

O ERRO NO DIREITO PENAL

O erro sobre a ilicitude no Código Penal, interpretado pelo Professor Everardo da Cunha Luna

Eleonora de Souza Luna

Procuradora de Justiça

O tema a ser analisado – a interpretação do erro sobre a ilicitude no Código Penal, na visão do Professor Everardo da Cunha Luna – obriga-nos, primeiramente, a apresentar de forma superficial o seu entendimento dos principais institutos da teoria do crime, a fim de melhor compreender um tema específico - o erro sobre a ilicitude do fato.

Nas obras *Estrutura Jurídica do Crime*¹ e *Capítulos de Direito Penal*², Professor Everardo da Cunha Luna expôs a sua interpretação dos institutos essenciais e especiais da teoria do crime. Na *Estrutura Jurídica do Crime*, cuja primeira edição remonta ao ano de 1958, apresentada no concurso para Livre Docente da Faculdade de Direito do Recife, elabora uma **SÍNTESE** e uma **ANÁLISE** do Crime, compreendendo no primeiro o **CRIME COMO FATO JURÍDICO** e o **CRIME COMO FATO ANTIJURÍDICO**; no segundo, o **CRIME COMO FATO MATERIAL** e o **CRIME COMO FATO MORAL**.

No capítulo do **CRIME COMO FATO JURÍDICO** aborda o conceito de crime, os sujeitos, o objeto e o bem jurídico. No capítulo do **CRIME COMO FATO ANTIJURÍDICO** estuda a **ANTI JURIDICIDADE**. Nos capítulos do **CRIME COMO FATO MATERIAL** e **CRIME COMO FATO MORAL**, estuda, respectivamente, **AAÇÃO** e **A CULPABILIDADE**.

Busca captar, no estudo do crime, o aspecto real e o aspecto jurídico. O aspecto real do crime, por ser um fenômeno humano, é valorativo, é cultural. E

¹ LUNA, Everardo da Cunha. **Estrutura Jurídica do Crime**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 127 p.

² _____. **Capítulos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1985. 403 p.

no enfoque jurídico do crime, apresenta-o como fato jurídico e fato antijurídico - jurídico, porque definido pelo direito e antijurídico, porque contrário ao ordenamento jurídico.

Na 4ª e última edição da Estrutura Jurídica do Crime, nas Anotações a alguns capítulos, publicada pela Saraiva em 1994, incompleta em razão do falecimento do autor, explica a afirmação da juridicidade e antijuridicidade do crime fundamentando-se em MAX SCHELER, assim discorrendo: “bem observada a realidade, não existe um antijurídico puro, um mal puro, um erro puro, porque todos eles fazem parte de um conceito superior, os quais, como espécies de um mesmo gênero, atingem um ponto de convergência infinitesimal”. Acrescenta: “em todo bem, há algo de mal; em toda beleza, há algo de feio; em toda verdade, há algo de erro. Em contrapartida, em todo mal, existe algo de bem; em todo feio, há algo de belo; em todo erro, há algo de verdade”. E, ainda: “Desse modo, o lícito e o ilícito devem subordinar-se um ao outro, e, como contrários, conciliarem-se. Em toda *desgraça* está presente, e isto não só na economia divina, como também no plano do homem, uma *graça*, muito embora escondida, e muitas vezes imperceptível. Mozart, “o maior gênio da música”, morto há mais de duzentos anos, compôs, sob a pressão da febre corporal, transfigurada em febre espiritual, a *Flauta Mágica*, a *Clemência de Tito*, o *Réquiem* e outras obras que crescem à medida que os tempos vão passando (Consulte-se H. C. Robbins Landon, 1791 – *O último ano de Mozart*, trad. Newton Goldman, e rev. Laura Rónai, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1990). Beethoven, completamente surdo, compôs a mais perfeita de suas obras: *Os últimos quartetos*. E Milton, cego, ditou para as suas filhas *O paraíso perdido*”.

Partindo de uma visão de que tudo que é humano é valorativo, é cultural, baseando-se em filósofos a partir de EDMUND HUSSERL, o Professor entende que o conceito de crime deve captar o real e o jurídico, desprezando-se assim os conceitos reais extrajurídicos, pois apresentam o fenômeno do crime com definições de natureza sociológica e interpreta o fato humano com o método das ciências naturais, falhando em apresentar o real jurídico que deve conter uma definição do crime, bem como os conceitos formais analíticos: crime como *ação típica, antijurídica e culposa*, acrescentando-se a *punibilidade* em certas definições, por entendê-los pleonásticos, utilizarem na definição fenômenos da realidade - a ação e a vontade - e produtos de abstrações - a tipicidade, antijuridicidade e punibilidade. Segundo o Professor Everardo da Cunha Luna, apenas os conceitos real jurídico (*crime é o fato do homem que reproduz a*

hipótese criminosa formulada na lei) e formal sintético (*crime é o fato do homem proibido por ele sob ameaça de uma pena*) captam o real e o jurídico.

Buscava nesses conceitos não a separação da realidade dos produtos da abstração, mas visava a não “entificar os produtos da abstração”. Afirmava que na definição “crime é o fato do homem proibido por ele sob a ameaça de uma pena” pode-se identificar dois aspectos: “no *fato do homem*, está a realidade proibida; no *proibido por lei sob a ameaça de uma pena*, a proibição da realidade. A proibição valoriza a realidade: o crime é uma realidade valorada. Diz Bettiol que “o delito não está no fato, mas no juízo sobre o fato”. Ora, se está no *juízo sobre o fato*, também está no *fato sob o juízo*: síntese de realidade e valor. Diz Petrocelli, citando Grispigni, que “o jurista teórico não estuda o fato regulado pela norma, mas sim a norma que regula o fato”. Ora, o estudo *da norma que regula o fato* implica o estudo do *fato regulado pela norma*: o direito está na norma e no fato”.

Partindo dessa premissa metodológica, a ação não é um conceito puro, isento de valor, nos moldes do conceito naturalista, mas “realidade contida por norma, é naturalista e normativa a um tempo”. Ação, sob o aspecto normativo, “é causal e finalista; às vezes, somente causal; outras vezes, somente finalista. Naturalista, porque é um fato fenomênico; normativa, porque é um fato jurídico. Causal, porque se enraíza no mundo da realidade; finalista, porque advém da realidade humana. Mas como o jurídico compreende, implicitamente, o *humano*, e, no *humano*, se contém, implicitamente, o *fenomênico*, não vemos a necessidade de fazer a análise da ação, grata a Petrocelli (*Principi di diritto penale*, cit., v. 1, p. 270 e s.), em naturalista, finalista e normativa, sendo de nossa preferência dizer, em síntese, à maneira de Pannain (*Manuale di diritto penale*, cit., v.1, p. 212), que a ação é normativa”.

Na definição de culpabilidade, segue o mesmo método, preferindo a teoria psicológica da culpabilidade, sob o seguinte fundamento: “a culpabilidade não é um juízo, e negamos a presença, nela, de elementos normativos, como contrariedade ao dever, desobediência etc. A nossa posição é contrária ao normativismo, seja o genuíno, seja o atenuado ou psicológico, porque, para nós, a culpabilidade, assim como a ação, é um fato, fato psicológico, simplesmente tratado pelo direito. Normativismo implica juízo, juízo de valor, de censura, com sede própria na doutrina da antijuridicidade. Psicologismo quer dizer fato, fato psíquico, moral, elemento enfim. O fato, como objeto do juízo; juízo como significação do fato: se o *reproche* é o conteúdo da culpabilidade, conforme o ensinamento de Asúa (*Tratado de drecho penal*, cit., t. 5, p. 163), o juízo de

um objeto está contido no objeto, o que é impossível”. Bem claro fica que não é adepto da concepção psicológica da culpabilidade entendida como concepção naturalista. A culpabilidade é normativa porque tratada juridicamente e é um fato da realidade, por ser um fato psicológico.

A vontade é entendida pelo Professor como o núcleo da culpabilidade. A vontade, como fundamento de exclusão da ação e da culpabilidade, pode ser compreendida como ausente (causa de exclusão da ação); presente, mas incapaz (nos inimputáveis por doença mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado); presente, capaz, mas viciada (no erro, porque anulado o conhecimento sobre o qual se funda a vontade; na coação moral, porque anulada as condições normais de liberdade, em que a vontade se manifesta).

Já no trabalho Estrutura Jurídica do Crime defendia que o erro de direito devia ter tratamento idêntico ao erro de fato, títulos de acordo com o Código Penal de 1940, sustentando que ao primeiro devia ser concedido valor escusante, tal como no erro de fato. Assim, preferia a teoria estrita ou extremada do dolo, por conferir tratamento isonômico ao erro, embora não aceitasse a idéia de que o dolo para configurar-se exigisse a consciência da antijuridicidade, quer atual quer potencial.

Defendia a unificação do erro, por não existir diferença substancial entre o chamado erro de fato e de direito, existindo tão só para atender certas finalidades práticas: “Como o crime, fato jurídico que é, compreende fatos e valores, estabeleceu-se, para o desconhecimento desses fatos e valores, a milenar distinção entre *erro de fato* e *erro de direito*. E, por força da tradição, o princípio de que o erro de fato exclui e o erro de direito não exclui a culpabilidade”. Concluiu: “uma vez que fatos e valores são incidíveis, porque gravitam dentro da realidade jurídica, que é a um tempo direito e realidade, conclui-se que a distinção entre erro de fato e erro de direito não era uma distinção substancial, existindo apenas para o atendimento de certas finalidades práticas”.

Com a reforma da Parte Geral do Código Penal, pela Lei n.º 7209, de 11/07/1984, e a admissão do erro sobre a ilicitude do fato, ainda na análise do artigo 21 do anteprojeto de Reforma da Parte Geral, pugnava por uma redação mais simplificada, tomando como exemplo o Código Penal Alemão, modelo do anteprojeto. Para ele, a redação ideal deveria ser a seguinte: no título: ERRO DE DIREITO, por tradição histórica e por se tratar de expressão rica de conteúdo. Aceitava a redação ‘o erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável isenta de pena’. Admitia a atenuação da pena, quando evitável o erro. Defendia a supressão do parágrafo único, por não constar no Código Penal Alemão. Discordava

da previsão da possibilidade de consciência da ilicitude, como possibilidade de consciência da anti-socialidade da ação, por entender a consciência da ilicitude *como consciência atual da contrariedade ao direito*.

Com a entrada em vigor do atual artigo 21 do Código Penal, bem como da previsão da circunstância atenuante do artigo 65, inciso II, do mesmo diploma legal, lamentou o abandono do título ERRO DE DIREITO. Manteve o entendimento da desnecessidade do parágrafo único. Mas, o essencial, segundo o Professor, “inovação corajosa e merecedora dos melhores aplausos, é o conteúdo do *caput* do referido art. 21”.

Professava o entendimento mais amplo do erro sobre a ilicitude do fato. Para ele, “em rigor de justiça, ou seja, conforme uma política criminal *plena*, só deve ser punido *criminalmente* quem sabe que praticou um *crime*, um fato que a lei sanciona, *em abstrato*, com uma pena criminal. A doutrina foi defendida por Feuerbach, que, além de teórico do direito penal, foi legislador e foi *juiz*. Sucede que nossa época não está amadurecida para tal *plenitude*”.

Assim, estranhou a primeira parte do artigo 21 do Código Penal: *o desconhecimento da lei é inescusável* em confronto com a segunda frase: *o erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena*.

Com fundamento na doutrina alemã, especialmente em Maurach, o erro sobre a ilicitude do fato pode apresentar-se em três formas distintas: a) o erro sobre a existência da norma (o agente desconhece a norma e julga o seu agir como indiferente ao Direito); b) o erro sobre uma causa de justificação; c) o erro sobre uma causa de exclusão da responsabilidade (o agente crê que a observância da norma não lhe é exigível). Para distinguir o erro de proibição do erro de tipo, o citado autor alemão, afirmava o Professor, refere-se ao primeiro como um erro relativo ao mandato normativo (o erro também poderia referir-se à vigência material de uma norma (o agente considera inconstitucional uma lei formalmente existente ou ao imaginar que uma lei foi derogada).

Interpreto o desconhecimento da lei como inescusável como o desconhecimento da antijuridicidade especial, o desconhecimento da punibilidade do fato. O desconhecimento da lei, inescusável, é o erro sobre a existência da norma proibitiva.

Diverso é o desconhecimento sobre a ilicitude do fato. Este, se inevitável, isenta de pena, e se refere à antijuridicidade geral.

O conhecimento da antijuridicidade especial, segundo o Professor, implica no conhecimento da antijuridicidade geral, mas o conhecimento da segunda

(da antijuridicidade geral) não implica o conhecimento da primeira. Se o agente sabe que o fato é ilícito, é irrelevante saber se é um ilícito penal. Se não conhece o fato como ilícito, menos ainda conhecerá a ilicitude penal. Daí, o desconhecimento da norma proibitiva (da antijuridicidade especial) ser irrelevante. Assim, o desconhecimento da ilicitude do fato (antijuridicidade geral), se inevitável, é que isenta de pena.

Ocorre que o artigo 65, inciso II, do Código Penal, prevê como circunstância atenuante o *desconhecimento da lei*. Para o Professor, há a obrigatória atenuação legal no caso de conhecimento da antijuridicidade geral e desconhecimento da antijuridicidade especial, que é como deve ser interpretado o precitado artigo.

Citando a doutrina alemã, informa que essa admite que a pena pode ser atenuada quando o agente age com consciência da antijuridicidade e sabe que está praticando um crime. Dessa maneira, o Professor esclarece que, no Código Penal pátrio, a interpretação deve ser a seguinte: se o agente não sabe que o fato é criminoso (desconhecimento da antijuridicidade especial), há aplicação da circunstância atenuante prevista no artigo 65, inciso II, do Código Penal. Na hipótese do agente saber que o fato é criminoso, pode-se considerar a aplicação de uma atenuante, mas judicial (do artigo 59, do Código Penal) e não legal (do artigo 65, inciso II, do Código Penal).

Concluindo, no quadro abaixo, está sintetizado o entendimento do Professor Everardo da Cunha Luna a respeito da interpretação dos artigos 21 e 65, II, do Código Penal:

Conhecimento da Antijuridicidade

- Desconhecimento da antijuridicidade geral: isenção de pena (artigo 21, *caput*, do CP)
- **Possibilidade do conhecimento da antijuridicidade geral:** diminuição especial da pena, obrigatória nos limites legais (artigo 21, *caput*, do CP)
- **Conhecimento da antijuridicidade geral e desconhecimento da antijuridicidade especial:** pena aplicável com obrigatória atenuante legal (artigo 65, II, do CP)
- **Conhecimento da antijuridicidade geral e especial:** pena aplicável com possível agravante ou atenuante judicial (artigo 59, do CP)

Ao dedicar-se a esse tema, externou a sua preocupação com a dificuldade de interpretação do artigo 21 do Código Penal, especialmente para quem principia a profissão de julgador, porque o primeiro período pode levar ao desprezo do segundo e, neste, no segundo, reside a grande inovação da reforma penal.

O tema permanece atual e, quanto à aplicação do referido artigo 21, do Código Penal, poucos são os julgados que a ele se referem, em especial nos Tribunais Superiores, o que ratifica a dificuldade de interpretação antevista pelo Professor Everardo da Cunha Luna.

