



As teses de defesa no tribunal do júri: o erro de tipo e o erro de proibição

Theses of defense in the jury court: the
type error and the prohibition error

Las tesis de defensa en el tribunal del jurado:
el error de tipo y el error de prohibición

Ricardo Vicente da Silva¹

RESUMO

O presente artigo trabalha, como teses aplicáveis aos crimes dolosos contra a vida no âmbito do Tribunal do Júri, o erro de tipo e o erro de proibição, esmiuçando a teoria subjacente a cada uma das teses, seu refinamento teórico, bem como a aceitação nos tribunais, permitindo que se vislumbre a possibilidade de aplicação de ambas as teses para efeito de absolvição, desclassificação ou mesmo redução de pena no âmbito do procedimento dos crimes dolosos contra a vida no Brasil.

Palavras-chave: *Absolvição, erro de tipo; erro de proibição; falsa percepção; Tribunal do Júri.*

ABSTRACT

The present article deals, as theses applicable to intentional crimes against life in the scope of the Court of the Jury, the type error and the error of prohibition, analyzing the theory underlying each one of the theses, its theoretical refinement as well as the acceptance in the courts, allowing the glimpse of the possibility

¹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Goiás: Uni -Anhanguera. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Tocantins. CV: <<http://lattes.cnpq.br/5331486440972442>>. Orcid: 0000-0002-3374-6672.

and application of both theses for the purpose of acquittal, disqualification or even reduction of sentence in the scope of the procedure of intentional crimes against life in Brazil.

Keywords: *Type error; prohibition error; false perception; Jury court; absolution.*

RESUMEN

El presente artículo trabaja, como tesis aplicables a los crímenes dolosos contra la vida en el Tribunal del Jurado, el error de tipo y el error de prohibición, limpiando la teoría subyacente a cada una de las tesis, su refinamiento teórico así como la aceptación en los tribunales, permitiendo que se vislumbre la posibilidad y aplicación de ambas tesis para efecto de absolución, descalificación o incluso reducción de pena en el marco del procedimiento de los crímenes dolosos contra la vida en Brasil.

Palabras clave: *Absolución; error de tipo; error de prohibición; falsa percepción; Tribunal del Jurado.*

Introdução

O Rito do Tribunal do Júri, previsto constitucionalmente no art. 5, inciso XXXVIII, é um procedimento especialmente voltado para o processamento dos crimes que atingem diretamente a vida humana, seja ela intrauterina, seja ela extrauterina. Com características especiais, o procedimento é, em sua etapa judicial, bipartido. Na primeira etapa, conhecida como *judicio acusatione*, julga-se a procedência da ação penal, podendo resultar, no ato decisório final ao réu, em impronúncia, pronúncia ou absolvição sumária. Essa etapa consiste no anteparo jurídico que permita a filtragem dos casos de possíveis crimes contra a vida, e que, em se verificando, quando da instrução, pela existência de elementos suficientes de materialidade delitiva e indícios de autoria, submete-se o réu ao julgamento popular na segunda etapa do rito.

Na segunda etapa do procedimento judicial de julgamento dos crimes contra a vida, o réu é submetido ao julgamento popular, e julgado por sete jurados escolhidos entre a população da localidade do crime, no chamado *judicium causae*. Diferentemente da primeira etapa, de matiz eminentemente jurídica, o tribunal do júri, além de evocar a técnica processual e material do direito penal, assemelha-se a um jogo de xadrez, em que as peças são os argumentos de persuasão elaborados

nas teses de defesa e acusação para o entendimento e aceitação dos jurados. Como mencionado anteriormente, de cunho popular, os julgadores, muitas vezes, desconhecem meandros, técnicas e linguagens jurídicas.

Para efeito deste artigo, investiga-se uma série de artigos que esmiúçam as teses de defesa para utilização no Tribunal do Júri, a sua densidade teórica, bem como o que diz a jurisprudência dos tribunais. Colacionaremos as teses apresentadas com a aceitação nos tribunais superiores, e em sede de recurso de apelação, quando vitoriosas no Plenário do Júri.

Em específico sob a ótica do finalismo penal, o primeiro dos elementos constitutivos do crime, e pressuposto para punibilidade: a tipicidade.

1. A tipicidade na teoria tripartite de crime

Antes de se discutirem as bases para a defesa, de essencial relevo se torna uma breve digressão sobre o conceito de crime para o direito penal. Consoante a teoria adotada no Brasil, o crime é um acontecimento que tem previsão normativa como um fato jurídico proibido. Segundo Delmanto Júnior (2015, p. 70-71), em breve análise de autores italianos como Francesco Canelutti, Pannan, Ugo Pioletti e Silvio Ranieri, o crime é um fato adequado a uma previsão legal de proibição e que tem como consequência a punição de quem o comete. Tal evento adequa-se a uma descrição proibitiva, decorrente de uma ação ou inação humana, que, por sua vez, faz nascer uma relação jurídica entre o Estado e o Réu.

Em decorrência do cometimento de um fato previsto como crime, ou seja, uma ação proibida normativamente, nasce o poder de coação (dever) que deve seguir em uma linha de limitações para o seu exercício (garantias).

Contudo, nesse entremeio entre a ação prevista tipicamente e a sanção estatal, uma série de elementos devem ser analisados, lastreados no conjunto também de normas, dessa vez permissivas, como excepcionalidade àquelas normas específicas de condutas que são proibidas. Destarte, nem sempre uma ação proibida nas normas penais é considerada crime, a depender da forma, razão, do motivo e de outros fundamentos pelo qual a conduta foi executada.

Delmanto Júnior (2015, p. 73) explica a questão da seguinte forma:

Em se tratando de Direito Penal, deparamo-nos com conceitos próprios, atinentes à ação (quem pode agir), à tipicidade, à antijuridicidade e à culpabilidade (cujo pressuposto é a imputabilidade), os quais são

sistematizados a fim de se compreender, com cientificismo, os fins da pena e da medida de segurança, bem como as razões jurídicas que legitimam que o Estado as imponha.

O que se observa é o entendimento, do autor, de que o crime é um conjunto sistematizado de elementos que, constituídos, legitimam a imposição de pena ou medida de segurança pelo Estado.

Materialmente é pacífico que o crime configura uma lesão, ou perigo de lesão, a um determinado bem jurídico protegido pela lei penal, determinando a imposição penal ao infrator pelo Estado.

Nelson Hungria (1978, p. 9-10) cita a conceituação do crime como sendo um dos tópicos mais controversos da doutrina penal, criticando as “lucubrações de lógica meticulosa, que, por vezes, se apresentam tão grávidas de sutilezas, de atomizações analíticas, que acabam abastardando a ciência jurídico-penal num abstracionismo difuso, confuso e infecundo”.

No entanto, como não é foco deste artigo esmiuçar o conceito de crime, basta que, para efeitos deste trabalho, defina-se o crime como sendo uma conduta típica, ilícita (ou antijurídica) e culpável. A punibilidade seria, dentro do conceito de crime adotado pelo direito brasileiro, uma decorrência do crime na sua composição plena. No Brasil, majoritariamente, é essa a concepção adotada, à exceção de alguns autores, como Luiz Régis Prado (2015, p. 200), que inclui no conceito tripartite a omissão ou ação, criando uma definição quadripartida do crime. Luiz Flávio Gomes (2006, p. 50) defende o crime como sendo uma conduta típica, ilícita e punível, destoando da corrente majoritária. Da mesma forma destoa Delmanto Júnior (2015, p. 100-108), ao defender uma teoria bipartida de crime, que seria composto por um fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade atrelada à pena, tratado, portanto, pela Teoria da Pena, e não do Crime.

Seguiremos, por coerência majoritária, e maior aceitação nos Tribunais do Brasil, a teoria tripartite do crime, para efeitos deste artigo.

Nesse sentido, partimos do pressuposto de que a punibilidade não constitui um dos elementos do crime, sendo um dos elementos da pena. Estuda-se, pois, neste breve artigo, os pressupostos da punibilidade, quais sejam: *a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade*. Como esses são pressupostos da punibilidade, ou seja, da aplicação da pena a uma pessoa, qualquer combate em tese vitoriosa que demonstre não existir um dos pressupostos da punibilidade exclui a aplicação

de pena a um réu, levando, por óbvio, à sua inocência, tendo como base um dos axiomas de Ferrajoli (2014, p. 91), mais especificamente o axioma A1, “*Nulla poena sine crimine*”, que reflete, por sua vez, a exegese de que a punibilidade tem como pressuposto o crime, e este, por sua vez, os seus elementos constitutivos.

2. Erro de tipo essencial incriminador e permissivo

A tipicidade, como primeiro elemento constitutivo do crime, tem como lastro de existência o princípio constitucional da legalidade, que prevê que uma conduta humana só pode ser punida se esta tiver previsão em lei penal (taxatividade), e esta lei, por sua vez, tenha sido criada em momento anterior ao crime (anterioridade). Claus Roxin (2007, p. 22) assevera:

[...] um comportamento humano só pode ser punido quando subsumido a um dispositivo que descreva expressamente o ato proibido ou mandamentado, cominando-lhe uma pena. A essa descrição de crime **chamamos de tipo**. (grifo nosso).

Para que uma conduta seja punida, o primeiro elemento constitutivo de sua existência, como pressuposto da punibilidade, é exatamente que a conduta se amolde precisamente em norma de proibição (tipo penal), nos seus elementos do preceito primário do tipo. De acordo com Gunther Arzt (2007, p. 77):

O Direito Penal proíbe comportamentos socialmente nocivos. Se abordarmos a questão de tais comportamentos não de forma geral, mas concreta, estaremos tratando da parte especial do Direito Penal material. O legislador descreve nos artigos correspondentes (“tipos penais”) os comportamentos que, de tão socialmente nocivos, devem ser reprimidos com o instrumento enérgico da ameaça punitiva. Essa descrição – sobretudo por razões de segurança jurídica – deve ser **precisa e realizar-se por meio de uma lei** (grifo nosso).

A conduta, para que seja punível, deve adequar-se com perfeição ao tipo penal, em todos os seus elementos essenciais, caso contrário, o fato se torna *atípico*, estando, nesse caso, considerado ausente o pressuposto da possibilidade de aplicação da pena, exigindo-se, pois, a absolvição do réu que esteja sendo acusado por um determinado crime.

Cingem-se, para efeitos deste artigo, as teorias no esquema finalista, por coerência com a linha teórica adotada. Na teoria finalista, o dolo está separado da consciência do injusto, enquanto aquele é um dos elementos do tipo, a consciência do injusto encontra-se na culpabilidade. O dolo, então, torna-se um ato direcionado

ao perfazimento do tipo penal, consciente e direcionado a ele, sem questionar acerca do conhecimento da ilicitude para efeito de verificação do fato típico, somente sendo feita essa avaliação quando da análise da culpabilidade. No esquema finalista, consoante as lições de Prado (2015, p. 364), existem duas teorias:

A primeira – *teoria estrita da culpabilidade* – considera que o erro sobre a ilicitude do fato é sempre erro de proibição. Neste último, o autor tem conhecimento da realização do tipo (dolo): sabe o que faz, mas erroneamente acredita ser permitido, seja por desconhecer a norma penal ou por mal interpretá-la, seja por supor erroneamente a concorrência de uma causa de justificação. Em cada uma dessas hipóteses, há exclusão ou diminuição da reprovabilidade.

Por sua vez, a segunda – *teoria limitada da culpabilidade* – opera uma distinção entre o erro de proibição direto e indireto, ocorrendo este último quando incidente, em certa vertente, sobre uma justificante.

Para efeito das teses utilizadas e lançadas neste artigo, agrega-se à teoria limitada da culpabilidade, pois essa permite a diferenciação entre o *erro sobre os pressupostos fáticos*, que incide sobre os elementos do tipo, chamada de erro de tipo incriminador, e o *erro sobre as causas de justificações*, sendo esse incidente sobre justificantes diversas, chamada de erro de tipo permissivo.

O Código Penal brasileiro adotou a teoria limitada da culpabilidade, no que é considerada uma interpretação equivocada do que seria um erro de tipo e, por conseguinte, das teorias do tipo penal. Consoante Prado (2015, p. 366),

[...] um sistema dogmático que desconhece a categoria do tipo não permite diferenciar o erro sobre os elementos do tipo e o erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação, pois apenas o conhecimento da totalidade das circunstâncias da ação proporciona o conhecimento da ilicitude e permite aferir a presença do dolo.

Afora a discussão teórica acerca da precisão conceitual do CP, encontra-se a tese defensiva do erro de tipo essencial, prevista no Código Penal brasileiro em seu art. 20, §1º, que permite, em caso seja acatada, a *isenção total da punibilidade do crime*, por atipicidade, ou mesmo o afastamento do dolo, a depender, entre um caso e outro, se o erro for escusável ou inescusável. Não se comenta, para efeitos do tema proposto nesta discussão, o *erro de tipo accidental*, tema a ser abordado em matéria posterior. Justifica-se tal postura porque, exatamente, nos casos dessa natureza, a tese alegada não é suficiente para a absolvição, mas tão somente para o deslocamento da competência do Tribunal do Júri e o abrandamento da pena.

No art. 20, em seu §1º, encontra-se o erro de tipo permissivo, ou as discriminantes putativas, entendidas ainda, por alguns autores como Ishida (2015, p. 129), como sendo erros do agente, que podem levar ao mesmo fim: exclusão do dolo.

A decisão tomada pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo é exemplificadora da aceitação da tese de erro de tipo e as consequências possíveis, quando não pela absolvição, pela desclassificação para o crime culposo e consequente aplicação dos institutos despenalizadores como a suspensão condicional do processo, quanto ao fato:

APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, I E IV, DO CP)- DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO (ART. 121, § 3º, DO CP)- LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA - ERRO DE TIPO INESCUSÁVEL - DECISÃO AMPARADA EM UMA DAS VERSÕES SUSTENTADAS EM PLENÁRIO - SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - RECURSO DESPROVIDO - SENTENÇA ANULADA, DE OFÍCIO.

A disposição normativa prevista no art. 593, inciso III, d, do Código de Processo Penal, disciplina o cabimento de apelação em face da decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, sendo certo, consoante o magistério doutrinário e jurisprudencial, que se trata da hipótese mais controversa e complexa, por ser comum que, em muitos casos, haja nítida afronta ao princípio constitucional da soberania dos veredictos. A despeito dos argumentos lançados pelo Ministério Público Estadual, certo é que os jurados, respaldados pelo sistema probatório da íntima convicção, concluíram que o apelado incorreu em conduta típica, ilícita e culpável, porém agindo em legítima defesa putativa (também intitulada doutrinariamente como erro de tipo permissivo - aquele que incide sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação), **de sorte que, por ser inescusável - derivado de culpa - ensejou a desclassificação do delito de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, IV, do CP) para homicídio culposo (art. 121, § 3º, do CP).**

No erro de tipo, seja ele incriminador ou permissivo, há uma falsa percepção do agente em relação à realidade que o circunda, ainda que incidam sobre elementos diversos do crime: o primeiro refere-se a elementos essenciais do tipo, e o segundo a justificantes que o agente julgava existentes. De toda sorte, o agente não consegue ter uma cognição correta da realidade ao seu redor, agindo como se algo, que não a realidade, ocorresse em torno de si. Um exemplo comum é o do caçador desferindo disparos contra uma pequena parte de mata, em um local de caça, como se atingisse a um animal escondido, quando, na verdade, o atirador atingiu uma pessoa escondida equivocadamente nos arbustos.

Percebe-se, no exemplo, a realização de uma conduta permitida acobertada por uma falsa percepção da realidade, ainda que a conduta tenha incidido formalmente nos elementos do tipo penal do art. 121, qual seja, “*matar alguém*”. O tipo no qual fundamentamos o nosso exemplo, art. 121 do Código Penal brasileiro, tem como elemento essencial o verbo *matar*, e a conduta direcionada a uma pessoa, *alguém*, considerada, para efeito do tipo, qualquer vida humana extrauterina. Contudo, no exemplo do caçador, a realidade vivenciada por ele era de caçar animais, portanto, a conduta não se direcionou a *alguém*, sendo, nos moldes do art. 20 do CP, considerado como *um erro de tipo essencial incriminador inevitável ou evitável*, que exclui o dolo ou a culpa, fulminando, por seu turno, no primeiro caso na tipicidade; e, no segundo caso, excluindo o dolo, o que permite a punição do crime em sua modalidade culposa, extraindo da esfera do Tribunal do Júri o processamento do feito.

O erro de tipo incriminador e o permissivo, nas palavras de Gonçalves (2017, p. 364-365) consiste em:

Erro de tipo incriminador: a falsa percepção da realidade incide sobre situação fática prevista como elementar ou circunstância de tipo penal *incriminador*.

Erro de tipo permissivo: o erro recai sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação (isto é, excludente de ilicitude, que se encontra em tipos penais permissivos).

O erro de tipo incriminador exclui o dolo e a culpa quando o erro é inescusável, pois não existe dolo nem culpa na realização do núcleo do tipo, eliminando-se, assim, o primeiro elemento do tipo, na teoria finalista, por meio de seus subitens: a tipicidade. No exemplo utilizado do caçador, não houve o dolo de atirar em uma pessoa, e se, pelas condições, ficar demonstrado que não houve negligência, imperícia ou imprudência, um elemento do crime (tipicidade), encontra-se afastado, rompendo um pressuposto da punibilidade.

Segundo Prado (2015, p. 368):

O erro sobre o fato típico diz respeito ao elemento cognitivo ou intelectual do dolo, sendo sua contraface. É aquele que recai sobre os elementos *essenciais* ou constitutivos – fáticos ou normativos – do tipo injusto, sem os quais deixa de existir. [...] Tanto pode decorrer de uma equívoca apreciação de ordem fática, como de errônea compreensão do Direito. **O erro de tipo acaba por eliminar a congruência entre as partes objetiva e subjetiva do tipo legal, indispensável para a configuração do delito doloso** (grifo nosso).

Quanto ao erro de tipo permissivo, esse acontece quando há falsa percepção da realidade, não quanto aos elementos incriminadores (elementos do preceito primário do tipo), mas sim sobre a existência de excludentes de ilicitude. Nesse caso, um exemplo seria uma pessoa que, tendo autorização para andar armada, ao ser cercada por um suposto assaltante, sacasse a arma e disparasse tiros, vindo a matá-lo. Em tal caso, verifica-se que o erro de percepção não se deu quanto aos elementos do preceito primário do tipo (matar alguém), mas sim sobre uma causa excludente de ilicitude, qual seja, a legítima defesa. A falsa percepção da realidade, nesse exemplo, foi que o sujeito estava se defendendo de um perigo iminente usando de força moderada para repelir a injusta agressão.

O *nomen juris* do erro de tipo permissivo é *discriminante putativa*, uma incorreção conceitual, ou melhor, incompletude conceitual, já que as discriminantes (que afastam o crime) putativas (imaginárias) estão presentes tanto no art. 20, §1º, quanto no art. 21 do Código Penal, como veremos no *erro de proibição*.

O Brasil, para a reforma operada no Código Penal em 1983, buscou, a exemplo da teoria alemã do erro de tipo, diferenciar o erro de tipo do erro de proibição. Sobre o tema discorre Ishida (2015, p. 125):

Com efeito, dispõe a Seção 16 do Código Penal alemão sobre o erro de fato: “Todo aquele que, no momento da prática do delito, não tem conhecimento de um fato que é elementar do delito, não age dolosamente”. Na verdade, o erro de tipo é a falta da tipicidade no seu todo ou na sua integridade.

Em outras palavras, o erro de tipo invencível, em geral, afasta um elemento essencial ao tipo penal:

- Teoria Causalista (adotada por Hungria e Noronha) arreda a voluntariedade da conduta (ato pensado);
- Teoria finalista (Damásio, Mirabete, sendo majoritária) repele a conduta dolosa;
- Teoria constitucionalista (Luiz Flávio Gomes) distancia a dimensão subjetiva do tipo.

Nas três teorias, a consequência é a não completude de um elemento do crime: a tipicidade, evitando-se, assim, a punibilidade. Contudo, caso o dolo estivesse na culpabilidade, o que era adotado pela Teoria Clássica, a conduta seria típica e ilícita, mas não culpável. Como na Teoria Finalista adotada pelo

Código o dolo está no tipo, a conduta se torna atípica, ou culposa, se for o caso de negligência, imperícia ou imprudência.

Sobre o dolo, Luiz Regis Prado (2015, p. 297) ensina:

Assim, o dolo como vontade de realização abrange a “representação total do fato, tal como se apresenta na parte objetiva do tipo”. Neste sentido, discorre-se que “no âmbito da consciência, o atuar doloso pressupõe que o autor no cometimento do fato tenha conhecido todas as circunstâncias fundadoras e agravadoras da pena do tipo penal objetivamente realizado. Sua representação deve compreender o fato concreto nos seus traços fundamentais, as particularidades tipicamente relevantes da ação executiva, a ocorrência do resultado típico, o processo causal e seus contornos essenciais, assim como todos os demais elementos do tipo de injusto objetivo.

O que se extrai do fragmento é que o dolo deve ser a vontade de realizar a parte objetiva do tipo, no caso de “matar alguém” (art. 121 do CP). A morte da pessoa, nos casos de homicídio, em muitas circunstâncias, é precedida de uma ação consciente impelida pela vontade de cometer o ato. Complementa Prado *apud* Wessels (2015, p. 297) que “[...] não [é] necessário que o conhecimento do agente seja exato ou preciso, em termos jurídicos ou técnicos; basta simplesmente sua ‘valoração paralela na esfera do profano’”. Ainda assevera o autor que o agente delituoso tenha uma noção razoável, considerando-se, para tanto, o conhecimento normal de uma pessoa leiga.

Destarte, a ação de um caçador que mata uma pessoa em um local próprio para caça, no exemplo que utilizamos, é uma ação que não detém em si um dos elementos da tipicidade, qual seja o dolo. Se o seu agir, no entanto, for negligente, imperito ou imprudente, afasta-se o dolo e consubstancia-se a culpa na ação. Desse modo, temos o erro de tipo invencível ou vencível.

Há, como vemos, duas possibilidades de utilização quanto ao erro de tipo, o vencível e o invencível. O erro de tipo vencível não nos interessa para o momento porque redundaria, no âmbito do Tribunal do Júri, na desclassificação do crime e consequente redução da pena, já que o agente incorreria na chamada *culpa imprópria*, aquela que decorre da avaliação equivocada ou apressada ou mesmo imprudente da situação, que leva a uma ação impensada e, portanto, culposa.

No erro de tipo invencível, por seu turno, há uma correta avaliação, mensurada pelos padrões decisórios de uma pessoa comum vivenciando a mesma situação. Logo, o que se verifica, e o que se deve provar para se ter uma tese

vitoriosa quanto ao erro de tipo, seja ele permissivo ou incriminador, é a avaliação anterior consoante à ação tomada, considerando-se uma média da sociedade, a razoabilidade decisória, e não o ato que a decisão anterior ocasionou.

Para demonstração da situação de fato, qualquer tipo de prova no direito vigente é possível e, em especial, na segunda etapa do rito do Júri, em que muito mais vale o poder de convencimento do argumento utilizado, desde que, consoante a jurisprudência sedimentada no STJ, a eventual absolvição dada em razão da tese aventada não seja totalmente contrária aos autos, o que pode ensejar a anulação do julgamento. Na etapa de pronúncia, também, caso a alegação seja de erro de tipo permissivo invencível, em caso de dúvida, consoante aos julgados consolidados do STJ, a questão deverá ser levada para o Plenário do Júri. Vejamos um exemplo do paradigma consolidado no STJ (tese 3, Edição nº 75, Jurisprudência em Tese, STJ):

[...] a fase da pronúncia diz respeito tão somente a um mero juízo de admissibilidade da acusação, em que o magistrado se atém aos indícios de autoria e materialidade do delito. Em razão do princípio do ‘in dubio pro societate’, deve se reservar aos jurados aferir se a conduta do acusado estaria acobertada por alguma excludente de ilicitude, bem como ajustada ou não ao tipo penal descrito na denúncia [...] (STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 872992 / PE, rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJ. 21/06/2016).

A não ser que as discriminantes putativas sejam evidentes, não é cabível, em sede de juízo de admissibilidade, que se faça essa análise para efeito de absolvição, e deve a decisão ser deixada para o Plenário do Júri, mantendo, assim, a soberania dos veredictos prevista na Constituição Federal. Quanto ao erro de tipo essencial incriminador, incidente sobre os elementos essenciais do crime, por incidir diretamente na justa causa penal, pode levar, caso seja evidente, à absolvição sumária, ainda na primeira etapa do rito do júri.

Contudo, resta lembrar que mesmo a soberania dos veredictos, como princípio basilar do Tribunal do Júri, não se sobrepõe à necessidade de que a decisão do corpo de jurados seja coerente com as provas carreadas nos autos, não podendo ser diametralmente oposta a estas. Assim já decidiu, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no seguinte julgado, em que o apelante/apelado era policial, com dez anos de experiência quando cometeu o crime. A defesa alegou legítima defesa putativa, afirmando que o apelante/apelado atirou contra vítima, porque esta, estando armada, intentava tirar-lhe a vida. Entretanto, a dinâmica do evento contrapunha tal tese: o laudo da necropsia descrevia os trajetos ascendentes

e com considerável proximidade. A vítima, surpreendida, não teve tempo hábil para esboçar nenhum movimento de defesa. Mesmo após ter sido alvejada no rosto, recebeu outro tiro quando estava inerte no chão. Inclusive, a única testemunha sustentou argumentos contraditórios aos primeiros apresentados na delegacia:

[...] Art. 121, § 3º do CP. Denunciado e pronunciado pelo crime de homicídio qualificado. Desclassificação da conduta pelo Conselho de Sentença. Acolhida tese defensiva. Legítima defesa putativa. Reconhecimento do **erro de tipo inescusável pelos Jurados**. Pena fixada em 1 ano e 07 meses de detenção. Regime aberto. Apelante/apelado consciente e voluntariamente obrando com animus necandi, efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima, causando-lhe as lesões que por sua natureza e sede foram a causa eficiente de sua morte. Foram efetuados dois tiros à queima roupa com uma pistola semiautomática de calibre .380, na face da vítima, de surpresa, impossibilitando-a, assim, de qualquer chance de defesa. RECURSO MINISTERIAL. **Alegação de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos. Vigora no Tribunal do Júri o princípio da íntima convicção. Os jurados são livres na valoração e na interpretação da prova, de molde que somente se admite a anulação de seus julgamentos excepcionalmente, em casos de manifesta arbitrariedade ou total dissociação das provas contidas nos autos.** [...]O caso enseja a anulação da decisão do Tribunal do Júri. Necessidade de submissão a novo julgamento. Hipótese em que não há violação ao princípio da soberania dos veredictos. Art. 5º, XXXVIII, c, da CF/88. Precedentes. O prequestionamento formulado restou prejudicado, nos termos do voto. PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL. Com fundamento no Art. 593, III, d, do CPP, ANULA-SE o julgamento de João Manoel Pereira Gandra, para que seja submetido a NOVO JULGAMENTO perante o Tribunal do Júri. PREJUDICADO O RECURSO DEFENSIVO. (TJ-RJ, APELAÇÃO : APL 00401710620108190014 RIO DE JANEIRO CAMPOS DOS GOYTACAZES 1 VARA CRIMINAL, rel. Des. Giselda Leitão Teixeira, DJ. 19/12/2016).

O julgado é claro em demonstrar a necessidade, para comprovação da tese de defesa de erro de tipo (seja ele incriminador ou permissivo), de um conjunto probatório que sirva de lastro mínimo à decisão. No caso, percebe-se que foi levado em conta o tempo e experiência de dez anos de polícia do autor do homicídio, bem como a perícia dos disparos de arma de fogo e a ausência de apreensão de quaisquer objetos que demonstrassem, minimamente, que a vítima tinha algum objeto que guardasse semelhança com uma arma de fogo e que justificasse, de alguma forma, a confusão sobre a realidade do autor quanto ao saque de uma arma, o que, fosse comprovado, ensejaria uma absolvição ou desclassificação por existir um erro de tipo permissivo.

3. O erro de proibição

O erro de proibição, também conhecido como *erro sobre a ilicitude do fato*, com previsão normativa no art. 21 do Código Penal, tem como escopo a falsa percepção da realidade, no entanto esta recai sobre a ilicitude do fato, a sua previsão legal. Assim, o agente tem plena percepção da realidade, e o erro recai sobre o entendimento acerca de uma norma de proibição ou até a presença de uma justificante inexistente.

O erro de proibição não visa a permitir que o simples desconhecimento da lei venha a isentar o agente delituoso. No entanto, o agente entende que tal conduta, por algum motivo, é permitida, seja por uma má interpretação da lei, uma suposição equivocada, distorções culturais locais etc.

Há uma diferenciação de representação falsa da realidade, que separa o erro de proibição do erro de tipo, como bem explica Prado (2015, p. 370):

Tem-se que o autor “sabe o que faz tipicamente, mas supõe de modo errôneo que era permitido”. Não bastando aqui só a falsa representação, senão também a falta de representação da ilicitude do fato. A diferença decisiva entre erro sobre os elementos do tipo e erro sobre a ilicitude do fato “não se refere à oposição fato-conceito jurídico, mas, sim, à diferença tipo-ilicitude”.

O erro de proibição, nesse sentido, é um falso entender da norma, que pode se referir também ao tipo incriminador ou a uma justificante. O erro de proibição tem também a sua divisão, podendo ser:

(a) direto, quando recai sobre a própria norma legal do tipo penal incriminador, seja em sua incidência ou em sua abrangência;

(b) indireto, quando o erro recai sobre uma norma permissiva, fazendo o agente crer que existe uma cláusula de justificação que, na verdade, é inexistente.

Um exemplo que pode ser aplicado ao Tribunal do Júri seria o erro de proibição permissivo de uma pessoa que cometesse *eutanásia* em um parente em estado terminal para acalantar a sua dor. Mesmo não havendo permissão legal para a eutanásia, o agente acredita que a conduta alberga uma excludente de ilicitude. A discussão para os efeitos do erro de proibição seria apenas sobre o erro ser evitável ou inevitável. Em sendo evitável, a pena é reduzida por imposição de uma causa de diminuição; se inevitável, exclui a punibilidade pela ausência da consciência da ilicitude sobre o fato.

Günther Jakobs (2012, p. 21-34) considera o erro de tipo e o erro de proibição como defeitos cognitivos que redundam na falta de dolo, diferenciando-o do defeito volitivo, já que esse tem relação com a vontade de causar um dano que é agravado ao final (preterdolo). O autor refere-se assim ao erro de proibição:

Utilizando-se a terminologia jurídica: trata-se de um erro de proibição ou de mandato, isto é, em ambos os casos de um erro que não se refere ao tipo, e sim à situação concorrente enquanto à existência de determinados deveres.

Como o Código Penal brasileiro, em sua reformulação da parte geral, adotou grande parte do sistema alemão, as considerações do autor para o código alemão subjazem também ao nosso diploma legal. Segundo Jakobs (2012, p. 26):

De acordo com o direito vigente na atualidade, todo erro inevitável acerca da norma exclui a culpabilidade. Essa disposição tem sido elogiada como triunfo do princípio da culpabilidade, e também o Supremo Tribunal Federal tem fundamentado neste sentido “a pena pressupõe a culpabilidade. A culpabilidade é reprovabilidade. Através do juízo de valor negativo, isto é, da culpabilidade, reprova-se o autor que havia decidido a favor do injusto, visto que poderia haver decidido a favor do direito, comportar-se conforme o direito. A razão interna da reprovação da culpabilidade está e que o ser humano é capaz de desenvolver uma autodeterminação livre, responsável, moral, e por isso tem a capacidade de decidir a favor do direito e contrário do injusto...” Continuando, o tribunal aproveita estes princípios aplicando-os ao suposto desconhecimento da norma: “para que o ser humano decida-se a favor do direito, no exercício de sua autodeterminação livre, responsável e moral, deve conhecer aquilo que é conforme o direito e aquilo que é antijurídico”, ainda que não se considere que todo o erro exclui a culpabilidade, e sim somente os que são inevitáveis: “os defeitos no âmbito do conhecimento podem ser reparados até certo ponto”.

Nesse jaez, encontra-se também o nosso sistema jurídico, permitindo que os erros sobre a proibição, sejam eles incriminador ou permissivo, quando invencíveis, excluam a possibilidade de aplicação da pena, por eliminar um dos pressupostos constitutivos do crime, neste caso, diferente do anterior, a culpabilidade, a reprovabilidade da conduta.

Para que o fato seja analisado na esfera do erro de proibição, o que já comentamos como sendo a “valoração paralela na esfera do profano” (Mezger), não se deve levar em consideração questões sobre a proibição ou justificantes, mas sim questões morais, culturais, sociais no contexto vivido pelo réu. Analisa-

se, assim, a potencial consciência da ilicitude do fato, ou seja, a valoração deve ser feita pelas circunstâncias extrajurídicas do autor, como a formação cultural e escolar até mesmo os valores da sociedade na qual está inserido.

No âmbito do Tribunal do Júri, importante notar que, dentro da característica de julgamento por pares, torna-se muito mais fácil a comprovação na esfera do profano ao corpo de jurados, que poderá compartilhar mais facilmente dos valores do réu no caso concreto, exatamente pelo Conselho de Sentença representar os valores e pensamentos da sociedade em que o crime fora praticado e, conseqüentemente, será julgado. Com a apresentação dessa tese é possível, por exemplo, a absolvição de alguém com base em elementos que são juridicamente inexistentes, mas que subsistem no imaginário de determinados rincões sociais, como a legítima defesa da honra, o homicídio humanitário e outros, já que subjazem de elementos sociais, educacionais, regionais e culturais próprios da esfera do profano, lançando mão da terminologia de Mezger.

Ainda na primeira etapa do rito do Júri, no *judicium accusationis*, é possível que o réu seja absolvido sumariamente com fulcro no art. 415, inciso IV do Código de Processo Penal, desde que os elementos probatórios deixem a questão evidente ao julgador. Qualquer dúvida, ainda que mínima, deve fazer com que o caso seja levado à apreciação do Conselho de Sentença, em que vigora no âmbito do direito processual penal brasileiro o princípio do *in dubio pro societate* quando da apresentação da acusação, traduzida no Júri pelo ato de recebimento/rejeição e pela etapa do *judicium accusationis*. Este é o recente verbete aprovado no STJ em sua jurisprudência em tese, edição nº 105, nº 3:

A propositura da ação penal exige tão somente a presença de indícios mínimos de materialidade e de autoria, de modo que a certeza deverá ser comprovada durante a instrução probatória, prevalecendo o princípio do *in dubio pro societate* na fase de oferecimento da denúncia.

Conseqüentemente, o Superior Tribunal de Justiça manteve o entendimento já sedimentado naquela Corte de que a competência para apreciação de dúvidas no momento do juízo de recebimento da acusação, mudando a depender do procedimento a ser adotado, é do juiz ou jurados competentes para a apreciação da causa, tendo maior relevo tal questão no âmbito do Tribunal do Júri por força da determinação constitucional da soberania dos veredictos.

Considerações finais

As teses aqui apresentadas demonstram uma grande aceitação nos Tribunais Superiores, devendo ser lastreadas de um conjunto de provas que consiga sustentá-las, para além de tão somente o convencimento dos jurados quando da apresentação das teses defensivas no plenário do Júri, já que a contrariedade aos autos não permite que, mesmo em face da soberania dos veredictos, se mantenha uma decisão do Conselho de Sentença.

Cabe salientar que todas as teses aqui descritas podem ser utilizadas tanto na primeira quanto na segunda etapa do procedimento do Júri, com suas peculiaridades argumentativas próprias quando da utilização em uma ou outra etapa. Ressalta-se que, tão somente com a comprovação acima de dúvida razoável, é que se permite a absolvição ainda na primeira etapa do rito do Júri.

Quanto ao erro de proibição, se lastreado em provas e se lançado como tese defensiva em cidades menores, em que se compartilham valores culturais peculiares, a tese pode ganhar grande relevo e repercussão, já que seria feita uma valoração de fato em uma área conhecida dos jurados, independentemente, em certa medida, dos institutos do direito. Isso permite que questões consensuais e culturais possam adentrar no âmbito do direito, permitindo o acatamento da tese e eventual absolvição do réu.

Enfim, as duas teses se aproximam na medida em que refletem erros perceptivos, ora sobre os elementos do crime, ora sobre os elementos constitutivos da proibição ou dos limites permissivos legais, sendo, em suas duas faces, formas de romper uma parte da estrutura do crime como pressuposto da punibilidade, evitando-se que a pena seja cominada ao réu.

Referências

BRASIL. **Constituição Federal**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 17 mar. 2015.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Leis penais especiais comentadas**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ESTEFAM, André. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão** (Teoria do Garantismo Penal). 4. ed. São Paulo, RT, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2006.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Direito Processual Penal Esquemático**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 2005.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: GTZ, 1978.

ISHIDA, Valter Kenji. **Curso de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Trad. André Luis Callegari. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal**. Parte general. Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1955.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus; TIEDEMANN, Klaus; ARZT, Gunther. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Trad. Roberto Barbosa Alves. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011.

WESSELS, Johannes. **Direito Penal**. Parte Geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.