

especial

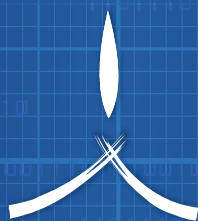
revista

Liberdades

Revista Liberdades - Edição Especial - Reforma do Código Penal



PDF
interativo
saiba como navegar



IBCCRIM

EXPEDIENTE

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

DIRETORIA DA GESTÃO 2011/2012

Presidente: Marta Saad

1º Vice-Presidente: Carlos Vico Mañas

2º Vice-Presidente: Ivan Martins Motta

1ª Secretária: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

2ª Secretário: Helena Regina Lobo da Costa

1º Tesoureiro: Cristiano Avila Maronna

2º Tesoureiro: Paulo Sérgio de Oliveira

Assessor da Presidência: Rafael Lira

CONSELHO CONSULTIVO:

Alberto Silva Franco, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Sérgio Mazina Martins e Sérgio Salomão Shecaira

2

revista
Liberdades

Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Coordenador-chefe:

João Paulo Orsini Martinelli

Coordenadores-adjuntos:

Camila Garcia da Silva; Luiz Gustavo Fernandes; Yasmin Oliveira

Mercadante Pestana

Conselho Editorial da Revista Liberdades

Alaor Leite

Alexis Couto de Brito

Cleunice Valentim Bastos Pitombo

Daniel Pacheco Pontes

Giovani Agostini Saavedra

Humberto Barrionuevo Fabretti

José Danilo Tavares Lobato

Luciano Anderson de Souza

ERRO, CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO E CAUSAS DE EXCULPAÇÃO NO NOVO PROJETO DE CÓDIGO PENAL (PROJETO DE LEI 236/2012 DO SENADO FEDERAL)¹.

Alaor Leite

Sumário: I. Introdução – II. Crítica geral: 1. A estranha exposição de motivos; 2. Outras observações gerais – III. Erro, causas de justificação e causas de exculpação: 1. O erro: a) Erro de tipo; b) Erro sobre a pessoa, erro determinado por terceiro e erro na execução; c) Erro de proibição; cc) O erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação como erro de proibição; d) O crime dos índios: 2. Causas de justificação: a) Estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de um direito; b) Legítima defesa; c) Estado de necessidade justificante; d) Princípio da insignificância como causa de justificação: 3. Causas de exculpação: a) Inexigibilidade como cláusula legal de exculpação; c) Coação moral irresistível; e) O crime cometido em estado de embriaguez; f) Excesso não punível nas causas de justificação: 4. Resultado da análise do erro, das causas de justificação e das causas de exculpação no Projeto 236/2012 – IV. Conclusão.

Resumo: O estudo realiza uma análise detalhada do tratamento que o Projeto 236/2012 de reforma do Código Penal oferece ao erro, às causas de justificação e às causas de exculpação, ou seja, às causas que excluem a responsabilidade do sujeito e sentido amplo. Incidentalmente, são formuladas críticas gerais e metodológicas ao mais novo movimento reformador.

Palavras-chave: Reforma do Código Penal – Projeto n. 236/2012 do Senado Federal – Parte Geral – Erro – Causas de justificação – Causas de exculpação

1 * Dedico este estudo à celebração dos 70 anos de dois dos maiores professores de Direito Penal de toda uma geração, **Juarez Tavares** e **Juarez Cirino dos Santos**, estes meus professores e, para a minha honra, amigos, cujos ensinamentos teriam evitado alguns equívocos no atual movimento reformador. Desejo aos dois força para, vez mais, insurgirem-se contra esse mais novo ataque à ciência do Direito Penal.

Abstract: This study provides a detailed analysis on the treatment that criminal code bill number 236/2012 gives to error, causes of justification and exculpation, that is, to causes that exclude subject's culpability and wide range. In this fashion, general and methodological criticism is drawn in relation to this new reform.

Key words: Criminal Code Reform, Federal Senate bill number 236/2012, general part, error, justification causes, exculpation causes.

I. Introdução

Fazer algo errado no mundo é, em princípio, pior do que omitir algo correto. Essa proposição, à primeira vista uma banalidade, é amplamente reconhecida, tanto no Direito Penal, como na filosofia moral² Em respeito a essa regra, concentrar-me-ei no que o Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal fez de errado e comentarei apenas lateralmente as eventuais omissões³ Naturalmente, os acertos do Projeto serão louvados.

Meu estudo dirigir-se-á, em primeiro plano, ao tratamento do erro (art. 27, *caput* e §§ 1.º e 2.º; art. 35, *caput* e §§ 1.º, 2.º e 3.º; art. 36; art. 89 e art. 90 do Projeto⁴), das causas de justificação (art. 28, *caput* e § 1.º, arts. 29 e 30) e das causas de exculpação (art. 29, parágrafo único; art. 31; art. 32, *caput* e parágrafo único; art. 33, II; art. 37, *caput* e parágrafo único). Enfim, cuidarei das causas que excluem a responsabilidade do sujeito em um sentido amplo. Vez por outra será necessário fazer referência a outros dispositivos da parte geral e da parte especial. O fato de a crítica concentrar-se, ao menos nesse primeiro momento, na parte geral do projeto possui duas razões. A primeira é a limitação intelectual deste autor. De fato, não me sinto habilitado para, em curto espaço de tempo, oferecer uma crítica completa, abarcadora de todos os tipos penais contidos na parte especial. A Comissão, ao contrário, considerou razoável o prazo exíguo de sete meses, e aqui já reside uma primeira divergência metodológica⁵ A segunda razão está em um aspecto mais pragmático. A repercussão pública

2 Da perspectiva da filosofia moral cf. MICHAEL MOORE, *Act and Crime*, Oxford, 1993, p. 58 e ss.; da perspectiva do Direito Penal, que se vale dessa regra para resolver os casos de colisão de deveres, ROXIN, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 4. ed., München, 2006, § 16, p. 772 e ss. Dito de outro modo, confeccionar um novo Código Penal prenhe de novos equívocos é mais grave do que omitir a melhora do atual.

3 Uma omissão digna de nota é a recusa do projeto em abrandar as duríssimas regras dos concursos material e formal e do crime continuado, cujos dispositivos continuam idênticos (arts. 86, 87 e 88 do Projeto).

4 A partir de agora, os artigos sem referência expressa constam do Projeto 236/2012.

5 Para ficar apenas com alguns exemplos, o Código Penal de 1969 foi fruto de um trabalho que totalizou 8 anos, conforme informa FRAGOSO, Subsídios para a história do novo Código Penal, *Revista de Direito Penal* 3/7 e ss. O primeiro anteprojeto foi apresentado apenas em 1963, 2 anos após o início dos trabalhos, instituindo-se em um segundo momento várias comissões revisoras (cf. DOTTI, *Casos criminais célebres*, 3. ed., São Paulo, 2003, p. 326 e ss.). Os membros daquela Comissão debatiam mesmo publicamente, em artigos científicos (por exemplo,

dos trabalhos da comissão esteve limitada à parte especial e seus temas polêmicos, como o aborto, a eutanásia, a posse de drogas para consumo próprio⁶ A razão é evidente. As regras de imputação, as causas de justificação ou a dogmática do erro não são boas pautas para os renomados periódicos de alta circulação e nem para um debate televisivo, embora decidam, no caso concreto, entre a absolvição e a condenação de um cidadão. Nesse terreno, o *common sense* não quer e não está em condições de opinar. Este estudo quer preencher essa lacuna⁷

Como o processo legislativo permanece em curso, a atividade científica exerce, ainda nesse momento, um papel preventivo⁸ Início, então, com uma crítica geral (infra, II) e, num segundo momento, passo à análise individual dos dispositivos supramencionados (infra,

o artigo em que **Hungria** responde as críticas que **Fragoso** lhe dirigira, HUNGRIA, Sobre o anteprojeto de novo Código Penal, *Revista da Faculdade de Direito da UFPR* 9/55 e ss., 1961). O próprio Anteprojeto de 1963 foi publicado integralmente na então recém fundada *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nos números 1 e 2. O Anteprojeto que culminou na Lei 7.209/1984 teve início em 1980, e converteu-se em Projeto de Lei 1.656 em 1983, conforme notícia DOTTI, Heleno Fragoso e a reforma penal, *Ciência e Política Criminal em honra de Heleno Fragoso*, Rio de Janeiro, 1992, p. 517 e ss. De fato, “os novos códigos não podem ser feitos às pressas”, FRAGOSO, A reforma da Legislação penal – I, *Revista Brasileira de Direito Penal e Criminologia* 2/55, 1963. Aparentemente, mesmo as aranhas de que falava **Machado de Assis** em seu festejado conto *A sereníssima República* estavam cientes de que se organizar socialmente por meio do estabelecimento de uma ordem jurídica demanda tempo e discussões reiteradas.

6 Esses assuntos foram também os únicos a que fez referência o Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, ao transformar o anteprojeto em Projeto de Lei 236/2012. Na justificativa do encaminhamento, Sarney ressaltou que discorda da comissão no que diz respeito aos três assuntos referidos (Justificação do Projeto de Lei 236/2012, p. 196 e ss.). A opinião do Presidente do Senado reflete bem os assuntos que mais interessam à mídia e às variadas bancadas eleitorais.

7 Em um momento de reforma global, a crítica científica não pode permanecer limitada aos vários e graves problemas dogmáticos que contém o novo projeto. Aspectos metodológicos e político-criminais são participantes obrigatórios do debate. De se lamentar é que a ciência não tenha sido convidada enquanto ainda se confeccionava o Projeto 236/2012. Quem duvidar, observe a composição da comissão que elaborou o natimorto Projeto de 1969 (**Aníbal Bruno, Nelson Hungria, Heleno Fragoso**, entre outros) e, ainda, a comissão que elaborou a reforma da parte geral, em 1984 (**Miguel Reale Jr., Francisco de Assis Toledo, René Dotti**, entre outros), que culminou na vigente Lei 7.209/1984. Ambas as reformas foram notadamente acompanhadas de intensos debates científicos, quase sempre publicados nos melhores periódicos da época (DOTTI, *Casos criminais célebres*, p. 323: “Renomados mestres de Direito Penal, de Direito Processual Penal e de outras ciências da conduta deram a sua contribuição crítica ao Anteprojeto”). Dessa vez optou-se por uma composição, por assim dizer, compatibilista, apta a agradar todos os setores. Ao olhar externo, surpreende observar que **Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Nilo Batista e Miguel Reale Jr.**, autores de destacada produção científica, não tenham sido, no mínimo, consultados. É igualmente de se lamentar, embora seja revelador e eloquente, que **René Dotti** não mais integre a Comissão atual (ver as razões expostas em DOTTI, A reforma da legislação penal – parte geral, *Boletim do IBCCrim* 234/3 e ss., 2012). **Munhoz Netto** afirmou, no contexto do movimento reformador que culminou no Código Penal de 1969, que se tratava “de obra que indiscutivelmente honra as letras jurídicas do país”, em razão da estatura intelectual de **Nelson Hungria** MUNHOZ NETTO, Aspectos do anteprojeto de Código Penal, *Revista da Faculdade de Direito da UFPR* 9/85 e ss., 1961. Também **Fragoso** afirmou que o Anteprojeto de 1963 era “obra da maior categoria”, FRAGOSO A reforma da Legislação penal – I, *Revista Brasileira de Direito Penal e Criminologia* 2/55, 1963. É pesaroso perceber que o alento de outrora não pode ser manifestado. O leitor encontrará um instrutivo panorama das reformas antigas em D’ÁVILA, Antecedentes históricos do Código Penal brasileiro, *Revista de Estudos Criminais* 43/117 e ss., 2012.

8 O que chamei em outro estudo de “doutrina preventiva”, em contraposição à “doutrina repressiva”, que se limita a criticar a lei depois de sua entrada em vigência, LEITE, O doping como suposto problema jurídico-penal, in: ROXIN/GRECO/LEITE, *Doping e direito penal*, São Paulo, 2011, p. 5. As duas atitudes doutrinárias são visceralmente diversas.

III). Pareceu-me inevitável integrar à análise da matéria a mim reservada uma crítica mais ampla ao movimento reformador, embora esse procedimento retire do estudo, por vezes, uma organização mais ortodoxa.

II. Crítica geral

1. A estranha exposição de motivos

*“A justificação não se pretende aprofundada, nem é lastreada em lições doutrinárias. Seu objetivo, mais modesto, é facilitar o trabalho dos intérpretes e, em especial, dos representantes populares, no entendimento das razões que levaram a Comissão a aprovar os textos”*⁹ anuncia a Exposição de Motivos. De fato, não se trata de um trabalho aprofundado. Nesse ponto, a promessa foi cumprida. Resta analisar se a Exposição de Motivos conseguiu cumprir seu objetivo mais “modesto” de “facilitar o trabalho dos intérpretes”.

Uma das primeiras afirmações da Exposição de Motivos é a adoção do que se convencionou chamar de teoria dualista das normas: “Os destinatários da norma penal não são, à evidência, apenas os seus estudiosos e aplicadores, mas toda a sociedade brasileira” – está dito. Dessa ideia extrai a Exposição a surpreendente conclusão: “*É por isto que ‘conjunção carnal’ virou estupro vaginal*”¹⁰ A teoria dualista das normas defende, é verdade, a tese de que as normas penais dirigem-se tanto aos aplicadores como aos cidadãos, e é dominante, desde a obra de **Karl Binding** no final do século XIX¹¹ na teoria do direito¹² e no Direito Penal¹³

9 Relatório final da Comissão de Juristas para a elaboração de Anteprojeto de Código Penal, 2012, p. 10 (publicado oficialmente no site do Senado Federal – <www.senado.gov.br>).

10 ... Relatório, p. 9. A exposição de motivos prossegue mais adiante: “*Ocorre que essa formulação é geradora de uma série de dificuldades na aplicação da lei, a começar pela nomenclatura adotada que é demasiadamente erudita e de difícil compreensão pelas pessoas não familiarizadas com termos jurídicos. Desta forma, optou-se pela simplificação da redação, de modo a tornar a lei de fácil compreensão. Dando-se às práticas sexuais os nomes que elas realmente têm, não há mais o risco de interpretações equivocadas ou exageradas, como considerar ‘estupro’ o afago sexual nas partes íntimas da vítima, tendo em vista tratar-se de ato libidinoso diverso da conjunção carnal*”. Ver também a mudança do *nomen iuris* do art. 121: “*Atualmente, falar-se (sic) em homicídio simples. A sugestão é que se fale apenas em homicídio. Não há simplicidade no ato de matar. Ceifar-se a vida de outrem é, sempre, o fim de um sonho, de uma história em progresso, de um mundo. Para a família e os amigos da vítima, bem assim para toda a sociedade, é dor que não se acomoda a descrições*”, p. 274. O Projeto simplesmente ignora que o qualificativo “simples” não se refere ao ato de matar, mas à estrutura do delito de homicídio, em oposição à estrutura “qualificada”, cujo perfazimento exige, além da ocorrência da forma “simples”, outros requisitos adicionais. Fossem as coisas da forma como a Exposição de Motivos pensa, seria estranho manter o *nomen iuris* homicídio privilegiado (art. 121, § 3.º). O homicídio não é simples, mas é um privilégio?

11 ... BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, 4. ed., Leipzig, 1922 (1. ed. em 1872), p. 7 e ss., p. 35 e ss., p. 132 e ss.

12 ... Por todos RÖHL/RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. ed., München, 2008, p. 223 e ss.; ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, 10. ed., München, 2006, p. 7-8.

13 ... Em detalhes LEITE, *Die Normentheorie Bindings und die Strafrechtsdogmatik*, München, manuscrito inédito, 2010, p. 2 e ss. (há versão espanhola no prelo, sem data para publicação, intitulada *El Derecho Penal de Karl*

Esperar que da substituição de uma expressão por outra decorra um ganho na proteção de bens jurídicos, especialmente em delitos como o estupro, é, todavia, uma expectativa vã. Não imagino que os cidadãos, após folhearem detidamente o Código Penal, decidam-se por omitir estupros a partir dessa alteração. Se algum ganho há, ele se refere aos aplicadores da lei e, nesse sentido, pouco importa afirmar que as normas dirigem-se também aos cidadãos. Ou seja, o suposto refinamento teórico demonstrado ao adotar uma posição na complexa discussão sobre a teoria das normas se esvai ao observar as verdadeiras razões para o referido posicionamento.

A linguagem clara prometida pela Exposição¹⁴ representa, assim, um auxílio na interpretação dos tipos penais e apenas mediatamente reverte-se em favor dos cidadãos. Ocorre que também não houve ganho de clareza na redação dos tipos penais e, além disso, a Exposição permaneceu perdida em um radical nominalismo, um verdadeiro fetichismo de palavras. “Tipos compreensivos, capazes de oferecer proteção para as diversas projeções do mesmo bem jurídico”, “tipos remetidos”, são expressões pouco técnicas, ambivalentes e estranhas à discussão científica. Declamar o respeito ao “*Direito penal da culpabilidade*” ou “*o Direito Penal do fato e da culpabilidade, infenso à responsabilidade objetiva e à condenação do ser ou do modo de ser da pessoa*”¹⁵ tampouco ajuda se, logo à frente, admite-se que a perversidade do agente (art. 121, § 1.º, I) ou o sofrimento da vítima (art. 75, § 1.º) podem agravar a pena do autor. Também os delitos cometidos em estado de embriaguez não receberam um tratamento compatível com o conteúdo do princípio da culpabilidade (ver, infra, o comentário ao art. 33, II). Proclamar o princípio da ofensividade não salva o Projeto da mazela de manter a punição, nos casos de erro sobre a pessoa, de crimes impossíveis como se crimes consumados fossem (infra, III, 1, b). Esses dispositivos se coadunam mais proximamente com o Direito Penal

Binding); ver também os estudos específicos de RENZIKOWSKI, *Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie*, FS-Gössel, 2002, p. 3 e ss.; SCHROEDER, *Das Strafgesetz zwischen Tatvergeltung und Verhaltensverbot*, FS-Otto, 2007, p. 165 e ss.; NEUMANN, *Normtheoretische Aspekte der Irrtumsproblematik im “Internationales Strafrecht”*, FS-Müller-Dietz, p. 600 e ss.; HAFFKE, *Die Bedeutung der Differenz von Verhaltens- und Sanktionsnorm für die strafrechtliche Zurechnung*, in: SCHÜNEMANN/FIGUEIREDO DIAS (Org.), *Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, 1995, p. 89 e ss. SCHILD, *Zurechnung zum Verhaltensunrecht*, FS-Jakobs, 2007, p. 601 e ss.; HÖRNLE, *Das Unwerturteil und der Schuldvorwurf – Inhalte und Adressate*, in: HEFENDEHL (Coord.), *Empirische und dogmatische Fundamente*, kriminalpolitischer Impetus, Berlin, 2005, p. 111 e ss.; FREUND, *Strafrecht, AT*, München, 1998, § 1, p. 3 e ss.; FREUND, *Der Zweckgedanke im Strafrecht?*, GA 1995, p. 6 e ss.; MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Madrid, 1994, p. 46 e ss.; MIR PUIG, *Über die Normen in Roxins Konzeption des Verbrechens*, GA 2006, p. 334 e ss.; MIR PUIG, *Valoraciones, normas y antijuridicidad penal, Estado, Pena y Delito*, Buenos Aires, 2006, p. 291.

14 ... Relatório, p. 9.

15 ... Relatório, p. 207. “É um direito que não se quer moral ou religioso, que não se presta a limitar modos de vida que não afetem terceiros ou a paz pública, nem se volta para exigir conformidades emocionais, sentimentais ou de pensamento em face de verdades públicas ou majoritárias. É um Direito Penal do pluralismo e da proteção do pluralismo, essencial à vida comunitária. Não colhe situações ou estados, mas comportamentos.” Relatório, p. 216.

“voltado para a sua funcionalidade social”¹⁶ de que também fala a Exposição, em demonstração rara de manipulação leviana de conceitos.

É possível enunciar uma primeira conclusão. A Exposição de Motivos é (a) ou um adorno dispensável ou (b) uma amálgama de promessas não cumpridas. Um auxílio na interpretação dos tipos penais, esse “modesto objetivo”¹⁷ não foi cumprido. A Exposição de Motivos, embora irregular e lacônica, deve ainda servir de auxílio adicional na descoberta das verdadeiras razões do legislador. Nela me apoiarei para desvendar algumas inovações que postulam ingresso em nosso ordenamento jurídico.

2. Outras observações gerais

Outros aspectos chamam a atenção. Aparentemente, a violação do domicílio não é mais crime. A inviolabilidade do domicílio, embora prevista constitucionalmente (art. 5.º, XI, da Constituição da República), não é mais assunto do Direito Penal. A proibição incide apenas se o autor for servidor público (abuso de autoridade, art. 271, VII), se houver esbulho possessório (art. 162¹⁸) ou ainda se houver “perseguição reiterada” (art. 147), nos casos de *stalking* que o novo Projeto, em seu amor por algumas expressões da moda, resolveu criminalizar. A habitação de um sujeito, o espaço físico em que se desenvolve plenamente a sua individualidade, a tradução física de sua autonomia, não é mais algo digno de proteção. Está fora de moda garantir ao sujeito um espaço físico livre de intervenções de terceiros?

De outro lado, o arremesso de objetos em um veículo em movimento recebe pena de 2 a 5 anos (art. 200), e o veículo sequer precisa ser atingido. Caso o sujeito atire dolosamente e acerte uma pedra em outro cidadão, a pena é aquela prevista para o delito de lesões corporais, de 6 meses a 1 ano. Essa abismal desproporção na previsão de crimes e de penas é especialmente grave para o “projeto ambicioso”¹⁹ de tornar “a parte especial o centro do sistema penal, reduzindo

16 ... O Presidente do Senado Federal, na justificacão do encaminhamento do projeto, afirma: “Assim, espero que a nova legislação possa se converter num poderoso instrumento para combater a criminalidade e melhorar a segurana pública, e possa contribuir para a maior eficiência do próprio poder Judiciário” (p.198). Nenhuma palavra sobre os direitos de liberdade das pessoas.

17 ... Relatório, p. 10.

18 ... Tipo penal que exige, alternativamente, violência ou grave ameaça ou o concurso de duas ou mais pessoas, além da finalidade específica (“com o fim de esbulho possessório”).

19 ... Relatório, p. 5. Também as promessas de “intervenção penal adequada e conforme entre a conduta e a resposta de natureza penal por parte do Estado” e de observar “a necessidade e proporcionalidade da pena” não foram cumpridas (p. 6). Fragoso confessou em outra oportunidade: “Indaguei, certa feita, de Nelson Hungria, qual o critério para a cominação das penas no código vigente. E ele me respondeu que não houve critério algum, nem se fez qualquer estudo comparativo. As penas foram fixadas de forma inteiramente arbitrária, dando lugar a manifestas incongruências.”, FRAGOSO, A reforma da legislação penal, *Revista de Direito Penal e Criminologia* 35/10, 1983. A história parece estar se repetindo.

o peso da legislação especial extravagante²⁰ e romper com o “fascínio da legislação penal de urgência”²¹ Ao lembrar que o período gestacional do Projeto foi de sete meses²² fica ainda mais claro que a promessa de romper com a legislação de urgência é um pernicioso engodo. O próprio Projeto 236/2012 é, ele próprio, manifestação de uma legislação de urgência.

A relação entre ciência, jurisprudência e legislação é outra temática fundamental em momentos de reforma e demandaria um estudo à parte²³ Dito de forma abreviada, a legislação que desconfia da ciência e da jurisprudência tende ao excesso definitório, tende a ser prolixa, o que, sendo já um defeito grave para a ciência e jurisprudência, é simplesmente inaceitável para a legislação.²⁴ A Exposição anuncia que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi, em regra, confirmada e positivada.²⁵ Não creio ser saudável dar esse passo, ao menos não sem uma reflexão detida. A ciência, como dito, não foi convidada, e a jurisprudência vai, aos poucos, sendo engessada. Tudo isso sem o correspondente ganho de segurança jurídica, na medida em que pouco ajuda positivar o concurso de leis penais (art. 12 e seus parágrafos)²⁶ ou o princípio da insignificância (art. 28, § 1.º; ver infra, III, 2, d), quando os verdadeiros problemas interpretativos não dizem respeito ao reconhecimento *in abstracto* dessas figuras jurídicas, mas à determinação concreta de seus critérios. Primeiro, as súmulas consolidaram entendimentos

20 ... Relatório, p. 6.

21 ... Relatório, p. 214.

22 ... Relatório, p. 2 e ss. O açodamento dos trabalhos parece não ter limites, e é assustador que o Presidente do Senado Federal tenha declarado que deseja votar o Projeto “até o final do ano”, em matéria que veio a público no portal G1 (<<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/08/sarney-espera-votar-novo-codigo-penal-ate-o-final-do-ano.html>> – acesso em: 6 ago. 2012).

23 ... PUPPE, Ciência do direito penal e jurisprudência, trad. L. Greco, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 58/101 e ss., 2006; E. BACIGALUPO, *Técnica de resolución de casos penales*, Buenos Aires, 2008, p. 13 e s., p. 21 e ss.; teoria e prática seriam “mundos curiosamente estranhos”, na expressão do juiz do BGH FISCHER, *Strafrechtswissenschaft und strafrechtliche Rechtsprechung – Fremde seltsame Welten*, in: MICHALKE et alii (Coord.), FS-Hamm, Berlin, 2008, p. 63 e ss.; criticamente a esse fenômeno SCHÜNEMANN, Was heißt und zu welchem Ende betreibt man Strafrechtsdogmatik, in: GA 2001, p. 445 e ss.; SCHÜNEMANN, *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, FS-Roxin, 2001, p. 2 e ss., p. 5 e ss. Outro aspecto fundamental, revelado por mais este movimento reformador, é a necessidade de impor freios ao legislador em matéria penal. Há algumas possibilidades interessantes, como uma reforma no processo legislativo que determine a exigência de maioria qualificada para a aprovação de leis penais. Outra proposta, um pouco mais polêmica, é o estabelecimento de uma cláusula de engessamento da lei penal: haveria uma proibição, por determinado espaço de tempo, de reformar um Código Penal que acabara de ser reformado. Quem julgar esse engessamento antidemocrático deve refletir sobre o papel da legislação, da ciência e da jurisprudência. A jurisprudência e a ciência é que são responsáveis por conceder dinamismo ao instrumental jurídico. Se a insegurança jurídica no plano das decisões judiciais é algo grave, mais grave é a insegurança jurídica no plano legislativo, causada por um legislador com hiperatividade. Um determinado caráter estático da legislação penal é, em verdade, uma garantia. Sobre isso é necessário refletir em outra sede.

24 ... BINDING, *Strafgesetzbuch, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft in normalem Verhältnis zueinander*, in: *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, Erste Band, 1915, p. 45. Ver também o texto de QUANDT, nesse volume.

25 ... Relatório, p. 9 e ss.

26 ... A esse respeito ver QUANDT, nesse volume.

jurisprudenciais, algo já em si discutível em uma democracia em que o Poder Judiciário não legisla. Agora, o Código Penal irá positivizar determinados entendimentos jurisprudenciais, por vezes pontuais e que sequer deviam compor a preocupação do legislador. A justificativa, imagino, está não mais na já referida “funcionalidade social”, mas na funcionalidade interna da própria administração da justiça, em torno da qual se entoam atualmente palavras de ordem como eficiência e celeridade. Assusta pensar no próximo passo.

III. Erro, causas de justificação e causas de exculpação

Não há que se enganar. A parte geral continua sendo uma restauração mal-aventurada da obra do legislador de 1940²⁷ Os ares modernos anunciados concentram-se em outros aspectos, mais ligados à parte especial. Os crimes contra a liberdade sexual, por exemplo, que acabaram de ser objeto de alterações (Lei 12.015/2009), foram novamente alterados. O aspecto estrutural da parte geral, ao contrário, permanece rigorosamente o mesmo há mais de 70 anos. A pergunta fundamental sobre o que deve ser objeto da parte geral não foi sequer formulada²⁸ Nos dispositivos que cuidam da teoria do delito, há novidades meramente pontuais, que respondem mais propriamente aos anseios por enfeitar a fachada de um prédio antiquíssimo, e que, em razão disso, são desnecessárias. O discurso entoado da necessidade urgente de atualização do nosso Código é, assim, para dizer o menos, ardiloso: alterou-se o que acabara de ser alterado, e manteve-se a estrutura e alguns dispositivos que remontam à primeira metade do século passado. O resultado dessa miscelânea não poderia ser outra coisa senão um fracasso anunciado. Adianto minha conclusão geral: onde o Projeto arriscou inovar, quase sempre errou.

1. O erro

O Projeto apresenta duas relevantes novidades em matéria de erro, a saber: o tratamento do erro que recai sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, o chamado erro de tipo permissivo, e o tratamento específico do crime dos índios. Analisarei com cuidado estas novidades, e comentarei *en passant* o tratamento das outras espécies de erro.

a) Erro de tipo

27 ... Também a reforma da parte geral ocorrida em 1984 (Lei 7.209/1984), com poucas exceções (como a regulação do erro), concentrou-se na teoria, aplicação e execução da pena.

28 ... A esse respeito o já clássico estudo de SANCINETTI, *Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales*, disponível em: <<http://perso.unifr.ch/derechopenal/documentos/articulos>> (impresso em SANCINETTI, *Dogmática del hecho punible y ley penal*, Buenos Aires, 2003).

O dispositivo foi mantido tal como estava. A manutenção deve ser louvada, na medida em que, além de o dispositivo não ostentar nenhuma falha grave, ainda contém a relevante mensagem de que o dolo exige, no mínimo, conhecimento²⁹ Há, ainda assim, dois problemas, um de natureza (aparentemente) terminológica e outro de natureza sistemática. Apesar de ter mantido (art. 27, *caput*) a redação do atual dispositivo, o Projeto propõe uma malsinada alteração do *nomen iuris*, que agora passa a ser erro de tipo essencial. Muito longe não é necessário ir para perceber que todo erro de tipo é essencial³⁰ A discussão sobre a essencialidade do erro é travada em momento prévio, isto é, quando há dúvida sobre se determinado erro (o erro sobre o curso causal, por exemplo) deve ser considerado essencial ou não. Em outras palavras, se o erro sobre o curso causal for essencial, será erro de tipo. Erro de tipo essencial é uma tautologia que demonstra, acima de tudo, falta de domínio do problema que se está a regular. O “essencial” deve ser suprimido. O outro problema tem natureza sistemática, e surge em função de que a Exposição parece partir de uma definição de dolo segundo a qual a previsibilidade objetiva seria suficiente para o dolo³¹ Estas duas ideias são incompatíveis entre si, na medida em que previsibilidade objetiva é desconhecimento de fato, e o defeito está claramente na novidade definitiva apresentada na Exposição³²

b) Erro sobre a pessoa, erro determinado por terceiro e erro na execução

O Projeto mantém integralmente a redação das três espécies de erro mencionadas, que muito bem poderiam ser suprimidas. O § 1.º do art. 27, que afirma que “*responde pelo crime o terceiro que determina o erro (...)*”, está mal redigido. Da forma como está, isto é, construído desde a perspectiva do terceiro (autor mediato ou instigador), o dispositivo é de autoria e participação e não de erro³³

O Projeto, no § 2.º do art. 27, corretamente, afirma que o *error in persona* é irrelevante,

29 ... Essa observação em GRECO, Algumas observações introdutórias à distinção entre dolo e culpa, p. XVII in: PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, São Paulo, 2004.

30 ... Isso está claro na clássica doutrina brasileira, bastando observar as palavras de FRAGOSO, *Lições de direito penal*, Parte geral, 5 ed., Rio de Janeiro, 1983, p. 182, que contrapõe erro accidental de erro essencial: “*Denomina-se accidental o erro que versa sobre a pessoa ou o objeto, que não constituem elementos de tipo*”. Ou seja, a essencialidade caracteriza o erro de tipo. No entanto, é preciso anotar que o Projeto não inaugurou esse equívoco, já que também se pode encontrar a tautológica expressão “erro de tipo essencial”, por exemplo, em REGIS PRADO, *Curso de direito penal brasileiro*, 10. ed., São Paulo, 2010, v. 1, p. 410.

31 ... Relatório, p. 217: “*Consentimento e indiferença, diante da previsibilidade objetiva do resultado, fazem o dolo eventual*”.

32 ... Ver GRECO, nesse volume.

33 ... GRECO, nesse volume.

e considera determinante para a punição a vontade do agente, e não o resultado obtido, já que serão consideradas as qualidades da “*pessoa contra quem o agente queria praticar o crime*”. Manteve-se aqui, em linhas gerais, a ideia do texto vigente. Se Jorge queria matar José, atleta olímpico, mas matou um idoso indefeso, responderá pelo homicídio de José. A segunda parte do dispositivo é discutível, pois há qualidades essenciais e relevantes, como é o caso do exemplo do idoso, considerado vulnerável pelo Projeto (art. 478 e ss.). O homicídio praticado contra idoso tem a pena aumentada em um terço, segundo o § 2.º do art. 121 do Projeto. Caso o sujeito que tente matar um idoso em cadeira de rodas acabe matando um adulto de 35 anos que estava sentado apreciando a paisagem, acaba-se punindo como crime consumado o que é, na verdade, uma tentativa inidônea, um crime impossível! Nada mal para o Projeto que declama o princípio da ofensividade³⁴ e que, seguindo longa tradição brasileira, não pune o crime impossível (art. 26). O interessante é que o dispositivo se refere apenas ao erro sobre a pessoa, e silencia sobre o erro sobre o objeto. Presumo que a solução deva ser a mesma, como é defendido largamente na doutrina³⁵. No entanto, já que se resolveu regular expressamente o erro sobre a pessoa, o ideal era incluir na redação o erro sobre o objeto, para evitar confusões.

No erro sobre a execução (art. 89), o Projeto mantém a chamada teoria da equivalência³⁶ equiparando, assim, a *aberratio ictus* ao *error in persona*, mas aqui não é o lugar de questionar essa duvidosa posição. Uma perplexidade topográfica que chama a atenção é o fato de essa matéria, claramente pertencente à teoria do delito, vir regulada na parte destinada às penas. A *aberratio ictus* é um imigrante ilegal na teoria da pena. Embora essa perplexidade exista no texto vigente, surpreende que a reforma global não a tenha percebido. A relação entre o art. 89 e o art. 90 (resultado diverso do pretendido) é, também, estranha, mas essa estranheza é antiga, e o Projeto só fez mantê-la³⁷. O art. 90 parece se referir ao erro sobre a execução que acaba por atingir, por exemplo, um objeto em vez de uma pessoa, mas, como já disse, quero me concentrar nas novidades.

c) Erro de proibição

No momento anterior à reforma da parte geral de 1984, a grande preocupação da

³⁴ ... O equívoco é velho, mas torna-se insuportável se o Projeto quiser levar a sério os princípios de que parte. Do jeito que está, pode-se dizer com todas as letras que o Projeto mantém a punição do crime impossível, embora prometa o contrário.

³⁵ ... Por todos, SILVA FRANCO, em SILVA FRANCO/STOCCO (Org.), *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, 8. ed., São Paulo, 2007, art. 20, p. 179.

³⁶ ... Sobre essa teoria, contraposta à teoria da concretização, CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal*, Parte geral, 3. ed., Curitiba/Rio de Janeiro, 2008, p. 159 e ss.

³⁷ ... Também aqui nosso legislador buscou inspiração italiana. Ver o art. 82 e o art. 83 do Código Penal italiano.

doutrina era convencer o legislador da relevância *in abstracto* do erro de proibição³⁸ Dito de outra forma, clamava-se pelo reconhecimento da consciência da ilicitude como elemento do conceito de culpabilidade. Apesar do reconhecimento legislativo do erro de proibição a partir da entrada em vigor da Lei 7.209/1984, o atual art. 21 ainda proclama a vigência do vetusto brocardo *error iuris nocet*³⁹ dificultando o reconhecimento prático da figura do erro de proibição⁴⁰ Nesse ponto, o Projeto deve ser aplaudido por ter expurgado o referido brocardo de nosso ordenamento jurídico.

O que não deve ser louvada é a redação do § 1.º do art. 35, segundo a qual no erro de proibição evitável, “o agente responderá pelo crime”⁴¹ Esse lapso, cometido em outras partes da legislação vigente, foi trazido para o dispositivo do erro de proibição. O verbo “responder” é excessivamente coloquial e possui, se de forma benevolente se quiser emprestar-lhe algum conteúdo jurídico, conotação processual. É dispensável a primeira parte do § 1.º, e bastava o Projeto afirmar que no erro de proibição evitável a pena será reduzida, embora seja de se lamentar que a acanhada extensão tenha sido mantida (de 1/6 a 1/3)⁴² A nova redação propõe que a redução de pena seja obrigatória (“deverá”), diferentemente da atual (“poderá”, atual art. 21 CP). Há discussão a esse respeito, mas creio que, nesse caso, não há o que criticar: o Projeto adotou solução que já vinha sendo defendida na doutrina há algum tempo⁴³ A

38 ... Preocupação dos célebres trabalhos de MUNHOZ NETTO, *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*, Rio de Janeiro, 1978, p. 59 e ss.; MUNHOZ NETTO, Erro de fato e erro de direito no anteprojeto de Código Penal, *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, ano 1, n. 4, p. 60 e ss., Rio de Janeiro, 1964; MUNHOZ NETTO, A culpabilidade no novo código, *Revista da Faculdade de Direito da UFPR* 13/143 e ss., 1970; e ASSIS TOLEDO, *O erro no direito penal*, São Paulo, 1977, passim; ASSIS TOLEDO, Erro de tipo e erro de proibição no projeto de reforma penal, *RT* 578/289 e ss., 1983; ASSIS TOLEDO, *Princípios básicos de direito penal*, 5 ed., São Paulo, 1994, p. 262 e ss. Essa preocupação justificava-se plenamente no período anterior à reforma de 1984, já que inexistia reconhecimento legislativo da relevância erro de proibição, além de que boa parte da doutrina capitaneada pela respeitada voz de Hungria defendia a necessidade de vigência do *error iuris nocet* (HUNGRIA, *A legítima defesa putativa*, Rio de Janeiro, 1936, p. 17 e ss.; HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*. Arts. 11 a 27. Rio de Janeiro, 1958, v. 1, t. II, p. 220 e ss.). Firme contra Hungria, ver especialmente BRUNO, *Direito penal*, Rio de Janeiro, 1967, t. II, p. 113 e ss. Sobre a discussão ver CRUZ, *O tratamento do erro em um direito penal de bases democráticas*, Porto Alegre, 2007, p. 207 e ss.

39 ... TAVARES, *Direito penal da negligência*, São Paulo, 1985, p. 181, já advertia corretamente, imediatamente após a reforma da parte geral, que não é de boa técnica a inserção de mero dispositivo programático nas leis penais.

40 ... Extensamente, manifestei-me em LEITE, *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*, São Paulo, 2012, p. 12 e ss., p. 20 e ss., no prelo; e em LEITE, *Unrechtszweifel als Verbotsirrtum*, GA 2012, a ser publicado no caderno 11/2012.

41 ... A lei atual incorre nessa imprecisão ao regular o erro determinado por terceiro (art. 20, § 2.º, do CP).

42 ... Conforme alertou-me, corretamente, **Quandt**. Com a introdução da redução obrigatória não era de se esperar outra posição, já que em torno do reconhecimento de erros de proibição reina o mais absoluto ceticismo, tanto no plano legislativo, como comprova nosso atual art. 21, como no plano jurisprudencial, em que erros de proibição são raridades. Manifestei-me a esse respeito em LEITE, *Dúvida...* cit., p. 12 e ss.

43 ... SILVA FRANCO, em SILVA FRANCO/STOCCO (Org.), *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial* cit., art. 21, p. 183; ROXIN, *Ungelöste Probleme beim Verbotsirrtum*, in: H.-J. Hirsch (Coord.), *Deutsch-Spanisches*

vantagem dessa solução é que, assim, fica claro que a consciência da ilicitude é, sempre, elemento essencial da culpabilidade completa do autor, algo que é em si discutível caso se puna o autor em erro de proibição evitável com a pena completa, como faz nosso Código atual.⁴⁴

O Projeto mantém integralmente a definição legal de evitabilidade do erro de proibição, incomum em outros ordenamentos jurídicos. De fato, definições legais como a do nosso atual art. 21, parágrafo único, devem ser utilizadas com extrema parcimônia (ver supra, II, 2). Creio, todavia, que nesse ponto o Projeto deve, novamente, ser aplaudido. A definição de nosso atual parágrafo único, ao dizer “Ihe era possível” referindo-se ao sujeito, deixa evidente um aspecto fundamental, a saber: a evitabilidade do erro de proibição deve ser avaliada de acordo com as qualidades e defeitos do sujeito concreto, sem referência a qualquer padrão objetivo a servir de *tertium comparationis*. Não importa, pois, se um comerciante mais diligente, se qualquer cidadão médio etc. poderiam ter acesso à consciência segura do injusto. O referencial é o sujeito concreto, sua formação pessoal, suas aptidões e seus defeitos. Ao afirmar “nas circunstâncias”, a redação do artigo esclarece igualmente que também em relação aos fatos que rodeavam o sujeito no momento da atuação não se deve estabelecer padrões objetivos como forma de comparação. Argumentar, por exemplo, que a informação poderia ser obtida em qualquer órgão público e por qualquer pessoa não pode relevar para um sujeito que vive isolado, em condições sociais adversas e sem qualquer comunicação e acaba cometendo determinado fato punível. A definição legal da evitabilidade é, também, arredia à ideia de que a evitabilidade do erro de proibição determina-se a partir da violação de um dever geral de informação.⁴⁵

cc) O erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação como erro de proibição

Outra preocupação do momento pré-reforma de 1984 era decidir a querela entre as chamadas teorias do dolo e as teorias da culpabilidade.⁴⁶ O legislador, especialmente por obra

Strafrechtskolloquium, 1987, p. 85. Essa solução é adotada, por exemplo, pelo Código Penal espanhol, no art. 14, n. 3. Sobre a polêmica ver FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, Parte geral, 2007, t. I, p. 641 e ss.; e WARD, Zur gesetzlichen Regelung des vermeidbaren Verbotsirrtums, *ZStW* (71), 1959, p. 252 e ss.

44 ... Percebendo esse fato PUPPE, *Bemerkungen zum Verbotsirrtum und seiner Vermeidbarkeit*, FS-Rudolphi, 2004, p. 231 e ss.

45 ... Manifestei-me detalhada e criticamente a esse respeito em outro artigo, ainda inédito, LEITE, Existem deveres gerais de informação no direito penal? Violação de um dever, culpabilidade e evitabilidade do erro de proibição, a ser publicado em 2012.

46 ... ASSIS TOLEDO, Erro de tipo... cit., *RT* 578/290 e ss.; ASSIS TOLEDO, *Princípios...* cit., p. 277 e ss. BRANDÃO,

de **Assis Toledo**⁴⁷ decidiu-se pela adoção de uma das variantes da chamada teoria limitada da culpabilidade, que, apesar das múltiplas fundamentações⁴⁸ defende que o erro que recai sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação – isto é, no erro de tipo permissivo ou nas tradicionalmente denominadas descriminantes putativas⁴⁹ – exclui a punição pelo delito doloso, ficando ressalvada a punição pelo delito culposo, se previsto em lei. Desde então, não há notícia de que a doutrina ou a jurisprudência tenham massivamente se voltado veementemente contra esta decisão do legislador. Apesar desse quadro estável, o Projeto quer inovar e, na maior perplexidade de todo o Projeto em matéria de teoria do delito, proclama que o erro de tipo permissivo – que não poderá mais ostentar esse nome, segundo a redação proposta – não exclui a punição pelo delito doloso, e submete-se às regras do erro de proibição, excluindo, se inevitável, a culpabilidade. O Projeto filiou-se, assim, à chamada teoria estrita da culpabilidade⁵⁰ defendida isoladamente na doutrina⁵¹ e que nunca, em lugar

A consciência da antijuridicidade no moderno direito penal, *Revista de Informação Legislativa* 136/55 e ss., 1997. Combatendo, em posição isolada entre nós, a distinção e propondo a unificação dos erros, CUNHA LUNA, *Capítulos de direito penal*, Parte geral, São Paulo, 1985, p. 200 e ss. Para o presente estudo, a contraposição entre teorias do dolo e teorias da culpabilidade pode ficar resumida a algumas ideias centrais. A teoria do dolo deve sua nomenclatura à localização da consciência da ilicitude no interior do conceito de dolo, que se situava à época na culpabilidade. O dolo era composto pela consciência dos fatos e pela consciência da valoração jurídica dos fatos. As teorias da culpabilidade emanciparam a consciência da ilicitude e a posicionaram como elemento autônomo da culpabilidade. Segunda estas teorias, o elemento cognitivo do dolo é composto apenas pela consciência dos fatos que compõem o tipo objetivo. O principal benefício político-criminal advindo dessa mudança é a consequência jurídica prevista para o erro de proibição evitável: as teorias dolo excluíam sempre o dolo e apenavam o agente pelo delito culposo, se previsão legislativa houvesse; as teorias da culpabilidade, para evitar lacunas de punibilidade que surgiam diante da falta de previsão do delito culposo em alguns casos, defendem que o dolo permanece intacto, mas a pena do agente deve ser reduzida. A importância prática da disputa reside apenas, portanto, no tratamento do erro de proibição evitável. A contraposição entre teorias do dolo e teorias da culpabilidade surge pela primeira vez, segundo vejo, em WELZEL, *Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns*, SJZ 1948, p. 368. Polemizando com WELZEL e criticando a terminologia MEZGER, *Unrechtsbewußtsein im Strafrecht*, NJW 1951, p. 501 e ss.

47 ... ASSIS TOLEDO, Erro de tipo... cit., RT 578/290 e ss. Ver também a Exposição de Motivos da Lei 7.209/1984, com referência expressa a **Assis Toledo**.

48 ... Ver o estudo de **Grünwald**, que fala em “variantes das teorias limitadas”, GRÜNWALD, *Zu den varianten der eingeschränkten Schuldtheorie*, GS-Noll, 1984, p. 183 e ss. (há tradução castelhana de **Patricia S. Ziffer** com o título *Acerca de las variantes de la teoría de la culpabilidad limitada*, incluída na coletânea *El error en el derecho penal*, Buenos Aires, 1999, p. 165 e ss.).

49 ... Informações em HUNGRIA, *Comentário ao Código Penal*, arts. 16 e 17, 5. ed., Rio de Janeiro, 1978, v. 1, t. II, p. 229 e ss.

50 ... Que considera que todo erro que se refere às causas de justificação é erro de proibição. O fundamental para essa teoria era superar a distinção entre erro de fato e erro de direito e substituí-la pelo erro referente às circunstâncias do tipo e o erro sobre as causas de justificação. Assim, essa teoria não introduzia nenhuma limitação a essa estrita separação. Sobre a história dessas nomenclaturas se manifestou HRUSCHKA, *Wieso ist die “eingeschränkte Schuldtheorie” “eingeschränkt?”*, FS-Roxin, 2001, p. 440 e ss. (há tradução castelhana de Felip i Saborit e Sánchez-Ostiz, publicada na coletânea *Imputación y Derecho Penal: estudios sobre la teoría de la imputación* (org. Sánchez-Ostiz), Navarra, 2005 e Buenos Aires, 2009, p. 127 e ss.).

51 ... Quase exclusivamente por antigos finalistas, seguindo a opinião que foi defendida enfaticamente por **Welzel** em vários estudos: WELZEL, *Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns*, SJZ 1948, p. 368 e ss.; WELZEL, *Schuld uns Bewußtsein der Rechtswidrigkeit*, MDR 1951, p. 65 e ss.; WELZEL, *Nochmals der Verbotirrtum*, NJW 1951, p.

algum, conquistou as opiniões, e isso por algumas razões. Esse ponto necessita de alguns esclarecimentos.

O Projeto considerou “caprichosa”⁵² a distinção entre o erro que recai sobre a existência jurídica ou sobre a extensão de uma causa de justificação e o erro que recai sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação. Seria, então, um capricho oferecer tratamento jurídico diverso entre o sujeito que crê que está autorizado pela ordem jurídica a disparar mortalmente contra o ladrão em fuga que furtara um boné e aquele que dispara por pensar que o ladrão que o assalta retirou uma arma do bolso, quando na verdade se tratava de uma lanterna? A solução do Código Penal atual é considerada um “artificialismo”,⁵³ pois o autor “*embora tenha se comportado dolosamente, responderá pelo crime culposos*”⁵⁴ O principal argumento do Projeto para alterar o tratamento do erro de tipo permissivo é que, nos termos da redação atual, haveria, por exemplo, se o autor erra o disparo, a possibilidade lógica de “*tentativa em crime culposos*”⁵⁵

O Projeto não enxerga qualquer diferença substancial entre o comportamento do autor que estende os limites da ordem jurídica levemente e ao próprio arbítrio e amplia, assim, sua liberdade de ação em detrimento de outros, e o do autor que, em avaliação imprudente das circunstâncias, crê estar atuando nos estritos limites da ordem jurídica. No segundo caso, ao contrário do que propõe o Projeto, a ordem jurídica pode apenas dirigir ao sujeito o reproche pela falta de cuidado na avaliação das circunstâncias, mas não o reproche doloso,

577 e ss.; WELZEL, *Zur Abgrenzung des tatbestandsirrtums vom Verbotsirrtum*, MDR 1952, p. 584 e ss.; WELZEL, *Arten des Verbotsirrtums*, JZ 1953, p. 266 e ss. O batismo como teoria estrita da culpabilidade se deu apenas em 1954 e se deve a MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1954, p. 405 e ss. A opinião consolidou-se em WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11. ed., Berlin, 1969, p. 164 e ss., p. 168 (há tradução castelhana da Parte Geral por Bustos Ramírez e Yáñez Perez, 4. ed. Santiago, 1987). A opinião foi abandonada, no entanto, pelos próprios finalistas! Nem mesmo o finalista HIRSCH, por largo período um adepto apaixonado dessa opinião, defendeu-a em seus últimos trabalhos: HIRSCH, *Einordnung und Rechtswirkung des Erlaubnistatbestandsirrtum – Über eine vermittelnde Schuldtheorie*, FS-Schroeder, 2006, p. 223 e ss.

52 ... Relatório, p. 220.

53 ... Relatório, p. 220.

54 ... Relatório, p. 220. O Projeto não levou em consideração o fato de que essa é apenas uma das várias soluções propostas pelas teorias limitadas da culpabilidade (no plural; ver nota 45). Pessoalmente, considero o designativo “limitada” equivocado, pois só faz sentido da perspectiva de um defensor da teoria “estrita” da culpabilidade, e sigo nesse ponto HRUSCHKA, *Wieso ist die “eingeschränkte Schuldtheorie” “eingeschränkt?”*, FS-Roxin, 2001, p. 440 e ss., p.454 e s.

55 ... Relatório, p. 220.

de violação programada da ordem jurídica⁵⁶ Não por outra razão, toda a discussão intensa⁵⁷ sobre o erro de tipo permissivo⁵⁸ concentrou-se no plano da fundamentação dogmática do mesmo resultado: a exclusão da punição dolosa em casos de erro de tipo permissivo.⁵⁹ A principal característica da discussão é, exatamente, uma homogeneidade no resultado e uma heterogeneidade na fundamentação. O Projeto, sem qualquer ensejo, quer alterar precisamente o que estava seguro. Mesmo a reforma de 1984, que alterou profundamente a regulação do erro, manteve, corretamente, a solução segundo a qual o erro de tipo permissivo exclui a punição por crime doloso. Verdadeiramente “artificial” é reprovar com a pena dolosa um crime culposo e punir injustamente um sujeito para atender ao luxo dogmático de que não exista “tentativa em crime culposo”. Isso sim é “caprichoso”. Nesse caso, a novidade irrefletida é perniciosa e a redação atual deve ser mantida.

d) O crime dos índios⁶⁰

O Projeto é pluralista⁶¹ não no sentido de respeitar os pluralismos, mas no sentido de conter ideias tão plurais que, por vezes, revelam-se incompatíveis e contraditórias entre si.

56 ... Há também um argumento lógico a sustentar essa solução: a realização típica pressupõe um desvalor de ação e de resultado; a causa de justificação pressupõe um valor de ação e de resultado. Quando o agente supõe erroneamente uma situação de fato que o justificaria, ele atua conforme o valor da ação (quer o mesmo que a ordem jurídica) e cancela assim o desvalor de ação da atuação típica. Sobre o desvalor de resultado, que pode apenas ser imputado a título de culpa, se esta houver. Esse argumento é de PUPPE, *Zur Struktur der Rechtfertigung*, FS-Stree/Wessels, 1993, p. 183 e ss. Outro argumento lógico igualmente convincente em HRUSCHKA, *Wieso ist die “eingeschränkte Schuldtheorie” “eingeschränkt?”*, FS-Roxin, 2001, p. 450: “Um juízo sobre os pressupostos de uma valoração não pode ser, ao mesmo tempo, o próprio juízo valorativo”; “erro categorial”.

57 ... ROXIN, *Strafrecht*, § 14, p. 621 e ss.: “caos de teorias”.

58 ... GRÜNWARD, *Zu den varianten der eingeschränkten Schuldtheorie*, GS-Noll, 1984, p. 183 e ss.

59 ... Dessa forma, SCHÜNEMANN/GRECO, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum und das Strafrechtssystem*, GA 2006, p. 777 e ss.; HRUSCHKA, *Wieso ist die “eingeschränkte Schuldtheorie” “eingeschränkt?”*, FS-Roxin, 2001, p. 444 e ss.

60 ... Como a matéria é polêmica, transcrevo as razões do Projeto: “O trato penal das condutas praticadas por índios não pode ser feito sem considerar que, nos termos da Constituição Federal, ‘são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições...’, art. 231. “Este reconhecimento deve operar nos diversos momentos relativos a prática de infrações penais, do exame da culpabilidade ao modo e local de cumprimento de penas. O erro de proibição, por si só, já permite mensurar o grau individual de compreensão dos comportamentos penalmente vedados, considerando o ambiente econômico e social do agente. Ele se mostra, portanto, sede favorável para a inserção da questão do índio que tenha praticado fato típico e ilícito. Não é norma de impunidade, mas de individualização da responsabilidade penal. Despontam a utilidade do laudo antropológico, para se verificar em que medida aquela pessoa indígena estava no manejo de identidades e valores culturais que podem ser muito diversos dos seus. O tratamento como caso de erro de proibição permite, se justificável o engano sobre o que se proíbe ou não, isentar de pena. Se o erro não for justificável, será possível, para o índio, obter redução de pena de um sexto a dois terços (mais do que na regra comum, na qual a redução é de um sexto a um terço). Por fim, se mesmo o ‘homem branco’ procura formas alternativas de punir, negar esta possibilidade às comunidades indígenas seria desarrazoado”. Relatório, p. 225.

61 ... Assim autoproclamado no Relatório, p. 207.

Nessa parte, os equívocos possuem natureza dogmática e político-criminal. Sobre os crimes dos índios, o Projeto defende que se trata de erro de proibição, quando o índio pratica o fato “*agindo de acordo com os costumes, crenças e tradições de seu povo*” (art. 36). Pessoalmente, creio que mais urgente era focar o “Direito Penal *contra* os índios”, na feliz expressão de **Nilo Batista**⁶²

Da forma como está redigido o dispositivo, não se trata, porém, de regra de erro de proibição, e isso não pela banalidade de que, se assim realmente fosse, seria desnecessário mencioná-la novamente. O que se criou em verdade, foi uma exculpação por fato de consciência⁶³ ou, ainda, reconheceu-se a figura do autor por convicção⁶⁴. O fundamento da exculpação, como a mera leitura do dispositivo revela, não é a falta de consciência da ilicitude, mas a atuação conforme uma ordem jurídica própria, com valores próprios a que o índio se sente vinculado. A falta de consciência da ilicitude é, nesse contexto, um fenômeno, no máximo, acompanhante. Em regra, ao contrário, o autor por convicção possui consciência da ilicitude, e sua posição se define exatamente por atuar conscientemente contra a ordem jurídica do *status quo*. Também no fato de consciência o autor, por sentir-se internamente vinculado, resolve estender os limites da ordem jurídica vigente a partir de suas próprias convicções, o que, evidentemente, pressupõe a consciência da ilicitude. O Projeto, então (a) ou desconhece as figuras jurídicas que propõe criar; (b) ou produziu dolosamente documento de identidade falso para o fato de consciência e para a figura do autor por convicção. Como não se pode presumir o ardil em um Projeto de Código Penal, é melhor tentar dormir crendo na primeira opção, sonhando que o dispositivo nunca tivera sido redigido.

De uma perspectiva dogmática, pode-se ainda interpretar o dispositivo como uma

62 ... Em célebre passagem, BATISTA, Práticas penais no direito indígena, *Revista de Direito Penal* 31/80, 1981: “Ao lado do exame indeclinável do direito dos índios, há outro personagem jurídico à espera de um autor: o direito contra os índios, os instrumentos legais de manipulação e dominação usados pelo colonizador”.

63 ... A esse respeito os estudos fundamentais de ROXIN, *Noch einmal: Zur strafrechtlichen Behandlung der Gewissentat*, GA 2011, p. 1 e ss., FIGUEIREDO DIAS, *Gewissentat, Gewissenfreiheit und Schuldausschluss*, FS-Roxin, 2001, p. 531 e ss., FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, p. 652 e ss. e FRISCH, *Gewissentaten und Strafrecht*, FS-Schroeder, 2007, p. 11 e ss. (há traduções desses textos: ROXIN, LH-Figueiredo Dias II, p. 863 e ss.; FRISCH, LH-Gimbernat I, p. 903 e ss.).

64 ... Ou foi aceita, sem que tenha sido dito, uma tese antiga de Zaffaroni, que proclama a existência de “erros de compreensão”, ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, Parte general, Buenos Aires, 1982, IV, p. 196 e ss.. Considero essa tese errada, apesar das boas intenções que a animam, em razão da premissa falsa de que parte: não existe um erro de compreensão, na medida em que o Estado não pode exigir dos cidadãos compreensão ou internalização do valor ou da norma, mas apenas o seu conhecimento. Como o Estado não pode exigir internalização, não pode absolver por sua ausência! O erro de proibição é um problema meramente cognitivo, e não volitivo. Mas aqui não é o lugar de discutir esse problema. Registro, apenas, que Zaffaroni tinha e tem diante de si um dispositivo de erro que fala expressamente em “compreensão da antijuridicidade” (art. 34 do Código Penal argentino), contingência que não nos atinge.

causa de justificação, o que contrariaria, igualmente, a redação oficial, segundo a qual se trataria de erro de proibição. Ao reconhecer cogência aos “costumes, crenças e tradições” dos indígenas, o Projeto opera uma delegação de poderes, tal como ocorre em outras causas de justificação, mas com duas diferenças. A legítima defesa não é outra coisa senão uma delegação de poderes do Estado ao cidadão, que corporifica a ordem jurídica ali onde o Estado não pode estar presente. No caso dos indígenas, ocorreria uma delegação do Estado, não para os cidadãos, mas para outra comunidade jurídica, que teria o poder de determinar, livremente, a juridicidade de determinados comportamentos. A outra diferença é que lá, o sujeito realiza a ordem jurídica tal como está posta oficialmente e, aqui, realizam-se outros valores, de outra ordem jurídica a que o direito empresta livres poderes.⁶⁵ Se uma causa de justificação desses moldes pode ser construída, é uma longa discussão, mas o fundamental é perceber que o Projeto, anunciando tratar-se de erro de proibição, não está correto.⁶⁶

De uma perspectiva político-criminal, o Projeto produz o inverso do que promete. É verdade que os índios sofreram e sofrem com violências institucionais tendentes a limitar suas manifestações culturais. Ler com atenção **Darcy Ribeiro** é, sem exagero, um dever cívico de todo brasileiro.⁶⁷ O Projeto, no entanto, em sua declarada *political correctness*, acaba por desprezar os índios como pessoas, como agentes morais. Ao considerar o Código Penal o lugar correto para demonstrar sua verve pluralista, o Projeto produziu manifestação das mais degradantes às comunidades indígenas, a ser comparada ao tempo em que “silvícolas” eram considerados inimputáveis.⁶⁸ A mensagem do Projeto é a de que os índios devem ter sua forma de organização social, política e jurídica respeitadas – o que era desnecessário dizer, na medida em que a Constituição da República já o dissera, com maior autoridade, em seu art.

65 ... Livres, pois o Projeto não reconhece bens universais que não seriam passíveis de agressão, independentemente dos condicionamentos culturais. Seria uma delegação de plenos poderes. Ver a continuidade do texto.

66 ... Poder-se-ia interpretar o dispositivo, ainda, como uma regra de aplicação da lei penal no espaço, que afirmaria que os índios não são destinatários da lei penal editada pelo Estado. O fundamental é perceber que, com a redação proposta, insisto, não se trata de erro de proibição.

67 ... Já me manifestei sobre o tema em LEITE, Por que ler Darcy Ribeiro?, *Jornal O Jogo*, maio-jun. 2008, p. 7 e s. No Direito Penal brasileiro, creio ser indispensável conferir o artigo de BATISTA, *Práticas penais no direito indígena*, *Revista de Direito Penal* 31/75 e ss., 1981.

68 ... Como já defendeu, em 1968, o nosso Supremo Tribunal Federal, no HC 45.349, comentado por FRAGOSO, Imputabilidade. Silvícola, in: *Jurisprudência Criminal*, 4. ed., Rio de Janeiro, 1982, verbete 293, p. 352 e ss. Fragozo propõe uma reflexão oportuna: “*Advirta-se, no entanto, que a questão dos indígenas em diversos países latino-americanos (como a Bolívia, Peru, Equador etc.) é bem diversa da que se apresenta em nosso país. Na Bolívia, por exemplo, o elemento indígena constitui a maioria da população*” (p. 353). A citação é oportuna, pois, ao que parece, nosso legislador buscou inspiração no novo Código Penal da Bolívia, que, diga-se de passagem, foi escrito em grande parte por europeus (Jan Simon – Alemanha –, Adan Nieto Martin – Espanha –, entre outros). Contra essa absurda da tese dos “índios inimputáveis”, corretamente, ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, Parte general, IV, p. 202. Discordo apenas que o reconhecimento de chamados “erros de compreensão” seja a única solução pra o problema.

231 –, mas devem estar em condições de “*internalizar o valor do bem jurídico protegido pela norma penal*” (art. 36, § 1.º), algo que não se exige dos outros cidadãos. O Projeto considera, talvez por descuido, que a ordem jurídica oficial é superior à ordem jurídica das comunidades indígenas, entornando no chão todo o reconhecimento à alteridade prometido. A oposição “índio” e “homem branco”⁶⁹ é o avesso do que busca a tradição liberal no Direito Penal, que se orgulha por ser cega a determinadas características contingenciais e por se concentrar naquilo a que todos temos direito só pelo fato de sermos pessoas (vida, integridade física, liberdade). Uma possibilidade de tentar generosamente salvar o dispositivo seria excepcionar o rol de bens jurídicos contra os quais se dirige o crime cometido pelo indígena em relação à vida, à integridade física e à liberdade, bens que devem ser respeitados independentemente da cor, origem cultural ou nacionalidade do agente ou da vítima. Creio que, no entanto, o dispositivo padece de defeitos tão graves, que salvá-lo seria um erro.

Por que não bastavam as regras do erro de proibição e de sua evitabilidade?⁷⁰ A análise da evitabilidade do erro de proibição tem estrutura elástica, isto é, não é um tudo ou nada, mas um mais ou menos: o erro de proibição afirmado pode ser desde evitável com mínima redução de pena até inevitável, excluindo por completo a responsabilidade do autor. Entre esses dois extremos da avaliação da evitabilidade há ainda várias possibilidades de variação do grau de culpabilidade, com efeitos no *quantum* final de pena a ser aplicada. As singularidades do crime do indígena seriam, pois, de ser levadas em consideração no juízo elástico de evitabilidade, que permite que os condicionamentos culturais diminuam ou afastem a responsabilidade do sujeito. Nesses casos, seria especialmente importante lembrar da fórmula político-criminal de **Cirino dos Santos**, expressada de forma coloquial: “*bitola larga para a inevitabilidade, bitola estreita para a evitabilidade do erro de proibição*”⁷¹ A figura do erro de proibição é, assim, terreno perfeito para a consideração das condições culturais específicas das comunidades indígenas que, diga-se, figuram com mais frequência no polo contrário ao que parece presumir o Projeto. Mas assim não foi feito.

Prova adicional do que se está a dizer é o art. 487, que proíbe a venda de bebidas alcoólicas para os índios, aumentando consideravelmente a pena do delito previsto na *lex lata* no art. 58, III, do Estatuto do Índio (de atuais 6 meses a 2 anos para 2 a 4 quatro anos). É verdade, já foi indicado, que o índio é com mais frequência vítima do que autor de

69 ... Relatório, p. 225.

70 ... Recordo que, embora o Projeto tenha anunciado tratar-se de regra de erro de proibição, não é o que a redação indica, conforme adverti acima. Repito: fosse regra de erro de proibição, era desnecessário mencioná-la duas vezes, e caberia aos magistrados o equacionamento justo dos erros de proibição dos indígenas.

71 ... CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal*, 3 ed., Curitiba/Rio de Janeiro, 2009, p. 320. Grifado no original.

crimes. Essa proibição penal, no entanto, é provavelmente o exemplo mais límpido do que se convencionou chamar proibição paternalista.⁷² Caso o Projeto considere o índio um cidadão com autonomia limitada, melhor era dizê-lo de forma clara, e, assim, seria possível justificar o referido dispositivo.⁷³ O “Direito Penal do pluralismo”⁷⁴ quer, então, proteger os índios deles mesmos? O Projeto “que não se quer moral ou religioso, que não se presta a limitar modos de vida”⁷⁵ postula que os índios não estão em condições de planejar suas próprias vidas, de delinearem livremente sua concepção de vida boa? O índio, como todos, deve ser livre para desenvolver plenamente sua autonomia, e o outro lado da proibição de que o Estado ingresse nas manifestações culturais indígenas é a possibilidade de imputação de responsabilidade, também aqui, segundo as regras que valem para todos. O Projeto, no entanto, ao exigir a “internalização do valor da norma penal”, ingressa na consciência dos índios, invade suas crenças e os desrespeita como pessoas. É verdade, “a primeira coisa que um governo despótico faz é inaugurar uma praça com o nome de Praça da Liberdade”⁷⁶ O dispositivo que ora se discute deve ser suprimido.

2. Causas de justificação

Um Código Penal pode optar por definir claramente as consequências jurídicas de determinadas situações que excluem a responsabilidade do sujeito e defini-las como causas de justificação ou como causas de exculpação. De outro lado, o Código pode apenas enunciar causas que excluem a responsabilidade em sentido amplo, e relegar à doutrina e à jurisprudência a exata determinação das consequências jurídicas.⁷⁷ O Projeto optou pela primeira alternativa,

72 ... Sobre esse conceito G. DWORKIN, *Paternalism*, in: SARTORIUS (org.), *Paternalism*, Minneapolis, 1987, p. 19 e ss.; G. DWORKIN, *Paternalism: Some Second Thoughts*, in: SARTORIUS (org.), *Paternalism*, Minneapolis, 1987, p. 105 e ss.; KLEINIG, *Paternalism*, New Jersey, 1983, p. 3 e ss.; FEINBERG, *Harm to self*, Oxford, 1986, p. 3 e ss.; no nosso direito, REALE JR., *Paternalismo no Brasil*, *Revista de Filosofia*, vol. LVI, p. 287 e ss., 2007; GRECO, *A crítica de Stuart Mill ao paternalismo*, *Revista de Filosofia*, vol. LVI, p. 321 e ss., 2007; ESTELLITA, *Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo*, *Revista de Filosofia*, vol. LVI, p. 333 e ss., 2007; RIGOPOULOU, *Traços paternalistas no direito penal da atualidade*, *Revista de Filosofia*, vol. LVI, p. 343 e ss., 2007; ver também as teses de doutorado de MARTINELLI, *Paternalismo jurídico-penal*, Tese de doutorado, USP, 2010, p. 96 e ss. e de MARTEL, *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*, Tese de doutorado UERJ, 2010, p. 113 e ss., p. 124 e ss.

73 ... Perceba-se que a estrutura do referido delito é a de uma lesão corporal causada em autoria mediata por um terceiro que utiliza um instrumento inimputável (o índio!), punida em ato preparatório (o verbo nuclear é “propiciar”). A diferença é que a pena prevista para a lesão corporal é 6 meses a 1 ano, em mais um exemplo de cominação desproporcional.

74 ... Relatório, p. 207.

75 ... Relatório, p. 207.

76 ... MILLÔR FERNANDES, *O livro vermelho dos pensamentos de Millôr*, 2. ed., São Paulo, 2005, p. 65.

77 ... Como faz o Código Penal espanhol, em seu capítulo II: “De las causas que eximen de la responsabilidad criminal”.

e criou o binômio “exclusão do fato criminoso (art. 28)/exclusão da culpabilidade (art. 31)”. Infelizmente, a terminologia aparentemente adotada não foi mantida por todo o Projeto, e por vezes surgem outras expressões, como exclusão da ilicitude (art. 122, § 2.º, art. 141), exclusão do crime (art. 128), isenção de pena (art. 27, § 2.º), afastamento a culpabilidade (art. 29, parágrafo único). O ideal seria ou (a) manter a uniformidade na nomenclatura para evitar mal-entendidos ou (b) repassar a função de determinação das consequências jurídicas para a doutrina e jurisprudência. Como é tradição de nosso direito determinar legislativamente as causas de justificação e de exculpação, a sugestão é de que o Código utilize uma linguagem uniforme.

Cuidarei abaixo das causas de justificação (causas que “excluem o fato criminoso”, para o Projeto). De uma perspectiva que considero correta, quando o autor atua justificadamente, surge para a vítima um dever de suportar a agressão do autor ou o perecimento de um bem que lhe pertença, ou seja, um dever de tolerância.⁷⁸ Ao autor atribui-se um direito de ingressar na esfera alheia. A declaração de que uma conduta é justa, conforme ao direito, possui conteúdo geral, e não se dirige apenas aos envolvidos.⁷⁹ A determinação exata das causas de justificação possui, assim, importância fundamental para a divisão de esferas de liberdade entre os cidadãos e diz muito sobre a forma como o Código Penal compreende a relação entre Estado e cidadãos.⁸⁰ A inovação digna de nota ocorreu no estado de necessidade⁸¹ local em que o Projeto, embora anuncie a adoção da chamada teoria diferenciadora⁸² (que distingue

78 ... O que não implica, necessariamente, um juízo positivo da ordem jurídica, ROXIN, *Strafrecht*, p. 596 e ss. Ver também HASSEMER, *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht. Thesen und Kommentare*, in: ESER/FLETCHER (Org.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Freiburg, 1987, vol. 1, p. 175 e ss., p. 216 e ss., p. 225 e ss. e CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal*, Parte geral, p. 234: “o agressor deve ou suportar a agressão, (...)”.

79 ... Assim HÖRNLE, *Das Unwerturteil und der Schuldvorwurf – Inhalte und Adressate*, in: HEFENDEHL (Org.), *Empirische und dogmatische...* cit., p. 106 e LK-HIRSCH, *Comentário prévio ao § 32*, 11. ed., n. 73, p. 149; ROXIN, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen*, in: ESER/FLETCHER (Org.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Freiburg, 1987, vol. 1, p. 230 e ss., p. 234: “as causas de justificação oferecem diretrizes de comportamento” (há tradução italiana desse artigo em ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, Napoli, 1996, p. 83 e ss.).

80 ... Não apenas, mas também porque se entende de forma dominante que a causa de justificação opera seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, e não apenas no interior do Direito Penal. Assim o estudo clássico de ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Darmstadt, 1935, passim; RUDOLPHI, *Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, GS-Armin Kaufmann, 1989, p. 371; FRAGOSO, *Antijuridicidade*, *Revista Brasileira de Direito Penal e Criminologia* 7/29 e ss., 1964.

81 ... Nas palavras da Exposição: “O texto do atual Código Penal foi mantido. As duas exceções são, primeira, o acréscimo, explicativo, à situação de estado de necessidade. O dispositivo em vigor fala em não ser razoável ‘exigir o sacrifício do direito ameaçado’. A proposta, indica não ser razoável ‘exigir o sacrifício do bem jurídico levando-se em consideração sua natureza ou valor’. Segunda, a possibilidade, neste mesmo caso, de excluir-se a culpabilidade (e não apenas reduzir a pena). Trouxe-se a *inexigibilidade de conduta diversa* para o tratamento do estado de necessidade.”, p. 222.

82 ... Relatório, p. 222.

estado de necessidade como justificção do estado de necessidade como exculpação), parece manter a possibilidade de existência de estado de necessidade justificante contra estado de necessidade justificante (ver infra, c), reduzindo a nada a inovação.

a) Estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de um direito

O Projeto mantém a lacônica previsão das causas de justificção do estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular de um direito, ambas introduzidas, por inspiração italiana⁸³ pelo legislador de 1940. Esse dispositivo, cuja manutção foi um lapso da reforma da parte geral de 1984, poderia ser simplesmente suprimido, e por duas razões. Em primeiro lugar, reconhece-se há muito a existncia de causas de justificção supralegais, e o melhor exemplo é o consentimento⁸⁴ Em segundo lugar, o fundamental em ambas as causas de justificção é a definio exata da extenso do dever e do direito a que se referem, e uma obviedade lógica impõe que o que é definido como um dever ou um direito juridicamente reconhecidos não pode constituir, ao mesmo tempo, crime. A manutção destas cláusulas gerais contém ainda uma mensagem político-criminal equivocada, na medida em que tergiversa sobre a problemática da necessidade de que as ações típicas praticadas por agentes do Estado estejam sempre submetidas a autorizaões estritas e contidas expressamente em lei⁸⁵ A manutção é, além de tudo, político-criminalmente suspeita, especialmente ao se observar a recorrência de casos de violência policial.

b) Legítima defesa

O dispositivo foi mantido com a redação atual. Poder-se-ia ter previsto uma cláusula que abarcasse as chamadas restrições ético-sociais imposta ao direito de legítima defesa, como as defesas contra inimputáveis, sujeitos em erro de proibio inevitável ou no interior de uma entidade familiar⁸⁶ De qualquer forma, essa omissão dilui-se em significado tão logo se

83 ... Código Penal italiano que mantém, ainda, ambas figuras em seu art. 51. Referências em MANTOVANI, *Diritto penale*, Parte generale, 6. ed., Milano, 2009, p. 237 e ss. e FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, Parte generale, 6. ed., Bologna, 2009, p. 270 e ss.

84 ... Desde que se entenda que o consentimento é uma causa de justificção. Sobre a discussao ver ROXIN, *Strafrecht*, p. 539 e ss. A propósito, o exercício regular de um direito mostra-se igualmente dispensável nos casos de intervenções medicas e cirúrgicas, contexto em que é bastante mencionado (por todos, BRUNO, *Direito penal*, Parte geral, 3. ed., Rio de Janeiro, 1967, t. II, p. 11 e ss.). Aqui há, em regra, consentimento ou estado de necessidade (caso se admita estado de necessidade quando estão em jogo bens do mesmo portador). O médico não possui, por exemplo, um “direito” de tratar um paciente contra a vontade deste.

85 ... Sobre a discussao ver ROXIN, *Strafrecht*, § 16, p. 773 e ss. e § 17, p. 787 e ss.

86 ... A esse respeito, especificamente, e tese de doutorado recentemente publicada de ZILIO, *Legítima defesa*,

observe o inusitado tratamento dado ao instituto posterior, o estado de necessidade.

c) Estado de necessidade justificante

O estado de necessidade é dos institutos que melhor refletem a relação entre Estado e cidadãos. A partir do tratamento que se empreste ao estado de necessidade revelam-se, por assim dizer, as virtudes ou vicissitudes do Estado. O Projeto, em seu art. 29, resolveu inovar no tratamento deste complexo e secular instituto e, vez mais, andou mal.

Há várias questões relevantes, e, em homenagem ao que afirmei anteriormente (ver I) início com os equívocos introduzidos. O Projeto propõe, como alteração em destaque, a substituição da expressão “para proteger direito próprio ou alheio”, existente desde a parte geral de 1940, pela expressão “proteger bem jurídico próprio ou alheio”. A alteração não é em si equivocada⁸⁷ mas apresenta problemas para a leitura conjunta do dispositivo, como ficará claro logo abaixo.

A segunda alteração foi a supressão do “nas circunstâncias” contido no nosso atual art. 24. O Projeto, ao substituir a expressão “direito” por “bem” e ao suprimir, sem justificativa nenhuma, a expressão “nas circunstâncias”, indica que apenas “a natureza e o valor” do bem jurídico importam na avaliação da ação justificada, o que é simplesmente incorreto. Essa ideia nunca se impôs, na medida em que desde há muito está claro⁸⁸ que, embora a ponderação da natureza e do valor dos bens seja relevante, é necessária uma avaliação geral das circunstâncias envolvidas na situação justificante. Circunstâncias como a intensidade da lesão, a probabilidade de sua ocorrência, a vontade da mãe nos casos de aborto, devem ser levadas em consideração⁸⁹ Em razão dessas considerações é que se operou a transição da ponderação de bens para a ponderação de interesses⁹⁰ O que está em perigo é, de fato, um bem jurídico,

Buenos Aires, 2012, especialmente p. 187 e ss., p. 207 e ss.

87 ... Embora **Hungria**, desde há muito, interpretasse a expressão “direito” como “qualquer bem ou interesse juridicamente tutelado”, HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, art. 19 a 21, p. 274. Da mesma forma, BRUNO, *Direito penal*, 3. ed., Rio de Janeiro, 1967, t. I, p. 387.

88 ... Desde a decisão do Tribunal do Império alemão sobre o aborto publicada em RGSt 61, p. 242 e ss., no ano de 1927!

89 ... ROXIN, *Strafrecht*, § 16, p. 725: “A limitação a uma ponderação abstrata de bens revela-se, desde o começo, como excessivamente estrita e impassível de ser conduzida sem limitações”. Ver a precisa exposição de FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, Parte geral, 2007, t. I, p. 445 e ss. Na doutrina brasileira, **Rodríguez** interpreta corretamente o “nas circunstâncias” como uma referência mais ampla ao objeto da ponderação, RODRÍGUEZ, *Fundamentos de direito penal brasileiro*, São Paulo, 2010, p. 233 e ss. **Cirino dos Santos** também indica, acertadamente, essa necessidade, CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal*, Parte geral, p. 252 e ss.

90 ... LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, Tübingen, 1965, p. 120 e ss.

mas o objeto da ponderação é mais amplo, e abarca todas as circunstâncias e interesses. O ideal é que ao menos se mantenha a expressão “nas circunstâncias” existente na legislação vigente. Da forma como está, ignora-se por completo o bem jurídico agredido, o que não surpreende tanto em uma regulação que prescinde de uma cláusula de preponderância (ver infra). O Projeto piora muito a redação atual, e adota uma postura unilateral ao considerar relevante apenas a “natureza e valor” do bem a ser salvo, excluindo qualquer referência ao bem agredido, o que atualmente é permitido justamente pela expressão “nas circunstâncias”.

Na alínea *a* do art. 29, o Projeto, em outra inovação, condiciona o estado de necessidade ao fato de o “*bem jurídico protegido (estar) exposto a lesão atual ou iminente*”. São bens jurídicos em perigo que estão em jogo e não, evidentemente, bens jurídicos lesionados. Uma “lesão atual” já é uma lesão, e não um perigo de lesão que caracteriza a situação de necessidade. A expressão deve ser substituída por “perigo”, como de resto propõe o Projeto nas alíneas *b* e *c*. Tal como está, é possível admitir um estado de necessidade justificante quando o bem a ser salvo já esteja definitivamente lesionado⁹¹ sacrificando-se, assim, inutilmente um bem jurídico de um terceiro que, em regra, nada tem a ver com o perecimento do bem do agressor.

Mas o defeito mais grave ainda está por vir. O Projeto simplesmente suprimiu a expressão “não evitável de outro modo”, que designava a avaliação da necessidade da ação para proteger o interesse ou o bem envolvido. Essa cláusula é a estação central de muitos problemas da dogmática do estado de necessidade⁹². Ao suprimi-la, o Projeto indica que o autor, para proteger seu bem, está autorizado a escolher livremente os meios que melhor lhe aprouverem, em completo descaso com os interesses do agredido⁹³. Um dos grandes avanços teóricos se deu justamente pela compreensão de que, por exemplo, quando ajuda estatal está disponível, os particulares não podem simplesmente ingressar ao seu gosto nos direitos de outros cidadãos. Se o Estado dispõe uma lista de espera para transplantes, não pode um cidadão retirar coativamente um rim de outro para que lhe seja transplantado, pois esse perigo “é evitável de outro modo”, a saber, com o ingresso em uma fila de transplantes⁹⁴. Se há tempo ainda de procurar ajuda policial, o cidadão deve ao menos tentá-lo. O Projeto silencia a esse

91 ... Claramente contrário ao disparate de se admitir estado de necessidade quando o bem já está lesionado, BRUNO, *Direito penal*, t. I, p. 395.

92 ... LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 78 e ss. No Direito Penal italiano, por todos, MANTOVANI, *Diritto penale*, Parte generale, p. 266 e ss.

93 ... Ao comentar essa causa, BRUNO, *Direito penal*, t. I, p. 395 indicava a inarredável importância de mantê-la: “*Só como recurso extremo admite a lei o sacrifício do bem do estranho inocente*”. Não mais, nos termos do Projeto.

94 ... Se essa ação pode ser exculpada – não justificada! – por estado de necessidade (ver infra), é outra pergunta. O fundamental é que o direito não pode considerar justo esse ingresso arbitrário na esfera alheia de um inocente.

respeito e proclama a superioridade da decisão do autor em detrimento da vítima, que deve estar sempre, nos termos do Projeto, disposta a tolerar ingressos desnecessários em sua esfera. Tudo autorizado pelo direito. Como o Projeto admite o estado de necessidade de terceiros e aqui provavelmente estejam compreendidos bens da coletividade⁹⁵ – diferentemente da legítima defesa –, nosso Direito Penal autorizará, sob o manto sagrado do estado de necessidade, que cidadãos sejam obrigados a sacrificar seu patrimônio e sua integridade física em nome da comunidade, em nome dos interesses coletivos, uma postura coletivista que agride covardemente o direito das pessoas⁹⁶

Há outra inovação. O Projeto acrescentou a possibilidade de se “afastar a culpabilidade” em caso de “ser razoável exigir-se” o sacrifício do bem. A este respeito manifestar-me-ei posteriormente (III, 2, d).

Além disso, alguns graves erros antigos deixaram de ser corrigidos. A ideia de ponderação, fundamental para a compreensão do estado de necessidade, não está clara na redação do Projeto⁹⁷ Não há em lugar alguma referência à necessidade de que o bem ameaçado a ser garantido deva ser considerado preponderante em relação ao bem agredido. Uma cláusula de preponderância deve ser inserida, para que fique claro que o direito, especialmente nos casos em que o titular do bem agredido é inocente e não participava da fonte de perigo, apenas considera justa a intervenção na esfera alheia em casos em que o bem garantido supera em alguma medida o bem agredido⁹⁸ De outro modo, não há como explicar para o terceiro por que razão ele deve se sacrificar pelo interesse alheio ou da comunidade⁹⁹ O Projeto parece igualmente ser cego quanto à distinção entre estado de necessidade agressivo (o terceiro não participa da fonte de perigo e é inocente; o dono do carro que necessita ser furtado para

95 ... Ver por todos ROXIN, *Strafrecht*, § 16, p. 729.

96 ... Isso é evitado precisamente pela análise da necessidade da ação justificada, na medida em que, em geral, para proteger interesses coletivos ou do Estado é possível recorrer ao auxílio estatal.

97 ... TAVARES, *Teoria do crime culposos*, 3. ed., Rio de Janeiro, 2010, p. 397: No Código Penal, “(...) não se reconhece, em princípio validade ao critério da ponderação de bens na caracterização do estado de necessidade”.

98 ... O Código Penal alemão chega a exigir uma “considerável preponderância” no § 34, como fazia, corretamente, o natimorto Código Penal de 1969 e seu art. 28. Há que diga que o princípio do interesse preponderante é um princípio geral das causas de justificação, LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 133. No direito brasileiro, **Munhoz Netto**, por exemplo, clama pela inclusão dessa cláusula desde 1961: MUNHOZ NETTO, Aspectos do Anteprojeto de Código Penal, *Revista da Faculdade de Direito da UFPR* 9/90, 1961. Também FRAGOSO, in: HUNGRIA/FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal*, art. 19 a 21, p. 590 e ss. O Projeto, aparentemente, não buscou conselhos nas reformas passadas.

99 ... Abstrairei aqui a disputa sobre se o fundamento do estado de necessidade repousa na ideia de utilidade ou em um dever de solidariedade. Sobre esse debate, por todos, o valiosíssimo estudo de PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, Berlin, 2002, especialmente p. 29 e ss.

conduzir ao hospital um cidadão que acabara se sofrer um infarto) e estado de necessidade defensivo (o perigo parte da esfera jurídica do agredido; o motorista de um automóvel desgovernado que ameaça bens de terceiro). Ambos possuem legitimação e extensão diversas, aproximando-se o último da legítima defesa.¹⁰⁰

Um exemplo antiquíssimo: dois sujeitos brigam em alto-mar pela tábua de salvação, exemplo que ficou conhecido como tábua de Carneades.¹⁰¹ Para nosso Projeto, tal como está (sem cláusula de preponderância), ambos possuem o direito de intervir no direito alheio e, de outro lado, ambos possuem o dever de tolerar o ingresso em sua esfera de liberdade. Ou seja, em situações dramáticas de vida contra vida,¹⁰² nossa solução de direito positivo parece ser a de que existe justificção contra justificção, uma cerimônia em que entra em cena um espaço livre de direito (o direito está suspenso, já que ambos possuem direitos e deveres que se autoexcluem) que, incrivelmente, ao seu final, produz um resultado jurídico: aquele que vencer a guerra, ou seja, o mais forte¹⁰³ terá sua conduta autorizada pelo Direito! Um verdadeiro desafio à lógica deontica que se reverte na degradação dos direitos das pessoas. Sem uma cláusula de preponderância tampouco auxilia reconhecer timidamente um estado de necessidade exculpante (art. 29, parágrafo único; ver infra), já que o equívoco septuagenário – em idade de aposentadoria compulsória de nosso ordenamento, portanto – de se reconhecer causa de justificção contra causa de justificção perdura insistentemente em nosso direito.¹⁰⁴ Aqui perdeu o novo Projeto uma chance de ouro, que já fora perdida pela reforma de 1984.

A única saída que vejo seria conceder uma interpretação salvadora à alínea *d* do art. 29, que fala em “razoabilidade do sacrifício do bem” e compreender que aqui há um limite deontológico, isto é, livre de ponderações, que não permite que o sujeito sacrifique sua vida em detrimento de outros e que também estejam excluídas violações de sua dignidade (como a

100. Há quem justifique o homicídio daquele que representa a fonte de perigo em estado de necessidade defensivo, TILL ZIMMERMANN, *Rettingstötungen*, Baden-Baden, 2009, p. 171 e ss.; ver também sobre a distinção RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, Berlin, 1994, p. 43 e ss., p. 74., p. 238 e ss. Sobre a distinção entre essas duas formas de estado de necessidade justificante, HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, art. 19 a 21, p. 275 e RODRÍGUEZ, *Fundamentos de direito penal brasileiro* cit., p. 241 e ss.

101. Sobre esse exemplo histórico, AICHELE, *Was ist und wozu taugt das Brett des Carneades*, *JRE* (11), p. 245 e ss., 2003.

102. Em detalhes FERREIRA DA CUNHA, *Vida contra vida*, Coimbra, 2009, passim.

103. Ou “o mais feliz”, na expressão de HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, arts. 19 a 21, p. 272, que tergiversava o problema ao falar em “faculdade” de agir em vez de “direito de agir”, uma mudança terminológica que não atingia o cerne do problema.

104. Não sei se pela autoridade da voz de HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, art. 19 a 21, p. 278 e ss. ou por não percepção deste equívoco lógico, produtor de arripantes injustiças. Lembro que **Hungria** exigia, ao menos, que não houvesse outro meio para a salvação do bem (p. 278), o que o Projeto parece não exigir (ver acima).

tortura para salvamento¹⁰⁵). Ou seja, reconhecer que há casos que estão excluídos de qualquer ponderação de interesses¹⁰⁶. De qualquer forma, o art. 29 representa um dos defeitos mais graves do Projeto, pois, em última análise e em bom português, não leva a sério o direito das pessoas. Nessa matéria, é melhor começar do zero¹⁰⁷.

d) Princípio da insignificância como causa de justificação

O que se convencionou chamar princípio da insignificância contém uma importante mensagem político-criminal, a saber: o Direito Penal é subsidiário na proteção de bens jurídicos e deve apenas cuidar das lesões mais graves. Há várias soluções jurídicas para a criminalidade de bagatela, este problema que intriga todos os sistemas penais¹⁰⁸. Pode-se propor uma mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal e prever uma causa de arquivamento para a criminalidade de bagatela, como faz o § 153 do Código de Processo Penal alemão (solução processual)¹⁰⁹ pode-se também redigir dispositivo que afirme expressamente que o injusto material dos delitos pressupõe uma lesão não insignificante de bens jurídicos, como faz o Código Penal polonês em seu art. 1, § 2.º (solução de direito material)¹¹⁰. Nosso Projeto trilhou o segundo caminho, o que é em si correto. Há, no entanto, alguns pontos a serem observados.

A vantagem da solução de direito material é a possibilidade de os magistrados concretizarem em suas decisões os critérios de solução do problema, o que fica obscurecido com a solução processual¹¹¹. O Projeto andou mal, assim, ao enunciar critérios excessivamente

105 . Cf. GRECO, As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba-relógio”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 78/7 e ss., 2009; e RODRÍGUEZ, *Fundamentos de direito penal brasileiro* cit., p. 239 e ss.

106 . Ver MEISSNER, *Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand* (§ 34 StGB), Berlin, 1989, p. 182 e ss., p. 212 e ss. Ver a exposição de PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 244. Corretamente, tentando interpretar dessa forma nosso direito positivo, CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal*, Parte geral, p. 258.

107 . Sobre o parágrafo único, que aparentemente institui o estado de necessidade exculpante, manifestar-me-ei logo a frente. Outros problemas, como se o perigo exigido pelo art. 29 compreende também o perigo contínuo, ou a extensão dos deveres legais de suportar o perigo, devem ficar a cargo da doutrina e da jurisprudência, e podem ser enfrentados em outra sede.

108 . Sobre a discussão alemã ver KAISER, *Möglichkeiten der Bekämpfung von Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland*, *ZStW* 90/877 e ss., 1978.

109 . Sobre essa solução, HÜNERFELD, *Kleinkriminalität und Strafverfahren*, *ZStW* 90/905 e ss., 1978.

110 . Há também outra solução de direito material defendida na doutrina, a saber, o tratamento do crime bagatelar como causa pessoal de exclusão da pena. Assim, NAUCKE, *Der Begriff der “geringen Schuld” (§153 StPO) im Straftatsystem*, FS-Maurach, p. 197 e ss., p. 208 e ss. Sobre a discussão, HÜNERFELD, *ZStW* 90/909 e ss., 1978.

111 . Assim ROXIN, *Grundlagen des polnische Strafgesetzbuches im deutsch-polnischen Vergleich*, FS-Swarc, 2009 p.

abstratos e que padecem de defeitos lógicos. A exposição das condições não representa nenhum ganho para a segurança jurídica, já que a discussão não se trava no plano da adoção do princípio da insignificância, mas na determinação de seus critérios¹¹² e as alíneas *a*, *b* e *c* do art. 28 poderiam ser suprimidas¹¹³. Esta determinação está longe de ser pacífica, como parece presumir o Projeto. Bastava a mensagem de que, para a configuração do injusto material, exige-se uma lesão não insignificante de bem jurídico, como espécie de lembrete oficial aos magistrados que o Direito Penal oferece proteção subsidiária de bens jurídicos.

A colocação do princípio da insignificância entre as causas de justificação é, igualmente, surpreendente. O Projeto usa a expressão “exclusão do fato criminoso” para se referir às causas de justificação, como deixa claro o art. 28. No princípio da insignificância afirma o Projeto que “também não haverá fato criminoso” (art. 28, § 1.º). O Projeto afirma, assim, que a conduta é, sim, um injusto material e viola a proibição penal, mas está excepcionalmente justificada. O comerciante deve, portanto, tolerar excepcionalmente um ingresso na sua esfera de liberdade (ver *supra*, III, 1). A mensagem da ideia de insignificância, no entanto, é a de que uma lesão insignificante sequer configura injusto material, sequer interessa ao Direito Penal. O ideal é que, caso se queira realmente positivar a ideia de insignificância, o dispositivo estivesse localizado na parte referente ao tipo ou ao lado das outras declamações de princípios que o Projeto optou por realizar (ofensividade, culpabilidade etc.). Parece ter ocorrido algum mal-entendido na redação do artigo, na medida em que a doutrina largamente dominante entende a insignificância como causa de exclusão da tipicidade¹¹⁴.

79 e ss. Sobre o mito de que a origem do princípio da insignificância esteja em Roxin, ver GRECO/LEITE, Claus Roxin, 80 anos, *Revista Liberdades* 7/197 e ss., especialmente p. 114, 2011. Uma vantagem da solução processual é que ela se coaduna mais proximamente com o argumento pragmático de que a criminalidade de bagatela é um custo morto para o sistema de justiça criminal que deve se concentrar nos casos mais graves. Com esse argumento fica muito difícil defender que é necessária uma decisão judicial (ou seja, a máquina já foi movimentada) para declarar que a lesão é insignificante. A solução processual é mais eficiente, embora não garanta que as decisões respeitem o princípio da igualdade. Sobre esse argumento, HÜNERFELD, *ZStW* 90/908, 1978; e HAMM, *Leitlinien für “Bagatellstrafsachen”*, *KritV* 90/325 e ss., 1996: “arbitrária seleção persecutória”.

112. **Jakobs**, por exemplo, defende que os pequenos furtos em lojas praticamente nunca podem ser considerados uma bagatela, mesmo quando valores ínfimos estão envolvidos, *JAKOBS*, *Der Kern der Gesellschaft ist betroffen*, *KritV* 79/320 e ss., 1996. Propondo critérios, *ALBRECHT*, *Entkriminalisierung als Gebot des Rechtsstaats*, *KritV* 90/330 e ss., 1996, que defende uma solução de direito material.

113. O Projeto parece seguir, em geral, as diretrizes enunciadas no *HC* 84.412, *STF*, 2.ª T., relatado pelo Min. Celso de Mello, j. 19.10.2004. O estranho critério da “periculosidade social da ação”, enunciado na referida decisão, não foi adotado pelo Projeto. Sobre o princípio da insignificância ver a interessante pesquisa coordenada por Bottini, que revela, entre outras coisas, que há disparidade no reconhecimento do referido princípio mesmo entre as turmas do Supremo Tribunal Federal, *BOTTINI* (org.), *O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal* in: *OLIVEIRA*, *Luci*, *Justiça em foco*, Rio de Janeiro: FGV, 2012.

114. SILVA FRANCO, em SILVA FRANCO/STOCCO (Org.), *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial* cit., 2007, art. 1.º, p. 59; ASSIS TOLEDO, *Princípios básicos de direito penal*, p. 133 e ss.; ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual de*

3. Causas de exculpação¹¹⁵

Diferentemente das causas de justificação, as causas de exculpação não garantem ao sujeito um direito de ingresso na esfera de liberdade alheia e tampouco impõem à vítima um dever de tolerância¹¹⁶. Contra um sujeito que atua sob o manto de uma exculpação cabe, com determinadas restrições, legítima defesa, por exemplo. As exculpações decidem, a partir de pontos de vista estritamente jurídico-penais¹¹⁷ se um sujeito deve ou não sofrer uma sanção penal pelo comportamento antijurídico que praticou. O Projeto foi, felizmente, menos inventivo nessa matéria. A grande novidade é a adoção de uma causa de exculpação de inexigibilidade de conduta diversa, de conteúdo geral e prevista expressamente em lei (“ou outras hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa”, art. 31, III). Início com a discutível novidade.

a) Inexigibilidade como cláusula legal de exculpação

Desde pelo menos o estudo de **Freudenthal**¹¹⁸ discute-se sobre a adoção de uma causa geral de exculpação, legal ou supralegal, de inexigibilidade de conduta diversa¹¹⁹. Quase

direito penal brasileiro, São Paulo, 1997, p. 564 e ss.; BITENCOURT, *Tratado de direito penal*, 16. ed., São Paulo, 2011, v. 1, p. 52 e ss., p. 328; VICO MAÑAS, *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no DP*, São Paulo, 1994, passim, especialmente p. 52 e p. 81. Diferenciado, LUIZ DA SILVA, Teoria da insignificância no Direito Penal brasileiro, RT 841/425 e ss., nov. 2005, que distingue entre insignificância absoluta e relativa, que fundamentariam, respectivamente, a atipicidade e a exclusão da ilicitude (p. 429). Na própria Exposição de Motivos, no entanto, o Projeto fala em tipicidade material, Relatório, p. 11, revelando o mal-entendido.

115. Optei por tratar o erro de proibição, também uma causa de exculpação, em conjunto com as outras espécies de erro.

116. Sobre a distinção entre injusto e culpabilidade ver mais recentemente os estudos de GRECO, *Wider die jüngere Relativierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld*, GA 2009, p. 638 e ss. e MOURA, Sobre o sentido da delimitação entre injusto e culpa no direito penal, RBCC 87/7 e ss., especialmente p. 21 e ss., 2010; anteriormente HART, *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968, p. 43, S. 182; PALMA, *O princípio da desculpa em direito penal*, Coimbra, 2005, p. 132. Sobre a discussão no mundo anglo-saxão ver FLETCHER, Introduction from a Common Law Scholar's Point of View, in ESER/FLETCHER (Org.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Freiburg, 1987, v. 1, p. 9 e ss.

117. Sobre as causas de justificação decidem outros pontos de vista, na medida em que operam seus efeitos por todo o ordenamento jurídico. Ver ROXIN, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, in: ESER/FLETCHER (Org.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Freiburg, 1987, v. 1, p. 234 e ss., p. 262.

118. FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, Tübingen, 1922, p. 1 e ss. (há tradução castelhana de Guzmán Dalbora com o título *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*, Montevideo/Buenos Aires, 2003) Sobre a história de evolução, WORTMANN, *Inhalt und Bedeutung der “Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens” im Strafrecht*, Baden-Baden, 2002, p. 28 e ss., p. 100 e ss., p. 110 e ss.

119. Ver a recente tese de habilitação de MOMSEN, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, Baden-Baden, 2006. No Brasil, sobre a ideia de exigibilidade e sua evolução conceitual consultar DIETER, *A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supraleais de exculpação*, Dissertação de Mestrado, UFPR, Curitiba, 2008, p. 46 e ss. e VELO, *O juízo de censura penal* (o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências), Porto Alegre, 1993, passim, e NAHUM, *Inexigibilidade de conduta diversa*, São Paulo, 2001,

sempre, as vozes voltaram-se contra uma admissão em lei de uma tal exculpação, cuja maior característica é a imensa generalidade e ausência de critérios¹²⁰. A concepção normativa de culpabilidade¹²¹ contexto em que a ideia de inexigibilidade ganhou força¹²² impôs-se, sem que no entanto, a tal causa geral de exculpação tivesse o mesmo sucesso¹²³. O que se admite de forma geral é que a inexigibilidade funcione como cláusula corretiva nos delitos culposos¹²⁴ e omissivos¹²⁵ o que me parece correto. Para os delitos dolosos, restam as exculpações previstas em lei, cada uma com seus critérios estabelecidos, seja pela própria lei, seja pela doutrina ou pela jurisprudência. Nosso Projeto quer, no entanto, conceder passaporte jurídico-penal ao que, em verdade, é uma diretriz orientadora das demais exculpações¹²⁶.

Essa adoção sem critérios – o passaporte emitido pelo Projeto não contém qualquer dado de identificação do beneficiário – está equivocada. Sua admissão geral torna incompreensível a previsão de um catálogo específico de exculpações (obediência hierárquica, coação moral, estado de necessidade exculpante). A posição do Projeto faz, além de tudo, escorrer por entre dedos toda a descrição detalhada das outras causas de exculpação: para que submeter-me aos

especialmente p. 71 e ss. Na Itália, MANTOVANI, *Diritto penale*, Parte generale, p. 357 e ss.

120 Assim, FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, p. 609 e ss.

121 . Sobre essa evolução, mais recentemente, BUSATO, Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal, *Revista Liberdades* 8/45 e ss., 2011; TANGERINO, *Culpabilidade*, Rio de Janeiro, 2011, p. 194 e ss.; e FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, p. 602 e ss. Exposição clara em CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal*, Parte geral, p. 284 e ss.

122 . Assim SCHÜNEMANN, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: SCHÜNEMANN (Org.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin, 1984, p. 27 e ss. (há tradução castelhana da obra completa, intitulada *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991; o artigo em questão reapareceu em SCHÜNEMANN, *Obras*, I, Buenos Aires, 2009, p. 259 e ss.); também CORREA, *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*, Granada, 2004, p. 6 e ss. e NAHUM, *Inexigibilidad de conducta diversa*, p.76 e ss.

123 . Assim, FRAGOSO, in: HUNGRIA/FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal*, arts. 19 a 21, p. 591 e ss.

124 . Nesse sentido, TAVARES, *Teoria do crime culposo* cit., p. 449 e ss.; NAHUM, *Inexigibilidad de conducta diversa*, p. 99 e ss. e FRAGOSO, in: HUNGRIA/FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal*, arts 19 a 21, p. 592.

125 . Assim, corretamente, TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, Rio de Janeiro, 1996, p. 100 e ss. e NAHUM, *Inexigibilidad de conducta diversa*, p. 98 e ss., p. 101 e ss.

126 . Lembrando do estudo emblemático de **Henkel**, que determinou que a exigibilidade é apenas uma “ideia regulativa”, HENKEL, *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, FS-Mezger, 1954, p. 249 e ss. (há tradução castelhana de Guzmán Dalbora intitulada *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, Montevideo/Buenos Aires, 2005). Nesse sentido também, ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, Parte general, IV, Buenos Aires, 1977, p. 71 e ss., p. 183 e ss. Um exemplo pode clarificar as coisas: como a doutrina dominante entende que a dúvida sobre a proibição não é um caso de erro de proibição, há a necessidade de, em alguns casos, especialmente quando a dúvida se refere a deveres que se autoexcluem, aplicar analogicamente as regras do erro de proibição, aplicação justificada em razão da ideia de inexigibilidade de conduta diversa. Essa posição é defendida, por exemplo, por SILVA-SÁNCHEZ, *Observaciones sobre el conocimiento “eventual” de la antijuridicidad*, ADCP 1987, p. 652; WARDÁ, *Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewusstsein*, FS-Welzel, 1974, p. 499 e ss.; KUNZ, *Strafausschluß oder –milderung bei Tatveranlassung durch falsche Rechtsauskunft?*, GA 1983, p. 457 e ss NK-NEUMANN, § 17 StGB, 3. ed, n. 34, p. 713; a esse respeito manifestei-me detidamente em LEITE, *Dúvida...* cit., p. 53 e ss., p. 62 e ss.

critérios da coação moral (art. 37), do estado de necessidade exculpante (art. 29, parágrafo único), se posso alegar, sempre e indistintamente, inexigibilidade de conduta diversa?

Há outro argumento pragmático, a saber, o perigo do dano inverso. Uma alegação desenfreada e geral de inexigibilidade de conduta diversa tampouco terá sucesso na dinâmica processual, precisamente porque a ausência completa de critérios possibilitará que a exculpação seja, também sem critérios (!), recorrentemente negada aos sujeitos, também em casos em que sua admissão fosse justa. Mesmo estrategicamente, o ideal é trabalhar com causas de exculpação bem delimitadas e com uma cláusula supralegal salvadora para casos extremos, uma espécie de unidade de terapia intensiva das causas de exculpação previstas em lei.¹²⁷ Que a unidade de terapia intensiva transformar-se-á em uma visita regular ao médico, isto é, que ocorrerá uma banalização da inexigibilidade, parece um efeito colateral a contraindicar o remédio proposto. Voltarei ao assunto por ocasião do estado de necessidade exculpante (infra, d).

b) Obediência hierárquica

A exculpação por obediência a uma ordem não manifestamente ilegal em contexto de relação de Direito Público teve sua redação mantida, o que deve ser louvado.¹²⁸ Houve um acréscimo de um parágrafo único que oferece elementos previstos legalmente para a determinação do conceito de ilegalidade manifesta, afirmando que “*considera-se manifestamente ilegal qualquer ordem para praticar terrorismo, tortura, genocídio, racismo ou outro crime contra a humanidade*” (art. 37, parágrafo único). Essa definição, embora incomum em Códigos, é bem-vinda, justamente porque a problemática da obediência a uma ordem se coloca com especial intensidade, embora não apenas, no contexto do Direito Penal internacional e das guerras.¹²⁹ Há, todavia, um problema na definição referida, de singela solução. A expressão “ou *outro crime contra a humanidade*” deve ser corrigida, na medida em que alguns dos crimes anteriormente mencionados, como o crime de terrorismo, racismo e tortura, não são crimes contra a humanidade. Como definiu o próprio Projeto, crimes contra a humanidade

127 . Como ocorre com a admissão de um estado de necessidade exculpante supralegal para casos extremos, como, por exemplo, o abate de aviões sequestrados que voam em direção a prédios habitados. Há inocentes tanto no avião, como no prédio. Sobre a discussão destas tragédias, por todos, ROXIN, *Der Abschuss gekapertter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben*, ZIS (6) 2011, p. 551 e ss.

128 . Em geral sobre a obediência ver N. BRANDÃO, *Justificação e desculpa por obediência em direito penal*, Coimbra, 2006, p. 15 e ss.; o ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 21, Rn. 74, p. 961; também HOYER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen*, München, 1998, p. 7 e ss.; clássicos, v. WEBER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl*, Bonn, 1948, p. 30 e ss. e STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, Tübingen, 1958, p. 4 e ss.

129 . Ver AMBOS, *Zur strafbefreienden Wirkung des “Handelns auf Befehl” aus deutscher und völkerstrafrechtlicher Sicht*, JR 1998, p. 221 e ss. e TILL ZIMMERMANN, *Gilt das StGB auch im Krieg?*, GA 2010, p. 507 e ss.

pressupõem um chamado elemento contextual,¹³⁰ isto é, eles têm de ser praticados “no contexto de ataque sistemático dirigido contra população civil, num ambiente de hostilidade ou de conflito generalizado, que corresponda a uma política de Estado ou de uma organização” (art. 458, *caput*). O Projeto provavelmente confundiu crime contra a humanidade e crime contra os direitos humanos. Era a essa última categoria que se queria fazer menção. O erro demonstra, mais uma vez, uma falta de domínio dos temas regulados.

Outro problema sistemático é a previsão conjunta da obediência hierárquica e da coação moral irresistível. A coação moral irresistível parece aproximar-se mais do estado de necessidade;¹³¹ a obediência hierárquica, por sua vez, segundo uma concepção que considero correta, do erro de proibição.¹³² É fácil, no entanto, perceber as razões dessa formulação conjunta: o Projeto, seguindo nossa redação atual, formulou essas exculpações desde a perspectiva do coator e do emissor da ordem (“só é punível o autor da coação ou da ordem...”) e não da perspectiva do sujeito que atua, que é, na verdade, o destinatário da exculpação. O ideal é que as exculpações sejam formuladas da perspectiva do seu destinatário, o que afastaria a previsão conjunta. Da forma como está, o art. 37 é dispositivo de autoria e participação. Deve ocorrer, pois, a mudança de perspectiva sugerida.¹³³

c) Coação moral irresistível

O Projeto mantém a autonomia da coação moral irresistível, situação em que um sujeito

130. Por todos AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 3. ed., München, 2011, n. 173, p. 173 e s.

131. Ver RENGIER, *Strafrecht*, § 19, p. 183 e ss.; GRECO, A teoria diferenciadora do estado de necessidade: por que só de lege ferenda?, *Revista A Crítica*, 2000, p. 25. Precisamente, BRUNO, *Direito penal*, Parte geral, t. II, p. 171.

132. Assim, BRUNO, *Direito penal*, t. II, p. 173 e s.; HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, art. 18, p. 262: “erro de direito, aqui excepcionalmente relevante”. Também defendi expressamente essa ideia em LEITE, *Dúvida... cit.*, p. 124 e ss. Contrariamente, FRAGOSO, *Lições de direito penal*, p. 218. Na Alemanha, para ficar apenas com alguns relevantes exemplos, Jescheck/Weigend, Roxin, **Maurach/Zipf** e **Ambos** compreendem a obediência hierárquica como um caso especial de erro de proibição: JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht*, AT, § 46, Berlin, 1996, p. 495 (há tradução castelhana de Olmedo Cardenete intitulada *Tratado de derecho penal: Parte general*, Granada, 2002); ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 21, Rn. 73, p. 60 e s.; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht*, AT, 8. ed., 1992, t. 1, § 38, n. 24 e ss., p. 544 e ss.; AMBOS, JR 1998, p. 222. Não ignoro que o tratamento do atual art. 22 do CP como subespécie do art. 21 do CP enseja alguns problemas, especialmente aquele relacionado aos conhecimentos especiais do subordinado. Aqui não é a sede para resolver esse problema – adianto apenas que o considero, num primeiro momento, superável.

133. Há outros aspectos interessantes do instituto – instituto que, diga-se, carece de uma investigação completa no Direito Penal brasileiro –, mas que não devem ser, de fato, objeto da legislação. Ultimamente, fala-se também na extensão das regras da obediência hierárquica às estruturas privadas, como empresas (a esse respeito o estudo específico de HOYER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen*, München, 1998, passim). A discussão é válida, pois em geral exige-se relação de hierarquia fundada em direito público (por todos BRUNO, *Direito penal*, Parte geral, t. II, p. 176). Antigamente, discutia-se com mais vigor casos em que a obediência a uma ordem pode ter efeitos justificantes. Sobre essa discussão ver BRUNO, *Direito penal*, Parte geral, t. II, p. 173 e ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht*, AT, 6. ed., München, 2011, § 9, p. 148 e ss.; N. BRANDÃO, *Justificação e desculpa por obediência em direito penal*, p. 15 e ss., p. 126 e ss., p. 284 e ss.

agride um bem jurídico sob ameaça de que em caso contrário determinado mal lhe ocorrerá, como causa de exculpação específica. Alguns ordenamentos jurídicos, como atualmente o alemão, consideram esses casos como subcasos de estado de necessidade. Pessoalmente, creio que o Projeto está correto¹³⁴ Esses casos, cuja relevância prática se mostra nas várias hipóteses em que uma testemunha comete o delito de falso testemunho por estar sob ameaça de um terceiro, possuem determinadas peculiaridades. A principal delas é que a ameaça humana difere essencialmente dos casos em que o perigo para determinado bem provém de alguma outra circunstância ou de algum fato da natureza: a ameaça humana, incerta e não sujeita a determinação causal segura, exerce, além de tudo, domínio psíquico no sujeito coagido. Creio, assim, que o Projeto andou bem nesse ponto.

Outra pergunta diz respeito ao efeito jurídico da coação moral irresistível, se justificante, se exculpante. Há, é verdade, discussão intensa sobre a natureza jurídica da coação moral irresistível¹³⁵ e o Projeto, seguindo nossa tradição, ao manter a coação no catálogo das exculpações, decidiu, aparentemente, a disputa¹³⁶ A catalogação específica, no entanto, não impede que alguns casos, desde que preenchidos os requisitos amplíssimos do estado de necessidade justificante tal como proposto (art. 29), possam ter efeitos excludentes do injusto, o que é facilitado pela ausência de cláusula de preponderância e da análise da necessidade no Projeto (ver supra, III, 2, c). Assim, se se estiver disposto a levar a sério o conteúdo de nosso estado de necessidade justificante, sobra quase nada para a coação moral irresistível excludente de culpabilidade. O Projeto prevê, pois, uma falsa solução do problema e, por linhas tortuosas e sem querer, chega a um resultado que, corretamente, deixa em aberto o efeito jurídico desse interessante instituto, solução que considero adequada¹³⁷

d) Estado de necessidade exculpante

¹³⁴. O próprio Código Penal alemão do Império previa a coação moral de forma autônoma, no § 52, ao lado do estado de necessidade, que aparecia no § 54. A esse respeito, o estudo completo de BERNSMANN, “*Entschuldigung durch Notstand*”, Berlin, 1989, p. 140 e ss. e as monografias específicas de KÜPER, *Darfsich der Staat erpressen lassen?*, Heidelberg, 1986, p. 32 e ss., p. 47 e ss. e KELKER, *Der Nötigungsnotstand*, Berlin, 1993, p. 13 e ss., p. 170 e ss.

¹³⁵. Notícia da discussão em RENGIER, *Strafrecht*, § 19, p. 183 e ss. O sentido prático da disputa reside no fato de que, caso se justifique a conduta do coagido, o coator não poderá, por vezes, ser punido por ausência de um fato principal ou por faltar-lhe determinada característica exigida (por exemplo, em casos de delitos de mão própria). A vítima do delito cometido sob coação não poderá, também, atuar em legítima defesa. Há boas referências também em ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, Parte general, IV, p. 235 e ss., que discorre sobre a relação entre coação e estado de necessidade. Entre nós, **Hungria** defendeu energicamente, em acirrada polêmica com **Galdino Siqueira**, a natureza exculpante da coação moral, HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, art. 18, p. 257 e ss.

¹³⁶. No direito anglo-saxão, **Hart** já manifestou que, em alguns casos, a coação pode ter efeitos justificantes, HART, *Punishment and Responsibility*, p. 16.

¹³⁷. Por uma solução diferenciada desses casos, RENGIER, *Strafrecht*, AT, 3. Ed., München, 2011, § 19, p. 183 e ss.

Como já foi anunciado (supra, III 2, c), o Projeto criou, desastrosa e timidamente, um estado de necessidade exculpante, previsto em forma de parágrafo único ao art. 29, em que são estabelecidos os critérios do estado de necessidade justificante. Está disposto: “*Se for razoável o sacrifício do bem jurídico, poderá ser afastada a culpabilidade ou ser a pena diminuída de um a dois terços*” (parágrafo único do art. 29). Está claro, pois, que existe um estado de necessidade exculpante (“...afastada a culpabilidade...”) no Projeto,¹³⁸ cujo critério é, única e exclusivamente, a razoabilidade da exigência de sacrifício do bem. Nada mais. Há quatro problemas capitais nessa novidade, que ensaia a adoção da teoria diferenciadora.¹³⁹

O primeiro problema é a admissão concomitante do estado de necessidade exculpante e de uma causa geral de inexigibilidade de conduta diversa.¹⁴⁰ O estado de necessidade exculpante é expressão, produto de uma ideia geral de inexigibilidade e, caso se opte pela discutível positivação da ideia mais geral (supra, a), não há razão alguma para a previsão de uma causa de exculpação específica de estado de necessidade.¹⁴¹ O Projeto precisa optar: ou uma novidade, ou outra. A sugestão é que se construa um estado de necessidade exculpante com critérios bem estabelecidos. Esse problema logo esbarra no segundo.

O Projeto criou um estado de necessidade exculpante sem refletir sobre a fundamentação e os limites desse importante instituto, que reflete o tratamento jurídico-penal de tragédias. O único critério, pouco eloquente, é a razoabilidade do sacrifício do bem. Não há limitação de bens jurídicos¹⁴² não há referência às pessoas beneficiadas.¹⁴³ O estado de necessidade exculpante possui, incrivelmente, a mesma generalidade que a cláusula de inexigibilidade. E a explicação para tal representa o terceiro problema.

Segundo a visão do Projeto, o estado de necessidade exculpante é o cesto de roupa suja do estado de necessidade justificante. O que não cabe na já excessivamente ampla regulação do

138 . Que já existe em nosso ordenamento jurídico vigente no art. 39 do Código Penal Militar. Parte da doutrina nacional defende, já de lege lata, a existência de um estado de necessidade exculpante em nosso atual Código. Referências em GRECO, A teoria diferenciadora... cit., *Revista A Critica*, 2000, p. 23 e ss.; RODRÍGUEZ, *Fundamentos de direito penal brasileiro* cit., p. 242 e ss.

139 . Sobre essa teoria, no direito brasileiro, indico a clara exposição de FRAGOSO, in: HUNGRIA/FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal*, 5. ed., Rio de Janeiro, 1978, v. I, t. II, p. 588 e ss.

140 . Exposição clara e acessível da discussão sobre o estado de necessidade exculpante encontrará o leitor em FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, p. 611 e ss.

141 . Ver a exposição de CORREA, *Inexigibilidad de otra conducta...* cit., p. 50 e ss., p. 92 e ss.; também MOMSEN, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlichen Pflichten*, p. 74 e ss.

142 . Sobre a história dessa limitação, desde a obra de **Hobbes**, o estudo de RENZIKOWSKI, *Entschuldigung im Notstand*, *JRE* 11/282, 2003.

143 . Como faz o Código Penal Militar no já referido art. 39.

estado de necessidade justificante, transforma-se, automaticamente e em mágica dogmática, em estado de necessidade exculpante, que seria, assim, um dispositivo subsidiário. O que acabo de afirmar é confirmado adicionalmente pela topografia do dispositivo (a exculpação aparece como parágrafo único da justificação, ou seja, em relação de subordinação). Assim se ignora que ambos os institutos possuem fundamentos e limites rigorosamente distintos. A exculpação não inaugura qualquer dever de tolerância, e a referência à ideia de solidariedade, comum na fundamentação do estado de necessidade como justificação¹⁴⁴ é desnecessária. No estado de necessidade como exculpação surgem fundamentações diversas, ligadas à pressão psicológica do sujeito¹⁴⁵ às necessidades de prevenção¹⁴⁶ à dupla redução do injusto e da culpabilidade¹⁴⁷ argumentos contratualistas¹⁴⁸ entre outros. Também a imposição de limites adicionais ao estado de necessidade exculpante está ligada à fundamentação específica do instituto, que, repito, é autônomo em relação ao seu homônimo com poderes justificantes. É fundamental lembrar que sob a rubrica “estado de necessidade exculpante” são tratados casos calamitosos, como o homicídio doloso de milhares de inocentes para garantir a vida de outros milhares,¹⁴⁹ a tortura de inocentes para obtenção de informações que ajudam a salvar um bem jurídico em perigo¹⁵⁰ etc. Tratar com desleixo essa matéria é extremamente grave.

O quarto e último problema está ligado à relação de convivência entre o velho e novo¹⁵¹ Anteriormente já foi afirmado que o Projeto mantém a tradição de nosso direito de, equivocadamente, admitir a existência de causa de justificação contra causa de justificação.

144 . Fundamental, KÜHL, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*, Baden-Baden, 2001, p. 48 e s.

145 . RENGIER, *Strafrecht*, AT, § 26, nm. 1, p. 238 e s.; HEINRICH, *Strafrecht*, AT, 2. ed., 2010, n. 564, p. 236; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, § 23, p. 178 e s.; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 6. ed., 2000, § 14, n. 1, p. 214.

146 . ROXIN, *Strafrecht*, § 22, p.963 e ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 2. ed., 1993, Berlin, § 20, p. 568 e ss. (há tradução castelhana de Cuello Contreras e Gonzalez de Murillo denominada *Derecho penal: Parte general*, Madrid, 1997); SCHÜNEMANN, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: SCHÜNEMANN (org.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin, 1984, p. 48; RUDOLPHI, Zweck staatlichen Strafrechts und Zurechnungsformen, in: SCHÜNEMANN (org.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin, 1984, p. 74 (v. indicação de tradução na nota 121); TIMPE, *Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 I StGB) und zum Notwehrzess (§ 33 StGB)*, JuS 1984, p. 862 e ss.

147 . JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, § 44, p. 480 e ss.

148 . NEUMANN/Schroth, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt, 1980, p. 48 e ss.; FRITZE, *Die Tötung Unschuldiger*, Berlin, 2004, p. 44 e ss.; TILL ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, p. 217 e ss., p. 227 ess.

149 . HÖRNLE, *Töten, um viele Leben zu retten*, FS-Herzberg, 2008, p. 555 e ss. (há tradução espanhola: HÖRNLE, Matar para salvar muchas vidas, *Indret* (2), 2010, p. 2 e ss., disponível em: <http://www.indret.com/pdf/744_es.pdf>).

150 . Sobre a problemática da tortura para salvamento ver ROXIN, *Strafrecht*, § 22, p. 1033 e ss. e GRECO, As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba-relógio”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 78/7 e ss., 2009.

151 . Ver GRECO, nesse volume.

A chamada teoria diferenciadora do estado de necessidade, que distingue um estado de necessidade que justifica de outro que “apenas” exculpa, impôs-se precisamente porque superava o problema de se admitir justificação *versus* justificação e afirmava que, por exemplo, quando há conflito entre duas vidas, a ordem jurídica não pode optar pela subsistência de uma delas: a solução é afirmar que ambos os sujeitos em perigo atuam antijuridicamente, mas o sobrevivente está exculpado pela ordem jurídica. Daí a criação de um estado de necessidade que exculpa. Ao manter a possibilidade justificação *versus* justificação – que chamei anteriormente de desafio à lógica deontica –, não sobra praticamente nenhum caso para o estado de necessidade que exculpa, cuja existência passa a ser incompreensível! Trata-se de obviedade, e o que foi feito demonstra que se admitiu um estado de necessidade exculpante sem reflexão científica. Nosso Projeto, como vimos, mantém a possibilidade de justificar a morte de outrem (mesmo de um inocente, ou mesmo mais de um) para salvar a própria vida. Essa possibilidade remete-me a um chocante posicionamento de um autor do início do século passado que afirmava, com todas as letras, que caso estejam em jogo a vida de um índio e a de um Goethe, a ordem jurídica deve considerar justa a morte do índio.¹⁵² É lamentável que, com a convivência do velho e do novo, nosso Projeto não tenha nada, de *lege lata*, a objetar a essa insuportável solução.

e) O crime cometido em estado de embriaguez

O Projeto se declara “*infenso à responsabilidade objetiva*”.¹⁵³ De fato, uma das mais escandalosas violações do princípio da culpabilidade de nosso Código atual figura no tratamento do crime cometido em estado de embriaguez. Pelo diagnóstico, embora evidente e propagado por todos, o Projeto andou bem. A forma de corrigir o problema é que está equivocada.¹⁵⁴ A inovação é a exigência de que na embriaguez voluntária ou culposa, o fato praticado posteriormente seja ao menos previsível no momento do consumo da substância (art. 33, II, segunda frase). Assim, embora melhor do que a redação atual, o Projeto ficou ao meio do caminho.

Afinal, o Projeto não exclui a teratológica possibilidade de que o sujeito embriagado seja punível por delito posterior doloso quando, em verdade, no momento em que se embriagava,

152. J. KOHLER, Das Notrecht, *ARSP* (8), p. 411 e ss., 1914/1915.

153. Relatório, p. 207.

154. Assim se manifesta o Projeto: “O vigente Código Penal é objeto de crítica porque permitiria a responsabilidade penal objetiva da pessoa embriagada, vez que esta, ainda que incapaz de entender o caráter ilícito de seu ato, por força da embriaguez, responderia por ele”. A proposta corrige esta situação, prevendo a responsabilização “se no momento do consumo [do álcool ou produto de efeitos análogos] era previsível o fato”, Relatório, p. 223.

o fato era apenas previsível, ou seja, culposo¹⁵⁵ O Projeto finge dolo onde há culpa, uma simulação dogmática violadora do princípio da culpabilidade, este princípio que permanece sendo um projeto a ser integralmente realizado (embora esteja anunciado no Projeto: art. 1.º, parágrafo único)¹⁵⁶ As linhas mestras da relevante discussão sobre a chamada *actio libera in causa* foram simplesmente ignoradas, já que claramente o Projeto não se apoia na conduta antecedente para fundamentar a culpabilidade pelo delito posterior cometido em estado de embriaguez ou estado análogo¹⁵⁷

Há, também, contradição entre a manutenção do anúncio de que “emoção e paixão” são irrelevantes (art. 33, I) com a admissão do chamado excesso exculpante causado por “confusão mental ou por justificado medo”, que não são outras coisas senão emoções. Voltemos os olhares, pois, ao excesso exculpante¹⁵⁸

f) Excesso não punível nas causas de justificação

Outra novidade do Projeto é a inclusão de uma exculpação por excesso em todas as causas de justificação, desde que o excesso revele-se “escusável por confusão mental ou justificado por medo” (art. 29, § 3.º).¹⁵⁹ Em todas as causas de justificação previstas no *caput* do art. 29 há essa possibilidade. Como se sabe, não há previsão de excesso exculpante em nosso Código atual. Essa admissão generalizada proposta é preocupante e necessita de maiores reflexões.

155. Corretamente, MUNHOZ NETTO, Aspectos do Anteprojeto de Código Penal, *Revista da Faculdade de Direito da UFPR* 9/94, 1961: “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”. A consulta a esse artigo teria evitado muitos dos equívocos do atual Projeto. Ver também a mesma consideração em TAVARES, *Teoria do crime culposo* cit., p. 429, p. 432.

156. Sobre o conteúdo deste princípio, as indicações fundamentais de BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 4. ed., Rio de Janeiro, 1999, p. 102 e ss, MEROLLI, *Fundamentos críticos de direito penal*, Rio de Janeiro, 2010, p. 356 e ss., p. 361 e ss., p. 364 e ss. e BUSATO/HUAPAYA, *Introdução ao direito penal. Bases para um sistema penal democrático*, 2. ed., Rio de Janeiro, 2007, p. 143 e ss.

157. E não por falta de bibliografia nacional, na medida em que há boas referências em HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, art. 15, p. 210 e ss., em BRUNO, *Direito penal*, Parte geral, t. II, p. 50 e ss., no artigo de MUNHOZ NETTO, Aspectos do Anteprojeto de Código Penal, *Revista da Faculdade de Direito da UFPR* 9/91 e ss., 1961, no livro de TAVARES, *Teoria do crime culposo* cit., p. 424 e ss., além da antiga monografia especialmente dedicada a esse tema de N. QUEIROZ, *Teoria da actio libera in causa e outras teses*, Rio de Janeiro, 2. ed., 1963, p. 18 e ss., p. 36 e ss. A 2. ed. dessa monografia contém, ademais, notas preciosas de Aníbal Bruno, com destaque para as esclarecedoras notas na p. 37 e s. e na p. 88 e ss. Exposição clara da discussão internacional em FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, p. 588 e ss.

158. Chama a atenção a inclusão do art. 34, que prevê e punição de utiliza menor de 18 anos para praticar crime, um dispositivo claramente pertencente à autoria e participação. Ver GRECO, nesse volume.

159. “Outrossim, não é possível inferir da proporcionalidade da conduta que se pretende legitimar sem exame do caso concreto e das circunstâncias pessoais do agente. O medo e a perturbação dos sentidos diante de uma agressão injusta podem levar, por exemplo, a resposta mais gravosa do que a estritamente necessária. O parágrafo terceiro proposto permite, ao aplicador da lei, fazer este exame e mensurar se houve ou não houve exagero”. Relatório, p. 221.

Em geral, os ordenamentos restringem a exculpação por excesso à legítima defesa.¹⁶⁰ em dispositivos um pouco menos lacônicos que o § 3.º do art. 29 do Projeto. Nosso legislador não precisaria sequer ir além das fronteiras nacionais, e, assim como ocorrera no estado de necessidade exculpante, estaria bem aconselhado caso tomasse como exemplo o art. 45, parágrafo único, do Código Penal Militar vigente em nosso país, que restringe corretamente o excesso à legítima defesa. Em outra sede, cheguei a propor algo em si evidente: a aplicação analógica dessa regra também fora do contexto dos crimes militares.¹⁶¹ Extremamente preocupante é a admissão geral do excesso exculpante em um Projeto que mantém o exercício regular de um direito e o estrito cumprimento do dever legal como causas de justificação. Em contextos de violência policial tendentes ao excesso, o resultado é que ou o agente estará justificado pelas vazias causas de justificação referidas ou exculpado por excesso. Basta imaginar os casos de inocentes vítimas de violência policial excessiva para pensar até onde essa admissão geral pode conduzir.

A admissão geral não se coaduna, igualmente, com a forma como se construiu o estado de necessidade exculpante. O parágrafo único do art. 29 postula como solitário critério do estado de necessidade exculpante a razoabilidade do sacrifício do bem, ou seja, um excesso no requisito previsto na alínea *d* do estado de necessidade como justificação (art. 29): o estado de necessidade exculpante, tal como proposto, pode ser interpretado, pois, como excesso exculpante do estado de necessidade justificante. Revela-se, assim, uma estranha imperfeição. A sugestão é que o Projeto limite o excesso exculpante à legítima defesa.

4. Resultado da análise do erro, das causas de justificação e das causas de exculpação no Projeto 236/2012

Quando a Exposição de Motivos anunciou que não se pretendia “*lastreada em lições doutrinárias*”¹⁶² estava, tragicamente, falando a verdade. Uma ilhota de verdade perdida num imenso mar de promessas não cumpridas. O Projeto necessita de infinitas discussões, nas quais também a ciência sente-se à mesa. A reforma global deve ser produto de um esforço coletivo de todos os atores do sistema de justiça criminal. Uma reforma feita apenas por cientistas tampouco seria indicada. Seria igualmente unilateral. Uma reforma, contudo, ao arrepio da ciência é equívoco dos maiores.¹⁶³

¹⁶⁰ . Como o § 33 do Código Penal alemão e o art. 33, n. 2, do Código Penal português. Há interessantíssimo trabalho sobre o excesso na legítima defesa ainda não publicado e que, espero, venha logo ao público: MOURA, *A impunidade do excesso na legítima defesa*, Dissertação de Mestrado, Coimbra, 2011. O autor revela o caráter híbrido dessa figura e, caso haja tempo, o Projeto encontraria informações interessantes a respeito do tema.

¹⁶¹ . LEITE, in: nota do tradutor em ROXIN, Reflexões sobre a construção sistemática do Direito Penal, *RBCC* 82/45 e ss., 2010, nota de rodapé n. 32. Discorda expressamente de minha proposta, MOURA, *A impunidade do excesso na legítima defesa* cit., p. 119, nota n. 642, em razão de sua fundamentação bastante específica do excesso. Creio que a proposta é válida de *lege lata*, especialmente em um contexto em que sequer as linhas mestras do instituto foram compreendidas. Minha proposta possibilita, igualmente, que o instituto ganhe com maior vigor a prática judiciária, uma vantagem que não pode ser ignorada.

¹⁶² . Relatório, p. 10.

¹⁶³ . Em espécie de *mea culpa* da ciência, torço para que não transformemos a discussão científica, como foi feito

Da forma como está, a esperança é que o Projeto não se transforme em Lei. A leitura da Exposição de Motivos e da redação proposta de alguns dispositivos deixam, todavia, algo muito claro. Não é apenas a vida do brasileiro que não vale nada para o atual movimento reformador¹⁶⁴. Também a ciência jurídico-penal, desalentadoramente, parece não ter muito valor¹⁶⁵.

IV. Conclusão

O edifício construído pelo engenheiro civil pouco diligente, que desrespeita as regras técnicas de sua profissão, desaba tragicamente. O médico desidioso e imprudente, mais preocupado em vender o seu mais novo *best-seller* *Cirurgias arriscadas para concursos* – uma teoria simplificada, assiste a seu paciente morrer e precisa dar a notícia aos parentes da vítima. O engenheiro e o médico serão responsabilizados por seus graves equívocos e, ademais, sofrerão uma *poena naturalis*: seus colegas de profissão não mais o respeitarão, e provavelmente ninguém comprará um imóvel construído por nosso engenheiro fictício e tampouco marcará uma consulta com nosso médico celebridade.

O jurista, incrivelmente, está imune a esses fenômenos. Nosso edifício não desaba, nosso paciente não morre, ao menos não diante de nossos olhos. Quando um inocente é preso, quando um sujeito que atuou sem consciência da ilicitude é condenado, já não sentimos que isso decorre das teorias que defendemos ou do Projeto de Código que acabamos de propor. Logo recorreremos ao nosso patológico afã por imputar responsabilidades e atribuímos a culpa, cinicamente, ao ato isolado de um agente público (uma autoridade policial arbitrária, um juiz excessivamente duro) ou às iniquidades estruturais de nosso sistema de justiça criminal. O curso causal se desenvolve e se consuma muito longe de nossos olhos e gabinetes. Ora, editar uma norma proibitiva de natureza penal interfere gravemente na liberdade individual de todos os cidadãos. A separação de esferas de liberdade entre os cidadãos proporcionada pela ordem jurídica ocorre, no entanto, em um plano ideal, inacessível aos olhos¹⁶⁶. O edifício jurídico é

na discussão da reforma de 1984, em uma ação de investigação de paternidade do Código que se está a propor. Se o Código é finalista, funcionalista ou qualquer outro “ista” que o valha, é problema de menor escalão. As soluções concretas é que devem ser estudadas, também porque são elas, e não as declamações de princípios ou teorias, que revelam a fisionomia de um Código.

¹⁶⁴. Faço alusão ao instigante texto de GRECO, Quanto vale a vida de um brasileiro? Um apelo à Comissão de Reforma do Código Penal, *Boletim IBCCrim*, ano 20, n. 236, p. 3 e ss., 2012.

¹⁶⁵. O Projeto simplesmente prescindiu do rigor científico, cuja ausência, na prática, reverte-se sempre em arbitrariedades impassíveis de controle (essa advertência em BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, p. 117 e ss.). Mesmo a discussão brasileira e as reformas passadas, como demonstrei, foram deixadas de lado. O Projeto, quando buscou inovações espetaculosas, o fez por via de um descaminho de teorias estrangeiras, na pior tradição colonialista: a teoria é importada sem ser compreendida e adaptada. Os exemplos mais impactantes são a teoria da imputação objetiva e a teoria do domínio do fato. Sobre isso, **Greco**, nesse volume e GRECO/LEITE, Claus Roxin, 80 anos, *Revista Liberdades* 7/2011, p. 97 e ss.,.

¹⁶⁶. Ninguém descreveu esse fenômeno melhor do que **Hassemer**, ao dizer: “*posso ver meu corpo e o que o médico faz com ele, em regra, também. Meu direito, no entanto, não posso ver, posso apenas sobre ele me pronunciar*”. O corpo seria um fenômeno “deítico” e o direito um fenômeno “comunicativo”, **HASSEMER**, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1981, p. 86 e ss. (além da tradução de Afen da Silva, editada pela Fabris, existe a de

uma obra a desafiar a engenharia: ele impõe sofrimento e fere sem, no entanto, desabar.

Radbruch estava certo quando afirmava, em um de seus escritos sobre o grande penalista do final do século XVII e início do XIX, **Feuerbach**, que “*apenas aquele jurista que possui consciência pesada pode ser um bom jurista*”¹⁶⁷ Nenhum verdadeiro penalista, tenho certeza, conseguiu ler o Projeto 236/2012 sem que lhe pesasse a consciência. Omitir uma postura, ignorar a reforma em curso, esperar o início da vigência do novo Código para publicar mais um livro seriam posições incompatíveis com o ofício do cientista. Pode ser que as críticas aqui expostas sejam consideradas audaciosas. Aceitaria, sem problemas, essa qualificação. Responderia, contudo, que verdadeiramente audacioso é confeccionar um novo Código Penal, com pretensão de inaugurar e consolidar uma nova época normativa¹⁶⁸ em apenas sete meses, um filho prematuro, tirado a fórceps, de momentos pré-eleitorais. Mais audacioso ainda seria pensar que a ciência se calaria diante dos anseios do poder. Audácia por audácia, a minha não vincula *erga omnes*.

A ciência jurídica que se limita a bajular tudo quanto se lhe apresente já não merece o nome que ostenta. Criticar livre e criteriosamente o Projeto de novo Código Penal é, em verdade, um ato de legítima defesa da ciência jurídico-penal e dos direitos de liberdade do povo brasileiro.

Alaor Leite

Mestre e doutorando na Universidade Ludwig-Maximilian,
de Munique.

Muñoz Conde/Arroyo Zapatero, Bosch, 1984, p. 120 e ss.). Destacou igualmente a intervenção na liberdade individual ocorrida já com a promulgação da norma HEITOR COSTA JR., Aspectos da parte geral do anteprojeto de Código Penal, *Revista Justitia* 20/142 e ss., 1983.

¹⁶⁷. RADBRUCH, *Eine Feuerbach-Gedenkrede*, Tübingen, 1952, p. 24. Radbruch utilizou a expressão mais ampla (jurista), mas referia-se especialmente aos penalistas, como confessou seu ex-aluno ARTHUR KAUFMANN, *Gustav Radbruch – Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, München, 1987, p. 183 e ss. Expõe o contexto dessa afirmação MERKEL, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, Baden-Baden, 2008, p. 136.

¹⁶⁸. Ou o “novo marco penal do direito brasileiro”, como prefere a Exposição, Relatório, p. 10.

