

ERRO E A LOCALIZAÇÃO DO DOLO

Chan Io Chao (Alberto)

Assessor do Gabinete do

Secretário para a Segurança

1 – Introdução

A problemática do erro constitui um dos mais complexos e difíceis temas do direito penal e a pedra de toque dentro da sistemática do facto punível cujo estudo vários criminalistas¹ tinham já feito, tanto ao nível dogmático como ao nível legislativo e político-criminal. Ela pode “perspectivar-se como charneira de toda a problemática da culpa, já que é nele - quer se considere o erro sobre as circunstâncias do facto (artigo 15º CPM) quer o erro sobre a ilicitude (artigo 16º CPM) - que o direito penal encontra o verdadeiro sentido para ser considerado como direito penal da culpa”². Assim, fazer uma consideração minuciosa à problemática do erro, seria “uma tarefa irrealizável – e mesmo insensata”³, deste modo, não é nossa intenção nem pretensão fazer uma profunda e perspicaz investigação sobre o tema, cingindo-nos apenas a uma breve abordagem, referindo os pressupostos jurídico-filosóficos, político-criminais e dogmáticos em que deve assentar a problemática em análise.

É sabido, entre nós, que o erro é o limite do dolo. Ora, ao falar sobre o erro, não podemos deixar de referir a localização do dolo e da negligência dentro da sistemática do crime, uma vez que o tratamento do erro tem a ver com o conteúdo que se atribua à tipicidade e com o reconhecimento da autonomia desta relativamente à ilicitude.

¹ EDUARDO CORREIA, FIGUEIREDO DIAS, BELEZA DOS SANTOS, TERESA SERRA, entre outros.

² In *Introdução constante do Decreto-Lei nº 400/82, de 23 de Setembro*.

³ Segundo FIGUEIREDO DIAS, in “*Temas básicos da doutrina penal*”, Coimbra Editora, pág 281.

Todavia, antes de se abordar sobre a localização do dolo e da negligência, parece-nos conveniente conhecer, a título prévio, o que é o dolo e a negligência, e também a relação entre eles.

2 – Questão prévia

2.1- Conceito de dolo

O n.º 1 do artigo 13.º do Código Penal de Macau dá-nos a noção legal de dolo, estipulando o seguinte : *“age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar.”*

Estruturalmente o dolo é composto por dois elementos, um cognoscitivo e outro volitivo. Tanto a consciência como a vontade têm por objecto um facto ilícito. Isto é, o dolo é vontade, mas vontade do agente dirigida para o facto típico (facto descrito como crime) e é cognição, mas cognição do agente sobre o facto que preenche o tipo de crime e a consciência do conhecimento da ilicitude desse facto.

A vontade dolosa pode ser constatada em dois momentos: um refere-se à representação ou visão antecipada do facto que preenche um tipo de crime (elemento intelectual ou cognoscitivo), o outro diz respeito à resolução, seguida de um esforço do querer dirigido à realização do facto representado (elemento volitivo).

Estes dois elementos estruturais do dolo estão intimamente inter-ligados, pois o querer dirigido à realização de um facto, em princípio, pressupõe uma percepção prévia.

No elemento cognoscitivo do dolo, podemos distinguir a representação e a consciência. A representação refere-se ao conhecimento do facto que preenche o tipo de crime (artigo 13.º do CPM) e a consciência ao conhecimento da ilicitude desse facto (artigo 15.º e 16.º do CPM).

Assim, o objecto da representação tem a ver com todos os elementos do facto típico, incluindo as circunstâncias especiais que concorrem no ofendido ou no acto e que integram o ilícito como seus elementos essenciais.

Sabemos que a vontade consciente constitui o núcleo do crime doloso, por isso desde que a vontade do agente esteja acompanhada da consciência de realizar um facto ilícito existe o dolo.

Esta exigência de que a consciência da ilicitude faça parte do dolo resulta do artigo 15.º do CPM, nele consagrando que *“o erro sobre elementos de facto ou de direito de um tipo de crime, ou sobre proibições cujo conhecimento for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto, exclui o dolo”*. Deste modo, está positivamente provado que a consciência da ilicitude é também elemento do dolo.

Partindo da ideia de a norma penal ser uma norma típica, a doutrina hodierna tem vindo a afirmar que o dolo constitui o elemento subjectivo geral do tipo de ilicitude dos crimes dolosos. Aqui o tipo é visto como as circunstâncias que fundamentam ou indiciam positivamente a ilicitude.

E o que é que constitui o elemento central da ilicitude de um facto? Para dar resposta a esta pergunta, devemos ter em mente que as normas penais são imperativas e que se dirigem a todos os indivíduos sem qualquer discriminação. A vontade *da acção* contrária ao imperativo do Direito põe em causa a exigência do preceito legal e logo sujeita à punição. Deste modo, não é difícil afirmar que o elemento central da ilicitude é a vontade da acção.

Por outro lado, no âmbito do tipo de ilícito, há que distinguir o desvalor da conduta do desvalor do resultado. O desvalor da conduta contém, além da decisão da prática delituosa, elementos objectivos respeitantes à natureza e à forma de cometimento do crime. No desvalor do resultado integra-se a lesão ou perigo de lesão do objecto da conduta.

Quanto às espécies de dolo, o CPM prevê no artigo 13.º o dolo directo, o dolo necessário e o dolo eventual.

2.2- O conceito de negligência

O facto negligente não é uma forma atenuada ou menos grave em relação ao facto doloso, nem uma mera forma especial de aparecimento do facto punível ao lado, por exemplo, da tentativa, da comparticipação e do concurso; antes, constitui uma das formas básicas de aparecimento do crime, ao mesmo nível do facto doloso⁴.

A dignidade penal manifesta-se pela protecção dos bens jurídicos e pela carência de pena para garantir ou acautelar o perigo que existe na “sociedade do risco”. É nesta perspectiva que se justifica a punição por facto negligente.

Assim, tal como no dolo, a negligência é também a vontade do facto que constitui o aspecto subjectivo do crime. Mas, diferentemente do que acontece no dolo, na negligência, essa voluntariedade não é directa, ou seja, não é dirigida à prática do facto ilícito, mas antes, consiste na violação de um dever de diligência ou de cuidado, ou na omissão das cautelas necessárias para que o facto ilícito não ocorra.

O artigo 12.º do CPM consagra que “*só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência.*” A *ratio* deste artigo funda-se no princípio da culpa⁵ que constitui um dos princípios-base do Direito

⁴ FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos*.....pág. 350.

⁵ Este princípio traduz-se na ideia de que não há pena sem culpa e de que a culpa decide a medida da pena, ou seja, a pena criminal só pode fundar-se na constatação de que se deve reprovar o autor

Penal. Por outro lado, este artigo também faz uma limitação à punição a título de negligência, pois só nos casos especialmente previstos na lei é que o agente deve ser punido a título de negligência. Assim, a voluntariedade na negligência não é directa, isto é, não é dirigida à prática do facto ilícito, mas antes na violação do dever de diligência ou na omissão das cautelas necessárias para que o facto ilícito não ocorra.

Com isso, queremos dizer que, em termos de punibilidade, mesmo que se mostre excluído o dolo, ainda será possível censurar o agente pelo facto praticado, se este omitiu os deveres de diligência a que estava obrigado, segundo as circunstâncias e os seus conhecimentos e capacidades pessoais (quando a lei expressamente o determinar).

A conduta negligente (que tanto pode ocorrer por acção, como por omissão) é, normalmente, caracterizada por uma conduta voluntária que realiza um facto antijurídico não querido pelo agente, mas que foi por ele previsto ou era previsível e que podia ter sido evitado caso o agente actuasse com o devido cuidado ou com a devida diligência.

Confronta-se no artigo 14.º do CPM que o que há de essencial na negligência é a omissão de um dever objectivo de cuidado⁶ (elemento objectivo) e a capacidade de na circunstância concreta o agente ser capaz de actuar com a diligência devida (elemento subjectivo) para evitar a realização do facto ilícito.

Em termos de estrutura dogmática, o tipo de ilícito do facto negligente considera-se preenchido por um comportamento sempre que este diverge daquele que era objectivamente devido numa situação de perigo para bens jurídicos penalmente protegidos, para deste modo se evitar uma violação juridicamente indesejada⁷. O tipo de ilícito do facto negligente integra-se sempre pelo resultado e pela ocorrência da violação de um dever objectivo de cuidado, o que, aliás, se traduz no “desvalor de acção” característico dos crimes negligentes.

Por vezes essa diligência objectiva é consagrada pelas regras de profissão, como acontece na intervenção ou tratamento médico-cirúrgico em que o médico deve actuar de acordo com as *legis artis*. Mas quando não houver a consagração legal da diligência objectiva, o conteúdo do dever objectivo de cuidado deve ser determinado por meio da comparação do facto concreto com o comportamento que teria adoptado, se estivesse no lugar do agente, um homem comum inteligente e prudente – um “homem médio”.

pela formação da vontade que o conduziu a decidir pela pratica do facto e nunca pode ser mais grave daquilo que o autor mereça segundo a sua culpabilidade.

⁶ Este dever objectivo de cuidado consiste no comportamento adequado a evitar as possíveis consequências perigosas da sua conduta com vista a não violar os bens jurídicos legalmente protegidos.

⁷ FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos*.....pág. 353.

Neste contexto, levanta-se a questão de saber se essa indagação fica ainda ao nível do tipo de ilícito, ou se já o ultrapassa e se situa no tipo de culpa do facto negligente.

Segundo a doutrina maioritária parece-nos que o facto negligente tanto se situa no tipo de ilícito como no tipo de culpa.

Quanto à espécie de negligência, a nossa lei prevê no artigo 14.º do CPM duas espécies de negligência: uma consciente e outra inconsciente. Quando o agente actua com a previsão do resultado como possível, embora esse facto não seja querido por ele, estamos perante uma negligência dita consciente (artigo 14.º a)). Já quando o agente actua sem a previsão do resultado que preenche o tipo de crime, estamos perante uma negligência inconsciente⁸.

O nosso Código utiliza ainda uma outra forma para qualificar a negligência – a intensidade ou graus de negligência - o que é relevante para a determinação da moldura penal. Por exemplo⁹, no artigo 134.º do CPM onde se prevê o crime de homicídio por negligência, encontramos a qualificação de negligência grosseira (no seu n.º 2) que corresponde à omissão das precauções exigidas pela mais elementar prudência ou das cautelas aconselhadas pela previsão mais elementar que deve um agente observar nos actos correntes da vida¹⁰.

3- Localização do dolo e da negligência

A questão sobre a localização do dolo e da negligência dentro da sistemática do crime foi, e continua a ser, um tema muito debatido no foro da doutrina. Já Engisch defendia que "...este problema sistemático está hoje no centro da investigação criminalista..."¹¹.

A questão de se saber se o dolo e a negligência se situam no tipo de ilícito ou antes na culpa levou a uma luta doutrinária entre os adeptos e adversários da doutrina da acção final.

⁸ A sua distinção é fácil de se demonstrar com recurso a um exemplo da escola. Alguém atira um objecto pela janela de sua casa, atingindo uma pessoa que passava na rua. Se o agente não previu que naquela altura passava alguém pela rua e que podia ser atingido, estamos perante uma negligência inconsciente; mas, pelo contrário, se o agente previu que naquele momento passavam pessoas pela rua, mas confiou que o objecto não atingiria ninguém, estamos perante negligência consciente.

⁹ FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos*.....pág. 353.

¹⁰ Cfr. Ac do STJ, de 27 de Maio de 1993, bem como FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos*.....pág. 380 e 381.

¹¹ Cfr. ibidem, pág 225.

A análise sobre a eventual referência do dolo e da negligência ao tipo de ilícito ou ao tipo de culpa deve assentar-se na *função* e na *teleologia* do tipo de ilícito e do tipo de culpa no sistema, e não na ideia de se aceitar ou recusar o conceito final de acção, como a doutrina da acção apoia, nem muito menos com base nas categorias ônticas como as da “causalidade” ou da “finalidade”¹².

Reparamos que, para chegar à ideia de que o dolo se localiza no tipo de ilícito, os autores partiram, desde logo, da colocação do dolo no domínio da tentativa. Apontando que sem uma referência ao dolo como “dolo do tipo”, isto é, como conhecimento de um tipo legal de crime (tipo de ilícito objectivo) e do seu significado e vontade de o realizar, não é possível fundamentar tipicamente o ilícito da tentativa, e por conseguinte, impossível de realizar a função de tipificação do ilícito.

É no tocante ao estágio de realização da tentativa que a doutrina considerou provado que o dolo do tipo é elemento constitutivo de todo e qualquer tipo de ilícito subjectivo.

Mas, por outro lado, não podemos olvidar que a nossa lei prevê diferentes molduras penais consoante os factos tenham sido cometidos com dolo ou antes com mera negligência. A sua justificação funda-se, essencialmente, no princípio da culpa¹³ e na função que a mesma desempenha no sistema. A consagração de diferentes molduras penais para as duas formas de comportamento mostra que entre eles existe uma diferença de conteúdo material de culpa. É, assim, a diferença de culpa que está em causa.

Perante essas realidades, como podemos então integrar o dolo e a negligência no nosso sistema?

Hoje em dia, existem doutrinas que defendem que o dolo e a negligência constituem primariamente elementos do tipo de ilícito subjectivo, que mediamente relevam também como graus de culpa. Assim, a doutrina hodierna alemã insiste cada vez com maior intensidade na ideia de existir uma localização, uma função e uma valoração duplas do dolo e da negligência no sistema¹⁴.

Tanto o dolo como a negligência são considerados como “entidades complexas”, englobando um conjunto de elementos constitutivos heterónimos, dos quais uns relevam ao nível do tipo de ilícito subjectivo, outros ao nível do tipo de culpa.

Certo é que o “dolo do tipo” ou o “dolo do facto”, como conhecimento e vontade de realização do tipo de ilícito objectivo, deve ser visto como elemento constitutivo do tipo de ilícito subjectivo doloso. E a violação não dolosa do dever

¹² Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Op. Cit.*

¹³ Supra nota de rodapé n.º 5.

¹⁴ Ibidem, pág 228.

objectivo de cuidado deve ser tida como elemento constitutivo do tipo de ilícito negligente.

Contudo, olhando a questão com maior precisão, verificamos que se o dolo não se restringe ao conhecimento e vontade de realização do tipo de ilícito objectivo, também a negligência não se reduz à violação não dolosa de um dever objectivo de cuidado¹⁵. Parece-nos que à culpa (tanto na vertente do dolo como na da negligência) ainda se pode acrescentar uma autónoma atitude interior a que Figueiredo Dias chama de *Gesinung* pessoal.

No dolo, essa atitude interior reflecte-se na atitude pessoal contrária ou indiferente ao bem jurídico protegido. Na negligência, essa atitude interior reflecte-se na atitude pessoal descuidada ou leviana perante o bem jurídico protegido ou dever-ser jurídico-penal. Nesta perspectiva, o dolo é elemento constitutivo do tipo de culpa dolosa e a negligência elemento constitutivo do tipo de culpa negligente.

Por outro lado, o dolo é também conhecimento e vontade de realização do tipo objectivo e a negligência violação de um dever de cuidado ou criação de um risco não permitido. Nesta perspectiva, tanto o dolo como a negligência são elementos constitutivos do tipo de ilícito.

Deste modo, é de aceitar a doutrina da dupla valoração do dolo e da negligência no nosso sistema. Esta doutrina se não traduz na ideia de que o dolo e a negligência sofrem uma dupla valoração no sistema, uma em sede de tipo de ilícito e outra em sede de tipo de culpa; o que esta doutrina quis transmitir é a existência de uma dupla valoração do ilícito e da culpa na modelação do dolo e da negligência.

Uma especificidade a considerar quanto ao dolo é que, como anteriormente referimos, ele é o conhecimento e vontade de realização do tipo objectivo. À luz destas considerações deve, ao lado do dolo do tipo, acrescer um outro elemento que nas palavras de Figueiredo Dias¹⁶ se denomina de “emocional” – elemento caracterizador da específica atitude pessoal exigida pelo tipo de culpa dolosa dado através da consciência do ilícito.

4- Erro e sua distinção

O erro é considerado como falsa representação da realidade. Ele equipara-se à ignorância que consiste na ausência total de representação.

A distinção tradicional dentro do erro reside na distinção entre erro de facto e

¹⁵ FIGUEIREDO DIAS, *Op Cit.*

¹⁶ *Ibidem*, pág 245.

erro de direito. É ainda esta a distinção usual na teoria geral de Direito. O erro de direito sobre a criminalidade do facto seria irrelevante, mas seria relevante o erro de direito que incidisse sobre normas jurídicas não penais.

A distinção entre o erro de facto e erro de direito é inapta para circunscrever o problema da falta de consciência da ilicitude¹⁷.

Para certos autores, esta distinção entre erro de facto e erro de direito, que remonta ao direito romano, é hoje em dia uma distinção tecnicamente incorrecta, pois nem sempre é possível distinguir entre elementos de facto e elementos de direito, particularmente quando o erro versa sobre elementos normativos do tipo.

De acordo com o nosso sistema jurídico-penal, a distinção mais correcta seria entre o erro sobre elementos do facto ou erro de tipo (artigo 15.º n.º1, primeira parte do CPM) e o erro sobre a ilicitude (artigo 15.º n.º1, segunda parte e artigo 16.º, ambos do CP).

Esta, noutra terminologia, consiste na distinção entre o erro sobre o facto típico ou erro de tipo e erro sobre a punibilidade.

Além dessa distinção, também se costuma distinguir entre erro de representação, de percepção ou erro intelectual e erro de execução. O erro de representação diz respeito à falsa percepção ou representação da realidade, enquanto que o erro de execução diz respeito à execução do acto. Pode acontecer que um agente represente um facto e por mau uso dos meios de execução pratica facto diverso: é o que na doutrina se designa por *aberratio ictus*. Mas o agente também pode, por inabilidade, praticar um facto que não quer praticar, não tendo representado o que praticou mas sim o que não praticou.

A distinção do erro também se faz entre erro relevante e erro irrelevante. Enquanto que o erro relevante é aquele que tem efeitos jurídicos, o erro irrelevante é aquele que não tem efeitos jurídicos. É, porém, necessário não confundir o erro essencial que incide sobre elementos essenciais do facto, com o erro accidental que incide sobre elementos meramente accidentais. O erro essencial tem sempre relevância para efeitos jurídico-penais, enquanto que o erro accidental pode também ter relevância no âmbito de graduação da responsabilidade.

5 – Tipo e ilicitude

Para se poder fazer uma melhor distinção entre erro sobre o tipo e o erro sobre a ilicitude, começaremos por distinguir a tipicidade da ilicitude.

¹⁷ Para mais desenvolvimentos, vide FIGUEIREDO DIAS, *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, pág 52 e ss.

A tipicidade e a ilicitude são consideradas, ao lado da acção, culpa e punibilidade, como elementos constitutivos do conceito de crime.

Segundo Beling, o tipo é constituído pelo conjunto de elementos dos quais resulta o crime que está tipificado na lei penal. O tipo é a expressão da contrariedade da acção com a ordem jurídica, contendo a proibição jurídica do respectivo comportamento nele descrito. E a ilicitude tem como função exprimir a contradição entre a realização de um tipo e a ordem jurídica total. Nesta perspectiva, e segundo Figueiredo Dias, o tipo configura-se perante a ilicitude como o objecto da proibição perante a proibição do objecto¹⁸.

Nesta acepção, a tipicidade é vista como indício da ilicitude, a que os autores alemães denominam de “tipo indiciador”.

Esta distinção entre tipo e ilicitude por via da doutrina do tipo indiciador é aparentemente clara. Todavia, ela não revela uma via correcta de distinção entre o tipo e a ilicitude.

A função do tipo não é apenas indiciadora. O tipo também tem uma função valorativa, pois a comprovação da tipicidade não é valorativamente neutral. O tipo não descreve condutas humanas que são axiologicamente neutras, antes elege aquelas que são juridico-penalmente relevantes, sendo lícitas ou ilícitas. Com efeito, distinguem-se três áreas diferentes no tipo: a do atípico (condutas juridico-penalmente irrelevantes), a do típico (mas) justificado (condutas juridico-penalmente relevantes mas lícitas) e, por último, a do típico e não justificado (condutas juridico-penalmente relevantes e ilícitas).

No que respeita à função valorativa que o tipo desempenha, verificamos que ela requer uma comparação axiológica. Mas essa comparação não deverá estabelecer-se relativamente a um comportamento de todo juridicamente irrelevante¹⁹, pois a descrição feita pelo tipo deve ser juridico-penalmente relevante. Mas deverá estabelecer-se relativamente a um comportamento que não contenha um elemento típico mas seja juridico-penalmente relevante e outro justificado.

Com isso fica demonstrado que o essencial para a caracterização jurídico-penal de um comportamento é a valoração da ilicitude, da qual se partirá para a caracterização material do tipo. A valoração material e autónoma da ilicitude é o que há-de ser essencial na caracterização da relevância jurídico-penal de uma acção, e só por essa via se atingirá a materialização do tipo.

No âmbito de distinção entre o tipo e a ilicitude, o que não podemos olvidar é a causa justificativa.

¹⁸ FIGUEIREDO DIAS refere-o como uma distinção que decorre já do direito natural escolástico, idem, *Problema....*, pág. 71.

¹⁹ Por exemplo, matar uma abelha e matar um homem em legítima defesa.

O tipo contém a descrição da matéria proibida que visa a protecção do bem jurídico, isto é, contém as notas fundamentais para a individualização da respectiva espécie de crime.

A causa justificativa descreve tão-somente as particulares circunstâncias relativamente às quais a lesão é permitida.

Fica, assim, demonstrado que no plano da estatuição legislativa ou da disposição sistemática, a relação entre “tipo” e “causas justificativas” é uma relação de regra-excepção.

O tipo destina-se a circunscrever positivamente as condições relativamente às quais a lesão de um substrato de valor é ilícita.

A causa justificativa destina-se a circunscrever negativamente essas condições.

Por exemplo, nem toda a subtracção de coisa móvel alheia é típica, mas somente a que for executada com intenção de apropriação²⁰; esta intenção (que é um elemento do tipo) circunscreve as condições sob as quais a lesão do substrato de valor é ilícita. A definição das condições para que se verifique o preenchimento dos elementos integrantes de uma causa justificativa ocorre de forma semelhante (atente-se, por exemplo, aos requisitos do direito de necessidade).

O tipo é considerado como o resultado da valoração material da ilicitude²¹ ou como portador da valoração da ilicitude²².

A ilicitude tem como função exprimir a contradição existente entre a realização de um tipo e a ordem jurídica total.²³ Nesta perspectiva, Figueiredo Dias aponta que “o tipo configura-se perante a ilicitude, como o objecto da proibição perante a proibição do objecto”²⁴.

6- Erro sobre o tipo e erro sobre a ilicitude

Após esta breve apresentação relativa à relação entre o tipo e a ilicitude, podemos já fazer o enquadramento do erro sobre o tipo e do erro sobre a ilicitude.

Verifica-se um erro de tipo quando o agente erra por desconhecer ou por ter falso conhecimento relativamente aos elementos objectivos do tipo, sejam eles

²⁰ Ou ainda com mera intenção de utilização de coisa alheia como sucede no caso do crime de furto de uso de veículo, tipificado no art.º 202.º do CP.

²¹ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da consciência da ilicitude*, pág 86.

²² EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal I*, pág 284

²³ Segundo WELZERL, *apud* FIGUEIREDO DIAS, *O problema da consciência da ilicitude*, pág 71.

²⁴ Conf. *supra*, nota 18.

descritivos ou normativos, isto é, aquilo de que o agente não teve consciência diz respeito à descrição do comportamento que o torna jurídico-penalmente relevante.

Por outro lado, estamos perante o erro sobre a ilicitude quando o agente não conhece a norma de proibição que respeita directamente ao facto ou faz uma interpretação incorrecta da norma, considerando o seu comportamento como juridicamente admissível, isto é, aquilo que o agente não teve consciência diz respeito à contradição entre o seu comportamento e a ordem jurídica total.

O erro de tipo é o erro sobre a presença dos pressupostos objectivos que condicionam a virtualidade do comando da norma. A seu lado concorre o erro de proibição que se verifica quando o agente não representa a valorização jurídica do facto, ou seja, o agente não tem a consciência da ilicitude, apesar do conhecimento da situação que fundamenta a ilicitude.

Quando o erro de tipo é relevante exclui o dolo, ficando todavia ressalvada a punibilidade por negligência nos termos gerais (artigo 15.º n.º 1 e 3 do CPM). Por seu turno, o erro de proibição relevante consiste numa causa de exclusão da culpa, nos termos do artigo 16.º n.º 1 do CPM.

Com esta distinção podemos desde já concluir que o erro de tipo releva em sede de tipo e afasta de imediato o dolo, enquanto que o erro sobre a ilicitude só releva em sede de culpa.

Na prática, os casos que envolvem a problemática da falta de consciência da ilicitude são raros. Muitas vezes presume-se a existência dessa consciência, especialmente nos casos em que o agente não é inimputável e é plenamente capaz de culpa. Nestes termos, só se defronta o problema da consciência da ilicitude quando o agente se defende invocando que actuou estando em erro quanto à proibição, o que ocorre quando é estrangeiro e tenha fundadas dúvidas acerca da ilicitude da sua conduta, ou quando o agente possa ter pensado estar a actuar na presença ou dentro dos limites de uma causa de justificação.

O erro sobre a ilicitude pode ser censurável ou não censurável. Quando não for censurável, ele constitui uma causa de exclusão de culpa, nos termos do artigo 16.º, n.º 1 do CPM. Quando censurável ele deve ser tratado nos termos do artigo 16.º, n.º 2 do CPM, ou seja, o agente será punido com a pena aplicável ao crime doloso respectivo, a qual pode ser especialmente atenuada. A atenuação da pena é meramente facultativa, na medida em que existem casos em que este erro corresponde, no conteúdo da culpa, à plena consciência da ilicitude e, nestes casos, será aplicada ao agente a pena do crime doloso respectivo sem qualquer atenuação.

7- Erro sobre a ilicitude e erro sobre as proibições

Tradicionalmente fazia-se a distinção entre o erro sobre o tipo e o erro sobre a proibição²⁵. Esta distinção não nos parece ser adequada face ao sistema jurídico penal de Macau, uma vez que o artigo 15.º n.º 1, segunda parte, também se refere ao erro sobre proibições.

No erro sobre proibições cujo conhecimento é indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude (previsto na segunda parte do n.º 1 do artigo 15.º do CPM) estamos perante um erro de conhecimento, o que é equiparável ao erro sobre os elementos de facto e de direito do tipo de crime, enquanto que no erro sobre a ilicitude (artigo 16.º do CPM), estamos perante um vício de consciência do agente.

A distinção entre o erro sobre as proibições do artigo 15.º n.º 1 e o erro sobre a ilicitude do artigo 16.º não é uma distinção na espécie do erro, mas uma distinção no objecto do erro, isto é, nas problemáticas relativamente às quais diz respeito.

No erro sobre a ilicitude exige-se que a punibilidade seja conhecida por todos os cidadãos normalmente socializados. Isto é, estamos perante uma deficiência da própria consciência ético-jurídica do agente, que não lhe permite apreender correctamente os valores jurídico-penais e que, por isso, quando censurável conforma uma censura traduzida na culpa do agente. Enquanto que no erro sobre “*proibições cujo conhecimento seja razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto*” (artigo 15.º n.º 1 do CPM) estamos perante uma falta de conhecimento que deve ser imputada a uma falta de informação ou de esclarecimento pelo que, quando justificado excluirá o dolo, ressalvando-se porém a punibilidade a título de negligência.

A lei consagra regimes diferentes para as duas modalidades de erro. No artigo 16.º do CPM - erro sobre a ilicitude - a lei adopta um regime mais severo, visto que se exige que todos os cidadãos conheçam a punibilidade desses actos, na medida em que esses comportamentos são crimes. Ao passo que na segunda parte do n.º 1 do artigo 15.º do CPM se adopta um regime menos severo, porque não é exigível que todos os cidadãos tenham conhecimento dessas incriminações.

Devemos ser cuidadosos quando procedemos à interpretação do erro sobre proibições. Uma pessoa (e.g., um advogado, um comerciante) que exerce uma determinada actividade de forma estável tem o dever acrescido de conhecer as normas jurídicas que regulam essa actividade, não podendo, por isso, quando as desconhece, ser equiparada aos restantes cidadãos. Assim, deverá ser-lhe aplicável o regime constante do artigo 16.º do CPM. Por contraposição, àquele que, não exercendo normalmente uma certa actividade, for chamado a praticar um acto característico dessa actividade, sem estar especialmente preparado para ela, deve

²⁵ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português*, pág 211.

ser aplicado o regime mais benevolente constante do artigo 15.º do CPM.

8 – Erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação

O n.º 2 do artigo 15.º do CPM estatui que “*o disposto no número anterior abrange o erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do facto ou a culpa do agente.*” Estamos em presença de um erro de ciência e não de consciência. O agente configura uma situação factual, isto é, um “*estado de coisas*” que na realidade não existe ou não existe da forma que supõe.

Acontece que as situações configuradoras de causas de justificação podem, por erro, existir apenas na imaginação do agente, transformando-se em situações de erro desculpável, denominando-se então de causas de justificação putativas. O exemplo tradicional de causa de justificação putativa é o caso da legítima defesa putativa. A, supondo-se ameaçado pelo seu inimigo B, que faz o gesto de puxar de uma arma, age mais rapidamente e mata o suposto agressor. Verifica-se depois que A estava desarmado, não tendo tido passado de um erro de A. É manifesto que não podemos enquadrar este caso nos moldes da legítima defesa, pois efectivamente não existiu qualquer agressão. Se o erro de representação de A for desculpável, excluir-se-á o dolo.

Existem várias vias doutrinárias para o tratamento deste erro sobre pressupostos objectivos de uma causa de justificação.

A primeira a apontar consiste na teoria rigorosa da culpa defendida por Welzel²⁶, o qual faz uma total equiparação do erro sobre pressupostos objectivos de uma causa de justificação ao erro de proibição indirecto, aplicando-lhe, portanto, os princípios a este correspondentes. Para este autor, “*os três casos de suposição errónea de concurso de uma causa de justificação são igualmente erros de proibição: o erro inevitável exclui a culpa, o evitável atenua-a segundo a medida da evitabilidade*”²⁷.

Esta teoria é minoritária na medida em que pode conduzir a resultados incompatíveis com o sentimento jurídico da comunidade, punindo o agente em caso de erro evitável, com a pena do correspondente crime doloso só facultativamente atenuada.

O nosso direito penal não adoptou esta teoria pois não equipara o erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação ao erro de proibição indirecto, antes o faz quanto ao erro sobre os elementos do facto típico, na medida em que o agente representa o facto e as circunstâncias que, a ocorrer efectivamente, levariam a que

²⁶ Segundo referência feita por TERESA SERRA, *Problemática do erro sobre a ilicitude*, pág 81.

²⁷ *Ibidem apud WELZEL, Derecho penal...*, pág 243.

o facto não fosse punível (artigo 15.º n.º 2 do CPM).

Uma segunda teoria a este propósito será a teoria dos elementos negativos do tipo. Esta teoria defende que o tipo e a causa de justificação constituem como que uma unidade, sendo que o facto só é ilícito se não se verificar uma causa de justificação. Pela mesma razão que o erro sobre os elementos negativos do tipo tem o mesmo tratamento do erro sobre elementos positivos, também esse tratamento deve ser dado ao erro quando o seu objecto consista na suposição da verificação do pressuposto da causa de justificação²⁸.

Verificamos que o n.º 2 do artigo 15.º do CPM consagra que “o disposto no número anterior *abrange o erro sobre um estado de coisas que...*” (sublinhado nosso), pelo que análise superficial, levar-nos-ia a apoiar naquilo que é defendido por esta teoria.

Mas reparamos que a segunda parte deste preceito estipula que “... *o erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do facto...*” (sublinhado nosso) e não a tipicidade, o que não se coaduna com a teoria dos elementos negativos do tipo. Por outro lado, se este erro não passasse de um normal erro de tipo, sistematicamente não haveria qualquer necessidade da existência de uma norma como a do artigo 15.º n.º 2 do CPM, bastando o n.º 1 do mesmo artigo para resolver o problema²⁹.

A teoria mais defensável parece ser a do tipo permissivo defendida por Castilho Pimentel e apoiada por Teresa Serra.

Esta teoria parte da constatação de que o dolo do tipo se mantém quando o agente erra sobre pressupostos objectivos da justificação. Nestes termos, o agente não deve ser punido com a correspondente pena dolosa, mas somente por negligência, o que consagra uma teoria da culpa que remete para as consequências jurídicas do facto.

Os defensores desta teoria³⁰ entendem que o erro de tipo permissivo é um erro que situa no meio-termo entre o erro de tipo e o erro de proibição indirecto. Tal como no erro de tipo, aqui o agente erra sobre elementos objectivos de uma norma. Tal como no erro de proibição, o agente, para além de conhecer o tipo e a função do dolo típico, erra sobre elementos que fundamentam o juízo de ilicitude material.

O erro de tipo permissivo não seguiu o regime do erro de proibição porque neste erro verifica-se uma diminuição do desvalor da conduta, já que o agente acredita estar a actuar de acordo com o Direito e não contra o Direito e, por conseguinte, há

²⁸ Segundo defendido por GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito penal português, parte geral II, Teoria do crime*, pág 209.

²⁹ TERESA SERRA, *Problemática do erro sobre a ilicitude*, pág 82.

³⁰ Como os autores Jescheck, Wessels, entre outros, apontados por TERESA SERRA, *Op. Cit.*, pág 84.

uma redução considerável do conteúdo da culpa, uma vez que a motivação que conduziu à formação do dolo não se funda no ânimo, nem numa atitude contrária ao Direito, mas tão somente no exame descuidado ou leviano da situação. Nestes termos, o que se deve censurar ao agente é o seu comportamento leviano, sem ter procedido a um exame atento da situação.

Mantém-se assim intacto o dolo do tipo, havendo participação punível onde porém não estão reunidos os pressupostos da culpa dolosa, uma vez que falta a atitude contrária ao Direito por parte do agente. Consequentemente, afastando-se a punição fundada na censura dolosa, o que resta é a punição com a pena do correspondente crime negligente, caso exista, nos termos do artigo 15.º n.º3 e artigo 12.º, ambos do CPM.

Com isso, concluímos que o dolo tem, dentro da sistemática do facto punível, uma dupla função. No âmbito do tipo de ilícito, o dolo é como que portador da finalidade, do sentido subjectivo da conduta e por conseguinte, elemento central do desvalor da conduta. E no âmbito da culpa ele exprime o desvalor interior da ausência de respeito pelo Direito que caracteriza a realização dolosa do tipo.³¹

Bibliografia

- EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal I*, reimpressão, Almedina, 1993.
- JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, 3ª edição, Coimbra Editora.
- JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos da doutrina penal, sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime*, Coimbra Editora.
- TERESA SERRA, *Problemática do erro sobre a ilicitude*, Almedina.
- GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito penal português, parte geral II, Teoria do Crime*, Verbo.
- MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, 2.ª edição, Verbo.
- LEAL-HENRIQUE e M. SIMAS SANTOS, *Código penal de Macau*, Anotações, Legislações avulsa, 1997.

³¹ TERESA SERRA, *Op. Cit.*, pág 86.

