

O ERRO SOBRE AS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO DO CRIME

Pelo DR. MANUEL FURTADO DO NASCIMENTO

I

O PROBLEMA DO ERRO NO DIREITO CRIMINAL

1. Erro e comportamento

O erro relevante para o direito penal é o que respeita à actividade cognoscitiva do agente e, através dela, inquina o seu comportamento exterior.

O nosso direito penal não cria uma ficção que nos sirva de base a uma teoria do erro, mas também não nos podemos confinar na pura interioridade mental que caracteriza ou que é a própria essência do erro.

Na ciência do direito penal, é imprescindível a inclusão do estudo do comportamento. Portanto, dirigimo-nos a ele em primeira linha, o qual assenta em realidades que são a sua própria substância e lhe definem o sentido.

As realidades psicológicas que o informam e das quais surge como revelação, é que vem dar ao comportamento o seu aspecto verdadeiramente humano, constituindo a determinação desse *processus* psicológico toda a chave quer da compreensão dos comportamentos individuais, quer das reacções sociais, quer do ponto de vista do legislador.

Com efeito, se as mais modernas tendências do direito são no

sentido de fugir do conceito abstracto do homem e agarrá-lo, por assim dizer, pelo seu coração, é no direito penal que esse *desideratum* se revela com maior acuidade.

Aparece-nos, portanto, o comportamento como elemento primordial da base das nossas considerações gerais.

Vamos decompor este e, através das suas fases, encontraremos, afinal, toda a mecânica do erro. No entanto, como não nos interessa o puro erro, mas o comportamento originado, vamos ver em que medida ele interessa na técnica jurídico-penal.

Num primeiro passo, o dominante no nosso estudo será o seu aspecto psicológico, isto é, aquilo que nos possa patentear a representação mental de um objecto, finalidade ou resultado e a adesão da vontade a esses mesmos objectos, finalidade ou resultado e nos dê a medida da representação e da vontade que nos seus aspectos anómalos possam conduzir ao erro.

2. Significado jurídico-criminal do erro

Para compreendermos bem o erro no que ele tem de mais específico no direito penal, basta olharmos, num relance, o nosso direito positivo que impõe como consideração primária, para que um facto seja jurídico-penal, a condição de ser primariamente *um acto* ou *facto* voluntário.

Exigem-no expressamente os art.ºs 1.º «facto voluntário», 2.º «omissão voluntária», e 3.º «facto voluntário punível».

Um crime de pensamento ou vontade puros será uma fantasia, pois se pensar ou querer é uma actividade lícita, cuja interioridade a própria natureza das coisas garante, embora não admitamos para a justificação do elenco das figuras criminais a existência de um direito natural que grite em cada um e em cada momento aquilo que é crime, podemos dizer afoitamente tratar-se de qualquer coisa que está gravada a letras de fogo na nossa constituição moral e não avassalar-se a vida com actividades a esse fim destinadas.

Erro para o direito penal será aquele que, revelando uma interioridade mais ou menos desculpável, venha a dar corpo a uma actividade socialmente prejudicial ou perigosa e que o legislador incrimine.

A incriminação que o legislador lance sobre determinado facto é

que levará o juiz a indagar se houve ou não a força psicológica volitiva — intenção ou simples culpa — suficientes para no caso *sub judice* podermos dizer que o acto é crime e se, dentro de determinado tipo criminal, poderemos fixar a maior ou menor medida da sua intensidade.

Toda a indagação se fará em torno da ideia de crime, em busca dos elementos de facto que incluam um acto no modelo legal ou dele o excluam.

Ora, um dos elementos que constituem o crime é precisamente a vontade que em si contém essa outra fase mais intelectual que é a previsão ou representação do acto que há-de ser querido e praticado.

E, põe-se o problema: em que fase de comportamento podemos encontrar erro? Na previsão? Na volição ainda interna ou na decisão que costuma coroar as nossas «vontades» manifestando-as e sem as quais não interessariam para o direito criminal?

Em pura mecânica psicológica o erro não se pode localizar nesta ou naquela fase do acto de vontade. O erro surgirá sempre como qualquer coisa de actual no momento da previsão, embora diga respeito a realidades futuras. E isto porque o erro, sendo uma falsa convicção da realidade, é, ao mesmo tempo, uma relação entre uma realidade qualquer e a previsão do acto de vontade.

Mas não será o erro de uma coisa externa ao próprio pensamento e não estará fora dele? Não. O que impulsiona mal a vontade do agente é precisamente a falsa convicção que o erro gera. Portanto, o erro analisa-se numa relação entre o que se prevê e a realidade. Como relação, um dos seus pólos está no pensamento, o outro está nos factos. No processo volitivo apenas está presente a força actuante da convicção — convicção errónea. Portanto, o erro, se respeita à previsão, não está nela, embora se lhe refira.

O erro, classicamente uma desconformidade do pensamento com as coisas, é sempre actual em relação à previsão, porque é uma sua qualidade e qualidade sem suporte não é possível; mas como qualidade que tem de exteriorizar-se, transformando-se em acto, sai do puro campo intelectual para o campo das realidades práticas. Tempo e espaço são factores que o vão condicionar e dar-lhe fisionomia própria.

Ainda que naquelas figuras que por uma necessidade prática são

assimiladas ao erro, seja discutível a sua inclusão na figura jurídica do erro, há sempre uma previsão que não corresponde à realidade que se verifica ou verificará.

3. Em que se analisa o erro

Mas em que se analisa o erro? Já o dissemos: uma relação de desconformidade entre o que se pensa e a realidade.

Não podemos dizer simplesmente que consiste num *falso conhecimento*. Nem que seja a resultante da deficiência dos processos formais de pensar.

Com efeito, o erro não é o próprio conhecimento, nem tem como pressuposto uma relação discordante entre o que se pensa e o objecto sobre que cai o nosso conhecimento. É ele próprio essa relação. O estado intelectualivo será erróneo.

4. A necessidade da convicção

Um juízo, como realidade autónoma, nunca pode provocar um erro, pois a afirmação de uma qualidade a respeito duma coisa será um juízo, mas apenas na medida em que convictamente aderimos ao seu resultado lógico.

A força da convicção com que cada um age com base num raciocínio é que leva a sabermos se e qual a medida em que o comportamento foi viciado. Afirmar, por puro trabalho imaginativo, que tal coisa é de certo modo e construir sobre essa afirmação uma conduta, redonda num capricho e não num erro. Se a conduta não está baseada nos factos ou realidades que constituem o conjunto em que se vive e nem sequer surgiu tal preocupação, esta falta de preocupação não traduz o não cumprimento do dever que todo o indivíduo normal tem de se debruçar sobre as coisas que o cercam e sobre a sua própria personalidade ou uma errónea interpretação dos factos. Por mero devaneio ou fantasia consciente, o indivíduo não pode cair em estado de convicção, único facto que, dadas certas circunstâncias, pode influir na defeituosa formação da vontade tal como ela é necessária para a constituição típica duma acção criminosa.

Entendemos, portanto, que exigindo o direito uma vontade per-

feita, no sentido de conformidade do resultado da previsão do acto com a realidade, aquele tem de basear-se numa convicção da realidade e só será excluída por erro quando a convicção incidir sobre o facto ou qualidade não apreendidos como realmente aparecem.

Diz Fresali: «só ultrapassando a forma da simples representação através da forma mais complexa de juízo — e nós acrescentamos de juízo propulsor de certa actividade — poderemos encontrar um erro que tenha relevo jurídico».

E entendemos dever dizer que, para o direito criminal, o estado que dá lugar ao erro relevante não é pròpriamente o juízo ou raciocínio, porque estes se esgotam no momento em que se formulam. A persuasão já não se contém neles. No juízo ou raciocínio não se identifica com exactidão qual o *estado conclusivo* que na consciência fecha o trabalho de valoração das circunstâncias determinantes da vontade.

5. Erro de facto e erro de direito

Insurgem-se alguns autores contra a distinção entre erro de facto e erro de direito. Nós pretendemos analisar as doutrinas pró e contra este ponto de vista, expondo seguidamente o nosso entender sobre o problema.

Clássicamente, era a distinção largamente admitida. Carrara entende que há *erro de facto* quando, conhecendo a lei, se erra nas condições que acompanham o facto e *erro de direito* quando o erro incide na lei que proíbe esse facto.

E, em geral, entende-se que o erro de facto exclui a responsabilidade, mas não o erro de direito. É a orientação segundo os princípios romanos de que *ignorancia vel error facti excusat* e *ignorancia vel error juris non excusat*.

Os autores que não admitem a distinção, partem do seguinte princípio: se aquilo que o direito pretende é que só haja crime quando a vontade se dirige contra um bem que a ordem jurídica penal protege, sendo um dos requisitos do acto criminoso a sua perfeita voluntariedade, quer se ignore o facto quer a lei, a verdade é esta; há um facto realizado com uma vontade defeituosa, de tal modo defeituosa que há uma causa que a exclui. A sua base — lei penal ou realidades fora da lei penal — em nada modificam a sua estrutura.

Por outro lado, dizem, não é fácil distinguir, em cada caso, o erro de facto do erro de direito, porque em cada caso o erro é simultaneamente de direito e de facto. **Tudo** o erro de facto, determina, em última análise, um erro de direito, porque condiciona e determina a posição jurídica do autor.

Já porque, em primeiro lugar, não vemos razão nas críticas apontadas à clássica distinção, já porque o valor sistemático dessa orientação não nos merece simpatia, repudiamos estas críticas para seguir o caminho que não só vem de há muito seguido, mas encontra acolhimento em muitas leis penais.

Podem dizer-nos, certamente, que se uma vontade vai em certo sentido só porque se ignora ou conhece mal a lei, não se compreende que o imperfeito conhecimento ou ausência de conhecimento da lei não sejam suficientes para excluir a intenção criminosa, adoptando-se simultaneamente o critério de excluir tal intenção, quando exista o imperfeito conhecimento dos factos.

No entanto, a identidade das situações é mais aparente do que real.

A protecção que a lei dispensa a certo bem não é concedida em vista da defesa do direito, directamente, mas das condições sociais que permitam a serenidade do viver.

E o indivíduo que ataca um bem com plena consciência da realidade fáctica que o cerca, só desconhecendo o direito, revela por si só a índole perigosa, além da semente de escândalo ou mau exemplo que lança na sociedade. É o caso principal dos crimes a que os autores chamam de direito natural ou cuja natureza maléfica é ditada pelas simples regras morais ou de cultura, que imperam em determinado momento histórico.

Quanto aos outros actos, cuja criminalidade vem mais da complexidade da vida social ou de necessidades políticas, nem por isso os indivíduos que os praticam merecem especial protecção. A lei contém em si uma força de advertência que a deve impor desde o primeiro momento e, posteriormente, essa força de advertência exerce-se em relação a cada caso. O exemplo ficará apontado e os ataques contra determinado bem serão refreados, evitando-se, ou pretendendo-se evitar, novos ataques em situações idênticas. O intuito do legislador não é impedir que se viole a lei, mas proteger certo bem, pouco interessando, portanto, que haja ou não intenção de violar as regras

jurídicas, não falando já do preceito primário da lei que impõe o seu conhecimento a todos os que estão sob o seu domínio.

Uma condição de eficácia da lei consiste precisamente no seu conhecimento e o desrespeito dela por falta de conhecimento envolve desde logo o desrespeito do comando básico de se interessar por conhecê-la.

A lei põe-se, desde logo, ao alcance de todos, com a sua publicação, e a sua entrada em vigor faz-se em termos prefixados, constituindo um processo para a garantia do cidadão quanto à possibilidade de conhecê-la.

Portanto, dada a diferente importância do erro, conforme incide sobre o direito, ou os factos, quer quanto à gravidade num plano social, quer quanto à diferença técnica que preside à determinação dos seus efeitos, julgamos ainda oportuno adoptar a distinção clássica, com as inerentes consequências.

II

OS ELEMENTOS DO CRIME

6. Aspectos estruturais e não estruturais do crime

Compreende-se que, podendo o erro ou ignorância de determinado facto ou regra, levar a uma acção com base intelectual (previsão) defeituosa, essa acção seja afectada em algum ou alguns dos seus aspectos com importância desigual para a determinação objectiva da sua gravidade.

Assim, podemos logo considerar uma primária separação dos aspectos sobre que pode incidir o erro, destacando para um lado os aspectos que não fazem parte da estrutura do crime e para o outro os aspectos que dessa estrutura fazem parte.

Para assim colocarmos estes aspectos, face a face, contrapostos, temos de utilizar o critério de estarem dentro ou fora da estrutura do crime. Mas quando se deverá dizer que certo aspecto faz parte da estrutura do crime? Quando a lei o configure de modo que tenha de surgir como conteúdo da vontade para que tenha relevância na figura criminal.

Ora, ter relevância na figura criminal é um traço comum de semelhança para se dizer que tais elementos aparecem com uma fisionomia própria — a de fazerem parte da estrutura de determinado crime. Porém, a relevância na figura criminal não deve confundir-se com o ter relevância jurídico-penal, porque uma coisa é um facto produzir efeitos jurídico-penais e outra influenciar a própria estrutura do crime. Com efeito, é o princípio da legalidade que impõe a descrição típica dos crimes e fixa o modo de avaliar a gravidade objectiva do crime. Depois, os efeitos decorrem como uma consequência natural desta fixação objectiva. Ora, se esses efeitos sofrem alteração, deixando intacta aquela graduação da gravidade objectiva, já não podemos dizer que o facto que a provoca respeita à própria figura criminal. A alteração afecta apenas os efeitos e não a figura típica.

7. As causas de justificação como elementos essenciais negativos

Poderão chamar-se assim as causas de justificação? Inclina-mo-nos a considerá-las elementos essenciais.

À primeira vista, parece absurdo que, colocando os elementos essenciais dentro da estrutura do crime, se venha falar de elementos essenciais negativos, isto é, de elementos que não devem existir para que o crime na sua estrutura apareça completo. Duma atitude de repulsa por essa distinção, poderíamos objectar que a estrutura perfeita do crime só se verifica quando não existem esses elementos exteriores.

Usando uma fórmula imprópria, diremos que o crime se compõe de facto, mais vontade, mais evento, mais tais e tais elementos específicos e só deles. Qualquer outra realidade estranha será qualquer coisa que vem de fora e não uma realidade que dentro da sua estrutura se coloque.

Se supusermos um sujeito imputável, praticando um acto de vontade perfeita, atacando um fim cuja ofensa a lei reprima com a criação duma figura criminal e aplicação da pena respectiva, os factos que venham impedir que a pena se aplique serão outras realidades e não elementos, porque a estrutura se apresenta completa. Todos os requisitos do crime em geral e em especial se verificaram.

Esta visão, porém, será uma visão simplista e assenta num

sofisma. Com efeito, como actua uma causa de justificação? Actua influenciando a própria estrutura do crime, destruindo a sua configuração objectiva, fazendo-o desaparecer como crime.

Não é por uma razão de consideração subjectiva que a figura criminal se altera — isto é, não são critérios de maior ou menor reprovabilidade do agente que intervém, mas a necessidade objectiva de proteger certos fins em confronto com os fins protegidos nas figuras típicas criminais.

Por exemplo, acima da necessidade de proteger a vida, aparece a necessidade de evitar que, com a escravatura de quem está sujeito aos deveres que por esse facto da lei emanam, se coloque um membro da sociedade na derradeira solução de deixar matar-se para respeitar a vida daquele que o ataca, seguindo, depois da sua morte, os seus trâmites ordinários a aplicação da pena ao assassino. Só por ironia os legisladores poderiam adoptar uma tal solução.

Por este facto, a lei cria soluções próprias através das causas de justificação do facto.

No exemplo apontado, caso nítido de legítima defesa, o individuo mata o seu agressor com a vontade de matar, o resultado foi conseguido e, no entanto, não estamos em face de um crime de homicídio. O ataque ao fim, vida, não gerou o crime, porque na estrutura do comportamento aparece um elemento que, com a sua presença, evita que o acto se configure como crime.

No conteúdo da vontade, devem encontrar-se todos os elementos essenciais constitutivos do tipo criminal. É uma condição necessária, mas condição necessária é também que na vontade não apareçam elementos da mesma importância que venham tirar o carácter de ilícito penal que certa acção normalmente apresenta. A intenção terá de abrangê-los.

E o que se diz para este caso de legítima defesa diga-se também para outros casos em que a acção, normalmente criminosa, aparece justa.

Como de todas estas considerações se infere, consideramos crime no aspecto formal toda a acção que reúna os elementos positivos ou negativos que na lei se enunciam a propósito de cada tipo e, simultaneamente, exclua aqueles elementos que dão carácter de lícito àquilo que normalmente é um ilícito criminal.

Na verdade, só num ponto de vista lógico ou didáctico se pode

dizer que a acção se apresenta ilícita e que, pelo surgir daquelas circunstâncias, se torna lícita. A acção, quando surge, há-de vir nesse momento já perfeitamente lícita, porque, assim como o crime aparece inquinado desde o princípio por uma atitude que ataca um bem fundamental que o legislador protege com a intensidade da qualificação e da sanção penal, assim, quando há causas de justificação, o procedimento do agente aparece desde o seu surgir como visando a prossecução da protecção dum bem mais respeitável do que o bem normalmente protegido. Para além desse procedimento, apenas pode haver um crime ou não crime, mas já autónomo do crime justificado, expressão esta sujeita às mesmas considerações. Seria preferível, em vez de falar em crime justificado, chamar-lhe acção justificada, pois, se a primeira expressão corresponde à sequência das operações que o intérprete, o julgador ou a lei seguem para considerar a acção justificada, lícita, nem por isso a acção nos deixa de aparecer desde o princípio como uma acção lícita. Não há sobreposição temporal de certo facto, isto é, uma nova coloração ou coloração sucessiva. A visão não é de parcela ilícita acrescida de parcela lícita mais intensa, mas de qualquer coisa que surge justa *ab initio*, embora o *processus* legal tenha de ser esse.

Parece-nos, portanto, que a ausência destes elementos é inteiramente essencial, porque o seu aparecimento provoca uma coloração inteiramente distinta do comportamento. A importância desta consideração impõe-nos, na qualificação do acto, uma investigação minuciosa, pois o seu aparecimento ou ausência ditam soluções diametralmente opostas.

Com efeito, não é uma questão de mais ou menos dentro de um tipo, mas o surgir ou desaparecer de um tipo criminal.

III

O ERRO SOBRE AS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO

8. Importância do erro sobre os elementos essenciais negativos

Como acima dissemos, as causas de justificação integram-se na descrição do tipo legal, tornando, *ab initio* o acto lícito, se essas causas se verificam, não obstante a verificação dos elementos essenciais positivos.

Dada a classificação de essenciais a estes elementos, classificação que, como vimos, surge da própria mecânica legal, patenteia-se com nitidez a importância do erro sobre estas realidades.

A previsão, tal como a entendemos necessária para a efectivação do dolo, há-de englobar no seu alcance os elementos essenciais que a lei fixa e só eles. A presença de elementos que dêem a coloração de justo ao acto, vão excluí-lo de conformidade com o tipo legal.

Os casos que na nossa lei se podem admitir rigorosamente como causas de justificação do facto, são :

- Legítima defesa ;
- Autorização legal ;
- Obediência hierárquica.

9. Erro sobre a legítima defesa

A legítima defesa vem tratada nos art.^{os} 44.^o, n.^o 5.^o, e 46.^o, do Código Penal, indicando-se neste último quais os seus requisitos. Estes requisitos são, por assim dizer, o contratipo da acção criminosa, pois a sua verificação implica o não aparecimento daquele carácter.

Considerámos as causas de justificação como elementos essenciais negativos, mas cada uma, de per si, para surgir como elemento essencial negativo, teria de reunir uma série de elementos menores, também essenciais para que surjam, segundo a nossa expressão, como contratipo de certa figura criminal. Esses elementos menores serão os seus requisitos.

Não vamos neste estudo discutir qual o fundamento da legítima defesa, nem o seu objecto, mas delinear nas suas generalidades esta figura e saber em que medida o erro de facto que sobre ela incide será relevante.

Os requisitos que a lei indica são :

1.º — Agressão ilegal em execução ou iminente, que não seja motivada por provocação, ofensa ou qualquer crime actual praticado pelo que defende ;

2.º — Impossibilidade de recorrer à força pública ;

3.º — Necessidade racional do meio empregado para prevenir ou suspender a agressão.

De modo que se o agente crê que estas condições se verificam e elas na verdade se verificam, fica excluído o carácter ilícito do acto, normalmente criminoso. Mas se o agente crê que estas circunstâncias se verificam e a realidade o vai desmentir, o acto correspondente ao tipo legal será ou não crime ? (1).

Parece que o deveria ser, porque não se verifica o elemento que exclui o ilícito, que é a legítima defesa e, por consequência, não há nada que justifique o acto.

Simplemente, o problema está em ser deficiente o processo volitivo para a prática do acto e não em ser o acto justificado por essa circunstância.

Se um individuo em altercação violenta com outrem, joga a mão ao bolso, onde costuma guardar uma pistola, para tirar um lenço e o seu contendor, julgando a agressão iminente, se antecipa e saca da sua pistola disparando, temos um caso de legítima defesa putativa. Verificam-se por hipótese todos os outros requisitos, mas a agressão não estava iminente, como tudo fazia crer.

Pode dizer-se que neste caso não houve intenção de praticar um ilícito penal, mas apenas a de defender a vida e só esta intenção vale. Na realidade, o crime deixa de surgir pela insuficiência intelectual e emotiva, e não pelo facto de se encontrar justificado.

Não nos parece que o caso apontado seja de excesso.

Outras hipóteses podem verificar-se relativamente à legítima

(1) Referimo-nos sempre, nesta parte, às realidades de facto e não a deficientes interpretações jurídicas ou desconhecimento do direito.

defesa em que o erro não incida sobre a agressão, mas sobre as outras condições enumeradas n.ºs 2.º e 3.º do art.º 46.º.

Pode na verdade haver um erro sobre a possibilidade de recorrer à força pública ou sobre a necessidade racional do meio empregado.

O excesso da legítima defesa de que falam os autores será uma figura que possa ser abrangida pelo erro, contê-la-á ou serão autónomas?

Quer-nos parecer que são figuras inteiramente distintas. O excesso nas suas variantes, visa uma actividade racional, consciente, mais ou menos moderada, ao passo que no caso de erro se encara uma actividade defeituosamente construída sob o aspecto intelectual ou volitivo.

10. Erro sobre a autorização legal

Esta figura existe quando o agente crê, erròneamente, agir em cumprimento de um dever ou no exercício de um direito. Se bem que possa resultar de uma deficiente apreciação dos factos, origina-se normalmente na errada convicção que a má interpretação ou ignorância do direito provocam. Mas não é este o aspecto que, agora, nos interessa.

A errada apreciação dos factos, dando origem ao erro de facto sobre a autorização legal, embora mais rara e na prática, portanto, de menos interesse, tem nesta figura o tratamento e as consequências que apontamos para os casos de erro de facto sobre a legítima defesa. A natureza é a mesma, apesar das especialidades quanto aos requisitos para que esta figura se verifique. Daí resulta a identidade do regime jurídico.

11. Erro sobre a obediência hierárquica

Mais nítidos se me afiguram, embora com o mesmo tratamento jurídico dos casos anteriormente apontados, os de erro de facto sobre a obediência hierárquica.

O tratamento jurídico continua a ser o mesmo, porque o erro

sobre o elemento negativo não vai simplesmente eliminar o carácter de lícito do acto excepcionalmente lícito, mas eliminar o dolo ou culpa daquele que normalmente é ilícito.

O conteúdo da previsão ou previsibilidade configura-se abrangendo todos os elementos do contratipo criminal. O agente só visa o ataque a um bem, porque está sob a convicção de que se verificam as condições que tornam legítimo o seu acto. A intenção ou não é maléfica, ou não há culpa proveniente de desleixo, nem a atitude se revela anti-social.