

O crime no Anteprojeto de Código Penal de 1981

EVERARDO DA CUNHA LUNA

Catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife — UFPe, Membro do Conselho Nacional de Política Penitenciária. Advogado Criminalista

SUMÁRIO

- 1 -- *Introdução*
- 2 — *Relação de causalidade*
- 3 — *Tentativa*
- 4 — *Crime doloso e crime culposo*
- 5 — *Erro de fato*
- 6 — *Erro de direito*
- 7 — *Coação irresistível e obediência hierárquica*
- 8 — *Exclusão de ilicitude*
- 9 — *Da imputabilidade penal*
- 10 — *Do concurso de pessoas*

1 — *Introdução*

O Anteprojeto de Lei que altera dispositivos do Código Penal e dá outras providências, conforme o texto final, aprovado em Belo Horizonte, na reunião de seis de novembro de 1981, pelos três membros da ilustre Comissão Revisora,

Trabalho lido e debatido em São Luís, na Primeira Jornada Maranhense de Direito Penal, promovida pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Maranhão, realizada nos dias 13, 14 e 15 de janeiro do corrente ano.

N.R. — O Anteprojeto do Código Penal (Parte Geral) foi publicado no *Diário Oficial* de 11-3-81 para recebimento de sugestões. Vide Quadro Comparativo do Anteprojeto e do Código vigente in *Revista de Informação Legislativa*, nº 70, abril/junho 1981, p. 305.

Professores FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, MIGUEL REALE JÚNIOR e JAIR LEONARDO LOPES, conserva, nas suas linhas gerais, o espírito do Título II — *Do Crime* — do Código Penal de 1940. Exceção feita à profunda reforma substancial da matéria do erro de direito, as demais alterações contidas no Anteprojeto referido, Títulos II, III e IV, que compreendem os arts. 13 a 31, valem como aperfeiçoamento, ou busca de aperfeiçoamento, do Código Penal em vigor. A história falou alto e bem. No trabalho em prol do aperfeiçoamento, algumas vezes o Anteprojeto inspira-se em orientação doutrinária diferente da doutrina que inspirou o Código Penal de 1940, e, na maioria das vezes, procura uma redação mais precisa ou, simplesmente, uma terminologia nova. Tentemos uma análise dos Títulos II, III e IV do Anteprojeto de Lei em estudo, conforme a ordem dos artigos. E vejamos se tudo que conserva é de conservar; se tudo que inova é de inovar; e se a inovação é sempre feliz e digna de acolhimento legislativo.

2 — *Relação de causalidade*

O Código Penal, no art. 11, *caput*, disciplina a relação de causalidade deste modo:

“O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”

Por sua vez, o Anteprojeto, no art. 13, *caput*, preceitua:

“O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem, por ação, o tenha causado ou, por omissão, não o tenha impedido.”

Duas alterações foram feitas. A primeira, de linguagem, consistente na substituição do indicativo *depende* pelo subjuntivo *dependa*. Assim, em vez de “O resultado, de que depende a existência do crime”, o menos expressivo “O resultado, de que dependa a existência do crime”. Agora, é de perguntar: por que a substituição do indicativo pelo conjuntivo? Sem pedantismo gramatical, sabe-se que o encontro do presente do indicativo, como o verbo da oração principal, com o presente do subjuntivo, como o verbo da oração subordinada, seja esta substantiva ou adjetiva, sucede, entre outras hipóteses, quando o modo conjuntivo exprime algo futuro e incerto. Assim, “desejo que venhas”, “tenho necessidade de que faças alguma coisa”. No art. 13 do Anteprojeto, tudo é exposição, é indicação; logo “o resultado, de que depende a existência do crime”, ou seja, o resultado de que depende, na apreciação pelo presente, a existência do crime, o resultado real, acontecido, o fato, numa palavra. E não “o resultado, de que dependa a existência do crime”. A redação do art. 11 do Código Penal, além de mais enérgica e elegante do que a redação do art. 13 do Anteprojeto, é a redação correta. Ainda fazendo finca-pé nesta questão de linguagem, seja lembrado, não de passagem apenas, que o art. 40 do Código italiano, sob a rubrica *rapporto di causalità*, aonde o legislativo foi buscar inspiração para

redigir o art. 11 do Código Penal, exprime-se no modo indicativo, e desta maneira: "L'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato". E não de que "dependa la esistenza del reato", no modo subjuntivo. O art. 40 do Código italiano é este:

'Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione.'

Afastada, porém, não está a possibilidade de um erro de datilografia, que passou despercebido aos eminentes membros da Comissão.

A segunda alteração diz respeito à orientação doutrinária. O Código Penal considera a ação e a omissão como *causa* do resultado. O Anteprojeto considera o agir como causar, e o omitir como não impedir o resultado. É o antigo e atual problema da causalidade da omissão. Aqui não é o lugar para discuti-lo. Mas, por que mudar o discutível pelo igualmente discutível? Se nenhum progresso para a lei e para a prática, melhor conservar o art. 11 do Código Penal, cuja redação é melhor do que a do art. 13 do Anteprojeto. Além do mais, pode-se considerar o "não impedir o resultado" como forma de "causar o resultado", e tudo volta para a estaca zero. Outro caminho é o escolhido pelo Código alemão, que deixa o problema da relação de causalidade para a doutrina e fixa os limites da omissão punível. Veja-se que a causalidade é uma *relação*. E observe-se que o Código Penal não disciplina *relações*: tipicidade, antijuricidade, culpabilidade, punibilidade. Em tese, a melhor solução, pensamos.

Como defrontamos, porém, uma tradição legislativa, que deita raízes no Código italiano, e como a doutrina e a jurisprudência nacional vêm trabalhando, há quarenta anos, e apontando dúvidas e as removendo, e fixando limites, e fazendo esclarecimentos vários, tudo sobre o campo legislativo da relação de causalidade, pensamos, igualmente, que não traz prejuízo para a prática, e para a atividade da justiça penal, o fato de conservar-se, no Código Penal, a disciplina da relação de causalidade, mantida, repetimos, a redação do art. 11, acrescentando-se, conforme o Anteprojeto, dois parágrafos, o primeiro, sobre a causa superveniente, acrescido da palavra adverbial *relativamente*, e o segundo, sobre a relevância penal da omissão, com as modificações a seguir propostas e discutidas.

Para a *superveniência de causa independente*, o Código Penal destina o parágrafo único do art. 11, e o Anteprojeto, o parágrafo 1º do art. 13. O Anteprojeto (na redação final), embora conservando a rubrica "superveniência de causa independente", acrescenta, no texto do parágrafo 1º, o advérbio *relativamente: causa relativamente independente*. A distinção entre causas absolutas e relativamente independentes, em que pese a ser doutrinariamente duvidosa, oferece, contudo, na observação do Professor BASILEU GARCIA, interesse prático que justifica o parágrafo primeiro do art. 13 do Anteprojeto, que pretende colocar, na lei, a interpretação do parágrafo único do art. 11 do Código Penal, feita pelo Ministro Nelson Hungria.

O Código Penal não estabelece norma para a *relevância da omissão*. O Anteprojeto (na redação final), acertadamente, o faz, no parágrafo 2º do art. 13, desta forma:

“A omissão é penalmente relevante, quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.”

Cinco observações queremos fazer.

Pela primeira observação, temos o intuito de pedir ao legislador que medite sobre a possibilidade de ser atenuada, facultativamente, a pena para os casos de omissão imprópria. Sabe-se que, de modo geral, a ação revela, mais do que a omissão, uma personalidade mais decidida, de mais iniciativa, para a prática do crime. Por outro lado, verifica-se que a chamada *omissão própria* é apenada com mais suavidade do que os crimes por ação. Para ilustração, leia-se o Capítulo III — *Da Periclitación da Vida e da Saúde* —, Título I — *Dos Crimes Contra a Pessoa* —, do Código Penal. E note-se, após a leitura, que todos os crimes previstos no Capítulo referido — perigo de contágio venéreo, perigo de contágio de moléstia grave, perigo para a vida ou saúde de outrem, abandono de incapaz, exposição ou abandono de recém-nascido e maus tratos —, todos são sancionados com pena mais grave do que a pena que sanciona a omissão de socorro: detenção de um a seis meses, ou multa de seiscentos cruzeiros a quatro mil cruzeiros. Para introduzir no Código Penal a atenuação da pena para o crime omissivo, o legislador brasileiro dispõe de um bom modelo: o parágrafo 13 (2), combinado com o parágrafo 49 (1), do Código alemão: “Die Strafe kam nach § 49 Abs. 1 gemildert werden” (A pena pode atenuar-se conforme o § 49).

Agora a segunda observação. No *caput* do art. 13 e na alínea *b* do § 2º, lê-se *impedir* o resultado; e no § 2º, lê-se *evitar* o resultado. Para maior precisão, deve-se usar, no *caput* e no § 2º, ou o primeiro ou o segundo termo: ou *impedir* ou *evitar*. O termo *evitar* parece-nos mais preciso do que *impedir*. Basta recordar a frase “evitar um perigo”. Já “impedir um perigo” não soa bem, ou não soa tão bem quanto “evitar um perigo”. Sem dúvida, o “impedir”, que surge, também, no art. 13 do Código Penal, embora este Código empregue, no art. 20, o “evitar”, resultado da influência da leitura doutrinária e do Código italiano.

A terceira observação é esta: em vez de “devia e podia agir para evitar o resultado”, basta dizer “devia e podia evitar o resultado”, porque o verbo *evitar* constitui uma forma de *agir*.

A quarta observação diz respeito à ordem das alíneas *a*, *b* e *c* do § 2º do art. 13 do Anteprojeto. Entendemos que o que está sob a alínea *b* deve passar

para a alínea *c*, e vice-versa. Há duas formas especiais do dever de agir: a *obrigação legal* e o *comportamento anterior*. Logo a forma geral, ou *de outra forma*, deve ocupar o último lugar, ou seja, ficar sob a alínea *c*.

A quinta e última observação diz respeito às palavras *risco* e *ocorrência*, que surgem na alínea *c*: “com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”. Assim, em vez de “risco da ocorrência do resultado”, pode-se dizer, com mais técnica e concisão, “perigo do resultado”. E, se o perigo já é o resultado, diz-se simplesmente, “evitar o perigo”. Com mais técnica, porque “risco” é termo da linguagem do direito privado. No direito penal, não se diz, por exemplo, “risco de vida”, “risco de desabamento”, mas “perigo de vida”, “perigo de desabamento”. Com mais concisão, porque manifesta é a economia de linguagem na expressão “perigo do resultado”.

A nosso ver, o § 2º do art. 13 deve ter a seguinte redação:

“A omissão é penalmente relevante, quando o omitente devia e podia evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) com seu comportamento anterior, criou o perigo do resultado;
- c) de outra forma, assumiu a responsabilidade de evitar o resultado.”

Com a relevância penal da omissão contida na alínea *c* do § 2º do art. 13 do Anteprojeto, alcançam-se práticas omissivas que têm dignidade penal e que escapavam no Anteprojeto Hungria. Deste modo, na alínea *c* referida, estão incluídos os chamados deveres de comunidade, que podem continuar obrigando mesmo que a comunidade continue existindo sem a causa inicial que lhe deu origem. O caso real, por exemplo, do jardineiro que, após ser despedido, permanece alguns momentos na área do jardim e, por vingança, deixa uma criança tenra, filha do patrão, afogar-se no poço em redor do qual costumava recrear-se, pode ser alcançado pela alínea *c*, porque, mesmo tendo desaparecido o vínculo empregatício, a comunidade continuou existindo pela presença do jardineiro no jardim e, com a existência da comunidade, o vínculo do dever de comunidade. Na hipótese, encontramos, com JIMÉNEZ DE ASÚA, um homicídio, e não, como pretende SEBASTIÁN SOLER, uma simples omissão de socorro.

3 — Tentativa

O art. 14 e parágrafo único do Anteprojeto reproduz o art. 12 e parágrafo único do Código Penal. Nenhuma desvantagem enxergamos na disciplina legal do crime consumado. Como está, está bem.

O art. 15 do Anteprojeto na redação final, em lugar de dizer, como diz o art. 13 do Código Penal, na matéria da desistência voluntária e arrependimento eficaz, “desiste da consumação do crime”, expressa-se melhor dizendo “desiste de prosseguir na execução”. Para unificação de termo, em lugar de “impede

que o resultado se produza” do art. 13 do Código Penal, e do art. 15 do Anteprojeto, diga-se “evita que o resultado se produza”.

No tratamento do crime impossível, o art. 17 do Anteprojeto reproduz as palavras do art. 14 do Código Penal. É redação que acolhe tradicional doutrina. O Anteprojeto suprime a aplicação de medida de segurança, verificada a periculosidade do agente, como está nos arts. 14 e 76, parágrafo único, do Código Penal, combinados. Supressão acertada. Periculosidade em crime impossível?...

Na matéria geral da tentativa, o Anteprojeto introduziu uma novidade legislativa: a que está contida no art. 16, sob a rubrica *arrepentimento posterior*. Trata-se de norma inspirada em costume policial verificado no Brasil inteiro. Costume policial que não é inteiramente digno de censura, *de lege ferenda*. Diz o art. 16 do Anteprojeto (na redação final):

“Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.”

A norma é louvável. Todavia, o lugar dela não é o Título II — *Do Crime* —, mas o Título V — *Das Penas* —, precisamente o Capítulo III — *Da Aplicação da Pena*. A observação que estamos a fazer agora, fizemo-la quando de uma das reuniões da Comissão de Redação do Código Penal, à qual comparecemos atendendo ao honroso convite de seus ilustres membros. Sem dela ter tomado conhecimento, observação idêntica foi feita pelo Professor ALCIDES MUNHOZ NETTO, no colóquio realizado em Goiânia, para o estudo do Anteprojeto de Código Penal. Deste modo, não somente um, mas dois professores de Direito Penal manifestaram-se a respeito da matéria em foco, razão suficiente, cremos, para um reexame da futura posição, no Código Penal, do “arrepentimento posterior”.

Observe-se que o chamado arrepentimento posterior difere, substancialmente, do arrepentimento eficaz, não se devendo sobrepor a identidade nominal a duas realidades distintas. Observe-se, ainda, que o Código Penal e o Anteprojeto, ao contrário do Código Penal de 1969, tratam o erro de execução, a *aberratio delicti*, no capítulo da aplicação da pena, e não no título correspondente ao crime, onde o erro sobre a pessoa encontra o lugar certo. Deste modo, o tratamento unitário do erro, na doutrina, não implica o tratamento unitário na lei. Sabe-se que existe um *sistema* tanto na doutrina quanto no Código, funcionando o sistema doutrinário conforme a arte da didática e a ordem da ciência, e o sistema legislativo, conforme a técnica da lei e a prática da justiça. Diga-se o mesmo, repetindo, quanto ao “arrepentimento eficaz” e o “arrepentimento posterior”, e com uma ressalva: tanto o erro sobre a pessoa quanto o erro sobre a execução pertencem à dinâmica do crime, estão dentro da ação, da atividade criminosa, o que não acontece com o “arrepentimento eficaz” e o “arrepentimento posterior”, uma vez que no “arrepentimento eficaz”, embora esgotada a execução, o crime ainda não está consumado, e no “arrepentimento posterior” a consumação já se tinha verificado.

4 – Crime doloso e crime culposo

O Anteprojeto, no art. 18, I e II, e parágrafo único, trata do crime doloso e do crime culposo, reproduzindo o art. 15, I e II, e parágrafo único, do Código Penal. Apenas uma observação no art. 18 do Anteprojeto. Ao tratar do crime doloso (I), o art. 18 preceitua: “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Entendemos melhor a seguinte redação: “quando o agente quis o fato ou assumiu o risco de produzi-lo”. A segunda redação, aqui proposta, é mais aberta à discussão doutrinária, porque, ao dizer-se “resultado”, toma-se a posição doutrinária de que todos os crimes têm resultado, e, dizendo-se “fato”, deixa-se a questão de crimes com ou sem resultado aos cuidados da doutrina, doutrina esta que é o certo e único lugar daquela questão.

Uma novidade surge, porém, no Anteprojeto, no que respeita à disciplina do crime doloso e do crime culposo. A novidade encontra-se no art. 19, sob a rubrica *agravação pelo resultado*. Trata-se de velha orientação doutrinária, que busca, agora, penetrar o Código Penal. Alguns comentários merece o art. 19 do Anteprojeto. Tentemos fazê-los.

O resultado *morte*, por exemplo, pode ser produzido por ação dolosa de matar – *animus necandi* –, ou por ação culposa (homicídio culposo). Acontece que a *morte* pode ser resultado de uma ação dolosa de lesão corporal – *animus laedendi*. Na terceira hipótese, alguns autores apontam uma duplicidade de resultados e uma duplicidade de elementos subjetivos: dolo pela lesão e culpa pela morte. Deparamos com a teoria do crime misto de dolo e culpa, que encontrou acolhida no Código sardo e no Código toscano, e no atual Código alemão:

“§ 18 – Schwerere Strafe bei besonderen Tatfolgen. Knüpft das Gesetz an eine besondere Folge der Tat eine Schwerere Strafe, so trifft sie den Täter oder den Teilnehmer nur, wenn ihm hinsichtlich dieser Folge wenigstens Fahrlässigkeit zur Last fällt” (Quando a lei comina uma pena mais grave a um especial resultado do ato, esta só se aplica ao autor ou ao partícipe se produziu o resultado ao menos culposamente).

Seguimos a doutrina que explica o resultado agravante como exemplo de responsabilidade objetiva dentro do direito penal, porque nos parece inconcebível que uma só ação possa ser, ao mesmo tempo, dolosa e culposa, e também porque o resultado menos grave é absorvido pelo resultado mais grave (EVERARDO DA CUNHA LUNA, “Os crimes qualificados pelo resultado”, in *Ciência Penal* – 3, Bushatsky, São Paulo, 1974, pp. 285-315). Sucede que estamos diante de uma doutrina que vem triunfando e penetrando as legislações, em que pese às sérias críticas que vem sofrendo da parte de um pequeno e seletivo número de autores alemães. (Consulte-se, a propósito, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, trad. de MIR PUIG Y MUNOZ CONDE, volumen segundo, Bosch, Barcelona, 1981, p. 786, especialmente a nota 45.) E a doutrina está presente no Anteprojeto (redação final), art. 19, sob a rubrica *agravação pelo resultado*:

“Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado, ao menos, culposamente.”

Não adianta, neste momento, gastar latim com objeções. Tudo indica que o art. 19, acima transcrito, incorporar-se-á ao Código Penal. O mais prático, portanto, é tentar dizer como deve ser ele interpretado e aplicado. Vejamos.

Em primeiro lugar, a culpa referente ao resultado mais grave, indicada no art. 19, não deve ser considerada como a culpa do crime culposo, isto é, como elemento constitutivo subjetivo do crime, mas como circunstância judicial subjetiva, prevista no art. 42 do Código Penal sob a denominação de "gradação da culpa". Pode, à primeira vista, parecer estranho falar de "gradação de culpa" em crime doloso. As coisas se aclaram, todavia, desde que seja exigida, para a fixação de responsabilidade pelas conseqüências do crime, a previsibilidade dessas conseqüências. O Anteprojeto (na redação final), no art. 59, sob a rubrica *fixação da pena*, substitui as expressões "intensidade do dolo" e "gradação da culpa", do art. 42 do Código Penal, pelo termo "culpabilidade", entendida a culpabilidade, a nosso ver, como circunstância judicial subjetiva para o fim da aplicação da pena.

Em segundo lugar, deve-se oferecer à teoria da equivalência das condições, para os casos de agravação especial pelo resultado em estudo, o corretivo da teoria da causalidade adequada. Para produzir o resultado *morte*, causa adequada, de regra, é uma paulada na cabeça, e causa inadequada, por exemplo, uma lesão pequena e rasa no dedo da mão.

Em terceiro lugar, e isto para evitar o perigo de tratamento desigual na aplicação da justiça aos casos concretos, deve-se exigir, como "grau de culpabilidade", a "culpa grave", a "imprudência temerária".

Em quarto e último lugar, a agravação da pena, prevista em vários artigos do Código Penal, deve ser modificada em favor do abrandamento. A pena, por exemplo, de quatro a doze anos de reclusão, para a lesão corporal seguida de morte, é indefensável. O critério do Código Penal de 1969 é aceitável, podendo servir de modelo à futura reforma da Parte Especial do Código Penal.

5 — *Erro de fato*

O art. 20 do Anteprojeto, sob a rubrica *erro sobre elementos do tipo*, trata do erro de fato desta maneira:

"O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se prevista em lei."

Duas observações a fazer.

A primeira quanto à substituição do termo *fato*, tradicional, pelo termo *tipo*, moderno. O termo tradicional é o preferível, não só porque tradicional, mas também porque o termo moderno *tipo*, talvez mesmo por ser moderno, é passível, em doutrina, de múltiplas interpretações. Por *tipo* ora se entende o conjunto dos elementos objetivos do crime; ora os elementos objetivos, com algumas referências subjetivas e valorativas; ora o conjunto de todos os elementos constitutivos do crime, objetivos e subjetivos, fatuais e valorativos. Sem

mencionar que alguns doutrinadores falam de “tipo de erro”, “tipo de justificação” etc. É termo, portanto, que deve ser reservado à doutrina. Por último, veja-se que o próprio Código alemão, no parágrafo 16, não usa, como rubrica, a expressão *erro de tipo*, que seria *Irrtum über Tatbestand*, mas a expressão *erro sobre circunstâncias do fato* — *Irrtum über Tatumstände*. O termo *Tatbestand*, aliás velho termo da legislação alemã, talvez inspirada pela linguagem jornalística, só surge no corpo do artigo 16.

A segunda observação, quanto à redação do art. 20. O emprego do verbo *permitir* foi infeliz. Sabendo-se que as normas jurídicas são imperativas, proibitivas e permissivas, é evidente que a punição de um fato como crime emana de uma norma proibitiva e jamais permissiva. A expressão, contida no art. 20, “o erro permite a punição por crime culposo” padece de dois equívocos incontornáveis. Primeiramente, o que *permite* não é o *erro*, mas a *norma*. Em segundo lugar, a permissão contém a idéia de concessão, de faculdade, por isso é que, no direito penal, são normas permissivas, por exemplo, as normas da exclusão de criminalidade, como legítima defesa, estado de necessidade etc. Em síntese, uma norma que incrimina um fato ou é imperativa, ou é proibitiva: jamais permissiva. A impropriedade técnica, apontada, pode ensejar, na prática, a seguinte interpretação: faculta-se a punição do erro culposo. Absurda não a interpretação, mas a possibilidade dela.

Na redação final, ao *caput* do art. 20 seguem-se três parágrafos: o primeiro, sob a rubrica *discriminantes putativas*; o segundo, sob a rubrica *erro determinado por terceiro*, que reproduz o *caput* do art. 17 do Código Penal, na parte referente às justificantes putativas, bem como os §§ 1º e 2º do artigo referido; e o terceiro, que reproduz o art. 17, § 3º, do Código Penal, sob a rubrica *erro sobre a pessoa*. Não houve modificação na estrutura das frases dos parágrafos, mas na ordem delas: o § 1º do art. 20 do Anteprojeto conservou, na sua segunda parte, o § 1º do Código Penal, e acresceu-se da disciplina das discriminantes putativas.

Por que alterar o art. 17, *caput*, e §§ 1º e 2º, do Código Penal, e alterar, *data venia*, para pior? A nosso ver, o artigo e parágrafos referidos devem continuar como estão no Código Penal: *erro de fato* (art. 17), *erro culposo* (§ 1º), erro determinado por terceiro (§ 2º) e erro sobre a pessoa (§ 3º). Além de tudo, com a conservação sugerida, faz-se economia de palavras.

6 — Erro de direito

A modificação mais importante ao Código Penal, contida no Anteprojeto, é a do art. 21 e parágrafo único, sob a rubrica *erro sobre a ilicitude do fato*, pela qual se introduz, em nossa legislação penal comum, a relevância do erro de direito. Trata-se de uma solução de transação e transição, que deve ser louvada em sua essência e finalidade. Esta a redação final;

“Art. 21 — O desconhecimento de 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.

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 circunstância.”

O art. 21 do Anteprojeto (na redação final), acima transcrito, inspirou-se no § 17 do Código alemão. A rubrica, no Código alemão, é *erro de proibição* — *Verbotsirrtum* —, que o projeto traduz, livremente, por *erro sobre a ilicitude do fato*. Tradução livre por tradução livre, por que não manter-se a expressão tradicional *erro de direito*? Veja-se que a versão argentina da Parte Geral do Código Penal alemão, de autoria de JULIO CÉSAR ESPÍNOLA (Depalma, Buenos Aires, 1976), traduz a rubrica do § 17 — *Verbotsirrtum* — por *error de derecho*, mantendo, assim, a frase romanista, a frase da latinidade e da romanidade. Agora, no corpo do artigo, a expressão “erro sobre a ilicitude do fato” merece aplauso. Julgamos preferível o termo *ilicitude* ao termo anti-juridicidade, antijuricidade, injuricidade, por, no mínimo, quatro razões: 1ª) é o termo tradicional, na linguagem do direito brasileiro; 2ª) é o termo que unifica, lingüisticamente, um só e único conceito para todos os ramos do direito; 3ª) é o termo que corresponde, no direito penal, à antiga expressão *ilícito penal*; e 4ª) é o termo de mais fácil pronúncia e de ortografia definitivamente fixada.

Sucedo, porém, que o Anteprojeto, logo na primeira parte do art. 21, faz um acréscimo desnecessário ao espírito do artigo referido: “O desconhecimento da lei é inescusável”. Dizemos “acrécimo”, porque essa inescusabilidade do desconhecimento da lei não figura no art. 17 do Código alemão:

“Fehlt dem Tater bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Tater den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 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, n° 1.)

Nem podia figurar, porque o erro inevitável sobre a ilicitude do fato implica, necessariamente, o inevitável desconhecimento da lei, seja por simples ignorância, seja por errada compreensão. Deste modo, a segunda parte do art. 21 do Anteprojeto — “O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena” — anula, irremediavelmente, a primeira parte do artigo referido e mais uma vez transcrita: “O desconhecimento da lei é inescusável.” E também porque, se o erro evitável sobre a ilicitude do fato não isenta de pena, inteiramente desnecessário é dizer que “o desconhecimento da lei é inescusável”.

Toda a confusão provém de que o art. 16 do Código Penal — “A ignorância ou a errada compreensão da lei não isenta de pena” — considera inescusável tanto o desconhecimento da lei sob o aspecto formal, isto é, o preceito legal, como o desconhecimento da lei sob o aspecto material, isto é, a ilicitude do fato. Para abrandar o férreo comando, porém, é que doutrina e jurisprudência dissociam, às vezes, os dois aspectos de uma só e única realidade jurídica,

dizendo, por exemplo, que a ignorância da lei não isenta de pena, mas a consciência do ilícito integra o dolo. Puro expediente prático para, fugindo da letra do Código Penal, melhor servir à justiça material, mais nada.

Sucedee, ainda na matéria do erro de direito, que o Anteprojeto (redação final), no elenco das circunstâncias atenuantes, inclui, entre tais circunstâncias, "o desconhecimento da lei" (art. 65, II). A nosso entender, aqui o desconhecimento da lei implica o conhecimento da ilicitude, porque, se assim não fora, teríamos o erro de direito evitável, ou inevitável, já previsto no art. 21. Deste modo, o art. 65, II, do Anteprojeto conduz à seguinte interpretação: quando o agente, ou omitente, pratica o fato com a consciência da ilicitude e sem conhecer a lei que o define como ilícito, a pena deve ser atenuada. Num país, como o Brasil, de analfabetismo crônico reinante, a regra é o desconhecimento da lei, ou do artigo de lei. Então, o reconhecimento da circunstância atenuante, em estudo, passa a ser a regra geral. Pelo menos, sob o ponto de vista pedagógico, não somos favoráveis à presença de tal circunstância, porque a finalidade educativa da lei deve visar, em primeiro lugar, a formar, nos espíritos, o respeito pelo direito, ao conhecimento material, daquilo que deve ou não deve ser. O conhecimento da lei, em relação ao conjunto das pessoas, ocupa o segundo plano, ressalvada a classe dos especialistas em leis, ou seja, os homens de direito, que têm a obrigação, por dever profissional, de conhecer os meandros legais.

Como, porém, assunto puxa assunto, e as palavras vivem realmente, o conteúdo da circunstância atenuante, em estudo, sugere-nos não outro caminho, mas o mesmo caminho apontado, com distância diminuída. Sabe-se que, muitas vezes, o agente, ou o omitente, pratica o fato com a consciência de sua ilicitude, conhecendo que aquilo que faz "não está direito", não é aprovado pela sociedade em que vive, e, contudo, age, ou omite, na plena convicção de que não está praticando um crime, alguma coisa que desperta a polícia e "dá cadeia". Com a convicção de que está praticando uma simples irregularidade, digamos, uma simples irregularidade administrativa. Assim, por exemplo, o funcionário público que permanece no exercício do cargo após completar os setenta anos de idade, e que, embora sabendo que a Constituição não o permite, fica realmente surpreendido quando alguém o informa que aquela sua permanência indevida no cargo, além de ofender o interesse da administração, constitui o crime de *exercício funcional ilegalmente prolongado*, previsto na segunda parte do art. 324 do Código Penal. Uma circunstância assim deve atenuar a pena, razão pela qual sugerimos que se dê ao art. 65, II, do Anteprojeto a seguinte redação:

"Art. 65 – São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I – *omissis*;

II – o desconhecimento da lei penal."

Um segundo acréscimo existe no *caput* do art. 21 do Anteprojeto, que reputamos feliz: é a fixação do *quantum* para o efeito da diminuição da pena – um sexto a um terço, quando o erro é evitável. Feliz a fixação; o

quantum, não tanto. Por que não fixar os limites da diminuição, ou redução, da pena, na hipótese em estudo, de modo a unificar as reduções especiais da pena contidos no Título II e Título III, Parte Geral, do Código Penal? Ou seja, *um a dois terços* (art. 12, parágrafo único; art. 20, § 2º; art. 22, parágrafo único, e art. 24, parágrafo único)? Veja-se que, mesmo assim, a pena é muito mais grave do que a que sancionaria o crime culposo. E o erro evitável é, na essência, um erro culposo.

O parágrafo único do art. 21 do Anteprojeto é também, com referência ao Código alemão, um acréscimo. Tivemos a honra de colaborar, através de correspondência, com o Coordenador da Reforma Penal, o eminente Professor e Procurador da República FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, na redação do parágrafo referido. Depois, verificamos ser desnecessária uma definição legal da evitabilidade. Evitável é tudo que não for inevitável: tentar conceituar, na lei, a evitabilidade é como tentar conceituar, também na lei, a imprudência, ou a negligência. A definição, ou a fenomenologia, da evitabilidade deve ser tarefa da jurisprudência e da doutrina. Além do mais, suprimindo-se o parágrafo único do art. 21 do Anteprojeto, ganha-se em economia de linguagem.

7 – Coação irresistível e obediência hierárquica

O art. 22 do Anteprojeto, que disciplina a coação irresistível e a obediência hierárquica, reproduz o art. 18 do Código Penal. Trata-se de causas de exculpação, além das quais nada se pode acrescentar, a não ser, na exclusão da ilicitude, implícito no art. 23, parágrafo único, do Anteprojeto, o *excesso sem dolo e sem culpa*, ou seja, a *exclusão da ilicitude subjetiva* (estado de necessidade subjetiva, legítima defesa subjetiva, estrito cumprimento de dever legal subjetivo e exercício regular de direito subjetivo). A chamada inexigibilidade de outra conduta, modernamente, como demonstra JESCHECK, na obra acima citada, II, pp. 686-689, não pode ser entendida como causa geral de exculpação supralegal, constituindo, no máximo, para certas hipóteses, um *princípio regulativo*.

8 – Exclusão de ilicitude

No art. 23, III, do Anteprojeto, em lugar do “em estrito cumprimento do dever legal”, deve-se pôr “em estrito cumprimento de dever legal”, assim como está dito “no exercício regular de direito”, e não “no exercício regular do direito”. Além da unificação da linguagem das duas frases, o emprego da preposição *de* é de melhor técnica do que o emprego da contração “do”.

Sabe-se que a riqueza de sinonímia é virtude da prosa artística. Na linguagem da lei, porém, a multiplicidade, ou a dualidade, de sinônimos é desaconselhável não só estilisticamente, como porque pode trazer dificuldades para a boa interpretação. Deste modo, quando o Anteprojeto, no art. 24, que disciplina o estado de necessidade, preceitua “Considera-se em estado de necessidade”, deve empregar o mesmo verbo *considerar* no art. 25, que disciplina a

legítima defesa, dizendo, em lugar de “Entende-se em legítima defesa”, “Considera-se em legítima defesa”. Por que preferir *considerar* a *entender*, quando ambos os verbos podem ter a significação de *julgar*? Porque “considera-se em” é mais eufônico do que “entende-se em”, frase esta em que o som /en/ ouve-se, ecoando, três vezes seguidas, sem falar na subsequente palavra *quem*. Aliás, como se sabe, a dualidade sinonímica encontra-se no Código Penal, pelas palavras que iniciam os arts. 20 e 21.

Do mesmo modo que na exculpação, não existe na exclusão de ilicitude justificação suprallegal. A excludente do exercício regular de direito abrange todas as possíveis hipóteses de exclusão de ilicitude não abrangidas pelo estado de necessidade, pela legítima defesa e pelo estrito cumprimento de dever legal. O direito penal é um *hortus clausus* que está aberto, no campo da licitude, ou da justificação, a todos os ramos do direito, ou melhor, ao direito como um todo.

9 – Da imputabilidade penal

A imputabilidade penal ocupa o Título III, Parte Geral, do Anteprojeto, compreendendo os arts. 26, 27 e 28.

O art. 26 do Anteprojeto (na redação final) reproduz o art. 22 do Código Penal, substituindo, porém, a rubrica *Irresponsáveis* por *Inimputáveis*, e, no *caput*, o adjetivo *criminoso* por *ilícito*, melhorando a redação vigente.

O parágrafo único do art. 26 do Anteprojeto (na redação final) também reproduz o parágrafo único do art. 22 do Código Penal, substituindo igualmente a rubrica – em vez de *redução facultativa da pena*, coloca *redução de pena* – e substituindo também o adjetivo *criminoso* por *ilícito*, melhorando a redação vigente. No parágrafo em estudo entendemos que a frase “não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato” etc. (redação idêntica à do Código Penal) deve ser substituída pela frase “não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato” etc. E isto porque a capacidade, ou incapacidade total ou parcial, de entendimento e determinação, a rigor, não *se possui*. Deste modo, alguém é, ou era, capaz ou incapaz. Trata-se de uma qualidade, permanente ou transitória, da própria pessoa. E é por isso que a imputabilidade é, ao mesmo tempo, *pressupostot* e *elementot* da culpabilidade. Pressuposto, porque pode existir antes, ao tempo e depois do crime; elemento, porque existe na dinâmica do crime, enquanto o crime é executado. Teremos, então, no art. 26, que alguém “era inteiramente incapaz”, e, no parágrafo único, que alguém “não era inteiramente capaz”. Estes argumentos valem para os §§ 1º e 2º do art. 28 do Anteprojeto, sobre o qual temos algo a sugerir, logo depois de ligeira apreciação do art. 27, sob a rubrica *menores de 18 anos*, que substituí o termo *irresponsáveis* pelo termo *inimputáveis*.

Lê-se, no art. 27 do Anteprojeto, que “os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis”. A nosso ver, a rigor, esses menores não são “penalmente

inimputáveis”, porque os seus atos, materialmente típicos, não são sancionados com medidas jurídico-penais, mas com medidas de natureza pedagógica, educativas ou reeducativas. Diz-se, com razão, que os menores estão fora do Direito penal. Mas, se são considerados inimputáveis, são trazidos para dentro do Direito penal, porque a imputabilidade é uma categoria jurídico-penal. Com o apoio de tais argumentos, entendemos que o termo “irresponsáveis”, do art. 23 do Código Penal, é de técnica mais precisa do que o termo “inimputáveis”, do art. 27 do Anteprojeto.

Voltemos ao art. 28, precisamente ao inciso II, que, sob a rubrica *embriaguez*, preceitua, repetindo o inciso II do art. 24 do Código Penal, o que segue:

“Art. 28 – Não excluem a imputabilidade penal:

I – *omissis*;

II – a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.”

A embriaguez completa, voluntária ou culposa, é um exemplo de responsabilidade objetiva no direito penal e que até à data presente continua incontornável. Aqui, cede o dogma da culpabilidade. A segurança, por exceção, sobrepõe-se à justiça material. Deparamos com uma antinomia no campo do Direito penal. Os Anteprojetos HUNGRIA e SOLER procuraram vencê-la, mas lutaram em vão. Da luta, porém, algo pôde resultar.

Sugerimos que o crime praticado em estado de embriaguez culposa seja sancionado com pena reduzida. Guardando a unidade das reduções de pena, contidas nos Títulos II e III, Parte Geral, do Anteprojeto, a redução especial da pena, na embriaguez culposa, pode ser *de um a dois terços*. Se considerada muito avançada, achamos justa a redução *de um sexto a um terço*, à semelhança da “participação de menor importância”, disciplinada no art. 29, § 1º, Título IV, do Anteprojeto. E se, porventura, o espírito conservador predominar sobre o espírito de vanguarda, que seja criada, pelo menos, uma nova circunstância legal atenuante, a figurar no elenco do art. 65, que pode ser redigida assim:

“Art. 65 – São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I – *omissis*;

II – *omissis*;

III – ter o agente:

a) *omissis*;

b) *omissis*;

c) *omissis*;

d) *omissis*;

e) *omissis*;

f) cometido o crime em estado de embriaguez completa e culposa.”

Por sua vez, deixará de ser circunstância legal agravante, à semelhança do que aconteceu, no passado, com a *premeditação*, o "ter o agente cometido o crime em estado de embriaguez preordenada". A embriaguez preordenada passaria a funcionar, juntamente com a embriaguez voluntária, como circunstância judicial.

10 – Do concurso de pessoas

O concurso de pessoas ocupa o Título IV, Parte Geral, do Anteprojeto, compreendendo os arts. 29 a 31.

Temos apenas uma sugestão a fazer. É que o art. 29 do Anteprojeto reproduza, fielmente, o art. 25 do Código Penal:

"Art. 29 – Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas."

A frase final "na medida de sua culpabilidade", colhida no Código alemão, não tem por que figurar no Código Penal. Vejamos.

Tomamos a liberdade de repetir, aqui neste trabalho, as palavras finais de nosso trabalho anterior, intitulado "O erro de direito e o concurso de pessoas no Anteprojeto de Código Penal de 1981", e apresentado e debatido no Seminário sobre a Reforma Penal, realizado em junho de 1981, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, por iniciativa do Professor LICÍNIO LEAL BARBOSA (*). Com as referidas palavras finais, encerramos o presente trabalho.

A cláusula "na medida de sua culpabilidade", do art. 29 do Anteprojeto, foi inspirada pelo § 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 § 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 §§ 26, 27 e 28 (SCHNÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 1976, pp. 330 e ss. e 376; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München, 1978, p. 141). Dessa forma, se o autor ou co-autor

(*) Trabalho publicado na *Revista de Informação Legislativa* nº 72, outubro/dezembro 1981, p. 173.

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 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, p. 146). Essa possível resposta merece dois reparos. Vejamos.

Em primeiro lugar, no Código Penal alemão, como dissemos acima, o fundamento primeiro do § 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 § 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, pp. 76-77 e 108; HANS-HEINRICH JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, Berlin, 1978, pp. 380-383 e 537-538).

Em segundo lugar, pensamos que o preceito, contido no art. 30 do Anteprojeto, sobre a incomunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal, bem como o preceito do art. 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 art. 29 do Anteprojeto, da cláusula “na medida de sua culpabilidade”, permanecendo a redação do art. 25 do Código Penal. A doutrina do concurso unitário dispensa a presença na lei da cláusula referida, cláusula que pode complicar, ao invés de melhor esclarecer, a árdua matéria do concurso de pessoas.