

Análise Crítica dos Crimes de Perigo no Projeto de Código Penal

Prof^a. Dr^a. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara

Professora Associada do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na qual é Presidente da Comissão de Pesquisa e Doutora em Direito Penal.

Gostaria de saudar a todos e de expressar minha admiração por este público que hoje aqui está, em prejuízo de tantas outras atividades, preocupado com a reflexão sobre os rumos do Direito Penal brasileiro. Nesse sentido, também gostaria de, antes de mais nada, agradecer o convite que me foi formulado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, na pessoa do Des. Paulo Baldez, e manifestar a grande satisfação que é poder participar deste evento tão importante para toda a sociedade brasileira.

Não poderia iniciar minha exposição sem antes render uma homenagem especial ao Professor Juarez Tavares, não só pelo seu brilhantismo e dedicação como penalista, mas sobretudo por sua preocupação por um estudo crítico do Direito Penal. Se o Direito Penal brasileiro ganha cada vez mais atenção e reconhecimento no plano internacional, isso é, em boa medida, fruto do trabalho desse grande jurista, que é um orgulho para todos nós, por representar com tanta competência esse espírito crítico. Por tudo isso, Juarez Tavares sempre será o professor de todos nós.

Coube-me trazer uma reflexão sobre os crimes de perigo no Projeto do Código Penal que atualmente tramita perante o Senado Federal. Antes de tratar desse tema específico, gostaria de fazer algumas considerações críticas de caráter geral.

Qualquer reflexão em matéria penal não é tarefa fácil, justamente em razão da antinomia que caracteriza a própria essência do Direito

Penal. Refiro-me aqui ao conflito latente e perene entre eficácia, no sentido de segurança da sociedade, e garantia, relacionada aos direitos fundamentais do indivíduo, a começar por sua liberdade. A busca do ponto de equilíbrio entre esses interesses (que na verdade conflitam de forma apenas aparente) revela-se, assim, uma das mais sérias dificuldades no estabelecimento do conteúdo e da legitimidade da intervenção jurídico-penal, estando, justamente por isso, sempre sujeita à revisão.

Daí surge a especial preocupação de ver a intervenção penal não como materialização de um direito de punir do Estado, mas sim de um poder ou competência de punir, que sempre necessita de justificação, por incidir sobre liberdades anteriormente asseguradas.

Se é assim, o cuidado que se deve tomar é de não nos contentarmos com uma tentativa de legitimação do Direito Penal a partir de um processo de racionalização. Há que se buscar a racionalidade da intervenção penal do Estado, que não se presume do princípio da legalidade em sentido formal. Em outras palavras, o legislador não pode ser considerado racional apenas por ser formalmente competente para elaborar normas. A racionalidade da norma há de ser verificada no plano material, residindo justamente na coerência da intervenção penal em relação à realidade social à qual se aplica e, portanto, deve servir.

Por isso é difícil legislar em matéria penal, porque se exige uma reflexão detida sobre o que é racional e o que se refere, na verdade, à racionalização de um sentimento primitivo de vingança ou de outros interesses políticos estranhos à proteção subsidiária e proporcional de interesses sociais fundamentais (bens jurídicos).

A partir dessa consideração inicial sobre racionalidade, pode-se estabelecer o pressuposto metodológico da discussão do tema de hoje.

O Direito serve à sociedade, disciplinando a convivência humana e, justamente por isso, reflete uma determinada ordem axiológica e as prioridades dessa convivência. Antes disso, a existência de diversas conformações sociais condiciona também a existência de diferentes modelos de Estado, influenciando diretamente no conteúdo das expectativas de comportamento que vão orientar o estabelecimento dos instrumentos formais de controle social. A adoção de determinada opção político-social orienta, assim, o conjunto normativo correspondente, impedindo que se possa afirmar aprioristicamente a existência de ordenamentos

jurídicos valorados em si mesmos corretos ou incorretos, mas sim de ordenamentos mais ou menos coerentes com o modelo político-social ao qual se relacionam. Qualquer reflexão sobre um ordenamento jurídico determinado deve, portanto, partir do pressuposto do modelo de Estado no qual este se insere. No nosso caso, toda a reflexão a seguir, no âmbito jurídico-penal, partirá da opção político-social brasileira por um Estado Democrático de Direito.

Diante disso, antes de mais nada, cabe tentar estabelecer qual seja a racionalidade de um Projeto de Código Penal elaborado de atropelo, em apenas sete meses, sem margem para discussão ou revisão, sob a nítida influência de interesses políticos no âmbito do Senado Federal.

Aprende-se muito cedo nos bancos do curso de Direito que uma das melhores maneiras de verificar as intenções e a opção político-jurídica de qualquer diploma legal é analisar sua Exposição de Motivos. No caso em exame, soa produtivo também analisar o relatório apresentado com o Anteprojeto.

E aí temos, na página 10 do referido relatório, de forma emblemática, a audaciosa pretensão de *“inaugurar um novo marco penal dentro do direito brasileiro”*, o que por si só já revela que se está diante de um legislador que tem - ou imagina ter -, uma notável capacidade intelectual para lograr atingir tal objetivo em poucos meses, de forma inédita no âmbito jurídico-penal brasileiro.

Mais ainda, afirma a Exposição de Motivos que o Projeto de Código Penal *“é um projeto ambicioso... que, ao tornar a parte especial o centro do sistema penal, reduzindo o peso da legislação extravagante, romperia o fascínio da legislação penal de urgência”*.

De fato, soa louvável e socialmente importante a pretensa preocupação por uma maior racionalidade na produção normativa na esfera penal, evitando-se leis de urgência. Tal preocupação, porém, não se materializa efetivamente no corpo do projeto legislativo apresentado, estando-se diante, na verdade, da clara manifestação de um diploma penal de urgência, não apenas por ter sido elaborado com uma rapidez desnecessária, mas, sobretudo, por sua intenção deliberadamente populista. Nesse sentido, chama atenção de forma estarrecedora o modo como acaba o relatório formal apresentado pela Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal, expressamente dedicado a João Hélio e Ives Orta, crianças

vitimizadas por delitos que, amplamente noticiados em época recente pela imprensa, causaram especial comoção social. Sem demérito nenhum a quaisquer vítimas de delitos, não cabe ao legislador, na elaboração de um Código Penal com caráter geral e perene, a adoção de uma opção “jornalística” e casuística.

Surge, assim, já desde o início dos trabalhos legislativos o verdadeiro caráter do projeto apresentado, revelando-se o texto da Exposição de Motivos um adorno irreal, na medida em que contém afirmações pretensamente liberais e garantistas que, na verdade, não são adotadas efetivamente no corpo do código proposto. Questiona-se, assim, a quem se pretende enganar, como se a pretensa justificativa formal do Projeto de Código Penal fosse apta a contradizer de forma eficaz o que se dispõe em seguida com força normativa. Em matéria penal, não é possível agradar a todos, adotando-se ao mesmo tempo os discursos racional e punitivista, pois ambos os argumentos necessariamente se contradizem, destruindo, portanto, a credibilidade do legislador.

De outro lado, tem-se expressa a opção, no Projeto de Código Penal, pelo abandono de “*um referencial dogmático profundo*”, buscando, com isso, um Direito Penal “*com funcionalidade social, em sentido forte* (o que quer que isso queira dizer), *em atendimento à dignidade humana e à Constituição*”. Novamente, está-se diante de um discurso populista, alegórico, mas com real sentido inaceitável. Com efeito, a opção do legislador voltou-se claramente ao fechamento das portas à dogmática penal, conferindo-se prevalência a discursos pragmáticos, com ênfase na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, confirmada e positivada em vários momentos no Projeto apresentado. Em primeiro lugar, são óbvios os prejuízos de se abandonarem os referenciais científicos, que possibilitam conhecer e entender toda a evolução epistemológica do Direito Penal. Não é possível pretender inovar, como afirma o legislador, se não se tem compreensão do que se quer mudar. Em segundo lugar, tem-se um perigoso engessamento de posições jurisprudenciais sem a necessária reflexão crítica, como ocorre por exemplo com a positivação do princípio da insignificância, de forma equivocada e com critérios também equivocados, até porque são incoerentes com o próprio discurso do suposto legislador, como veremos a seguir.

Realmente logra-se a “*funcionalidade, em sentido duro, do Direito Penal*”, mas não uma funcionalidade à sociedade, e sim à Administração

da Justiça, que sempre busca eficiência formal, identificada com a ideia de celeridade.

Deixando de lado as críticas gerais, passa-se ao exame específico do que nos interessa: os crimes de perigo no Projeto de Código Penal. Nesse contexto, só é possível entender dogmaticamente o perigo a partir da referência do bem jurídico e da ideia de ofensividade. Antes de mais nada, cabe, então, analisar como o legislador brasileiro considerou todas essas questões.

Surge importante, nesse sentido, mencionar uma interessante passagem da Exposição de Motivos do Projeto apresentado:

“A missão de proteção dos bens jurídicos. O Direito Penal da culpabilidade e do fato resolve-se na finalidade de proteger posições jurídicas compatíveis com a Constituição (ainda que nelas não diretamente expressadas). É um direito que não se quer moral ou religioso, que não se presta a limitar modos de vida que não afetem terceiros ou a paz pública, nem se volta para exigir conformidades emocionais, sentimentais ou de pensamento em face de verdades públicas ou majoritárias. É um Direito Penal do pluralismo e da proteção do pluralismo, essencial à vida comunitária. Não colhe situações ou estados, mas comportamentos.”

No art. 14 do Projeto propriamente dito, surge pretensamente materializada a afirmação acima exposta do legislador:

“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.

Imagino que já se tenha discutido o suficiente sobre a absoluta dificuldade de compreensão do parágrafo único de mencionado artigo, que se revela tecnicamente equivocado, sobretudo por pretender trazer para dentro da norma penal concepções teóricas específicas que, por isso, estão sujeitas a questionamentos. Passa-se, assim, à análise do *caput* do arti-

go 14, que traz explícita a exigência de ofensividade para a configuração do crime, o que, por si, não ensejaria problemas, podendo ser considerada, como afirma Luis Greco em recente crítica, como a principal inovação do Projeto de Código Penal em matéria de princípios fundamentais. Mas a promessa expressa pelo legislador, imagina-se, deva ser concretizada em seguida, seja na Parte Geral, seja (e sobretudo) na Parte Especial. E aí surgem problemas graves. Em primeiro lugar, há que ver o que o legislador entende por ofensividade e seu rendimento no Direito Penal.

Nesse sentido, a análise do artigo 28, parágr. 1º., do Projeto, que trata do princípio da insignificância, evidencia que o legislador não está seguro do conceito de ofensividade e menos ainda de sua exigência. Isso porque, como critérios para o reconhecimento de tal princípio, exigem-se cumulativamente a “*mínima ofensividade da conduta*” e a “*inexpressividade da lesão jurídica provocada*”. Há de se questionar, antes de mais nada, qual seja a diferença entre ofensa e lesão jurídica.

De outro lado, o legislador pátrio exige ainda um terceiro requisito para a aplicação do princípio da insignificância: “*o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento*”. A par da dificuldade da interpretação do que seja “reuzidíssimo”, o que leva necessariamente ao subjetivismo do aplicador da norma, tal requisito nada tem a ver com a ofensividade. Assim, uma conduta de ínfima ofensividade pode afinal ser considerada delitiva, por conta do grau de reprovabilidade do agente – esse, aliás, tem sido o posicionamento equivocadamente adotado pela Suprema Corte brasileira para excluir, por exemplo, a insignificância da conduta quando praticada por reincidente, o que não soa coerente com o sistema penal de proteção subsidiária de bens jurídicos. Indaga-se, então, se realmente está presente no Projeto do Código Penal a exigência de ofensividade. Indubitavelmente (e deliberadamente), não.

Aliás, sobre a insignificância, é curioso ver como ela aparece de forma contraditória e atécnica. Com efeito, na Exposição de Motivos o princípio da insignificância surge em referência à tipicidade; na Parte Geral, porém, aparece dentre as causas de justificação; e na Parte Especial (art. 348, parágr. 8º.), finalmente, ressurgue como excludente da tipicidade nas hipóteses de fraude fiscal e previdenciária.

Da mesma forma, também quando trata de tentativa e consumação, o legislador brasileiro demonstra não compreender o rendimento do conceito de ofensividade. De fato, embora tentativa e consumação sejam

conceitos formais, referidos à realização do tipo objetivo, estabelece-se no Projeto de Código Penal a ofensa ao bem jurídico como critério diferenciador. Buscando aparentar sofisticação, o legislador acaba, portanto, revelando desconhecimento técnico.

Ainda sobre o artigo 14 do Projeto apresentado, e agora em referência direta aos crimes de perigo, parece que se quis agradar a todos, aceitando-se simultaneamente os crimes de perigo concreto e os de perigo abstrato, o que, à primeira vista, poderia ser considerada uma opção político-criminal aceitável. Basta, porém, uma leitura superficial da Parte Especial do Projeto para verificar de pronto a existência não apenas das duas modalidades de perigo, como também de tipos penais sem nenhuma ofensividade. Mais do que isso, tem-se tipos penais desprovidos de bem jurídico digno de tutela, a evidenciar a tentativa de proteção de bens jurídicos aparentes e mesmo de funções. Resta esvaziada, assim, a propaganda de um “Direito Penal de proteção de bens jurídicos”, conforme prometido na Exposição de Motivos.

A delimitação do conteúdo de qualquer delito deve passar, em primeiro lugar, pela precisão do bem jurídico que delimita a norma. Só se pode verificar a ofensividade de uma conduta em função da relação da conduta praticada em relação ao bem jurídico tutelado. Se não é possível compreender qual é o bem jurídico, toda a construção da ofensividade e, assim, do perigo ou lesão, será meramente retórica, falaciosa.

Vejamos alguns tipos penais do Projeto de Código Penal, selecionados de modo meramente ilustrativo:

Em primeiro lugar, tem-se nos artigos 202 e 203 do Projeto a ideia da condução de veículo automotor sobre a influência de álcool ou substâncias de efeitos análogos. Com efeito, o artigo 202 tipifica a conduta de *“conduzir veículo automotor na via pública sob influência de álcool ou substâncias análogas expondo a danos em potencial a segurança viária”*, cominando a pena de prisão de 1 a 3 anos. Trata-se nessa hipótese de crime de perigo concreto, haja vista ser o perigo exposto como exigência do tipo penal e materializado no dano potencial à segurança viária. O art. 203, por sua vez, criminaliza a conduta de *“conduzir veículo automotor na via pública sob a influência de álcool ou substâncias de efeitos análogos sendo manifesta a incapacidade para fazê-lo com segurança”*, cominando igualmente a pena de prisão de 1 a 3 anos.

Embora seja idêntica a sanção em ambos os tipos penais transcritos, a hipótese concreta parece guardar importantes diferenças. Nesse sentido, o artigo 203 materializa, na verdade, a política de “tolerância zero” em relação à embriaguez, tendo sido extraído de uma norma administrativa prevista originalmente no Código de Trânsito Brasileiro, que já continha uma sanção própria, naquela esfera. Indaga-se, assim, no que consiste o crime previsto no art. 203 do Projeto de Código Penal e como diferenciá-lo do tipo penal do art. 202. Tratar-se-ia de perigo concreto no primeiro caso e de perigo abstrato no segundo? Se é assim, não há proporcionalidade e, assim, racionalidade, de serem cominadas penas idênticas em ambos os casos, haja vista a diferença em relação à ofensividade ao bem jurídico tutelado.

Da mesma forma, tratando de corrupção e adulteração de medicamento, de produto alimentício, de cosmético, o art. 230 do Projeto de Código Penal criminaliza a conduta de *“corromper e adulterar, falsificar ou alterar substância ou produto alimentício destinado a consumo, tornando nocivo à saúde ou reduzindo-lhe valor nutritivo.”* Partindo da consideração da antecipação da intervenção penal no sentido de tutelar uma situação de perigo, há que se perguntar qual seria o bem jurídico efetivamente ameaçado, a justificar o tipo penal. Conforme sua própria localização, o art. 230 do Projeto estaria voltado à tutela da saúde pública. Indaga-se, porém, que ofensa à saúde pública pode decorrer da redução de valor nutritivo de um determinado produto alimentício? Trata-se, na realidade, de conduta materialmente ofensa às relações de consumo, não se justificando a intervenção penal tal como proposta.

Seguindo na leitura do Projeto de Código Penal, tem-se nos artigos 232, 352 e 412 crítica semelhante em relação à ofensividade. De fato, o art. 232 criminaliza a conduta de *“importar para a venda, vender ou expor à venda, ter em depósito para vender ou de qualquer forma ou distribuir ou empregar a consumo produtos terapêuticos, matéria prima e insumo farmacêutico ou em uso de diagnóstico em qualquer das seguintes condições: primeira condição: **sem registro quando exigível no órgão de vigilância sanitária competente.**(...) Pena: prisão de 2 a 6 anos.”* Por sua vez, o art. 352, especificamente voltado ao âmbito ambiental, criminaliza o transporte de animal *“em veículo ou (sic) condições inadequadas que coloquem em risco sua saúde ou integridade física **ou sem a documentação estabelecida por lei.** Pena: prisão de 1 a 4 anos”.* Finalmente, o art. 412,

também na esfera ambiental, tipifica a conduta de “*comercializar motosserra sem licença ou registro*”. Em todos os caso, questiona-se em que consistiria a ofensividade das condutas. Na verdade, propõe-se a punição da mera infração de um dever (posse de um documento ou autorização), a projetar a tentativa da tutela de meras funções, o que se revela inadmissível no âmbito de um Direito Penal racional e contraria a própria promessa expressa na Exposição de Motivos do Projeto de Código Penal.

Finalmente, tratando especificamente do bem jurídico como elemento referencial para o exame da ofensividade, a diferenciar as hipóteses de perigo daquelas de dano efetivo, tem-se inúmeros problemas, a exemplo do art. 277 do Projeto, que tipifica o enriquecimento de funcionário público nos seguintes termos: *“É punido com pena de 1 a 5 anos privativa de liberdade o funcionário público que possuir um patrimônio que seja incompatível com os seus rendimentos ou bens legítimos”*. Sem adentrar a discussão mais refinada sobre o acerto ou não da criminalização de tal conduta sob a perspectiva da inversão do ônus da prova e da presunção de inocência, questiona-se o que se está a tutelar e, assim, o que condiciona a análise de ofensividade na hipótese. A transparência do funcionário público? Na verdade, a transparência como dever do funcionário público é exigível internamente, no âmbito da própria Administração Pública, e já é sancionada, há vinte anos, pela Lei brasileira de Improbidade Administrativa. Estar-se-ia punindo de forma transversa a corrupção que não restou devidamente apurada? Se assim for, a própria rubrica do tipo penal soa equivocada, levando o aplicador do Direito a erro, já que o que pune é, na verdade, o enriquecimento presumidamente ilícito (pois caso pudessem ser considerado efetivamente ilícito, levaria à punição por corrupção). Da mesma forma, a criminalização do jogo de azar leva a um importante questionamento sobre o próprio objeto de tutela. Embora o tipo penal mencionado esteja inserido dentre os crimes contra a paz pública, parece estar-se diante de um bem jurídico aparente, a justificar apenas retoricamente uma norma incriminadora desprovida de racionalidade.

Em todos os casos tratados, verifica-se que a dúvida sobre o próprio referencial dos tipos penais permite uma manipulação perigosa e autoritária pelo aplicador do Direito, restando claros os erros metodológicos e teóricos do Projeto apresentado.

Poder-se-ia afirmar – como de fato se fez - que é possível consertar os erros, que na verdade são devidos à pressa do legislador, decorrente do

exíguo prazo imposto à Comissão de Juristas. Lamentavelmente, não há como consertar o texto produzido, que mais do que mera atecnia, revela o profundo populismo e demagogia com que se tratou o Direito Penal brasileiro. O Projeto de Código Penal é casuístico, assistemático, arrogante e repleto de promessas falaciosas, envergonhando a todos os brasileiros. É verdade que há algumas inovações pontuais, decorrentes de doutrinas específicas que já vinham condicionando a evolução do Direito Penal, mas que tropeçam em si mesmas, pois estão inseridas em uma estrutura contraditória e desorientada.

Afinal, qual é a verdadeira intenção do Projeto de Código Penal? Qual a opção político-criminal adotada? Fazendo coro com todos os que me antecederam, conclui-se ser ingênuo acreditar que o problema seja só de impropriedade técnica, de incompetência do legislador. Na verdade, a questão é mais profunda e envolve opções ideológicas. A pergunta a se fazer é, então: por que tanta pressa? Por que elaborar um Código Penal sem nenhuma abertura para a discussão (em sentido científica, e não a discussão midiática) e a revisão? Sem dúvida, pode-se afirmar que o populismo deliberado do Projeto apresentado esconde sua natureza nada liberal. Busca-se agradar, refletir traços de pseudo-modernidade, tratar de temas que são da moda, sem nem sequer se preocupar em entender e sistematizar os assuntos abordados. Tais temas de moda não tornam, porém, liberal um projeto repleto de dispositivos nada liberais, autoritários, retrógrados.

O Direito Penal não é um conjunto de leis escritas simplesmente com a descrição de comportamentos e respectivas penas, se fosse assim, um mero conjunto de leis escritas, bastaria ser minimamente alfabetizado para criá-lo, aplicá-lo ou alterá-lo.

Minha função hoje é, lamentavelmente, constrangedora, porque de crítica incisiva. Todos os que se dedicam ao estudo do Direito Penal, fundamentalmente os professores, não poderiam se intitular como tal se fugissem a uma discussão tão importante com a honestidade devida. Há de se mobilizar contra o absurdo.

Não é fácil legislar. Ninguém diz o contrário e nem exigiu isso do legislador. Justamente por isso, a reforma de um Código Penal traz a necessidade de uma ampla discussão, que não pode ser posterior, a título de remendo ou maquiagem.

O momento de reelaboração de um Código seria uma excelente oportunidade para reflexão, no sentido de avançar, dirimir questões, amadurecer. Todas essas esperanças foram jogadas no lixo pelo legislador. Mais do que perder uma oportunidade, retrocedemos.

Nós já tivemos um dia um Código Criminal que serviu de modelo para quem antes nos havia colonizado. Assim, é possível acreditar que o Brasil pode muito mais do que isso que ora tramita no Senado Federal.

Agradeço pela atenção e parabenizo, uma vez mais, a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, pela importante iniciativa. ❖