

Disciplina: Penal – Teoria do Crime

Professor (a): Júlio L Hott

Excludentes putativas

Quando o agente pratica um fato típico, achando-se protegido por uma excludente de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito) que na verdade não existe, o que ele não possui é o conhecimento da ilicitude do fato. O Código Penal brasileiro, no entanto, adotou a *teoria limitada da culpabilidade*, e trabalha com duas soluções distintas:

Se o erro recai sobre a existência de uma excludente que a lei não prevê, ou sobre os limites de uma excludente que existe, considera-se que o indivíduo agiu mediante *erro de proibição*. Ex.: se alguém, após sofrer uma agressão, aplica uma surra no agressor, achando que a legítima defesa lhe dá tal direito, seu erro foi sobre os limites da excludente, e portanto se considera ter agido em erro de proibição.

Porém, se o agente supõe estar diante de uma situação de fato que, se existisse, tornaria sua ação legítima, o erro será de tipo, ou seja, se for escusável, não haverá dolo nem culpa; se inescusável, responderá culposamente. Ex.: uma pessoa vê um vulto desconhecido ingressar em sua residência, altas horas da noite; supondo ser um assaltante, atira e mata o suposto agressor, vindo depois a descobrir que se tratava de seu filho, que retornava de uma festa. Dependendo das circunstâncias, se o erro for invencível, não haverá dolo ou culpa; se vencível, responderá por culpa (que a doutrina chama de *culpa imprópria*).

Erro de tipo permissivo diferencia-se do erro de permissão ou proibição indireto porque não apenas não se relaciona com a antijuridicidade da conduta, como está sempre ligado à falsa representação sobre o conteúdo de seu significado jurídico-penal.

Vejamos.

A matéria é geradora de grandes discussões na doutrina pátria. De plano, o cerne da questão está em onde tratar do assunto: dentro de erro de tipo, ou, como erro de proibição?

Para a doutrina, o erro de tipo permissivo está previsto no artigo 20, § 1º do CP, segundo o qual "*é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe **situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima**. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos*".

A análise do tema exige certa compreensão acerca das teorias da culpabilidade. Para a teoria limitada da culpabilidade, se o erro do agente incidir sobre uma situação fática que, se existisse, tornaria a conduta legítima, fala-se em erro de tipo (erro de tipo permissivo); mas, se o erro recair sobre a existência ou, os limites de uma causa de justificação, o

erro é de proibição (erro de proibição indireto/ erro de permissão). Em contrapartida, a teoria extremada da culpabilidade não faz qualquer distinção, entendendo que, tanto o erro sobre a situação fática, como aquele em relação à existência ou limites da causa de justificação devem ser considerados erros de proibição, já que o indivíduo supõe lícito o que não é.

O Prof. Luiz Flávio Gomes salienta que se trata de uma espécie *sui generis* de erro, posto que não pode ser tratado como erro de tipo, já que nesse, a finalidade é a exclusão do dolo, o que não acontece em tais circunstâncias. Para o autor, o erro de tipo permissivo traz em seu bojo a fusão das conseqüências previstas para o erro de tipo e o erro de proibição.

Parcela majoritária da doutrina defende que, em se tratando de erro de tipo permissivo destacam-se duas situações: a) quando o erro é inevitável, impõe-se a isenção da pena, como se dá no erro de proibição; b) quando o erro se mostra vencível (evitável) ao agente será imposta a pena correspondente ao crime culposos, como ocorre nos casos de erro de tipo.

Por outro lado, o erro de permissão, intitulado pelos estudiosos de erro de proibição indireto está previsto no artigo 21 do CP, que dispõe: "*o desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço*". Trata-se de erro cujo objeto é uma justificante, ou a sua existência, ou os seus limites.

Com base no exposto, podemos destacar uma semelhança e algumas diferenças entre o erro de tipo permissivo e o erro de permissão. A similitude existente entre eles está no fato de ambos se relacionarem com hipóteses de discriminantes putativas. No ordenamento jurídico brasileiro contamos com três hipóteses de discriminantes putativas:

- a) Erro sobre a situação fática: erro de tipo permissivo
- b) Erro sobre a existência de uma justificante: erro de permissão (erro de proibição indireto)
- c) Erro sobre os limites de uma justificante: erro de permissão (erro de proibição indireto).

Concluindo: para diferenciar erro de tipo permissivo e erro de permissão é indispensável saber qual o objeto do erro do agente criminoso. Se ele erra sobre a própria situação fática que, se existisse, tornaria a sua conduta legítima, o que se evidencia é o erro de tipo permissivo. No entanto, se o indivíduo se equivoca sobre a própria existência da justificante, ou, sobre o seu alcance, estaremos diante de um caso típico de erro de permissão