

O erro de direito e o concurso de pessoas no anteprojeto de Código Penal de 1981

EVERARDO DA CUNHA LUNA

Catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife — UFFe,
Membro do Conselho Nacional de Política Penitenciária

I — O ERRO DE DIREITO

1 — O Erro de Direito no Código de 1940

A culpabilidade, ou vontade culposa, é um dos dois elementos do fato criminoso — precisamente o elemento subjetivo. Externada pela ação, que é o elemento objetivo do crime, constitui o fato psicológico juridicamente tratado ou valorizado. Compreende o dolo e a culpa no sentido estrito, espécies ou formas da culpabilidade que consistem, sinteticamente, de **fato e valor**.

Causas existem que excluem a culpabilidade, chamadas, por isso mesmo, causas de exculpação, exculpantes, causas de exclusão da culpa-

O presente trabalho foi apresentado e debatido no Seminário sobre a Reforma Penal, realizado em junho de 1981, na Faculdade de Direito da Universidade de Goiás.

bilidade, excludentes da culpabilidade ou causas de inculpabilidade. Compreendem tais causas as exculpantes propriamente ditas e as causas de exclusão da imputabilidade, excludentes da imputabilidade ou causas de inimputabilidade. As primeiras consistem, para o agente, numa anormalidade das circunstâncias por ele vividas, e as segundas, numa anormalidade pessoal do agente, um estado que se **dinamiza** no momento da ação.

As excludentes propriamente ditas, ou, simplesmente, as exculpantes, viciam a inteligência ou a vontade. Quando viciam a inteligência, chamam-se erro ou ignorância; e quando viciam a vontade, chamam-se coação moral irresistível. O erro, quando invencível ou inevitável, exclui a culpabilidade em ambas as suas formas: dolosa e culposa; quando vencível ou evitável, exclui o dolo somente, restando intocável a forma residual da culpa. A coação moral irresistível, como o próprio nome está a dizer, é invencível ou inevitável, pelo que exclui o dolo e a culpa, ou, simplesmente, a culpabilidade. Quando, porém, resistível, vencível, evitável, não exclui a culpabilidade, valendo como obrigatória circunstância atenuante da pena.

Como o crime, fato jurídico que é, compreende fatos e valores, estabeleceu-se, para esses fatos e valores, a milenar distinção entre erro de fato e erro de direito. E, por força da tradição, o princípio de que o erro de fato exclui, e o erro de direito não exclui a culpabilidade. O erro de **direito, quando escusável, vale, assim como a coação quando resistível, como uma obrigatória circunstância atenuante da pena.**

Uma vez que fatos e valores são incindíveis, porque gravitam dentro da realidade jurídica, que é, a um tempo, direito e realidade, concluiu-se que a distinção entre erro de fato e erro de direito não era uma distinção substancial, existindo, apenas, para o atendimento de certas finalidades práticas. E como a distinção, em tela, pelo férreo comando que encerra, cria, não raro, sérias injustiças na aplicação da lei penal, começou-se a atacá-la, precisamente, em sua natureza substancial. E afirmou-se que, assim como em todos os erros de fato está insito um erro de direito, assim também, em todos os erros de direito, insere-se, inapelavelmente, um erro de fato. Deste modo, no clássico exemplo de FINGER, que via um erro de direito tanto no fato de conduzir cocaína sem autorização, quanto no fato de conduzi-la sem conhecê-la.

A essa primeira objeção, respondia-se que uma coisa é conhecer a cocaína proibida e outra a proibição da cocaína. Na primeira hipótese, desconhecimento de um elemento do fato criminoso: logo, erro de fato. Na segunda hipótese, desconhecimento da proibição de fato como um todo: logo, erro de direito. Essa resposta, porém, deparava com uma di-

ficuldade, que consistia na observação de que, em alguns crimes, figurava a própria proibição do fato como elemento do fato. Tentou-se, então, remover a dificuldade pela simples negação da dificuldade, ou seja, tentou-se provar que não existiam proibições como elementos do fato, porque o que ocorria, nessas aparentes proibições, era a **pressa do legislador**. Ao que se respondeu que a pressa do legislador, se existisse, destacar-se-ia dos dizeres da lei, feita **apressadamente**.

Sucede, porém, que, mesmo considerando-se que a distinção entre erro de fato e erro de direito não ataca substancialmente a realidade, mesmo assim, é inegável a dificuldade para unificar o erro e tratá-lo com a obediência que a justiça material exige. Se a distinção não é substancial, e se a justiça exige para o erro de fato e o erro de direito um igual tratamento, a solução correta, cientificamente, é a da chamada teoria estrita do dolo: sem o conhecimento do direito, exclui-se a culpabilidade, e, se o conhecimento do direito era possível, subsiste a culpa nas hipóteses em que estiver prevista, na lei, a forma culposa. Tudo acontecendo, como se vê, como acontece no erro de fato. Tudo, como igualmente se vê, **de lege ferenda**.

Sucede, também, que nem todas as soluções corretamente científicas são, de logo, as praticamente exigíveis. Surgem dificuldades, antinomias. E o jurista dogmata vê-se obrigado a apelar para uma crítica propriamente dogmática, e também para a política criminal, no sentido de alcançar conclusões sobre a relação entre a política criminal e a dogmática jurídico-penal.

“Ambas son dos ámbitos independientes, pero que se compenetran en múltiples aspectos. Así, es misión de la dogmática en el marco de la política criminal **conseguir posibilidades de solución acordes con el sistema para objetivos politicocriminales**. La política criminal parte de un sólido fundamento cuando mantiene sus decisiones de acuerdo con la evolución de la dogmática, así como, viceversa, la dogmática ha de desarrollar sus soluciones en el marco de la concepción global politicocriminal, dado que su afetividad se mide igualmente según su valor para la realización de los objetivos politicocriminales” (cf. el agudo pronóstico de Tröndle, NJW, 1973, 32: “La dogmática del derecho penal será en el futuro lo que lleve a cabo la política criminal” in HEINZ ZIPF, **Introducción a la Política Criminal**, Traducción: MIGUEL IZQUIERDO MACÍAS — PICAVEA, de la edición española EDERSAN, 1979, 5 a 6).

Nos marcos da crítica intra e extradogmática, duas soluções jurisprudenciais surgiram para atenuar os rigores do comando pelo qual o erro

de direito não exclui a culpabilidade. A primeira diz respeito ao chamado erro de direito extrapenal, que deve ser tratado como erro de fato. A segunda caminha conforme o princípio de que só existe o dolo quando o conhecimento da antijuricidade é um dos seus elementos. Ou seja: na ausência da antijuricidade, o dolo não existe.

A segunda solução, doutrinária ou pretoriana, fundamenta-se, entre nós, numa crítica ao artigo 16 do Código Penal, o qual, sob a rubrica IGNORANCIA OU ERRO DE DIREITO, preceitua:

“A ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena.”

É de toda a evidência que o preceito referido não alcança somente o conhecimento da existência da lei, o conhecimento dos artigos ou dos tipos legais. Se assim fora, não haveria razão para uma questão tormentosa. O que o preceito do artigo 16 do Código Penal compreende é o conhecimento da lei, penal ou extrapenal, não só em sua forma como em sua matéria. O preceito referido alcança a lei e o conteúdo da lei. Numa palavra: compreende o erro de direito em sua expressão cabal, completa. Férreo comando, mas comando. Portanto, a crítica, doutrinária ou pretoriana, ao interpretá-lo formalmente, existencialmente, dele separando a materialidade, o conteúdo, a significação enfim, procura dar-lhe uma interpretação estrita para servir a melhores reclamos da justiça.

Deste modo, se alguém pratica um fato que corresponde a um sutil artigo do Código Penal, ignorando o artigo legal e ignorando que o fato é contrário à ordem jurídica, pratica, sem sombra de dúvida, conforme o artigo 16 mencionado, um crime. Se, porém, desconhece o artigo que incrimina, e sabe que o fato praticado contraria o direito, pratica um crime tanto à luz do Código Penal como segundo a solução crítica em questão. E se, conhecendo o artigo incriminante, pratica o fato na consciência plena de que age juridicamente, o erro de direito exclui a culpabilidade, segundo a solução crítica, porque também no direito, como na religião, o espírito sobrepõe-se à palavra. De resto, se não era possível, ao agente, conhecer a antijuricidade de sua ação, é ocioso indagar se ele conhecia, desconhecia, ou mal conhecia a lei incriminante. A indagação do conhecimento da lei incriminante é válida, porém, para a hipótese em que o agente podia ou devia conhecer a antijuricidade de sua ação, ou seja, para a hipótese de evitabilidade do erro, ou do erro culposos.

O mesmo se diga quando entram em questão as chamadas excludentes de criminalidade, excludentes da antijuricidade, causas de ausência de criminalidade, causas de ausência da antijuricidade, causas de exclusão de criminalidade, causas de exclusão da antijuricidade, jus-

tificantes ou causas de justificação. Se alguém, por exemplo, pratica um fato, julgando fazê-lo, por erro inevitável, nos limites de uma justificante, age sem consciência da antijuricidade da ação. Assim, enquanto nas justificantes putativas fatuais, que constituem erro de fato, existe um erro sobre o fato que fundamenta a justificação, nas justificantes putativas valorativas, existe um erro sobre a justificação que valoriza o fato. Perante o artigo 16 do Código Penal, as justificantes putativas valorativas não têm força de exclusão da culpabilidade, porque representam hipóteses de erro de direito. Tê-lo-ão, porém, conforme a construção crítica que exige, entre os elementos do dolo, a ausência do conhecimento da antijuricidade. Tudo acontece como nos casos gerais do erro de direito.

É interessante notar que o excesso, nas justificantes, tanto pode encerrar um erro sobre o fato, como um erro sobre a justificação. Na segunda hipótese, entra em causa a ausência da antijuricidade da ação, que pode, igualmente, ser evitável ou inevitável.

2 — O Erro de Direito no Anteprojeto de 1981

O pensamento doutrinário que concede valor escusante ao erro de direito, pode-se afirmar com certeza, é o pensamento dominante. Na Alemanha, diga-se, a jurisprudência é pacífica no sentido de considerar o erro de direito como causa de exclusão da culpabilidade, fato este que, aliado com a doutrina, levou o legislador alemão, na reforma de 1975, a colocar no Código Penal o preceito salutar do artigo 17, assim redigido:

“Verbotsirrtum. Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden” (Se, no momento do ato, falta, por erro inevitável, a consciência do ilícito, exclui-se a culpabilidade do autor. Se o autor podia evitar o erro, a pena pode ser atenuada conforme o § 49, número 1).

Como se pode verificar, o Código Penal alemão não segue a teoria estrita do dolo (erro invencível e erro culposos), mas a teoria limitada do dolo (erro inevitável escusante e erro evitável com pena atenuada). De lado, também, a teoria estrita e limitada da culpabilidade (impossibilidade da consciência da antijuricidade, abrangendo a primeira as justificantes putativas fatuais como hipóteses de erro de proibição).

Como solução conciliatória, a melhor solução sem dúvida. A teoria estrita do dolo será a solução do futuro. O anteprojeto brasileiro de 1981

segue, com alguns acréscimos que não julgamos essenciais, a solução do legislador alemão. A redação do anteprojeto é esta: "**Erro sobre a ilicitude do fato.** Art. 21 — O conhecimento das leis vigentes presume-se em relação a todos. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá atenuá-la. **Parágrafo único** — Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência."

O primeiro período do **caput** do artigo 21 — "O conhecimento das leis vigentes presume-se em relação a todos", interpretado em relação ao segundo período do artigo referido, ao contrário dos dizeres do artigo 16 do Código Penal, refere-se às leis sob o puro aspecto formal, sobre a existência delas. É um período dispensável, sob o rigoroso ângulo técnico-legislativo. Valerá, contudo, como norma pedagógica? Duvidoso. Pode valer — como dissemos em carta ao eminente Coordenador da Reforma Penal no Brasil, Professor FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, que nos deu a honra de uma consulta justamente sobre matéria em que é mestre incontestável — pode valer, famos dizendo, como um anteparo contra o provável impacto que causará, no âmbito legislativo, o preceito inovador da escusabilidade do erro de direito inevitável. Por outro lado, porém, provavelmente criará, no âmbito judiciário, maiores dificuldades para uma matéria, já pela própria natureza, espinhosa e difícil. Deste modo, e já que o modelo do anteprojeto, na matéria em exame, é o Código Penal alemão, o melhor caminho é suprimir o primeiro período do artigo 21: "O conhecimento das leis vigentes presume-se em relação a todos." O valor pedagógico do preceito, se é que existe, é muito escasso. Além de tudo, bem examinadas as coisas, ver-se-á que o segundo período do artigo 21, que contém o expressivo preceito — "O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena" —, implicitamente está a dizer que não se trata de excluir a simples ignorância ou erro da lei formalmente considerada.

Por sua vez, o parágrafo único do artigo 21 do anteprojeto é, igualmente, dispensável, podendo valer, contudo, como norma pedagógica para os destinatários da lei, o povo em geral e os magistrados. Lembre-se que o Código Penal alemão não contém dispositivo semelhante ao parágrafo em exame, o que nos parece ser a solução mais correta. Suprimindo-se o parágrafo, para cuja redação também colaborei, por solicitação do Dr. FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, ganha-se em economia legislativa.

O termo **ilicitude**, em lugar de **antijuricidade** ou **antijuridicidade**, deve ser mantido, porque mais antigo e mais simples. Aliás, o termo **ilicitude** foi o que preferimos, ao redigirmos o nosso primeiro livro em 1955 — **Abuso de Direito**, Forense, Rio, 1959, *passim*.

Na rubrica do art. 21, não se emprega a expressão **erro de proibição**, mas **erro, sobre a ilicitude do fato**. Entendemos que a expressão tradicional, romanista, **erro de direito**, é a preferível para a rubrica. Além da força da tradição, da história — e o direito é também essencialmente história —, existe outro fundamento para a preferência. Vejamos. O termo **direito** é termo riquíssimo de conteúdo. Para a matéria que nos interessa neste momento, considera-se erro de direito: 1 — o erro sobre elemento normativo do fato (a alheidade da **coisa**, nos crimes contra o patrimônio); 2 — o erro de direito extrapenal (a qualidade de funcionário público, no direito administrativo para o tipo penal da prevaricação, por exemplo); e 3 — o erro sobre a antijuricidade ou ilicitude do fato como *um todo*. As duas primeiras espécies de erro, como excludentes da culpabilidade, são erros de fato, ou erros sobre elemento do tipo, conforme o anteprojeto. A última espécie de erro é o erro de direito propriamente dito. Se o denominarmos **erro sobre a ilicitude do fato**, nada se ganha em clareza, porque a segunda espécie de erro, acima indicada, é, também, erro sobre a antijuricidade ou sobre a ilicitude do fato.

Na rubrica do art. 20, emprega-se a expressão **erro sobre elementos do tipo. Do tipo, por quê?** Veja-se que o conceito de tipo é doutrinário, discutível, passível de interpretações várias, mais extensas umas, menos extensas outras. Basta lembrar que existe a doutrina dos elementos negativos do tipo, e, conforme o espírito dessa doutrina, não se pode considerar o erro sobre um desses elementos como erro de tipo ou de fato, mas precisamente como erro sobre a ilicitude ou erro de direito. Por tudo isso, melhor a rubrica **erro sobre elementos do fato**, e melhor ainda a tradicional e romanista **erro de fato**.

No que toca à redação do art. 20 do anteprojeto, que disciplina o **erro de tipo** (ou **de fato**), queremos fazer, *obiter dictum*, uma observação. Preceitua o aludido artigo: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por fato culposo, se prevista em lei”. A redação possibilita a seguinte interpretação cavilosa: havendo erro de fato, exclui-se o dolo e pune-se a culpa. Observe-se que o Código Penal, no § 1º do artigo 17, não possibilita tal interpretação, pela explicitude em que está redigido: “Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo”. Diante disso, além de sugerirmos que a expressão **do tipo legal do crime** seja substituída pela expressão singela e tradicional **do fato**, sugerimos, ainda, para o artigo 20 do anteprojeto a seguinte redação:

“O erro sobre elemento constitutivo do fato exclui o dolo, punindo-se a culpa ocorrente, se previsto em lei o crime culposo.”

Estabelecida, em lei, a ausência da consciência da ilicitude como causa de exclusão da culpabilidade, surge esta indagação: a que **ilicitude**

a lei se refere? À ilicitude especial, ou à geral? À ilicitude como contrariedade ao direito, ou à sociedade? Satisfazer-se com a consciência da chamada ilicitude especial ou penal, entendida esta na qualidade de espécie do gênero que é a antijuricidade geral ou contrariedade à ordem jurídica considerada como um todo, é insuficiente. De resto, a consciência da antijuricidade penal confunde-se com a consciência da punibilidade, a qual também se distingue do conhecimento da lei. Por outro lado, exigir a consciência da anti-sociedade e da ação é demasiado. Suficiente é a ilicitude como contrariedade ao direito. Contrariedade atual, e não apenas possível; consciência da antijuricidade, e não consciência da possibilidade da antijuricidade.

Uma outra questão surge. Considerada a consciência da ilicitude como excludente da culpabilidade quando o erro é inevitável, e atenuada a pena quando o erro é evitável, como tratar as hipóteses da também chamada antijuricidade **especial**, entendida esta como a antijuricidade que constitui um dos elementos do tipo penal, ou do fato criminoso, elemento valorativo e normativo que se distingue da antijuricidade como valorização do fato como um todo? Se a ilicitude está ausente, e não existe, na lei, a forma culposa do crime, nenhum problema. Mas, se ao lado de um tipo penal de dolo, que contiver uma referência à antijuricidade, existir o correspondente tipo penal de culpa, qual deve ser o tratamento punitivo da culpa? Atenuar a pena prevista para o dolo, conforme a regra geral? De modo nenhum. Havendo antijuricidade **especial** como elemento do tipo, **especial** tem de ser o tratamento punitivo da culpa, quando legal e separadamente prevista. **Separadamente**, porque pode acontecer, embora raramente, que o tipo penal englobe, nos seus dispositivos, as formas dolosa e culposa da culpabilidade. E tudo assim acontece porque a consciência da antijuricidade especial deve ser tratada como a consciência de qualquer outro elemento normativo ou valorativo do tipo penal, o que implica que, na ausência dessa consciência, depara-se um erro sobre elemento do tipo ou do fato, e não um erro sobre a ilicitude do fato ou erro de direito, como já dissemos acima.

Vimos que, conforme o artigo 21 do anteprojeto, o erro evitável atenua a pena. Trata-se, portanto, de uma circunstância atenuante especial. Sucede que, no artigo 65, que contém o elenco das circunstâncias atenuantes legais, encontra-se, entre estas, sob o número II, "a ignorância ou o erro quando evitáveis". Como interpretar tal circunstância?

Não se trata de erro de fato ou sobre elemento do tipo, porque o erro de fato, quando escusável, é erro culposos. Não se trata, igualmente, de erro sobre direito ou lei extrapenal, que, funcionando como conteúdo da lei penal em branco, figura como hipótese da chamada antijuricidade especial, considerada esta um elemento normativo do tipo, cuja ignorância, já

o dissemos, é erro de fato ou erro sobre elemento do tipo. Não se trata também do erro de direito ou sobre a ilicitude, porque o erro sobre a ilicitude, quando evitável, beneficiando-se com uma atenuante especial, não pode ser duplamente beneficiado com a atenuante genérica. Partir para uma gradação da evitabilidade, ou seja, para uma maior ou menor facilidade de evitar o erro, é especioso.

Resta-nos dizer que a atenuante em questão refere-se à ignorância ou ao erro sobre a antijuricidade especial, no sentido de antijuricidade penal, cujo conteúdo é a punibilidade. Deste modo, o erro sobre a punibilidade, a ignorância de que a ação praticada está prevista, por lei, como crime, atenua a pena. Suponha-se o exemplo de quem pratica uma ação julgando-a somente um ilícito administrativo quando, na realidade, a ação é também considerada penalmente ilícita. A ação é punível pela consciência da ilicitude, e atenuada pela ausência de consciência da punibilidade, da lei penal que incrimina. Atenuante simplesmente genérica.

Sucedo, porém, que a ignorância ou o erro pode ser inevitável... Diante disso, para que a atenuante seja mantida, é preciso suprimir o adjetivo, e dizer, simplesmente: "a ignorância ou o erro". A nosso ver, como estamos diante de matéria nova no Código Penal, o melhor é evitar, o quanto possível, complicações, ou seja, o melhor é suprimir a atenuante genérica em exame. Veja-se que o Código Penal alemão, modelo do anteprojeto no que respeita a erro de direito, não contém dispositivo semelhante, ou análogo.

II — O CONCURSO DE PESSOAS

Como salientou o Dr. FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, em conferência pronunciada no Clube de Criminologia do Recife, um dos fundamentos do anteprojeto de 1981 é o princípio da culpabilidade. Louvável, indiscutivelmente louvável propósito. E a preocupação da maioria dos ilustres membros da Comissão de Reforma do Código Penal levou o propósito referido a tal ponto que, por amor ao dogma da culpabilidade, acabou por esquecer, em dois tópicos, outros princípios, também essenciais, do direito penal.

Quanto ao primeiro, não queremos insistir neste momento. Referimo-nos ao preceito que está contido no artigo 19 do anteprojeto. Em trabalho sobre os crimes qualificados pelo resultado, filiando-nos a uma corrente minoritária da doutrina, revelamos o nosso pensamento contrário à possibilidade de uma ação mista de dolo e culpa. Em que pese a mantermos, hoje, o mesmo pensamento, não podemos deixar de reconhecer que a doutrina e a legislação vitoriosas são aquelas que consagram o princípio da culpa no sentido estrito para o resultado que agrava especialmente a pena.

Neste momento, queremos externar a nossa preocupação de que o preceito, em estudo, pode conduzir os magistrados a extremos opostos, na conformidade de sua personalidade empírica: ou reconhecer, sempre, a presença da forma culposa no resultado agravante, ou jamais reconhecê-la. E tudo isso porque tal reconhecimento, se não for impossível na vida política, é extremamente difícil. Para empregarmos um termo da moda, vemos, no artigo 19 do anteprojeto, um preceito de natureza **retórica**.

Passemos ao segundo tópico, que merece, neste momento, uma análise detalhada. Referimo-nos à cláusula contida no artigo 29 do anteprojeto, destinado à disciplina fundamental do concurso de pessoas: “na medida de sua culpabilidade”. Que função tem a culpabilidade na cláusula mencionada? Tentemos *destrinçá-la*.

A cláusula não existe no Código Penal de 1940, nem no Anteprojeto Hungria. Passou a existir no Código Penal de 1969, no § 1º do artigo 35, deste modo: “A punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade.” Quando fomos honrados pelo então Ministro da Justiça, Professor ALFREDO BUZUID, o Professor RUY DA COSTA ANTUNES e eu, para oferecermos, separadamente, as nossas sugestões às modificações, em 1972, do Código Penal de 1969, já naquela época, estranhei, por escrito, a presença da novidade em nossa lei penal. Novidade que permanece no anteprojeto de 1981, e diante da qual renovei a estranheza à Comissão de Reforma do Código Penal reunida na última sessão de seu longo trabalho, sessão a que compareci, atendendo ao convite muito honroso que me fizeram os seus eminentes membros.

A cláusula “na medida de sua culpabilidade”, do artigo 29 do anteprojeto, foi inspirada pelo parágrafo 29 do Código alemão: “... **Selbständige Strafbarkeit des Beteiligten**. Jeder Beteiligte wird ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld bestraft”. (**Penalidade pessoal do partícipe**. Sem consideração pela culpabilidade dos demais partícipes, cada um deles será punido segundo a sua própria culpabilidade). Perguntamos, agora, qual o fundamento do parágrafo 29 do Código Penal alemão, acima transcrito?

O parágrafo em exame, que reproduz o espírito da reforma penal alemã de 1943, tem um especial fundamento: afastar a dúvida, diante da lei, entre acessoriedade estrita e limitada. E, ao fazê-lo, deu preferência à acessoriedade limitada, ou seja, aquela que exige, para a existência da acessoriedade, não que a ação do autor principal seja culposa, mas que seja típica e antijurídica, pelo que representa, dentro do espírito da reforma penal alemã de 1975, um reforço dos parágrafos 26, 27 e 28 (Schnönke—Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 1976, 330 e seguintes e 376; Lackner, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München, 1978, 141). Dessa forma, se o

autor ou co-autor agem sem culpabilidade, os instigadores e os cúmplices serão punidos por sua culpabilidade. E se o autor age sem culpabilidade, os co-autores (se existirem), os instigadores e os cúmplices serão castigados por sua culpabilidade.

Ora, se o anteprojeto de 1981, dentro de nossa tradição legislativa penal, adota a fórmula unitária do concurso, que equipara, em abstrato, para fim de punição, todos os que concorrem no crime, admitindo, porém, em concreto, diferentes graus de pena, dentro dos limites legais do mínimo e máximo, para cada um dos partícipes na conformidade de sua pessoal participação, perguntamos: que necessidade tem a nossa futura lei penal de uma referência expressa à acessoriedade limitada? Pensamos que nenhuma. E isto pela simples razão de que o anteprojeto mantém a doutrina do concurso unitário.

Pode-se dizer que, no anteprojeto, a cláusula “na medida de sua culpabilidade” funciona, não como fixação, na lei, da acessoriedade limitada, mas como reforço, no concurso unitário, do princípio de que a equiparação dos partícipes é temperada pela individualização da pena. O mesmo pode-se dizer em relação ao Código Penal tipo para a América Latina, considerando-se a “medida da culpabilidade” como “medida de valoração” e como medida do que “exista de subjetivo no objeto valorado” (ENRIQUE RAMOS MEJIA, “El principio de la culpabilidad en la legislación penal argentina”, in *Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1973, 146). Essa possível resposta merece dois reparos. Vejamos.

Em primeiro lugar, no Código Penal alemão, como dissemos acima, o fundamento primeiro do parágrafo 29 é estabelecer o princípio da acessoriedade limitada, segundo a qual rege o princípio da independência da culpabilidade. Deste modo, se o referido parágrafo funciona como fundamento da medida da culpabilidade, o faz combinado com os parágrafos que disciplinam a aplicação da pena a autores, instigadores e cúmplices. Observe-se a essencial ligação do parágrafo 29, não só no que respeita à acessoriedade limitada, mas também no que toca à medida da culpabilidade, com os parágrafos que disciplinam a instigação, a cumplicidade e as especiais características pessoais (26, 27, 28), (JOHANNES WESSELS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg — Karlsruhe, 1978; 76 a 77 e 108; HANS-HEINRICH JESCHECK, *Lohrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, Berlin, 1978, 380 a 383, e 537 a 538).

Em segundo lugar, pensamos que o preceito, contido no artigo 30 do anteprojeto, sobre a incomunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal, bem como o preceito do artigo 62, sobre agravantes no caso de concurso de agentes, e o elenco de todas as circunstâncias legais e judiciais do anteprojeto, dispensam uma referência legal especial à culpabilidade de cada partícipe, porque a culpabilidade é, em última instância, uma circunstância de caráter pessoal.

Diante das razões, acima expostas, sugerimos a supressão, no artigo 29 do anteprojeto, da cláusula “na medida de sua culpabilidade”, permanecendo a redação do artigo 25 do Código Penal. A doutrina do concurso unitário dispensa a presença, na lei, da cláusula referida, cláusula que pode complicar, em vez de melhor esclarecer a árdua matéria do concurso de pessoas.

III — CONCLUSÕES

1ª) — O artigo 20 do anteprojeto deve ter a seguinte redação:

Erro de Fato

Art. 20 — O erro sobre elemento constitutivo do fato exclui o dolo, punindo-se a culpa ocorrente, se previsto em lei o crime culposo.

2ª) — O artigo 21, *caput*, do anteprojeto deve ter a seguinte redação:

Erro de Direito

Art. 21 — O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá atenuá-la.

3ª) — Suprima-se o parágrafo único do artigo 21.

4ª) — Suprima-se, no artigo 65, II, a expressão “a ignorância ou o erro quando evitáveis”, passando o item II, referido, a conter o preceito do item III do mesmo artigo 65, deste modo:

Circunstâncias atenuantes

Art. 65 — São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I — ser o agente menor de vinte e um, na data do fato, ou maior de setenta anos, na data da sentença;

II — ter o agente:

- a) cometido o crime . . .
- b) procurando . . .
- c) cometido o crime sob coação . . .
- d) confessado espontaneamente . . .
- e) cometido o crime sob a influência . . .

5ª) — Suprima-se, no art. 29, a expressão “na medida de sua culpabilidade”.