

## Deve ser quesitado o erro culposo na discriminante putativa no júri?

A reforma de 2008 alterou significativamente a estrutura e forma de quesitação no tribunal do júri, simplificando o entendimento por um lado e, por outro, gerando diversas dúvidas. Passados 12 anos, sobre a formulação dos quesitos que não foram pacificados, a redundância jurídica e anulação de processos.



Uma dessas questões é exatamente o alcance do quesito genérico da

absolvição. O jurado absolve o acusado? Artigo 483, § 2º, do CPP: abrangeria a pergunta todas as teses defensivas? Não se quesitaria mais uma discriminante putativa, por exemplo?

Em recentíssimo julgado (*HC 172.384/RS*[\[1\]](#), em 11/09/2020), o ministro Marco Aurélio Mello, do STF, concedeu liminar para suspender os efeitos de condenação, pela Segunda Vara do Júri de Porto Alegre, por entender, na linha da impetração, haver injustificadamente se negado a Juíza Presidente a oferecer aos Jurados quesito obrigatório da discriminante putativa, apesar da irresignação que a Defesa fez constar em ata (providência que até seria desnecessária, a se considerar a natureza absoluta da nulidade), tudo com fundamento no artigo 564, III, "k", do CPP e do verbete n. 156 da Súmula do STF.

Não é a primeira vez que o julgamento é anulado.

De fato, o réu já fora levado a júri anteriormente e condenado a uma pena de treze anos e seis meses de reclusão, como incurso no artigo 121, § 2º, I e IV, do CP. Mantida a condenação pelo TJ-RS, o STJ anulou o julgamento pela mesma razão.

No novo julgamento, como reconheceu o ministro Marco Aurélio, novamente o quesito, que constituía tese desde sempre articulada pela Defesa, foi suprimido aos Jurados, segundo a Presidência dos trabalhos, “em razão de que com a alteração legislativa evidenciada pela Lei 11.389/2008 todos os quesitos da defesa convergem no relativo ao 'o jurado absolve o acusado?'”

---

Na verdade, a mudança na forma de quesitação, introduzida pela Lei 11.389/2008, não teve o condão de suprimir o quesito relativo ao erro culposo na discriminante putativa (desclassificação imprópria e *causa de diminuição de pena*), como deixa claro o artigo 483, IV, do CPP.

É que, diante da Teoria Limitada da Culpabilidade, inserida no Código Penal pela Lei 7.209/84, o erro na discriminante putativa, quando for relativo aos limites ou à própria existência da excludente, deverá ser tratado como erro de proibição indireto (artigo 21 do CP), mas se ocorrer em relação aos pressupostos fáticos da justificante, o regime será o do erro de tipo permissivo (artigo 20, §1 do CP).

Este era justamente o caso em discussão, haja vista ser a tese da Defesa ter havido *error in persona* (artigo 20, § 3º do CP) na legítima defesa putativa.

Nestes casos, o equívoco do agente pode ser de duas naturezas: invencível (escusável) ou vencível (inescusável). Reconhecido o erro de tipo permissivo, o dolo deve ser afastado (ou a culpabilidade dolosa), restando a possibilidade de condenação por crime culposo, se previsto em lei.

Existiam, portanto, três possibilidades:

1ª – teria havido erro plenamente justificado — hipótese afastada pelos jurados: neste caso haveria isenção de pena — o réu teria sido absolvido por ausência de culpabilidade;

2ª – haveria erro não plenamente justificado (erro culposo, ocasionado pela chamada culpa imprópria) — deveria, aqui, o agente responder por crime culposo, havendo previsão legal, como era o caso;

3ª – não haveria erro — responderia, nesta hipótese, o autor pelo crime doloso que praticara. Mas a essa conclusão somente se poderia chegar depois de afastada a possibilidade do erro culposo.

Ocorre que a magistrada que presidiu os trabalhos deu o réu por condenado a partir da negativa do 3º quesito — O jurado absolve o acusado? —, sem considerar que com tal pergunta o jurado estava apenas a dizer que não absolvía, isto é, que eventual erro não era "plenamente justificável" (era, portanto, vencível, inescusável, indesculpável, daí por que não absolvía), o que não afastava, pelo menos até então, a possibilidade de entender o julgador leigo tratar-se de erro culposo, causado pela imprudência do réu.

Aconteceria o mesmo se, por exemplo, fosse reconhecido o excesso na legítima defesa e não houvesse o quesito sobre o excesso culposo. Aliás, estes são os dois únicos casos em que se configura, no direito brasileiro, a chamada culpa imprópria. Esta, que se manifesta no excesso culposo ou no erro culposo, nada mais é do que uma ficção jurídica, na qual se dá um apenamento mais brando (de crime culposo) a uma ação que é eminentemente dolosa, mas com grau de reprovação reduzido. Neste sentido é a lição de Cezar Bitencourt (Manual de direito penal. Parte geral, vol. 1. 26ª edição. Saraiva. 2020. São Paulo, p. 347)[2].

A decisão do ministro Marco Aurélio fixa um precedente muito relevante, pois sinaliza claramente que a tese defensiva de desclassificação imprópria deve, obrigatoriamente, ser quesitada e não está abrangida pelo quesito genérico da absolvição, como alguns sustentam. Em suma: a reforma de 2008 simplificou a

quesitação, mas não suprimiu a obrigatoriedade de formular-se o quesito relativo ao excesso culposo na discriminante putativa (ou mesmo na legítima defesa real), devendo o juiz submetê-lo aos jurados, sob pena de nulidade absoluta do julgamento, por cerceamento de defesa, nos termos do artigo 564, III, K, do CPP e da Súmula n. 156 do STF.

[1] <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344438809&ext=.pdf>

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

**Date Created**

25/09/2020