

O TÍTULO II DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL

Alcides Munhoz Netto

1. INTRODUÇÃO.

1.1. No título "Do Crime" mantém o Anteprojeto a mesma estrutura do Código Penal de 1940, também adotado pelo Código Penal de 1969. Trata da relação de causalidade; da consumação, da tentativa, da desistência voluntária e do arrependimento eficaz; do crime impossível; do dolo e da culpa, do erro essencial e do erro sobre a pessoa; da coação irresistível e da obediência hierárquica; das causas de exclusão da ilicitude e do seu excesso.

1.2. Em relação ao Código em vigor, inova, entretanto, nos seguintes pontos: a) na disciplina da relação de causalidade e da relevância da omissão (art. 13); b) na previsão do arrependimento posterior, como causa de especial diminuição ou de substituição da pena (art. 16); c) na limitação da responsabilidade em crimes qualificados pelo resultado (art. 19); d) na substituição da dicotomia erro de fato — erro de direito, por erro de tipo e erro sobre a ilicitude (arts. 20 e 21); e) na expressa determinação de punibilidade para o excesso, em qualquer das causas de exclusão da ilicitude (art. 23, parágrafo único).

1.3. Dentro dos limites assinalados pelo regulamento do simpósio, este relatório propõe-se a analisar as referidas modificações e sugerir outras capazes de aperfeiçoar a Parte Geral de um futuro diploma punitivo.

2. RELAÇÃO DE CAUSALIDADE.

2.1. O art. 13, do Anteprojeto, não repete a definição de causa contida no art. 11, do Código atual. Não é, efetivamente, útil estratificar na lei a afirmação de que se considera causa "a ação ou omissão sem a qual o

resultado não teria ocorrido". Embora tal fórmula não haja comprometido a administração da Justiça, ressentem-se a mesma de três inconvenientes: a) de considerar a omissão como causal; b) de não se compatibilizar com a regra sobre a interrupção do nexo por causa superveniente, de independência relativa e c) de impor a adoção da teoria da equivalência dos antecedentes.

2.2. No plano físico, é incorreto considerar a omissão como causa. Como *non facere*, a omissão é o nada e, do nada, nada pode advir. Nos crimes omissivos o resultado é produzido, não pela omissão, mas pelos fatores cuja atuação não foi impedida (e.g., no homicídio por omissão do dever de alimentar é a inanção a causa da morte). Por isso, a responsabilidade nos crimes omissivos não é causal, mas, necessariamente, normativa: não decorre de qualquer abstenção de impedir o resultado e sim da abstenção da ação devida.

Melhor do que, contra a natureza das coisas, definir, legislativamente, a omissão como causa, é fixar, na lei, as hipóteses do dever de agir, pressupostos da sua relevância. Tal fixação não deve ser deixada ao critério do juiz, com o risco de um alargamento desmedido da responsabilidade penal (v.g., para considerar participação a simples convivência no crime). A norma é que cumpre estabelecer os casos do dever de agir. Reproduzindo regra do Código de 1969, o Anteprojeto procura atender tal exigência. O art. 13, § 2º, prevê como fontes do dever de agir: a lei; a assunção de responsabilidade de evitar o resultado; a criação anterior da situação de perigo.

Quanto à hipótese de criação do risco de superveniência do resultado por comportamento anterior do omitente, é necessário tornar claro, no texto legislado, que a punição só ocorre quando o perigo haja sido criado, ao menos culposamente. Do contrário, pode-se chegar à responsabilidade objetiva, castigando-se a omissão de quem não consentiu e nem poderia prever a criada situação de perigo.

2.3. É indisfarçável a contradição entre o *caput* do atual art. 11 do Código Penal e a disposição de seu parágrafo único. Se causa é todo comportamento sem o qual o resultado não teria ocorrido, causa também é a ação a que se alia um fator superveniente para a produção do evento. Ligado, idealmente, à ação pretérita, o acontecimento posterior não a descaracteriza como causa, certo como é que, sem aquela este não teria atuado (no exemplo clássico do ferido que, transportado em ambulância, morre em consequência de acidente de trânsito, não há negar, em face da definição atual, que o ferimento foi causa da morte, posto que sem ele o paciente não seria transportado e não padeceria no sinistro).

2.4. Imposta pela fórmula vigente, a teoria da equivalência dos antecedentes revela-se insatisfatória para limitar a responsabilidade nos casos

em que o resultado, embora querido, decorre, preponderantemente, de causa pré-existente, desconhecida do autor. (A, visando a morte de B, seu desafeto de momento, produz-lhe pequeno corte, sem sabê-lo hemofílico, vindo B a morrer em virtude deste estado patológico). Pela teoria da *conditio sine qua non*, o ferimento e causa da morte e por ela terá de ser responsabilizado o autor, em favor de quem não se pode arguir ausência de dolo ou culpa, posto que o resultado era querido. Tal solução, no entanto, é iníqua à vista da inidoneidade geral da conduta para a produção do evento letal.

Para limitar a responsabilidade penal em hipóteses semelhantes à focalizada, é recomendável que a lei não impeça seu aplicador de optar por outra concepção de causalidade, como a teoria da causa adequada, em face da qual pode-se chegar à solução mais justa. Partindo da equivalência dos antecedentes causais, a teoria em questão proclama que causa não é toda a condição do resultado, mas a ação que, segundo a experiência comum e os dados conhecidos pelo autor, é adequada à produzi-lo.

2.5. Acertado, portanto, é o critério do Anteprojeto em deixar à doutrina a tarefa de definir causa. Se a principal função do Direito Penal é de limitar o poder punitivo do Estado, não deve a lei constituir obstáculo a que, também em matéria de causalidade, possa prevalecer o critério que permite solução mais limitativa e mais equânime.

De aprovar-se, por igual, é a inserção na lei de regra sobre os casos de dever de agir que emprestam relevância à omissão. Sugere-se, porém, que à letra c, do § 2º, do art. 13, seja dada a seguinte redação: "com seu comportamento anterior, criou, ao menos culposamente, o risco de sua superveniência"

3. ARREPENDIMENTO POSTERIOR.

3.1. O art. 16. do Anteprojeto. transforma a atenuante da reparação do dano em causa de especial diminuição ou substituição da pena, desde que não referida a crimes cometidos com violência ou grave ameaça. Para estes, mantém, no art. 65, III, b, a atenuação genérica, em fórmula igual à do art. 48, IV, c, do Código vigente.

3.2. O fundamento da nova causa de especial diminuição ou substituição de pena é exclusivamente político, tal como ocorre com a desistência voluntária e com o arrependimento eficaz. Só que, quanto ao arrependimento posterior, se estimula, não o evitar-se o mal maior da consumação do crime, e sim o de minorar as conseqüências do crime já consumado. Não se trata de modalidade de *compositio*, pois a reparação do dano não extingue a pena, como sucede no peculato culposo. Nem cabe considerar discriminatória a regra, supondo que só beneficiará delinqüentes com condi-

ções econômicas para ressarcir o prejuízo. A reparação do dano pode consistir, simplesmente, na devolução da *res furtiva* ou da coisa apropriada, aproveitando assim também autores de pequenos delitos patrimoniais.

3.3. Não menciona o dispositivo em apreço que a reparação do dano deva preceder a sentença condenatória, como se requer em relação à atenuante genérica do Código em vigor. Em lugar disto, exige que a reparação seja espontânea, estreitando, assim, a oportunidade para o ressarcimento do prejuízo. Com efeito, a espontaneidade, via de regra, só perdura enquanto não existir qualquer pressão a que se proceda a reparação do dano, sendo excluída pela abertura de inquérito policial ou instauração da ação penal.

3.4. Embora a regra sobre o arrependimento posterior revista-se de efeitos salutares e harmonize-se com a orientação de reduzir a incidência das penas privativas de liberdade, parece que seu lugar sistemático não é no título acerca do crime, mas no capítulo da aplicação da pena. Nenhum reflexo tem a reparação do dano sobre a estrutura do delito. Sugere-se, pois, seja a matéria deslocada para o capítulo III, do título V.

4. AGRAVAÇÃO PELO RESULTADO.

4.1. O art. 19 do Anteprojeto, procura estabelecer limite à responsabilidade pelos resultados mais graves, que excedem o dolo do autor. No exemplar distribuído pelo Ministério da Justiça, a redação do dispositivo parece haver sido truncada por erro de impressão. Lê-se, ali, que "pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que *houver causado o crime, ao menos culposamente*". Com tal enunciado, o dispositivo é supérfluo, repetindo o princípio informativo do art. 18, parágrafo único. Do que se trata é de condicionar a agravação pelo resultado à sua causação ao menos culposa. A redação correta é "pelo resultado que agrava especialmente a pena só responde o agente que *o houver causado, ao menos, culposamente*".

4.2. Feita a corrigenda, o dispositivo estará reproduzindo a salutar regra do art. 30, do Código Penal de 1969, para dirimir a controvérsia sobre o fundamento e os limites da responsabilidade nos crimes qualificados pelo resultado, isto é, entre os que pensam que o evento mais grave, não querido nem consentido pelo autor, lhe é imputável a título de responsabilidade objetiva, pelo mero nexos causal com a ação que o produziu, ou por presunção absoluta de culpa em sua previsibilidade (Anibal Bruno e Basileu Garcia); e os que condicionam a agravação pelo resultado mais grave à efetiva verificação da culpa em ocasioná-lo (Costa e Silva, Hungria, Frederico Marques, Magalhães Noronha, Heleno Fragoso, etc.). Estatuindo, a exemplo de outros códigos modernos, que a agravação da pena subordina-se

à culpa na causação do resultado mais gravé, o Anteprojeto acolhe a construção do preterdolo, como dolo no antecedente e culpa no consequente. Tal orientação tem direto reflexo na disciplina do excesso de mandato, prevista no art. 29, §2º. O mandante responde pelo crime de que quis participar, sendo tal pena aumentada se previsível o crime mais grave que o mandatário vem a cometer.

4.3. As duas regras são fundamentais para evitar, em nossa legislação, o risco da responsabilidade objetiva, quanto a eventos não queridos nem consentidos pelo autor ou partícipe.

5. ERRO DE TIPO E ERRO DE PROIBIÇÃO.

5.1. A modificação mais acentuada que o Anteprojeto contém no título que estamos a relatar, diz respeito à substituição das tradicionais categorias de erro de fato — erro de direito, por erro de tipo e erro de proibição, este ali denominado erro sobre a ilicitude do fato.

5.2. Partidários, desde 1964, desta substituição, já tivemos oportunidade de salientar que não há qualquer coincidência entre o erro de tipo e o erro de fato ou entre o erro de direito e o erro de proibição. O erro de tipo é o que incide sobre elementos constitutivos da figura delituosa e impede a representação de estar o autor realizando em concreto a conduta abstratamente tipificada. Tal erro de tipo tanto pode decorrer de uma equivocada apreciação dos fatos, como de errônea compreensão do direito. Com efeito, incide em erro de tipo quanto ao crime de bigamia tanto quem contrai novo casamento por julgar morto o primitivo cônjuge (erro de fato), quanto quem o contrai por supor-se automaticamente divorciado, pelo simples transcurso de mais de três anos após a separação judicial (erro de direito). Nos dois casos, o agente procede sem consciência da tipicidade: não sabe que está contraindo novo casamento, *sendo casado*.

O erro de proibição, ou erro sobre a ilicitude do fato, incide sobre a antijuridicidade da conduta e impede a representação de estar o sujeito praticando algo proibido, ilícito, contrário à ordem jurídica. Também este erro pode decorrer da má apreciação dos fatos ou do desconhecimento do direito. Nas discriminantes putativas, a equivocada avaliação dos fatos leva à convicção de licitude da conduta: quem, diante um gesto inocente de, v.g., tirar uma caneta do bolso, supõe-se na iminência de agressão anteriormente prometida, e, em repulsa, fere o imaginário agressor, engana-se sobre a situação fática, mas seu erro relaciona-se à ilicitude, pois que leva ao convencimento de estar agindo legitimamente, ao amparo de uma excludente de antijuridicidade. O erro de proibição derivará do desconhecimento do direito, quando o autor supõe que sua conduta não é vedada ou que deixou de ser incriminada. Tal seria a hipótese do onzenário que cobrasse juros a-

cima da taxa legal, por estar convicto, em face até de decisões judiciais, que a usura fora revogada pela lei de mercado de capitais.

5.3. O Anteprojeto reconhece eficácia, tanto ao erro de tipo, quanto ao erro sobre a ilicitude. Desde que inevitáveis, conduzem ambos à absolvição (arts. 20 e 21), fundada em ausência de dolo ou culpa, em se tratando de erro de tipo ou em inexistência de culpabilidade (censura pessoal), se tratar-se de erro sobre a ilicitude do fato. Tais soluções estão em harmonia com as exigências de um Direito Penal da Culpa para o qual é intolerável o princípio da absoluta irrelevância do erro sobre a ilicitude.

6. ERRO EVITÁVEL.

6.1. Corretamente distingue o Anteprojeto, para diferente tratamento penal, entre erro evitável de tipo e erro evitável sobre a ilicitude. Na primeira hipótese, excluído o dolo, subsiste a punição a título de culpa, se prevista em lei (art. 20); na segunda, diminuída a censurabilidade, poderá ser atenuada a pena do crime doloso (art. 21), pois que o dolo nunca é afetado pelo erro sobre a ilicitude.

6.2. Não é feliz, entretanto, a redação acerca da desclassificação do crime para culposo, em caso de erro de tipo evitável (art. 20, última parte). Ali se diz que tal erro *permite* a punição da culpa, como se a desclassificação fosse meramente facultativa. Ora, se o erro sobre elemento constitutivo do tipo decorrer da negligência do autor, a punição pelo remanescente crime culposo é obrigatória, desde que o crime seja punível a este título. Conforme proposição do Prof. Joaquim Brito de Lacerda, em painel promovido pelo Instituto dos Advogados do Paraná, sugere-se que o art. 20 tenha a seguinte redação:

“O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo. Se o erro for evitável, subsiste a punição por fato culposo, se previsto em lei”.

7. DESCRIMINANTES PUTATIVAS.

7.1. O Anteprojeto equipara o erro nas discriminantes putativas ao erro sobre elementos do tipo (§1º, do art. 21). Tal equiparação não é correta. O erro nas discriminantes putativas é erro sobre a ilicitude (supra nº 5.2.). Sua relevância decorre de supor o agente que sua ação é legítima.

Para equiparar as duas espécies de erro, é necessário ressuscitar a teoria dos elementos negativos do tipo, segundo a qual, além dos elementos descritivos e normativos, os tipos delituosos são, implicitamente, integrados pela ausência de causas de justificação. (O tipo do homicídio, v.g.,

não seria apenas "matar alguém" mas: "matar alguém não se encontrando em estado de necessidade, nem em legítima defesa, nem em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito"). Tal construção é indefensável: além de requerer, para a caracterização do dolo, uma situação psicológica inconcebível, (com a representação ao autor, não só dos dados positivos da conduta, como de não estar amparado por qualquer justificativa), conduz à confusão entre tipicidade e antijuridicidade, consoante já observamos alhures (*A Ignorância da Antijuridicidade em Matéria Penal*, pág. 87).

7.2. É de se deslocar, portanto, o §1º, do art. 20, para o art. 21, passando o parágrafo único deste a constituir seu §2º.

7.3. Justifica-se que as discriminantes putativas sejam incluídas na categoria de erro sobre a ilicitude do fato. É análoga a situação de quem não sabe que existe proibição legal para a sua conduta e de quem acredita-se legitimado a agir, ao amparo de uma justificativa. Em ambas as hipóteses há o dolo, como vontade de realizar o tipo. Só que o dolo ocorre num comportamento que não é censurável ou que tem censurabilidade diminuída, conforme o erro seja inevitável ou evitável: quem fere ou mata por supor-se em legítima defesa, quer ferir ou matar; apenas acredita que o faz em revide à uma agressão, agressão esta que, em realidade, não ocorre. Tal convencimento faz com que a conduta dolosa não se revista de culpabilidade ou que a tenha atenuada.

A equiparação do erro sobre discriminante ao erro sobre a ilicitude, além de cientificamente correta, é útil sob o prisma da política criminal. Virá coibir os abusos na arguição de discriminantes putativas, fundadas em meras alegações de réus, de que se supuseram em situação, que se existisse tornaria a ação legítima. No sistema atual, a vencibilidade de tal erro implica somente na punição a título de culpa, nos crimes em que esta é incriminada. Como as sanções dos crimes culposos são acentuadamente mais leves que a dos dolosos, a própria lei estimula o expediente de invocar discriminantes putativas, em casos que não a comportam, como forma de obter sensível atenuação da pena. Fixando-se, para o futuro, que a inevitabilidade do erro só atenua, facultativamente, a pena, haverá mais critério na alegação de discriminante putativa, como tese de defesa.

8. EXCESSO PUNÍVEL.

8.1 O Anteprojeto relaciona o excesso punível a todas as causas de exclusão da antijuridicidade (art. 23, parágrafo único). Corrige, assim, imperfeição do Código de 1940 que só o prevê quanto à legítima defesa (art. 21, parágrafo único), embora a doutrina haja consagrado a aplicação analógica da regra ao excesso em outras discriminantes (A. Bruno).

8.2. Complemento necessário ao dispositivo do Anteprojeto seria regra sobre o excesso escusável, como a contida no Código de 1969. Transformado o parágrafo único do art. 23 em seu §1º, sugere-se o acréscimo de um §2º, com o seguinte enunciado:

“§2º. Não é punível o excesso quanto resulta de escusável medo, surpresa, ou perturbação de ânimo em face da situação”.

9. ESTADOS DE NECESSIDADE.

9.1. Conserva o Anteprojeto a disciplina unitária do estado de necessidade. Não distingue, como o Código de 1969, entre o estado e necessidade que exclui a antijuridicidade, (com mal causado consideravelmente inferior ao mal evitado) e o estado de necessidade excludente da culpabilidade, (por inexigibilidade de conduta diversa). Prevê o estado de necessidade como causa de exclusão da ilicitude (art. 23, I), mas o fundamenta na própria não exigibilidade do sacrifício (art. 24).

9.2. Ora, a inexigibilidade de outra conduta em nada afeta a ilicitude do comportamento. É isto sim, causa de exclusão da culpabilidade. No próprio Anteprojeto, a inexigibilidade de outra conduta determina a isenção de pena para a coação irresistível e a obediência hierárquica (art. 22). Persiste a ilicitude do ato, pelo qual são puníveis o coator ou autor da ordem, mas, quanto ao coacto ou ao executor da ordem, excluída fica a censura pessoal, que integra o juízo de culpabilidade.

9.3. Exclusão da ilicitude, na ação necessária, só deve ser reconhecida, quando, no conflito entre bens de valores diversos, seja destruído o bem de menor importância para a salvação do de maior valia. Desde que o sacrifício de um dos bens era inevitável, sendo inocentes os seus titulares, cabe o raciocínio de que à ordem jurídica interessava a preservação do bem mais valioso. Em consequência considera-se a ação como conforme ao direito. Mas, se o conflito ocorre entre bens desiguais, com o sacrifício do de maior valia, a ação é contrária ao direito, embora possa ser desculpada, pela não exigibilidade do sacrifício do bem menor. Diga-se o mesmo, para as hipóteses de conflito de bens de igual valor (v.g. duas vidas humanas).

9.4. Implica em intolerável quebra de sistema, considerar a inexigibilidade de outra conduta ora como causa de exculpação, ora como causa de exclusão da própria ilicitude. Para evitar tal incongruência, propõe-se que o Anteprojeto adote a teoria diferenciadora e, a exemplo do Código de 1969, discipline o estado de necessidade em dispositivos diversos, conforme se trate de excludente da antijuridicidade ou da culpabilidade. Isto pode ser

realizado, acrescentando-se um parágrafo ao art. 22 e alterando-se a redação do art. 24 do Anteprojeto, nos seguintes termos:

Art. 22

ESTADO DE NECESSIDADE DE ESCULPANTE

Parágrafo único:

É isento de pena quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.

ESTADO DE NECESSIDADE

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade, quem pratica um mal para preservar direito seu, ou alheio, de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, pela natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo.

9.5 Embora os dois casos redundem em isenção penal, as situações são juridicamente distintas e diversos os seus efeitos. A exclusão da antijuridicidade, pelo sacrifício do bem de menor valia, tem alcance geral, estendendo-se a todos quantos tenham participado da ação necessária. Já a exculpação, por inexigibilidade de outra conduta, é estreitamente pessoal, não se comunicando aos partícipes que não hajam atuado nas mesmas condições. É claro que o estado de necessidade exculpante é subsidiário do estado de necessidade lícito, no sentido de que só se indagará acerca da inexigibilidade, se inaplicável a exclusão a antijuridicidade.