENCOURT, 2006, p.269).

Em 1904, Radbruch, destacou a impossibilidade da criação de um conceito tão abrangente que envolvesse a ação e a omissão. (BITENCOURT, 2006, p. 270).

A divergência mais expressiva entre os penalistas está no conceito de ação.

A palavra ação tem sentido amplo que engloba o fazer (ação em sentido estrito) e o não fazer (omissão). Também pode ser denominada como conduta.

O conceito estrutural do crime deve variar de acordo com o sentido que se dê a palavra ação.

A ação deve ter a função de elemento básico na teoria do delito. Dessa função, afirma Cerezo Mir (1985, p.273) apud Bitencourt (2006, p. 270):

Deriva-se a necessidade de que o conceito de ação seja suficientemente amplo para que compreenda todas as formas de conduta relevantes para o Direito Penal (ação e omissão, condutas dolosas ou culposas). A ação deve cumprir, além disso, a função de elemento de união ou enlace de todas as fases do juízo jurídico-penal (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade).

Ação é o que revela o crime ao mundo exterior, sem ela, o crime não existe. É atividade dirigida a um fim.

Compreende a ação propriamente dita e a omissão ou ação negativa. A primeira é constituída pelo movimento corporal, o ato de praticar o núcleo do tipo, enquanto que, na segunda é a abstenção do fazer ou deixar de fazê-lo.

Ambas estão sujeitas à vontade, mesmo quando incidem na culpa, pois esta é a falta de atenção e acha-se sob o domínio daquela.

Ao Direito Penal só desperta interesse quando tal ação ou omissão resulta em descumprimento de um dever jurídico ou se opõe a norma legal.

Como salienta Fragoso (1993, p.149):

A ação integra-se através de um comportamento exterior, objetivamente, e, subjetivamente, através do conteúdo psicológico desse comportamento, que é a vontade dirigida a um fim. Compreende a representação ou antecipação mental do resultado a ser alcançado, a escolha dos meios e a consideração dos efeitos concomitantes ou necessários e o movimento corporal dirigido ao fim proposto.

Para caracterização da ação não basta a simples voluntariedade, pois ninguém pratica crime somente pelo pensamento ou desejo de realizar uma conduta punível. A ação necessita, para se configurar, de ato voluntário dirigido a um fim específico.

1.4.1.1 Teoria causal-naturalista da ação

O conceito causal foi desenvolvido por Liszt e Beling, no final do século XIX, e fundamentado minuciosamente por Radbruch. (BITENCOURT, 2006, p. 271)

Para Liszt, a ação consiste numa manifestação de vontade que modifica o mundo exterior. (BITENCOURT, 2006, p. 271)

Em termos mais sintetizados, a ação como um movimento corporal voluntário que causa uma mudança no mundo exterior. Sendo três os elementos da ação: manifestação de vontade, o resultado e a relação de causalidade. Afastando desse conceito o conteúdo da vontade, que é deslocado para a culpabilidade (dolo ou culpa). (BITENCOURT, 2006, p.271)

A teoria causalista aprecia a conduta como uma atuação voluntária no mundo exterior, que consiste em fazer ou não. Contudo, é uma técnica mecânico, muscular e voluntária, em que se dispensa o fim a que essa vontade se dirige. (MIRABETE, 2004, p.102)

Segundo Damásio (2002, p. 230):

Nessa teoria a conduta é caracterizada como simples comportamento, sem apreciação sobre a sua ilicitude ou reprovabilidade. É denominada naturalista ou naturalística porque incorpora as leis da natureza no Direito Penal. Nos termos desta teoria, a conduta é um puro fator de causalidade. Daí também chamar-se *causal*. Para ela a conduta é o efeito da vontade e a causa do resultado. A vontade é causado comportamento e este, por sua vez, é causa do resultado. Tudo gira em torno do nexos de causalidade: vontade, conduta e resultado. A vontade é causa do comportamento e este, por sua vez, é causa do resultado.

É errado distinguir a conduta em duas partes, quais sejam, processo causal exterior e conteúdo subjetivo da vontade. (DAMÁSIO, 2002, p. 231)

Capez (2001, p.99) exemplifica:

Desse modo, por exemplo, um sujeito estivesse conduzindo seu veículo com absoluta prudência, em via pública, e, sem que se pudesse esperar ou prever, um suicida se precipitasse sob as rodas de seu carro, vindo, em consequência, a falecer, para a teoria naturalista, o motorista, que não quis matar a vítima, nem teve culpa nessa morte, cometeu um homicídio, ficando a análise do dolo e da culpa para um momento posterior, na aferição da culpabilidade.

Quer dizer, o dolo e a culpa são irrelevantes para o ajustamento típico da conduta. Bastando, assim, a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado para configurar-se o crime.

Esta teoria se fundamenta nas leis das ciências naturais. Porém, o Direito Penal existe para proibir condutas no meio social. Desse modo, seus postulados não devem sofrer a incidência exclusiva dos princípios naturais, pois sendo o delito um fenômeno social, as normas que o regem devem ser baseadas em princípios sociológicos, baseados na convivência social.

O conceito naturalista mostra claramente a influência da filosofia positivista, cujas idéias queriam implantar, para a área das ciências humanas, as leis da ciência da natureza. (CAPEZ, 2001, p. 98)

Contudo, a evolução deste conceito não percorreu o trajeto esperado, mas consistiu, principalmente, em adicionar-lhe a intencionalidade.

Com o descobrimento de elementos subjetivos na antijuridicidade e o reconhecimento que na tentativa o dolo é elemento subjetivo do injusto, desintegra-se o sistema clássico. Não se pode afirmar que na consumação o dolo é elemento da culpabilidade e na tentativa pertence ao injusto. O que também enfrentou dificuldades nos crimes culposos.

Severas críticas de Welzel foram feitas a esta teoria, pois para ele o conteúdo da vontade foi transformado pelos naturalistas em simples imitação do processo causal externo na alma do sujeito. Além disso, ela peca em relação à tentativa quando afirma que o conteúdo da vontade não pertence a ação, sendo que esta é somente causa do resultado. Porém, para que haja tentativa de determinado delito é preciso concluir que houve uma conduta tendente a praticar determinado resultado, ou seja, o sujeito desejou produzir certo evento, não alcançando por circunstâncias alheias a sua vontade. (DAMÁSIO, 2002, p. 232)

Não há como admitir que as ações humanas sejam desprovidas de vontade, equiparando-as a reações autômatas.

A teoria causal da ação foi acolhida em diversos países, porém, abandonada pela dogmática alemã, criticada pela sua impossível aplicação à omissão.

Com a compreensão, que nos crimes culposos, o decisivo é o desvalor da ação, acabou sendo superada.

1.4.1.1.2 Teoria finalista da ação

Esta teoria tem por mérito superar a separação dos aspectos objetivos e subjetivos da ação.

Para elaboração da teoria finalista da ação Welzel entendeu a ação, como já conceituada por Puffendorf, como sendo a ação humana dirigida pelo intelecto e pela vontade. (BITENCOURT, 2006, p. 273)

A doutrina penal, mesmo antes de Welzel, percebeu que a teoria causal da ação era hesitante, pois, como já dito, não diferenciava a ação de uma lesão culposa da dolosa. O problema está no desvalor do resultado que não constitui elemento diversificador. É o desvalor da ação que torna a conduta criminosa dolosa sujeita a aplicação de pena mais severa do que na culposa. (CAPEZ, 2001, p. 101)

Foi aqui onde se descobriu o elemento subjetivo do injusto, que é a finalidade de se comportar de modo contrário ao sentimento social de justiça.

Também se percebeu que a finalidade não poderia ser separada da conduta, porque sem um exame da finalidade da vontade não há como se saber se o fato é típico ou não. Distinguindo-se, assim, a finalidade da causalidade, para concluir que não há conduta típica sem finalidade e vontade, e que o dolo e a culpa são inseparáveis desta.

A finalidade da ação do homem pode prever as conseqüências de sua conduta. Assim, dirigi-se a produzir efeitos determinados.

Verifica-se em Capez (2001, p.103):

Não se pode mais considerar a existência de crimes ignorando-se totalmente a vontade, como se as pessoas não fossem dotadas de razão e livre-arbítrio e como se todos os resultados, *a priori*, fossem idênticos. Não existe conduta relevante para o Direito Penal se não for animada pela vontade humana.

Damásio (2002, p.234) traz um exemplo:

Dá a diferença entre um homicídio e um raio mortal. No homicídio há uma série de condutas humanas tendentes à produção do resultado morte da vítima: compra da arma, escolha do local, emboscada, pontaria e disparo; no raio mortal o resultado morte é efeito cego dos componentes causais dispostos pela natureza. Por isso, a vontade finalista pertence à ação, quer dizer, aquilo que os mecanicistas chamam de conteúdo da vontade, que corresponde à vontade tendente à produção de determinado fim, pertence à conduta, primeiro elemento do fato típico.

Para Welzel a ação humana é exercício final. A ação é um acontecer final e não basicamente causal. A finalidade apoia-se em que o homem, pode prever, dentro de certos limites, os resultados prováveis de sua conduta. Em razão desse saber pode dirigir seus atos de tal forma que guie o acontecimento final. A atividade final é dirigida conscientemente a um fim. (BITENCOURT, 2006, p. 274)

Mirabete (2004, p.103) dispõe:

Assim, para os finalistas, na hipótese de ter o agente premido o gatilho voluntariamente, efetuando o disparo e atingindo outra pessoa que vem a morrer, somente terá praticado um fato típico se tinha como fim esse resultado ou se assumiu conscientemente o risco de produzi-lo (homicídio doloso) ou se não tomou as cautelas necessárias ao manejar a arma para dispará-la, limpá-la etc.(homicídio culposo). Não haveria fato típico se o agente, por exemplo, com as cautelas exigíveis, estivesse praticado tiro ao alvo, vindo a atingir uma pessoa que se escondera atrás do alvo por estar sendo perseguida por um desafeto.

Em conseqüência o dolo é retirado da culpabilidade e passa a integrar a conduta.

Nosso ordenamento legal adotou a teoria finalista. O Código Penal também seguiu tal orientação, incorporando a vontade e a finalidade na conduta.

Foi assim que, no artigo 18, I e II do Código Penal, reconheceu o crime como doloso e culposo, ou seja, a nossa legislação desconhece crime que não tenha tais características. (CAPEZ, 2001, p.104)

Desta maneira, não interessa para o Direito Penal os resultados produzidos sem dolo ou culpa, de modo que só se consideram relevantes as condutas impelidas pela vontade.

1.4.1.1.3 Teoria social da ação

Para os seguidores desta teoria a noção finalista é insuficiente, porque não leva em consideração o aspecto social do comportamento humano.

Deste modo, o direito Penal só deveria cuidar de condutas que produzam resultados típicos de relevância social.

Além de o agente praticar um fato típico, é necessário que queira comportar-se de modo inadequado socialmente, produzindo um fato de relevância social.

Conforme Capez (2001, p.105) essa teoria conceitua a ação como a causação de um resultado típico socialmente relevante.

Para Mirabete (2004, p.103-104):

Como o Direito Penal só comina pena às condutas socialmente danosas e como socialmente relevante é toda conduta que afeta a relação a do indivíduo para com seu meio, sem relevância social não há relevância

jurídico-penal. Só haverá fato típico, portanto, segundo a relevância social da ação.

A teoria social da ação, para Damásio (2002, p.233) prevê:

O conceito de ação, tratando-se de um comportamento praticado no meio social, deve ser valorado por padrões sociais. Assim, ação é a realização de um resultado socialmente relevante, questionado pelos requisitos do Direito e não pelas leis da natureza. Diante disso, ação nada mais é que a causação de um resultado, não importando qual. O conteúdo da vontade, em que se perquire qual o resultado visado pelo agente, não pertence a ação, mas à culpabilidade. É suficiente, na vontade da ação, que o agente tenha querido *alguma coisa*. O problema referente *àquilo* que ele quis pertence à culpabilidade.

Mesmo se o comportamento for típico (objetiva e subjetivamente), todavia não confronte com o sentimento de justiça, não se poderá considerá-lo como relevante ao Direito Penal.

Essa teoria também implicou em certas críticas, pois se uma ação considerada como criminosa pelo legislador passa a ser atípica perante a sociedade, terá o juiz que considerá-la atípica pelo simples fato de não ter se enquadrado na inadequação social? Não, pelo simples fato que o nosso direito encontra-se hierarquicamente superior aos costumes. O costume, ainda que *contra legem*, não revoga a lei em nosso sistema. (CAPEZ, 2001, p. 106)

Ainda porque, dá muito importância ao desvalor do resultado, quando o importante é o desvalor da conduta. No caso se uma ação é a causa de um resultado importante no mundo social, então não fará distinção se o crime for doloso ou culposos, já que o efeito será idêntico nos dois casos.

Aspirando ir além da noção finalista, ao privilegiar o resultado, perdeu sua essência e retornou a teoria naturalista, hoje tão criticada. Portanto preferível a orientação finalista, que, por falar nisso, foi adotada pelo nosso Código Penal.

1.4.2 Resultado

Para que o crime exista não basta apenas a conduta. Como já vimos, o segundo elemento do fato típico é o resultado. Este é a modificação provocada pelo comportamento humano voluntário no mundo exterior.

Damásio (2002, p.243) ressalta “é certo que a própria conduta já constitui modificação do mundo exterior. Todavia, o resultado é a transformação operada por ela, é o seu efeito, dela se distinguindo.”

Para Fragoso (1993, p.168):

Entende-se por resultado o efeito natural da ação que configura a conduta típica, ou seja, o fato tipicamente relevante produzido no mundo exterior pelo movimento corpóreo do agente e a ele ligado por relação de causalidade.

Mirabete (2004, p.110) exemplifica o resultado como sendo a morte da vítima (no homicídio), a destruição, inutilização ou deterioração da coisa (no dano), entre outros.

Contudo, em certos crimes previstos pelo legislador, os chamados crimes de mera conduta, não há uma modificação no mundo exterior, tal é o caso da violação de domicílio, da injúria oral. Todavia, o artigo 13 do código Penal dispõe que para a existência do crime é necessário resultado. Desta maneira, para Mirabete (2004, p.110), deve-se buscar um conceito jurídico ou normativo de resultado, para evitar tal incompatibilidade com os artigos que descrevem comportamentos que não produziram uma modificação exterior.

Ainda, para este autor (2004, p.110):

Resultado deve ser entendido como lesão ou perigo de lesão de um interesse protegido pela norma penal. Como todos os crimes ocasionam lesão ou, ao menos, perigo ao bem jurídico tutelado, harmonizam-se os dispositivos legais.

Dois teorias ganharam destaque na abordagem do conceito de resultado: a normativa e a naturalística. A primeira conceitua o resultado como uma lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Enquanto que a segunda, o caracteriza como uma modificação provocada no mundo exterior. (CAPEZ, 2001, p. 120)

Capez ensina (2001, p.120):

[...] Nem todo crime possui resultado naturalístico, uma vez que há infrações penais que não produzem qualquer alteração no mundo natural [...]

No crime material a consumação só ocorre com a produção do resultado naturalístico; no formal ele se consuma independentemente deste resultado; já no de mera conduta não admite tal resultado, pois não produz nenhuma modificação no mundo exterior. (CAPEZ, 2001, p.120)

1.4.3 Nexo causal

Disciplinado no artigo 13 do nosso Código Penal, dispõe que o crime depende do resultado, sendo que este só é imputável a quem lhe deu causa. Considerando-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria sido alcançado.

Para haver fato típico é necessária a existência do nexos causal entre a conduta e o resultado, ou seja, a conexão, a ligação entre um e outro.

Deve existir sempre, para Mirabete (2004, p.112), o nexos causal para a atribuição de uma conduta típica ao agente. Sem ele, não há que se falar em responsabilidade penal.

A responsabilização do agente pelo resultado não poderá ser efetivada quando houver dúvida em relação a existência do nexos causal.

No caso da omissão, o agente responderá pelo resultado não porque o causou, mas porque não agiu para impedi-lo.

1.4.4 Tipicidade

É o enquadramento do fato ao tipo penal.

Noronha (1999, p.99):

Para ser crime, é mister ser típica a ação, isto é, deve a atuação do sujeito ativo de delito ter tipicidade. Atuar tipicamente é agir de acordo com o tipo. Este é a descrição da conduta humana feita pela lei e correspondente ao crime. Na sua integralidade, compõe-se do núcleo, designado por um verbo (matar, subtrair, seduzir); de referência ao sujeito ativo, isto é, condições ou qualidades que se devem encontrar no agente (militar, funcionário público), ao sujeito passivo (Estado, mãe, filho, menor), ao objeto material (coisa móvel, documento, selo), que freqüentemente se confunde com o sujeito passivo, v.g, no homicídio, em que o homem é sujeito passivo e objeto material, referências não raras encontramos, ainda, ao tempo, ocasião e meios empregados.

A tipicidade é definida como sendo a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição da infração contida na lei penal incriminadora. (DAMÁSIO, 2002, p.260)

Se o fato não se enquadra no tipo penal, não há que se falar em crime, muito menos dizer que há crime se não há lei anterior que o defina (*nullum crime sine lege*).

A concepção que mais se adapta à prática penal é aquela em que a tipicidade é indício da antijuridicidade.

Para se punir o agente do delito não basta apenas a ação e a tipicidade, tal fato deve também ser antijurídico.

1.5 Antijurídico

A ação será considerada antijurídica ou ilícita quando for contrária ao direito, ou seja, ao que dispõe a lei. É a contrariedade da conduta do sujeito ativo com o ordenamento jurídico.

Ocorre que o conceito de antijuridicidade ou, como a maioria dos autores chamam, ilicitude se dá por exclusões, isto é, pelo fato de existirem algumas excludentes. Assim, o fato

só será antijurídico se não estiver respaldado pelas causas justificativas, como dispõe o artigo 23 do Código Penal.

As causas excludentes da ilicitude são: a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito.

Assim, segundo Noronha (1999, p. 101), se um homem mata outro em legítima defesa, realiza tipicamente um homicídio, porém não há crime, por inexistir ilicitude, em face do artigo 23, II, do Código Penal.

O ordenamento jurídico não prevê apenas proibições, mas permite certas condutas, em regra proibidas sob ameaça de pena. Não basta por si só a realização da conduta típica para determinar a tipicidade. É necessário examinar se tal conduta não está amparada por uma norma permissiva, que excluiria, portanto, a antijuridicidade. Exemplifica, por fim, que a ação de matar alguém só será antijurídica se não houver uma excludente, como, por exemplo, a legítima defesa. (FRAGOSO, 1993, p.181)

CAPÍTULO II – CULPABILIDADE

Conforme já aduzido, no presente trabalho, adotou-se a teoria finalista da ação. Segundo tal teoria o conceito formal de crime é composto pelo fato típico e pela ilicitude (ou antijuridicidade), enquanto que a culpabilidade é mero pressuposto para aplicação da pena.

Como já disse e Damásio (2002, 156) confirma que a culpabilidade não é requisito do crime, funcionando como condição de imposição da pena.

Capez (2001, 250) conceitua:

Quando se diz que `Fulano` foi o grande culpado pelo fracasso de sua equipe ou de sua empresa, está atribuindo-se-lhe um conceito negativo de reprovação. A culpabilidade é exatamente isso, ou seja, a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal. Por essa razão, costuma ser definida como juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito. Não se trata de elemento do crime, mas pressuposto para imposição de pena, porque, sendo um juízo de valor sobre o autor de uma infração penal, não se concebe possa, ao mesmo tempo, estar dentro do crime, como seu elemento, e fora, como juízo externo de valor do agente.

Para Mirabete (1999, 103) trata-se de elemento subjetivo do delito.

A culpabilidade é um dos pontos centrais da ciência jurídico-penal. Sendo esta um conceito dogmático, requer justificativas em relação ao por que e para quê da pena.

A moderna dogmática da culpabilidade procura especificar o conceito de poder geral nos fins da pena.

Em Direito Penal, ao conceito de culpabilidade é atribuído um triplo sentido.

De acordo com Bitencourt (2006, 408) em primeiro lugar, a culpabilidade (fundamento da pena), refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação da pena ao agente de um fato típico e antijurídico. Para isso, exige-se a presença da capacidade de culpabilidade, da consciência da ilicitude e da exigibilidade desta conduta, que são elementos positivos do conceito dogmático da culpabilidade. A ausência de um deles impede a aplicação da pena. Em segundo lugar, como elemento da determinação da pena, a culpabilidade não funciona como fundamento, mas como limite da pena, impedindo que esta seja imposta a mais ou a menos da medida prevista, ligada, é claro, a outros critérios. Por fim, a culpabilidade como conceito contrário à responsabilidade objetiva. Nesse caso, ninguém responderá por um resultado que não poderia se prever, isso se não houver obrado com dolo ou culpa.

O doutrinador Bitencourt (2006, p. 408) não aceita o entendimento dominante na doutrina brasileira, segundo o qual a culpabilidade é tratada como um pressuposto da pena.

Acredita que sendo a sanção consequência jurídica do crime, este, com todos os seus elementos, é pressuposto daquela.

A culpabilidade é composta pela imputabilidade, pela exigibilidade de conduta diversa e pela potencial consciência da ilicitude.

No tocante a imputabilidade, para Capez (2001, pg. 258) é a capacidade do agente de entender o caráter antijurídico do fato e de agir de acordo com esse entendimento. Desse modo, deve possuir condições físicas, psíquicas, morais e mentais para saber que está praticando um crime. Além disso, deve possuir capacidade de controle sobre suas vontades.

Capez (2001, pg. 258) conceitua:

A imputabilidade apresenta, assim, um aspecto intelectual, consistente na capacidade de entendimento, e outro volitivo, que é a faculdade de controlar e comandar a própria vontade. Faltando um desses elementos, o agente não será considerado responsável pelos seus atos.

Ainda exemplifica:

Um dependente de drogas tem plena capacidade para entender o caráter ilícito do furto que pratica, mas não consegue controlar o invencível impulso de continuar a consumir a substância psicotrópica, razão pela qual é impelido a obter recursos financeiros para adquirir o entorpecente, tornando-se um escravo de sua vontade, sem liberdade de auto-determinação e comando sobre a própria vontade, não podendo, por essa razão, submeter-se ao juízo de censurabilidade.

Segundo Noronha (1999, pg. 164):

A imputabilidade é o conjunto de requisitos pessoais que conferem ao indivíduo capacidade, para que, juridicamente, lhe possa ser atribuído um fato delituoso.

A imputabilidade tem por fundamento a vontade humana, livre e consciente. A doutrina tem concepção dominante ao ver a imputabilidade como capacidade de querer e entender.

Esta deve existir no momento da prática do delito, assim como prevê o artigo 26, *caput*, do Código Penal, “ao tempo da ação ou omissão”.

É válido lembrar que a imputabilidade não se confunde com a responsabilidade penal, pois esta corresponde às consequências jurídicas decorrentes da prática de um delito. Como bem descreve Noronha (1999, pg.164):

Responsabilidade é a obrigação que alguém tem de arcar com as consequências jurídicas do crime. É o dever que tem a pessoa de prestar contas de seu ato. Ela depende da imputabilidade do indivíduo, pois não pode sofrer as consequências do fato criminoso (ser responsabilizado) senão o que tem a consciência de sua antijuridicidade e quer executá-lo (ser imputável).

Na exigibilidade de conduta diversa encontra-se a expectativa da sociedade de uma conduta contrária daquela que foi adotada pelo indivíduo. Somente haverá essa exigibilidade se, no caso concreto, podia esperar do agente uma atuação diferente.

Esta exigibilidade está fundada no princípio de que só podem ser punidas as condutas que poderiam ser evitadas.

Para Mirabete (2002, pg. 197) é necessário que, nas circunstâncias do fato, fosse possível exigir do indivíduo conduta diversa daquela que praticou, pois há circunstâncias ou motivos pessoais que tornam inexigível tal diversidade de conduta.

A potencial consciência da ilicitude se caracteriza pela possibilidade de conhecimento do sujeito sobre a antijuridicidade de seu ato, para se evitar abusos, pois qualquer um poderia alegar o desconhecimento do caráter injusto do fato. De tal forma que, para Capez (2001, pg. 274) deve-se investigar se ao praticar o ilícito o sujeito tinha possibilidade de saber que fazia algo errado, de acordo com o meio social em que vive, os costumes locais, seu nível intelectual, entre outros fatores.

Atualmente é praticamente impossível a alegação de exclusão da culpabilidade por essa razão nos casos de homicídio.

2.1 Teorias da Culpabilidade

Para maior entendimento da evolução deste conceito faz-se uma explanação a respeito das três teorias que dominam este ramo. Todas elas disputam a primazia na formulação do conceito da culpabilidade.

2.1.1 Teoria Psicológica da Culpabilidade

Preconizada por Von Liszt e Beling, refletia a situação dogmática da Alemanha por volta de 1900. (CAPEZ, 2001, p. 255)

Fundamenta-se no positivismo do século XIX e tem estrita correspondência com o naturalismo-causalista. Von Liszt reduz a ação a um impulso voluntário. Assim, a culpabilidade é a responsabilidade do agente pelo fato ilícito que realizou, ou, ainda, a relação psicológica entre o agente e a ação da qual surge um evento querido ou não, ainda que não previsto, mas provável. (BITENCOURT, 2006, p. 417)

Caracteriza a culpabilidade como sendo o vínculo psicológico entre a conduta e o resultado por meio do dolo ou da culpa, que passam a constituir as duas únicas espécies da culpabilidade. Somente admitia como pressuposto a imputabilidade, entendida como

capacidade de ser culpável. Tal concepção partia da diferenciação entre a parte exterior do ilícito, qual seja, a tipicidade e a antijuridicidade, e sua parte interior representada pela culpabilidade.

Damásio (2002, p. 460) ensina que aqui a culpabilidade tem por fundamento a teoria causal ou naturalística da ação. Sendo o dolo caracterizado pela intenção de produzir o resultado e, a culpa, por não haver essa intenção de produzi-lo.

Conforme Mirabete (2002, 195) para a teoria psicológica a culpabilidade reside em uma ligação psíquica entre o sujeito e o fato criminoso. Sendo que, dolo e culpa, seriam as formas da culpabilidade.

A conduta é vista como simples motivação do resultado.

Noronha (1999, p. 103) aduz que esta teoria exaure-se no dolo e na culpa. Nesse caso, culpável seria o agente que consciente e inadvertidamente pratica a ação vedada pelo Direito.

Na concepção original desta teoria a culpabilidade só poderia ser afastada se presentes causas que eliminassem o vínculo psicológico. Tais causas seriam: o erro ou a coação. O erro eliminaria o elemento intelectual enquanto que a coação suprimiria o dolo.

A teoria psicológica foi dominante durante o século XIX, quando foi superada pela teoria normativa ou psicológico-normativa. Tudo isto por sua insuficiência conceitual dogmática, diante da culpa inconsciente, da omissão e das causas de exculpação.

Segundo Capez (2001, p. 255) as principais críticas que essa teoria sofreu foram que nela não se encontra explicação para a isenção de pena nos casos de coação moral irresistível a ordem não manifestamente ilegal em que o agente imputável age com dolo; por ser normativa, a culpa não poderia integrar a culpabilidade psicológica como psíquica; a partir da descoberta de Mezger comprovou-se que o dolo não pertence à culpabilidade, mas sim à conduta.

Damásio (2002, p. 458) reafirma “o erro desta doutrina consiste em reunir, como espécies de culpabilidade, fenômenos completamente diferentes: dolo e culpa”.

Inevitável, assim, o surgimento de um conceito integral da culpabilidade, chamada por alguns de psicológico-normativa, em razão de conservar elementos de natureza psicológica.

2.1.2 Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade

A partir da descoberta dos elementos normativos e subjetivos do tipo, o sistema naturalista de Liszt e Beling sofreu enorme abalo.

Foi em 1907 que Reinhard Frank criou a teoria psicológica-normativa da culpabilidade, conceituando a culpabilidade como reprovabilidade, sem afastar o dolo e a culpa. Frank foi o primeiro a advertir a necessidade de não esgotar o conteúdo da culpabilidade apenas no dolo e na culpa, pois esta também precisava ser censurável. (BITENCOURT, 2006, p. 420)

Damásio (2002, 460) demonstra que:

Frank, em 1907, com fundamento no disposto no antigo artigo 54 do CP alemão, que tratava do estado de necessidade inculpável, analisando o fato da tábua de salvação, percebeu que existem condutas dolosas não culpáveis. O sujeito que mata em estado necessário age dolosamente. Sua conduta, porém, não é culpável, uma vez que, diante da inexigibilidade de outro comportamento, não se torna reprovável.

Assim, chega-se a conclusão que tanto nos casos dolosos como nos culposos o elemento que caracteriza a culpabilidade é a reprovação.

Outro autor determinante para a teoria foi James Goldschmidt (1930).

Essa concepção vê a culpabilidade como um juízo de valorização a respeito do agente, e não mais como o vínculo entre este e o fato. Tal juízo é emitido pela ordem jurídica.

Ambicionou uma elucidação lógica para situações como a coação moral irresistível, em que o agente dá causa ao resultado agindo com dolo ou culpa, mas não pode ser punido. Obteve, assim, os seguintes pressupostos da culpabilidade: a imputabilidade; o dolo e a culpa; e a exigibilidade de conduta diversa.

Há uma censura que recai sobre o sujeito que pratica o fato típico ou ilícito, condicionando-se a tais elementos.

O dolo agora como elemento psicológico-normativo é constituído de vontade, previsão e consciência da ilicitude, ou seja, teria que ter a percepção que tal ato era contrário ao ordenamento jurídico.

Capez (2001, p. 256) exemplifica:

Algo parecido com uma pessoa que conviveu toda a sua existência com traficantes de drogas e, por essa razão, vende cocaína como se fosse uma mercadoria qualquer. Para essa teoria não há dolo nessa conduta.

A principal crítica feita a essa teoria foi o fato de ela ignorar que o dolo e a culpa fazem parte da conduta e não da culpabilidade.

2.1.3 Teoria Normativa Pura da Culpabilidade

Nasceu na década de 30 com a teoria finalista da ação. Teve como precursores Hartmann, Grafzu Dohna e Welzel. Também chamada de teoria extrema ou estrita para alguns, enquanto que outros doutrinadores as consideram distintas. (CAPEZ, 2001, p. 256)

Welzel percebeu que o dolo não poderia continuar adstrito a culpabilidade, pois deixaria a ação humana sem seu elemento característico, que é a intencionalidade.

Damásio (2002, p. 462) acrescenta que a culpabilidade, nesta concepção, não possui nenhum elemento psicológico, é puramente valorativo.

Passando o dolo e a culpa a serem integrantes da conduta, a culpabilidade passa a ser puro juízo de reprovação. Assim, como pressupostos passa a ter apenas a imputabilidade e a exigibilidade de conduta diversa.

É válido ressaltar que o dolo transferido para a conduta é o natural, composto apenas da vontade e consciência. A consciência da ilicitude destaca-se deste e passa a constituir a culpabilidade como elemento autônomo.

Capez (2001, p. 257) exemplifica “a culpabilidade não será excluída se o agente, a despeito de não saber que sua conduta era errada, injusta, tinha totais condições de sabê-lo”.

Dessa forma, a culpabilidade para a teoria normativa pura e para a finalista é integrada pela imputabilidade; pela potencial consciência da ilicitude; e pela exigibilidade de conduta diversa.

2.2 Excludentes da Culpabilidade

Já citamos que além do fato ser típico e antijurídico, deve ainda, para a aplicação da pena, ser culpável. Sem a culpabilidade não há que se falar em sanção.

A lei prevê algumas causas que excluem a culpabilidade pela ausência de um de seus elementos, quais sejam, imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude. Porém, existe uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade que é a inexigibilidade de conduta diversa.

Excluirá a imputabilidade a doença mental, desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento mental retardado e, a embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior previsto no artigo 26 do Código Penal vigente. Sendo que os menores de 18 anos são inimputáveis, de acordo com o artigo 27 do mesmo dispositivo, sujeitos à legislação especial, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

É importante lembrar que não será excluída a imputabilidade nos casos de: emoção ou paixão e a embriaguez voluntária ou culposa. Porém, no primeiro caso será atenuante de acordo com o artigo 65, III, c, do CP.

Já a segunda, ou seja, as causas que levam à exclusão da exigibilidade de conduta diversa são previstas na lei a coação moral irresistível e a obediência hierárquica.

Tal coação pode ser física ou moral, resistível (o coato tem condições de resistir) ou irresistível (não há condições de resistir). As conseqüências da coação são três: pode haver atipicidade do fato (coação física); exclusão da culpabilidade (coação moral irresistível) e; mera atenuação da pena (coação moral resistível). Neste caso será excludente da culpabilidade apenas a coação moral irresistível.

No caso da obediência hierárquica esta é definida por Capez (2001, pg. 276) como:

É a obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, tornando viciada a vontade do subordinado e afastando a exigência de conduta diversa.

Conforme estabelece o Código Penal somente será punido o autor da ordem.

Apesar da nossa legislação prever apenas essas duas modalidades de exclusão da culpabilidade, por mais prudente que seja o legislador, não há como prever todos os casos em que a inexigibilidade de outra conduta deva excluir a culpabilidade, assim não podemos nos restringir apenas as estas previstas na legislação.(LANA, 2008)

Nesse sentido Lana (2008) “É possível, assim, a existência de um fato, não previsto pelo legislador, que apresente todos os requisitos do princípio da não exigibilidade de comportamento lícito”.

Ainda conclui Lana (2008) “Nessa esteira, seria correto condenar uma pessoa por que o fato não foi previsto pelo legislador? Se a conduta do agente não é culpável, por ser inexigível conduta diversa, a punição é injusta”.

Exemplifica Lana (2008):

A inexigibilidade de conduta diversa aparece nos crimes de apropriação indébita previdenciária, de maneira clara e incontroversa, nos casos em que as dificuldades financeiras suportadas pela pessoa jurídica são de tal monta elevadas que na há como o agente cumprir com todas as suas obrigações tributárias. É imprescindível, por essa razão, verificar em que circunstância deu-se a omissão do recolhimento, já que uma coisa é devedor inadimplente, outra bem distinta é o devedor criminoso. Cuidando-se de um empresário de suas obrigações, mas que, momentaneamente, deixou de honrar com seus compromissos por circunstâncias adversas imprevisíveis, não há como ocorrer à responsabilização criminal.

Apesar de diversos doutrinadores e julgados questionarem sobre esta causa supralegal, alegando que, no caso de quesitação no Tribunal do Júri, esta não poderia ser quesitada, pois somente as causas previstas em lei, de acordo com o artigo 484, III, do Código de Processo Penal. De outro lado, a maioria da doutrina pátria, reconhece essa causa supralegal como excludente da culpabilidade, entendendo, assim, que deve-se ler no referido artigo `ordenamento jurídico-penal´ e vez de `por lei´, como é o texto atual.(LACERDA)

Enquanto que a terceira, potencial consciência da ilicitude, poderá ser excluída no caso em que presente as discriminantes putativas ou erro de proibição inevitável e, atenuada a pena quando observar-se estar o agente em erro de proibição evitável.

As discriminantes putativas são aquelas causas justificantes que somente existem na imaginação do indivíduo que, age erroneamente, supondo estar acobertado por uma excludente de criminalidade que, se no caso existisse, tornaria sua conduta lícita.

Adiante analisa-se a excludente erro de proibição, núcleo principal deste trabalho.

2.3 Erro

A ciência jurídica, de modo específico a penal, zela pelos acontecimentos humanos, sendo o erro parte do cotidiano do homem, deve aquela ocupar-se deste.

A palavra erro é derivada do latim “*error*”. Erro é a falsa representação da realidade, o engano ou equívoco.

Para Costa Júnior (1986, p. 181-182):

Para muitos, o erro compreende a ignorância, por considerarem a ignorância como `um erro total, enquanto o erro é uma ignorância parcial´ (Maggiore). Entendemos, porém, que ignorância e erro exprimem conceitos diversos. Ignorar é não saber; errar é saber mal. A ignorância configura uns estados negativos, que é a ausência total de qualquer conhecimento. O erro, pelo contrario, é um estado positivo: o agente conhece, mas de forma errônea. Erro, portanto, é a falsa noção.

O erro diverge da ignorância, pois esta é o desconhecimento total do objeto, ou seja, é um estado negativo como afirmam os doutrinadores, enquanto que aquele é o equivocado conhecimento de um objeto, estado positivo. Entretanto, na ciência jurídica, tais teses diferenciadoras não prosperam, predomina a tese unificadora.

Deste modo, Munhoz Neto (1978, p.3) ensina:

Ao direito, contudo, não interessam a ignorância e o erro em seu estado puro, como meras situações cognoscitivas, mas como estados intelectivos que se refletem na vontade da ação. Bem diferente é o erro do pensador, que permanece no campo da *cogitatio*, do erro do homem que age e traduz o seu defeito intelectual na *praxis*. Pode-se falar nestas hipóteses de uma ignorância e de um erro ativo. Isto posto, erro e ignorância delineiam-se

como uma inexata relação da consciência com a realidade objetiva. Em substância, um e outro constituem estados de desconformidade cognoscitiva. Não há, por isso mesmo, inconveniente em unificar – no terreno jurídico – os dois conceitos, dada a identidade das conseqüências que produzem: incidem sobre o processo formativo da vontade, viciando-lhe o elemento intelectual, ao induzir o sujeito a querer coisa diversa da que teria querido, se houvesse conhecido a realidade.

Quando o Código Penal, em seus artigos 20, caput e 21, fazem menção ao erro, estão também se referindo à ignorância. O erro resulta de uma ausência ou falha de raciocínio e, tal ato derivado deve ser estimado diferentemente do ato praticado com consciência e conhecimento.

Torna-se difícil saber onde, precisamente, é a posição do erro no sistema penal, tendo em vista a grande divergência dogmática. Todavia, o tema do erro está intimamente ligado com o problema do dolo, da culpa, da consciência da ilicitude e, todos juntos, ligam-se ao grande tema da culpabilidade jurídico-penal. Daí a importância de termos examinado a evolução do conceito da culpabilidade, ainda que sucintamente.

Conforme Mirabete (2002, p. 200):

Desde o Direito Romano, sempre se dividiu o erro em duas espécies: *o erro de fato*, que incide sobre o fato que constitui o crime; e *o erro de direito*, que se relaciona com a ignorância ou falsa interpretação da lei.

Noronha destaca (1999, p. 151):

Em trabalho ofertado ao Eg. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, ao qual pertence, o jurista Ricardo Andreucci externou o seguinte ensinamento: Venceu-se o extremismo implícito entre o erro de fato e de direito, substituídos agora, pelo erro sobre os elementos objetivos da infração penal, vistos em seus dois aspectos, tipo e ilicitude, e, pois, dentro, definitivamente, da teoria do crime. O primeiro abrange o erro sobre o conteúdo, descritivo ou normativo, sem que o interprete tenha necessidade, para impedir injustiças, de usar recursos dogmaticamente incorretos, como o erro de direito extrapenal equiparado ao erro de fato. O segundo, sem invalidar o preceito de que o desconhecimento da lei é inescusável, mas reduzido, em síntese, ao erro quanto à vigência, abre possibilidades, entre outras, ao reconhecimento do erro de subsunção.

Segundo Eleutério (2006, p.40) o erro no Direito Penal possui varias conotações, variando, assim, em suas diversas modalidades como: erro de tipo essencial; erro sobre a pessoa; erro sobre o objeto etc. A ignorância pode existir não em relação ao tipo penal como um todo; mas em relação a um único ilícito previsto na lei penal.

A doutrina atual delimita dois tipos de erro: o erro de proibição e o erro de tipo.

O capítulo seguinte destringirá o erro de proibição e o distinguirá do erro de tip

Capítulo III – Erro de Proibição

3.1 Erro de Proibição nos Códigos Penais Brasileiros

Na época da descoberta do Brasil pelos portugueses, não foi elaborada imediatamente uma legislação brasileira porque éramos colônia de Portugal, estando assim subordinados a eles, então a legislação que vigorava era a dos portugueses, que naquela época era regida pelas Ordenações Afonsinas. Em 1512, estas foram substituídas pelas Manuelinas, logo após passou a vigorar o Código de Dom Sebastião e em 1603 entra em vigor as Ordenações Filipinas. (ELEUTÉRIO, 2006, p.45)

Estas Ordenações eram voltadas aos interesses da Igreja. Foi a última legislação portuguesa a vigorar no Brasil, sendo substituída em 1830 pelo primeiro Código Criminal brasileiro. (ELEUTÉRIO, 2006, p. 45)

Sempre foi questionado por alguns historiadores se os costumes dos índios que aqui viviam influenciariam as futuras legislações que passariam a vigorar no Brasil. Entretanto, chegou-se a conclusão que tais costumes, bem como a legislação que vigora entre estes povos, em nada influenciaram a futura legislação brasileira. Não significando que os modos de vida dos aborígenes não representassem uma organização social. (ELEUTÉRIO, 2006, p.46)

Os índios brasileiros formavam duas nações: os tupis e os tapuias. Os primeiros eram culturalmente superiores aos segundo, porém ambos conheciam o Brasil pelo nome de Pindorama.

Os crimes mais comuns eram de adultério, estupro, abuso sexual de menores, deserção da tribo. Havia ainda guerras entre as tribos inimigas que visavam o roubo, captura de prisioneiros, etc.

O Código Criminal do Império do Brasil de 1830 continha 313 artigos. O artigo 3º determinava que não haveria criminoso ou delinqüente sem má fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de o praticar. Apesar da aparente descrição rudimentar do tipo, este nosso primeiro Código Criminal foi considerado um dos melhores de sua época na America Latina. Todavia, não podia ser considerado como perfeito, pois o legislador só definia o crime doloso. (ELEUTÉRIO, 2006 p.48-49)

Desta forma, o sujeito que alegasse o desconhecimento do mal que estava praticando não responderia pela sua conduta.

Além de uma definição rústica de dolo, mesclou-se, por outro lado, com a atual concepção de erro de tipo essencial ao desprezar a culpa na expressão: “sem conhecimento do mal”.

É notório que a noção de erro de tipo ou erro de proibição era totalmente desconhecida naquela época, mas há de se convir que tal artigo dá o sopro inicial da concepção futura do erro de tipo essencial. Entretanto, o erro sobre a ilicitude do fato ainda não havia sido objeto de percepção.

Eleutério (2006, p.51) diz que infelizmente o novo Código, o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890, foi concebido às pressas devido à pressão política reinante com a chegada da República. Assim, os resultados obtidos foram desastrosos. Tal Código foi alvo de várias críticas em relação a erros gramaticais que levavam o intérprete a dupla interpretação da lei.

Composto de 412 artigos merece análise o seu artigo 24 de sua Parte Geral que dispunha: “as acções ou omissões contrárias a lei penal que não forem cometidas com intenção criminosa, ou não resultarem de negligencia, imprudência, ou imperícia, não serão passíveis de pena.”(ELEUTÉRIO, 2006, p. 51)

Tal dispositivo contempla a conduta dolosa e prevê, ainda, o crime culposos.

Em seu artigo 26 o legislador de forma inédita menciona a ignorância da lei penal. Trata-se de espécie de erro de proibição, que é o erro de vigência.

Conforme afirma Eleutério (2006, p. 54):

A ignorância da lei representa uma espécie de erro de proibição direto, ou seja, pela falta de consciência da ilicitude do fato que está praticando, o agente exerce uma conduta ignorando (por erro evitável ou inevitável, que deverá ser analisado no caso concreto) a existência de uma norma penal incriminadora, que determina que tal conduta é ilícita.

Assim, fica demonstrado que tal inovação contida no Código de 1890 trouxe uma questão polêmica que ainda é discutida pelos doutrinadores atuais, ou seja, a definição de ignorância da lei e desconhecimento da lei.

Encerradas as considerações do Código de 1890, passaremos à Consolidação das Leis Penais de 1932

Tal Consolidação segundo Eleutério (2006, p.57-59), obra do Desembargador Vicente Piragibe, surgiu tendo em vista as inúmeras leis que tentavam complementar o Código de 1890. Embora tenha alterado ou complementado várias disposições do Código Penal Republicano de 1890, não modificou as normas referentes ao Erro em Direito Penal.

O próximo Código é o Código Penal de 1940 composto por 370 artigos. Em sua Parte Geral, conforme aduz Eleutério (2006, p.59-60) normatizou duas modalidades de erro em Direito Penal: o erro de direito e o erro de fato. O erro de direito é previsto no artigo 16 que prevê: “a ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena.” Aqui o legislador

equipara as palavras ignorância ao erro para o fim de isenção de pena, porém os doutrinadores sempre as distinguiram. Adota o princípio jurídico *error juris nocet*, ou seja, o “erro de direito prejudica”. Assim, não pode o indivíduo alegar simplesmente que ignorava a existência da lei para ficar impune. Embora não exima o sujeito de pena, este pode ser beneficiado com uma diminuição desta, desde que tal ignorância ou percepção errônea da realidade seja inevitável

Eleutério (2006, p.64-65) destaca que na obra Comentários ao Código Penal de Fragoso e Hungria, estes já utilizavam a atual denominação “erro de proibição”, inclusive, defendiam a exclusão total da culpabilidade quando comprovada a ocorrência do erro sobre a ilicitude. Assim, vejamos:

O erro sobre a ilicitude (erro de proibição) deveria ter ampla ressonância sobre a culpabilidade, excluindo-a. Numa legislação moderna, que nesse sentido se orientasse, as limitações contidas na fórmula legal da inimizabilidade só teriam efetivamente relevância para o momento volitivo (capacidade de autogoverno em face da compreensão da ilicitude). Se o erro de proibição tivesse em nosso sistema de direito a amplitude que lhe conferem outras leis estrangeiras, teríamos exclusão da culpabilidade não só quando a incapacidade de entendimento resultasse de doença mental ou de desenvolvimento mental retardado, mas também, quando derivasse de qualquer outra causa. Nesse sentido poderíamos prever que a teoria do erro se projetará sobre a capacidade de culpa, com a ampla revisão que se processa nas legislações modernas quanto ao alcance do erro de direito. No regime de nosso vigente CP, admite-se, por uma ficção jurídica, a imputabilidade do ébrio, qualquer que seja a situação. É necessário conferir, em tal hipótese, ao erro, toda a sua relevância jurídica. Como ensina Aníbal Bruno, tem-se de admitir o “erro do ébrio, que subtrai coisa alheia, julgando, na embriaguez, que ela lhe seja própria ou o daquele que agride por considerar-se, na confusão da crise alcoólica, em situação de legítima defesa ou estado de necessidade.

A nova parte geral do Código Penal de 1940, conforme Eleutério (2006, p.67) adotou os mesmos princípios sustentados pela doutrina penal alemã, ou seja, o erro de proibição e o erro de tipo, que substituíram a ultrapassada dicotomia erro de direito e erro de fato.

No início da década de sessenta, como aduz Eleutério (2006, p.67-68), o Professor Nelson Hungria foi convidado a elaborar um anteprojeto para um novo Código Penal brasileiro, pois o de 1940 necessitava de adequações. Após ter passado por uma Comissão Revisora, transformou-se em Código Penal, entretanto nunca entrou em vigor. Este código previa o erro de direito e erro de fato diversas da versão original da Parte Geral do Código Penal de 1940. Neste, o erro de direito se caracterizava por atenuar ou substituir a pena do agente que por escusável ignorância ou errada compreensão supunha lícito o fato; por outro lado, no erro de fato o indivíduo estaria isento de pena, se praticasse ilícito supondo a

inexistência de circunstância de fato que constitui, ou seja, o erro o impede de compreender o delito ou de determinar-se, ou a existência de situação de fato que tornaria a ação legítima.

3.2 Erro de Proibição no Código Penal Atual

De acordo com o Código Penal atual em seu artigo 21, segunda parte, a falsa percepção da realidade, quando inevitável, isenta de pena o agente. Tal isenção justifica-se pelo fato de o agente desconhecer a conduta como aquela descrita em lei como fato típico e ilícito. Presume-se, neste caso, que tal indivíduo não tinha condições de saber da tipicidade da conduta, pois se soubesse não a teria praticado.

No entanto, quando o erro de proibição for evitável, ou seja, a conduta poderia ser evitada ou verificada como ilícita, o autor terá a pena diminuída de um sexto a um terço.

Delmanto explica (2007, p.87):

Esse artigo 21 trata do *erro sobre a ilicitude do fato*, mais conhecido como *erro de proibição*. É, pois, de uma causa que pode impossibilitar a compreensão da ilicitude (ou antijuridicidade) de que trata este artigo. Dispõe ele que, embora o desconhecimento formal da lei seja inescusável (indesculpável), o erro sobre a ilicitude do fato pode isentar de pena (se o engano for inevitável) ou diminuí-la (se tal erro podia ter sido evitado). Assim, fica estabelecido o chamado *erro sobre a ilicitude do fato* (ou *erro de proibição*), que ocorre quando o sujeito, embora agindo com vontade (dolosamente), atua por erro quanto à ilicitude de seu comportamento, que afeta, portanto, a reprovabilidade ou culpabilidade de sua conduta.

Não se pode alegar o desconhecimento da lei, pois esta é inescusável. Aqui o indivíduo desconhece a existência da própria lei penal, tratando-se de ignorância.

O doutrinador Noronha aduz (1999, p. 153):

Se fosse possível invocar como escusa a ignorância da lei, estaria seriamente embaraçada a ação social contra o crime, pois ter-se-ia criado para os malfeitores um pretexto elástico e dificilmente contestável. Impraticável seria, em grande número de casos, a prova contrária `exceção do réu, fundada na insciência da lei': sábias as palavras do Ministro Francisco Campos na sua Exposição de Motivos em 1940.

O descumprimento da lei não pode ter como fundamento a ignorância, pois como preceitua o artigo 3º da LICC, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Caso contrário, a eficácia da lei ficaria enfraquecida.

Segundo Eleutério (2006, p. 74):

O erro sobre a ilicitude do fato recai sobre o desconhecimento da norma penal proibitiva, isto é, o agente desconhece a existência do dispositivo legal (erro de proibição direto); ou por supor erroneamente estar acobertado por uma causa de justificação; ou por supor a existência de situação de fato que,

se existisse na realidade, tornaria a sua ação legítima (descriminantes putativas), hipóteses de erro de proibição direto.

O sujeito supõe permitida uma conduta prevista como ilícita pela legislação. Tal erro consiste em um equívoco sobre o que lhe é permitido fazer na vida em sociedade.

Vejamos, Hungria [et al](1978, p.568) apud Eleutério(2007, p. 93):

O erro de proibição exclui a reprovabilidade do comportamento e deriva, em todos os casos, excluir a culpabilidade, pois a consciência (pelo menos potencial) da ilicitude é indispensável a esta. Há erro de proibição quando o agente supõe, por erro, ser lícito o seu comportamento. Trata-se de erro sobre a antijuridicidade da ação. O dolo subsiste, pois o erro em tal caso não recai sobre elementos do tipo, seja qual for a sua natureza. Em todos os casos de erro de proibição, o agente tem consciência e vontade de realizar a conduta que constitui o tipo legal. À semelhança do que ocorre em relação ao erro de tipo, há erro de proibição não só quando o agente supõe que seu comportamento seja permitido, mas também, quando lhe falta representação sobre a valoração jurídica do fato.

Não se indaga se o agente conhecia ou não a lei, o que importa é o conhecimento do caráter injusto de tal ato, da consciência de estar fazendo algo que sabe ser errado.

Segundo Capez (2001, pg. 271):

A errada compreensão de uma determinada regra legal pode levar o agente a supor que certa conduta injusta seja justa, a tomar uma errada por certa, a encarar uma anormal como normal, e assim por diante. Nesse caso, surge o que a doutrina convencionou chamar de 'erro de proibição'.(2001, pg. 271)

Em resumo, no erro de proibição, o agente mesmo conhecendo o direito, em determinadas circunstâncias, é levado a pensar que está agindo corretamente, quando na realidade não está.

Capez exemplifica (2001, pg.272):

Um rústico alemão, que nasceu e passou toda a sua vida em um longínquo vilarejo do sertão, agride levemente sua mulher, por suspeitar que ela o traiu. É absolutamente irrelevante indagar se ele sabia ou não da existência do crime de lesões corporais, pois há uma presunção *juris et de jure*(não admite prova em contrário) nesse sentido. Assim, se ele disser: 'eu não sabia que bater nos outros é crime, porque, como analfabeto, jamais li o tal Código Penal', tal assertiva não terá o condão de elidir sua responsabilidade pelo crime praticado.

Continua Capez (2001, pg.272):

Naquele ambiente, ele contava com a provação geral, portanto, para ele a sua conduta era perfeitamente lícita. É como se ele dissesse: 'eu sei que bater nos outros é crime, mas nessas circunstâncias, por flagrar meu cônjuge em adultério, eu tenho certeza de que agi de forma correta, justa, de modo a obter a aprovação do meio em que vivo; mesmo que for condenado, continuarei achando que agi de forma acertada'. Esse erro exclui a

consciência da ilicitude, pois o agente deixa de saber que estava cometendo algo ilícito, injusto, errado.

Há que se verificar se no momento do crime o sujeito tinha a capacidade de entender sua ilicitude. Não basta apenas o desconhecimento da lei para excluir a potencial consciência da ilicitude, deve somá-la à possibilidade de o agente saber ser ilícito seu ato.

Ainda, conforme Capez (2001, pg. 274):

O erro de proibição sempre exclui a atual consciência da ilicitude. No entanto, somente aquele que não poderia ter sido evitado elimina a potencial consciência. Com efeito, se esta é a possibilidade de conhecer o caráter injusto do fato e se o erro de proibição inevitável é aquele que o agente não tinha como evitar, somente essa modalidade de erro leva à exclusão da culpabilidade.

Para Damásio (2002, p. 488) erro de proibição é “erro que incide sobre a ilicitude do fato. O sujeito, diante do erro, supõe lícito o fato por ele cometido. Ele supõe inexistir a regra de proibição”.

Pimentel (RT 605/261) apud Mirabete (2002, p. 201):

O agente, no erro de proibição, faz um juízo equivocado sobre aquilo que lhe é permitido fazer na vida em sociedade. Evidentemente, não se exige de todas as pessoas que conheçam exatamente todos os dispositivos legais, mas o erro só é justificável quando o sujeito não tem condições de conhecer a ilicitude de seu comportamento. Não se trata, aliás, de um juízo técnico-jurídico, que somente se poderia exigir dos mais renomados juristas, mas de um juízo ‘leigo’, ‘profano’, que é emitido de acordo com a opinião dominante no meio social. Se esta consciência não for alcançada, não se poderá punir o agente, porque ausente estará a reprovação pessoal possível, que é a essência da culpabilidade.

Para se caracterizar o erro de proibição são necessários dois elementos: a inevitabilidade e a impossibilidade do conhecimento sobre a ilicitude do fato.

Sobre o erro de proibição Bitencourt (2006, pg. 474) ensina:

Erro de proibição, por sua vez, é o que incide sobre a ilicitude de um comportamento. O agente supõe, por erro, ser lícita a sua conduta. O objeto do erro não é, pois, nem a lei, nem o fato, mas a ilicitude, isto é, a contrariedade do fato em relação à lei. O agente supõe permitida uma conduta proibida. O agente faz um juízo equivocado daquilo que lhe é permitido fazer em sociedade.

Tal erro pode ser escusável ou inevitável e inescusável ou evitável. Para Noronha (1999, pg.154) o escusável é quando inafastável em relação ao homem médio. Já o inescusável quando o agente é a ele levado pelo descuido.

As espécies de erro de proibição podem ser explicadas desta forma: o erro de proibição inevitável se caracteriza pelo fato de o agente não ter a possibilidade de conhecer a

ilicitude do fato, em face das circunstâncias, o que leva a exclusão da culpabilidade, isentando o indivíduo de pena. Enquanto que o erro evitável embora o agente não soubesse ser o fato ilícito, tinha condições para saber, deste modo, em face de tal possibilidade a culpabilidade não será excluída. O agente terá direito a uma redução da pena de 1/6 a 1/3. (CAPEZ, 2001, p. 274)

3.3 Distinção entre erro de proibição e erro de tipo

Antigamente a doutrina classificava o erro como: erro de fato (*error facti*) e erro de direito (*error juris*).

Segundo Gomes (1992, p. 27):

Erro de fato é o erro do agente que recai sobre as características do fato criminoso ou sobre uma circunstância justificante.

Erro de direito, de outro lado, é o erro do agente que recai sobre a obrigação de respeitar a norma por ignorância da antijuridicidade de sua conduta, baseada no desconhecimento da lei penal que proíbe ou que ordena agir, ou sem ignorá-la absolutamente, dela só tem notícia imperfeita que o conduz a uma apreciação falsa.

Presenteia-nos Noronha (1999, pg.151):

Em trabalho ofertado ao Egrégio Tribunal de alçada Criminal de São Paulo, ao qual pertence, o jurista Ricardo Andreucci externou o seguinte ensinamento: 'Venceu-se o extremismo implícito entre erro de fato e de direito, substituídos agora, pelo erro sobre os elementos objetivos da infração penal, vistos em seus dois aspectos, tipo e ilicitude, e, pois, dentro, definitivamente, da teoria do crime. O primeiro abrange o erro sobre o conteúdo, descritivo ou normativo, sem que o intérprete tenha necessidade, para impedir injustiças, de usar recursos dogmaticamente incorretos, como o erro de direito extrapenal equiparado ao erro de fato. O segundo, sem invalidar o preceito de que o desconhecimento da lei é inescusável, mas reduzido, em síntese, ao erro quanto à vigência, abre possibilidades, entre outras, ao reconhecimento do erro de subsunção.

Atualmente esta classificação está ultrapassada, sendo utilizada a classificação erro de proibição e erro de tipo.

Com a reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 pode-se dizer que o erro do agente recai sobre os elementos constitutivos do tipo legal de crime (erro de tipo); sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação ou exclusão da ilicitude (erro de tipo permissivo); ou, por fim, sobre a consciência da ilicitude do fato (erro de proibição).

Essas são as três modalidades de erro tratadas modernamente, já que superada a dicotomia erro de fato/ erro de direito. No Brasil, de um modo geral, o erro de tipo permissivo não é reconhecido, pois alguns doutrinadores o tratam como erro de proibição (excludente da

culpabilidade pelos adeptos da teoria extrema da culpabilidade) e outros o equiparam ao erro de tipo (excludente do dolo, segundo os adeptos da teoria limitada da culpabilidade).

Toledo (1987, p.255) traz importante afirmação:

Não se trata - frise-se, para evitar equívocos - de uma substituição meramente terminológica, como se o erro de fato passasse a denominar-se erro de tipo e o de direito, erro de proibição. É muito mais que isso, pois o erro de tipo abrange situações que, antes, eram classificadas ora como erro de fato, ora como de direito. O erro de proibição, por sua vez, além de incluir situações novas, abarca uma série de hipóteses antes classificadas como erro de direito.

Fragoso (1985, p.182-183) apud Eleutério (2006, p. 80):

Entende-se por erro de tipo aquele que versa sobre elementos da conduta típica, sejam de natureza puramente factual ou jurídica. A expressão `erro sobre elementos do tipo' passou a ser adotada expressamente pela nova lei (artigo 20, CP), sendo, como se percebe, mais ampla do que erro de fato, empregada originalmente pelo CP de 1940. Nem todo erro de tipo é erro de fato. Se o agente erra, por exemplo, sobre a condição de coisa alheia, no furto, supondo-a própria, erra sobre o elemento factual do tipo de furto (art. 155,CP). Se, no crime de contrabando (art.334, CP), erra sobre a proibição que existe, de importar determinada mercadoria, o erro ainda é de tipo, mas versa sobre elemento de natureza jurídica, que não seria, no regime anterior do CP, erro de fato, mas, sim, erro de direito.

O erro de tipo está previsto no artigo 20 do Código Penal que determina que o erro sobre o elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei. Tal erro incide sobre um dos elementos do tipo penal, ou seja, o autor desconhece ou se engana a respeito de determinado elemento.

Para Mirabete (2002, p.169-170):

No caso de erro de tipo, desaparece a finalidade típica, ou seja, não há no agente a vontade de realizar o tipo objetivo. Como o dolo é querer a realização do tipo objetivo, quando o agente não sabe que está realizando um tipo objetivo, porque se enganou a respeito de um de seus elementos, não age dolosamente: há erro de tipo. São casos em que há tipicidade objetiva (nos exemplos, os tipos de homicídio, lesão corporal, aborto, furto, corrupção ativa), mas não há tipicidade subjetiva por estar ausente o dolo.

Nesse sentido, Eleutério (2006, p. 78):

Assim sendo, havendo desconhecimento por parte do agente, de um dos elementos de que integram a descrição do crime, ocorre ausência do dolo, permitindo, entretanto, punição pela figura culposa, se expressamente prevista em lei.

Erro de tipo é aquele que incide sobre o elemento essencial do tipo. É a falsa representação deste elemento, não importa se o objeto do erro se localiza no mundo dos fatos, importa que faça parte do tipo legal. (BITENCOURT, 2006, pg.473)

Bitencourt (2006, p. 473), nesse sentido, exemplifica:

Por exemplo, no crime de calúnia, o agente imputa falsamente a alguém a autoria de um fato definido como crime que, sinceramente, acredita tenha sido praticado. Falta-lhe o conhecimento da elementar típica `falsamente`, uma condição do tipo. Se o agente não sabia que a imputação era falsa, não há dolo, excluindo-se a tipicidade, caracterizando o erro de tipo. Igualmente, no crime de desacato, o agente desconhece que a pessoa contra a qual age desrespeitosamente é funcionário público, imaginando que se trata de um particular normal. Falta a elementar do tipo `funcionário público`, desaparecendo o dolo do crime de desacato, podendo configurar, como forma subsidiária, quem sabe, o crime de injúria.

Como já dito, o erro de tipo exclui o dolo, porém poderá o agente responder por crime culposo. Todavia, se não houver previsão legal do crime na modalidade culposa, o fato será atípico.

Maurach (1962, p.142) apud Bitencourt (2006, p. 474) distingue os dois erros, vejamos:

Erro de tipo é o desconhecimento de circunstâncias do fato pertencentes ao tipo legal, com independência de que os elementos sejam descritivos ou normativos, jurídicos ou fáticos. Erro de proibição é todo erro sobre a antijuridicidade de uma ação conhecida como típica pelo autor.

Toledo (1987, p.254) traz exemplo elucidativo:

No delito de corrupção ativa (art. 333), ser o agente passivo `funcionário público` constitui elemento essencial do tipo. O conceito de funcionário público – que é um conceito jurídico-normativo - consta da própria lei penal (art. 327). Quem oferece propina, para a prática de ato de ofício, a um empregado de entidade autárquica, ou paraestatal, supondo que essa espécie de empregado não se reveste da qualidade de funcionário público, incorre em erro de tipo. Errou sobre um elemento integrativo do tipo. Na velha concepção, tratar-se-ia de um evidente erro de direito penal.

Capez (2001, p. 272) também os distingue:

No erro de tipo, o agente tem uma visão distorcida da realidade, não vislumbrando na situação que se lhe apresenta a existência de fatos descritos no tipo como elementares ou circunstâncias. No erro de proibição, ao contrário, há uma perfeita noção acerca de tudo o que se está passando. O sujeito conhece toda a situação fática, sem que haja distorção da realidade. Seu equívoco incide sobre o que lhe é permitido fazer diante daquela situação, ou seja, se é lícito. Há, por conseguinte, uma perfeita compreensão da situação de fato e uma errada apreciação sobre a injustiça do que faz. Nesse aspecto reside sua principal distinção com o erro de tipo.

Noronha (1999, p. 151) exemplifica:

Se o agente apanha um objeto alheio, supondo ser de sua propriedade, está diante de um erro de tipo; se o credor trabalhista por salário apanha dinheiro do empregador, acreditando ter direito de assim se pagar, encontra-se diante

de um erro de proibição. No primeiro caso o agente supôs inexistir a elementar `alheio', elemento constitutivo do crime de furto. No segundo, desconhecia a proibição legal agindo sobre a antijuridicidade do fato.

3.4 Espécies de Erro de Proibição

Pode-se construir duas classes de erro de proibição, a primeira, escusável, no caso do erro ser inevitável, quando se tratar de ignorância da antijuridicidade do fato; a segunda, inescusável, por ser praticamente iguais as formas de ignorância da lei (TOLEDO, 1987, p. 258).

Para Toledo (1987, p. 258) o erro de proibição escusável pode ser: direto, indireto e de mandamento; já o erro de proibição inescusável será: de vigência, de eficácia, de punibilidade e de subsunção.

3.4.1 Erro de Proibição Escusável

Como já observado o erro de proibição escusável ou inevitável é aquele em que até o homem médio, ou seja, com discernimento, pratica.

É aquele em que o indivíduo não tinha como saber a ilicitude do ato que praticava, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto. (CAPEZ, 2001, p. 271)

Segundo Damásio (2002, p. 488):

O erro de proibição escusável ou inevitável ocorre quando nele incidiria qualquer homem prudente e de discernimento. A *contrario sensu* do artigo 21, parágrafo único, do CP, considera-se inevitável o erro se o sujeito atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando não lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir esse conhecimento.

Neste caso, qual seja, no erro de proibição escusável, inexistente potencial consciência da ilicitude, logo, exclui-se a culpabilidade. Fica o agente isento de pena.

Clara é a jurisprudência a este respeito:

TJSP, Ap. 41253-3, 3.^a Câ., Rel. GENTIL LEITE, j. 30.12.85, *v.u.*, RT 610/335.

Casa de prostituição – `Drive-in' – Local não destinado especificamente a encontros para fins de prostituição – Fiscalização do mesmo pela Polícia – Licença de funcionamento fornecida pela Prefeitura local e placa proibindo a entrada de menores – Erro sobre a ilicitude do fato, portanto, acolhido – Absolvição decretada – Inteligência dos arts. 229 e 21 (redação da Lei 7.209/84) do CP.

Para a caracterização do delito previsto no art. 229 do CP de 1940 é necessário que se demonstre que o `drive-in` tenha sido desvirtuado para lugar destinado à prostituição.(Carlomagno,p.18)

Assim, Gomes (1992, p.95):

Quando o agente comete a infração penal sem a consciência da ilicitude do fato e, nas circunstâncias em que praticou a conduta, sem a possibilidade de ter ou atingir essa consciência, surge o erro de proibição inevitável ou escusável (= não há culpabilidade nem responsabilidade penal).

As espécies do erro de proibição escusável ou inevitável são: erro de proibição direto; erro de mandamento e; erro de proibição indireto.

O erro de proibição direto é aquele em que o indivíduo realiza uma conduta proibida pela norma penal, ou por não saber da norma que o proíbe, por conhecê-la mal, ou por não entendê-la. (TOLEDO, 1987, p.258)

Bitencourt (2006, p.485):

No *erro de proibição direto*, o agente engana-se a respeito da norma proibitiva. Portanto, o crime que pratica é um crime de ação, comissivo, porque desconhece a norma proibitiva, ou a conhece mal. É indiferente, porque, afinal, tanto o *erro* como a *ignorância* da norma, para todos os efeitos, são erro.

Conforme nos demonstra Bitencourt (2006, p. 485) o erro de proibição pode ocorrer nos crimes culposos.

Mirabete (2002, p.203):

Outra espécie de erro sobre a ilicitude do fato é o que incide sobre a ilegalidade do comportamento, sobre a norma penal (não sobre a lei), conhecido como erro de proibição. [...]. São também exemplos de erro direto de proibição a exibição de filme de caráter obsceno quando o agente supõe lícita sua conduta por ter sido liberado pela censura; a prática de conjunção carnal consentida do agente com mulher alienada mental, ignorando o sujeito que a lei presume, nessa hipótese, a violência.[...].

No caso do erro de mandamento, segunda espécie do erro de proibição escusável, o indivíduo que se encontra na posição de impedir certo resultado, supõe não estar obrigado a agir para obstá-lo. (TOLEDO, 1987, p.258-259)

Toledo (1977, p.65) apud Mirabete (2002, p.203-204) exemplifica que, assim, o tutor “supondo já ser um pesado ônus ter aceitado os encargos da tutela, pensa não estar obrigado a arriscar sua própria vida para salvar o irrequieto pupilo que está se afogando”.

O erro de mandamento ocorre nos crimes omissivos. Este erro incide sobre uma norma impositiva, uma norma implícita, que manda fazer. Também pode ocorrer nos crimes comissivos por omissão. (BITENCOURT, 2006, p. 486)

Deste modo, Bitencourt (2006, p. 486-487):

[...] Mas se erra sobre a existência do dever, sabendo da situação de perigo, sabendo que a pessoa é aquela a que está obrigada a proteger, sabendo que tem os meios e que pode usá-los, mas acha que não precisa, que não deve, porque, por exemplo, crê que ser dever não envolve necessariamente risco pessoal. Ou, então, o caso do plantão, por exemplo, cujo horário de saída é às dezessete horas. Imagina que a partir daí não é mais responsável, afinal, azar do outro que se atrasou. Errado, continua responsável. Erra a respeito dos limites do dever, erra sobre a norma mandamental, sobre o dever em si, e não sobre a situação fática do dever ou sobre os seus pressupostos, mas sobre o dever propriamente. Esses são erros de mandamento, erros sobre a ilicitude.

Eleutério (2007, p. 117):

Se a omissão for dolosa, o agente responde por crime doloso; se a omissão for culposa, o agente responde por crime culposo, se previsto em lei; se a omissão ocorre por erro de proibição direto (falta de consciência da ilicitude do fato por desconhecer a existência da própria norma), o agente estará isento de pena, conforme já foi afirmado.

O agente deve agir quando a obrigação de agir, for um mandamento imposto pela lei ; quando assumiu a responsabilidade de impedir o resultado ou; quando o agente, com seu comportamento anterior criou o risco de se produzir certo resultado. No primeiro item, temos como exemplo a mãe que deixa de amamentar o filho, este, por sua vez, morre de inanição. Neste caso, ela descumpriu uma obrigação imposta por lei, qual seja de cuidado, zelo, que advém das relações do poder familiar. Enquanto que no segundo item, pode-se citar como exemplo o vigia noturno, ou seja, ele se propôs a certa obrigação e, desse modo, deve cuidar da segurança de que o contratou. No terceiro, como exemplo, temos um nadador que convida alguém a acompanhá-lo, em determinado percurso, porém em determinado momento, percebe que seu colega está sem forças, não o socorre, e este acaba morrendo. (ELEUTÉRIO, 2007, P.117-121)

Na terceira e última espécie tem-se o erro de proibição indireto.

No erro de proibição indireto o agente sabe que pratica um crime, mas supõe, por erro inevitável, que nas circunstâncias em que se encontra, está respaldado por uma das causas que excluem a antijuridicidade, por exemplo. (TOLEDO, 1987, p.259)

Segundo Jescheck (1981, p.632) apud Bitencourt (2006, p. 487) denomina-se o erro de proibição indireto como erro de permissão.

O indivíduo conhece a ilicitude de seu ato, mas supõe estar resguardado por algo que lhe permite agir de tal modo. (BITENCOURT, 2006, p. 487)

Mirabete (2002, p.204):

Pode haver erro de proibição sobre os limites objetivos e subjetivos de uma causa de justificação. Como exemplos podem ser citados a chamada `legítima defesa da honra´ quando ao gente mata o cônjuge ao surpreendê-lo em flagrante adultério, ou a prática de um furto, supondo estar o autor da subtração em estado de necessidade, visto ser desemprego e estado de dificuldades econômicas.

Ainda, conforme Franco[et al](1997, p. 319) apud Eleutério(2007, p.104):

Agente aplica injeção letal em seu cônjuge enfermo, crendo que o pedido deste basta para assegurar a licitude do ato. – Eutanásia (Hipótese originariamente formulada por Enrique Cury Urzúa).

Relojoeiro que vende relógio que recebeu para concerto, depois de escoar-se o prazo em que o proprietário deveria apanhá-lo, supondo que a lei permite a venda para pagamento dos serviços prestados (Hipótese originariamente formulada por Júlio Frabbrini Mirabete).

Na diferenciação do erro de proibição direto para o indireto, segundo Conde (1984, p.161) apud Gomes (1992, p.94):

O autor desconhece a existência de uma norma que proíbe sua conduta; no segundo, o autor sabe que sua conduta é proibida em geral, porém, crê que no caso concreto se dá uma causa de justificação que a autorize. Na prática é muito mais freqüente o segundo tipo de erro do que o primeiro.

Resumidamente, erro de proibição direto o agente desconhece a ilicitude de seu ato; erro de mandamento o indivíduo na posição de garantidor supõe não estar obrigado a fazer, o que a norma o manda impositivamente fazer e; o erro de proibição indireto onde o agente sabe que seu ato é ilícito, mas supõe estar acobertado por uma causa de justificação.

3.4.2 Erro de Proibição Inescusável

Conceitua-se esse erro como aquele que, embora o indivíduo não soubesse ser antijurídico, possuía condições para saber. (CAPEZ, 2001, p. 274)

Bitencourt (2006, p. 485) “inescusável é o erro que o agente pode evitar, pode não errar, pode, enfim, ter consciência da ilicitude”.

Para Gomes (1992, p.95):

Quando o agente comete a infração penal sem a consciência da ilicitude do fato, mas nas circunstâncias em que praticou a conduta, com a possibilidade de ter ou atingir essa consciência, surge o erro de proibição evitável ou inescusável (= há culpabilidade e o agente responde pela infração praticada, podendo a pena ser diminuída de um sexto a um terço).

O erro de proibição considera-se inescusável quando o agente podia conhecer a ilicitude de sua conduta mediante o esforço de sua inteligência; quando intencionalmente não quis se informar e; quando não se informou sobre sua postura estabelecida.

Neste tipo de erro há a potencial consciência da ilicitude, pois o agente tinha como saber da antijuridicidade. A culpabilidade não é excluída.

Assim, não há isenção de pena, porém em face da inconsciência da ilicitude, reduz-se a pena de um sexto a um terço.

São espécies do erro de proibição inescusável o erro de vigência, o erro de eficácia, o erro de punibilidade e o erro de subsunção.

No erro de vigência o indivíduo desconhece a lei ou ainda não conhece uma editada recentemente. (TOLEDO, 1987, p.259)

O erro de eficácia caracteriza-se quando o indivíduo não aceita determinado preceito por supor que ele se oponha a outra norma superior. (TOLEDO, 1987, p. 259)

No terceiro, ou seja, o erro de punibilidade o agente sabe o que faz, ou deveria saber, mas acha que tal fato não constitui crime, ou inexistente pena. (TOLEDO, 1987, p.259)

Por último, temos o erro de subsunção onde o agente conhece o fato típico, porém não acha que sua conduta se ajusta a norma penal. Supõe que seu ato não é aquela hipótese prevista na lei. (TOLEDO, 1987, p. 259)

Não se pode punir a consciência real, a potencial e a ausência potencial de forma igualitária. Na primeira, ocorre a punição normal; na segunda, uma punição reduzida e; enquanto que na terceira há a isenção de pena. (BITENCOURT, 2006, p. 485)

Tudo isso porque não seria justo punir consciências diferentes de formas semelhantes.

3.4.3 Discriminantes Putativas

A doutrina majoritária entende as discriminantes putativas como hipótese de erro de proibição.

Capez (2001, p. 275) aduz:

Na discriminante putativa por erro de proibição, há uma perfeita noção da realidade, mas o agente avalia equivocadamente os limites da norma autorizadora. É o caso do homem esbofetado que se supõe em legítima defesa. Ele sabe que a agressão cessou, que seu agressor já está de costas, indo embora, mas supõe que, por ter sido humilhado, pode atirar por trás, matando o sujeito. Imagina, por erro, a existência de uma causa de exclusão da ilicitude, que, na verdade, não se apresenta. Só que não é um erro incidente sobre a situação do fato, mas sobre a apreciação dos limites da norma excludente (até que ponto a norma que prevê a legítima defesa permite ao agente atuar).

Este tipo anormal de erro de proibição indireto possui uma designação especial pela doutrina, o chamado erro de tipo permissivo.

Gomes (1996, p.150) apud Eleutério (2007, p.109) “no erro de tipo permissivo o agente equivoca-se sobre a realidade fática ou típica de uma causa justificante, assim, atuando equivocadamente, supõe estar agindo licitamente, conforme o Direito, quando, na verdade, sua conduta é ilícita”.

Conforme Bitencourt (2006, p.458):

O erro de tipo permissivo, evitável, impede a configuração da *culpabilidade dolosa*. Quem sabe que mata, por exemplo, porem crê, erroneamente, que pode fazê-lo mata *dolosamente* e não simplesmente por culpa. Circunstâncias especialíssimas, no entanto, imaginadas pelo agente, *reduzem a censurabilidade* da sua conduta, porque a *fidelidade subjetiva* ao Direito fundamenta sempre uma menor reprovação da culpabilidade do que a desobediência consciente da lei. E, entre a impossibilidade de isentá-lo de pena e a injustiça da grave censura dolosa, opta-se por uma censura mais branda, no caso, por uma culpabilidade culposa, embora o delito praticado permaneça doloso.

No caso em testilha, o autor não crê que o fato seja ilícito, pois carrega em seu âmago a suposição de uma permissão pela norma.

As discriminantes putativas ou erro de tipo permissivo são representadas pelas mesmas excludentes da ilicitude, contudo, como são imaginárias, são adicionadas da palavra “putativa”. Como: legítima defesa putativa, estado de necessidade putativo, etc. (ELEUTÉRIO, 2007, p. 110)

As conseqüências das discriminantes putativas são as mesmas do erro de proibição, quais sejam, o sujeito responde pelo resultado com pena reduzida, se evitável o erro e isenta-se de pena, se inevitável. (CAPEZ, 2001, p.275)

3.5 Efeitos do Erro de Proibição

Por ser uma excludente da potencial consciência da ilicitude e, esta por sua vez, excluir a culpabilidade, o erro de proibição tem o objetivo de excluir a pena ou reduzi-la.

Segundo Capez (2001, p. 274):

O erro de proibição sempre exclui a atual consciência da ilicitude. No entanto, somente aquele que não poderia ter sido evitado elimina a potencial consciência. Com efeito, se esta é a possibilidade de conhecer o caráter injusto do fato e se o erro de proibição inevitável é aquele que o agente não tinha como evitar, somente essa modalidade de erro leva à exclusão da culpabilidade.

Nesta citação o doutrinador cita um instituto chamado atual consciência da ilicitude, quer dizer, que no instante do ato que o sujeito praticou faltou-lhe a consciência de que realizava uma conduta ilícita. Diferente da potencial consciência da ilicitude, que é a

probabilidade de o sujeito ter esse conhecimento no momento da prática do ato comissivo ou omissivo (CAPEZ, 2001, p. 273)

O erro de proibição isenta de pena quando escusável e reduz a sanção quando inescusável.

Assim, Noronha (1999, p.154) “o erro de proibição atinge a punibilidade: exclui a pena quando escusável, mitiga a reprimenda (de um sexto a um terço) quando inescusável”.

No mesmo sentido Jesus (2002, p.489):

Erro de proibição é o que incide sobre a ilicitude do fato. O dolo subsiste. A culpabilidade, quando o erro é escusável, fica excluída; quando inescusável, atenuada, reduzindo-se a pena de um sexto a um terço (art. 21, *caput*). No primeiro caso o sujeito é absolvido; no segundo, condenado.

Deste modo, poderá ao agente não ser aplicada nenhuma reprimenda ou esta poderá ser mitigada dependendo do caso concreto.

3.6 Erro de Proibição nos Tribunais

Para melhor análise prática deste instituto traz-se alguns casos práticos.

EMENTA: CRIME. ADULTERAÇÃO DE SINAL. ERRO DE PROIBIÇÃO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPROVIMENTO, POR MAIORIA. Erro de proibição. O desconhecimento da lei penal é inescusável, mas, demonstrado que o agente não tinha conhecimento da ilicitude do fato, fica isento de pena, nos termos do que dispõe o art. 21 do CP. (Apelação Crime Nº 70023342009, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Eugênio Tedesco, Julgado em 17/04/2008)

DES. JOSÉ EUGÊNIO TEDESCO (PRESIDENTE E REDATOR)

Entendo que é de ser mantida a sentença absolutória, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vejamos.

O acusado, ao ser interrogado, alegou que não sabia que seu ato constituía crime.

Contudo, não é demais assinalar que o desconhecimento da lei penal é inescusável (artigo 21 do CP).

Já o desconhecimento da ilicitude é passível de reconhecimento (erro de proibição) e ocorre quando o agente, por erro plenamente justificado, não tem ou não lhe é possível o conhecimento da ilicitude do fato, supondo que atua lícitamente. E para que exclua a culpabilidade, isentando o agente da pena, exige a lei que o erro seja inevitável, invencível.

E é esta a hipótese dos autos.

O acusado é pessoa simples, agricultor, tendo estudado somente até a 2ª série do ensino fundamental.

Além disso, como registrado pela magistrada, `a testemunha Vamir T. Weide confirma que o réu `é meio atrasadão´, demonstrando, assim, sua ingenuidade com relação do delito pelo qual foi denunciado.´ Assim, estou mantendo a absolvição operada na sentença. Pelo exposto, nego provimento ao apelo do Ministério Público e mantenho a absolvição, com fundamento nos artigos 21 do CP e 386, V, do CPP.

Deste modo, verifica-se a adequação do caso concreto ao instituto aqui estudado. No presente caso, o autor do fato não tinha condições de saber que o fato era ilícito. Assim, caracteriza-se como sendo o erro de proibição invencível, pois de modo algum conseguiria ter esse conhecimento. As próprias testemunhas, no caso, alegam que o acusado é pessoa de pouco grau de instrução, “atrasadão”, o que demonstrou sua inocência e ingenuidade a praticar tal ato.

EMENTA: CRIME DE RESPONSABILIDADE - ABSOLVIÇÃO - DEIXAR DE FORNECER CERTIDÕES SOBRE ATOS ADMINISTRATIVOS - REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES FEITAS PELA CÂMARA MUNICIPAL - PEDIDO EM RELAÇÃO A OBJETO SOB RESPONSABILIDADE DE ÓRGÃO DIVERSO - ERRO DE PROIBIÇÃO INEVITÁVEL. A negativa de prestação de informações à Câmara Municipal constitui infração político-administrativa, tipo especial em relação ao disposto no artigo 1º, XV do Decreto-Lei 201/1967. Versando as certidões requeridas sobre documentos de responsabilidade da Câmara Municipal, impossível a condenação do alcaide pelo seu não fornecimento. Supondo a agente, leiga em Direito, embasada em algumas normas legais e em pareceres jurídicos exarados pela assessoria jurídica municipal, ser lícita a negativa de expedição de certidões em determinados casos peculiares, patente está o ERRO de PROIBIÇÃO inevitável. Súmula: Negaram Provimento (Apelação Crime N° 1.0273.06.500006-2/001, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator: Jane Silva. Julgado em 29/05/2007)

Ficou claro que tal crime é pouco conhecido na esfera do Direito quem dirá para os leigos. Deste modo, não haveria como a suposta ré conhecer sobre a ilicitude do ato que praticava, mesmo porque, baseou-se em outras normas e pareceres emitidos pela assessoria jurídica da esfera em que trabalha, qual seja, municipal.

Evidente erro de proibição escusável direto, ou seja, realizou uma conduta proibida pela norma penal por não saber da norma que a proibia, por conhecê-la mal, ou por não entendê-la.

EMENTA: Casa de prostituição. Exploração. Prova de materialidade e de autoria. Condenação. Improcedência. Erro de proibição. Ausência de crime.

A exploração de bar que admite a presença de mulheres maiores que se prestam a encontros amorosos mediante o pagamento de favores, autorizado pelos órgãos competentes, sem oposição de restrições, descaracteriza a existência de crime, em face de erro de proibição. Precedentes desta Corte. (**Apelação Criminal n.º 200.000.2003.009203-5**, Câmara Criminal, Tribunal de Justiça de Rondônia, Relator: Ivanira Feitosa Borges. Julgado em 06/05/2004)

Do mesmo modo que os outros casos, porém no presente há a autorização de órgão competente, descaracterizando, assim, a existência de ilícito, em face do erro de proibição, em sua modalidade escusável indireto.

EMENTA: ESTUPRO CONTINUADO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA - MENOR DE CATORZE ANOS - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA - INCONFORMISMO MINISTERIAL - PEDIDO DE CONDENAÇÃO DO RÉU NOS TERMOS DA EXORDIAL - IMPROCEDÊNCIA - VÍTIMA QUE SE APRESENTA PLENAMENTE CONECTADA AOS COSTUMES E MODOS CONTEMPORÂNEOS - PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO QUE JUSTIFICAM O ERRO DE PROIBIÇÃO APONTADO PARA MOTIVAR A ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO - CONDUTA TÍPICA E ILÍCITA, MAS NÃO CULPÁVEL, TENDO EM VISTA A INCOMPREENSÃO DO VERDADEIRO ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DA NORMA PROIBITIVA DO ESTUPRO E DAS REAIS CONDIÇÕES DA OFENDIDA - INTELIGÊNCIA DO ART. 21, ""CAPUT"", DO CÓDIGO PENAL - ABSOLVIÇÃO MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO. (**Apelação Criminal n. 1.0720.04.013430-9/001(1)**, Primeira Câmara Criminal, Relator: Márcia Milanez. Julgado em 20/06/2006)

Em nenhum momento no presente caso, a vítima se mostrou contrária ao ato sexual, mesmo porque, apesar de sua tenra idade já havia iniciado sua vida sexual. O acusado, por outro, lado desconhecia o verdadeiro âmbito da norma penal e não imaginou que tal ato poderia em algum momento caracterizar crime, pois a “vítima” em tese já era ativa sexualmente.

Caracterizado está o erro de proibição escusável na sua hipótese direta.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - POSSE ILEGAL DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO - PERÍODO DE ANISTIA - CONDUTA ATÍPICA - POSSE ILEGAL DE MUNIÇÕES DE USO RESTRITO - EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE - ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Se foi apreendida a arma de fogo ou munição, em situação ilegal, no período de anistia, dentro da casa do agente, a absolvição deve ser mantida, tendo em vista o disposto no Estatuto do Desarmamento, que dá às pessoas possuidoras de arma de fogo ou munição em situação irregular prazo para a entrega das mesmas à Polícia Federal. Não demonstrando o apelado aptidão para reconhecer a restrição legal de possuir munição, a absolvição pela excludente da culpabilidade por ERRO de PROIBIÇÃO é medida que se impõe. Improvimento do recurso que se impõe. NEGARAM PROVIMENTO.

(Apelação Criminal n. 1.0261.04.029068-4/001(1), Terceira Câmara Criminal, Relator: Antônio Carlos Cruvinel. Julgado em 06/03/2007)

Não haveria como prever o acusado que no período de anistia pudesse ser punido pela posse de tais munições. Assim, presente a causa de exclusão da culpabilidade, o erro de proibição em sua modalidade escusável, direto. O acusado como bem ressaltado na ementa não possuía condições para reconhecer a restrição legal.

CONCLUSÃO

Como já dito e bem analisado neste trabalho de conclusão de curso o crime, segundo a teoria finalista da ação é composto por dois elementos: fato típico e antijurídico

Fato típico, ou seja, aquele que se a norma penal descrita na legislação. Sendo que para tal adequação segue-se uma ordem cronológica do ato, temos a conduta, onde se encontra a ação; o resultado; o nexos causal e; por fim, a tipicidade, que é a junção dos três primeiros elementos.

Antijurídico, quer dizer, um ato que contradiz com o direito. Assim, quem age em desrespeito ao que dispõe a lei penal está agindo antijuridicamente. Porém, alguns atos, pelas suas circunstâncias, excluem a tipicidade. São excludentes desta: a legítima defesa, ao estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito.

Enquanto que a culpabilidade não se encaixa, para esta teoria, no conceito de crime. É reconhecida como mero pressuposto para aplicação da pena. São excludentes da culpabilidade: a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude.

A imputabilidade, ou seja, determinada situação mental que permite do agente um conhecimento exato do ato que esta praticando. Assim, excluem a imputabilidade: A doença mental, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a menoridade penal e a embriaguez fortuita.

No caso da exigibilidade de conduta diversa, ou seja, o fato, naquele caso, ocorreu em situação em que fosse lícito exigir do agente um comportamento diferente. A excluem: a coação moral irresistível e a obediência hierárquica.

Por fim, e mais importante, temos a potencial consciência da ilicitude que é o elemento psicológico que relaciona o agente com seu ato. Irão excluí-la: o erro de proibição, tema desta monografia e as discriminantes putativas

O erro de proibição surge a partir do Código Penal de 1940. Antes, porém usava-se a dicotomia erro de direito e erro de fato, muitas vezes confundidas com o erro de proibição e erro de tipo, no entanto tal comparação não merece prosperar, pois em alguns casos o erro de direito poderia ser tanto erro de proibição como erro de tipo.

A partir dessa nova concepção, o doutrinador Nelson Hungria foi convidado a elaborar um novo Código Penal, pois o anterior necessitava de adequações, no entanto, tal projeto nunca entrou em vigor.

Importante instituto para o Direito Penal é o erro de proibição, excludente da potencial consciência da ilicitude, que por sua vez exclui a culpabilidade. Como já dito, esta última é mero pressuposto de aplicação da pena, portanto o fato é típico e antijurídico, porém não culpável.

É preciso pouca inteligência para reconhecer o verdadeiro alcance das normas brasileiras. Tanto que em vários momentos deste trabalho exemplificamos trazendo à tona a realidade social e econômica. Além disso, a realidade educacional, que abrange não só a ignorância da lei vigente, como também a noção de certo e errado.

Muitas pessoas baseiam suas ações pelo que o seu grupo ou comunidade valoriza ou pensa ser correto. Assim, em determinada sociedade o homem ser traído por sua mulher lhe dá o direito de fazer o que bem entender com ela ou ainda, uma pessoa que cresce no mundo do tráfico, para ela aquela conduta é tão rotineira e irrisória que não vê o caráter ilícito imposto pela lei.

Deste modo, vivendo no país em que vivemos e sabendo das dificuldades que cercam a realidade de cada uma dessas pessoas é plausível e muito justificada a existência de tal instituto, que pode, no caso em testilha, isentar o sujeito da pena, ou apenas reduzi-la.

Não é nossa presunção deixar que todos esses casos fiquem impunes, mas ao menos que aquelas condutas penal e socialmente irrelevantes sejam beneficiadas e, por conseguinte ajudem a dar credibilidade ao Judiciário já tão desacreditado.

Não é crível que condutas com consciências diferentes sejam punidas de forma semelhantes.

O instituto existe e deve ser utilizado nos casos em que se adéqua, pois há a necessidade de aplicar a estas pessoas praticantes de tais condutas medidas compatíveis com a gravidade de seus atos, conforma vários julgados que apresentou-se nesse trabalho de conclusão de curso.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

CARLOMAGNO, Fernando. **Erro de tipo e Erro de proibição**. [S.1.:s.n., s.d.]. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/estudantesdedireito/damasiodejesus/fernandocarlomagno/errodetipoerrodeproibicao.htm>> Acesso em: 28 agosto 2008.

CLEMENTINO, José Carlos. **Glossário de Direito Penal**. [S.1.:s.n.,s.d.]. Disponível em: <<http://paginas.terra.com.br/educacao/clementino/glossariodedireitopenal.htm>> Acesso em: 31 agosto 2008.

DAMÁSIO, E. de Jesus. **Direito Penal**. 1º Volume. Parte Geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

DELMANTO, Celso... [et al]. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

ELEUTÉRIO, Fernando. **Erro no direito Penal**. Curitiba: Editora Juruá, 2006.

FURQUIM, Luiz Doria. **Teoria da Ação**. [S.1.:s.n.,2003]. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigo/675>> Acesso em: 31 agosto 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. **Erro de Tipo e Erro de Proibição (e a evolução da teoria causal-naturalista para a teoria finalista da ação)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

LACERDA, Susana Broglia Feito. **A Inexigibilidade de Conduta Diversa como Causa Supralegal de Exclusão da Culpabilidade e sua Submissão à Apreciação no Tribunal do Júri**. [S.1.: s.n., s.d.]. Disponível em: <http://www2.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/VOLUME_2/num_3/Suzana%20broglia.pdf> Acesso em: 17 de setembro de 2008.

LANA e FIORAMONTE, Cícero Marcos Lima e Bianca. **A Existência de Dificuldades Financeiras como Causa Supralegal de Exclusão da Culpabilidade nos Crimes Previdenciários**. [S.l.: 24., 2008]. Disponível em: <http://www.damasio.com.br/templates/cjdj/doc/phoenix/2008/phoenix_24.pdf> Acesso em: 17 de setembro de 2008.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal: Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

MATOS, Andressa Costa. **Erro no direito Penal: Uma breve apreciação doutrinária**. [S.l.:s.n.,s.d]. Disponível em: <http://www.cacbufc.org.br/documentos/2007_06_15_6_45_11811910105_892_andressa_costa_matos-_erro_no_direito_penal.> Acesso em: 31 agosto 2008.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Criminal n. 1.0273.06.500006-2/001**, da Câmara Criminal. Relator: Jane Silva. Minas Gerais: 29 de maio de 2007. Disponível em: www.tjmg.gov.br. Acesso em: 15 set. 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal. Revista e atualizada por Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha**. V1. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime Nº 70023342009**, da Quarta Câmara Criminal. Relator: José Eugênio Tedesco. Rio Grande do Sul: 17 de abril de 2008. Disponível em: www.tj.rs.gov.br. Acesso em: 15 set. 2008.

RONDÔNIA (Estado). Tribunal de Justiça de Rondônia. **Apelação Criminal n. 200.000.2003.009203-5**, da Câmara Criminal. Relator: Ivanira Feitosa Borges. Rondônia: 06 de maio de 2004. Disponível em: www.tj.ro.gov.br. Acesso em: 15 set. 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1987.

VADE MECUM. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 4. ed. atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.