

TEORIA DO ERRO: ALGUNS ESCLARECIMENTOS SOBRE O PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 20 DO NOSSO ESTATUTO PENAL

CRISTIANO ROCHA GAZAL

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Muita celeuma existe sobre o tema do presente artigo. A teoria do erro, de longa data, encanta o mundo jurídico, mormente o acadêmico, por sua complexidade e beleza. Não temos por objetivo esgotar a matéria, o que seria impossível, mas apenas dissipar algumas dúvidas, que se tornam comuns, quando do estudo do aludido dispositivo legal.

Enuncia o art. 20, § 1º, do Código Penal, in verbis:

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

Há, em nosso ius positum, um tratamento diferenciado no que concerne às discriminantes putativas, em face da adoção da teoria limitada da culpabilidade (nesse sentido: item 17 da exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal – Lei nº 7.209, de 11.07.1984). Em qualquer das excludentes de ilicitude putativas, o erro do sujeito pode recair sobre: a) os pressupostos de fato da causa de justificação (situação de fato – existência da agressão); ou b) sobre os limites da excludente da ilicitude (injustiça da agressão).

Assim, segundo a teoria limitada da culpabilidade, quando o erro recair sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação, trata-se de erro de tipo, tendo inteira aplicação o disposto no art. 20, § 1º, do Código Penal. Não obstante, quando a falsa percepção da realidade subsumir-se nos limites normativos da excludente da ilicitude, dever-se-á avocar a substância do enunciado no art. 21 do Código Penal, que rege o erro de proibição.

Urge, agora, perquirir, após a tomada de posicionamento acima, por que o legislador deu tratamento de dirimente (causa que afasta a culpabilidade) na hipótese do erro recair sobre os pressupostos fáticos da excludente da ilicitude, se, in casu, a hipótese é de erro de tipo, que exclui dolo e culpa, quando inevitável. Ora, se o elemento subjetivo do tipo se encontra na conduta e não na culpabilidade, não poderá, por conseguinte, defluir isenção de pena, pois tal episódio acarretará a atipicidade do fato. Não havendo dolo ou culpa (infração ao dever objetivo de cuidado) no atuar do agente, não há que se falar em isenção de pena, mas sim em falta de relevância criminal do seu proceder, por se tratar de conduta plenamente justificada pelas circunstâncias. O modus operandi do sujeito é lícito por supor, por erro plenamente justificado, pelas

circunstâncias, situação de fato que, se existisse, tornaria a sua ação legítima (art. 20, § 1º, do CP). Tal assertiva, que, prima facie, parece ser satisfatória, não é tão simples. Senão, vejamos:

O legislador pátrio optou por dar tratamento diferenciado entre o erro de tipo incriminador (art. 20, caput, do CP) e o erro de tipo permissivo (art. 20, § 1º, do CP). No primeiro, há exclusão do dolo, enquanto no segundo, isenção de pena. Coadunou, desta forma, até por uma questão de terminologia, o erro de tipo permissivo à culpabilidade. A ratio de tal afirmação está no fato de que, se o tratamento jurídico dado ao erro de tipo permissivo fosse o mesmo do erro de tipo incriminador, não haveria necessidade de se formular o § 1º do art. 20 do Código Penal. Melhor seria, em nossa opinião, que o erro de tipo permissivo fosse situado em dispositivo autônomo, para que não houvesse vinculação concernente à localização topográfica com o erro de tipo incriminador do caput do art. 20 do mesmo diploma legal. Fica aí a sugestão de lege ferenda. Assim, pugnamos pela autonomia do erro de tipo permissivo. Nesta direção, assevera o Mestre Luiz Flávio Gomes: *“O erro de tipo permissivo, segundo a moderna visão da culpabilidade, não é um erro de tipo incriminador excludente do dolo nem pode ser tratado como o erro de proibição: é um erro sui generis...”*. Nunca é demais consignar a posição do eminente Professor Julio Fabbrini Mirabete, que, sendo adepto da teoria extremada da culpabilidade, afirma: *“... Trata-se de erro de proibição, excluindo-se apenas a culpabilidade”*; *“O agente, em decorrência da situação de fato, supõe que sua conduta é lícita, mas age com dolo”*.

Não podemos concordar com a exclusão do dolo na hipótese do § 1º do art. 20 do Código Penal. Se assim fosse, desnecessária seria a sua existência, como já foi dito alhures. Como bem salienta a eminente professora portuguesa Teresa Serra, *“o dolo não pode nunca ser afastado mediante uma idéia de compensação de desvalor da conduta pela presença dos elementos subjectivos da justificação”*. No mesmo sentido, afirma Luís Jiménez de Asúa: *“O agente que acredita estar sendo atacado sabe que mata e, portanto, no aspecto meramente descritivo, está dando realidade ao tipo de homicídio; mata, com efeito, um homem e o mata com vontade de dar-lhe a morte. O que ocorre é que o agente supõe não ser o ato antijurídico ou proibido...”*.

O tratamento dado pelo legislador ao erro de tipo permissivo (isenção de pena) já era defendido por Alexander Graf Zu Dohna, que questionou, certa feita: *“Por que não deixar reger aqui também, como realmente é, que o fato consiste na concreção dolosa de um tipo e excluir a pena ou atenuá-la em razão da boa-fé do autor?”*.

Assim, se o legislador adotou a teoria limitada da culpabilidade, que se diferencia da teoria extremada ou normativa pura, fazendo distinção entre a ignorância da ilicitude por erro, que recai sobre a regra de proibição e a ignorância da ilicitude por

erro incidente sobre a situação de fato, não faz sentido, a toda evidência, estabelecer isenção de pena para a hipótese da ocorrência de descriminante putativa fática, pois entende a primeira (teoria limitada da culpabilidade) haver exclusão do dolo. Não há, pois, posição imune a críticas. Todavia, temos fundadas dúvidas quanto à adoção da teoria limitada da culpabilidade pelo nosso Estatuto Penal. Se este a adotou, cometeu o legislador, no mínimo, impropriedade, quanto à terminologia, ao isentar de pena quem se adequar à hipótese do § 1º, primeira parte, do art. 20 do Código Penal.

No que diz respeito à segunda parte do § 1º do art. 20 do Código Penal, parece se tratar de culpa imprópria, por extensão, assimilação ou equiparação, na qual o sujeito quer o resultado, mas sua vontade está viciada por um erro que poderia ser evitado pela diligência mediana. Malgrado seja a mesma conhecida pela doutrina, não precisamos reconhecê-la, pois estaríamos entrando no abismo do reconhecimento da tentativa no crime culposos, o que, data maxima venia, é impossível e inaceitável. Para evitarmos tais inconvenientes, evocamos, mais uma vez, o magistério do douto Professor Luiz Flávio Gomes, que conclui com acerto:

“... O problema do erro de tipo permissivo, vencível ou invencível, coliga-se com a teoria da culpabilidade, não com a teoria do injusto e isso permite concluir que o fato do agente, na hipótese, estruturalmente (a nível do injusto, portanto), continua sempre doloso (intencional), apesar de, presentes determinados pressupostos, tornar-se inafastável recair-lhe o juízo de reprovação mais brando da culpabilidade negligente (=fato doloso reprovado com culpabilidade negligente)”.

No mesmo sentido, Hans-Heinrich Jescheck, ao afirmar que: “*Não se está criando nenhuma imprudência (culpa), mas sim, só se utilizando da cominação penal do tipo imprudente*”.

Por derradeiro, lembrando as lições de Heleno Cláudio Fragoso: “*Na descriminante putativa fática subsiste o dolo*”; Wilhelm Gallas: “*A origem culposa da decisão do fato e a sua execução orientada finalisticamente em função do evento morte não são incompatíveis entre si*”; e, finalmente, Bacigalupo: “*É fácil deduzir que quem obra excedendo-se intensivamente ou nos casos de eximentes putativas, na medida em que quer o resultado típico, obra com dolo*”, podemos concluir que não tem guarida, em nosso ordenamento jurídico, a teoria dos elementos negativos do tipo, no que concerne ao erro de tipo permissivo, pois acreditamos não haver exclusão do dolo, mas sim ausência de reprovabilidade da conduta, tornando o atuar do agente inculpável, quando se tratar de erro plenamente justificado pelas circunstâncias (erro invencível). Por isso que reforçamos a idéia de que quem atua nos moldes do disposto no § 1º do art. 20 do Código Penal atua com dolo.