

Projeto de Código Penal. A Reforma da Parte Geral

Prof. Dr. Juarez Tavares

Pós-Doutor pela Universidade de Frankfurt am Main (Alemanha), Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, na qual é Professor Titular. Sub-Procurador-Geral da República.

Caro amigo Antônio Martins, que preside esta memorável sessão do Seminário Crítico da Reforma Penal, eminente Des. Paulo Baldez. Senhoras e senhores.

Gostaria de fazer um especial agradecimento à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro por me convocar para esta missão, que reputo de extrema relevância. Digo de extrema relevância porque se destina a discutir um projeto de Código Penal que pode trazer graves consequências para a comunidade brasileira. Quero também agradecer ao Des. Paulo Baldez e ao Dr. Rubens Casara, que me incentivaram a aqui comparecer. Inicialmente, relutei em aceitar o convite, porque faço parte de uma comissão de concurso e me sentiria desconfortável de participar de um seminário na EMERJ, que é uma escola que se destina, de maneira precípua, à preparação para concurso.

Diante, porém, do objetivo de se constituir na EMERJ um seminário crítico do projeto do Código Penal, aceitei imediatamente a ideia de aqui comparecer e de figurar como seu coordenador. Igualmente, gostaria de fazer uma homenagem àqueles amigos que estão presentes no evento e faço-a na pessoa do meu amigo, Prof. Juarez Cirino dos Santos, com o qual tenho convivido durante muitos anos, na faculdade, depois da faculdade, na vida profissional, enfim desde nossa vida acadêmica até hoje. Na pessoa do Prof. Juarez dos Santos, saúdo todos os presentes e participantes do seminário.

Antes de tratar da matéria relativa ao projeto do Código Penal, devo ainda prestar outra homenagem. Há algumas pessoas que deram uma contribuição notável à discussão desse tema, ao iniciarem uma crítica percuciente ao projeto de Código Penal. Aqui cabe uma homenagem

a essas pessoas: Luís Greco, Alaor Leite, Gustavo Quandt e Paulo Busato, que escreveram na **Revista Liberdades** do IBCCrim críticas contundentes ao projeto. Com essas críticas, prestaram eles um serviço relevantíssimo à comunidade jurídica e ao direito brasileiro. Há muito tempo, o direito brasileiro vem se deteriorando por conta de uma simplificação cada vez maior dos institutos e também por força de um conglomerado de livros, artigos e publicações que se dedicam a aplicar à doutrina penal aquilo que a jurisprudência, ainda não estratificada, vem disseminando Brasil afora. Parece que essa influência predominante da jurisprudência sobre a doutrina brasileira vem solapando as bases humanistas do direito, levando-o a um deserto de concepções críticas, a desconstituir as premissas que buscam assentar a interpretação das normas penais em face da proteção de direitos fundamentais.

Dessa forma, parece-me que essas publicações, que apenas reproduzem enunciados da jurisprudência, formulados com base no fato concreto, não estão adequadas, na maioria das vezes, a servirem de parâmetro para uma específica reflexão jurídica. Por serem incertos e casuísticos, os enunciados estão muitas vezes em contradição com as premissas que a doutrina tem fixado como essenciais à configuração do direito penal. No dia 11/09/12, na inauguração deste seminário, o Prof. Juarez Cirino dos Santos traçou os parâmetros essenciais da ciência penal. Disse ele, de modo percuciente, que o direito, segundo o pensamento de Sandro Baratta, constituiria a ideologia do sistema capitalista. Essa assertiva induz a uma profunda reflexão. Fazendo um retrospecto sobre a questão da ideologia, posso também dizer que essa expressão “ideologia” nasce no século XVIII com De Tracy para indicar o conjunto de condições pelas quais se poderia ter uma compreensão das leis naturais. Inaugurava-se, portanto, no campo da filosofia, a contribuição no sentido de explicar como as leis naturais deveriam reger a comunidade.

Dessa forma, o conceito de ideologia, visto como condição para fundamentar a criação de leis naturais, ou possibilitar a explicação dessas leis, se projetou no século XIX e, de modo muito eficaz, passou a fazer parte do empreendimento de compreender o sistema político vigente, a partir das condições que geravam a ideia acerca desse sistema. Parece claro que à medida que a geração de ideias corresponde, na verdade, a alguns requisitos empíricos que lhe servem de base, essa gestação de ideias não poderia se desvincular das condições materiais da vida social, principal-

mente daquelas condições materiais de produção, das chamadas relações de produção, ou relações de classe. Assim, é impossível conceber-se uma ideologia sem estar associada a uma concepção de sociedade baseada naquela divisão das categorias sociais antagônicas que compõem o quadro das relações de produção.

É impossível esclarecer acerca do direito sem promover sua vinculação a esse conceito de ideologia, que está presente no complexo da formação social capitalista. Portanto, a análise que o Prof. Juarez Cirino dos Santos fez, mostrando que efetivamente o direito constituiria a ideologia do sistema capitalista, é perfeitamente correta. O direito representa justamente uma proposta de racionalização daquelas condições materiais frutificadas nas relações de produção. Isso conduz a que o direito, ainda que alguns autores o edifiquem como monumento cultural, sempre esteve a serviço da manutenção desse tipo de formação social. O direito, portanto, está imbricado de tal forma na formação social capitalista que não pode frutificar, a não ser como modalidade de racionalização do sistema, ou seja, como sua ideologia, para, assim, sustentá-lo politicamente. Essa é a concepção que tenho da ideologia.

Por outro lado, se o direito é uma forma ideológica do próprio sistema capitalista, é também o direito que faz com que a pena se caracterize como espécie de ideologia desse próprio sistema. A pena não é apenas a resposta que se dá à prática de uma infração penal; a pena incorpora nessa resposta uma ideologia, no sentido de basear sua racionalização na ideia de que é necessária. Portanto, a discussão em torno da necessidade da pena nada mais é do que uma forma de racionalização, pela qual se pretende justificar sua imposição como algo socialmente indispensável, porque inerente à própria formação social. Assim, entre pena, direito e sistema social capitalista não há ruptura, há uma assimilação ascendente cada vez maior, cada vez mais presente.

A partir dos enfoques trazidos à baila pelos conferencistas, principalmente, por Maurício Dieter, pudemos ontem observar como essa racionalização da imposição da pena mais solidifica o poder e mais sedimenta as bases injustas sobre as quais esse poder se fundamenta. Aí está a primeira abordagem de uma crítica ao sistema penal e ao próprio projeto. Pelo ângulo de seu complexo ideológico, sob o qual se enunciam as razões que justificam a formulação das normas penais, pode-se compreender o significado e o alcance das incriminações.

Outro aspecto importante para levar em conta, antes da manifestação concreta sobre as normas que compõem a parte geral do projeto de código penal, é a necessidade de ressaltar o papel da dogmática penal. Afinal de contas, para que serve a dogmática penal? Há algumas propostas de conceber a dogmática penal como um conhecimento descomprometido com qualquer viés ideológico ou qualquer manifestação de poder. Como consequência, haveria uma ruptura entre a dogmática penal, de um lado, e o sistema penal, de outro. A dogmática penal representaria um conjunto de conhecimentos destinados a proteger a pessoa humana diante do poder punitivo do Estado, e o sistema punitivo daria corpo aos elementos do poder punitivo. Parece, porém, que essa é uma falsa reflexão sobre o papel da dogmática penal. A dogmática penal não é um conjunto de conhecimentos coerentes e sistemáticos, ainda que delimitativos do poder de punir. A dogmática só pode legitimar-se se desempenhar uma função crítica. O papel da dogmática legítima tem que ser sempre um papel crítico. Ela não tem outro papel, até porque qualquer outro papel seria um papel de comprometimento com o sistema, seria um papel de racionalização do sistema por meio de artimanhas e de procedimentos lógicos nem sempre esclarecidos.

Qual é o papel que se deve assinalar à dogmática penal quando se faz uma crítica ao projeto? É o papel de esclarecer, primeiramente, acerca de seus objetivos latentes ou não declarados, que são aqueles objetivos reais do processo de punição instituído no sistema vigente; depois, o papel de demonstrar como a ocultação desses objetivos reais se envolve no processo de sua racionalização e contribui para a manutenção do sistema. Essa é a realidade que a dogmática penal deve apontar, esclarecer e colocar no devido lugar para mostrar exatamente o que o projeto representa. O projeto não é produto de uma ciência neutra e nem é o projeto de uma lei neutra, mas, sim, um projeto comprometido com a ideologia da pós-modernidade ou do capitalismo tardio, que camufla os verdadeiros significados da punição sob o pálio de inovação e teorias indefinidas.

Independentemente dessas ideias iniciais, analisemos o projeto em sua substancialidade, ou seja, em termos lógicos e em termos dogmáticos, em confronto com as teorias do direito penal em geral. Afinal de contas, estamos fazendo uma crítica a um projeto de código penal que está colocado em votação no Senado Federal e que poderá ser levado a efeito, inclusive com consequências gravíssimas e desastrosas para a sociedade

brasileira. Precisamos proceder aqui a uma crítica mais pormenorizada de suas normas, de tal modo a demonstrar sua incongruência intrínseca, teórica e lógica. Igualmente, para pôr à mostra sua irracionalidade. Se o projeto constitui uma forma de ideologia, uma forma de racionalização do poder penal, pode-se dizer que até nesta forma ideológica é ele ilógico. Nem mesmo os objetivos perseguidos pelo projeto são alcançados no próprio projeto.

Na dogmática penal segue-se a tradição, que se compôs desde Feuerbach até os nossos dias, de desenvolver essa forma de ideologia, que é o direito penal, mediante a conjugação de elementos cada vez mais precisos, de modo a conferir à expressão de sua racionalidade um contorno perfeitamente compreensível. Essa forma de racionalidade ou racionalização está hoje muito bem representada na nova filosofia do discurso jurídico punitivo. A instituição do discurso jurídico pós-moderno serve ao propósito de representar a compreensão da realidade, de um lado, consoante os elementos empíricos que lhe servem de substrato, e de corrigir o próprio sistema, de outro. Assim, o discurso jurídico está composto de duas parcelas importantes: uma, de compreensão da realidade, e outra, de correção do próprio sistema normativo. Mediante essa divisão de tarefas, quer-se dar a impressão de que efetivamente o discurso jurídico de compreensão da realidade está ajustado àquele sistema jurídico de sua correção, quer dizer, busca-se fundamentar ou legitimar a correção do sistema normativo por meio de uma atenção aos elementos empíricos da realidade. Claro que a compreensão da realidade deve ter como referência elementos empíricos, mas estes não são suficientes para legitimar o sistema, para afirmar sua correção. A compreensão da realidade e a correção do sistema estão vinculadas diretamente ao discurso jurídico, o qual se manifesta nas leis e agora no projeto de código penal.

Sendo assim, como que se dá essa compreensão? E como se dá essa correção do sistema jurídico no projeto de código penal? Convém observar, primeiramente, que a Parte Geral do Código Penal foi profundamente alterada. Foi alterada em todos os níveis: no tocante à aplicação da lei penal, no tocante à teoria do delito e também em relação à própria pena. Vou dedicar o estudo exclusivamente à parte relativa à teoria do delito, sem adentrar na regulação da pena. Ontem, de maneira exaustiva, os conferencistas praticamente destroçaram o projeto em face das perspectivas humanistas que poderia conter, mostrando exatamente o con-

trário, que o projeto é antagônico aos interesses individuais e ao Estado Democrático de Direito e, principalmente, antagônico à perspectiva de uma potencialização da pessoa humana. Deixemos de lado essa análise e fixemo-nos exclusivamente nos pontos fundamentais da aplicação da lei penal e da teoria do delito.

Na aplicação da lei penal, as questões começam a suscitar indefinições e perplexidades. A primeira grande perplexidade diz respeito à homologação de sentença penal estrangeira para produzir efeitos no Brasil. Assim, disciplina o projeto a matéria:

Art. 10. A sentença estrangeira pode ser homologada no Brasil para produzir os mesmos efeitos de condenação previstos pela lei brasileira, inclusive para a sujeição à pena, medida de segurança ou medida socioeducativa e para a reparação do dano.

§1º A homologação depende:

a) de pedido da parte interessada;

b) da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça ou da Mesa do Congresso Nacional.

§2º Não dependem de homologação as decisões de corte internacional cuja jurisdição foi admitida pelo Brasil.

E aqui, Prof. Juarez Cirino, está a mais evidente demonstração de como os casos concretos, políticos, influenciam a configuração da lei penal e como os casos concretos, políticos, não só influenciam, mas determinam a utilização do discurso penal em torno da racionalização do sistema para fortalecer a punição e não para defender a pessoa humana. A compreensão da realidade empírica, a consideração de um fato, procura alicerçar a correção do sistema normativo. A sentença estrangeira pode ser homologada no Brasil, segundo o projeto, para produzir os mesmos efeitos da condenação previstos pela lei brasileira, inclusive para a sujeição à pena imposta por tribunal estrangeiro. Por que foi prevista esta forma de execução da pena aplicada no estrangeiro em território brasileiro

a autores originariamente vinculados ao tribunal estrangeiro? Por exemplo, um estrangeiro comete um crime na Itália e se transfere ao Brasil, o qual, por sua vez, não concede a extradição pedida pelo governo italiano. Pelo projeto, a sentença italiana poderia ser executada para que o italiano cumprisse a pena nas prisões brasileiras. É a primeira vez que se pretende fazer isso.

E por que se pretende fazer isso? A explicação é muito simples: por sugestão de um caso concreto, do caso Battisti, porque Battisti, além de ter sido beneficiado pelo asilo político, não teve sua extradição executada pelo governo brasileiro, apesar de concedida pelo Supremo Tribunal Federal. O ato governamental de executar ou não a extradição é ato político, inserido como expressão de soberania. Uma vez não executada a extradição, Battisti permaneceu no território brasileiro sem cumprir a pena a que fora condenado na Itália. Agora, por essa fórmula sub-reptícia, o projeto de código penal pretende impor ao governo brasileiro a decisão de mandar que se proceda, no Brasil, a execução dessa pena.

Pretende-se, assim, levar ao extremo o velho princípio de *aut dedere aut judicare*, sem se importar com as diversidades dos sistemas jurídicos. Praticamente, as garantias que se tinham em conta para a verificação acerca da validade da extradição caem por terra. A pessoa submetida a esse procedimento está diante de uma decisão simbólica de proteção de seus direitos, que nada protege, que apenas dá vazão ao sentido punitivo do sistema.

Lembro-me de um caso interessante, quando eu era estudante de direito na Universidade Federal do Paraná, juntamente com o Prof. Juares Cirino dos Santos. Discutia-se, na época, se uma autoridade paraguaia poderia solicitar ao secretário de segurança pública do Paraná, mediante ofício, que se executasse no Brasil a pena imposta a um paraguaio que fora condenado no Paraguai, mas que passara a residir em Curitiba. De conformidade com o Código Penal de 1940, ainda em sua redação originária, isso seria impossível, como é até hoje. Lembro-me de meu professor, Alcides Munhoz Neto, um notável penalista, que asseverava ser inconteste a regra do código, ainda que o paraguaio fosse um cidadão aparentemente indesejável ou que houvesse cometido crime grave em seu país de origem. Se a proposta do projeto vingasse, a pretensão paraguaia poderia ser atendida, claro, não mediante um procedimento tão desburocratizado, mas observando-se a homologação da sentença pelo STJ.

Aparentemente, tudo é muito correto, mas podem surgir alguns problemas. Qual é afinal a lei aplicável na execução: a lei brasileira ou a lei paraguaia? Suponha-se que no Paraguai se promulgue uma lei que atenua ou diminua a pena. Aplica-se esse benefício no Brasil? Caso a execução se reger pela lei paraguaia, deverá o juiz brasileiro verificar, constantemente, pela internet ou por outros meios de comunicação, acerca de qualquer alteração na lei estrangeira que possa beneficiar o réu. Poder-se-ia dizer que isso deveria ser alertado pelo defensor do condenado. Ocorre, porém, que o juiz é obrigado, de ofício, a proceder a uma reavaliação da execução, quando surgir qualquer benefício ao condenado. Por outra parte, se a execução se reger pela lei brasileira, fica sem resposta a indagação acerca de como se proceder quando a lei estrangeira for mais benéfica ao condenado. Ademais, independentemente da alteração benéfica da legislação, como será regulado o livramento condicional? O projeto excluiu o livramento condicional, mas manteve a progressão de regime. Então, como se regula a mudança de regime? E se o tribunal estrangeiro entender que a condenação a um determinado crime sujeita o condenado ao regime aberto, mas a lei brasileira prever que se lhe deva submeter ao regime semiaberto, ou fechado? Essas regras não foram traçadas no projeto, mas deveriam ser.

Há uma situação de conflito constante entre a lei estrangeira e a lei brasileira, que torna inviável esse tipo de execução da pena. Mais grave do que isso é o fato de que a imposição de execução, no Brasil, da pena imposta por tribunal estrangeiro, salvo se houver acordo ou tratado entre os dois países, constitui um atentado à soberania do país e uma extensão indevida da jurisdição estrangeira ao território brasileiro. O Brasil não pode executar a pena imposta por um tribunal estrangeiro, unicamente como forma de dar sequência à punição. A pena imposta no exterior corresponde a uma ordem jurídica determinada, vinculada a valores e condições diferentes do que se consigna no Brasil. Daí a necessidade de que isso deva vir associado a um tratado específico entre os dois países, no qual sejam consideradas as particularidades de cada ordem jurídica, seus limites e comandos. Não basta, como faz o projeto, que haja tratado de extradição entre o Estado estrangeiro e o Brasil. Será possível que mediante uma lei se estenda a jurisdição estrangeira ao Brasil? A execução da pena imposta por tribunal estrangeiro não se confunde com as consequências que a sentença estrangeira possa produzir no Brasil. A execução da pena com-

preende já um ato de soberania. Por sua vez, a análise do conteúdo de uma sentença estrangeira diz respeito a tomá-la apenas como fato, que pode ou não influir na convicção do julgador brasileiro.

O projeto prevê também que a sentença estrangeira pode ser homologada no Brasil para a imposição de medidas socioeducativas. A medida socioeducativa se estende preferencialmente aos adolescentes, mas o Código Penal não pode disciplinar medidas destinadas a adolescentes, que se regem por estatuto próprio. Aqui novamente nos defrontamos com um problema: há sentenças estrangeiras que impõem medidas socioeducativas não existentes na legislação brasileira. Como essas medidas socioeducativas estrangeiras devem ser executadas no Brasil? Como se deve proceder à sua adaptação às medidas brasileiras? Embora algumas medidas sejam semelhantes, muitas delas implicam violação de direitos fundamentais, como a *Sicherungsverwahrung* alemã, que restaura o sistema do duplo binário.

No artigo 9º se reproduz a mesma norma do vigente código penal.

Art. 9º A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.

Embora aparentemente clara, essa norma é de difícil compreensão. Sobre isso jamais foram tecidos esclarecimentos convincentes. A doutrina costuma simplesmente repetir as palavras da lei. O projeto deveria dizer o que significa a expressão penas “diversas” ou penas “idênticas”. A diversidade não pode ser aferida pela quantidade, mas sim pela qualidade. Ademais, nem sempre a diversidade de qualidade exclui a possibilidade de comutação. Uma pena é idêntica em que sentido? Quais são os parâmetros da identidade? Por outro lado, unificaram-se as penas de reclusão e de detenção. Isso parece conduzir a sedimentar a identidade apenas na quantidade. Mas o critério quantitativo é absolutamente incompatível com um significado valorativo. O projeto mantém a diversidade qualitativa e, ao mesmo tempo, impossibilita sua aplicação. Uma contradição incontornável.

O mais grave nessa regulação da aplicação da lei penal, além da proposta política de sedimentar normativamente questões práticas que

foram levadas a efeito por um caso concreto, é aquela relativa aos chamados critérios de solução para o concurso ou conflito de normas.

Há sempre a expectativa de que a lei penal contenha expressões corretas, claras, que possam ser compreendidas imediatamente por todos. Parece, contudo, que o projeto de código penal não atendeu a essa expectativa. Quando procurou regular o conflito de normas, caiu em contradições e violou, de uma maneira muito direta, lições consolidadas da doutrina penal. Veja-se o que dispõe o art. 12, § 2º, do projeto:

Consumção criminosa

§ 2º Não incide o tipo penal meio ou o menos grave quando estes integram a fase de preparação ou execução de um tipo penal fim ou de um tipo penal mais grave.

§ 3º Não incide o tipo penal relativo a fato posterior quando se esgota a ofensividade ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal anterior mais gravoso.

Simplemente, o projeto confunde as coisas, porque conjuga como consunção não apenas o que a doutrina trata mesmo como consunção (§ 3º), senão também aquilo que a doutrina no mundo inteiro chama de subsidiariedade (§ 2º). Há aqui uma profunda divergência entre o entendimento daqueles que fizeram o projeto e os ensinamentos tradicionais da doutrina penal universal. Não precisava ir longe: bastava ler o livro do Prof. Juarez Cirino dos Santos e ver que o art. 12, § 2º confunde consunção e subsidiariedade. Aos leigos, isso poderia parecer uma clarividência do projeto, mas não é. É erro dogmático. Um fato que é etapa de realização de outro (ou de execução, como diz o projeto), não importa a finalidade perseguida pelo agente, é subsidiário desse outro. A consunção se dá em outro contexto, quando o fato for eventualmente usado como meio e possa ser abrangido pelo tipo do crime fim, de tal modo que possa ser objeto de único juízo de valor. Na consunção, faz-se um juízo de valor da relação entre meio e fim para estabelecer uma ponderação em torno da lesão de bem jurídico. Nessa ponderação, verifica-se se o tipo pode também alcançar o crime meio. Isso se dá no chamado fato coparticipativo (Begleitatt). Na subsidiariedade, há uma variação de intensidade: o ato se desenvolve em etapas, agravando a lesão do bem jurídico.

Examinemos, agora, com mais vagar a questão do fato punível. Tiago Joffily já demonstrou, na sua conferência inicial, a incongruência da redação relativa ao princípio da ofensividade. Não vamos entrar nesse aspecto. Vamos apenas tratar de outro aspecto: o parágrafo único do artigo 14.

Diz o projeto:

Art. 14. A realização do fato criminoso exige ação ou omissão, dolosa ou culposa, que produza ofensa, potencial ou efetiva, a determinado bem jurídico.

Parágrafo único. O resultado exigido somente é imputável a quem lhe der causa e se decorrer da criação ou incremento de risco tipicamente relevante, dentro do alcance do tipo.

Os membros da comissão dizem que esse parágrafo único constitui um dos avanços mais significativos do projeto e da futura legislação brasileira, porque busca introduzir entre nós os critérios de imputação objetiva de Roxin. Interessante que Roxin, que é, sem dúvida, o maior penalista do mundo, não conseguiu incorporar seus critérios ao próprio Código Penal alemão. E nem se importou muito com isso, porque sabe que a lei não deve tratar exaustivamente de critérios ainda em evolução.

Mas o projeto, claro, com o objetivo de renovar a doutrina e a legislação, quer incorporar os ensinamentos de Roxin ao Código Penal. Isso seria uma maravilha, se fosse possível e fosse produto de uma redação correta. Sou adepto da Teoria da Imputação Objetiva e fui o primeiro a tratá-la no Brasil quando da primeira edição do Direito Penal da Negligência, fato que foi reconhecido por Luís Greco. Naquela época, o sistema proposto por Roxin ainda não estava totalmente desenvolvido. Mais tarde, assimilei os critérios de Roxin e os uso dentro do quadro da imputação, já na Teoria do Injusto Penal. Mesmo assim, tenho constrangimento em propor sua incorporação ao Código Penal, porque, como se trata de critérios normativos, podem sofrer novas avaliações da doutrina jurídica. A doutrina penal, que está, hoje, sedimentada, por exemplo, no aumento do risco, poderá mudar amanhã, pois as reflexões são intermináveis, assim como a música, cujos acordes são infinitos. Poderá haver uma modificação estrutural desses critérios de imputação objetiva. Nem sempre é salutar que

critérios, hoje dominantes ou preferentes, mas que se modificam todos os dias, venham a ser inseridos em um código penal. O projeto buscou acolhê-los, mas fê-lo de forma imperfeita, ou melhor, errada.

O ensinamento de Roxin não foi adotado de maneira definitiva e correta; foi traçado indevida e incorretamente. Vou ler novamente o dispositivo, o qual diz o seguinte: “o resultado exigido somente é imputável a quem lhe der causa e se decorrer da criação ou incremento de risco tipicamente relevante, dentro do alcance do tipo”. Primeiramente, há uma manifesta redundância: “tipicamente relevante” e “dentro do alcance do tipo”. Claro, se é tipicamente relevante só pode estar dentro do tipo; onde estaria? Que linguagem escorreita! Há outro caso também gritante de erro de linguagem. No projeto está assim redigido o § 1º do art. 12:

Art. 12. Na aplicação da lei penal o juiz observará os seguintes critérios, sem prejuízo das regras relativas ao concurso de crimes:

§ 1º Quando um fato aparentemente se subsume a mais de um tipo penal, é afastada a incidência:

a) do tipo penal genérico pelo tipo penal específico;

b) dos tipos penais que constituem ou qualificam outro tipo.

Observem a linguagem: “quando um fato aparentemente se subsume a mais de um tipo penal”. Ora, o verbo subsumir se conjuga como o verbo sumir. Não é “subsume”, mas, sim, “subsoma”.

O texto diz que a imputação deve decorrer da criação ou do incremento do risco. A primeira tarefa do intérprete será a de distinguir entre criação e incremento. Se analisarmos bem o que significa incrementar e criar, iremos verificar que são expressões sinônimas. Incrementar é criar; criar ou incrementar dá no mesmo. Incrementar não é sinônimo de aumentar. Parece que o projeto queria dizer “criar” ou “aumentar”, e usou expressões incorretas. Incremento do risco ou criação do risco é a mesma coisa. O erro é fruto da má tradução da obra de Roxin, que fala em “Risiko schaffen”, que dá lugar à criação do risco. Muitos autores, ao traduzirem “schaffen”, buscam também explicar seu significado e se valem das expressões “criar” e “incrementar”, como expressões sinônimas, dentro de um processo interpretativo. Há outra questão linguística, um pouco con-

trovertida, aquela relativa ao que o projeto chama de “aparatos organizados de poder”. Embora essa expressão se venha generalizando, aparato, em português castiço, é sinônimo de adorno ou de material acessório, ou até mesmo de organização, mas não de aparelho. Usar aparato como aparelho constitui espanholismo. Quando se fala de “aparato militar”, por exemplo, está-se querendo expressar a existência de “material militar” ou de um conjunto de materiais que tornam uma tropa mais aguerrida ou capaz de enfrentar o inimigo com eficiência e que, por metonímia, se estendem à própria tropa. Uma tropa militar sem os materiais próprios, como armas e munições, não pode ser chamada de aparato. Os materiais acessórios são tão importantes que contaminam a própria expressão da tropa. Os espanhóis usam essa expressão no direito penal porque a palavra é espanhola e torna compreensível naquele idioma o que se quer comunicar, mas não em português.

Além do mais, fala-se do “risco tipicamente relevante”. Não é o risco tipicamente relevante, é o risco juridicamente relevante, ou não autorizado. Não tem sentido compor-se a imputação objetiva com base no risco tipicamente relevante. O que poderia ser tipicamente relevante seria a causalidade, conforme se adotasse a tese de Beling de uma causalidade típica, mas não o risco, e isso, principalmente, em alguns tipos nos quais se subordina o resultado a certas formas de produção. O risco não é tipicamente relevante. Por exemplo, há vários riscos que são violados na vida diária e que não são típicos. Desatender a um sinal vermelho constitui um risco juridicamente relevante, mas não é típico. Ninguém é punido pela lei penal por passar um sinal vermelho, a não ser que haja um acidente, mas, então, o problema não reside mais no risco e sim em sua realização no resultado típico. Ao passar um sinal vermelho, o condutor não realizou uma conduta típica, embora tivesse violado um risco autorizado. Que risco típico é este? É o risco juridicamente relevante. Há uma norma de cuidado, não típica, não penal, que disciplina a atenção aos semáforos por parte dos condutores de veículo. A violação dessa norma inaugura um risco, mas não caracteriza por si mesma a realização de um elemento típico. É indispensável que se retifique imediatamente a redação do dispositivo: o risco não é tipicamente relevante.

Por outra parte, há o problema relacionado ao chamado alcance do tipo. Essa teoria do alcance do tipo é muito relevante, e eu a adoto. O Prof. Juarez Cirino dos Santos também a adota. Mas a teoria do alcance do

tipo está muito associada à teoria dos fins da norma penal. Consequentemente, o que esta teoria quer, na verdade, é esclarecer acerca daquelas hipóteses de auto ou heterocolocação em perigo, ou da assunção de responsabilidades por decorrência do próprio exercício funcional, como do bombeiro, do policial, do guarda-vidas.

Essa questão do alcance do tipo está associada ao critério da autorresponsabilidade. Há um princípio da ordem jurídica em geral, que não é do direito penal, de que, quando alguma ação subsequente está associada à autorresponsabilidade de alguém, não se pode responsabilizar o outro por haver dado causa a essa ação ou omissão. Se eu tenho o dever de atuar, não vou responsabilizar outra pessoa em meu lugar. Esse é o princípio da autorresponsabilidade. Esse princípio contamina a questão da imputação objetiva. Para se colocar na lei a referência ao alcance do tipo seria preciso também esclarecer melhor sobre como a autorresponsabilidade se edificaria em termos penais. O Prof. Cláudio Brandão, que nos honra com a presença, jovem titular da Universidade Federal de Pernambuco, tradicional Faculdade de Direito de Recife, onde lecionavam Aníbal Bruno, Rui Antunes e outros, manifesta, em seu livro *Tipicidade Penal*, que a questão da tipicidade está associada a um tipo de silogismo indefinido, no qual a premissa maior é sempre resultante de uma argumentação que tem sua limitação nos dados descritivos do fato que está definido na lei. Uma argumentação jurídica não pode se resumir, assim, a indicar elementos genéricos, como o alcance do tipo. Deve esclarecer melhor como esse elemento deverá limitar a imputação. Caso contrário, o enunciado legal de nada serviria ao intérprete, que só poderia decidir acerca de seu alcance em face do fato concreto. A referência ao alcance do tipo, em virtude de sua imprecisão terminológica, constitui, como está, uma cláusula puramente programática sem utilidade.

O artigo 15 do projeto dispõe o seguinte:

Art. 15. Considera-se causa a conduta sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Com isso, mantém-se a teoria da condição. Mas agora, em vez de falar-se de ação ou omissão, fala-se de conduta, o que significa pressupor uma diferença substancial entre conduta e omissão. É como se a omissão não fosse uma conduta. Omissão é, todavia, uma forma de conduta. Por

outro lado, querendo ser mais moderno, o projeto de código penal dispõe ainda o seguinte no art. 17, parágrafo único:

Parágrafo único. A omissão deve equivaler-se à causação.

Afora a utilização de um verbo reflexivo impróprio, vê-se que o projeto se confunde. Conjugando-se o parágrafo único do artigo 17 com o artigo 15, temos a conclusão de que, efetivamente, quando o projeto do Código Penal fala de conduta, não se refere à omissão. Por outro lado, busca basear-se na cláusula da equivalência entre ação e omissão para suprir a ideia da causalidade na omissão.

Há um ponto fundamental que deve ser, aqui, esclarecido. A cláusula da equivalência apresenta alguns problemas, quase que insolúveis. Essa cláusula pode vir contida em um projeto de código penal, mas para isso é preciso que se lhe agreguem outras condições. A cláusula da equivalência, por si só, não é suficiente para suprir o déficit de causalidade na omissão. Por que não há uma equivalência, pura e simples? Por que essa equivalência não é suficiente? A cláusula da equivalência entre ação e omissão é produto do direito italiano, está contida no art. 40 do Código Rocco, da época do fascismo.

Aliás, nas discussões em torno do projeto de código penal havidas na audiência pública do IBCrim, uma das coisas que mais escutei do relator geral da comissão foram imprecisões ao código brasileiro, como código fascista de 1940. Contudo, o projeto acolhe várias disposições do código fascista italiano de 1930. Quer dizer, o projeto é mais fiel ao modelo fascista originário. Assim, no código italiano de 1930, que entrou em vigor em 1932, se consigna, no art. 40, a causa da equivalência. Sabem por quê? Para possibilitar a punibilidade dos atos omissivos, para justificar o déficit de legalidade dos crimes omissivos. Como esses crimes não estavam dispostos na Parte Especial do Código Penal, foi instituída uma cláusula geral de equivalência na Parte Geral para ajustar a punibilidade da omissão a uma suposta legalidade. Mas isso é insuficiente. A omissão é diferente da ação, e a cláusula de equivalência só terá sentido se for disposta como elemento delimitativo de sua punibilidade.

Tiago Jofilly, que foi meu orientando na UERJ, desenvolve, na sua tese de doutorado, o argumento de que não existe crime sem resultado. Na discussão de sua tese, perguntei-lhe o seguinte: será que a omissão em geral é universal? A resposta é uma só: não é. Há normas penais que

são universais, como a norma do homicídio. Matar alguém, em qualquer lugar, constitui um homicídio. É, hoje, universal, embora não o fosse. Em algumas comunidades indígenas, por exemplo, o homicídio não era importante, pois diante da quase inexistência de homicídio, este não era considerado uma prática social intolerável. Para esses indígenas, entre os quais se contam os antigos habitantes da Patagônia, intolerável era, como prática social, a perturbação de uma cerimônia funerária, porque isso estaria vinculado também a práticas simbólicas de aquisição de alimentos.

Embora, hoje, o homicídio seja uma norma universal, a omissão não o é e nem os crimes omissivos são universais. Certa vez, estava em Frankfurt, em um seminário, e fiquei surpreso com a informação de uma professora de origem etíope que disse que não entendia o porquê de se punir o crime omissivo. Asseverava que em seu país a punição só alcançava a ação e não, a omissão. Mais tarde, pude verificar que em alguns códigos, por exemplo, o da Áustria, não há previsão do crime de omissão de socorro. E nem por isso, os austríacos deixam de socorrer quem esteja em grave e iminente perigo. A omissão não decorre de uma norma universal. Por isso, ela precisa de algumas condições para que se torne plausível dentro de um plano de racionalidade. Para que isso ocorra, é indispensável fazer uma correção na fórmula da equivalência. Muito melhor seria se o projeto, desde logo, tipificasse a omissão na parte especial, em vez de instituir normas gerais de responsabilidade, exclusivamente, na parte geral. Poderia instituir normas na parte geral e poderia instituir também a tipificação na parte especial. E a cláusula da equivalência deveria inclusive conduzir, se fosse levada a uma interpretação restritiva, à delimitação dos crimes omissivos, de modo que ficassem restritos aos crimes contra a pessoa, e não se estendessem aos demais delitos. Aí, sim, se o fizesse, estaria o projeto inovando e criando. Mas com a cláusula de equivalência genérica, tal como constante do projeto, o que se obtém é uma extensão da punibilidade, para abarcar, no âmbito da omissão, também os crimes contra o patrimônio. Por exemplo, se vejo que alguém, vinculado a mim por parentesco próximo ou relações íntimas, está sendo furtado e nada faço, com base nessa cláusula genérica, posso ser responsabilizado por furto, por omissão, o que é um absurdo. Na verdade, não participei da ação de subtrair e sou responsabilizado porque descumprí um dever de proteção de meu parente, de tal modo que minha ação equivale à sua produção por ação.

Observei também, na prática, um caso de acusação de estelionato por omissão praticado contra a Previdência Social. Este caso foi julgado no STJ e já tinha manifestação favorável do Ministério Público de origem. Igualmente, entendi que não havia estelionato por omissão. O caso era mais ou menos o seguinte: um sujeito era inválido e, em face disso, obtivera o benefício da aposentadoria por invalidez junto ao INSS. Contudo, como o valor da aposentadoria era muito diminuto e não lhe dava condições para sobreviver, começou a trabalhar. Mas o INSS descobre que ele trabalhava, caça a aposentadoria, de conformidade com as leis previdenciárias, e manda documentos ao Ministério Público para promover a ação penal contra o segurado por estelionato por omissão. Interessante observar que, durante todo o tempo em que o segurado trabalhava, submetia-se ele também à perícia médica do INSS, a qual confirmava seu estado de invalidez. Procurei saber onde se encontrava a omissão, e me deparei com a explicação de que a omissão que justificaria a fraude estava no fato de o segurado não haver comunicado ao INSS que estava trabalhando, ainda que proibido o trabalho em seu caso.

Claro que uma imputação dessa ordem viola o princípio da dignidade humana. O segurado só trabalhava porque tinha necessidade de fazê-lo para a própria subsistência. Ademais, não havia crime omissivo, porque não se pode obrigar ninguém a comunicar aquilo que irá implicar sua desgraça. Claro, o processo foi resolvido em seu favor. Mas de qualquer modo respondeu ele por estelionato por omissão. Essa é a consequência da implantação da cláusula genérica de equivalência, que justifica uma equiparação da omissão à ação em todos os delitos.

No tocante ao crime omissivo, há outra regra ainda pior. Diz o projeto o seguinte:

Art. 17. Imputa-se o resultado ao omitente que devia e podia agir para evitá-lo. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;*
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;*
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.*

As duas primeiras regras são elementares na doutrina. Mas o projeto, repetindo o atual Código Penal, dispõe que também tem o dever de agir aquele que, com o seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. É interessante observar a incoerência do projeto. Quando o projeto de código penal quis inovar, invocou os critérios de imputação de Roxin e os introduziu, equivocadamente, em seu texto. Quando o projeto não quis inovar, reproduziu aquilo que o Código Penal vigente tinha de defeituoso. Por exemplo, a ingerência na omissão não pode derivar apenas da prática de um comportamento anterior criador do risco da ocorrência do resultado. Desde a contribuição de Rudolphi, na Alemanha, diz-se que a ingerência, no caso do crime omissivo, está subordinada à prática de um comportamento anterior antijurídico ou contrário ao dever, mas jamais a qualquer comportamento causal anterior. A vingar o texto do projeto, qualquer um poderá ser indiciado ou imputado por omissão quando, de modo causal, tiver produzido o resultado. Se isso acontecer, uma pessoa que presenciar um ato de traição entre marido e mulher e o relatar a um dos cônjuges, supostamente ao mais violento ou ciumento, será responsabilizada pelos atos de violência que vierem a ocorrer, porque com seu comportamento anterior causara ou criara o risco da ocorrência do resultado. O projeto encampa esse absurdo.

O projeto procura ser inovador, mas digeriu mal os critérios modernos que fundamentam o dolo e a culpa. Zaffaroni tem uma história muito interessante. Ele diz o seguinte: Na Idade Média não havia divórcio, porque o casamento era indissolúvel. Então, o que faziam os que não se conformavam com essa ideia? Simples, dispunham dos procedimentos da inquisição e da caça às bruxas para resolver seus problemas. Naquela época, vigorava o brocardo *testis unos, testis nullus*, a prova testemunhal tinha que estar lastreada em, pelo menos, dois depoimentos. Se um vizinho combinasse com outro para testemunhar que ambos foram acordados à noite pelo barulho produzido pelo voo de sua mulher ao redor da casa, isso seria suficiente para desencadear contra ela um procedimento que poderia levá-la à fogueira por ato manifesto de feitiçaria. O problema do divórcio estava resolvido. Que tem isso a ver com o projeto? Da mesma forma que o divórcio da relação matrimonial fora resolvido pela fogueira, o projeto também resolve o divórcio entre suas regras e a doutrina de uma forma peculiar: a comunicação do fato contido no texto é suficiente

para desencadear a morte da doutrina. Simplesmente, sacrificaram a doutrina penal do dolo e da culpa no projeto de código penal.

Assim dispõe o projeto quanto ao dolo:

Dolo e culpa

Art. 18. Diz-se o crime:

1 – doloso, quando o agente quis realizar o tipo penal ou assumiu o risco de realizá-lo, consentindo ou aceitando de modo indiferente o resultado.

A fórmula parece erudita, mas é equívoca. Nessa formulação se conjugam a teoria do consentimento, que está expressa pela assunção do risco, e a teoria da indiferença. A teoria da indiferença tem apresentado grandes problemas, mas, claro, poderia ser conjugada à teoria do consentimento. Para tanto, seria preciso restringi-la, eliminando seus componentes puramente subjetivos. A aplicação pura e simples dessa teoria provoca uma subjetivação exagerada na definição do dolo. Todos nós admitimos que o dolo é um elemento subjetivo, mas subjetivar ainda mais o elemento subjetivo conduz a incertezas e a uma perspectiva completamente imaginária do que constitua o dolo.

Ainda que o projeto reproduza, em parte, o que consta do atual Código Penal, acolhendo a teoria do consentimento, admite, na definição do dolo eventual, uma alternância com a teoria da indiferença. Dessa alternância resulta a possibilidade concreta de se aplicar a teoria da indiferença sem qualquer limitação. A aplicação da teoria da indiferença sem limitações pode fundamentar, como doloso, um crime puramente culposos. Para tanto, basta que se considere o resultado como indiferente ao sujeito. Contudo, muitas vezes o sujeito tem indiferença para com o resultado e atua com culpa inconsciente. Por exemplo: depois de se submeter a uma dura prova do concurso à magistratura, um candidato sai apressadamente do local de exame. Ainda com a atenção voltada para a prova, avança um sinal de vermelho, sem o perceber, e causa um acidente. Pode-se dizer que o acidente para ele seria indiferente, pois estava tão preocupado com aquela prova de concurso, ao qual se submetera, que não dera maior atenção às regras de trânsito. Mas no caso, evidentemente, atuou ele com culpa inconsciente, e não com dolo eventual.

A fórmula da indiferença, por si só, é inidônea para figurar aqui na definição do dolo eventual. A definição do dolo eventual é complexa, não pode ser extraída de uma teoria só. O Código Penal brasileiro deve ser mantido assim como está na sua fórmula originária, ao definir o crime doloso como aquele em que agente quis o resultado ou assumiu o risco de realizá-lo. Por outro lado, há também uma certa imprecisão de linguagem, quando o projeto se refere a que no dolo o agente quis realizar o tipo penal. Para os que defendem a ideia de que o dolo pertence ao tipo, o dolo realiza a ele mesmo. O dolo é elemento do tipo; se o dolo é elemento do tipo, fica difícil explicar como ele realiza um tipo do qual ele mesmo faz parte. Claro, percebe-se que o projeto quis significar que o dolo consiste na vontade de realizar o tipo objetivo ou os elementos objetivos do tipo, mas a redação está falha. Há pessoas que ainda insistem em dizer que o dolo é um elemento causal, o que torna complicada sua definição exclusivamente com base na realização do tipo, sem uma referência ao resultado. Como a lei penal não é um catálogo de enunciados, deve conter dispositivos que possam abarcar outras formas de entendimento ou de compreensão das coisas. O projeto poderia dizer que o dolo é a vontade de realizar os elementos objetivos do tipo, e teria resolvido de modo mais correto o problema. Também, partindo-se da concepção de Tiago Joffily de que todos os crimes têm resultado, poderia a definição reproduzir o atual código penal e dizer, simplesmente, que no dolo o agente quis o resultado. Por que não? Se desejasse eliminar do âmbito do dolo elementos estranhos ao delito poderia dizer, então, que o agente quis o resultado típico.

Por outro lado, a fórmula da assunção do risco é ainda a melhor para definir os contornos do dolo eventual, apesar de todos os percalços que gera sua compreensão. Parece que essa fórmula deriva de práticas que se desenvolvem no tráfico comercial. Mais uma vez pode-se ver como a lei penal está associada à ideia da troca de mercadoria, de como as mercadorias são trocadas no mercado, de como a produção está associada à troca de mercadoria e não ao valor de uso, senão a um valor de troca. O que se entende aqui como assunção do risco, o que a doutrina penal sempre solidificou, mas que a comissão passou por cima, é o que se chama em alemão de *in Kauf nehmen*. E o exemplo mais claro é o seguinte: Alguém vai construir um prédio e precisa adquirir ferros de $\frac{3}{4}$ de polegada. Há uma metalúrgica que vende ferros de construção de $\frac{3}{4}$ de polegada,

vende mais caro, porque são ferros previamente selecionados. Há ainda outra metalúrgica que vende ferros de construção de $\frac{3}{4}$ de polegada, misturados com outros, que podem ser de polegadas inferiores, e, por isso mesmo, vende mais barato. Então, se o construtor compra o ferro de $\frac{3}{4}$ de polegadas na mistura com outros ferros corre o risco de não ter a quantidade de ferros de que necessita. O risco, aqui, é calculado de conformidade com o ganho no preço. Se o construtor, ao comprar os ferros mais baratos, conseguir reunir uma quantidade suficiente para a construção, acaba tendo vantagem; se, ao contrário, a quantidade de ferros inservíveis for maior, terá uma perda, ainda que tenha pago mais barato. A essa decisão de comprar ferros mais baratos, correndo o risco de uma perda, é que se chama *in Kauf nehmen*, ou seja, assunção do risco, ou, literalmente, tomar na compra. Esse exemplo é bem significativo para explicar como se deve entender o dolo eventual. Nesse exemplo, o resultado prejudicial não é indiferente, é calculado dentro do risco, daí a possibilidade de se lhe estender a vontade do sujeito. Portanto, a fórmula do código vigente é bem melhor do que a do projeto.

No crime culposo, a definição teve o objetivo de ser muito moderna. E fez bem de eliminar aquelas referências fatais à imprudência, à negligência ou à imperícia, como modalidades de manifestação do crime culposo, que estão no código vigente e devem ser vistas como ultrapassadas. O projeto dispôs assim em relação ao crime culposo:

Art.18.

II – culposo, quando o agente, em razão da inobservância dos deveres de cuidado exigíveis nas circunstâncias, realizou o fato típico.

A fórmula, no entanto, é absolutamente autoritária, porque quer caracterizar como culposas condutas que podem não estar no domínio do agente. Para que uma conduta se situe no domínio da responsabilidade do agente é preciso que produza resultado, pelo menos, previsível ou evitável. Pela fórmula do projeto, haverá crime culposo tão logo o agente tenha violado uma norma de cuidado e produzido um resultado típico, não importa se esse resultado não lhe pudesse ser imputado, porque fora da esfera do aumento do risco, ou porque inevitável, ou porque imprevisível, ou porque realizado no âmbito de um risco habitual. A culpa, que sempre

comportou a discussão acerca de se teria um componente subjetivo ou não, perdeu definitivamente esse componente no projeto. A culpa passa a ser inteiramente normativa. A questão da previsibilidade deixou de ser uma questão relevante. A violação da norma de cuidado e a produção causal do resultado são suficientes, no projeto, para fundamentar a culpa. Isso é absolutamente incompreensível. A violação da norma de cuidado é fundamento da culpa, sem dúvida nenhuma. Mas ela tem que estar associada a outros componentes. A quais componentes? Aos componentes relacionados à previsibilidade da conduta nos planos objetivo e subjetivo. No objetivo, em relação às condições reais de existência da ação descuidada em face da possibilidade real da produção do resultado. E no subjetivo, para verificar se o sujeito, nas circunstâncias em que se encontrava, em face de suas condições pessoais, estava ou não capacitado para prever o fato. Caso contrário, não há o fundamento da culpabilidade.

Mas é claro, posso perceber por que aqui se caracterizou a culpa no plano objetivo. Foi a partir do momento em que se dispôs, no art. 1º, parágrafo único, que não há pena sem culpabilidade, querendo expressar que a culpabilidade seria pressuposto da pena e não elemento do delito. Se a culpabilidade é pressuposto da pena, não importa a caracterização do fato em relação à capacidade do agente, portanto, não importa a referência à previsibilidade. Mas a culpabilidade é essencial à configuração do delito, pois nela é que se vai aferir exatamente a chamada previsibilidade subjetiva do evento, de modo a assinalar a desconformidade do sujeito para com a ordem jurídica, a desconformidade em face da não motivação da sua conduta diante da norma penal. Enfim, essa forma de definir o crime culposos passou ao largo da comissão.

Estou chegando quase ao fim e haveria muita coisa para dizer ainda nesta análise da Parte Geral. Vou agora resumir alguns temas importantes.

Na definição do estado de necessidade, houve um retrocesso considerável. Nem digo considerável em relação à adoção da teoria diferenciadora, a qual foi muito mal posta no projeto do código penal, mas por outro aspecto.

Quanto ao estado de necessidade, dispõe-se assim:

Art. 29. Considera-se em estado de necessidade quem pratica um fato para proteger bem jurídico próprio ou alheio e desde que:

a) o bem jurídico protegido esteja exposto a lesão atual ou iminente;

b) a situação de perigo não tenha sido provocada pelo agente;

c) o agente não tenha o dever jurídico de enfrentar o perigo;

d) não seja razoável exigir o sacrifício do bem jurídico levando-se em consideração sua natureza ou valor.

Parágrafo único. Se for razoável o sacrifício do bem jurídico, poderá ser afastada a culpabilidade ou ser a pena diminuída de um a dois terços.

No código atual, no estado de necessidade, fala-se em perigo atual; no projeto, fala-se de lesão atual ou iminente. Ainda não entendi por que se promoveu essa mudança. A mudança foi desastrosa, porque quando se fala de lesão atual, isso implica que a lesão já ocorreu. Admite-se, então, estado de necessidade quanto a fato passado, o que é um absurdo. Por outro lado, em relação à origem do perigo, o projeto dispõe que “a situação de perigo não tenha sido provocada pelo agente”. O código penal vigente dispõe expressamente que a situação de perigo não tenha sido provocada por vontade do agente. De conformidade com o projeto, uma vez que a produção do perigo tenha sido provocada de modo causal pelo agente, este não pode valer-se do estado de necessidade.

Cria-se um rigorismo exagerado no tratamento do estado de necessidade quanto a esse aspecto e se admite estado de necessidade quanto a fato passado: uma contradição insolúvel. Imagine-se que alguém entre em um celeiro fumando e, por consequência da queda do cigarro, provoque um incêndio. Não poderá invocar estado de necessidade. Se tiver que romper as portas para fugir do incêndio, responderá por crime de dano, só lhe restando a possibilidade de aludir em seu favor a chamada inexigibilidade de outra conduta, que o projeto acolhe. Com essa regra, rompe-se até mesmo o critério de ponderação de bens, que o projeto insere para diferenciar entre estado de necessidade justificante e estado de necessidade exculpante. O projeto pensa que a vida, nessa hipótese, deve ser sacrificada em favor do dogma causal, o que é um contrassenso.

Aqueles que querem incorporar os ensinamentos de Roxin ao Código Penal devem ler seus escritos e ali verão que a provocação culposa da situação de perigo não exclui o estado de necessidade, só o exclui a provocação dolosa. A regulação do estado de necessidade nada tem a ver com a ingerência, que é matéria de imputação e não de avaliação do fato diante da ordem jurídica. Para terminar, poderia falar do tratamento dos índios no projeto e de outras coisas, mas vamos examinar aqui o concurso de pessoas e a tentativa.

O Prof. Miguel Reale Junior já demonstrou a incongruência do projeto no tocante ao concurso de pessoas. Mas vou ler o projeto para que todos tenham consciência de como se redige a lei penal no Brasil. Diz o projeto:

Art. 38. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º Concorrem para o crime:

I – os autores ou coautores, assim considerados aqueles que:

a) executam o fato realizando os elementos do tipo;

b) mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a realização dos elementos do tipo;

c) dominam a vontade de pessoa que age sem dolo, atipicamente, de forma justificada ou não culpável e a utilizam como instrumento para a execução do crime; ou

d) aqueles que dominam o fato utilizando aparatos organizados de poder.

II – partícipes, assim considerados:

a) aqueles que não figurando como autores, contribuem, de qualquer outro modo, para o crime; ou

b) aqueles que deviam e podiam agir para evitar o crime cometido por outrem, mas se omitem.

Veja-se o que diz o projeto: concorrem para o crime os autores e os coautores. A impropriedade técnica é alarmante. O autor e o coautor não concorrem para o crime, realizam o crime. O projeto acolhe a Teoria do domínio do fato, mas faz uma lambança com essa teoria. Dispõe que são coautores os que mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a realização dos elementos do tipo. A doutrina penal estrangeira sempre enfrentou dificuldades para decidir acerca da extensão do domínio do fato na concretização da autoria ou da coautoria. Em algumas hipóteses, a pessoa contribui para o fato, mas não é coautora, embora sua contribuição seja indispensável para realização do fato. Imaginemos, por exemplo, dois sujeitos: um sujeito detém a senha de um computador e o outro quer acessar o computador para fazer um desvio de dinheiro. Imagine-se que o segundo ofereça ao primeiro alguma vantagem, por exemplo, uma soma alta em dinheiro para que lhe forneça a senha. De posse da senha, o segundo sujeito faz um desvio enorme em seu favor. Quem fornece a senha será coautor do desvio? Claro que não será coautor, será partícipe, embora a contribuição seja indispensável para o acesso às informações. Por que ele é partícipe e não coautor? Porque não participou diretamente do desvio, mas, sim, de um ato prévio de desvio, mas não do desvio propriamente dito. Não tem o domínio do fato sobre a subtração do dinheiro. Nesse caso, ele é partícipe. A doutrina penal estrangeira nesse sentido é quase que unânime em entender que, nesse caso, ele é partícipe e não coautor.

O que se discute aqui na regulação da participação é a posição do chefe da máfia, que por influência das películas americanas está muito presente na configuração das leis penais, não só no Brasil, mas também no estrangeiro. As películas mostram o chefe da máfia como um personagem de Balzac, capaz de influenciar desde o porteiro do prédio até o presidente da República. Há uma trama tão grande, tanto poder concentrado no sujeito, que suas ordens são universais, têm como mandatários o presidente da República, o embaixador dos Estados Unidos, o embaixador da França, os primeiros-ministros e os sheiks árabes. Todo mundo está associado a ele: é o chefe da máfia. Seu subordinado, ao receber uma ordem, cumpre. Mas cumpre muito mais em função daquela configuração articulada por Fabricius, como forma de crescer no grupo, de pertencer à elite do poder ou do dinheiro; cumpre por vontade própria, também por força de uma associação emocional com o chefe. Onde é que está o domí-

nio do fato? O chefe da máfia é um instigador do fato em geral. Como diz Roxin, só será coautor quando estiver participando ou controlando diretamente as execuções. Quem manda outrem executar o seu inimigo, está participando. O executor detém o domínio do fato, o mandante, não. Só detém o domínio e será coautor se participar da execução ou controlar a execução. Claro, para isso, não precisa ele estar presente no local do fato, pode controlar a execução até por telefone, mas tem que fazê-lo.

Tratemos, agora, da autoria mediata, que o projeto quer regular. O projeto, como já disse, invoca na definição do autor mediato a Teoria do domínio do fato e aí diz que serão também autores os que dominam a vontade da pessoa que atua sem dolo, atipicamente, de forma justificada ou não culpável e a utiliza como instrumento da execução do crime. Essa regra é realmente alucinante. Vamos supor que alguém esteja em legítima defesa e outrem lhe empresta uma arma para se defender, e domine sua vontade de tal modo que faça com que o defendente use a arma e mate o agressor dentro dos limites da necessidade e proporcionalidade. Nesse caso, quem empresta a arma seria, na visão do projeto, autor mediato do crime de homicídio. Isso é um absurdo. Por outro lado, fala-se aqui do domínio da vontade da pessoa que atua atipicamente. Observem só: se eu contribuo ou se mando alguém realizar um fato que é atípico, não posso ser responsabilizado por esse fato. Aí está prevista a punibilidade por ato atípico. O projeto, nesse caso, poderia ficar apenas com a parte que diz haver autoria mediata quando o autor direto atuar sem dolo, e nada mais. Chega de inovações impróprias. Os acréscimos são sempre perigosos.

Existe também o problema dos chamados aparatos organizados de poder. Já tratei da questão dos aparatos, dessa imprópria terminologia. A grande discussão sobre se cabe ou não autoria mediata nessa hipótese de aparelhos organizados de poder ainda está em plena efervescência na doutrina penal.

A execução desses fatos em decorrência desses aparelhos organizados de poder só se verifica no âmbito do poder público, em regimes autoritários, conforme a formulação de Roxin, mas não no âmbito da empresa, nem muito menos em um regime democrático. Em decorrência dessa norma que aqui está consignada no projeto, quando o dirigente de uma empresa mandar o seu empregado realizar um fato qualquer, será ele autor mediato desse fato. E se o diretor da empresa não mandar, mas, pela condição de diretor da empresa, o seu empregado realizar o ato, ele

responderá, como autor mediato, pelo ato que seu empregado executou, desde que haja uma vinculação entre os atos hierárquicos de mando e de execução. Isso gera um problema muito sério. Estender-se essa responsabilidade por aparelhos organizados de poder ao âmbito das empresas é desvirtuar o significado dessa modalidade de autoria mediata. Essa forma de autoria mediata se dá em sentido muito restrito no âmbito justamente de governos autoritários, quando o sentido da estrutura autoritária domina não apenas o dirigente, mas o próprio executor do ato autoritário. No nazismo havia um aparelho organizado de poder de tal forma que os dirigentes e os executores se vinculavam uns aos outros por força de estarem subordinados à mesma ideologia autoritária. Era compreensível que a falta de um executor poderia ser suprida por outros, sem qualquer dificuldade. Por outro lado, o próprio Dirk Fabricius, tecendo considerações quanto à estrutura de poder nos campos de concentração, mostrava que a relação entre dirigentes e executores nem sempre era assim, porque, no fundo, muitos agentes dos extermínios os executavam independentemente das ordens que lhe eram advindas dos dirigentes. Eles os executavam porque, com sua ascensão ao âmbito de poder no campo de concentração, ainda que em categoria subalterna, se acreditavam como dotados de uma posição socialmente relevante. Geralmente, as pessoas que trabalhavam no campo eram recrutadas nos meios mais baixos da sociedade. Sua ascensão ao poder as colocava também como dirigentes dentro de sua posição, ficando livres para manifestar sua angústia e justificar sua própria posição de pertencerem à elite do poder.

Essa posição da pessoa é fundamental também na execução das ordens. Por isso se diz que aqui caberia muito mais instigação ou coautoria do que propriamente a autoria mediata. A instigação, sim, poderia haver e até coautoria, quando se demonstrasse a participação efetiva do sujeito na execução. Quando alguém manda outrem exterminar determinada pessoa ou mesmo um grupo de pessoas, e não participa da execução, nem a controla, é instigador, não será autor mediato nem coautor. A discussão na doutrina gira justamente em torno desse fato: se nessa hipótese há autoria mediata ou instigação. A autoria mediata se funda, nesse caso, na relação autoritária de poder, no Estado descomprometido com o direito e no critério da fungibilidade dos executores. Uma vez não presentes esses elementos, não há que se falar de autoria mediata. Os que falam que existiria autoria mediata por aparelhos organizados de poder no âmbito das

empresas desvirtuam essa teoria. Nesse ponto, o projeto de código penal pende para esse lado da discussão, ao caracterizar como autoria mediata uma participação dessa ordem. Não faz quanto a isso qualquer restrição, apenas amplia, sem motivo, essa fórmula desviada da autoria mediata.

Outro tema relevante, que o projeto trata de forma autoritária, é o da tentativa. O projeto, ao disciplinar a tentativa com base na teoria material-objetiva, acaba punindo o ato preparatório.

Diz o projeto:

Art. 24. Há o início da execução quando o autor realiza uma das condutas constitutivas do tipo ou, segundo seu plano delitivo, pratica atos imediatamente anteriores à realização do tipo, que exponham a perigo o bem jurídico protegido.

Toda formulação da tentativa só pode ter início depois de resolvida a questão do crime impossível. Se o projeto adota para o crime impossível a teoria objetiva relativa de Feuerbach, tal como o atual Código Penal, não pode acolher a teoria material-objetiva quando busca esclarecer acerca dos limites entre execução e preparação. Por outro lado, ao disciplinar acerca do plano do autor para pôr um limite aos atos sucedâneos aos atos executivos, possibilita uma subjetivação desmedida dos contornos do tipo penal. Interessante notar mais uma vez que a preocupação do projeto, segundo seu relator, é extirpar o fascismo do código vigente, mas a punição de atos preparatórios é a mais expressa manifestação de fascismo. A fórmula adotada no projeto vai ressuscitar a teoria dos dois atos.

Por essa teoria, o ato de execução e o ato anterior ao da execução constituirão um mesmo e único ato de execução, quando entre eles não se inserir um ato intermediário. Mas é difícil estabelecer qual é o ato intermediário. Imagine-se: um sujeito sobe numa escada encostada no muro de uma residência; nesse momento é preso. Para a teoria da tentativa, prevista no projeto, ele seria punido por tentativa de furto ou por tentativa de violação de domicílio porque teria realizado um ato sucedâneo à execução e, assim, colocado em perigo o bem jurídico. A imputação final iria depender da identificação do plano do autor, que poderia dar lugar à tentativa de furto, se o seu objetivo fosse subtrair coisas da residência, ou de violação de domicílio, se o objetivo fosse entrar na residência contra a vontade do dono. E se perguntassem a ele por que subira na escada, poderia responder que desejava apreciar a beleza da mulher do vizinho.

Se o julgador acreditar nessa história, deve absolvê-lo, porque o plano do autor não caracteriza um ato sucedâneo ao ato executivo do furto ou da violação do domicílio. Mas os fatos na realidade não se passam dessa forma. A avaliação do plano do autor não resulta, normalmente, de uma apreciação objetiva do desenrolar do acontecimento. Essa avaliação depende, muito mais, das condições do próprio sujeito. Se se tratar de uma pessoa com antecedentes de furto, a apreciação do plano do autor levará à conclusão de que seu objetivo era furtar, e assim deverá ela ser responsabilizada por tentativa de furto. Essa subjetivação do plano do autor reforça uma teoria subjetiva da tentativa, que faz cair por terra qualquer compromisso com a legalidade. Claro, os moralistas poderiam dizer que olhar a mulher do vizinho constitui algo relacionado à observação obscena. Por enquanto, a simples observação obscena não é criminosa. Mas é claro também que o ato preparatório do furto não pode ser tratado como ato de execução. Subir na escada é ato preparatório, não importa o objetivo do agente. O sujeito pode subir a escada para furtar, como pode subir a escada para olhar o que tem no vizinho. Não é possível caracterizar isso como ato de execução do furto.

Bem, há muitas coisas para dizer sobre o projeto de código penal. Essa é uma análise apenas superficial das incongruências do projeto. Essa análise mostra, no entanto, que o projeto de código penal reproduz um discurso autoritário de poder, discurso não comprometido com a Constituição democrática ou com os direitos fundamentais do cidadão. O projeto corporifica uma forma de racionalização cada vez mais difusa, mais complexa, mais ininteligível das normas que regem o poder punitivo. Com esse discurso, o projeto estimula uma interpretação subjetiva da lei e proporciona cada vez mais injustiça social, agora canalizada em termos de uma legalidade penal aparentemente correta. Por tudo isso, não cabe reformar esse projeto de código penal. O projeto é substancialmente incongruente e autoritário. O que cabe é a sua rejeição absoluta. O Congresso Nacional poderia cumprir um papel relevante para a sociedade brasileira e para a comunidade jurídica, ao rejeitar esse projeto. Muito obrigado. ❖