

ISSN 2317-1898

TRIBUNAVIRTUAL IBCCRIM

Tribuna Virtual – Ano 01 – Edição n° 01 – Janeiro/Fevereiro de 2013.

Publicação com periodicidade quinzenal



INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

DIRETORIA DA GESTÃO 2013/2014

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

1ª Vice-Presidente: Helena Regina Lobo da Costa

2º Vice-Presidente: Cristiano Avila Maronna

1ª Secretária: Heloisa Estellita

2º Secretário: Pedro Luiz Bueno de Andrade

1º Tesoureiro: Fábio Tofic Simantob

2º Tesoureiro: Andre Pires de Andrade Kehdi

Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais: Eleonora Rangel Nacif

Assessor da Presidência: Rafael Lira

CONSELHO CONSULTIVO

Ana Lúcia Menezes Vieira

Ana Sofia Schmidt de Oliveira

Diogo Rudge Malan

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Marta Saad

OUVIDOR

Paulo Sérgio de Oliveira

COORDENADORES-CHEFES DOS DEPARTAMENTOS

Biblioteca: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Boletim: Rogério Fernando Taffarello

Comunicação e Marketing: Cristiano Avila Maronna

Cursos: Paula Lima Hyppolito Oliveira

Estudos e Projetos Legislativos: Leandro Sarcedo

Iniciação Científica: Ana Carolina Carlos de Oliveira

Mesas de Estudos e Debates: Andrea Cristina D'Angelo

Monografias: [Fernanda Regina Vilares](#)
Núcleo de Pesquisas: [Bruna Angotti](#)
Relações Internacionais: [Marina Pinhão Coelho Araújo](#)
Revista Brasileira de Ciências Criminais: [Heloisa Estellita](#)
Revista Liberdades: [Alexis Couto de Brito](#)
Tribuna Virtual IBCCRIM: [Bruno Salles Pereira Ribeiro](#)

PRESIDENTES DOS GRUPOS DE TRABALHO

Amicus Curiae: [Thiago Bottino](#)
Código Penal: [Renato de Mello Jorge Silveira](#)
Cooperação Jurídica Internacional: [Antenor Madruga](#)
Direito Penal Econômico: [Pierpaolo Cruz Bottini](#)
Habeas Corpus: [Pedro Luiz Bueno de Andrade](#)
Justiça e Segurança: [Alessandra Teixeira](#)
Política Nacional de Drogas: [Sérgio Salomão Shecaira](#)
Sistema Prisional: [Fernanda Emy Matsuda](#)

PRESIDENTES DAS COMISSÕES ESPECIAIS

19º Seminário Internacional: [Carlos Alberto Pires Mendes](#)
Cursos com a Universidade de Coimbra: [Ana Lúcia Menezes Vieira](#)

GESTÃO DA TRIBUNA VIRTUAL IBCCRIM

Coordenador-Chefe

Bruno Salles Pereira Ribeiro

Coordenadores Adjuntos

Adriano Scalzaretto

Guilherme Suguimori Santos

Matheus Silveira Pupo

Conselho Editorial

Amélia Emy Rebouças Imasaki, Anderson Bezerra Lopes, André Adriano do Nascimento Silva, Antonio Baptista Gonçalves, Átila Machado, Camila Garcia, Carlos Henrique da Silva Ayres, Christiany Pegorari Conte, Danilo Ticami, Davi Rodney Silva, Diogo Henrique Duarte de Parra, Eduardo Henrique Balbino Pasqua, Érica Akie Hashimoto, Fabiana Zanatta Viana, Fábio Suardi D' Elia, Francisco Pereira de Queiroz, Gabriela Prioli Della Vedova, Giancarlo Silkunas Vay, Guilherme Suguimori Santos, Humberto Barrionuevo Fabretti, Ilana Martins Luz, Janaina Soares Gallo, José Carlos Abissamra Filho, Luiz Gustavo Fernandes, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marcela Veturini Diorio, Marcelo Feller, Matheus Silveira Pupo, Milene Maurício, Rafael Lira, Ricardo Batista Capelli, Rodrigo Dall'Acqua, Ryanna Pala Veras, Thiago Colombo Bertoncetto e Yuri Felix.

APRESENTAÇÃO

O IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, pauta-se, acima de tudo, pela defesa das liberdades individuais dos cidadãos e pela proteção de seus direitos fundamentais.

Seja para abrir os caminhos entre as veredas das ciências, seja para municiar o campo de batalha da defesa da liberdade, proporcionar meios de difusão do pensamento sempre esteve entre as principais atividades do IBCCRIM em seus 20 anos de existência. Assim o comprova o Boletim do IBCCRIM, a Revista Brasileira de Ciências Criminais e a Revista Liberdades.

Poder falar e ouvir são pressupostos fundamentais do exercício da liberdade. É também falando e escutando que se desenvolve o processo dialético de lapidação de ideias, maneira pela qual se constrói a verdadeira e legítima ciência.

Na verdade, uma publicação científica é antes de tudo uma tribuna, onde o pensamento humano se amplifica, onde as ideias se libertam e ganham voz, uma voz que não serve às palavras do poder, mas sim ao poder de uma palavra: liberdade.

Inspirado por esses ideais surge um novo espaço de intercâmbio de ideias e de fomento do pensamento científico adequado à modernidade tecnológica globalizada. Assim é concebido este periódico: uma Tribuna Virtual do IBCCRIM.

Uma plataforma globalmente acessível, que tem como objetivo receber e difundir os conhecimentos das ciências criminais para além das barreiras territoriais - essa é nossa tribuna.

Após 20 anos de incansável defesa das garantias fundamentais, esperamos que nesta Tribuna o vigor científico surja do embate de ideias, experiências e pontos de vista plurais e democráticos, a individualidade ceda lugar ao debate, o autoritarismo e o medo se calem e o pensamento humano amplifique e dê sentido ao conceito de liberdade sonhado por este instituto.

Seja voz nesta tribuna.

Envie seu artigo.

“Participe por acreditar”.

Coordenação da Tribuna Virtual IBCCRIM.

A reforma penal: crítica da disciplina legal do crime

Juarez Cirino dos Santos

Professor de Direito Penal da UFPR.

Presidente do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC.

Advogado.

I. A ideologia da reforma penal

Examinar a legislação é verificar a forma de existência da ideologia na sociedade, que institui e garante a estrutura das relações materiais de produção, a base real dos sistemas jurídicos e políticos do Estado. O exame do Projeto de Código Penal (PL 236/2012 do Senado Federal) mostra uma ideologia conservadora e repressiva: conservadora, porque assume os valores dominantes da formação social capitalista globalizada; repressiva, porque acredita na pena criminal como mecanismo de solução de conflitos em sociedades desiguais. A *ideologia* conservadora e repressiva do *sistema penal* aparece no estudo dos *princípios fundamentais* do Direito Penal, definidos como bases democrático-formais para exercício do poder punitivo nas sociedades contemporâneas.¹ As lesões aos princípios fundamentais do Direito Penal não são pontuais ou isoladas, mas ocorrem em massa, abrangendo todo o sistema de crimes e penas.

1. O *princípio da legalidade* foi amplamente infringido na dimensão de *certeza* da lei: leis incertas ou obscuras representam o *maior perigo* para o princípio da legalidade, porque geram interpretações judiciais idiossincráticas e impedem o conhecimento da proibição pelo povo. Alguns exemplos são os crimes cibernéticos, o terrorismo, os crimes contra as finanças públicas, contra a ordem econômica e financeira etc.

2. O *princípio da culpabilidade*, que exclui penas criminais em fatos realizados (a) sem dolo ou culpa, (b) ou por sujeitos incapazes de culpabilidade, sem consciência da proibição ou em situações de inexigibilidade, foi infringido sem nenhum constrangimento. Por exemplo: nos *crimes hediondos*, ampliados para 16 tipos básicos; nos *crimes qualificados pelo resultado*, resquício

¹ Sobre princípios fundamentais, ver CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Manual de direito penal* – Parte geral. 2. ed. Florianópolis: Editorial Conceito, 2012. p. 11-16.

de responsabilidade penal objetiva; na *reincidência*, cuja revitalização irracional ameaça duplicar a população carcerária; na responsabilidade penal das *peças jurídicas*, reconhecidas pela incapacidade de *ação* e de *culpabilidade*.

3. O *princípio da lesividade*, não obstante expressa assunção pelo Projeto (art. 14), foi violado em inúmeros tipos de injusto destituídos de bem jurídico: a *intimidação vexatória* (o novo nome do *bullying*), o *falseamento de resultado de competição esportiva*, o *cambismo* e os crimes de *perigo abstrato* etc.²

4. O *princípio da proporcionalidade* foi lesionado na presença massiva de penas inadequadas, desnecessárias ou excessivas em face do *desvalor da ação* ou do *desvalor do resultado* nos crimes em geral, em especial nos *crimes hediondos*, nos obstáculos da *reincidência* para progressão de regimes, na *reunificação* da pena de prisão em 40 anos (em caso de novo crime) etc.

Não obstante, o Projeto tem alguns méritos: (a) a *descriminalização da droga*, no aspecto de posse (ou de cultivo de plantas) para consumo próprio; (b) a *descriminalização do aborto*, nas hipóteses de risco para vida ou saúde da mãe, de gravidez com violação da dignidade sexual ou por métodos não consentidos, de feto anencefálico ou com anomalia grave e, finalmente, por vontade da gestante, até a 12.^a semana de gestação, verificada ausência de condições psicológicas para a maternidade; (c) a *descriminalização da eutanásia* em pacientes terminais, como *ajuda passiva* mediante consentimento da vítima. Mas esses avanços poderiam ser obtidos com alterações específicas da legislação vigente, evitando a imensa bagunça nos conceitos jurídicos, no sistema de normas e na política criminal, que os Tribunais levarão décadas para assimilar – e concluir que teria sido melhor deixar tudo como está.

Em suma: (a) a reforma da *parte geral* do Código Penal era desnecessária, com exceção de alguns ajustes na disciplina do *erro de proibição* e nas hipóteses de aplicação de penas *restritivas de direitos* – e mais nada; (b) a reforma da *parte especial* era necessária para incorporar a legislação esparsa (princípio da codificação) – mas o Projeto perdeu a oportunidade de fazer uma verdadeira

² Editorial: A reforma penal. *Boletim IBCCRIM*, n. 239, out. 2012, p. 1: “*Há uma evidente perda de referencial acerca do bem jurídico*”.

reforma, mediante *humanista* e *seletiva* redução de crimes, extinção de penas e desinstitucionalização do sistema penal.

II. A disciplina legal do crime

O estudo da *disciplina legal do crime* direciona a investigação para as definições operacionais do conceito de crime como **tipo de injusto** e **culpabilidade**, com o objetivo de descobrir a estrutura do fato punível desenhada pelo legislador no sistema legal. É um trabalho de interpretação científica da lei penal, que tem por objeto a *linguagem escrita* da norma, examinada dos pontos de vista semântico, sintático e pragmático, e por método a lógica formal, com suas técnicas literal, sistemática, histórica e teleológica.³ Em síntese, sem abandonar as premissas filosóficas e políticas do sistema penal, é um trabalho de natureza dogmática.

1. O conceito de crime

O Projeto define, ao lado do princípio da legalidade (art. 1.º), também o princípio da culpabilidade (parágrafo único): a legalidade penal abrange o crime e a pena, mas a culpabilidade se limita à pena (*não há pena sem culpabilidade*), sugerindo algumas questões:

- a) se queria indicar que o crime é constituído de *injusto* e de *culpabilidade*, deveria dizer que não há *crime* sem culpabilidade – e não, simplesmente, que não há *pena* sem culpabilidade;
- b) se pretendia introduzir os princípios fundamentais do Direito Penal, então perdeu uma oportunidade histórica – porque poderia dizer: *a lei penal também é regida pelos princípios da culpabilidade, da lesividade, da proporcionalidade e da humanidade*. Além do compromisso democrático, teria um ganho sistêmico: evitaria referências aos princípios em normas isoladas;
- c) se propôs a culpabilidade como *pressuposto da pena*, segundo uma teoria doméstica divulgada por Jesus⁴ e seus discípulos, então a crítica é outra: ignora

³ Idem, p. 31-32.

⁴ JESUS, Damásio E. *Direito penal* – Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1998, 21ª edição, p. 294.

os componentes *pessoais e emocionais* do conceito de culpabilidade⁵ – sujeito *capaz de saber e de controlar o que faz* (imputabilidade), que *sabe realmente o que faz* (conhecimento do injusto) e que *tem o poder de não fazer o que faz* (exigibilidade) –, esquecendo que o *conceito de crime* cumpre a função político-criminal de definir o conjunto dos pressupostos da pena (ação, tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade, condições de punibilidade etc.) – e não o conceito de culpabilidade.⁶

1.1. Tipo objetivo: causalidade e imputação

O Projeto propõe uma boa definição de *fato criminoso* como *ação* ou *omissão* (dolosa ou culposa) produtora de *ofensa* a bem jurídico (art. 14). Mas se complica ao assumir a *imputação objetiva*, introduzindo conceitos ainda em formação ou indetermináveis (parágrafo único, art. 14).

1. A teoria da imputação objetiva é assumida com a distinção entre **causação do resultado** (“o resultado exigido somente é imputável a quem lhe der causa (...)”) e **imputação do resultado** (“(...) e se decorrer da criação ou incremento de risco tipicamente relevante, dentro do alcance do tipo”), como critério limitador da relação de causalidade, outrora fundamento legal exclusivo de imputação do tipo objetivo (parágrafo único, art. 14).

Mas a linguagem da lei é imprecisa: dizer que o resultado é imputável “*se decorrer da criação ou incremento de risco tipicamente relevante, dentro do alcance do tipo*”, cria perplexidades no aplicador e no destinatário da lei. Por exemplo:

- a) o verbo *decorrer* parece abranger correlações causais não definíveis como *realização* do risco criado – e a teoria da *imputação objetiva* exige que o resultado seja *produto do risco criado* para ser definível como *obra do autor*: a morte da vítima de acidente de trânsito determinada por grosseiro erro médico

⁵ Ver CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Manual de direito penal* cit., p. 151.

⁶ Ver crítica semelhante em TAVARES, Juarez. O projeto de código penal. A reforma da parte geral. *Revista da EMERJ*, v. 15, n. 60 (Edição especial), Outubro/Novembro/Dezembro – 2012, “*Seminário crítico da reforma penal*”, p. 182.

também *decorre* da criação do risco resultante do acidente de trânsito, mas não é imputável ao autor do acidente;

b) o substantivo *incremento* (de risco), embora comum na literatura e jurisprudência, não possui suficiente clareza semântica: poderia ser substituído por *aumento* (do risco), com vantagem comunicativa;

c) a locução “*risco tipicamente relevante*” pretende cumprir a função simpática de limitar a imputação a riscos significativos, mas parece desnecessário: afinal, *risco tipicamente relevante* é risco típico, resolvido pela relação de tipicidade; ou, como diz TAVARES, o risco pode ser *juridicamente* relevante, mas não *tipicamente* relevante.⁷

d) o conceito *dentro do alcance do tipo* pretende excluir resultados situados *fora da área de proteção do tipo*, mas a categoria compreende uma casuística exclusiva de resultados imprudentes – onde é, realmente, importante –, o que desaconselha seu emprego como **critério geral** de imputação típica.⁸

2. Sobre o conceito de *causa* (art. 15), a seguinte observação: se o fato criminoso é configurado por *ação* ou *omissão* (art. 14), é inexplicável a definição de causa como “*conduta*” sem a qual o resultado não teria ocorrido (art. 15) – por coerência, a norma deveria dizer: “*causa é a ação ou omissão sem a qual (...)*”⁹

⁷ Idem, p. 173.

⁸ Nesse sentido, GRECO, Luiz. Princípios fundamentais e tipo no novo Projeto de Código Penal (Projeto de Lei n. 236/2012 do Senado Federal). *Revista Liberdades*, IBCCRIM, 2012, p. 42-43, sugere: substituir risco “*tipicamente relevante*” por risco “*proibido*” e excluir a expressão “*dentro do alcance do tipo*”; ver, também, TAVARES, Juarez. O projeto de código penal. A reforma... cit., p. 174, que conclui: “*A referência ao alcance do tipo, em virtude de sua imprecisão terminológica, constitui, como está, uma cláusula puramente programática sem utilidade.*”

⁹ Ver GRECO, Luiz. Princípios fundamentais e tipo... cit., p. 43.

3. O conceito de “fato criminoso”, como definido no art. 14 e seu parágrafo único do Projeto, é inaplicável.¹⁰

1.2. Tipo subjetivo: dolo e culpa

Definir conceitos científicos na lei penal é temerário: estão sob constante crítica e reformulação na ciência e nos tribunais, e a fórmula legal é logo superada pelo avanço da ciência. Mas inscrever na lei conceitos controvertidos ou defeituosos é leviandade.

a) *Dolo* – A definição de **dolo** (art. 18, I) como *querer realizar o tipo penal* (dolo direto) ou *assumir o risco de realizá-lo* (dolo eventual) ainda seria tolerável – objeto da vontade do agente não é o *tipo penal*, mas o **resultado** ou **fato concreto** descrito no tipo –, mas acrescentar as atitudes alternativas de *consentir* ou de *aceitar de modo indiferente o resultado* (no dolo eventual), parece pilhéria. A disciplina legal de dolo e erro no Projeto admite as seguintes críticas:

1. Se *consentir* e *aceitar* são sinônimos, então um dos verbos está sobrando, porque a técnica legislativa exclui sinônimos na lei; se não são sinônimos – ou seja, corresponderiam a atitudes psíquicas distintas –, então qual a diferença semântica entre ambos?

2. Além disso, a teoria do *consentimento* (originária de **Mezger**) e a teoria da *indiferença* (originária de **Engisch**) trabalham com critérios fundados na *vontade*, mas **não são equivalentes**: aquela define dolo eventual pela *aprovação* do resultado típico previsto como possível; esta define dolo eventual pela *indiferença* do autor em face daquele resultado típico.¹¹ Então, temos: se as atitudes psíquicas de *aprovação* e de *indiferença* são distintas, a definição de

¹⁰ Editorial: A reforma penal. *Boletim IBCCRIM*, n. 239, out. 2012, p. 1: “Ignoraram-se complexos aspectos de dogmática penal, o que pode vir a tornar inaplicável a nova lei, caso o anteprojeto seja aprovado”.

¹¹ Assim, também, a crítica contundente de GRECO, Luiz. Princípios fundamentais e tipo... cit., p. 45-46. No mesmo sentido, de modo exaustivo, TAVARES, Juarez. O projeto de código penal. A reforma... cit., p. 179-180. Compare CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal* – Parte geral. 5. ed. Florianópolis: Editorial Conceito, 2012. p. 135-136;

dolo como *consentir ou aceitar de modo indiferente o resultado* é contraditória ou, no mínimo, ambígua.

3. Alternativa razoável, conforme a teoria dominante, poderia ser a seguinte: *o agente quer o fato típico* (dolo direto) *ou consente na realização do fato típico representado como possível* (dolo eventual).¹² Simples e claro.

4. A redução da pena *até um sexto* no dolo eventual (art. 20) é disposição supérflua, no lugar impróprio e ambígua: (a) supérflua, porque integra as *circunstâncias judiciais* do sistema trifásico (art. 84); (b) no lugar errado, porque seria objeto da *aplicação da pena* – e não da disciplina legal do fato punível; (c) ambígua, porque não se sabe se a pena pode ser reduzida **de** *até um sexto* (de 12 anos para 2) ou **em** *até um sexto* (de 12 anos para 10).

5. O *erro de tipo* (art. 27) reproduz a regra do CP atual, mas aparece sob a rubrica canhestra de *erro de tipo essencial*: todo erro de tipo é essencial, porque exclui o dolo (se evitável) e exclui também a culpa (se inevitável).¹³

6. O *erro determinado por terceiro* (art. 27, parágrafo único) é hipótese de **autoria mediata** e, portanto, independe de previsão legal.¹⁴ Além disso, a redação é defeituosa: não se trata de “*agente provocado*” – aliás, uma expressão leiga –, mas de *autor direto* do fato.

b) Culpa – Definir **culpa** (art. 18, II) como realizar o fato típico *em razão da inobservância dos deveres de cuidado exigíveis nas circunstâncias* cria alguns problemas: primeiro, a linguagem é relaxada, porque a teoria fala de *lesão do dever de cuidado* (determinável em cada caso concreto), e não de inobservância *dos deveres de cuidado exigíveis* nas circunstâncias – que pressupõe prévia definição de múltiplos deveres; segundo, a fórmula parece incluir (a) resultados típicos anormais,

¹² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Manual de direito penal* cit., p. 71-73.

¹³ Ver a crítica precisa de LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal). *Revista Liberdades*, IBCCRIM, 2012, p. 67; também CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Manual de direito penal* cit., p. 75-76.

¹⁴ Assim LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação... cit., p. 67.

(b) resultados situados fora da área de proteção do tipo, (c) resultados igualmente produzíveis em ações *conformes* ao dever de cuidado e, finalmente, (d) resultados típicos imprevisíveis – como observa, com propriedade, JUAREZ TAVARES¹⁵. A definição poderia ser: “quando o agente, por lesão do dever de cuidado, produz resultado típico previsível”.

A exigência de *dolo* ou *culpa* para imputação de resultado mais grave (art. 21) é correta, mas indica incompreensão do *princípio da culpabilidade* (que exclui penas se não há dolo ou culpa) e está em contraste com a manutenção dos *delitos qualificados pelo resultado* (em que a pena ultrapassa os limites do dolo e da culpa)¹⁶ – cuja modalidade mais conhecida é a *lesão corporal seguida de morte* (art. 129, 4.º).

1.3. A omissão imprópria

O Projeto faz vistas grossas aos problemas constitucionais da omissão imprópria (art. 17). A disciplina legal da *omissão imprópria* contém uma inversão conceitual, um defeito de redação e uma lesão da legalidade penal:

a) a inversão conceitual (igual ao CP vigente) está na ordem dos verbos “*devia e podia*” agir para evitar o resultado (art. 17, *caput*): a ordem correta seria *podia e devia agir*, porque o *poder* (de agir) precede, natural e logicamente, o *dever* de agir;¹⁷

b) o defeito de redação está no reflexivo “*equivaler-se à causação*” dessa estranha cláusula de correspondência (parágrafo único, art. 17), que deveria dizer: *a omissão é punível se corresponder à realização por um fazer* (ou: *a omissão é punível se corresponder à realização ativa do tipo legal*);¹⁸

¹⁵ TAVARES, Juarez. O projeto de código penal. A reforma... cit., p. 181-182.

¹⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Manual de direito penal* cit., p. 99-100.

¹⁷ Assim também GRECO, Luiz. Princípios fundamentais e tipo... cit., p. 44; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Manual de direito penal* cit., p. 108.

¹⁸ GRECO, Luiz. Princípios fundamentais e tipo... cit., p. 44-45; também TAVARES, Juarez. O projeto de código penal. A reforma... cit., p. 175

c) a lesão da legalidade penal está em definir o *dever de garantia* (art. 17, alíneas a, b, c) sem delimitar a *extensão da garantia* imposta ao garante (igual defeito no CP vigente): afinal (a) todos os bens jurídicos (impossível), (b) apenas os mais importantes (quais?), (c) somente a vida e o corpo?¹⁹

A literatura mais avançada reduz a *extensão da garantia* à proteção da vida e do corpo, quando não declara a inconstitucionalidade da omissão imprópria.

2. As justificações

As justificações, em ordem inversa de importância e sob a rubrica de *exclusão do fato criminoso* (art. 28, I-IV), apresentam inovações criticáveis.

2.1 A rubrica *exclusão do fato criminoso* (art. 28) é imprópria: o fato criminoso é constituído de *injusto* e de *culpabilidade* e as justificações excluem o *injusto* – portanto, a linguagem deveria ser outra: ou *exclusão do injusto*, ou *exclusão da ilicitude*, ou (melhor ainda) *justificações*. Ou seria um *ato falho* produzido pelo conceito de crime limitado ao *tipo de injusto*, reduzindo a culpabilidade à função menor de pressuposto da pena?

2.2 A disciplina legal do *estrito cumprimento do dever legal* e do *exercício regular de direito* (art. 28, I-II) cuja dogmática se aprofundou na segunda metade do século XX, poderia e deveria conter limitações relativas às agressões contra a vida, o corpo e a sexualidade, excluindo homicídios e lesões corporais graves (os famosos *autos de resistência* policiais), assim como estupros nas relações conjugais.²⁰

2.3 A definição da *legítima defesa* (art. 30) mantém o conceito do CP vigente, mas deveria conter um parágrafo sobre *limitações ético-sociais*, compreendendo situações em que a defesa já é necessária, mas ainda não é permitida: agressões de incapazes (menores, loucos, bêbados etc.), ou

¹⁹ Em posição semelhante, TAVARES, Juarez. O projeto de código penal. A reforma... cit., p. 175-176; igualmente, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Manual de direito penal* cit., p. 104-106; ROXIN. *Strafrecht*. Beck, 2003, v. II, 31, IV, n. 32, p. 637.

²⁰ ZILIO, Jacson. Metodologia e orientação do anteprojeto de Código Penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, n. 239, out. 2012, p. 8.

no âmbito da família, que impõem procedimentos prévios de desvio da agressão, defesa sem danos etc. – um acréscimo de civilização ao instituto.²¹

2.4 O *estado de necessidade* (art. 29, alíneas e parágrafo) é a justificação mais alterada – e para pior. Em lugar de uma definição compacta (no modelo do CP vigente), o Projeto preferiu a alternativa cômoda de distribuir os elementos do conceito em várias alíneas, mas com defeitos de linguagem e de conceitos.

2.4.1 É criticável a mudança da locução *direito* (CP vigente) pelo conceito de *bem jurídico* (art. 29, *caput*) na definição do *estado de necessidade*, considerando que a definição de legítima defesa mantém o significante *direito* (*seu ou de outrem*): essa variação de linguagem prejudica a interpretação.²²

2.4.2 A exigência de exposição do bem jurídico à *lesão atual* ou *iminente* (art. 29, *a*) deforma a natureza do instituto: (a) o estado de necessidade se caracteriza pelo *perigo atual*, determinante da necessidade de proteção *imediate* – e não por *lesão atual* do bem jurídico protegido, que implicaria sacrifício inútil de bens jurídicos alheios;²³ (b) a *lesão iminente* ainda não configura estado de necessidade – embora possa configurar o que a literatura chama de *legítima defesa preventiva*.

2.4.3 A exigência de que o perigo *não tenha sido provocado pelo agente* (art. 29, *b*) reduz o alcance da justificação: não distingue entre criação *dolosa* (que exclui o estado de necessidade) e criação *culposa* (que admite o estado de necessidade) do perigo, como faz o CP vigente.²⁴

2.4.4 A exclusão do estado de necessidade pelo *dever de enfrentar o perigo* (art. 29, *c*) parece ignorar que situações de *certeza* ou de *probabilidade* de morte ou de lesão grave suspendem

²¹ Ver ZILIO, Jacson. Metodologia e orientação do anteprojeto... cit., p. 8; também: LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação... cit., p. 79-80; Nesse sentido, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Manual de direito penal* cit., p. 123-125.

²² Ver LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação... cit., p. 80 e ss. (inclusive, para as críticas subsequentes).

²³ Ver a crítica de LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação... cit., p., p. 81; no mesmo sentido, TAVARES, Juarez. O projeto de código penal. A reforma... cit., p. 183-184.

²⁴ TAVARES, Juarez. O projeto de código penal. A reforma... cit., p. 184; ver, também, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Manual de direito penal* cit., p. 128.

aquele dever jurídico:²⁵ a hipótese não deveria integrar o conceito de estado de necessidade, mas constituir um parágrafo isolado (como faz o CP vigente).

2.4.5 A avaliação da *razoabilidade* de sacrifício do bem jurídico protegido, fundada na *natureza* ou *valor* dos bens jurídicos em conflito, introduz na lei a distinção entre (a) estado de necessidade **justificante**, se o sacrifício *não é razoável* (art. 29, *d*) e (b) estado de necessidade **exculpante**, se o sacrifício *é razoável* (art. 29, *parágrafo único*) – com a alternativa de redução de pena. Esse critério **justifica** a proteção de bem jurídico *superior* e **reduz a pena** na proteção de bem jurídico *inferior*, mas não elimina controvérsias na hipótese de *equivalência* de bens jurídicos, especialmente no conflito *vida contra vida*, porque os argumentos permanecem: ou exculpação, porque a vítima não tem o dever de tolerar a ação – ou justificação, porque nenhuma lei pode anular o instinto de sobrevivência?²⁶

2.4.6 Enfim, a disciplina legal do art. 29 e alíneas omite elementos essenciais para caracterizar o estado de necessidade:

2.4.6.1 Primeiro, retira do conceito a locução “*nas circunstâncias*” (prevista no CP vigente), com os efeitos (a) de cancelar o contexto concreto do conflito de bens jurídicos, (b) de reduzir a avaliação do estado de necessidade à *natureza* e ao *valor* do bem jurídico protegido (alínea *d*) e (c) de suprimir os elementos subjetivos (por exemplo, a vontade da mãe, no aborto) e os elementos objetivos (a intensidade do perigo, a probabilidade da lesão etc.) do estado de necessidade.²⁷

2.4.6.2 Segundo, exclui a ausência de alternativa da fórmula “*inevitável de outro modo*” (prevista no CP atual), indispensável para avaliar a necessidade da proteção imediata do bem jurídico (ainda que contra lesão futura), mediante ponderação de *todas as circunstâncias concretas* do fato, que afastaria (a) a livre

²⁵ Idem, p. 136.

²⁶ Idem, p. 136.

²⁷ LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação... cit., p. 81.

escolha de meios de proteção (que desconsidera os interesses do agredido) e (b) o próprio estado de necessidade, se disponível ajuda eficaz do Estado.²⁸

2.5 O *princípio da insignificância*, desenvolvido como negação do *princípio da lesividade*, introduz a seguinte lógica: se o *princípio da lesividade* exige lesão relevante do bem jurídico para fundamentar a tipicidade penal, **então** lesões insignificantes de bens jurídicos são insuficientes para a tipicidade penal – limitando o Direito Penal à proteção (subsidiária) de bens jurídicos contra lesões graves. A introdução do *princípio da insignificância* é um avanço, mas com um desvio topográfico e uma distorção político-criminal:

2.5.1 O desvio topográfico é a inserção do *princípio da insignificância* como **justificação** (art. 28, § 1.º) – e não como **exclusão da tipicidade**, segundo a literatura.²⁹

2.5.2 A distorção político-criminal é representada por exigências *cumulativas* excessivas ou indevidas: (a) são *excessivas* porque esterilizam a aplicação prática do instituto: *mínima* ofensividade, *reduzidíssima* reprovabilidade e *inexpressividade* da lesão – exige a lei; (b) são *indevidas* porque a *ofensividade* e a *reprovabilidade* da conduta pertencem ao *desvalor da ação*, enquanto o princípio da insignificância é definido pelo *desvalor do resultado* – ou seja, exclusivamente pela *lesão jurídica* produzida.³⁰

3. A culpabilidade

A *culpabilidade* é um juízo de reprovação erigido sobre fundamentos pessoais, intelectuais e emocionais do sujeito, assim estruturado: (a) o sujeito é *capaz de saber e de controlar o que faz* –

²⁸ Ver a crítica contundente de LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação... cit., p. 81-2.

²⁹ Assim ZILIO, Jacson. Metodologia e orientação do anteprojeto... cit., p. 8; também: LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação... cit., p. 85; sobre a teoria, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Manual de direito penal* cit., p. 54.

³⁰ JOFFILY, Tiago. O princípio da lesividade na reforma penal. *Revista da EMERJ*, v. 15, n. 60 (Edição especial), Outubro/Novembro/Dezembro – 2012, “*Seminário crítico da reforma penal*”, p. 47-50, faz exaustiva crítica ao *princípio da insignificância* no Projeto.

imputabilidade, excluída ou reduzida em menores de 18 anos e doentes mentais; (b) o sujeito *sabe, realmente, o que faz* – **conhecimento do injusto**, excluído ou reduzido nas situações de erro de proibição; (c) o sujeito *tem o poder de não fazer o que faz* – **exigibilidade de comportamento diverso**, excluído ou reduzido por conflitos psíquicos entre exigências normativas e emoções humanas (instintos, impulsos ou afetos) determinadas por condições *anormais* do **tipo de injusto**.

Identificados os elementos estruturais do conceito, a disciplina legal deve indicar as situações excludentes ou redutoras desses elementos estruturais, que excluem ou reduzem o juízo de reprovação. O Projeto começa bem, definindo as hipóteses gerais de exclusão da culpabilidade (art. 31, I-III): inimputabilidade, erro de proibição inevitável e situações de inexigibilidade – mas se perde por desinformação científica sobre o conteúdo do conceito.

3.1 Imputabilidade – A imputabilidade continua engessada numa fórmula capenga, que trabalha as dimensões de *saber* e de *controlar* o que faz somente em relação aos **inimputáveis** e **semi-imputáveis** por *doença mental* ou *desenvolvimento mental incompleto ou retardado* – incluída a embriaguez completa, *fortuita ou de força maior*, pelo álcool ou análogos –, definidos pela incapacidade (total ou parcial) de *compreender* o ilícito do fato e de *determinar-se* conforme a compreensão (art. 32, I-II e parágrafo único, I-II).³¹ Apesar da controvérsia sobre *doença mental* em Psiquiatria, as anormalidades funcionais (psicoses e neuroses) ou constitucionais (oligofrenias) do aparelho psíquico são definidas por categorias psiquiátricas – e não há o que discutir.

Mas, em relação aos **imputáveis**, a subsistência ou redução do estado de imputabilidade nas hipóteses de **emoção** ou de **embriaguez** intencional ou imprudente, pelo álcool ou análogos, **não são examinadas nas dimensões de *saber* e de *controlar* o que faz** – uma falha somente explicável por razões de secular política criminal troglodita. Por isso, o Projeto também *não exclui a imputabilidade penal* nas hipóteses (a) de *emoção* ou *paixão* e (b) de embriaguez, *voluntária* ou *culposa*, pelo álcool ou análogos (art. 33, I-II). Não obstante, um mínimo de informação sobre Psicologia ou Sociologia mostra a irracionalidade dessa posição, como se demonstra.

³¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Manual de direito penal* cit., p. 158-162.

3.1.1 *Emoção* – Os impulsos, instintos ou afetos (*pathos* para os gregos, ou *passio* para os romanos – donde, **paixão** para indicar sentimento ou amor intenso) são **emoções**, como excitações psicossomáticas produzidas por reações químico-neurônicas ligadas à sobrevivência individual, que informam os pensamentos e as decisões da psicologia individual, como forças motoras primárias predominantemente inconscientes das ações humanas, cuja influência nos atos psíquicos e sociais dos seres humanos é reconhecida em legislações penais modernas.³²

A dinâmica de formação e manifestação agressiva de *emoções* ou *afetos* constitui grave perturbação psíquica não patológica que, como outras situações extremas de *esgotamento* ou *fadiga*, pode excluir ou reduzir a capacidade de culpabilidade – como admitem outras legislações.³³ Não é mais possível confundir emoções fundadas no *instinto de destruição* (as chamadas *emoções fortes* de ira ou ódio), com emoções fundadas no *instinto de sobrevivência* (as *emoções fracas* de medo ou susto), cujo poder bloqueador ou redutor da capacidade de *conhecer e*, especialmente, de *controlar* o que faz não pode ser desconsiderado pelo Direito Penal.³⁴ Aliás, todas as hipóteses de *inexigibilidade* configuram conflitos psíquicos *emocionais* que excluem ou reduzem a *dirigibilidade normativa* – ou seja, as emoções deixaram de ser irrelevantes para o Direito Penal. Nessa linha, o § 33 do *Strafgesetzbuch* alemão, em vez da atitude intolerante de reprimir as emoções, exime de pena o excesso de legítima defesa determinado por *perturbação, medo ou susto*.³⁵

Se a emoção pode excluir ou reduzir a capacidade de *conhecer e*, sobretudo, de *controlar* o que faz, **então** por que a atitude repressiva do Projeto, pela qual a *emoção* (ou a *paixão*) não exclui a imputabilidade penal? O maior problema dessa rejeição irracional da *emoção* é o seu reflexo nas situações concretas de *inexigibilidade*, todas fundadas em conflitos emocionais do ser humano.

³² Idem, p. 162; Instrutivo, FREUD, *O ego e o Id*, p. 25-83, esp. 80-83; do mesmo, *Além do princípio do prazer*, p. 17-85.

³³ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, 1997, § 20, p. 761-4; WESSELS/BEULKE. *Strafrecht*, 1998, p. 117.

³⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Manual de direito penal* cit., p. 163.

³⁵ § 33 do CP alemão dispõe: “*Não é punível o autor que exceda os limites da legítima defesa por perturbação, medo ou susto.*”

3.1.2 *Embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou análogos* – A embriaguez, intencional ou imprudente, pelo álcool ou análogos, deve ser examinada no contexto da *actio libera in causa*, definida pela dinâmica de duas ações vinculadas: 1) na *ação anterior*, o sujeito se coloca em estado de autoincapacitação temporária (a) com o propósito de cometer (dolo), ou (b) sendo previsível cometer (imprudência) *crime determinado*; 2) na *ação posterior* (em estado de autoincapacitação), o sujeito realiza o crime determinado (a) com dolo, ou (b) com imprudência.

É tudo muito simples: **fora** das hipóteses de *dolo* (representação e vontade de crime determinado) e de *imprudência* (previsibilidade de crime determinado em ações socialmente perigosas) da ação anterior, com realização *dolosa* ou *imprudente* desse crime determinado pela ação posterior, não existe *actio libera in causa* e, portanto, não há como imputar o fato por *dolo* ou por *imprudência* ao autor.

Então, surge o problema prático: como resolver milhares de fatos violentos anuais, como homicídios e lesões corporais graves, realizados em estado de inimputabilidade por embriaguez (ou seja, de incapacidade de *saber* e/ou de *controlar* o que faz), mas **indefiníveis** como hipóteses de *actio libera in causa* (não existe uma *ação anterior* de **dolo** ou de **imprudência** em relação a fato determinado), sem violentar o princípio da culpabilidade e, portanto, sem quebrar as regras definidas pelo Estado para aplicação de penas criminais?

O Legislador alemão descobriu uma alternativa menos drástica, evitando a aplicação de penas absurdas a inimputáveis por embriaguez intencional ou imprudente: criou um **tipo de injusto** chamado *embriaguez plena* (§ 323a *Vollrausch*), aplicável aos crimes cometidos em estado de inimputabilidade por embriaguez intencional ou imprudente – mas excluídos das hipóteses de *actio libera in causa* –, com prisão até cinco anos, ou multa.³⁶

³⁶ § 323 a *Vollrausch* – “(1) Wer sich vorsätzlich oder fahrlässig durch alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel in einen Rausch versetzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn er in diesem Zustand eine rechtswidrige Tat begeht und ihretwegen nicht bestraft werden kann, weil er infolge des Rausches schuldunfähig war oder weil dies nicht auszuschliessen ist.

(2) Die Strafe darf nicht schwerer sein als die Strafe, die für die im Rausch begangene Tat angedroht ist”.

Tradução livre: (1) Quem coloca-se em embriaguez, de modo intencional ou imprudente, por bebidas alcoólicas ou outros meios embriagantes, será punido com pena privativa de liberdade até cinco anos, ou com

A supressão do art. 33, I e II, do Projeto e a criação de um tipo de injusto semelhante ao *Vollrausch*, representaria grande avanço político-criminal do Sistema de Justiça Criminal brasileiro – que pune pessoas transitoriamente incapazes de *saber* e de *controlar* o que fazem, violando o princípio da culpabilidade e o fundamento democrático do Estado de Direito.

3.2 *Conhecimento do injusto* – O *conhecimento do injusto*, definido pela *consciência real* da punibilidade do fato (teoria moderna), ou da lesão concreta do bem jurídico protegido no tipo (teoria dominante),³⁷ é excluído ou reduzido em situação de **erro de proibição** (art. 31, II) – estado psíquico em que não se configura aquela imagem conceitual –, classificado em uma escala gradativa de inevitabilidade (art. 35 e § 1.º), por sua vez avaliada conforme condições pessoais de *ter* ou *atingir* esse conhecimento, nas circunstâncias (art. 35, § 2.º).

De novo, o Projeto começa bem: eliminou a regra fascista de que *o desconhecimento da lei é inescusável* (art. 21 do CP vigente) – regra inválida (a) porque incompatível com o *princípio da culpabilidade* em matéria de *erro de proibição direto*, na modalidade de *desconhecimento da lei* e (b) porque mutila o modelo proposto pela *teoria da culpabilidade* em qualquer de suas variantes (*estrita* ou *limitada*).³⁸

3.2.1 *Erro de proibição* – Admitido que o **erro de proibição** exclui ou reduz a culpabilidade – porque exclui ou reduz o *conhecimento do injusto* –, o Projeto poderia ter introduzido aquisições científicas **consensuais** da literatura, indicando as *principais modalidades* de erro de proibição, cuja natureza *inevitável* ou *evitável* exclui ou reduz a culpabilidade. Afinal, a lei não se limita a dizer que a *legítima defesa*, o *estado de necessidade* etc. excluem o “*fato criminoso*” (*rectius*, exclui a *ilicitude* do fato), mas *define* as justificações específicas – **logo**, por coerência e razões de política criminal, deveria *definir* as principais hipóteses de erro de proibição: (a) **erro de proibição direto** sobre a *existência*, a *validade* e o *significado* da lei; (b) **erro de proibição indireto**

pena pecuniária, quando nesta situação comete um fato antijurídico e não pode ser punido porque, por consequência da embriaguez, era incapaz de culpabilidade, ou porque isto não era de ser excluído.

(2) *A pena não deve ser mais grave do que a pena cominada ao fato cometido em embriaguez.*

³⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Manual de direito penal* cit., p. 166-168.

³⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal* cit., p. 309-315; também CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Manual de direito penal* cit., p. 171-174.

sobre a existência de justificação inexistente e sobre os limites jurídicos de justificação existente; (c) **erro de tipo permissivo**, como representação errônea de situação justificante. Assim, além de indicar situações consensuais **negativas** do conhecimento do injusto, assumiria posição de vanguarda em face de modelos contemporâneos de legislação penal.

3.2.2 **Erro de tipo permissivo: um retrocesso.** Por último, outra recaída lamentável do Projeto: a disciplina do **erro de proibição** abandona o critério mais democrático e mais prático da *teoria limitada* da culpabilidade (adotada pelo CP atual), que atribui ao **erro de tipo permissivo** (suposição de situação de fato que legitimaria a ação, se existente), evitável ou inevitável, o efeito de **excluir o dolo** – porque as representações do autor coincidem com as representações do legislador, com punição por imprudência se existir o tipo legal –, para retornar ao critério ultrapassado da *teoria estrita* (ou *extrema*) da culpabilidade, em que todas as modalidades de erro de proibição são resolvidas do mesmo modo: o erro *inevitável* exclui e o erro *evitável* reduz a culpabilidade (art. 35, § 3.º). E tudo pelo capricho de evitar uma hipótese de “*tentativa de crime culposo*”, ou por causa da artificialidade de tratar como culposo um crime doloso – como diz Leite.³⁹ A alternativa é reinstaurar a norma sobre **discriminantes putativas** do CP atual (§ 1.º do art. 20).

3.3 *Exigibilidade* – O conceito de *exigibilidade/inexigibilidade* se fundamenta na situação de *normalidade/anormalidade* de realização do **tipo de injusto**, dentro de uma escala polarizada por circunstâncias *normais* (com plena *exigibilidade*) e por circunstâncias *anormais* (com plena *inexigibilidade*) de conduta diversa, intermediadas por todas as correlações possíveis de maior ou de menor exigibilidade:⁴⁰ circunstâncias crescentes de *anormalidade* (do tipo de injusto) determinam a ampliação crescente do nível de *inexigibilidade*, expressas em **situações de exculpação** excludentes ou redutoras da *dirigibilidade normativa*, que fundamenta o moderno conceito de culpabilidade, na dimensão empírica de *capacidade de autodireção* e na dimensão normativa de *autodireção conforme normas*.⁴¹

³⁹ LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação... cit., p. 72-3.

⁴⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Manual de direito penal* cit., p. 177-8.

⁴¹ Idem, p. 156-157.

O Projeto retoma o conceito de **inexigibilidade** numa perspectiva generosa, mas não teve ousadia para realizá-la: a ideia de excluir a culpabilidade – além dos casos pacíficos de *coação moral* e de *obediência hierárquica* – também nas “*outras hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa*” (art. 31, III), tropeçou no medo de indicar essas “*outras hipóteses de inexigibilidade*”, que a literatura e a jurisprudência conhecem – e os autores do projeto não ignoram. Uma simples indicação exemplificativa (o excesso de legítima defesa, real e putativa, por medo, susto ou perturbação; o fato de consciência; a provocação da situação de legítima defesa – se não há saída possível; a desobediência civil; o conflito de deveres) – e poderíamos ter um avanço na matéria.

4. Concurso de pessoas

4.1 No Projeto, a disciplina legal do *concurso de pessoas* chama a atenção por duas características incomuns:

- a) primeiro, a junção do velho com o novo – para usar a imagem de GRECO:⁴² por um lado, todos os dispositivos que disciplinam a matéria no CP atual são mantidos; por outro lado, a inserção de novos dispositivos *reproduz*, no todo ou em parte, a disciplina legal da matéria – de modo que as mesmas situações são duplamente reguladas;
- b) segundo, o hibridismo teórico resultante da integração de todas as teorias: a *teoria unitária*, que considera autores todos os que *concorrem para o crime* (art. 38); a teoria *objetivo-formal*, que define autor pela *realização do tipo* (art. 38, § 1.º, I, *a*); a teoria *subjetiva*, que considera autores quem *manda, promove* etc. a realização do crime (art. 38, § 1.º, I, *b*); a teoria do *domínio do fato*, que distingue autores de partícipes pelo *controle* da realização do tipo (art. 38, § 1.º, I e II).⁴³

⁴² Ver GRECO, Luiz. Princípios fundamentais e tipo... cit., p. 50.

⁴³ *Exposição de Motivos*, p. 227: “Foi mantida a fórmula tradicional segundo a qual ‘quem concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade’, própria da *teoria monista mitigada* (...). Houve a avanço nas definições ao se afirmar que autor não é somente aquele que realiza a conduta típica segundo postulados da *teoria objetivo-formal*, mas também aquele que, de outras formas,

A *dupla disciplina* da matéria (junção da velha com a nova disciplina legal), agravada pelo *hibridismo teórico* na abordagem do tema, explica todos os problemas dogmáticos e político-criminais do *concurso de pessoas* no Projeto.

4.2 Com todas as limitações, a disciplina legal do *concurso de pessoas* no CP vigente, que trabalha com um (flexibilizado) *conceito unitário* de autor, é simples:

- a) a norma principal (art. 29 do CP) determina punição, conforme a culpabilidade, de todos os sujeitos que “*concorrem para o crime*”, diferenciáveis como *autores* ou *partícipes* segundo teorias modernas;
- b) normas complementares permitem (art. 29, § 2.º, do CP) limitar a punibilidade ao *fato objeto do dolo* do sujeito na *autoria coletiva*, com aumento da pena desse fato até metade, se previsível o resultado mais grave, bem como (art. 29, 1.º, do CP) reduzir a pena da *participação de menor importância* no tipo de injusto.

A *teoria unitária* do CP atual é limitada, mas é coerente: as premissas das conclusões são conhecidas, admitindo crítica lógica; a *teoria híbrida* do Projeto é tudo, menos coerente: as premissas das conclusões são incognoscíveis, inviabilizando a crítica – qualquer conclusão pode ser justificada a partir de qualquer teoria.

4.3 A superposição de normas com o mesmo objeto permite a seguinte crítica: se o Projeto adota o *conceito unitário* de autor do CP vigente, com punição *equivalente* para todos os sujeitos que “*concorrem para o crime*” (art. 38), que podem ser diferenciados entre *autores* e *partícipes* segundo os postulados da teoria do *domínio do fato*, então a indicação de hipóteses de *autoria* e de *participação* (art. 38, §§ 1.º e 2.º) é casuística, supérflua e tautológica:

- a) casuística, porque um *critério empírico* substitui um *critério científico* para distinguir *autoria* e *participação*: *autores* não são definidos pelo *domínio do fato*, mas por indicações empíricas (art. 38, § 1.º I, *a, b, c, d*); *partícipes* não são

possui o domínio do fato. A proposta acenou para variantes subjetivas, próprias da promoção, organização (...)” (grifos nossos).

definidos pela *ausência de domínio do fato*, mas por contribuírem “*de qualquer outro modo*” para o crime (art. 38, § 1.º, II, *a, b*);

b) supérflua, porque se o *domínio do fato* define o autor e a *ausência de domínio do fato* define o partícipe, **então** todas aquelas hipóteses casuísticas são definíveis como *autoria* ou *participação* por esses critérios – independentemente da indicação legal;

c) tautológica, porque se incide nas penas “*quem, de qualquer modo, concorre para o crime*” (art. 38), **então** todas aquelas hipóteses específicas – ou outras não especificadas – já estão contidas na definição legal, como *autores* ou *partícipes* sobre os quais incidem penas.

4.4 A proposta não pode ser outra: supressão do § 1.º do art. 38, cujo conteúdo é melhor definível pela literatura e jurisprudência – economizando, assim, o constrangimento da correção da linguagem e de outras impropriedades técnicas desse dispositivo inútil,⁴⁴ que *redefine* segundo múltiplas teorias o que já está definido pelo art. 38, segundo a flexibilizada *teoria unitária* de autor. A prática judicial não precisa do *casuismo* do Projeto para distinguir *autor* e *partícipe*, ou para definir as situações de autoria direta, mediata ou coletiva, segundo conceitos científicos.

4.5 Além disso, a inserção das *causas de aumento* no concurso de pessoas (art. 38, § 4.º) cria outros problemas:

a) *primeiro*, confunde (a) *circunstâncias legais* genéricas de agravação da pena (que ampliam o conteúdo do *tipo de injusto* e/ou a *reprovação de culpabilidade* do autor) com *fundamentos legais* de atribuição da responsabilidade penal pelo fato, como *autores* e/ou *partícipes* do tipo de injusto;

b) *segundo*, os limites legais abusivos de aumento de pena (de um sexto a dois terços) deformam ou perturbam a valoração judicial de *circunstâncias legais* genéricas, fixadas em valores situados entre um quinto e um sexto da *pena base*

⁴⁴ Sobre isso, ver a crítica exaustiva de GRECO, Luiz. Princípios fundamentais e tipo... cit., p. 50-51.

(portanto, em níveis muito inferiores), segundo prática judicial consagrada pelos princípios da *proporcionalidade* e da *culpabilidade*.

4.6 Enfim, as normas sobre (a) exclusão da comunicação de circunstância ou condição pessoal, exceto se *elementar* do tipo (art. 39) e (b) exclusão da punibilidade dos atos preparatórios, em todas as hipóteses (art. 40), são desnecessárias reproduções do CP atual – no último caso, piorada com cansativa indicação de formas de autoria coletiva do fato (ajuste, mandado, induzimento, determinação, instigação e auxílio), que poderiam ser substituídas pelos conceitos de *coautoria* e *participação*, compreensivos daquelas hipóteses.⁴⁵

5. Tentativa

A definição de tentativa começa bem, mas ao introduzir o conceito de *início de execução* mete os pés pelas mãos.

5.1 *Conceito* – A definição de tentativa adota o modelo do CP vigente: o fundamento **objetivo** do *início de execução* e o **elemento negativo** da *exclusão* do resultado por *circunstâncias alheias à vontade do agente* (art. 22, II). Até aqui, nenhuma crítica.

5.2 *Início de execução* – Todas as críticas para a definição de *início de execução* (art. 24), que acopla, como **critérios alternativos**, a teoria *objetiva formal* e uma versão cabocla da *teoria objetiva individual*, com lesão da legalidade penal em prejuízo dos acusados.

5.2.1 A primeira parte do artigo adota a teoria **objetiva formal**, que define tentativa pelo início de execução (critério objetivo) da *ação típica* (critério formal):⁴⁶ *início de execução* pela realização de *uma das condutas constitutivas do tipo*. Se o artigo terminasse aqui, teríamos um critério democrático, embora incompleto (as teorias objetivas *formal* e *material* não trabalham com o dolo, essencial para definir tentativa).

⁴⁵ Ver GRECO, Luiz. Princípios fundamentais e tipo... cit., p. 54.

⁴⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Manual de direito penal* cit., p. 211-213.

5.2.2 Mas não termina aqui: a segunda parte do artigo mostra que o Projeto não sabe o que faz, porque adota, como *critério alternativo* (?), a versão dominante da teoria **objetiva individual**,⁴⁷ acrescentando: “(...) *ou, segundo seu plano delitivo, pratica atos imediatamente anteriores à realização do tipo, que exponham a perigo o bem jurídico protegido.*” Ora, a teoria **objetiva individual** conjuga a teoria **subjetiva** da *representação do fato* (ou seja, do “*plano delitivo*”) com a teoria **objetiva material**, que antecipa a tentativa para *ações imediatamente anteriores ao tipo legal*, produtoras de *perigo para o bem jurídico* (critério material).⁴⁸

A fusão desses critérios tem as seguintes consequências: primeiro, projeta a *fase final* da tentativa para **dentro do tipo legal**, mediante *início de execução de condutas constitutivas do tipo*, segundo a teoria objetiva formal – até aqui conforme à legalidade penal; depois, recua a *fase inicial* da tentativa para **fora do tipo legal**, incluindo ações atípicas mediante a alternativa: “*ou, segundo seu plano delitivo, pratica atos imediatamente anteriores à realização do tipo*”, conforme a teoria objetiva individual, **lesiva da legalidade penal**. Em outras palavras: o Projeto amplia, retroativamente, o leque da tentativa, antecipando o início de execução para *atos imediatamente anteriores à realização do tipo* (ações preparatórias), punindo ações atípicas. Ou o Projeto não sabe o que faz, ou quer ampliar a punibilidade, de modo inconstitucional.

5.2.3 A disciplina legal da tentativa deve integrar os elementos objetivos e subjetivos do comportamento, na linha da **versão minoritária** da teoria objetiva individual: (a) na dimensão subjetiva, *representação do fato* (como plano do autor); (b) na dimensão objetiva, substituição da teoria objetiva *material* (punibilidade fora do tipo) pela teoria objetiva *formal* (punibilidade dentro do tipo), desse modo: *verifica-se o início de execução quando o autor realiza, segundo o plano do fato, conduta constitutiva do tipo legal.*⁴⁹ Simples e democrático.

⁴⁷ O § 22 do *Strafgesetzbuch* alemão, assim define a teoria objetiva individual: “*Tenta um fato punível quem, segundo sua representação do fato, se posiciona imediatamente para realização do tipo*”.

⁴⁸ TAVARES, Juarez. O projeto de código penal. A reforma... cit., p. 188; Compare CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Manual de direito penal* cit., p. 214-215.

⁴⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Manual de direito penal* cit., p. 214-215.

5.3 *Desistência e arrependimento* – O Projeto aderiu ao *princípio da culpabilidade* (art. 1.º, parágrafo único) – logo, é supérfluo o *parágrafo único* do art. 25, que limita a isenção de pena aos agentes que desistiram ou se arrependeram eficazmente (que, aliás, está contido no *caput* do dispositivo).

5.4 *Crime impossível* – A manutenção da regra sobre *crime impossível* (art. 26) merece aplauso: exige *perigo objetivo* de lesão do bem jurídico, excluindo as teorias subjetivas do indefinível abalo de *confiança* (no Direito) ou do *sentimento de segurança* (da população).⁵⁰

6. Conclusão

Argumentos científicos e razões de política criminal parecem aconselhar a rejeição do Projeto. A natureza e a extensão dos defeitos são maiores do que eventuais méritos, tornando o Projeto imprestável: é impossível emendar, retificar ou corrigir.⁵¹ O maior problema é a contaminação do sistema penal por uma ideologia conservadora, ou a normatização de uma concepção autoritária de política criminal, ou a tentativa de garantir com crimes e penas uma sociedade desigual e injusta.

⁵⁰ Idem, p. 218.

⁵¹ Editorial: A reforma penal. *Boletim IBCCRIM*, n. 239, out. 2012, p. 1: “Não se trata de situação de correção de um ou outro tópico, mas de prejuízo ao conjunto global da obra. A postura do IBCCRIM é, assim, contrária à proposta apresentada. Os erros e equívocos nela presentes não permitem correções pontuais, mas, sim, a necessidade de repúdio à sua aprovação”.