

ASPECTOS DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL (*)

ALCIDES MUNHOZ NETTO

Livre Docente de Direito Penal

SUMÁRIO: 1. — A razão do trabalho. 2. — A ação. 3. — A tipicidade. 4. — A antijuridicidade e sua exclusão. 5. — A culpabilidade. 6. — A embriaguez. 7. — Imputabilidade diminuída e Menoridade. 8. — O dolo e a culpa. 9. — O preterdolo e causas de inculpabilidade. 10. — O êrro de direito. 11. — Consumação e Tentativa. 12. — Desistência voluntária. 13. — O concurso de agentes. 14. — Concurso de crimes. 15. — As penas privativas de liberdade. 16. — A pena de multa.

1. — O Instituto dos Advogados do Paraná incumbiu-me de analisar as partes principais do Anteprojeto de Código Penal. Visa, com esta iniciativa, incentivar a apresentação de sugestões pelos cultores do Direito Penal, ao trabalho que o jurista Nelson Hungria apresentou ao sr. Ministro da Justiça, para ser publicado e submetido à crítica dos estudiosos.

O Anteprojeto, embora confeccionado por um dos principais autores do Código vigente, apresenta inovações importantes, que procuram adaptar a legislação à realidade brasileira e às mais recentes concepções científicas do Direito Penal.

Se o trabalho, por um lado, ainda se ressentir de algumas imperfeições do atual Código, revela, por outro, sensíveis progressos, frutos naturalmente da cultura e larga experiência de seu conceituado autor. Trata-se de obra que indiscutivelmente honra as letras jurídicas do país.

Tendo em vista a conceituação doutrinária do crime, como ação tipicamente antijurídica e culpável, procuraremos, nestas considerações sobre a Parte Geral do Anteprojeto focalizá-lo através destes

(*) Parecer apresentado ao Conselho do Instituto dos Advogados do Paraná, em 28 de março de 1963.

componentes do delito a saber: a ação, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade.

2. — A AÇÃO.

A ação, que é o comportamento humano voluntário e suporte material básico do crime, é tratada nos artigos 14 e 23, referentes à relação de causalidade e à coação física. Repete-se no art. 14 o atual art. 11, com a afirmação de que "o resultado de que depende a existência do crime é imputável a quem lhe deu causa". Com isto o anteprojeto desde logo reafirma que não pode existir ação criminosa sem resultado, vale dizer sem uma modificação no mundo exterior, que se traduza num dano ou num perigo de dano para um interesse tutelado. Define-se desta forma, ainda, o caráter realístico do Direito Penal, na incriminação dos comportamentos que, mais do que uma desobediência às normas estatais, possuam pelo menos a potencialidade de ofender os bens jurídicos, cuja proteção é o fim do Direito Penal, nos regimes de liberdade.

O princípio da equivalência dos antecedentes causais ou *CONDITIO SINE QUA NON* continua a informar a regra sobre relação de causa e efeito entre a conduta voluntária e o evento, mas esclarece-se que a omissão só é "relevante como causa quando quem omite devia e podia agir para evitar o resultado, decorrente êste dever seja da lei, seja de relação contratual ou de perigosa situação de fato criada pelo próprio omitente, ainda que sem culpa". Introduce-se assim dispositivo semelhante ao que já figurava no projeto Alcântara Machado e que foi considerado supérfluo pelos elaboradores do Código de 40, que entenderam implícito no conceito de omissão o dever jurídico de agir. Andou bem, entretanto, o Anteprojeto ao limitar a relevância da omissão, principalmente tendo-se em vista que o seu art. 14. CAPUT, declara que se considera "causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido", o que poderia conduzir à uma perigosa ampliação do conceito de omissão, além dos limites da ação esperada.

A coação física é considerada como causa de exclusão da ação pelo art. 23, segundo o qual "não é AUTOR de crime quem o pratica sob coação física irresistível, responde tão somente o coator". Esclarece-se desta maneira, de acordo com a doutrina dominante, que quem comete o crime fisicamente constrangido por terceiros não age, sendo mero instrumento em mãos do coator, de sorte que não é cabível considerá-la como causa de isenção de culpa, como permite o atual código. Se falta o comportamento voluntário, sobre o qual incide o juízo de reprovação ao seu autor, é ociosa qualquer indagação a respeito de dolo, culpa ou inexigibilidade de comportamento diverso. Impossível existir a relação de causalidade psíquica entre o sujeito e seu ato, quando êste nem sequer foi voluntário e mais desarrazoado ainda seria pensar-se em censurabilidade pessoal nestas hipóteses.

Disciplinando desta forma a coação física, o Anteprojeto a separa nitidamente de coação moral, esta sim causa de exclusão da culpabilidade, em que persiste a ação como comportamento voluntário, mas viciado pela falta de liberdade de escolha.

3. — A TIPICIDADE.

Reproduz o art. 1.º do Anteprojeto a garantia constitucional do NULLUM CRIMEM NULLA POENA SINE LEGE, cuja expressão técnica é a tipicidade. Nem todo o injusto culpável é punível como delito. Dado o seu caráter sancionador, o Direito Penal só faz incidir as suas sanções quando se revelam insuficientes as de que dispõe os demais ramos do ordenamento jurídico. A tarefa de estabelecer quais os comportamentos antijurídicos mercedores de pena não é deixada ao arbítrio do juiz. A estabilidade e a segurança das relações jurídico-penais exigem que o legislador estabeleça, em descrições precisas, a imagem a que se tem que ajustar o fato concreto para constituir crime. Limita-se assim a antijuridicidade penal, garantindo-se a liberdade do cidadão. A adequação típica é, portanto, a conformidade entre o fato e o modelo legal.

Ocorre que, muitas vezes, o fato, em sua complexidade, parece enquadrar-se em tipos distintos, que não podem ser aplicados concomitantemente. Para a escolha do modelo legal adequado o julgador, no sistema atual, tem que recorrer a princípios doutrinários referentes ao conflito de leis penais. Conflito aparente, porque o Direito, como unidade harmônica, não pode possuir regras conflitantes.

No campo da doutrina não há, porém, inteira uniformidade quanto à maneira de solucionar estas situações. Daí a reconhecida necessidade da fixação legislativa de regras capazes de dar uniformidade à aplicação da lei nos aludidos casos.

O Anteprojeto disciplina o conflito aparente de leis em seu art. 5.º. A matéria está subordinada ao título referente à aplicação da lei penal, mas é manifesta a sua íntima relação com o problema da adequação típica. Fala-se em concurso aparente de normas, quando seria preferível denominá-los de concursos aparentes de leis, já que a norma tem o significado de comando ou proibição, não havendo propriamente um conflito aparente entre êstes.

Reza o dispositivo citado que: "quando a um mesmo fato podem ser aplicadas duas ou mais normas penais, atende-se ao seguinte a fim de que só uma pena seja imposta: a) a norma genérica especial exclui a norma geral; b) a norma relativa a crime que passa a ser elemento constitutivo ou qualificativo de outro é excluída pela norma atinente a êste; c) a norma incriminadora de um fato, que é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, é

excluída pela norma a êste relativa". "E acrescenta o parágrafo único do mesmo artigo 5.º: "a norma penal que prevê vários fatos, alternativamente, como modalidade de um mesmo crime, só é aplicável uma vez, ainda quando ditos fatos são praticados pelo mesmo agente sucessivamente".

Consagra-se, pois, legislativamente, os princípios da especialidade, da subsidiariedade, da consunção e da alternatividade.

O tipo é especial quando contém todos os requisitos do geral e mais outras condições qualificativas que neste não figuram. O tipo do infanticídio é especial em relação ao do homicídio, pois que reproduz as características dêste e os completa com atributos particulares.

Diz-se o tipo subsidiário quando seu reconhecimento está subordinado à inexistência de um tipo principal. Nota Jiménez de Asúa que "en el caso más frecuente de subsidiariedad, en que una disposición solo debe aplicarse cuando el hecho no constituya un delito más grave, aparece paladino que el mismo hecho ha sido previsto por dos disposiciones. Y, puesto que se aplica de ordinario la ley principal, sólo rige la subsidiaria cuando el hecho está previsto exclusivamente por esta". Há dois casos típicos de leis subsidiárias: o da lei cuja aplicação é subordinada à não aplicabilidade de outra, como ocorre com uma disposição que define o delito de perigo para a vida ou saúde, cuja pena só pode ser imposta "se o fato não constitui crime mais grave"; e o da lei que só é aplicável quando o fato por ela incriminado não pertença ao tipo de outro crime como elemento ou qualificativa. Assim, o arrombamento, quando qualificativa de furto, obsta que além das penas do crime patrimonial sejam também impostas as de violação de domicílio.

O tipo é consumido por outro quando não passa de fase ou forma de transição ao tipo consumente. O tipo do homicídio absorve o de lesões corporais, que representam méra etapa anterior ao evento morte.

Quanto à regra da alternatividade, é óbvio que quando o agente pratica sucessivamente vários fatos, que são modalidades do mesmo delito, infringe uma única norma penal, cuja sanção só é aplicável uma vez. Quem além de aplicar e guardar aparelhos especialmente destinados à falsificação de moeda, os fornece a título oneroso ou gratuito comete um único crime contra a fé pública, embora o tipo caracterize-se, alternativamente, por um só daqueles comportamentos. Não há que confundir estas hipóteses com as de crime continuado, ou de concurso de crimes, que o Anteprojeto regula nos artigos 61 e 62. No crime continuado, o sujeito pratica vários crimes da mesma espécie, uns em continuação dos outros; no concurso de crimes também há multiplicidade de delitos, enquanto que o princípio da alternatividade só é aplicável quando seja um único o crime cometido.

4. — A ANTIJURIDICIDADE E SUA EXCLUSÃO.

Característica do crime é sua contradição com a ordem jurídica. Por ser contrária ao Direito é que a conduta criminosa é punível, apresentando-se pois a antijuridicidade como o traço fundamental do delito.

Não cabe, entretanto à lei definir positivamente a antijuridicidade. Em princípio toda ação adequada ao modelo legal é ilícita, criando, portanto, a tipicidade um indício de antijuridicidade. Só quando concorrem em condições excepcionais é que não prevalece a presunção da antijuridicidade decorrente da adequação típica. A indagação da antijuridicidade é feita assim negativamente, no sentido de que será injusta a ação típica quando não existam circunstâncias que excluam a ilicitude.

Este é o sistema do Anteprojeto que, à semelhança do Código atual, estabelece, em seu art. 25, que "não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade; em legítima defesa; em cumprimento de dever legal ou no exercício de direito".

A legítima defesa continua com a sua conceituação atual, o mesmo não ocorrendo quanto ao estado de necessidade, cuja definição apresenta radicais modificações.

Sabe-se que, no atual Código, o fundamento da exclusão da antijuridicidade no estado de necessidade é a inexigibilidade de outra conduta. A doutrina dominante, porém, é toda no sentido de que não se pode considerar como conforme ao direito uma ação lesiva a um interesse jurídico, só porque não era razoavelmente exigível do autor um comportamento diverso, ante a alternativa de salvaguardar um direito seu ou alheio ou praticar um mal. Entende-se que, nestes casos, o autor da ação necessária pode não ser censurável. Mas a censurabilidade pessoal pertence ao juízo de culpabilidade e não à indagação de antijuridicidade.

Realmente, a norma penal possui dois momentos: um valorativo e outro imperativo. No momento valorativo estabelece quais os comportamentos contrários e quais os conformes à ordem jurídica; sob o aspecto imperativo, estatui, com base em tais valorações, comandos e proibições à vontade individual. O juízo de antijuridicidade baseia-se na função valorativa da norma. Fixa-se quais os comportamentos contrários ao direito sem se levar em conta as condições pessoais ou estado de ânimo do agente. A imperatividade da norma fundamenta o juízo de culpabilidade, no qual se indaga se as condições em que a ação se desenvolveu permitiam ou não ao agente uma motivação normal, um balanço, sem perturbações, entre as razões e contra razões de seu proceder, de forma a se apurar se lhe era exigível o cumprimento do dever jurídico e conseqüentemente se a sua vontade pode ser reprovada.

Para que a ação praticada em estado de necessidade seja conforme o direito é preciso algo mais além da inexigibilidade de outra conduta. Faz-se mister que o mal praticado, por sua natureza e importância, seja inferior ao mal evitado. Ante um conflito de dois bens jurídicos, não provocado por qualquer de seus titulares, e no qual um não pode permanecer incólume sem o sacrifício do outro, interessa ao direito salvaguardar o bem de maior importância, razão pela qual, só quando o direito sacrificado seja menor que o pôsto à salvo é que a ação necessária não se revestirá de antijuridicidade. Quando, ao contrário, o direito sacrificado fôr superior ou igual ao protegido, somente haverá isenção de pena, por ausência de culpabilidade, decorrente da inexigibilidade de comportamento diverso.

A ação necessária desta forma, não comporta uma regulamentação unitária, devendo ser encarada ora como causa de exclusão da antijuridicidade, ora como fator de inculpabilidade.

O Anteprojeto atende a estas razões, aplicando o princípio do interesse preponderante à ação necessária que exclui a antijuridicidade e o princípio da inexigibilidade de outra conduta à ação necessária que exclui a culpabilidade.

Com efeito, no art. 26 estabelece: "considera-se em estado de necessidade quem pratica um mal para preservar de perigo certo e atual, que não provocou nem podia de outro modo evitar, direito seu ou alheio, desde que o mal causado, pela sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo". E, no art. 22 estatui: "também não é culpado quem, pela necessidade de proteger direito próprio ou de seu parente em linha reta, irmão ou cônjuge, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem de outro modo podia evitar, sacrifica direito alheio ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa".

Adota, assim o Anteprojeto a teoria diferenciadora, preferida pela dogmática alemã e que conta com o decidido apôio de penalidades do porte de Frank, Beling, Goldschmidt, Mezger e Jimenez de Asúa, entre outros.

Não se suponha, no entanto, que a questão é meramente doutrinária, e que é indiferente considerar a ação necessária como causa de licitude ou de inculpabilidade. Da posição assumida pela lei decorrem consequências práticas de real importância, como a do tratamento que se há de dispensar ao terceiro que coopera na ação necessária. Se esta fôr considerada lícita nenhuma sanção sofrerá o partícipe. Se, ao contrário, fôr mera causa de isenção de culpa, o co-autor dela não se poderá valer, já que os fatores de inculpabilidade são pessoais e incommunicáveis, por força mesmo do que dispõe o próprio Anteprojeto, em seu art. 33, § 1.º.

○ excesso verificado nas ações amparadas por excludentes de an-

tijuridicidade também é regulado de maneira nova e mais minuciosa. Trata o Anteprojeto do excesso culposo, do excesso doloso e do excesso excusável.

Quanto ao excesso culposo, dispõe-se, no art. 28, "o agente que, em qualquer dos casos de exclusão do crime, excede culposamente os limites da necessidade responde pelo fato se este é punível a título de culpa". Falando em "limites da necessidade", e não mais em limites de legítima defesa, o Anteprojeto abrange também o excesso na ação necessária, que não está disciplinado no Código vigente, suprimindo assim lacuna da legislação atual.

O excesso doloso é considerado como atenuante pelo parágrafo 2.º do referido artigo, segundo o qual "ainda quando punível o fato por excesso doloso, o juiz pode atenuar a pena". Atende-se desta forma à situação de licitude de que se originou o excesso a qual, inevitavelmente, diminui a reprovabilidade da infração ao dever jurídico do "neminem laedere".

O excesso não é punível "quando resulta de excusável medo, surpresa ou perturbação de ânimo em face da situação". (Art. 28, § 1.º). Com esta regra o Anteprojeto reconhece a influência dos estados emocionais sobre a imputabilidade.

5. — A CULPABILIDADE

É no setor da culpabilidade que o Anteprojeto preconiza as mais sensíveis e importantes modificações. E nem poderia ser de outra forma, certo como é, que o Direito Penal consagra, cada vez com mais intensidade, o princípio do "nula poena sine culpa", cuja realização prática, sem exceções "se exige de modo imperioso pela consciência cultural de nossos dias", conforme observação de Mezger (Tratado, t. II, pág. 21).

Nítida é a preferência do Anteprojeto pela moderna e vitoriosa concepção normativa da culpabilidade, segundo a qual a culpa em sentido lato não reside somente nonexo de causalidade psíquica entre o sujeito e sua ação delituosa, como ensinava a tradicional doutrina psicológica. Mais do que o dolo ou a culpa, exige-se que o autor seja objeto de reprovação pessoal, por não haver omitido a ação anti-jurídica, quando lhe era possível fazê-lo. A culpabilidade, assim, não consiste somente em se ter querido o resultado com consciência de sua ilicitude, ou dado causa a este por negligência ou imperícia, sua essência está na censurabilidade. Quem pela necessidade de salvar direito de parente próximo, de perigo não provocado certo e atual, pratica o crime sacrificando direito alheio de maior importância, procede com dolo; quer o resultado e o sabe ilícito, mas está isento de pena por não ser reprovável a sua vontade, já que não se lhe poderia exigir outro comportamento. A exigibilidade de conduta diversa é, assim pressuposto da censurabilidade pessoal.

Ora, se o Anteprojeto, como observamos, inclui a inexigibilidade de outra conduta entre os fatores de inculpabilidade, implicitamente adotou a concepção normativa.

Consequência disto, é que a indagação acerca da ação culpável há de ser feita nem só através do exame das formas de vinculação entre o sujeito e o ato, vale dizer do dolo e da culpa, como também da imputabilidade e da normalidade de motivação.

Só pode ser objeto de reprovação quem estava em condições de conhecer os imperativos jurídicos e a eles amoldar as suas ações. O incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de governar a própria conduta não é censurável, de sorte que a imputabilidade é pressuposto da culpabilidade.

Como no Código atual, a imputabilidade é tratada no Anteprojeto sob o título de Responsabilidade Penal. A denominação não é das mais felizes, pois que a expressão "responsabilidade" também possui outro sentido, aliás mais corrente, de obrigação de arcar com as consequências do crime.

Igualmente persiste o critério de não definir positivamente a imputabilidade, estabelecendo-se apenas os casos de inimputabilidade.

Neste sentido, estatui o art. 30: "Não é penalmente responsável quem, no momento da ação ou da omissão, não possui, em virtude de mórbida perturbação mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado ou de outra grave anomalia psíquica, a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de governar a própria conduta".

É reproduzida, assim, a fórmula do atual art. 22, mas com duas modificações: a expressão "doença mental" é substituída por "mórbida perturbação mental" e acrescenta-se, entre os fatores capazes de anular a capacidade de entendimento ou de auto-determinação, as graves anomalias psíquicas.

Com tal acréscimo, parece que o anteprojeto quer contemplar os estados emocionais e passionais agudos, que podem, em alguns casos, excluir a "vis electiva" ou o auto governo.

Na verdade, o sentido da expressão "anomalia psíquica" é bastante amplo. Abrange todos os estados mentais que se afastam da normalidade, sem atingir o patológico, pois estes estão compreendidos entre as mórbidas perturbações mentais. Ora, a emoção, segundo o próprio autor do Anteprojeto constitui "forte e transitória perturbação da afetividade", declarando ainda o ilustre penalista que, "na crise aguda da emoção, os motivos inibitórios tornam-se inócuos freios sem rédea, e são deixados a si mesmos os centros motores de pura execução. Dá-se a desintegração da personalidade psíquica. Dissocia-se o jôgo das funções cerebrais" (Coment. I, 521 e 524). Não há dúvida, assim, que a emoção e a paixão podem ser incluídas entre as graves anomalias psíquicas, e excluir a imputabilidade, desde que cheguem a anular a capacidade intelectual ou volitiva.

Por outro lado, não repete o Anteprojeto o atual art. 24 do Código Penal, segundo o qual a emoção e a paixão não excluem a responsabilidade. E, ao tratar do excesso escusável, declara, no art. 28, § 1.º, como já observamos, que não é punível o excesso quando resulta de excusável medo, surpresa ou perturbação de ânimo, vale dizer de estados emocionais, pois que outra coisa não constituem os fatores ali mencionados.

Tôdas estas circunstâncias evidenciam que o Anteprojeto empresta relevância à emoção, bem como à paixão, que é o seu estado crônico pretendendo, assim, a supressão de um caso de responsabilidade objetiva, que macula a legislação penal vigente. O tratamento que o Código de 40 dispensa aos estados emocionais só se justifica como reação à regra do art. 27, § 4.º do antigo Código republicano de 1890, que, declarando não criminosos os que cometessem o delito em estado de perturbação dos sentidos, e da inteligência, lançara o disco além da meta, contribuindo para o afrouxamento da justiça punitiva, certo como é, que raros são os delinquentes que procedem em estado de inteiro equilíbrio psíquico. Mas, cientificamente, o critério atual, da completa irrelevância da emoção, é simplesmente indefensável. Podendo ela impedir, quando violenta e absorvente, que o sujeito possa adaptar a sua conduta aos comandos e proibições jurídicas, à afirmação, "tout court", de que não exclui a responsabilidade, representa uma ficção de imputabilidade, que conduz à punição de ações não culpáveis.

Nem mesmo é possível justificar o sistema atual através da teoria da "actio libera in causa". Como já observou Anibal Bruno, "ninguém procura voluntária ou culposamente entrar em estado emocional. Não é possível equiparar este estado ao de inimputabilidade provocada dolosa ou imprudentemente pelo sujeito, para a prática de um crime ou prevendo ou devendo prever a prática de um crime". (Direito Penal t. 541).

Com o repúdio à responsabilidade sem culpa, manifestado neste e em outros pontos que serão analisados, o Anteprojeto atende a um imperativo do Direito Penal moderno, que é conceitualmente um Direito da culpabilidade, a ponto de Max Ernest Mayer haver proclamado que "tôda a dignidade do Direito Penal reside na reprovação da responsabilidade pelo resultado e no reconhecimento da responsabilidade pela culpabilidade".

6. — A EMBRIAGUÊS

Ainda no setor da imputabilidade, é digno de nota o tratamento que o Anteprojeto dispensa à embriaguês.

Perante o Código atual, como se sabe, só possui relevância a embriaguês, proveniente de caso fortuito ou força maior, desde que anule a capacidade de entendimento ou de auto determinação ou a diminua sensivelmente. No primeiro caso há total isenção de pena e no

segundo é facultada a sua diminuição. A embriaguês voluntária ou culposa, ainda que completa, não exclui a imputabilidade, mesmo que impeça o sujeito de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento. É o que estatui o art. 24, n.º II, permitindo que, em tais casos, o fato seja punido a título de dolo ou de culpa, independentemente de qualquer outra indagação.

Há, assim, uma presunção de imputabilidade nos estados de embriaguês voluntária ou culposa, presunção esta que conduz à responsabilidade objetiva, através da punição de atos que não se ligam psicologicamente ao agente. Ressalte-se que nem sequer se exige, perante a legislação atual, que o fato praticado em estado de inimputabilidade tenha sido previsto ou fôsse previsível, no momento em que o agente ainda era imputável.

Invoca-se, na Exposição de Motivos, o princípio da "actio libera in causa", numa tentativa de conciliar o dispositivo do Código com a regra do "nulla poena sine culpa". Tal teoria serve para fundamentar a responsabilidade nos casos de embriaguês preordenada, nos quais o sujeito se embriaga para cometer o crime ou procurar uma escusa. Estas hipóteses, como já acentuava Franz von Liszt, podem ser equiparadas às de autoria mediata, pois da mesma forma que alguém pode servir-se de uma criança ou de um louco para, por seu intermédio, cometer o delito, é possível que o delinquente sirva-se de si mesmo, em estado de inimputabilidade, para executar o seu propósito criminoso.

Mas, a aludida teoria evidentemente não pode ter aplicação, quanto na fase que antecedeu à intoxicação alcoólica, o resultado não foi querido, nem previsto, nem era previsível ao agente. Muito menos cabe invocá-la quando nem mesmo a embriaguês haja sido desejada, resultando de mero descuido ou imprudência.

Como argumenta o douto Anibal Bruno, "seria absurdo pretender que o embriagar-se voluntária ou imprudentemente possa considerar-se ato executivo de um crime, de cuja realização não houve a mais escassa representação no espírito do agente, ou que se tenha constituído um caso de autoria mediata, com base em uma deliberação, que nem tomada sequer imaginada foi pelo agente. Nem a expressão "actio libera in causa" poderia, com propriedade, ser aplicada aos crimes praticados nestes casos. "Nêles o que é livre na sua causa não é a ação criminosa mas somente a embriaguês". (Dir. Penal, II, 533).

A teoria da "actio libera in causa", logicamente, só pode ter aplicação à embriaguês voluntária, quando o fato tenha sido, pelo menos previsível, no estado de imputabilidade e, sempre, para fundamentar a punição a título de culpa em sentido estrito e nunca de dolo. O dolo, além da previsão, requer a vontade, ou a anuência em causar o resultado anti-jurídico.

Quanto à embriaguês culposa, não é possível sequer cogitar-se da aplicação do princípio em aprêço. Sempre que anule a vontade ou o auto govêrno deve excluir a responsabilidade, uma vez que nela não existe sequer o desejo de embriagar-se, não cabendo em consequência cogitar de previsibilidade do ato criminoso capaz de ser praticado em estado de inimputabilidade.

O Anteprojeto, naturalmente sensível às inúmeras críticas dirigidas ao Código, no setor que estamos examinando, orienta-se neste último sentido, assim dispendo em seu art. 31:

“A embriaguês pelo álcool ou substância de efeitos análogos, ainda quando completa, não exclui a responsabilidade salvo quando fortuita ou involuntária.

§ 1.º — Se a embriaguês foi intencionalmente procurada para a prática do crime, o agente é punível a título de dolo.

§ 2.º — Se embora não preordenada, a embriaguês é voluntária e o agente previu ou podia prever que, em tal estado, poderia vir a cometer crime, a pena é aplicável a título de culpa, se a êste título é punível o fato”.

Regulando a matéria desta forma, o Anteprojeto: a) reconhece que a imputabilidade pode ser excluída pela embriaguês culposa, que é uma das formas de embriaguês involuntária; b) só admite a punição a título de dolo, se a prática do crime fôr querida ou consentida pelo agente ao embriagar-se, vale dizer, nos casos de preordenação; c) permite, nas hipóteses de embriaguês voluntária, somente a responsabilidade a título de culpa e assim mesmo subordinada a previsão ou previsibilidade do resultado.

E' óbvio que para ter relevância, a embriaguês, além de completa, deve impedir a volição ou a determinação normais, pois que a estas condições está subordinada a inimputabilidade, conforme a regra do art. 30. Se a intoxicação pelo álcool ou substância análoga apenas afrouxar os freios inibitórios, diminuindo a capacidade intelectual ou volitiva de maneira considerável, somente caberá a diminuição de pena de que trata o parágrafo único do mesmo dispositivo.

Não é reproduzida, por outro lado, a agravante do atual art. 44, II, c, de ter o agente cometido o crime depois de embriagar-se positadamente para cometê-lo. Igualmente aqui andou bem o Anteprojeto, pois não há razão que justifique a exasperação da pena nos crimes cometidos em estado de embriaguês preordenada. Se o agente embebeda-se para cometer o crime, por não ter a suficiente coragem de praticá-lo quando sóbrio, revela que os contramotivos ainda atuam em seu psiquismo, sendo por conseguinte menor a sua periculosidade do que a de quem perpetra o delito com frieza de ânimo.

Ora, se no Anteprojeto, a maior ou menor periculosidade passa

a ser um dos elementos de fixação da pena, não poderia persistir a absurda circunstância agravante. Isto, todavia, não impede que, quando a embriaguês seja procurada como escusa para o delito a ser cometido, leve-a em consideração o juiz, ao analisar a personalidade do agente.

O que mais importa ressaltar, porém, é a disciplina que se empresta à embriaguês, quanto à imputabilidade.

Também neste setor, o Anteprojeto de Código Penal repudia o critério da responsabilidade pelo resultado, que persistiu na legislação atual, não obstante a afirmação de seus autores, de que em nenhum caso haveria presunção de culpa.

7. — IMPUTABILIDADE DIMINUIDA E MENORIDADE.

Ao regular a imputabilidade diminuída, o Anteprojeto de Código Penal afasta-se, em parte, do sistema atualmente em vigor, Inspirado nos Códigos grego, polonês e iugoslavo, bem como no Anteprojeto alemão, estatui em seu art. 30, parágrafo único:

“Se a perturbação, deficiência ou anomalia psíquica não suprime, mas diminui consideravelmente a capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou a de auto-governo, não fica excluída a responsabilidade, mas apenas pode ser atenuada, sem prejuízo do disposto no artigo 89”.

O art. 89, a que o dispositivo faz remissão, está assim redigido:

“Quando o condenado se enquadra no parágrafo único do art. 30 e necessita de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade é substituída pela internação em estabelecimento psiquiátrico anexo ao manicômio judiciário ou ao estabelecimento penal, ou em secção especial de um ou de outro.

§ 1.º — Sobrevindo a cura não se dará a transferência do internado para o estabelecimento penal, mas não fica excluído o seu direito ao livramento condicional, como se estivesse a cumprir a substituída pena privativa de liberdade.

§ 2.º — Se, ao término do prazo persistir o mórbido estado psíquico do internado, condicionante da periculosidade atual, a internação passa a ser por tempo indeterminado, aplicando-se o disposto nos §§ 1.º e 4.º do art. 88”.

Além da substituição do termo “doença mental”, empregado pelo Código atual, por “mórbida perturbação da saúde mental”, de sentido mais técnico, e, da inclusão das anomalias psíquicas entre os fatores biológicos da imputabilidade diminuída, aspectos já examinados, o Anteprojeto substitui o critério da redução da pena de um a dois terços, pelo da simples atenuação, a qual, segundo o art. 55, deve ser feita entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime.

Sob o prisma da quantidade da pena, o Anteprojeto mostra-se, portanto, mais severo que o Código vigente, no qual a redução facultativa autorizada pelo art. 22, parágrafo único, permite que a pena seja fixada aquém do mínimo estabelecido pela norma incriminadora.

Esta maior severidade, justificada pela sensível periculosidade que os deficitários mentais muitas vezes apresentam, é, no entanto compensada, de certa forma, pelo tratamento unitário que o Anteprojeto preconiza aos fronteiriços, submetendo-os só à pena ou à uma medida de segurança, conforme haja ou não necessidade de tratamento especial.

O sistema de sujeitar os portadores de imputabilidade diminuída ao cumprimento da pena e depois à medida de segurança, seguido pelo Código de 1940, tem sido universalmente criticado, face a sua manifesta inconveniência.

Realmente, é hoje pacífico, que o tratamento a ser dispensado ao delinquente deve ser determinado pela sua personalidade, à qual há de se amoldar inclusive a execução da pena, para obter a reeducação do condenado. Ora, o sistema de aplicação da medida de segurança sucessivamente, à pena contravém, e até nega, êste princípio. Se o tratamento deve ser condicionado às imperfeições psíquicas e éticas do delinquente, é óbvio que não pode ser duplo, como se se estivesse não diante de uma, mas de duas individualidades.

Por outro lado, do próprio ponto de vista terapêutico, a aplicação sucessiva das duas providências revela-se desaconselhável. A pena precedendo ao tratamento só pode agravar a periculosidade do agente, o que contraria o sentido da sanção no moderno Direito Penal, inspirado na recuperação.

Nem vale o argumento de que, no sistema atual, a medida de segurança é continuação da pena. Se assim fôsse, melhor do que aplicar as duas seria impôr uma só, que permitisse através de uma execução progressivamente atenuada alcançar o objetivo último da reeducação.

A matéria foi amplamente debatida no 6.º Congresso Internacional de Direito Penal, reunido em Roma, no ano de 1953. Nada menos do que 24 teses foram apresentadas à respeito, entre as quais as de Edmund Mezger, Paul Cornil, Thomas Givanovitch, Wilhelm Sauer, Enrico Altavilla, Alfredo Janniti Piromallo e Luiz Jimenéz de Asúa. Prevaleceu a opinião de que o tratamento aos semi-imputáveis deveria ser unitário, merecendo alusão as conclusões de Asúa. Sustentou o famoso penalista espanhol, que embora a pena seja retributiva e vise essencialmente a intimidação, enquanto que a medida de segurança funda-se no caráter perigoso do delinquente, possuindo natureza preventiva, é cabível, quando a periculosidade exceder

à culpabilidade, a aplicação da medida de segurança em lugar da pena. Aquela pode substituir a esta, mas ambas nunca devem ser aplicadas cumulativamente.

É exatamente isto que faz o Anteprojeto, ao estabelecer que o condenado que apresente, pela sua periculosidade, necessidade de tratamento especial será internado em um dos estabelecimentos psiquiátricos que o art. 89 menciona. A duração mínima da internação será a da pena e não mais proporcionada ao "quantum" abstrato da sanção, como no Direito atual.

No que toca à menoridade, estatui o Anteprojeto em seu art. 32:

"O menor de dezoito anos é penalmente irresponsável, salvo se já tendo completado 16 anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e governar a própria conduta. Nêsse caso a pena é diminuída de um terço até a metade".

A subordinação da irresponsabilidade do menor de dezoito, mas maior de dezesseis anos à incapacidade intelectual ou volitiva atende à realidade brasileira.

Relativamente capaz ante o Direito Civil, o menor de dezesseis anos, dependendo da educação e do meio em que viva pode ter, embora em menor grau, as condições de entendimento e de vontade requeridas para a responsabilidade. A sua exclusão do Direito Penal, por outro lado, tem sido perniciosa à defesa social. Certos de que só serão objeto de medidas tutelares, muitos menores entre aqueles limites de idade entregam-se à delinquência, já se tendo tornado comum o expediente de criminosos maiores dêles se servirem para a prática de crimes, notadamente patrimoniais.

Justo é, portanto, que a irresponsabilidade de tais menores não seja presumida de modo absoluto, como atualmente, permitindo-se a sua elisão pela prova da capacidade de entender e de querer.

Esta orientação, de resto, se impunha num projeto, que afirma deverem as penas sobre o condenado uma individualizada ação educacional, no sentido de sua gradativa recuperação social, o que assemelha a pena às medidas de segurança, às quais os referidos menores já estão sujeitos pela legislação especial.

8. — O DOLO E A CULPA

Como formas de culpabilidade, contempla o Anteprojeto o dolo e a culpa em sentido estrito. Ambos constituem a base sobre a qual incidirá o juízo de reprovação ao sujeito imputável, já que a violação do dever jurídico só se apresenta quando o ilícito penal é cometido com vontade, aquiescência ou imprevisão.

O dolo, como a forma mais grave da culpabilidade, é definido pelo Anteprojeto da mesma maneira que no Código vigente, configu-

rando-se "quando o agente quiz o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo". Tal fórmula afigura-se-nos defeituosa, por não conter qualquer referência ao elemento intelectual do dolo, representado pela consciência da anti-juridicidade, que, segundo o próprio Nelson Hungria, é essencial ao ponto de afirmar êle que "sem o entendimento de oposição ao dever jurídico ou de que se incide no juízo de reprovação que informa o preceito incriminador, não há falar-se em dolo". (Comment. I, 313).

E' verdade que uma interpretação sistemática do Código, assim como do Anteprojeto, leva a conclusão de que não há dolo sem consciência da antijuridicidade, uma vez que é esta falta de conhecimento do injusto que fundamenta a impunidade nas discriminantes putativas. Existem porém outras interpretações, em sentido contrário, igualmente respeitáveis. Costa e Silva, analisando a legislação atual, nega que a consciência da ilicitude integre o conceito de dolo, em face da irrelevância do êrro de direito. (Cód. Penal, I, 106). No mesmo sentido, proclama Basileu Garcia: "Não se pode perante o nosso Direito positivo, pretender que tôda vez que o agente proceda sem conhecer a antijuridicidade do fato (embora se ache a par da realidade das suas circunstâncias materiais), esteja isento de dolo ou de pena. Em têrmos absolutos, a afirmativa levaria a conceder relevância ao êrro de direito, porquanto não há hipótese mais incontestável da ausência de percepção da ilicitude de determinado fato do que o desconhecimento de estar êle previsto na lei repressiva". E, em outro trecho, resalta o ilustre Professor paulista que "o nosso Código Penal, infelizmente não foi explícito a respeito da tormentosa questão, no seu art. 15, n. II, dispositivo em que o problema deveria estar dirimido. E poderia tê-lo sido. Não encerrando êsse texto expressão alguma que lembre o elemento consciência da antijuridicidade, deve concluir-se que a teoria psicológica venceu". (Instit. I, 253).

O Anteprojeto, embora não adote em todo o seu rigor, a regra do "error iuris nocet", permite em seu art. 19, a punição a título de dolo, mesmo quando o agente "por escusável ignorância ou êrro de interpretação da lei, supõe lícito o fato". Em face disto, poder-se-á entender que a consciência da antijuridicidade não integra o dolo pelos mesmos argumentos expostos acima. Realmente, se o próprio Anteprojeto diz que, não obstante o escusável êrro de direito, o fato pode ser punido como crime doloso como pretender que a consciência da ilicitude seja elemento desta forma de culpabilidade? Quem supõe lícito o fato não procede com tal consciência, a não ser que se queira distinguir entre antijuridicidade e ilicitude, o que não parece fácil.

A fim de que não persista, em matéria de tal relêvo, a possibilidade de interpretações antagônicas, tornando-se claro que a consciência da ilicitude integra o dolo, como exige a moderna doutrina, tendo em vista os próprios fundamentos éticos do direito, seria acon-

selhável que se acrescentasse ao vocábulo "resultado" o adjetivo "antijurídico", ficando o dolo conceituado como a vontade ou a aquiescência de produzir o resultado contrário ao direito. Ademais o tratamento do erro de direito devia ser equiparado ao erro de fato, assunto, porém, que será tratado oportunamente.

A culpa "sensu stricto" é regulada pelo Anteprojeto mais satisfatoriamente do que pelo Código atual. Estatui-se no art. 16, n. II, que o crime é culposo "quando o agente deixando de empregar a atenção ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo".

Dá-se, desta forma, uma verdadeira definição de culpa, não contida na legislação vigente, que se limita a enumerar as maneiras através das quais a imprevisão pode se manifestar. Fica, por outro lado, esclarecido que a essência da culpa, mais do que na imprevisão do fato previsível, reside na infração dos deveres de atenção e diligência impostos pelo "neminem laedere".

Alude-se finalmente à culpa consciente, não mencionada pelo Código, que tem lugar quando o resultado é previsto confiando no entanto o agente, por leviandade, na sua não realização.

Mas a definição do Anteprojeto, embora mais completa que a atual, sob os aspectos a que acabamos de aludir é ainda insuficiente, por não abranger tôdas as modalidades da ação culposa. Com efeito, exigindo que o resultado previsível não tenha sido previsto, ou, quando previsto, não tenha sido querido, a fórmula preconizada pelo Anteprojeto não abrange as hipóteses de culpa imprópria, que se apresentam nos casos de erro de fato culposo. Quem pratica o crime supondo agir em legítima defesa, em virtude de uma apressada ou desatenta apreciação dos fatos, prevê e quer o resultado. Não obstante o seu procedimento é culposo, por força do que estabelece o próprio art. 18, § 2.º do Anteprojeto, que reproduz o atual art. 17, § 1.º, declarando que se o erro deriva de culpa, a êste título responde o agente se o fato é punível como crime culposo.

Esta punição por crime culposo, em casos em que o resultado é previsto e querido, demonstra que a culpa existe nem só quando o agente, por falta de diligência, não prevê o resultado que podia ser previsto, como também quando não emprega as cautelas ordinárias na apreciação das circunstâncias de fato, que o fazem supor ser a ação legítima, quando na realidade não o é.

Para que, no conceito genérico de culpa, ficasse compreendida a chamada culpa por extensão, seria necessário especificar que o que não é querido, apesar de previsível, é o resultado "antijurídico". Com o acréscimo de tal adjetivo, a definição do Anteprojeto estaria com-

pleta, certo como é, que, nos casos de êrro culposo, o sujeito, embora queira o resultado, não o deseja como contrário ao direito. Longe disto, supõe, embora levemente, que o resultado por êle visado é permitido pela ordem jurídica.

Como se vê, com a expressa menção da qualidade de antijurídico do resultado, querido ou consentido no dolo e não desejado, mas previsível, na culpa, o Anteprojeto muito ganharia em clareza e perfeição técnica, fixando que a consciência da antijuridicidade é elemento estrutural do dolo e abrangendo, no conceito de culpa em sentido estrito, a que se configura no êrro culposo.

9. — O PRETERDOLO E CAUSAS DE INCULPABILIDADE

Muito se tem discutido a respeito da forma de culpabilidade nos crimes qualificados pelo resultado, nos quais a pena é majorada pelo evento de maior gravidade, ainda que não querido nem consentido pelo sujeito. Caso típico, como se sabe, é o de lesão corporal seguida de morte, em que o agente quer apenas ofender a integridade física do sujeito passivo, mas produz-lhe ferimentos que vêm causar a morte dêste.

Na doutrina alemã e também na italiana, preponderou o entendimento de que, nestas hipótese, o resultado de maior gravidade, não desejado nem aprovado pelo sujeito, lhe é imputado pelo simples nexos de causalidade física, a título, portanto, de responsabilidade objetiva. Quando muito haveria em relação ao mesmo uma presunção "juris et de jure", de culpa, com a aplicação do princípio canônico do "versanti in re illicita imputatur omnia que sequuntur ex delicto".

Mesmo entre os alemães e italianos, entretanto, tal orientação tem sido combatida, sendo bastante conhecidas as críticas de Löffler e Liszt-Schmidt, que a consideram como um retrocesso brutal e repentino à fase objetiva do Direito Penal, o que não corresponde nem à consciência jurídica atual, nem aos princípios de uma sensata política criminal.

Para conciliar a maior severidade no tratamento dêstes delitos qualificados pelo resultado com o princípio do "ohne Schuld keine Strafe", tem-se dito que o evento qualificativo só pode ser atribuído ao sujeito quando causado culposamente. Haveria nêstes delitos uma conjugação de dolo e de culpa, pensamento que remonta a Carrara e Binding. Desta conjugação das duas formas de culpabilidade resultaria o preterdolo ou a preterintenção, que não seria uma terceira forma da ação culpável, mas uma sucessão de dolo e culpa: dolo quanto ao evento querido pelo agente e culpa quanto ao subsequente resultado mais grave.

Em face do Código de 40, travam-se idênticos debates. Enquanto Costa e Silva (Código I, 122), Anibal Bruno (D. Penal, 460),

Basileu Garcia (Instituições, 269) e Ester de Figueiredo Ferraz (Os Delitos Qualificados Pelo Resultado, 134) sustentam que a imputação do resultado maior não depende de qualquer indagação acêrca da culpabilidade, Nelson Hungria (Comentários, I, 310), Magalhães Noronha (D. Penal, I, 186) e José Frederico Marques (Curso, II, 376) asseveram que os crimes qualificados pelo resultado são preterdelosos.

O Anteprojeto, certamente visando solucionar a controvérsia, taxativamente dispõe, em seu art. 17, que "pelos resultados que agravam especialmente as penas só responde o agente quando os houver causado, pelo menos culposamente".

Inspirado nos Códigos grego, tcheco-eslovaco, iugoslavo e dinamarquês e nos Anteprojetos alemão e argentino, o texto do art. 17 reafirma o repúdio à responsabilidade sem culpa, princípio que, como já observamos, orienta o Anteprojeto em vários setores.

Nítida é a adoção do preterdolo ao se falar "em resultados que agravam especialmente as penas", o que faz pressupor a existência de um delito, cuja gravidade objetiva é acentuada pelo evento maior. Ratifica tal orientação do Anteprojeto a denominação de "homicídio preterdoloso", que o seu art. 129, § 3.º dá à lesão corporal seguida de morte. Nos demais crimes que também admitem a qualificação pelo resultado, não está empregada a mesma expressão, nem quanto à morte, nem quanto às lesões corporais graves. Mas, ante os termos do citado art. 17, é óbvio que as penas só poderão ser aumentadas em consequência destes eventos, quando hajam sido pelo menos, previsíveis ao agente, no momento da manifestação de vontade.

Quanto às causas de inculpabilidade, o Anteprojeto distingue entre as que excluem o dolo, permitindo, porém, em certos casos a punição a título de culpa em sentido estrito, e as que excluem a culpabilidade, as quais importam sempre na total isenção de pena para os que delas se beneficiam.

Como excludentes do dolo, estão previstas no art. 18. as discriminantes putativas e o erro de fato essencial, para os quais, como no Código atual, subsiste a punição por crime culposos, nas hipóteses de inescusabilidade do erro.

A coação moral, a obediência hierárquica e a inexibibilidade de outra conduta são as causas de exclusão da culpabilidade.

A inexigibilidade de outra conduta, segundo o Anteprojeto, só isenta de pena quando a ação necessária com sacrifício de direito igual ou superior ao protegido, é praticada em benefício do próprio agente ou de seu parente próximo. O art. 22, efetivamente, diz que "não é culpado quem, pela necessidade de proteger direito próprio ou de su parente em linha reta, irmão ou cônjuge, contra perigo certo e

atual que não provocou, nem de outro modo podia evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não era razoavelmente exigível conduta diversa”.

A enumeração das pessoas em favor de quem o sujeito pode praticar a ação, em caso de conflito de bens iguais, ou quando o direito sacrificado seja o de maior valia, não merece aplausos. Lembra Maggiore que já na elaboração do Código Zanardelli uma comissão da Câmara dos Deputados propusera limitar o direito de intervenção quanto a determinadas pessoas, sendo a proposta recusada, até pela dificuldade de estabelecer com uma distinção, em favor de que pessoas poderia ser a intervenção permitida (Principii, I, 282).

É certo, como observa Jimenez de Asúa, que não havendo no estado de necessidade um interesse bastardo, menos digno de tutela como ocorre com os direitos do agressor na legítima defesa, deve se cercar do maior escrúpulo a permissão outorgada a terceiros para decidir o conflito que nenhum dos necessitados provocou, sobretudo se se trata de bens iguais e principalmente de duas vidas. O terceiro pode resolver o apuro quando um bem jurídico é superior a outro; porém só influirá no desenlace do conflito entre duas vidas humanas, se uma delas é a de um parente, amigo íntimo etc. etc. (La Ley Y El Delito, 334).

Deve-se mesmo exigir que o terceiro esteja especialmente vinculado a um dos titulares dos bens de igual valor, para que possa interferir no conflito, pois não se compreenderia, na colisão, v. g., de duas vidas humanas, que ficasse ele com o arbítrio de escolher qual das vidas deveria ser salva e qual sacrificada. Mas tal exigência há de ser feita através de uma fórmula ampla e nunca casuisticamente como no Anteprojeto.

Em face da enumeração que faz o art. 17, quem interferisse numa colisão de duas vidas humanas para salvar o amigo íntimo, o tutor, o pupilo, o patrão ou a noiva, com o sacrifício da vida de um estranho, não poderia se beneficiar da excludente de culpabilidade, muito embora também não se lhe pudesse exigir outra conduta, o que nos parece absurdo.

10. — O ÉRRO DE DIREITO

Não se justifica no Direito Penal moderno, nitidamente fundado na idéia de culpabilidade, a manutenção do rigoroso princípio do “error iuris nocet”, adotado pela legislação vigente com pequenas atenuações.

Entender que a ignorância ou a errada compreensão da lei nunca eximem de pena, como está expresso no art. 16, do Código atual, significa efetivamente permitir que, a pretexto de assegurar a obrigatoriedade da lei, cometam-se gritantes injustiças, com a imposição de penas a quem haja praticado o fato na mais escusável boa fé.

Pretende-se fundamentar a regra da irrelevância do êrro de direito numa presunção absoluta do conhecimento das leis por parte dos seus destinatários, ou, como queria Manzini, no dever cívico que incumbe a todo cidadão de conhecer as normas jurídicas, às quais deve amoldar a sua conduta (Tratado, 326).

A presunção jurídica de conhecimento das leis é inadmissível nos tempos que correm, dada a multiplicidade e a variedade das normas legais, cujo domínio a poucos é acessível. A presunção é prova indireta que, mediante um cálculo de probabilidades, permite passar do conhecido ao desconhecido. Ora, como ressalta Anibal Bruno, no que toca ao conhecimento das leis, a presunção contradiz o cálculo de probabilidade baseado no que é comum acontecer. (D. Penal I, 493). O conhecimento das leis, observa Jorge Severiano Ribeiro, não constituiria uma parte da ciência particular ao jurisconsulto, se todos os cidadãos, o pudessem adquirir pelo fato de sua publicação (Tratado, II, 175).

Igualmente o pretendido dever cívico de conhecer as leis é inaceitável. A ninguém se pode impôr um dever impossível de ser cumprido. Ademais, a admiti-lo, criar-se-ia, na exata afirmação do professor pernambucano Everardo Luna, um crime atípico, negando-se o princípio sadio do "nullum crimen, nulla poena sine lege". Se não existe uma figura criminosa catalogada nos códigos e correspondente a êste dever cívico de conhecer a lei, como punir a sua infração? (Rev. Pern. de D. Penal e Criminologia, 11 e 12, pág. 203).

Entendem outros que a regra do "error iuris non prodest" funda-se em exigências de ordem prática. Tendo-se em vista o alto índice de analfabetismo existente no Brasil, emprestar efeitos eximentes ao êrro de direito equivaleria a assegurar a impunidade, precisamente aos criminosos mais temíveis, que provém das classes mais incultas. A dificuldade de prova contrária à alegação de ignorância da lei também deporá a favor da manutenção do sistema tradicional. São estas as idéias sustentadas entre nós por José Frederico Marques (Curso, II, 242), Basileu Garcia (Inst. 274) e, anteriormente, pelo próprio Nelson Hungria (Coment. I, 384).

Mesmo, porém, estas razões de política criminal, perderam atualmente o seu prestígio. Precisamente onde é maior o número dos que desconhecem a lei, é que o rigor do princípio da inescusabilidade se mostra mais injusto. E nem pode haver o temor da impunidade pelo acolhimento indiscriminado da alegação de ignorância da lei, quando se exija que o êrro seja escusável para assegurar a isenção de pena.

Por outro lado, razões de mera utilidade não devem prevalecer sôbre imperativos de justiça. Judiciosamente pondera Anibal Bruno, que "não pode deixar de conduzir o jurista à perplexidade

uma razão de política criminal a que se contrapõe o princípio de justiça, princípio que constitui a limitação necessária às práticas sugeridas pela necessidade política. E o regimen de Direito que não sabe satisfazer esta segunda exigência sem sacrificar a primeira é um sistema imperfeito". (ob. cit., 495).

Quanto à propalada dificuldade de prova, já proclamava Belling, que não está o juiz atual tão desamparado, quando o direito processual moderno põe em suas mãos a livre valoração das provas. (Esquema, § 24).

Do ponto de vista filosófico, igualmente a idéia da inescusabilidade do erro de direito é indefensável. Diz, com razão, Biagio Petrocelli, que quem acolhe o conceito de uma função imperativa do direito, não pode desprezá-lo no momento de resolver a questão da "ignorantia juris". O direito é ou não é comando. Se é comando deve, para ser tal e agir como tal, ser conhecido. Se se aceita a idéia do direito como comando, não se pôde nem refutar nem iludir a necessidade lógica do conhecimento do comando. (La Colpevolezza, 136).

Da mesma forma, a própria essência da culpabilidade, que, como vimos, reside na censurabilidade, impõe que se empreste efeitos à ignorância de direito. Conforme Hans Welzel, a verdade é que só se pode fazer a reprovação de culpabilidade quando o autor esteve em condições de conhecer a antijuridicidade de sua atuação, quando podia formar a sua vontade de ação conforme o direito, em lugar de fazê-lo antijuridicamente (D. Penal, 172).

E a idéia de que a consciência da antijuridicidade é elemento do dolo não se concilia com a inescusabilidade do erro de direito. O próprio Nelson Hungria que, em trabalhos anteriores, procurava demonstrar que as duas coisas não são incompatíveis, com base em argumentos de autores italianos, argumentos êsses um tanto sofisticados, hoje dá a mão à palmatória, afirmando, em um de seus mais recentes trabalhos, que "se o justificável erro de fato (êrros sôbre os elementos de fato do crime) exclui a culpabilidade, lógicamente o mesmo efeito deve ser atribuído ao erro de direito, desde que escusável" (Rev. For. vol. 198, pág. 24).

O Anteprojeto, embora não chegue a êste extremo de equiparar o erro de direito ao erro de fato, empresta acentuados efeitos ao primeiro, estabelecendo em seu art. 19: "A pena pode ser atenuada, substituída por outra menos grave ou mesmo excluída quando o agente, por escusável ignorância ou erro na interpretação da lei, supõe lícito o fato".

A exemplo dos Códigos norueguês de 1902, suiço, iugoslavo e grego, faz-se, assim, do erro de direito uma causa de livre atenuação de pena ou de facultativo perdão judicial, o que entretanto só ocorrerá quando o erro fôr escusável.

A regra do Anteprojeto abre, sem dúvida, mais uma brecha do velho princípio do "error iuris" caminhando desta forma de acordo com o que já Costa e Silva assinalava como a tendência do Direito Penal moderno (Cód. Penal I e 128). Mas, sob o prisma lógico o dispositivo ainda se reveste de imperfeição. Se o erro é escusável e excluída fica a consciência da antijuridicidade, bem como a possibilidade de tal consciência que integra a culpa em sentido estrito, nenhuma pena, a rigor, poderia ser imposta, ante o princípio do "nulla poena sine culpa".

Só nas hipóteses de erro inescusável é que se justificaria a punição, e assim mesmo atenuada.

11. — CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Não contém o Anteprojeto uma definição de crime consumado. Embora o conceito de consumação seja de acentuada relevância para estabelecer o limite máximo do delito tentado, seguiu-se o critério das mais modernas legislações penais, de definir somente a tentativa, deixando implícita a noção de crime consumado.

Tal orientação do Anteprojeto é das mais acertadas. Todas as fórmulas legislativas, que pretendem fixar o conceito de crime consumado revelam-se tautológicas e insuficientes.

Na verdade, definir formalmente a consumação, como faz o Código atual, dizendo que ela se caracteriza quando no crime se reúnem todos os elementos da definição legal, equivale a afirmar que a consumação nada mais é do que a conformidade do tipo legal, exigência a que também está sujeita a tentativa ante o dogma do "nulum crimen sine lege". Também no crime tentando reúnem-se todos os elementos de uma definição legal, não obstante seja esta fornecida pela conjugação da definição do crime em espécie com o dispositivo genérico que lhe amplia o alcance, declarando também punível o seu comêço de execução, a que não se segue o resultado típico lesivo ou perigoso. Consoante a observação de Orestes Araújo, como forma jurídica expressamente prevista pela lei, com sua própria objetividade, a tentativa também tem a sua consumação, por ajustar-se a um tipo acessório, com que quer se proteger o objeto jurídico do delito de uma lesão de menor grau (La Tentativa, 209). As definições formais da consumação, por isto mesmo, não dão a idéia do contraste entre o crime consumado e o crime tentado, sendo, por conseguinte defeituosas.

Igualmente não satisfaz o critério material, que faz a consumação residir na lesão ao bem jurídico tutelado por lei. Embora seja exata a afirmação de Vannini, de que tanto nos crimes materiais, quanto nos formais, o momento consumativo ocorre no instante em que se verifica o evento vedado pelo preceito, evento que caracteriza a objetividade jurídica do próprio delito ((II Problema Giurídico del Ten-

tivo, 15), não é menos certo que a verificação do resultado lesivo ou perigoso, característico do crime, nem sempre acarretará a sua consumação. É que o resultado pode ocorrer, sem que possa ser imputado ao sujeito. Se alguém, munido de uma faca com o propósito de matar, desfere golpes em outrém, vindo êste a falecer em seguida pela ação de veneno que antes ingerira, o delito de homicídio não se terá consumado, por falta de relação causal, não obstante a verificação do resultado morte pretendido pelo agente. Basta isto para evidenciar que não é cabível, genéricamente, definir o crime consumado como o que acarreta o resultado que lhe é próprio.

Por outro lado, a dificuldade de reduzir o conceito de consumação à uma fórmula legislativa acentua-se por ser impossível fixar os seus contornos objetivamente. A existência da tentativa ou do crime consumado subordina-se muitas vezes a fatores subjetivos. Uma mesma ação, objetivamente encarada, tanto poderá constituir uma tentativa de homicídio como um crime consumado de lesões corporais, dependendo do dolo que a informa.

Nem resolve a dificuldade a fórmula preconizada por Carnelluti, de fazer consistir a "consumação na coincidência entre a forma e a intenção, ou com maior precisão, no alcance do escopo mediante a forma". (Teoria Generale del Reato, 304). O delito pode estar consumado sem que o sujeito alcance os fins que visava. Consumação não se confunde com exaurimento. Desde que a ação alcance a objetividade jurídica que constitui o título especial de determinado delito, na feliz expressão de Carrara (Programa, § 226), o crime estará consumado, pouco importando que o agente obtenha ou não os fins que pretendia alcançar. Assim, o furto consumir-se-á com a simples subtração ainda que o seu autor não venha dar à coisa móvel a destinação que desejava.

Todos êstes obstáculos não podem ser superados na conscição de um artigo de lei, de sorte que o melhor critério é, efetivamente, o de não definir legislativamente o crime consumado, o que, de resto, é perfeitamente dispensável, tendo-se em vista que, na parte especial dos Códigos, os crimes são descritos como consumados. Por isto, conforme o ensinamento de Asúa, "na definição de cada um dos delitos, é que vem descrito o crime consumado, verificando-se o momento consumativo quando o tipo legal se realiza". (La Ley y el Delito, 528).

Apenas é indispensável a conceituação da tentativa, a fim de que se amplie o âmbito do tipo legal e possam ser punidas também as ações que representem a execução incompleta do delito.

O Anteprojeto assim define o crime tentado, em seu art. 15: "quem, com o fim de cometr um crime começa a sua execução, com atos idôneos e inequívocos, mas não venha a consumá-lo por circunstância independente de sua vontade, será punido pela tentativa, com

a pena correspondente ao crime, diminuída de um terço até a metade”.

Melhor teria sido que se conservasse a fórmula atual, tanto são os defeitos que se nos afiguram na nova.

Em primeiro lugar, não se justifica que se exija o fim de cometer o delito para a configuração da tentativa, a exemplo do que fazia o Código Penal de 1890. Com isto impede-se a punição dos crimes tentados praticados com dolo eventual muito embora não haja qualquer incompatibilidade entre ambos. Nos casos em que o delito possa ser cometido com dolo eventual — observa Mezger — êste basta para a tentativa, pois a diferença entre a tentativa e a consumação está na característica objetiva da não produção do resultado, enquanto que, no que concerne ao dolo sôbre o ato, ambas coincidem. (Tratado, II, 220). Idêntico é o pensamento de Petocelli, quando ressalta que, da mesma forma que em relação ao delito consumado, haverá tentativa, não apenas quando o evento seja visado pelo agente, como escôpo de sua ação (Dolo Direto), mas ainda quando, embora não visado o evento haja sido previsto como necessariamente conexo ao resultado efetivamente desejado, ou ainda que não haja sido prevista a possível verificação e o agente, não obstante, tenha agido com risco de ocasionar outro evento, além do querido, isto é consentindo em sua verificação (dolo eventual) (II Delito Tentato, 37).

Em segundo lugar, a referência expressa a atos inequívocos, no conceito de tentativa, importa na adoção do antigo critério da univocidade para distinguir entre os atos preparatórios e executivos, critério inteiramente deficiente, porque transfere o problema do conteúdo do delito para uma questão de prova. O próprio Carrara, que foi o seu maior adepto, repudiou posteriormente a teoria da univocidade, qualificando-a de muito empírica e, por conseguinte falaz.

Entendemos, como Frank, que uma fórmula de absoluto rigor para distinção entre os atos executivos e preparatórios não se conseguiu até agora e nem sequer é possível. Daí a inconveniência de se pretender fixá-la em dispositivo de lei. A tarefa deve permanecer a cargo da doutrina, permitindo-se ao juiz a conjugação dos princípios que lhe pareçam mais apropriados para solucionar o caso concreto.

12. — DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA

Além dos reparos que merece a definição de tentativa contida no art. 15 do Anteprojeto, por haver incluído entre os seus requisitos o fim de cometer o delito e a inequivocidade dos atos, parecemos inteiramente desacertada a manutenção da referência do caráter casual da não consumação.

Mencionando que a não consumação do crime deve decorrer de circunstâncias independentes da vontade do agente, faz-se da de-

sistência voluntária e do arrependimento eficaz causas de exclusão do crime tentado, por atipicidade. A conduta, sempre que a consumação não sobrevenha pela própria vontade do agente, é insubsunível na fórmula do crime tentado pela falta de um de seus elementos essenciais.

Como ressalta José Frederico Marques, em comentário ao Código atual, inteiramente aplicável ao Anteprojeto, ao se dizer que "só existe tentativa se o agente depois de iniciada a execução não consuma o crime por circunstâncias alheias à sua vontade, está implicitamente admitido que se a não consumação ocorrer, por ato voluntário de quem iniciou o processo executivo do delito, inexistirá crime tentado". (Curso II, 295).

Mas, considerar a desistência voluntária e o arrependimento eficaz como formas de se extinguir a tentativa, além de contrariar à natureza daqueles institutos, é altamente pernicioso do ponto de vista da defesa social.

A desistência voluntária é o arrependimento eficaz são meras causas de isenção da pena, ditadas por razões de política criminal. Com a promessa da impunidade, a título de crime tentado, àqueles que depois de iniciada a execução do crime desistam de continuá-lo, ou, apesar da prática de todos os atos executivos, impeçam a superveniência do resultado consumativo, visa-se um fim utilitário, como seja o de procurar evitar o mal maior, isto é a consumação, incentivando o delinquente a uma renúncia ao prosseguimento do crime. Constrói-se, segundo a conhecida expressão de Von Liszt, uma ponte de ouro para a retirada do agente, que já era susceptível de pena. (Tratado III, 20).

Só esta razão utilitária é que pode, na verdade, fundamentar a isenção de pena em tais hipóteses. Não apaga a desistência voluntária ou o arrependimento eficaz a ilicitude dos atos executivos anteriores nem a culpabilidade que os informou. A tentativa uma vez acontecida, proclama-o o próprio Hungria, "não pode ser suprimida retroativamente, pois *factum infectum fieri nequit*" (Coment. I, 266). Também Anibal Bruno observa que, não obstante a desistência ou o arrependimento, o fragmento do crime realizado é exatamente, o mesmo, do que se apresenta quando a não consumação é casual. (Direito Penal, 623). E é êste o pensamento dominante na doutrina moderna. Ora, se a desistência voluntária e o arrependimento eficaz são causas de exclusão de pena, não cabe mencionar, na definição do crime tentado, que a não consumação deve decorrer de circunstâncias independentes da vontade do sujeito, elevando-as a verdadeiras causas de atipicidade. Basta que em dispositivo distinto venha expressa a isenção da pena à tentativa em que ocorra um daqueles fatôres. E o Anteprojeto, declarando no parágrafo único do art. 75, que "o agente que, voluntariamente, desiste de

prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos praticados", já adota tal critério, o que torna mais inexplicável a referência ao caráter casual da não consumação, na regulamentação do crime tentado. Só nos Códigos que não contém qualquer regra específica a respeito da desistência ou do arrependimento é que se justifica a cláusula em aprêço, a fim de que por meio dela se alcance a impunidade em tais casos.

A consequência mais grave de considerar-se a desistência e o arrependimento como causas de atipicidade da tentativa, reside, porém, em tornar comunicáveis tais circunstâncias, com a isenção de pena também aos co-autores que não hajam renunciado ou impedido a consumação. O instigador ou mandante do homicídio seria beneficiado por ter o executor material abandonado voluntariamente a execução já iniciada do delito. Como a desistência impediria adequar a conduta do último à definição de crime tentado do Anteprojeto, é óbvio que os efeitos de dita inadequação teriam alcance geral. Ao não se configurar o fato típico que a lei descreve, diz Jimenez Huerta, "ficam também impunes os atos de instigação e cumplicidade que houvessem realizado outras pessoas em torno da ação desistida" (La Tipicidad, 288).

Esta extensão da impunidade aos partícipes que não desistiram nem se arrependeram eficazmente é indefensável. O benefício legal só deve abranger o partícipe que haja renunciado ou impedido a consumação do crime já iniciado. Só este faz jus ao prêmio de não ser punido. Vannini, depois de acentuar que a desistência e o arrependimento só produzem efeitos em relação às pessoas a que se referem, figura as seguintes hipóteses e suas respectivas soluções: a) se a desistência voluntária do executor material encontra a sua causa na renúncia do co-partícipe, ambos serão beneficiados; b) se a desistência ou arrependimento do executor material, não se originam da útil renúncia do co-autor, só aquele se beneficiará; c) se o co-autor arrependido (o instigador, por exemplo) consegue interromper a ação executiva ou impedir o evento, só a êle aproveitará a desistência ou o arrependimento. O executor material responde pela tentativa. (II, Problema, 117).

A incomunicabilidade das eximentes em questão é igualmente sustentada por Von Liszt (Tratado, III, 24) Mezger (Tratado II, 24), Soler (D. Penal II, 210), Maggiore (D. Penal, I, II, 552) Manzinni (D. Penale II, 457), Bettiol (D. Penale, 390), e Sabatini (Instituciones, 392) entre outros. No Brasil, Anibal Bruno (ob. cit. 624) e Costa e Silva (Cod. Penal, I, 95) também defendem a incomunicabilidade da desistência e do arrependimento, embora este último reconheça que nos Códigos que aludem ao caráter casual da não consumação, na definição de crime tentado, "com a desistência, isto é não sendo a suspensão resultante de circunstâncias alheias à vontade do agente, não existe tentativa. Os co-participantes não poderão ser responsa-

bilizados criminalmente, pois o crime não se verificou". (ob. cit. I, 87).

Para que a incomunicabilidade prevaleça pacificamente em nosso Direito Penal, seria aconselhável excluir do texto a locução "por circunstâncias independentes de sua vontade", a exemplo do que ocorreu com o Código Rocco, que não reproduziu idêntica expressão que figurava no Código Zanardelli. Aliás os Códigos da Alemanha, Noruega, Japão, Polônia, Equador e Suíça, também não mencionam tal requisito, embora mantendo a exigência do comêço de execução que o Código italiano pretendeu abolir.

Com tal supressão, afirmamos em trabalho anterior, "prevalecerá o benefício visado (da isenção de pena para o co-autor que desiste ou se arrepende), sem o inconveniente de possibilitar que a impunidade se estenda aos demais concorrentes, uma vez que a desistência voluntária e arrependimento eficaz não mais impediriam o reconhecimento do crime tentado, passando a constituir circunstâncias de caráter estritamente pessoal, sem qualquer reflexo sobre a objetividade do crime tentado" (Da Tentativa no Código Penal Brasileiro, 144).

13. — O CONCURSO DE AGENTES

Nenhuma inovação contém o Anteprojeto de Código Penal, no setor da co-autoria, a não ser a reunião, sob um único título das regras que a definem e que estabelecem a incomunicabilidade das circunstâncias pessoais com os dispositivos que tratam das agravantes e atenuantes particulares à co-delinquência.

Repete-se no art. 33 a redação do atual art. 25, pela qual "quem de qualquer forma concorre, para o crime incide nas penas a êste cominadas", com a adoção plena da teoria monística ou unitária, corolário do princípio da equivalência dos antecedentes, informativo da regra sobre a causalidade física, e que não permite distinguir, no que toca a imposição da pena, entre autor e cúmplice. Também é reproduzida a disposição de que não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares ao crime, acentuando-se ainda, no § 1.º do citado art. 33, que "a punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros".

A agravação da pena para o co-autor que "promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes" e para o que "determina a cometer o crime alguém sujeito a sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal" é estatuída no § 2.º do mesmo artigo, com termos análogos aos do atual art. 45.

Por outro lado, mantêm-se, no § 3.º, a norma de que "se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, a pena

em relação a êle, é diminuída de um terço até a metade, não podendo entretanto ser inferior ao mínimo da cominada ao crime". de que o moderno Direito Penal deve se livrar.

Ora, tal punição, decorrente da simples causalidade material, outra coisa não é do que pura responsabilidade objetiva, anacronismo

Sob êste último aspecto o Anteprojeto não merece aplausos. A responsabilidade do co-autor embora com pena atenuada, pelo crime mais grave, de que não quis nem consentiu participar, contravém a exigência de que o agente concorra ao crime com dolo, para que a êsse título possa ser punido. Se a vontade do sujeito cingia-se a um crime de menor gravidade, só será possível responsabilizá-lo pelo crime maior, pelo nexos da causalidade física que possa existir entre a sua atuação e o resultado efetivamente ocorrido.

A fonte do dispositivo em questão é, aliás, o art. 116 do Código Rocco, de inspiração nitidamente fascista, sendo indisfarçável a responsabilidade objetiva que decorre de sua aplicação, como observam entre outros, Vannini (II, Codice Penale I, 516), Florian (D. Penale I, 718), Bataglini (D. Penale, 457), e Antolisei (Manuale, 306). O último afirma que esta disposição foi bastante combatida durante os trabalhos preparatórios, porque pareceu em contraste com os princípios gerais acolhidos pelo Código sobre a responsabilidade, e é, sem dúvida uma das normas mais drásticas da legislação penal em vigor. (ob. cit. 305).

Entre nós, o Código de 1940 foi bastante censurado por haver seguido o critério da legislação italiana. Acentuava já Costa e Silva, em seus comentários, que "o art. 116 do Código italiano tem dado lugar às mais sérias dúvidas. Também a atenuante especial de nosso Código — prossegue — nos apresenta problemas de árdua solução. Diante dêle, como resolver a seguinte hipótese: O criado de uma casa fornece a um ladrão as chaves da porta de entrada, para que êste aí pratique um furto. O ladrão porém pratica um estupro. De acôrdo com o parágrafo único, responderá o criado pelo crime mais grave (o estupro) sendo a pena diminuída, mas sempre acima do mínimo. Como justificar essa responsabilidade por um crime não querido? No chamado "excessus mandanti", pode o mandante ser responsabilizado pelo crime mais grave? Trata-se de uma responsabilidade que só pode estribar na causalidade material". (C. Penal, 286). Basileu Garcia, embora entenda que em hipóteses semelhantes à do exemplo formulado, o sujeito não responderia pelo crime de estupro, por ausência de dolo, acentua também que "é admissível a possibilidade que os autores do projeto de nosso Código, descuidando-se do conceito legal de dolo já assentada e esquecendo que haviam tomado posição contrária à responsabilidade objetiva, tiveram em mira alcançar nesse parágrafo, casos como o do exemplo". (Instituições, I t. II, 485).

Mais recentemente, ressalta Anibal Bruno que o Código "não

reclama, para a responsabilidade pelo fato mais grave, que êste caia dentro da culpabilidade do outro concorrente, que seja alcançado pela sua consciência e vontade ou pela sua previsão com anuência. Não se exige nada de subjetivo de sua parte em relação ao fato como realmente se cometeu. Basta que êle se inclua na causalidade material desencadeada pelo seu gesto. O mandante que encomenda o espancamento de seu adversário responde pelo homicídio que resulta, como excesso, do cumprimento do mandato, mesmo se êle não se inclui no seu dolo, porque não o previu nem aceitou o risco que êle ocorresse". (D. Penal I, t. III, 134).

Tôdas estas críticas podem ser reproduzidas em relação ao Anteprojeto, muito embora procurem alguns negar que exista, no caso, responsabilidade objetiva, sob o fundamento de que a punição do partícipe dissensciente se subordina a previsibilidade de ser cometido o crime mais grave, que esteja na linha de desdobramento causal da atividade para a qual contribui. Tal orientação não pode ser acolhida, uma vez que o Código, assim como o Anteprojeto, satisfazem-se com a existência da simples relação causal. Ademais, sendo a imprevisão do fato previsível a característica da culpa em sentido estrito, não poderia ela justificar a punição por crime doloso.

O critério mais acertado para uma legislação penal, que efetivamente se baseie no princípio da culpabilidade, é o de exigir, na co-autoria, sem exceções que todos os que cooperam, com consciência e com vontade, no mesmo fato, seja culpáveis quanto ao conjunto do acontecimento punível, respondendo pelo excesso apenas o executor. Esta é a orientação vitoriosa na doutrina alemã, na qual a não responsabilidade pelo excesso de outrem, é defendida por Mezger. (Tratado, II, 293), Welzel (D. Penal, 122) e Sauer (D. Penal, 328).

Se a punição subordina-se à culpabilidade, lógicamente o partícipe, que não quis nem consentiu em participar do crime verificado, tendo orientado a sua atuação para delito de menor gravidade, só deve sofrer as penas do delito mais leve correspondente ao dolo com que procedeu.

Melhor teria sido, se o Anteprojeto, em lugar de repetir a regra do atual art. 48, parágrafo único houvesse adotado o critério do projeto Soler, que em outros pontos lhe serviu de fonte. Êste, em seu art. 30 acertadamente estatui: "si um partícipe no quiso contribuir sino a un hecho menos grave que el cometido, la pena será aplicada solamente en razón del hecho al que entendia contribuir".

14. — CONCURSO DE CRIMES

Ao tratar do concurso de crimes, o Anteprojeto não segue o sistema atual de distinguir entre concurso material e concurso formal, com a acumulação das penas no primeiro caso e exasperação da mais grave no segundo. Dando às duas hipóteses um tratamento unitário,

estabelece o art. 61, que "quando o agente mediante uma só ou mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes idênticos ou não, as penas privativas de liberdade devem ser unificadas. Se as penas são da mesma espécie a pena única é a soma de tôdas; se de espécies diferentes, a pena única é a mais grave, mas com o aumento correspondente à metade do tempo das menos graves".

A soma das penas ou o seu aumento, assim, não mais decorrerá da pluralidade ou unidade da ação, traços característicos do concurso real e do concurso ideal respectivamente, mas da identidade ou diversidade das penas privativas de liberdade cominadas aos crimes praticados.

Nem mesmo se leva em conta, para somar ou somente aumentar a sanção, se os diversos crimes resultaram de um único desígnio ou de desígnios diversos, com o que se equipara a situação de quem comete dois delitos dolosos com a de quem pratica um crime doloso e outro culposo, mediante uma única ação.

Abandona-se, desta maneira, qualquer consideração quanto à forma de culpabilidade, para fazer depender a acumulação ou exasperação unicamente de um fatôr objetivo, estranho a estrutura do crime, como é a espécie da pena.

Superior, sem dúvida alguma, seria o critério de aplicar cumulativamente as penas quando as infrações, praticadas mediante uma ou mais ações, sejam dolosas e de agravar a pena mais grave nos casos de concurso de crime doloso com crime culposo e de delitos culposos.

Certo que não se leve em conta, para somar as penas, somente a pluralidade de ações. Se os dois crimes concorrentes foram dolosos, é indiferente que tenham sido cometidos com uma única ou com várias ações. Como ressalta Anibal Bruno, se o agente queria os dois resultados diversos, não importa que tenha morto um de seus adversários e ferido gravemente o outro ou morto ambos com um só ou com dois tiros sucessivos. Há realmente aí dois homicídios, ou um homicídio e um fato de lesão corporal de natureza grave ou de tentativa de homicídio, mesmo com unidade de processo executivo da ação (D. Penal, 671). Mas, o que o Direito Penal não pode deixar de considerar é a diferença que existe entre casos como o acima figurado e os de concurso de crimes, em que só um dos delitos é querido ou consentido pelo agente. Nestes o tratamento terá que ser mais benéfico que naqueles, não se justificando que em ambos as penas possam ser cumuladas. Se só um dos crimes foi doloso, impõe-se que só por êle seja responsabilizado o agente, funcionando os demais resultados típicos concorrentes, como condições de maior punibilidade.

Por não ter atendido a êstes fatôres, o critério do Anteprojeto, parece-nos inaceitável e mesmo incompatível com a doutrina imperante, que subordina a acumulação das penas ou a simples exaspera-

ção da mais grave à pluralidade ou unidade de desígnios, elemento muito mais científico do que a diversidade ou identidade da pena dos crimes concorrentes.

Quanto ao crime continuado, que, em última análise se aproxima do concurso de crimes, o Anteprojeto, em seu art. 12 reproduz a forma atual, estatuinto que "quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser considerados como continuação do primeiro, impõe-se-lhe, quanto as penas privativas de liberdade, uma só entre elas, se idênticas ou a mais grave se diversas, aumentada em qualquer caso de um sexto a dois terços".

Continua-se assim a seguir a teoria objetiva pura, pela qual a continuidade deve ser deduzida de características externas das ações, prescindindo-se da unidade de desígnios. Basta uma conexão temporal e local e uma semelhança na maneira de execução para que os diversos crimes da mesma espécie sejam considerados como uma unidade. Mas, como tais fatores são imprecisos, mormente os que concernem às circunstâncias de tempo, persistirá se o dispositivo vier a prevalecer no novo Código, o inconveniente já revelado na aplicação do atual, de considerar como delito continuado, crimes originados de resoluções diversas e separados por intervalo de tempo mais ou menos considerável. Bastará que haja unidade de sujeito ativo e que os delitos sejam da mesma espécie, para que, na prática, prevaleça a conclusão de que se trata de crime continuado, já que o requisito da semelhança da execução é muito elástico e via de regra decorre da própria identidade dos crimes, até porque, se os delitos devem ser da mesma espécie, vale dizer enquadráveis em único tipo, difícil será conceber a sua execução, pela mesma pessoa, de maneira completamente diversa.

Mais segura é a teoria mista, que além do vínculo decorrente das circunstâncias externas, exige que o caráter unitário dos diversos crimes dependa também, de uma atitude psicológica unitária, representada pela existência de um só desígnio que, de início, unifique todo o processo delituoso. Os diversos delitos semelhantes devem decorrer de uma resolução única, ou como quer Welzel de um dolo unitário e homogêneo, que deve compreender de antemão o conjunto das ações praticadas (D. Penal, § 25).

É certo que a pesquisa desta unidade de desígnios não é fácil. Certamente, porém, não apresentará maiores dificuldades do que as indagações das circunstâncias de fato requeridas pelos objetivistas. E se os problemas de prova se equivalem, preferível será a orientação que empreste ao instituto do crime continuado uma estrutura mais técnica, o que inegavelmente faz a orientação mista.

Na verdade só é possível afirmar que um crime tenha sido continuação de outro, quando haja uma unidade psíquica entre as ações

sucessivas, representada por uma resolução antecedente e total. Se a vontade criminosa surgiu em ocasiões diversas, não se pode dizer que as ações praticadas representem um crime único e merecedor de uma única pena. Acertada é a observação de Aníbal Bruno de que não bastaria para reduzir os vários fatos sucessivos a uma só figura delituosa simples elementos circunstanciais de tempo, lugar, modo de atuação e outros. Se essas circunstâncias valem para unificar os diversos movimentos delituosos é, no fundo, pelo que elas contém em si mesmas de expressivo de uma só resolução total do agente (ob. cit. 679).

15. — AS PENAS PRIVATIVAS EM LIBERDADE

Como no Código atual, o Anteprojeto inclui entre as penas principais, a reclusão e a detenção, mas empresta-lhes nova regulamentação.

Começa-se por declarar taxativamente a função finalística das penas privativas de liberdade estatuidas no art. 35 que "a pena de reclusão e a de detenção, aquela sob regime mais rigoroso que esta, são cumpridas em estabelecimentos separados ou em secções especiais do mesmo estabelecimento, e devem ser executadas de modo que exerçam sobre o condenado uma individualizada ação educacional, no sentido de sua gradativa recuperação social.

Esse relêvo conferido à prevenção especial, não é incompatível, como à primeira vista pode parecer, com o sentido retributivo da pena, inerente a todos os sistemas de Direito Penal que se fundam no princípio da culpabilidade. Embora a essência da punição decorra da violação do dever jurídico de não lesar nem ameaçar bens ou interesses alheios, legitimando-se a pena como a retribuição à tal violação, pode-se, na verdade, conjugar êsse caráter expiatório da sanção penal, com o fim utilitário da recuperação do delinquente. Para isto basta encarar a pena em dois momentos nítidamente distintos: o da cominação e da aplicação e o de sua execução.

Ao estabelecer abstrata e aprioristicamente os limites máximo e mínimo da sanção de cada crime, segundo a importância do bem jurídico tutelado, o Direito Penal confere à pena feição preponderantemente retributiva, pois a gravidade e a quantidade dela serão tanto maior quanto mais valor se atribua ao objeto jurídico do delito. Também na fixação da pena por sentença, prevalece o sentido de retribuição, tendo-se em vista que, na respectiva graduação, se atende sobretudo à extensão da culpabilidade de que se revestiu o delito. Sob êstes aspectos é que se pode afirmar, com Welzel, que a pena está justificada como retribuição de acôrdo com a medida da culpabilidade (Derecho Penal, 234).

No seu momento executório, contudo, a pena deve ser despida dêste sentido meramente expiatório, e orientada finalística-

mente, como meio de recuperação do criminoso sem que com isso o ordenamento jurídico incida em qualquer contradição. O "punitur quia peccatum est et ut ne peccetur", proclamado pelas teorias mistas a respeito dos fundamentos e fins da pena, é idéia há muito vitoriosa no Direito Penal e na Ciência Penitenciária, até porque, conforme Magalhães Noronha "uma coisa é afirmar o conceito da pena e outra o seu fim. A pena é retribuição, é privação de bens jurídicos imposta ao criminoso em face do ato praticado... todavia já não se admite exclusivamente a sanção como retributiva — o mal da pena ao mal do crime — mas tem-se em vista a finalidade utilitária, que é a reeducação do indivíduo e sua recuperação (Direito Penal I, 278, 279).

Andou bem, portanto, o Anteprojeto, ao incluir uma norma expressa a respeito da finalidade prevalente da pena, matéria que, por sua relevância não deve ficar ao sabor das convicções filosóficas pessoais dos diretores dos estabelecimentos penitenciários.

Outra inovação preconizada concerne ao sistema penitenciário a ser adotado.

Neste setor o Anteprojeto não segue o sistema progressivo atual, com as suas quatro fases clássicas, de isolamento celular inicial, trabalho em comum no estabelecimento celular, transferência à colônia penal e livramento condicional.

Suprime-se o período inicial de reclusão absoluta, tido por alguns como destinado à meditação e ao arrependimento pela prática do crime e encarado por outros como fase reservada ao estudo da personalidade do sentenciado, para a melhor individualização do tratamento penitenciário. Nenhuma destas finalidades justifica o isolamento total nem por êste é alcançada. A segregação completa durante o dia e a noite nada mais é que resquício do sistema filadélfico, introduzido na Pensilvânia pelos "quakers", sob o influxo de idéias religiosas, de depuração da alma pelo remorso.

A transferência para colônia penal é substituída pela internação em estabelecimento penal aberto, com regime de semi-liberdade, que segundo o art. 37, § 1.º, pode ser uma fase da execução das penas privativas de liberdade, precedendo à concessão do livramento condicional, posto que o condenado tenha demonstrado bom comportamento e readaptabilidade social.

Quanto ao livramento condicional, o Anteprojeto o faculta para os condenados a penas superior a dois anos, preenchidos os mesmos requisitos exigidos pelo Código vigente. Com esta redução do tempo da condenação de três para dois anos, já preconizada por projeto em andamento no Congresso Nacional, visa-se abolir o ilogismo da legislação vigente, que não permite ao condenado a pena superior a dois anos, mas que não atinja a três, a obtenção da liberda-

de condicional, muito embora também não lhe caiba direito ao "sursis".

Em linhas gerais, assim, a nova regulamentação das penas privativas de liberdade é superior à atual e segue também um sistema progressivo, embora diverso do chamado sistema irlandês, adotado, com pequenas variações pelo legislador de 1940.

Merece especial destaque a introdução dos estabelecimentos penais abertos no regime penitenciário. Estes estabelecimentos têm sido aconselhados como verdadeiramente úteis para preparar o retorno do delinquente à vida social. Em Congresso de Ciência Penitenciária realizado em Haia, no ano de 1950, foram apresentados dez trabalhos a respeito, todos êles ressaltando os resultados satisfatórios obtidos nas instituições abertas. Caracterizam-se elas pelo regime de semi-liberdade que se permite ao condenado. Durante o dia pode êle trabalhar externamente sem qualquer vigilância, retornando à noite para o estabelecimento. As fugas são raras porque os internados estão próximos do livramento condicional e já demonstraram bom comportamento anterior e readaptabilidade social. Como ressalta Pierre Canat, êste sistema de semi-liberdade assinala a natural evolução da Penologia, que, das penas corporais passou à privação de liberdade e desta tende a chegar à semi-liberdade.

Nestes mesmos estabelecimentos penais abertos, segundo o art. 37 do Anteprojeto, facultativamente poderiam ser cumpridas as penas não superiores a cinco anos, impostas à condenados primários, de nenhuma ou escassa periculosidade. A providência é de alto alcance, pois evita os notórios malefícios das penas de curta duração, impostas a delinquentes ocasionais e não perigosos, penas estas que não permitem, pela escassez do tempo, qualquer tratamento penitenciário, servindo, muitas vezes, para aumentar o estado de corrupção do condenado pelo contágio com criminosos mais perigosos dentro do cárcere.

A existência de tais estabelecimentos é, porém, facultativa. A realidade brasileira não permite que se exija de todos os Estados da federação a respectiva construção e seria intolerável que o Anteprojeto incidisse no mesmo êrro do Código atual, de prever uma série de tipos de estabelecimentos penais, que nunca chegaram a existir, na maioria dos Estados, não obstante já haverem decorrido duas décadas de sua implantação legislativa.

16. — A PENA DE MULTA

Acentuada é a tendência do Direito Penal e da Ciência Penitenciária contemporânea de fazer uso, cada vez mais largo, das penas patrimoniais.

No Congresso Penitenciário de Londres, foram ressaltadas as

vantagens que elas apresentam sobre as penas privativas de liberdade.

A multa, efetivamente, permite uma individualização mais perfeita, em que se leva em consideração nem só fatores atinentes à culpabilidade à gravidade do crime e à personalidade do réu, como principalmente à sua situação econômica. É também mais aflitiva que as penas que importam em privação de liberdade, por mais paradoxal que isto possa parecer: o sentenciado pode se habituar ao modo de vida da Penitenciária, mas poucos se acostumarão ao desfalque patrimonial, exigido coativamente pelo Estado.

Imposta isoladamente, a pena de multa evita, ainda, os malefícios do encarceramento breve, que nenhum resultado positivo apresenta nem para o réu, que não pode ser recuperado a curto prazo, nem para a coletividade, que deve arcar com o ônus inútil de sua execução. Finalmente, fornecem as penas patrimoniais recursos que o Poder Público pode empregar na melhoria de Estabelecimentos Penais, tal como preconizava Ferri e impõe a atual legislação do sêlo penitenciário.

Sensível a êstes fatores, que já haviam orientado o legislador de 1940, o Anteprojeto de Código Penal, empresta relevante importância à pena de multa, permitindo inclusive, em seu art. 43, que ela seja imposta, ainda quando não esteja expressamente cominada, aos crimes praticados com o fim de lucro ou por cúpidez.

É modificado por outro lado, o critério atual de estabelecer, em quantias fixas, os limites máximo e mínimo da pena de multa. Apesar da faculdade que o Código vigente, concedeu ao juiz de triplicar a importância mencionada na lei, quando, em virtude da situação econômica do réu, a multa se mostre ineficaz, mesmo quando aplicada no máximo, a constante desvalorização de nossa moeda tornou absolutamente irrisórias as multas cominadas em 1940, que nunca podem exceder a cem mil cruzeiros. Para sanar êste inconveniente, o Anteprojeto prefere o sistema de dias multa, já adotado pelos Códigos da Suécia, Finlândia, Dinamarca, Perú e Cuba e aconselhado pelos anteprojetos alemão e argentino. O algarismo do dia multa, estabelece o art. 42, parágrafo único, "é fixado segundo o prudente arbítrio do juiz, devendo êsse ter em conta as condições pessoais e econômicas do condenado; mas não pode ser inferior ao salário mínimo da região, nem superior a Cr\$ 5.000,00".

Um reparo deve ser feito, desde logo, ao critério da fixação da quantia máxima do dia multa: se o mínimo é estabelecido tendo-se em vista o salário mínimo diário da região, também o máximo deveria a êste ser vinculado e, em lugar de mencionar cinco mil cruzeiros, o dispositivo devia referir-se ao décuplo do salário mínimo diário da região. O legislador não pode ser tão otimista a ponto de

supôr que, com um nôvo Código Penal contenha-se o processo inflacionário em que vivemos. Prosseguindo êste em seu ritmo atual, o que, evidentemente ninguém deseja, poderia, dentro em pouco, o limite mínimo estabelecido aproximar-se e até ultrapassar o limite máximo do algarismo do dia multa.

Outra inovação importante está contida no art. 44, segundo o qual as penas privativas de liberdade, impostas a criminosos primários de escassa periculosidade, desde que não excedam à três meses podem "ser substituídas por multa, ou esta pode ser a única aplicável, quando cumulativa ou alternativamente cominada com detenção não superior a três meses, se é de esperar que a multa baste para servir de advertência ao condenado. Na conversão, a cada dia de detenção corresponde um dia multa".

Esta multa substitutiva, ao lado da suspensão condicional da pena, apresenta-se, pois, como sucedâneo das penas privativas de liberdade de curta duração, cujos inconvenientes são por todos reconhecidos. Não há a temer que a sua aplicação venha frouxar a repressão penal. Reserva-se a multa substitutiva para os crimes de menor gravidade, notadamente culposos, como o próprio limite de três meses, mencionado pelo artigo, está a indicar. A sua adoção ademais, é facultativa e fica ao prudente arbítrio do juiz, que em cada caso concreto terá que observar os pressupostos estabelecidos pela lei e se convencer da suficiência da multa para advertir o condenado e afastá-lo da reincidência.

Mas, talvez o aspecto de maior importância na regulamentação da pena de multa, seja o da sua conversão em pena privativa de liberdade. Tal medida já repudiada na União Internacional de Direito Penal, pelas vozes autorizadas de Von Hammel e Von Liszt, que a consideravam como uma iniquidade contra os pobres, entre nós chegou a ser expressamente proibida pela Constituição de 1934. Representa ela, contudo, o meio mais adequado de que dispõe a Justiça para evitar que a multa perca tôda sua eficácia intimidante, quando impossível cobrá-la ou quando se lhe fruste o pagamento. Daí a conveniência de mantê-la, para casos extremos, critério adotado pelo Anteprojeto que, como o Código atual, só a permite quando o condenado insolvente é reincidente, ou, se primário quando é solvente e frustra o seu pagamento. Antes de chegar a conversão, porém, facilita-se de todos os modos o pagamento da pena pecuniária, permitindo-se seja feito em parcelas mensais ou mediante desconto da quarta parte do salário carcerário, quando imposta cumulativamente com pena privativa de liberdade. Além destas providências, já contempladas pela legislação em vigor, permite o Anteprojeto, inspirado no Projeto Soler, que o pagamento da multa seja feito mediante prestação de trabalho. Neste sentido, estatui o art. 46: "Se o condenado é insolvente, mas possui capacidade laborativa,

pode ser-lhe permitido o resgate da multa mediante prestação de trabalho livre em obras públicas ou indústria dirigida pelo Govêrno, entidade autárquica ou sociedade de economia mista”.

Só quando a multa não possa ser cobrada por qualquer destas formas, é que o juiz operará a conversão, na base de um dia de detenção para um dia multa, até o máximo de um ano. Reproduz-se, por outro lado, a regra de que a conversão é revogada se, a qualquer tempo, o condenado paga a multa ou lhe assegura o pagamento mediante caução real ou fideijussória.

Curitiba, março de 1963.