

A TERCEIRA REUNIÃO DA COMISSÃO REDATORA DO CÓDIGO PENAL TIPO PARA A AMÉRICA LATINA (*)

Heleno Cláudio Fragoso

Realizou-se na cidade de Lima, no Peru, no período de 3 a 13 de abril do corrente ano, a terceira reunião da Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, de que participamos, na qualidade de relator do Grupo de Trabalho do Rio de Janeiro, que é presidido pelo min. NELSON HUNGRIA. A primeira reunião foi celebrada em Santiago do Chile, em novembro de 1963¹, e, a segunda, na cidade do México, em agosto de 1965².

A reunião de Lima foi realizada sob os auspícios do Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidad Nacional Mayor de San Marcos. O eminente prof. LUIS ALBERTO BRAMONT ARIAS, que pertence à Comissão como membro fundador e que dirige o Instituto de Ciências Penais, foi eleito para presidir a reunião.

Passaram a integrar a Comissão representantes de três novos países: a Bolívia (Dr. MANEL DURÁN), Equador (Dr. JORGE CORNEJO ROSALES) e Uruguai (Prof. JUAN CARBALLA). Todavia, não compareceram, lamentavelmente, os representantes do México, que, não obstante, enviaram amplo material, preparado pela Academia Mexicana de Ciências Penais. Devemos assinalar também a ausência do prof. SEBASTIAN SOLER e do min. NELSON HUNGRIA, que constituem nomes exponenciais na Ciência do Direito Penal e que privaram esta terceira reunião da colaboração preciosa que vinham dando aos trabalhos.

Da Argentina, compareceram, pela Comissão que preside o prof. SOLER, os professores ENRIQUE RAMOS MEJIA e JOSÉ FRANCISCO ARGIBAY, pela

¹ Sobre o plano de trabalho da 1ª reunião, cf. *Revista*, nº 3, p. 117; e, sobre os resultados de dita reunião, amplamente, *Revista*, nº 4, p. 145.

² Sobre a 2ª reunião e o resultado dos trabalhos, publicamos no último número desta revista, meticoloso artigo do prof. ALFONSO REYES.

primeira vez. Como o prof. LUIZ JIMENEZ DE ASÚA demitiu-se das funções universitárias que desempenhava em Buenos Aires, foi substituído na Comissão integrada pelo prof. FRANCISCO LAPLAZA pelo prof. MARIO HECTOR PENA. A Comissão colombiana, cuja contribuição foi excelente, passou a ser representada também pelo eminente prof. GUTIERREZ ANZOLA, que a preside e pelo prof. BERNARDO GAITÁN MAHECHA. Da Comissão de São Paulo, em substituição ao prof. BASILEU GARCIA, compareceu o prof. GUILHERME PERCIVAL DE OLIVEIRA.

Os demais integrantes da reunião são os mesmos que participaram dos anteriores conclaves. O prof. LUIS JIMENEZ DE ASÚA compareceu, atendendo a convite especial, na qualidade de membro honorário da Comissão peruana³.

Foram debatidas e aprovadas diversas matérias que ficaram pendentes da reunião do México, por terem sido reenviadas às respectivas comissões. Isso ocorreu com respeito às causas de justificação e causas excludentes da culpabilidade. Além disso, tratou-se de participação no delito, tentativa, reincidência, habitualidade criminosa, iniciando-se o debate e aprovação de textos sobre penas e medidas de segurança.

Causas de exclusão da culpabilidade

A matéria relativa à culpabilidade e sua exclusão estava a cargo da Comissão chilena, que é, sem favor, uma das mais brilhantes⁴. Foram aprovados no México os textos relativos à definição de dolo, à excepcionalidade da punição a título de culpa *stricto sensu* e à definição de culpa. Foram aprovados também os critérios que deveriam ser observados nas fórmulas de erro de fato, erro de direito, inexigibilidade de outra conduta, coação irresistível e culpabilidade nos crimes qualificados pelo

³ Regressava o prof. JIMENEZ DE ASÚA da Venezuela, onde esteve durante vários meses, contratado como assessor técnico para a reforma do Código Penal em tramitação no Congresso daquele país.

⁴ Resultado do notável desenvolvimento dos estudos penais no Chile, que possui consagrados penalistas (EDUARDO NOVOA MONREAL, ALFREDO ETCHEBERRY, ALVARO BUNSTER, LUIS COUSIÑO, MIGUEL SCHWEITZER) e um grupo de excelentes jovens professores (JUAN BUSTOS, SERGIO POLITOFF, MANUEL GUZMAN, ENRIQUE CURY, FRANCISCO GRISOLÍA, SERGIO YAÑEZ). O prof. JUZN BUSTOS atuou como sub-secretário da reunião de Lima, em substituição a GRISOLÍA.

resultado. Os textos relativos a estas últimas matérias foram reenviados à Comissão, que os submeteu ao plenário na reunião de Lima, em novas fórmulas.

Não cabe reabrir os largos debates travados no México sobre o mérito dos temas que ficaram pendentes⁵. Os textos originalmente propostos foram rejeitados no México especialmente em virtude da crítica cerrada que lhes fez o prof. SOLER em algumas intervenções magistrais⁶. O sistema geral do projeto sobre erro foi rejeitado por 6 votos contra 4 e uma abstenção, tendo sido aprovadas as idéias gerais que a Comissão chilena deveria ter em consideração para redigir os novos textos. Tais idéias gerais foram as seguintes: 1) — o erro elimina, segundo os casos a que se refere, a culpabilidade; 2) — não se deve fazer referência a erro de fato e de direito ou a erro de tipo e de proibição; 3) — o erro de fato deve estar referido ao *fato* apenas e não ao *fato legalmente descrito*; 4) — o erro sobre as causas de justificação deve referir-se ao fático exclusivamente, e não ao fático e ao jurídico ao mesmo tempo; 5) — o erro de direito estende-se às matérias jurídicas não compreendidas nas idéias fixadas nos acordos anteriores, ao invés de limitar-se somente aos preceitos da lei penal; 6) — o erro de direito exclui a culpabilidade; 7) — na fórmula sobre o valor exculpante do erro de direito deve ser introduzido um sistema que evite sua aplicação imoderada.

Recolhendo tais deliberações, propôs a Comissão chilena o seguinte artigo sobre erro de fato:

“Não é punível quem, ao realizar o fato, incorre em erro sobre alguma das exigências necessárias para que o delito exista segundo sua descrição legal.

Não obstante, se o erro provém de culpa, o fato sancionar-se-á quando a lei assinala pena para sua realização a tal título.

⁵ As sessões de trabalho realizadas no México foram inteiramente gravadas, constituindo valioso material, objeto de um volume. A reunião de Lima foi, igualmente, gravada, o que dará permanência aos debates.

⁶ A crítica de SOLER era em síntese, a seguinte: que os textos propostos apresentavam o *erro* como reverso do *dolo* e não como reverso da culpabilidade, inspirando-se numa disposição infeliz do Código Penal alemão vigente; que empregavam expressão equivalente a *Tatbestand*; que se deveria tratar separadamente do erro de direito no terceiro dos artigos propostos, pois a seu entender o *erro*, quando versa sobre elementos constitutivos da figura, seja *de fato* ou *de direito*, destrói a culpabilidade. NELSON HUNGRIA, coincidindo com o prof. SOLER, opinou no mesmo sentido, apresentando um projeto substitutivo, que o plenário decidiu enviar à comissão.

As mesmas regras se aplicarão com respeito a quem supõe erroneamente a concorrência de circunstâncias que justificariam o fato realizado”.

Com o emprego da expressão “não é punível”, ao invés de “não é culpável” procurou-se evitar o debate com os partidários da teoria finalista da ação, que situam o dolo como aspecto subjetivo do tipo e para os quais o erro não exclui a culpabilidade. Votamos contra a expressão “não é punível”⁷. A redação do segundo inciso foi considerada insatisfatória e deverá ser revista pela Comissão de Redação.

Quanto a erro de direito, a fórmula foi a seguinte:

“Não é punível que por erro invencível crê que o fato que realiza não está sujeito a pena.

*Se o erro não for invencível, a pena prevista para o fato poderá ser atenuada conforme o art. ...*⁸

Como tivemos oportunidade de observar, a Comissão chilena não foi fiel ao que se aprovou no México, pois não aparece no texto qualquer “elemento de caráter substantivo que evite a aplicação imoderada do preceito”⁹. O prof. ETCHEBERRY observou, porém, com razão, que essa limitação não pode ser encontrada pela Comissão chilena.

Como se percebe, o critério seguido foi o de não excluir o dolo nas situações de erro de direito derivado de culpa. Como se sabe, é decisiva na matéria a opção que, sobre a consciência da antijuridicidade da ação, fazem as teorias muito impropriamente denominadas “do dolo” (*Vorsatztheorie*) e “da culpa” (*Schuldtheorie*). Para os partidários da primeira, a consciência da antijuridicidade é elementar ao dolo; para os partidários da segunda (como é óbvio, especialmente os finalistas), a consciência da

⁷ Acompanhados pelas Comissões do Uruguai (prof. CARBALLA) e da Colômbia (prof. REYES).

⁸ O texto original iniciava-se: “não é culpável...” Unanimemente decidiu-se modificar essa fórmula, para ajustá-la ao que já se havia aprovado sobre erro de fato. O texto faz referência a um artigo genérico que disciplina a atenuação nos casos em que a lei a entrega ao arbítrio judicial, à semelhança do que ocorre com o art. 83 do Código grego; art. 74 do projeto SOLER e §64 do projeto alemão de 1962.

⁹ Entendemos que o erro de direito deve ser equiparado, para todos os efeitos, ao erro de fato, e não aprovamos a decisão tomada no México.

antijuridicidade é elementar à culpabilidade, de tal forma que sua inexistência, quando censurável, não exclui, mas apenas atenua a culpabilidade¹⁰. Seja por razões de ordem doutrinária, seja por razões de ordem prática, a assembléia aprovou a fórmula que se filia à teoria da culpa, a exemplo do que se fez no projeto alemão de 1962 (§21), no projeto SOLER (art. 22) e no projeto EDUARDO CORREIA (art. 13 § 4º).

Por proposta do prof. JIMENEZ DE ASÚA introduziu-se texto expresso para regular o erro de enquadramento, ou seja, situação em que o agente pratica determinado crime, supondo que pratica outro. Exemplo: mantendo conjunção carnal com mulhr virgem, supõe o agente que a vítima tem 15 anos, quando, tem apenas 13. Responderá por estupro ou por sedução, sendo certo que houve erro quanto a elemento essencial desta última figura de delito? Hipóteses como essa surgiram na jurisprudência argentina, com graves divergências. Sugeriu o prof. JIMENEZ DE ASÚA a adoção de um texto semelhante ao do art. 50 do Código espanhol¹¹. Essa solução é, seguramente, preferível à de manter a punibilidade pelo delito mais grave, a título de culpa, quando for o caso. O texto aprovado é o seguinte:

“Se o fato realizado for distinto daquele que se propôs o agente, ser-lhe-á imposta a pena correspondente ao menos grave.”

¹⁰ Entre os que sustentam a teoria do dolo é característica a posição de MEZGER (*Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950, p. 46): “Se a consciência da antijuridicidade da ação fosse causa de exclusão da culpabilidade e não parte do dolo, e se a exclusão só se fizesse quando a ausência da antijuridicidade fosse inevitável, estaríamos diante da situação insustentável de fazer a pena do dolo depender da culpa *strictu sensu*”. Cf. também seu artigo *Das Unrechtsbewusstsein als Vorsatzbestandteil*, no volume *Studi in memoria di Arturo Rocco*, vol. II, págs. 205/213. Para eloqüente confutação do argumento, cf. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 3ª edição, 1965, p. 391), assinalando que a teoria da culpa implicaria na necessidade de formulação de um genérico *crimen culpa* para punir de forma mitigada as situações de erro de direito inescusável em crime doloso. Era, aliás, a solução do projeto Gürtner (1936), defendida no Brasil por ALCIDES MUNHOZ NETO (*Erro de fato e de direito no anteprojecto de Código Penal, in Revista*, nº 4, p. 55). Segundo MAURACH a matéria não pode ser decidida apenas por razões de ordem sistemática, sendo necessário atender a exigências de política criminal. Cf., ainda WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1960, p. 145: “A consciência da ilicitude não é algo que ao agente é censurável, mas sim, algo através do que ao agente é censurável o dolo antijurídico. Porque o agente conhece a antijuridicidade e de conformidade com ela poderia omitir a sua deliberação de atuar ilícito ser-lhe-à essa omissão censurável”.

¹¹ “*Em los casos em que el delito ejecutado fuere distinto del que se habia propuesto ejecutar el culpable, se impondrá a éste la pena correspondiente al delito de menor gravedad em su grado máximo*”. A Comissão chilena havia incluído em seu trabalho original, apresentado na 2ª reunião, no México, um texto que rezava: “A suposição errônea de exigências que satisfariam à descrição do fato de acordo com uma lei mais benigna, dará lugar ao castigo de conformidade com esta, a título de dolo”. Ao refazer os textos para submetê-los à 3ª reunião, esse dispositivo (cuja redação era deplorável) foi inexplicavelmente suprimido.

No excelente trabalho que levou à reunião do México, a Comissão chilena havia incluído, alternativamente, dois textos referentes à inexigibilidade de outra conduta. Um, restrito, nos moldes dos que aparecem nas legislações modernas, e, outro, mais amplo, compreendendo todas as situações de anormal determinação da vontade¹². A assembléia, naquela oportunidade, aprovou, em linhas gerais, o critério adotado na primeira fórmula, determinando que se acrescentasse um dispositivo sobre coação irresistível. Recomendou-se, porém, a simplificação do texto, que pareceu tortuoso e complicado.

Dando cumprimento ao cometido, a comissão chilena trouxe à terceira reunião um texto extremamente simples, que foi aprovado contra três votos e uma abstenção¹³:

“Não é culpável quem realiza um fato não justificado, para impedir um mal atual ou iminente e não evitável de outro modo, a menos que se estime razoavelmente excessivo em relação com este”.

Em sua fundamentação, a comissão chilena afirmava: “Parece evidente que a eventual isenção de pena se produzirá somente quando o fato realizado seja típico, e isso poupa a menção explícita de tal circunstância. Quanto aos demais requisitos cuja indicação expressa se omite, a comissão estima que a exigência de razoável proporcionalidade é suficiente para obrigar o intérprete a tomá-los a todos em consideração”.

Não pensamos assim. O critério do balanceamento dos bens (que a fórmula estabelece como limite), nem sempre é aqui o único elemento decisivo. O que caracteriza o estado de necessidade exculpante é, precisamente, a ofensa a um bem de igual ou maior valor, em circunstâncias especiais que conduzem à exclusão da

¹² As formulas propostas foram as seguintes: *Primeira* — “Não é culpável quem, para impedir um mal atual e não evitável de outro modo sobre um bem jurídico especialmente valioso para si ou para outra pessoa com quem esteja estreitamente vinculada, realiza um fato legalmente descrito e não justificado, com respeito a um bem de igual entidade, a menos que o fato realizado se estime racionalmente excessivo em relação com o mal que se trata de evitar.” *Segunda*: “Não é culpável quem, sem se achar nos casos previstos nos artigos... (causas de justificação), realiza o fato legalmente descrito obrando sem liberdade de decisão em virtude de circunstâncias externas anormais que tenham reduzido em tal grau sua possibilidade de obrar de conformidade com as normas jurídicas, que não se lhe possa racionalmente exigir conduta diversa”.

¹³ Votaram contra a fórmula, além do autor deste trabalho, os professores RAMS MEJIA e DURÁN. A abstenção foi do prof. NOVOA MONREAL.

reprovabilidade e do merecimento de pena. Há todo um conjunto de elementos a serem considerados. Como se diz na exposição de motivos do projeto alemão de 1962, o juiz deverá considerar a relação dos bens ou interesses em presença, a extensão do perigo para o bem jurídico ameaçado e a da lesão para o bem jurídico atingido, relação entre as pessoas que participam do acontecimento, e se a situação de necessidade é devida ao agente ou à pessoa ameaçada. Por isso mesmo as leis e projetos exigem que se trate de salvar um bem de especial valor (vida, integridade corporal, liberdade) para o agente ou pessoa que lhe esteja estreitamente vinculada, incluindo a ausência de provocação do perigo ou a de razoável inexigibilidade de enfrentar o risco. Nesse sentido orientou-se o projeto HUNGRIA (art. 22), entre outros. A fórmula aprovada, a nosso ver sacrificou *brevitatis causa* algumas características fundamentais do estado de necessidade como excludente da culpa.

No texto sobre coação que lhe havia sido encomendado no México, a Comissão chilena apenas se referiu, seguindo, aliás, a tradição dos códigos espanhóis, a *medo insuperável*¹⁴. Como foi observado, o medo constitui o *resultado* de ameaça e pode não existir: constitui um efeito psicológico que não afeta no plano jurídico a questão fundamental que não se situa no plano afetivo, mas, sim, na esfera da volição.

O Prof. SERGIO POLITOFF pretendia que se redigisse uma fórmula ampla abrangendo todas as situações em que a pressão das circunstâncias do fato viciassem seriamente o processo de formação da vontade. Como observou o Prof. JIMENEZ DE ASÚA, com isso se realizava um retorno às idéias que inspiraram a concepção normativa da culpabilidade. Consideramos muito boa a segunda fórmula original proposta pela Comissão chilena¹⁵, pois atendia às diversas situações de inexigibilidade de outra conduta, tornando desnecessário qualquer outro texto, mas foi rejeitada no México, o que tornava impossível considerar a proposta do Prof. POLITOFF, ilustrada com alguns exemplos sugestivos¹⁶

¹⁴ O texto proposto foi o seguinte: “Não é culpável o que obra impulsado por medo insuperável de um mal atual e grave, seja ou não provocado pela ação de um terceiro”.

¹⁵ Cf. nota 12.

¹⁶ Um deles era o seguinte: Um batalhão do exército realizava, no sul do Chile, em região despovoada e inóspita, trabalho duríssimo de abertura de estradas. Um dos soldados agrediu outro, causando-lhe lesões leves. Considerou o comandante que fazer regressar o criminoso à sede da unidade, para ser processado, em vez do castigo seria prêmio. Determinou, em consequência que ele fosse chicoteado pelos demais soldados disposto em filas paralelas, e que prosseguisse no trabalho. Ao regressar o batalhão, o comandante foi preso e processado.

O texto finalmente aprovado resultou de proposta feita pelo Prof. JIMENEZ DE ASÚA, nos seguintes termos:

“Não é culpável quem age sob coação ou ameaça de um mal atual e grave, seja ou não provocada pela ação de um terceiro, quando razoavelmente não se lhe possa exigir conduta diversa”¹⁷.

Extenso debate provocou a questão da obediência hierárquica. Já no México esse debate se esboçava, diante da completa omissão de qualquer regra a respeito, no trabalho da Comissão chilena. Na justificção original a referida Comissão indicava que a obediência devida, como causa excludente da culpabilidade, poderia enquadrar-se numa fórmula ampla sobre inexigibilidade de outra conduta. Como vimos, essa fórmula ampla foi rechaçada. Não obstante, sustentou o Prof. EDUARDO NOVOA a desnecessidade de incluir qualquer texto expresso a respeito da obediência hierárquica, o que fez com muito boas razões. Afirmava que a única hipótese de obediência hierárquica relevante é aquela em que o agente erra quanto à legalidade da ordem. Todavia, com a solução dada ao erro de direito, supérfluo seria consignar que a obediência devida excusa¹⁸.

Não nos parece correto, pretender resolver todos os casos de obediência devida relevante, na perspectiva do erro de direito ou de fato. SOLER o demonstrou amplamente. Há situações em que ao subordinado não se deixa qualquer margem de indagação quanto à legalidade da ordem. É o caso, por exemplo, da ordem ilegal dada pelo juiz ao oficial de justiça¹⁹. Contra o voto do Prof. NOVOA, a assembléia decidiu

Tivemos um caso análogo, em nossa experiência profissional, ocorrido num destacamento de fronteira, nos confins de Mato Grosso. O oficial foi absolvido pelo Superior Tribunal Militar, contra o voto de alguns juízes togados.

¹⁷ Em verdade, a proposta original referia-se a “racionalmente”, mas o prof. ASÚA aceitou nossa sugestão para substituir tal palavra por “razoavelmente”.

¹⁸ Não é pacífico na doutrina o efeito da obediência hierárquica. SOLER, *Derecho Penal Argentino*, vol. I, p. 277, entende que se trata de exclusão da autoria pois, em tal situação, os subordinados “estão postos pelo direito fora de toda relação imputiva”. Cf. Projeto SOLER, art. 27. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1960, p. 92, igualmente considera caso de autoria mediata a situação de obediência militar.

¹⁹ A fórmula de nosso código (art. 18), segundo a qual funciona como excludente da culpabilidade a obediência a ordem *não manifestamente ilegal* é por certo precária, nessa perspectiva, se se admite, como o faz ANIBAL BRUNO (*Direito Penal*, II, p. 534), que não cabe indagar se o agente tinha ou não consciência da ilegalidade da ordem. Uma causa de exclusão da culpa só pode operar na medida em que afeta a consciência ou a vontade do agente.

que deve ser redigido um texto sobre a obediência hierárquica como forma de exclusão da punibilidade, que ficou a cargo da Comissão Peruana, para ser apresentado à próxima reunião.

Finalmente foi aprovado um artigo que exclui a responsabilidade objetiva nos crimes qualificados pelo resultado:

“Se a lei assinalar pena mais grave por uma conseqüência especial, do fato, aplicar-se-á só ao autor ou partícipe que tenha atuado pelo menos culposamente com respeito a ela”.

É o texto que aparece em numerosas leis e projetos modernos²⁰.

Autoria e participação

O tema de autoria e participação foi entregue à Comissão argentina presidida pelo Prof. SOLER. A matéria não chegou a ser considerada na reunião do México, tendo sido debatida e decidida integralmente na reunião de Lima.

A Comissão argentina realizou notável trabalho, adotando, como, aliás, quase todas as legislações, o critério diversificador, que distingue entre as várias categorias de pessoas que concorrem no delito. Propunha textos definindo autores e coautores, autor mediato, instigador, cúmplice primário, cúmplices e comunicabilidade das circunstâncias.

A proposição argentina recebeu críticas das comissões do Chile, Venezuela, México e Rio de Janeiro.

A crítica feita por nossa Comissão considerava, em primeiro lugar, o critério básico da disciplina legal da matéria, propondo o sistema de nosso Código. Afirmamos que a diferença entre as várias categorias de concorrentes à ação delituosa reside, em

²⁰ Cf., entre outros, Código grego, art. 29; Cod. alemão, §56; Projeto alemão de 1962, §22, Projeto SOLER, art. 18; Anteprojeto HUNGRIA, art. 17, etc. Veja-se também Código dinamarquês, art. 20.

realidade, na natureza das coisas e que delas não se pode fazer abstração ao aplicar a lei penal. Isso, todavia, não exclui que o legislador equipare, em princípio, as diversas formas de concurso de pessoas, sem qualquer inconveniência de ordem técnica, à semelhança do que ocorreu no Código italiano (art. 110) e no Código brasileiro em vigor (art. 25). É o critério que remonta ao Código norueguês de 1902.

Em nossa crítica tivemos ocasião de salientar que a questão fundamental que nos apresenta a teoria do concurso de pessoas no delito, do ponto de vista legislativo, é a de assegurar a punição de cada um segundo a gravidade de sua participação e segundo a culpabilidade que tenha revelado na execução do fato delituoso. A solução legislativa dos códigos italiano e brasileiro, entre outros, assegura perfeitamente essa exigência de justiça, evitando as graves e difíceis controvérsias que a diversificação tem oferecido à doutrina.

Em verdade, a experiência que tivemos no Brasil nestes 25 anos de aplicação do Código Penal vigente é inteiramente satisfatória, não tendo conduzido jamais a soluções injustas.

Por outro lado, a distinção que existe em diversos códigos penais entre as várias categorias de concorrentes é, algumas vezes, feita sem implicar em qualquer diversidade de punição, critério que remonta ao Código francês (art. 69) e que aparece também, entre outros, nos códigos búlgaro (art. 19), húngaro (art. 14), tcheco (§7º), etc.²¹.

Nos códigos que seguem o critério da diversificação, a idéia que tem prevalecido é a de que devem ser punidos *como os autores*, os chamados autores mediatos, os instigadores e os cúmplices que tenham participado da execução ou que tenham realizado uma contribuição indispensável ao delito. Apenas os cúmplices secundários recebem tratamento diverso, com a atenuação obrigatória ou facultativa.

²¹ No VII Congresso Internacional de Direito Penal, reunido em Atenas, em 1957, decidiu-se unanimemente assimilar, para efeito da pena, o cúmplice ao autor principal, reservando-se ao juiz o poder de variar a pena infligida a cada um dos concorrentes, considerando a função que desempenhou e a sua própria personalidade, independentemente de sua qualificação jurídica. Diante disso, a definição prévia das diversas categorias passa a um plano secundário. Cf. *Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1958, p. 196.

Ora, não parece que isso justifique as complexas fórmulas que aparecem na maioria dos códigos, se o mesmo resultado se obtém com a regra extremamente simples do art. 25 Código penal brasileiro²².

Havia, assim, uma questão preliminar a resolver, relacionada com o critério a ser seguido. A opção era entre o critério unitário e o critério diversificador, e a assembléia, por ampla maioria, preferiu o último²³. Passou-se então a examinar os textos propostos pela Comissão argentina.

Decidiu-se eliminar a referência à autoria mediata²⁴, incluindo-se num único dispositivo todas as situações de autoria, co-autoria e autoria mediata. A fórmula aprovada foi a seguinte:

*“O que realizar por si ou servindo-se de outrem, o fato legalmente descrito, e os que o realizarem conjuntamente, serão reprimidos com a pena estabelecida para o delito”*²⁵.

O texto relativo ao instigador, originalmente proposto pela Comissão argentina, foi aprovado sem discrepância:

“Com a mesma pena será reprimido o que houver determinado a outrem a realizar o fato”.

Manteve-se a distinção entre cúmplice primário e secundária (que constava da proposta original), bem como o critério da *conditio sine qua non* para caracterizar o auxílio do cúmplice primário²⁶, que ficou definido da seguinte forma:

²² Contra o conceito unitário e extensivo de autor, cf. crítica formulada na Fundamentação do projeto alemão de 1962 (*Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung*, p. 147), com argumentos que não nos convencem.

²³ Ficaram vencidos o autor deste trabalho (Comissão do Rio de Janeiro), o prof. JOÃO BERNARDINO GONZAGA (São Paulo) e o prof. GUTIERREZ ANZOLA (Colômbia).

²⁴ A proposta argentina original definia autor mediato em dispositivo destacado, da seguinte forma: “Com a mesma pena será reprimido, como autor mediato, o que executar o fato servindo-se como instrumento de uma pessoa inimputável ou inculpável. Se a lei exige certas qualidades pessoais ou que se tenha atuado em determinadas circunstâncias de caráter subjetivo, será necessário e suficiente que ditas qualidades ou circunstâncias concorram no autor mediato”.

²⁵ Essa fórmula foi aprovada com apenas duas abstenções: professores RAMOS MEJIA e AGUSTIN MENDEZ.

²⁶ Fomos vencidos nesse ponto, juntamente com os professores DURAN, MIGUEL SCHWEITZER e CORNEJO. Julgamos que o critério vitorioso nem sempre denota mais grave participação no delito, embora

“Ao que prestar ao autor ou autores um auxílio de tal modo necessário, que sem ele não se teria podido cometer o delito, será também reprimido coma pena estabelecida para o delito”.

O texto referente a cúmplice secundário foi aprovado sem dificuldades, contendo expressa inclusão da chamada “cumplicidade subsequente”:

“O que auxilia de qualquer outro modo a reallização do fato, ainda que mediante promessa de ajuda posterior à consumação do mesmo, será reprimido com a pena do delito, diminuída conforme o disposto no art. ...”.

É esta a única forma de concurso no delito que apresenta atenuação obrigatória, fazendo-se remissão ao artigo genérico que disciplina os critérios de atenuação em todos os casos previstos.

A questão relativa ao começo e ao alcance da responsabilidade dos partícipes foi objeto de texto expresso, que resultou de algumas idéias fundamentais e que, a nosso ver, dominam a participação no delito:

“Os partícipes serão puníveis desde o momento em que o fato tenha sido iniciado, segundo o estabelecido no art. ..., e cada um responderá na medida de sua própria culpabilidade.

Se o fato for mais grave do que o que quiseram realizar, responderão pelo mesmo aqueles que o tenham aceitado como conseqüência provável da ação empreendida”.

Com esse artigo exclui-se a punibilidade da participação tentada, referindo-se a iniciação do fato ao artigo que trata da tentativa. Inclui-se a regra fundamental (proposta pela Comissão do Rio de Janeiro) de punir cada um dos partícipes de acordo

tenha a seu favor uma longa tradição, que remonta a FARINACIO (*auxiliator causa dans e auxiliator simplex*). Parecia-nos preferível o critério da participação em atos executórios, acolhido por vários códigos recentes.

com a sua própria culpabilidade e independentemente da culpabilidade dos demais, e, finalmente, exclui-se a responsabilidade objetiva em relação ao resultado mais grave, exigindo-se, em relação a este, pelo menos, dolo eventual²⁷.

O texto proposto sobre comunicabilidade das circunstâncias²⁸ foi reenviado à Comissão argentina para nova formulação. A matéria é difícil e delicada, e não nos parece que a assembléia, com os critérios diretivos que aprovou, tenha deixado muito claro seu pensamento a respeito.

O projeto original da Comissão argentina terminava por um texto referente aos crimes praticados mediante órgãos de difusão. Esse texto excluía a participação nesses crimes daqueles que se limitam a prestar a cooperação material necessária. Estabelecia, por outro lado, que se o autor ou autores de um fato delituoso praticado por tais meios, não forem conhecidos ou estiverem ausentes do país, será responsável o diretor ou editor do órgão de difusão empregado. Contra quatro votos²⁹ decidiu-se que a matéria não deveria ser incluída no Código Penal, devendo constituir objeto de lei especial.

Reincidência e habitualidade

A formulação dos textos sobre reincidência e habitualidade ficou a cargo da segunda sub-comissão argentina, presidida pelo Prof. FRANCISCO P. LAPLAZA. O trabalho original que essa Comissão apresentou recebeu críticas de diversas outras comissões e foi reformulado, com a seguinte redação:

“Ao que reincidir no delito depois de haver sido condenado por sentença firme, poder-se-á agravar a pena”.

Desde logo decidiu-se substituir a palavra “reincidência”, considerada uma redundância no texto, por “cometer” ou outra semelhante. Foi, no entanto, aprovado, por unanimidade, o critério de deixar ao arbítrio judicial a apreciação da reincidência,

²⁷ Repudia-se, assim a iníqua regra do art. 48 § único Cod. penal brasileiro.

²⁸ O texto era o seguinte: “As qualidades pessoais e circunstâncias de caráter subjetivo constitutivas da infração comunicam-se aos partícipes que não as possuam mas quando seu efeito seja agravante, a agravação só se comunicará ao partícipe que as conheça.

²⁹ Professores LAPLAZA, RAMOS MEJIA, PADILHA e ROY.

no que se refere a seus efeitos penais, ao invés de torná-la agravante obrigatória³⁰. Com isso também afastou-se, sem debates, a distinção entre reincidência genérica e específica, conceitos que perderam o sentido diante da perspectiva atual do recidivismo, passando a interessar à habitualidade.

Acolheu-se, em princípio, a fórmula argentina, que não distingue entre a reincidência ficta e a real. A Comissão chilena, por maioria, havia proposto o critério da reincidência real (para os efeitos agravante, não há reincidência sem o cumprimento efetivo da sanção anteriormente imposta).

A Comissão venezuelana propôs que a identificação da reincidência não se limitasse ao fato de praticar o agente novo crime após condenação definitiva, mas que dependesse, além disso, da ocorrência de determinadas circunstâncias, a serem apreciadas pelo juiz, a justificarem *in concreto* a agravação³¹. É sabido que há casos em que a reincidência nada significa (ex.: lesão corporal culposa e furto).

Não se chegou, no entanto, a um texto definitivo, que a Comissão argentina deverá apresentar à próxima reunião, tendo em conta as *idéias* aprovadas. O texto proposto pela Comissão venezuelana foi acolhido como simples sugestão.

Ficou em aberto também a parte relativa às conseqüências da reincidência, pois isso dependia do que posteriormente se decidisse quanto às penas e medidas de segurança.

Decidiu-se, no entanto, que, para os efeitos da reincidência não se considerem os crimes políticos e os exclusivamente militares, bem como a sentença condenatória definitiva, proferida no estrangeiro, por fato que a lei nacional não incrimina.

³⁰ Essa é hoje a tendência da legislação moderna, que se orienta no sentido do alargamento do arbítrio judicial na aplicação das penas. O IX Congresso Internacional de Direito Penal, reunido em Haia, em 1964, incluiu entre suas decisões a de que a aplicação das circunstâncias agravantes deve ser facultativa para o juiz (cf. *Revista*, nº 7, p. 124).

³¹ A fórmula proposta pela Comissão venezuelana era a seguinte: “O juiz apreciará ou não a reincidência, atendendo à afinidade dos motivos que levaram o sujeito a delinqüir de novo, à vida honrada ou dissoluta que medie entre os fatos puníveis e à natureza das infrações, assim como deverá tomar em consideração se um dos crimes for doloso ou preterintencional e o outro culposos ou se um deles for político ou militar e o outro comum”. Cf. §61 do Projeto alemão de 1962.

A proposta original da Comissão argentina esclarecida que não se consideram para os efeitos da reincidência também “os crimes praticados durante a menoridade penal”, e “a condenação por delito anistiado”. A assembléia decidiu eliminar ambas as disposições. A segunda por supérflua (é próprio da anistia fazer desaparecer o delito para todos os efeitos) e a primeira por imprópria: o menor não pratica crime. Manteve-se, no entanto, a idéia de *prescrição da reincidência*, que ocorre quando decorrem cinco anos a partir da extinção da pena.

Quanto à habitualidade, ficou aprovada a fórmula proposta, deixando-se em suspenso, pelas razões a que já aludimos, a deliberação quanto às conseqüências a serem previstas³².

Tentativa

A parte referente a tentativa, desistência voluntária, arrependimento eficaz e crime impossível, ficou a cargo da Comissão de São Paulo³³.

Por ampla maioria, decidiu-se não dar definição do crime consumado, refundindo o preceito sobre a tentativa em seu aspecto conceitual com o preceito sobre a punibilidade. Quanto a esta, ficou aprovada a redução obrigatória, em *quantum* a ser fixado posteriormente, ao se cuidar da aplicação da pena. Fomos vencidos neste ponto. Propusemos que ao juiz fosse facultado aplicar, em casos especiais, a mesma pena do crime consumado, deixando a redução ao arbítrio judicial. Não tem sentido, nos dias que correm, admitir a dosimetria (um a dois terços; até a metade, etc.) adotada por nossa lei quando prevê aumento ou diminuição.

Manteve-se o critério do *início da execução* acentuando-se ainda mais a garantia liberal que representa, com a indicação de que tal início deve dar-se através de atos “diretamente encaminhados” à consumação. O texto aprovado foi o seguinte:

³² A fórmula proposta foi a seguinte: “Quando a pluralidade ou reiteração dos fatos demonstrem que a atividade delictiva é hábito de vida ou meio habitual de subsistência em quem cometeu ou participou de tais fatos, a pena será agravada ou será imposta medida de segurança”.

³³ O relatório da Comissão de São Paulo foi publicado nesta revista, nº 9, p. 147. Basicamente, a Comissão, em sua proposta, reproduziu o art. 12 Cód. penal brasileiro.

“Quando se inicia a execução de um delito por atos diretamente encaminhados à sua consumação e esta não se produz por causas independentes do agente, a pena estabelecida para o fato será atenuada segundo determina o artigo...”

O texto sobre arrependimento e desistência foi aprovado sem grandes debates ou dificuldades:

“O agente que, voluntariamente, desiste da execução do delito ou impede que o resultado se reproduza, só responde pelos fatos já realizados”.

A matéria relativa ao crime impossível conduziu a largo debate. O Prof. JIMENEZ DE ASÚA considerou que o crime impossível não deve ficar impune, pois nele se expressa um desvalor de ação. E que, embora não deva ser equiparado à tentativa, o crime impossível constitui situação em que há merecimento de pena. Esse, todavia, não era o entendimento da maioria.

Foi mantido o critério da impossibilidade absoluta, da seguinte forma:

“Não se aplicará a pena correspondente à tentativa quando for absolutamente impossível a consumação do delito”.

Causas de justificação

Haviam sido aprovados na reunião do México os textos sobre cumprimento de lei e excesso nas causas de justificação³⁴. Restava examinar os textos sobre estado de necessidade e legítima defesa, tendo em vista as observações feitas no México e as idéias ali aprovadas a respeito.

A Comissão peruana apresentou novos textos que, após largo debate, conduziram às seguintes fórmulas:

³⁴ *Cumprimento de lei*: “Não comete delito o que atuar em cumprimento de dever legal ou no exercício legítimo de um direito”. *Excesso*: “Se nos casos dos artigos anteriores o agente incorreu em excesso o fato não é justificado, mas o juiz poderá atenuar a pena conforme o artigo... Não é punível o excesso proveniente de excitação ou turbação que as circunstâncias tornaram excusável”.

Estado de necessidade — *“Não comete delito quem, ante situação de perigo para um bem jurídico próprio ou alheio, causa lesão a outro, para evitar mal maior, sempre que concorram os seguintes requisitos: a) — que o perigo seja atual ou iminente; b) — que não tenha provocado voluntariamente; c) — que não seja evitável de outra maneira.*

Se o titular do bem que se trata de salvar, tem o dever jurídico de enfrentar o risco, não se aplicará o disposto neste artigo”.

Legítima defesa: *“Nã comete delito quem atua em defesa da pessoa ou direitos próprios ou alheios, sempre que concorram as seguintes circunstâncias: a) — agressão ilegítima; b) — necessidade razoável da defesa empregada para impedi-la ou repeli-la”.*

Penas e medidas de segurança

Este tema constitui, sob o aspecto legislativo, o mais importante do Direito Penal, sendo, por isso mesmo, hoje, objeto de grandes controvérsias. Buscando terreno firme para os trabalhos, a assembléia procurou afastar os debates doutrinários, preferindo examinar os textos e proposições concretas, tendo por base o trabalho elaborado pela Comissão centro-americana. Como já dissemos, esta parte foi apenas iniciada na 3ª reunião.

Foram as penas classificadas em principais e acessórias³⁵. As principais, em prisão e multa. Como se vê, seguiu-se o critério de não estabelecer diversas penas privativas da liberdade³⁶: tal diversidade, a nosso ver, não tem sentido. Em nosso país nunca desempenhou qualquer função quanto ao cumprimento das penas³⁷.

A decisão que exclui a pena de morte foi unânime.

³⁵ A disciplina separada de penas e medidas de segurança foi aprovada contra apenas um voto (prof. SCHWEITZER) e uma abstenção (prov. NOVOA). A expressa distinção entre penas principais e acessórias foi aprovada contra um voto (prov. RAMOS MEJIA) e uma abstenção (prof. LAPLAZA).

³⁶ Contra os votos dos professores LAPLAZA, RAMOS MEJIA, DURÁN, CORNEJO e ROY.

³⁷ HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *A reforma da Legislação Penal, Revista*, nº 2 págs. 70 e seguintes.

As penas acessórias foram classificadas em inabilitação absoluta e inabilitação relativa, seguindo-se o sistema, a nosso ver defeituoso, de vários códigos latino-americanos. Nenhum crime pode justificar uma inabilitação *absoluta*, com a suspensão, em conjunto, de numerosos direitos de diversa índole. Decidiu-se, no entanto, que deve ser possível aplicar, em certos casos, as penas de inabilitação como principais, ficando a comissão centro-americana incumbida de redigir o texto respectivo.

Unanimemente entendeu a assembléia que a referência à reeducação do delinqüente não diz respeito à finalidade da pena. Foi, no entanto aprovada, por maioria³⁸, a inclusão de referência à readaptação do condenado. O texto aprovado foi o seguinte:

“A pena de prisão consiste na privação temporária da liberdade e se cumprirá nos lugares determinados por lei, procurando exercer sobre o condenado ação readaptadora. O limite máximo é de 25 anos”.

O limite máximo refere-se à pena legal.

Quanto à pena de multa, manteve-se o critério de dias-multa, constante da proposta original, consideravelmente aperfeiçoada:

“A multa obriga o condenado a pagar ao Estado uma soma de dinheiro, que será fixada em dias de multa.

O montante do dia-multa determinar-se-á de acordo com a situação econômica do condenado, atendendo-se especialmente a seu patrimônio, rendas, meios de subsistência, nível de gastos ou outros elementos de juízo que o juiz considere apropriados.

Se o condenado viver exclusivamente do produto de seu trabalho, o dia-multa não poderá ser inferior à sua renda diária, nem exceder outro tanto da mesma.

³⁸ Contra os votos dos professores RAMOS MEJIA, DURÁN e ROY.

O limite máximo da multa é de 500 dias”.

Quanto à execução da pena de multa, o texto aprovado unanimemente foi o seguinte:

“Ao impor a pena de multa ou por resolução posterior, o juiz pode, atendendo à situação econômica do condenado, conceder prazo ou autorizar o pagamento em cotas, garantindo com cauções reais ou pessoais. O juiz tem faculdade para prescindir destas prudencialmente.

Esses benefícios podem ser revogados por falta do pagamento ou quando melhore sensivelmente a situação econômica do condenado”.

Unanimemente foram também aprovados os textos sobre amortização da multa e conversão:

Amortização da multa: “Poderá autorizar-se o condenado à amortização da multa mediante trabalho livre sem remuneração, a favor da administração pública. As autoridades competentes determinarão os trabalhos a serem considerados para esse efeito. Um dia de trabalho equivale a um dia-multa”.

Conversão da multa: “Se o condenado não pagar a multa, esta será convertida à razão de um dia de prisão por um dia de multa, sem prejuízo da faculdade do Estado de executá-la sobre os bens do mesmo. Nesse caso, a prisão não excederá de um ano.

O condenado poderá a qualquer tempo pagar a multa, descontando-se dela a parte proporcional à prisão cumprida.

Quando a lei aplicar conjuntamente as penas de multa e prisão, e a multa deve ser convertida, adicionar-se-á à prisão imposta a de multa convertida”.

Como se verifica, os textos aprovados sobre a pena de multa proporcionam soluções satisfatórias aos difíceis problemas que o tema oferece.

Finalmente, foi discutido e aprovado o artigo que trata da inabilitação absoluta, que ficou da seguinte forma:

“A inabilitação absoluta compreende: 1. a perda do emprego ou cargo público que exercer o condenado, inclusive os de eleição popular; 2. a incapacidade para obter comissões, cargos ou empregos públicos; 3. a perda do direito de votar e de ser eleito ou de tomar parte em associação política, e, 4. a incapacidade para exercer o pátrio poder, a tutela ou curatela”.

Entre as inabilitações absolutas que a proposta original incluía estava a incapacidade para tomar parte no conselho de família, que a assembléia suprimiu por unanimidade, considerando que o conselho de família é instituição estranha ao direito de muitos países e de duvidosa conveniência.

Incluía também a proposta original a perda do gozo de jubilação, pensão ou aposentadoria, cujo montante passaria a ser recebido pelos parentes do condenado, com direito a pensão. Esse dispositivo foi rechaçado por maioria³⁹. Sua inconveniência e injustiça eram, a nosso ver, manifestas. Modernamente esses direitos não constituem favor ao Estado, resultando da contribuição financeira do próprio beneficiário.

Como se vê, foi largo e proveitoso o trabalho, constituindo a reunião de Lima notável avanço. A cidade de Caracas foi escolhida como sede da 4ª reunião, que se realizará no período de 1º a 15 de julho de 1968.

Foi aprovada a criação de um *Instituto Latino-americano de Ciências Penais*, idéia que se deve ao Prof. EDUARDO NOVOA MONREAL. Foi escolhido para presidente o Prof. LUIZ A. BRAMONT ARIAS, devendo a presidência ser rotativa, passando sucessivamente aos presidentes das futuras reuniões da Comissão Redatora

³⁹ Vencidos ficaram os professores LAPLAZA, RAMOS MEJIA, PADILHA e NOVOA. O prof. SCHWITZER se absteve.

do Código Penal Tipo. Quando este estiver concluído, será, adotada a ordem alfabética dos diversos países. O Instituto terá um secretariado permanente, que ficará a cargo do Instituto de Ciências Penais, de Santiago do Chile⁴⁰.

Esperamos terminar em Caracas a aprovação do texto da Parte Geral do C.P.T., com o exame de todas as matérias que ficaram pendentes. A fim de que o trabalho prossiga, foram distribuídos, entre as diversas Comissões, os temas da Parte Especial, cabendo à Comissão do Rio de Janeiro a parte relativa aos crimes de perigo comum.

(*) Artigo publicado na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.º 16, p. 55 a 73

⁴⁰ O Instituto de Ciências Penais de Lima ficou incumbido de elaborar os estatutos da nova entidade, enviando o projeto a todas as Comissões de trabalho. O texto revisto será submetido à reunião de Caracas, para aprovação.