



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Tiago Joffily

**Desvalor da ação e desvalor do resultado como fundamentos do injusto penal: uma revisão a partir do modelo habermasiano de sociedade**

Rio de Janeiro

2012

Tiago Joffily

**Desvalor da ação e desvalor do resultado como fundamentos do injusto penal: uma  
revisão a partir do modelo habermasiano de sociedade**

Tese apresentada como requisito parcial para  
obtenção do título de Doutor, ao Programa de  
Pós-graduação em Direito, da Universidade do  
Estado do Rio de Janeiro.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Estevan Xavier Tavares

Rio de Janeiro

2012

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

J64

Joffily, Tiago.

Desvalor da ação e desvalor do resultado como fundamentos do injusto penal: uma revisão a partir do modelo habermasiano de sociedade / Tiago Joffily. - 2012.  
256 f.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Estevan Xavier Tavares

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito penal-Teses. 2. Delito-Teses. 3. Desvalor da ação. I. Tavares, Juarez Estevan Xavier. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.2

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Tiago Joffily

**Desvalor da ação e desvalor do resultado como fundamentos do injusto penal: uma  
revisão a partir do modelo habermasiano de sociedade**

Tese apresentada como requisito parcial para  
obtenção do título de Doutor, ao Programa de  
Pós-graduação em Direito, da Universidade do  
Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em 10 de dezembro de 2012.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Estevan Xavier Tavares  
Faculdade de Direito - UERJ

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Heitor Costa Junior  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Nilo Batista  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara  
Universidade de São Paulo

---

Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos  
Universidade Federal do Paraná

Rio de Janeiro

2012

## **DEDICATÓRIA**

Para Lia, que foi concebida, gestada e parida junto com esta tese.

## AGRADECIMENTOS

O momento em que escrevo essas linhas, às vésperas da data limite para o depósito da tese, não é o mais apropriado para agradecimentos.

Apesar do grave risco de cometer injustas omissões, contudo, não posso deixar de expressar meu mais sincero agradecimento a algumas pessoas que contribuíram de forma direta e generosa para a conclusão do trabalho.

Olivia e Lia são, para mim, prova suficiente de que o mundo da vida existe e de que, nele, podemos nos comunicar de forma aberta e sincera, com vistas à concretização de sonhos comuns. Nossa convivência diária, apesar das privações que a elaboração de um trabalho dessa grandeza impõe, me serviu, não só de estímulo, mas de permanente inspiração para buscar, mesmo na aridez do direito penal, caminhos que deem à vida significado sempre alegre, esperançoso e solidário.

O Professor Juarez Tavares, que vem me servindo de guia na vida acadêmica há mais de sete anos, foi, desde o início, o maior incentivador do então projeto de tese a ser desenvolvido. Como orientador, nunca interferiu nos caminhos e escolhas, tantas vezes reformulados, que fiz. Ainda assim, sempre esteve presente e disponível para debater cada um dos muitos problemas teóricos ? e também práticos ? que tive que enfrentar ao longo da empreitada. Mais do que isso, após todos esses anos de convivência, posso dizer que o mestre tornou-se um verdadeiro amigo, de forma que seus ensinamentos, hoje, já não se restringem às questões controvertidas do direito penal, mas a todos os variados aspectos da vida.

Ainda no desenvolvimento do trabalho, contei com a ajuda imprescindível dos amigos Bruno Lewicki, Pedro Costa, Emiliano Brunet, Airton Gomes Braga, Eduardo Tosto, Alexandre Mallet e Antônio Martins. A todos, por suas respectivas contribuições, meus renovados agradecimentos.

Aos eminentes membros da banca examinadora, deixo de tecer maiores agradecimentos e elogios para não correr o risco de parecer oportunista, às vésperas da rigorosa avaliação a que certamente serei submetido.

Por fim, mas não menos importante, deixo registrado meus sinceros e renovados agradecimentos à toda a família Joffily, à bocapequenadoforum e aos Clementinos, pois, sem os parentes e amigos, o caminho, certamente, teria sido muito menos prazeroso.

## RESUMO

JOFFILY, Tiago. *Desvalor da ação e desvalor do resultado como fundamentos do injusto penal*: uma revisão a partir do modelo habermasiano de sociedade. 2012. 256 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

A presente tese propõe um modelo de injusto penal rigorosamente dualista, assim entendido aquele que, ao lado do desvalor da ação, exija sempre e necessariamente a efetiva ocorrência de um desvalor do resultado, consistente na afetação, danosa ou perigosa, da esfera de existência de terceiros. A hipótese que conduz a investigação é a de que, mesmo diante dos movimentos expansionistas do poder punitivo hoje verificados, é possível defender a viabilidade de tal concepção de injusto penal. Para a demonstração dessa hipótese, parte-se do modelo dual de sociedade proposto por Jürgen Habermas, que tem na teoria do agir comunicativo a chave para a proteção do mundo da vida frente aos influxos colonizatórios provenientes dos sistemas econômico e político administrativo. A partir desse marco teórico, propõe-se uma releitura de alguns dos conceitos fundamentais da teoria do delito, de modo a conferir-lhes interpretação compatível com a concepção dualista rigorosa de injusto adotada. Por fim, para verificar a plausibilidade da hipótese colocada, tais conceitos fundamentais são postos à prova diante de situações teóricas tradicionalmente classificadas como de difícil conciliação com uma concepção de injusto baseada na necessária ocorrência de desvalor do resultado, como é o caso dos crimes de perigo abstrato e dos crimes tentados.

Palavras-chave: Direito penal. Teoria do injusto. Desvalor da ação e desvalor do resultado. Teoria do agir comunicativo. Ação. Bem jurídico. Resultado. Crime de perigo abstrato. Punibilidade da tentativa.

## ABSTRACT

The thesis you have in hands proposes a concept of crime in which wrongdoing and harmfulness must be always combined and considered together as elements of a criminal offense in order to demonstrate the real affectation of third parties. The main hypothesis is that even facing an expansionist tendency toward incarceration and overcriminalization it is still possible to defend the viability of such a concept of crime. With the purpose of demonstrate this hypothesis, the Habermas's dualistic society model and his theory of communicative action are taken as a point of departure and based on them we intend to review some of the elements that compose the concept of criminal offense. Finally, the thesis will be challenged against controversial existing rulings (such as victimless crimes) to verify if their reasoning are compatible with such a dualistic concept of crime, which deny the possibility of existing criminal offenses without harm to others.

Keywords: Criminal law. Concept of crime. Wrongdoing and harmfulness. Theory of communicative action. Actus reus. Harm principle. Result. Victimless crimes. Attempted crime.



## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
1	<b>DEBATE ENTRE OBJETIVISTAS E SUBJETIVISTAS EM TORNO DO CONTEÚDO DO INJUSTO PENAL</b> .....	15
1.1	<b>Origens do debate</b> .....	15
1.2	<b>Monismo-subjetivo</b> .....	27
1.3	<b>Dualismos</b> .....	35
1.3.1	<u>Dualismo moderado</u> .....	35
1.3.2	<u>Dualismo rigoroso</u> .....	39
1.4	<b>O conteúdo do injusto nas doutrinas funcionalistas</b> .....	46
1.4.1	<u>Funcionalismo teleológico</u> .....	47
1.4.2	<u>Funcionalismo sistêmico</u> .....	53
1.4.3	<u>Funcionalismo redutor</u> .....	58
1.5	<b>Tomada de posição: adesão ao dualismo rigoroso</b> .....	63
2	<b>O MODELO HABERMASIANO DE SOCIEDADE DUAL</b> .....	79
2.1	<b>Da teoria crítica à crítica comunicativa</b> .....	79
2.2	<b>A ética do discurso</b> .....	86
2.3	<b>O papel do direito no modelo habermasiano de sociedade</b> .....	93
3	<b>O DIREITO PENAL COMO CHARNEIRA ENTRE MUNDO DA VIDA E SISTEMA</b> .....	101
4	<b>REVISÃO DE TRÊS CONCEITOS DOGMÁTICOS FUNDAMENTAIS</b> .....	109
4.1	<b>Conceito de ação</b> .....	110
4.1.1	<u>O modelo habermasiano de ação comunicativamente válida</u> .....	110
4.1.2	<u>Debate atual em torno do conceito jurídico-penal de ação</u> .....	114
4.1.3	<u>Conceito estratégico ou perlocucionário de ação jurídico-penal</u> .....	118
4.2	<b>Conceito de bem jurídico</b> .....	126
4.3	<b>Conceito de resultado</b> .....	149
5	<b>DOIS TESTES DE RENDIMENTO PARA O MODELO DUALISTA RIGOROSO DE INJUSTO PROPOSTO</b> .....	172
5.1	<b>O (desvalor de) resultado e os crimes de perigo abstrato</b> .....	172
5.1.1	<u>Perigo, perigo concreto e perigo abstrato</u> .....	172
5.1.2	<u>Os crimes de perigo abstrato segundo a doutrina tradicional</u> .....	175
5.1.3	<u>Alternativas à concepção puramente formal de perigo abstrato</u> .....	176
5.1.4	<u>Avaliação crítica do debate e tomada de posição</u> .....	195
5.2	<b>O (desvalor de) resultado e os crimes tentados</b> .....	220
5.2.1	<u>Fundamentos de punibilidade da tentativa</u> .....	221

5.2.2	<u>Análise do debate à luz do ordenamento jurídico brasileiro</u> .....	232
5.2.3	<u>A tentativa como crime de perigo</u> .....	239
6	<b>CONCLUSÃO</b> .....	245
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	249

## INTRODUÇÃO

Em nossa dissertação de mestrado, defendida nesta mesma Faculdade no ano de 2007, investigamos os fundamentos de legitimidade do poder punitivo estatal, concluindo ao final, juntamente com Zaffaroni/Batista e Juarez Tavares, pela ilegitimidade da pena privativa de liberdade, seja por conta do ponto de vista ético-filosófico que abraçamos, seja em razão das constatações empíricas da criminologia de viés crítico. Já naquela oportunidade, defendemos um uso do direito penal direcionado à limitação do poder punitivo, como forma de assegurar direitos fundamentais de todos.

Na seqüência de nossas investigações, propomos como tema da presente tese de doutorado a verificação dos fundamentos de legitimidade do poder incriminador, de modo a esclarecer quais são, afinal, os requisitos mínimos de todo e qualquer injusto penal. A principal questão que buscamos responder é basicamente a seguinte: a decisão estatal de incriminar uma conduta humana pode se basear na simples exteriorização da vontade contrária à norma ou ela exige, além disso, a transformação do mundo externo de modo a afetar a esfera de existência de outra(s) pessoa(s)?

A colocação da pergunta não é sem razão. Há um movimento em curso nas últimas décadas de franca expansão do poder punitivo. Tal tendência expansionista tem levado a uma crise teórica acerca de qual seria o conteúdo mínimo de uma norma incriminadora legítima, vez que as tradicionais formas de incriminação, baseadas na afetação concreta de bens jurídicos (desvalor do resultado), vêm sendo, cada dia mais, substituídas por tipos penais que se limitam à mera imposição de um dever (desvalor da ação), sem qualquer referência a efeitos lesivos a terceiros ou, quando muito, baseados na mera potencialidade lesiva da conduta. Essa crise, por sua vez, reacende um dos debates mais antigos da dogmática jurídico-penal, consistente na determinação de qual seria, afinal, o conteúdo do injusto: o desvalor da ação ou o desvalor do resultado.

Por coerência com o que já foi defendido por ocasião do mestrado, poder-se-ia dizer, de pronto, que a incriminação, como etapa prévia à aplicação da pena privativa de liberdade estatal não encontra legitimidade jurídica, ética ou social, na medida em que ela se presta exatamente a abrir passagem para o exercício do poder punitivo, que já se concluiu ilegítimo.

No entanto, conforme tivemos oportunidade de expor em nossa dissertação, e na esteira das reflexões zaffaronianas difundidas no Brasil por Nilo Batista, a irracionalidade do poder punitivo – e, logo, do poder incriminador – é passível de graduação, mostrando-se mais ou menos arbitrária conforme esteja, ou não, relacionada à ocorrência de um conflito

intersubjetivo grave. Em outras palavras, a prática de uma conduta que afeta de forma significativa a esfera de existência de outra pessoa muitas vezes pode levar à busca de soluções violentas por parte dos envolvidos, de modo que a intervenção punitiva nessas hipóteses é muito menos irracional do que quando nenhuma afetação séria de terceiros é identificada, sendo a pena pura expressão do arbítrio estatal.

A demonstração inequívoca da ocorrência dessa ofensa à esfera de outra pessoa, que permite – ainda que a contragosto – a passagem do poder punitivo pelo direito penal, é, segundo a hipótese principal que defendemos, papel do injusto penal, cujo conteúdo desvalorado serve exatamente como primeira etapa jurídica de avaliação da possibilidade de aplicação de pena ao acusado de um delito.

É antes disso, no entanto, numa etapa prévia à tipificação da conduta, que se devem buscar os critérios que servem de baliza limitadora à atividade incriminadora estatal, sob pena de cair-se num ciclo vicioso normativista, onde se justifica a existência do injusto típico pelo simples fato dele ter sido assim definido pelo legislador.

Com isso, não defendemos – é bom deixar claro desde o início – a existência de *delictae in se*, mas apenas reforçamos a idéia de que a mera proibição legal não é suficiente para transformar qualquer conduta humana, por mais irrelevante que seja, em crime. É preciso que, ao lado da decisão política acerca da incriminação, a conduta seja, ao menos, ofensiva a terceiros, ou seja, que ela extrapole a esfera de existência do próprio agente, transformando a realidade social de forma intolerável.

Uma vez que a pesquisa – ou boa parte dela – se direcionará aos limites prejurídicos da incriminação, teremos que recorrer a outros ramos do saber para avançar em nossas investigações, buscando na filosofia e na sociologia as bases teóricas de uma explicação acerca do papel que o direito - e mais especificamente o direito penal – desempenha na sociedade contemporânea.

Em que pese não esteja livre de críticas, acreditamos que o modelo dual de sociedade proposto por Habermas, após sua “virada lingüística”, serve bem ao propósito perseguido nesta tese, na medida em que conjuga *elementos descritivos*, de uma realidade constantemente confrontada por esforços mundivivenciais de entendimento, de um lado, e influxos sistêmicos de dominação, de outro, a *elementos prescritivos*, que buscam solucionar esses mesmos confrontos sempre com vistas à emancipação das pessoas, por meio da concretização dos direitos fundamentais.

Se o modelo habermasiano de sociedade é tomado como marco teórico para a elaboração da tese, nossa hipótese central é a de que somente um injusto penal que combine

necessariamente, e ao mesmo tempo, desvalor de fato e desvalor de resultado é capaz de descrever aquele conflito que não encontra validade no mundo da vida e que, portanto, pode (embora não deva) ser proibido por meio do direito penal. Nossa proposta, nesse sentido, é a de buscar no modelo de democracia deliberativa proposto por Habermas os critérios normativos de delimitação da atividade incriminadora do Estado, de modo que a ética do Discurso passe a funcionar como a primeira etapa de controle do poder punitivo estatal. Assim, condutas que não afetem a livre formação de consensos válidos, por não interferirem na esfera de dominação de qualquer pessoa, não poderão ser incluídas no rol das incriminações legítimas.

Disso decorre a conclusão parcial, embora muito relevante, de que modelos puramente subjetivistas de injusto, pautados na mera violação do dever imposto pela norma incriminadora, não podem encontrar fundamento de validade compatível com o conceito de Estado de direito material, fundado na co-originalidade entre direitos fundamentais e soberania popular. Ao lado do desvalor da ação, que autoriza a imputação subjetiva da responsabilidade penal, há que existir, para todo e qualquer delito, um desvalor do resultado, que represente o ingresso inválido na esfera de direitos de outra pessoa (a conflitividade).

Uma vez adotada essa concepção dualista rigorosa de injusto penal, a tarefa a que nos propomos, inclusive como prova de fogo para a hipótese principal levantada, é a de revisar alguns dos conceitos fundamentais da teoria do delito, de forma a conferir-lhes interpretação compatível com esse ponto de vista objetivista, contrapondo-nos, assim, à forte tendência verificada hoje, na legislação e em parcela considerável da doutrina, de circunscrever o conteúdo do injusto ao mero desvalor da ação.

Quanto ao aspecto estrutural, a tese está dividida em cinco capítulos.

No primeiro deles, nos dedicamos a apresentar o estado do debate em torno do conteúdo do injusto penal, contrapondo as correntes subjetivistas, que fundam o ilícito no puro desvalor da ação, às objetivistas, que incluem nesse conceito, em maior ou menor medida, também o desvalor do resultado. Esse debate doutrinário é apresentado em três momentos distintos, o que ajuda a evidenciar a persistência do tema ao longo de toda a evolução da dogmática jurídico-penal: um momento anterior ao finalismo welzeliano, que foi justamente o autor que cunhou o binômio “desvalor da ação/desvalor do resultado”, popularizando-o, principalmente na Alemanha (item 1.1); um momento subsequente à publicação da obra de Welzel, período em que as indefinições em torno do conceito de *injusto pessoal* levaram ao surgimento de concepções teóricas absolutamente opostas, mesmo entre alguns de seus discípulos diretos (itens 1.2 e 1.3); e uma fase pós-finalista ou funcionalista,

onde o debate acerca do conteúdo do injusto continua presente, ainda que ocultado pelas inúmeras transformações conceituais operadas pelos seguidores de cada uma das vertentes político-criminais hoje existentes (item 1.4). O capítulo inaugural é encerrado com uma avaliação crítica do debate, seguida da expressa adesão à corrente dualista rigorosa do injusto, inclusive no que se refere àquelas modalidades delitivas tradicionalmente classificadas, principalmente na Alemanha, como exemplos claros de ilícito fundado no puro desvalor da ação, tais como os crimes de perigo abstrato e os crimes tentados (item 1.5).

O segundo capítulo é dedicado à apresentação do modelo habermasiano de sociedade dual. Sem qualquer pretensão de realizar uma análise exaustiva da monumental obra desse filósofo alemão, dividimos o capítulo em três partes. No item 2.1, buscamos situar a produção intelectual de Habermas no âmbito da Escola de Frankfurt, de cujo viés crítico, característico de sua primeira fase, acabou se distanciando nos escritos mais recentes. No item 2.2, apresentamos alguns conceitos fundamentais para compreender a teoria da ação comunicativa, sobre a qual o autor edificará toda sua produção teórica. Por fim, no item 2.3, ingressamos nas reflexões habermasianas sobre o papel que o direito assume numa sociedade complexa como a nossa, servindo de reforço comunicativo dos consensos validamente obtidos no mundo da vida frente aos influxos estratégicos oriundos dos âmbitos sociais já dominados pela linguagem sistêmica do dinheiro e do poder administrativo.

Essa função de charneira atribuída de forma otimista por Habermas ao direito será por nós estendida ao direito penal no terceiro capítulo, dedicado a explicar de que forma e em que medida o modelo dual de sociedade se ajusta à proposta dogmática limitadora do poder punitivo estatal, que adotamos como premissa. Apesar de curto, trata-se de capítulo fundamental à compreensão da tese ora proposta, pois é justamente nele que defenderemos a idéia fundamental de que o único padrão comunicativamente válido de solução de conflitos é aquele que tem lugar no mundo da vida, onde todos os interlocutores se atribuem igual respeito e interação de forma ilocucionária, com vistas à obtenção de consensos possíveis. Disso decorrem duas conclusões importantes: primeiro, a de que não há fundamento ético possível para o poder punitivo estatal, vez que este se caracteriza pelo exato oposto do modelo consensual prevalente no mundo da vida; segundo, a de que somente condutas que fujam ao padrão comunicativo mundivivencialmente válido, interferindo na esfera de existência do outro de forma violenta ou fraudulenta, podem, eventualmente, ser tipificadas pelo legislador como injustas. O único papel legítimo que se pode atribuir ao direito penal, nesse contexto, como teremos oportunidade de ver, é justamente o de servir de ponte entre o mundo da vida e

o sistema punitivo, informando e limitando a intervenção estatal com base nos valores éticos consensualmente obtidos naquele âmbito da sociedade.

A partir dessa concepção comunicativa de direito penal, buscaremos, no quarto capítulo, reformular alguns dos conceitos fundamentais do injusto, de modo a ajustá-los às premissas teóricas de que partimos. Assim, proporemos, no item 4.1, um modelo prejurídico de ação, a que denominamos estratégico ou perlocucionário, o qual pressupõe, não apenas a externalização de uma vontade finalisticamente dirigida, mas também a interferência desse ato de fala sobre a esfera de existência de um interlocutor, sem o que não se pode afirmar a ocorrência de uma ação socialmente relevante. No item 4.2, nos dedicaremos a delinear os contornos daquilo que pode ser entendido como bem jurídico e cuja afetação deve representar precisamente o ingresso perlocucionário na esfera de existência do outro, numa clara ruptura dos padrões comunicativamente válidos vigentes no mundo da vida. O capítulo é encerrado com uma ampla revisão do conceito de resultado (item 4.3), ao qual atribuímos um significado unívoco, que engloba tanto a afetação do bem jurídico, quanto a transformação da realidade externa, fenômenos que, a nosso sentir, não podem existir separadamente.

Por fim, dedicaremos o quinto e último capítulo a um desafio. A partir dos conceitos de ação, bem jurídico e resultado propostos no capítulo anterior, submeteremos a concepção dualista rigorosa de injusto penal a um teste de rendimento, de modo a verificar se ela resiste mesmo diante de casos considerados difíceis pela doutrina. Assim, após uma detalhada revisão do estágio da técnica em torno dos crimes de perigo abstrato, apresentaremos no item 5.1 uma proposta de interpretação dos tipos penais assim classificados pela doutrina de forma a indicar como e até que ponto podem eles ser compatibilizados com o princípio da lesividade, cuja satisfação é pressuposto de toda e qualquer concepção verdadeiramente dualista do injusto. Igual esforço será feito no item 5.2, no que pertine aos crimes tentados, com vistas a desfazer a idéia, cada vez mais difundida na doutrina recente, de que bastaria, aqui, a mera periculosidade da conduta, aferida *ex ante factum*, para a justificar a intervenção punitiva estatal.

Antes de encerrar essa introdução e passar diretamente ao texto, gostaríamos de registrar que nossa pretensão – um tanto ousada, admitimos – é a de que, ao final do trabalho, tenhamos dado os primeiros passos para uma rigorosa reconstrução da dogmática jurídico-penal que seja compatível, a um só tempo, com os princípios da culpabilidade e da lesividade, sem quaisquer concessões de caráter preventivista. No entanto, ainda que isso não se revele possível ao longo da empreitada, nos daremos por satisfeitos acaso alguns conceitos

atualmente acolhidos de forma acrítica pela doutrina nacional e estrangeira sejam, ao menos, colocados em xeque pelas reflexões que nos propomos a fazer nas páginas que seguem.



## 1. DEBATE ENTRE OBJETIVISTAS E SUBJETIVISTAS EM TORNO DO CONTEÚDO DO INJUSTO PENAL

### 1.1. Origens do debate

O tema proposto para a presente tese tem como pano de fundo um dos embates mais antigos e problemáticos travados entre os estudiosos do direito penal.

Desde os primeiros esboços da dogmática jurídico-penal, os autores contrapõem modelos objetivistas a modelos subjetivistas, causando repercussão em quase todos os institutos relacionados à teoria do delito. Enquanto que para as teorias objetivas o centro de gravidade do delito está fundado na afetação de bens ou interesses relacionados ao indivíduo, funcionando a atitude interior do agente apenas como critério de imputação pessoal do resultado lesivo, para as teorias subjetivas o fundamento do injusto está centrado na própria violação da norma de conduta, de modo que é a atitude interior contrária ao dever, e não as conseqüências lesivas da ação, que assume papel de destaque na incriminação.

De acordo com Claus Roxin<sup>1</sup>, esse debate se instaura no ano de 1867, com Adolf Merkel, que configura o injusto como lesão do bem jurídico e esta, por sua vez, como rebelião contra o poder espiritual do direito. A construção da norma jurídica incriminadora, segundo o raciocínio de Merkel, estaria ancorada em duas ordens de valores. De um lado, entendia o autor que a incriminação de condutas não pode ser uma tarefa completamente separada dos interesses sociais dominantes, de modo que todo injusto penal tem, necessariamente, um conteúdo desvalorado que corresponde à afetação daqueles interesses considerados fundamentais para a preservação da comunidade. De outro lado, é somente quando as lesões causadas a esses interesses sociais ganham relevância tal que passam a ser reguladas pelo direito penal – e já não somente pela religião, pela moral ou pelos costumes – que se pode dizer que existe propriamente uma norma jurídica incriminadora. Com a incriminação formal, os delitos adquirem propriedades novas, que lhes são essenciais, dentre elas *“la circunstancia de que, por su oposición con un precepto jurídico, el delito supone una falta de obediencia a la voluntad que se manifiesta en el Derecho”*. Na medida em que essa desobediência afeta, não só aqueles interesses sociais protegidos pelo direito, mas a própria autoridade do Estado e

---

<sup>1</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. 2 t. T. I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. p. 321 e ss. Uma retrospectiva completa da evolução do debate acerca do conteúdo do injusto em ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Tradução para o espanhol de Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hamurabi, 1990. p. 5 e ss.

de seus preceitos, “*resulta que la lucha contra el delito tiene significación para el Derecho mismo*”<sup>2</sup>. O injusto é assim, a um só tempo, afetação de bens jurídicos e rebelião contra o poder espiritual do direito. Como tal rebelião, no entanto, pressupõe a imputabilidade do sujeito, então as normas penais só se dirigiriam àqueles capazes de culpabilidade. Desta forma, injusto e culpabilidade seriam inseparáveis e juntos comporiam a norma penal<sup>3</sup>.

Contemporâneo de Merkel, Karl Binding desenvolveu, em sua conhecida “Teoria das normas”, um modelo de injusto que é apontado até hoje como o paradigma das construções subjetivistas. De acordo com esta teoria, o único conteúdo possível para o injusto seria a violação do dever de obediência que os súditos guardariam em relação às ordens emanadas do Estado. Para Binding, portanto, haveria uma distinção rigorosa entre o juízo de valor que motivou a edição da norma incriminadora, de um lado, e o conteúdo da própria norma editada, de outro. É claro, dizia ele, que a “*base para la formulación de toda norma... (lo constituye) el conocimiento de la inadmisibilidad de determinadas formas de comportamiento humano a las necesidades del orden jurídico*”, de modo que há sempre um vínculo mais ou menos profundo entre a proibição e um juízo de valor<sup>4</sup>. No entanto, qualquer indagação acerca dessa valoração realizada pelo legislador antes da edição da norma importaria, na visão de Binding, uma “*fantasia jusnaturalista*”. Em suas palavras: “*El jurista humilla indignamente al derecho cuando considera que su existencia necesita de otra ‘justificación’ a más de la que obtiene la voluntad general a partir de la necesidad, libremente reconocida, de la regulación de la comunidad*”. O melhor, portanto, é resignar-se: “*el delito surge por la norma*”, nada mais<sup>5</sup>.

Assim, diferentemente de Merkel, Binding acreditava que os juízos de valor acerca da “*inadmisibilidad jurídica*” de determinadas condutas não fazem parte da norma, embora sejam, sem dúvida alguma, “*el único motivo de la protección jurídico-legislativa*”. A proteção de bens jurídicos – assim entendidos os bens vitais para a existência são de uma

<sup>2</sup> MERKEL, Adolf. *Derecho Penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Pedro Dorado Montero. Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2006. p. 11-13.

<sup>3</sup> MERKEL, Adolf. *Derecho Penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Pedro Dorado Montero. Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2006. p. 68.

<sup>4</sup> Conforme adverte Kaufmann, “*en virtud de la ‘teoría de las normas’ se ha olvidado quizá muchas veces, que Binding ha desarrollado también una especie de ‘teoría de la valoración, y que según él, ambas se requieren necesariamente. Naturalmente, al principio puede verse muy poco de las valoraciones que subyacen a las normas. Binding mismo ha calificado más tarde a esto de una falla*”. Ainda de acordo com Kaufmann, seria possível identificar dois momentos na obra de Binding: “*Al comienzo, Binding había prestado muy poca atención a la valoración; la posibilidad más sencilla de remediar esta situación sin necesidad de reelaborar toda la obra consistía en colocar la explicación del juicio de valor junto con la norma*” (KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*. Tradução para o espanhol de Henrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1977. p. 88 e nota 185).

<sup>5</sup> BINDING, Karl. *Apud KAUFMANN, Armin. Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Tradução para o espanhol de Henrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1977. pp. 16-17.

comunidade jurídica – será sempre “*la razón de toda norma y el objeto de ninguna*”. No exato momento em que a norma é editada ocorre uma transformação fundamental: aquilo que antes existia como juízo de valor, como motivo do legislador, desaparece, surgindo em seu lugar uma ordem, um juízo de “*dever fazer*”<sup>6</sup>. Desta forma, o papel das normas incriminadoras, a partir do momento em que são editadas, já não é o de traçar o limite entre o justo e o injusto, mas sim entre aquilo que deve ou não ser realizado (ou omitido) pelo indivíduo em obediência à ordem emanada do Estado<sup>7</sup>.

O fato é que, assim como Merkel, com mais razão ainda Binding entendia ser impossível traçar uma distinção entre injusto e culpabilidade, dado que, correspondendo o conteúdo da norma a um mero ato de desobediência, a uma decisão contrária à ordem, somente pessoas com capacidade de se motivarem pela norma, e que ademais a conhecessem<sup>8</sup>, poderiam transgredi-la. Com isso, esses autores tentavam impedir que meros eventos naturais danosos pudessem ser considerados ilícitos<sup>9</sup>.

Essa tese defendida por Merkel e Binding, que identifica ilícito e culpabilidade, será questionada por Rudolf von Jhering no mesmo ano de 1867, ainda que no âmbito do direito civil. Para este último autor, o direito também valoraria situações produzidas pelo homem de forma não culpável como contrárias ao ordenamento jurídico, como, por exemplo, a posse de boa-fé de coisa alheia móvel. No entanto, como Jhering compartilha da idéia de que o direito exerce um domínio espiritual sobre o homem, somente condutas humanas – e não meros acontecimentos físicos, naturais – podem ser consideradas ilícitas. Haveria ilícito objetivo, portanto, sempre que uma “*vontade humana estranha – ainda que não culpável – se contrapõe ao meu direito*”<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Tradução para o espanhol de Henrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1977. p. 97.

<sup>7</sup> Por seu caráter fortemente autoritário, Merkel chega a traçar uma comparação – que ele toma emprestada de Thon – entre o papel desempenhado pelas normas no modelo de injusto de Binding e aquele atribuído ao “chapéu de Gessler”, que ficava exposto na Praça central de Altdorf (Suíça) durante o período de dominação dos Habsburgos, quando todos os que passavam pelo local eram obrigados a fazer uma reverência, de modo a expressar seu dever de obediência em relação ao imperador, situação esta que, segundo a lenda, teria perdurado até o encontro fatídico entre o imperador Hermann Gessler e Guilherme Tell. (MERKEL, Adolf. *Derecho Penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Pedro Dorado Montero. Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2006. p. 16).

<sup>8</sup> Com o declarado propósito de distinguir-se de Binding, seu contemporâneo, Merkel defendia que o conhecimento efetivo dos comandos legais violados pela conduta não seria pré-requisito para a imputação, bastando a capacidade de conhecer o caráter antijurídico da conduta, ou seja, a importância que ela apresenta para a afetação dos interesses protegidos pelo direito (MERKEL, Adolf. *Derecho Penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Pedro Dorado Montero. Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2006. p. 70).

<sup>9</sup> Segundo Zaffaroni, esse objetivismo extremado, ao qual se opunham Merkel e Binding, chegou a ser defendido por Löffler, que expressamente aceitava a existência de fatos ilícitos não humanos (ZAFFARONI, E. Raúl. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2005. p. 600).

<sup>10</sup> ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Tradução para o espanhol de Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hamurabi, 1990. p. 6.

Coube a August Thon trasladar para o direito penal o ponto de vista defendido por Jhering no campo do direito civil, sem, contudo, deixar de levar em consideração o caráter imperativo da norma, tão em voga na época. Com isso, ele acaba construindo uma teoria de imperativos objetivos, segundo a qual o direito não é senão um conjunto de determinações, dirigidas igualmente aos imputáveis e aos inimputáveis, uma vez que as ações destes também desencadeiam conseqüências antijurídicas, como seria o caso, por exemplo, das medidas de segurança. Decidido defensor da teoria dos imperativos, James Goldschmidt foi quem poliu dogmaticamente o esquema traçado por Thon, identificando duas facetas distintas e estanques na norma jurídica: de um lado, haveria uma norma explícita, descritiva de situações objetivas, exteriores, valoradas abstratamente pelo direito, de modo que poderiam ser reconhecidas por qualquer pessoa, criança ou adulto, imputável ou inimputável; de outro lado, uma segunda norma, não explícita, derivada da primeira, que imporá ao indivíduo a obrigação de conduzir sua conduta interior de forma a que a conduta exterior não violasse as exigências objetivas impostas pelo ordenamento jurídico. Assim, enquanto a norma de direito proibiria ou ordenaria a causação do resultado e fundamentaria com isso o injusto objetivo, a chamada norma de dever, implícita, ordenaria uma motivação conforme a lei e fundamentaria, assim, a culpabilidade<sup>11</sup>.

Os objetivistas, seguindo essa trilha aberta por Thon e pavimentada por Goldschmidt, formularão um modelo analítico de delito que terá grande repercussão nas primeiras décadas do século passado e que pode ser reduzido, basicamente, à seguinte idéia: as transformações objetivas do mundo exterior pertencem ao injusto, e correspondem à violação da norma de valoração, as transformações subjetivas do mundo interior dizem respeito à culpabilidade, e simbolizam a violação da norma de determinação.

Cunhado inicialmente por Franz von Liszt, o modelo causalista ou clássico do delito foi aperfeiçoado por Beling sob a nítida influência do modelo positivo-mecanicista das ciências naturais e é o mais representativo dessa corrente puramente objetivista do injusto penal.

A concepção original de von Liszt não distinguia entre tipicidade e antijuridicidade como elementos do injusto. Tudo aquilo que dizia respeito ao mundo exterior, aos fatos empiricamente observáveis, pertencia ao conceito unitário de injusto<sup>12</sup>, enquanto que a

---

<sup>11</sup> ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Tradução para o espanhol de Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hamurabi, 1990. p. 11.

<sup>12</sup> “As circunstâncias que são a condição para que se siga um efeito jurídico consistem sem exceção alguma em fatos juridicamente relevantes, isto é, em mudanças do mundo exterior apreciáveis pelos sentidos” (LISZT,

ligação subjetiva desses fatos com o autor conformaria um segundo elemento: a culpabilidade<sup>13</sup>. Desta forma, ainda que a ação fosse compreendida como “*fato que repousa sobre a vontade humana*”, tal vontade, conforme expressamente sublinhado por Liszt, “*não quer dizer livre-arbítrio no sentido metafísico, mas isenção de coação mecânica ou psicofísica*”; é só nesse sentido que se pode compreender a ação como “*mudança do mundo exterior referível à vontade do homem*”. Portanto, segundo uma concepção causalista, o conceito de resultado não apenas integra o injusto necessariamente, como dele depende a própria idéia de ação, que é composta por dois elementos básicos: “*ato de vontade e resultado*”<sup>14</sup>.

Ernest von Beling contribuiu para o aperfeiçoamento desse modelo causalista, porém sem alterá-lo na essência. Sua mais destacada contribuição se deu na introdução da figura da tipicidade como primeiro elemento do conceito analítico do delito, construção esta que perdura – ao menos em termos formais – até os dias atuais. Mas não foi Beling quem inventou a tipicidade. Segundo ele próprio, a idéia de delimitação das hipóteses de intervenção punitiva foi introduzida no direito penal a partir das reivindicações dos movimentos liberais do século XVIII, que se insurgiam contra o poder dos juízes de considerar criminoso e, portanto, punível, qualquer ato culpável que parecesse injusto aos seus olhos. Como consequência dessas reivindicações iluministas, o legislador passou a estreitar o conceito de injusto, recortando e descrevendo algumas figuras delitivas (homicídio, furto, etc) como passíveis de punição criminal, enquanto as demais formas de atuar ilícito ficavam fora do poder de intervenção estatal. Assim, diz o autor, ganhou expressão no direito penal um pensamento valioso: “*el de que sólo ciertos modos de conducta antijurídica (‘los típicos’) son suficientemente relevantes para la intervención de la retribución pública*”<sup>15</sup>. O verdadeiro mérito de Beling foi o de ter sistematizado esse componente do delito, que ele já identificava na legislação em vigor, denominando-o de delito-tipo (“*Gesetzlicher Tatbestand*”)<sup>16</sup>. A partir

---

Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003. 2 t. T. I. p. 217).

<sup>13</sup> “*O injusto criminal, como o delito civil, é ação culposa [rectius culpável]. Não basta que o resultado possa ser objetivamente referido ao ato de vontade do agente; é também necessário que se encontre na culpa a ligação subjetiva*” (LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003. 2 t. T. I. p. 259).

<sup>14</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003. 2 t. T. I. p. 217-220.

<sup>15</sup> BELING, Ernest von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*. Tradução para o espanhol de Sebastián Soler. Buenos Aires: Librería El foro, 2002. p. 73.

<sup>16</sup> Em nota à tradução que fez da obra de Beling para o espanhol, Soler explica que, no sentido literal, a palavra “*Tatbestand*” deriva de *Tat* (= fato) e *bestehen* (=aquilo em que o fato consiste ou a essência legal do fato). Ainda de acordo com Soler, Beling usava a expressão delito-tipo (“*Gesetzliche Tatbestand*”) para opor-se à idéia de tipo de delito, que corresponderia simplesmente às espécies de delitos previstos na Parte Especial. Cf.

daí, portanto, o conceito analítico de delito passa a ser formado por três elementos distintos: a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade.

De qualquer maneira, ainda que não trabalhando mais com um conceito unitário de injusto, Beling continua seguindo a divisão rigorosa entre ilícito-objetivo, de um lado, e culpabilidade-subjetiva, de outro<sup>17</sup>. Exatamente para manter essa estrutura, aliás, é que o autor recusará toda e qualquer tentativa – já existente à época – de incluir no próprio conceito regulativo de delito-tipo elementos subjetivos diversos do dolo ou elementos normativos. Ainda que alguns “tipos de delito”, tal como previstos na Parte Especial, se refiram a estados anímicos do autor ou a especiais intenções suas, bem como a determinados aspectos normativos, isso não quer dizer que tais exigências legais interessem ao delito-tipo, senão a outros elementos do delito, como a culpabilidade e a ilicitude, respectivamente. O delito-tipo, como conceito dogmático, é sempre constituído de elementos puramente descritivos<sup>18</sup>.

No período do entreguerras, durante as décadas de vinte e trinta do século passado, o modelo científico puramente causal já não era mais o único paradigma para a busca do conhecimento. Uma corrente filosófica ligada à Escola sudocidental alemã resgatou a proposta metodológica dualista de Kant, propondo uma rígida separação entre as ciências da natureza e as ciências do espírito. Enquanto as primeiras se preocupariam apenas com a descrição dos fatos como eles se apresentam na natureza, objetivamente, as últimas se encarregariam de compreender estes mesmos fatos a partir de sua dimensão axiológica, ou

---

BELING, Ernest von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*. Tradução para o espanhol de Sebastián Soler. Buenos Aires: Librería El foro, 2002. p. 77. O próprio Beling, aliás, advertirá mais à frente em sua obra sobre a importância de não se confundir o modelo teórico regulativo do delito-tipo com cada tipo de delito previsto na legislação: “*El delito-tipo es precisa y solamente el esquema común para los elementos del delito, un cuadro solamente "regulativo" para los elementos de la figura. El trueque de las figuras delictivas con su delito-tipo estaría facilitado por el hecho de que estos últimos son también "figuras", que pueden concebirse como las figuras delictivas, reunidas en un catálogo. Pero el catálogo de los delitos-tipos es completamente distinto del de las figuras delictivas. Está, pues, bien representarse al primero como si fuera un "libro de estampas jurídico penales" en el cual todos los delitos ("matar un hombre", "substraer una cosa mueble ajena", etc.), están dibujadas esquemáticamente, y, por el contrario, considerar el catálogo de las figuras delictivas (asesinato, hurto, etc.), formado por el texto que acompaña aquellos cuadros. Con sólo contar el número de ambas series se ve la diferencia entre delito-tipos y figuras delictivas. Un único y mismo delito-tipo rige comprensivamente varias figuras de delito al mismo tiempo, las cuales, en consecuencia, se diferencian entre sí por elementos "extratípicos" (p. ej., el delito-tipo "matar un hombre" rige el asesinato, el homicidio, el homicidio culposo, etc.), de modo que el catálogo de las figuras delictivas contiene más números que el "libro de estampas" penales*” (Ob. cit., p. 83-84).

<sup>17</sup> “*Toda figura delictiva autónoma se compone de una pluralidad de elementos, los cuales se encuentran en la correspondiente ley penal previstos a veces expresis verbis, a veces sub intelligenda, para precisarse o completarse por interpretación. Encuéntrase esos elementos en parte en la faz externa (objetiva), en parte en la faz interna (subjetiva) de la acción. Los elementos externos caracterizan el "tipo de ilicitud" de cada caso y los internos las particularidades de la culpabilidad que deben concurrir para redondear el tipo de ilicitud como tipo de delito*” (BELING, Ernest von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*. Tradução para o espanhol de Sebastián Soler. Buenos Aires: Librería El foro, 2002. p. 76-77).

<sup>18</sup> BELING, Ernest von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*. Tradução para o espanhol de Sebastián Soler. Buenos Aires: Librería El foro, 2002. p. 84-86.

seja, porquanto impregnados de valores<sup>19</sup>. Influenciados por essa corrente filosófica, alguns dos mais destacados penalistas alemães da época foram povoando a teoria do delito com elementos valorativos, agregando ao conceito causalista da ação novas categorias, com funções e conteúdos próprios.

Uma das obras mais bem acabadas da dogmática jurídico-penal desta época pertence a Edmund Mezger, que manteve o conceito causal de ação elaborado na fase anterior, mas dotou de conteúdo valorativo as categorias até então formais da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade. Assim, “*a tipicidade deixa de ser uma categoria puramente formal, plasmadora do princípio da legalidade na pura descrição do fato delitivo externo, para constituir um indício de antijuridicidade ou mesmo a sua própria essência*”. Da mesma forma, “*a antijuridicidade, entendida anteriormente como simples infração da norma jurídica, enche-se de conteúdo com o conceito de bem jurídico, cuja lesão ou colocação em perigo constitui a sua essência*”<sup>20</sup>. Por fim, a culpabilidade, que até então não passava de um mero vínculo subjetivo entre o autor e a conduta praticada, passa a ser constituída também por elementos normativos ligados à idéia de reprovabilidade (Frank) e de inexigibilidade de conduta diversa (Freudenthal). Mesmo em pontos tão sensíveis ao modelo clássico, como a questão do nexo de causalidade entre a ação e o resultado, é possível identificar, na obra de Mezger, a influência que o pensamento neokantiano exerceu sobre a dogmática jurídico-penal. Sua teoria da relevância, como complemento normativo da teoria da equivalência, é apontada por vários autores como uma das precursoras da retomada normativista operada pela teoria da imputação objetiva<sup>21</sup>.

Se a abertura do sistema clássico do delito aos valores marcou a passagem do neokantismo pela dogmática jurídico-penal, situação muito diversa se deu em relação à interferência de aspectos subjetivos sobre o caráter puramente objetivo do injusto. Embora tenha sido Mezger o autor que “*mais aprofundou a elaboração teórica*” em torno dos elementos subjetivos do injusto – identificados originalmente por Fischer, em 1911, e Hegler, em 1915 –, ele não abria mão de ver o injusto como uma norma de valoração (objetiva) sem

---

<sup>19</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Tradução de José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 39.

<sup>20</sup> MUNÓZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo*. Tradução de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 19-20.

<sup>21</sup> Por todos, ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 305-306.

destinatário, a partir da qual derivaria a norma de determinação (subjéitiva), esta sim dirigida ao sujeito concreto e criadora do juízo de culpabilidade<sup>22</sup>.

Para explicar como seria possível aceitar a existência de aspectos internos (psíquicos) na conduta típica sem que fosse necessário abrir mão do caráter puramente objetivo do injusto penal, Mezger alertava para a importância de não incidir num equívoco que ele reputava comum em muitos autores:

“La norma objetiva de valoración del derecho puede referirse tanto a la conducta externa (‘objetiva’) como a la conducta interna y psíquica (‘subjéitiva’). Por consiguiente, las palabras ‘objetivo-subjéitivo’ tienen un significado distinto; sin embargo siempre se las ha confundido: nosotros las tendremos rigurosamente separadas: el derecho es una ordenación ‘objetiva’ de vida, en tanto que materializa, sin una relación con sujetos determinados (que se realiza convirtiéndose en la ‘norma de determinación’), una valoración de sucesos sociales que, sin embargo, no necesita estar limitada a sucesos externos ‘objetivos’. La conversión a lo ‘subjéitivo’ se realiza allí en la transición desde la valoración del suceso externo (objetivo) a la del suceso interno (subjéitivo). (...) También WELZEL destaca con acierto en este sentido, y lo recalca nuevamente en *Das neue Bild des Strafrechtssystems* (1951, p. 15), que la antijuridicidad es un juicio ‘general-objetivo’, pero no, necesariamente, un juicio sobre ‘sucesos objetivos del mundo externo’. Existe, por lo tanto, una total concordancia de pareceres”<sup>23</sup>.

Para Mezger, portanto, o caráter objetivo do injusto não se refere ao fato dele valorar apenas a faceta externa da conduta humana, o que nem sempre é verdadeiro, mas sim ao fato da norma nele contida não se dirigir (ainda) a nenhuma pessoa específica, funcionando apenas como uma “ordenação objetiva da vida”. É exatamente por isso que ele distinguirá entre “norma objetiva de valoración del derecho que materializa esa ordenación objetiva de vida”, de um lado, e “norma subjéitiva de determinación”, de outro, “que se deduce de aquella norma y que se dirige al individuo y le dice y le quiere decir lo que debe hacer y omitir para satisfacer dicha norma de valoración”<sup>24</sup>. Assim, enquanto a “antijuridicidad significa el juicio impersonal-objetivo del ordenamiento jurídico sobre el hecho”, a culpabilidade “tiene

<sup>22</sup> Nesse sentido: MUNÓZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo*. Tradução de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 17, nota 45. De fato, Mezger não negava a existência de elementos subjéitivos no injusto, chegando a reconhecer, conforme demonstrado por Rolf Schudt em sua tese de doutorado, que 90% dos tipos previstos na legislação alemã daquela época não estavam estruturados de forma meramente causal, mas que incluíam elementos que refletiam alguma atitude interna do agente. Entretanto, acreditava o autor que, a despeito da ampla significação que esses elementos subjéitivos têm para a caracterização dos tipos, “no se debe dar excesiva importancia al papel revolucionario que desempeñan”, visto que “la mayor parte de estos elementos subjéitivos del injusto demuestra, como Lange expresa acertadamente, una mera ‘antecipación de la protección jurídica (dicho más exactamente, de la punibilidad)’, que ‘no tiene razón de ser’ en el caso de la consumación del hecho” (MEZGER, Edmund. *Derecho Penal (Libro de Estudio)*. Parte General. Tradução para o espanhol de Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1957. p. 135-141).

<sup>23</sup> MEZGER, Edmund. *Derecho Penal (Libro de Estudio)*: parte general. Tradução para o espanhol de Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1957. p. 134.

<sup>24</sup> MEZGER, Edmund. *Derecho Penal (Libro de Estudio)*: parte general. Tradução para o espanhol de Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1957. p. 134.



*en cuenta la imputación personal-subjetiva del hecho a un autor determinado*”<sup>25</sup>. Mesmo assim, concluirá o autor, retomando a confusão terminológica acerca da qual ele próprio fez questão de advertir, “*nosotros sustentamos la opinión que el ‘derecho objetivo’ es, en primer término, de acuerdo con su esencia, también una ordenación de los ‘sucesos objetivos del mundo externo’, por cuanto la ordenación externa representa la tarea fundamental a cargo de todo derecho*”<sup>26</sup>.

De fato, será somente a partir da divulgação da teoria do injusto pessoal de Hans Welzel, baseada no modelo final de ação, que tanto a norma de valoração, quanto a de determinação, passarão a vir identificadas já no âmbito do próprio injusto penal.

Conforme pontua Mir Puig, também foi nesse ambiente cultural de superação do naturalismo e apelação ao sentido valorativo que Welzel cunhou as bases de seu finalismo. Não por acaso, seu estudo de habilitação trazia o sugestivo título: “Naturalismo e Filosofia dos Valores em Direito Penal”<sup>27</sup>. É o próprio Welzel, aliás, quem reconhece como marco teórico para a formulação de sua teoria finalista “*o neokantismo tardio de Bruno Bauch e Richard Höningwald*”, que, muito antes do surgimento da Metafísica do conhecimento de N. Hartmann, já haviam destacado, a partir do “*princípio supremo de todos os juízos sintéticos de Kant*”, que as “*categorias do conhecimento são também categorias do ser, isto é, que não são apenas categorias gnoseológicas, mas (de modo primário) categorias ontológicas*”<sup>28</sup>. É daí, adverte o autor, que se teria extraído a idéia de que o direito está conformado por “*estruturas lógicas-objetivas*” previamente existentes, como dados da própria realidade que o legislador e o juiz não podem ignorar, sendo a principal delas a estrutura final da ação.

A imposição do modelo final de ação para o direito penal decorre, para Welzel, da própria natureza das coisas, da própria característica humana de dirigir-se no mundo segundo determinados critérios de verdade, de finalidade e de valor<sup>29</sup>. Segundo ele, a ação humana, diferentemente da dos animais, é exercício de uma atividade final e não puramente causal: “*o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis conseqüências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme*

<sup>25</sup> MEZGER, Edmund. *Derecho Penal (Libro de Estudio)*: parte general. Tradução para o espanhol de Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1957. p. 81.

<sup>26</sup> MEZGER, Edmund. *Derecho Penal (Libro de Estudio)*: parte general. Tradução para o espanhol de Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1957. p. 134.

<sup>27</sup> MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, n. 05-05, p. 01-19, out. 2003. Disponível em: <<http://criminet.urg.es/recpc>>. Acesso em: 13 out. 2011.

<sup>28</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*: introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001. p. 13.

<sup>29</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*: introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001. p. 95.

*um plano, à consecução desses fins*”<sup>30</sup>. É só por conta do domínio que o homem é capaz de exercer sobre os processos causais, aliás, que se torna possível estabelecer regras com vistas a direcionar sua atuação e, por conseguinte, evitar a transformação desvalorada de determinadas realidades sociais. Ao Direito, por exemplo, não seria possível ordenar às mulheres que acelerem a gestação e que dêem à luz bebês de seis meses perfeitamente saudáveis, nem proibi-las de sofrerem abortos. O máximo que pode fazer é exigir-lhes que se comportem de modo a não provocar abortos<sup>31</sup>. Qualquer proposta de regulação jurídica que ignore essa realidade estaria indo contra a natureza das coisas, sendo absolutamente irracional.

Por outro lado, só é possível identificar a relevância social de uma ação, de modo a determinar se ela deve, ou não, ser proibida, a partir do sentido que lhe é conferido pela vontade final do agente. O exemplo da tentativa ilustraria bem essa questão: *“de um ponto de vista puramente ‘objetivo’, ou seja, sem atender à resolução da vontade do autor, não é possível saber que tipo é realizado”*. Assim, *“se alguém dá um disparo, que passa próximo a outrem”*, mesmo os autores causalistas reconhecerão que *“esse processo causal externo pode ser uma tentativa de homicídio, uma tentativa de lesões ou um disparo em local proibido, de acordo com o dolo do autor”*. No caso dos crimes tentados, portanto, há consenso de que o dolo, ainda que encarado na forma de um elemento subjetivo do injusto, é *“elemento do tipo, sem o qual não pode ser constatada a tipicidade do acontecer externo”*<sup>32</sup>. Ora, indagará Welzel, se isso é verdade para o crime tentado – que o dolo pertence ao tipo –, como remetê-lo à culpabilidade pelo único e exclusivo motivo do resultado, por simples obra do acaso, haver sido efetivamente alcançado numa hipótese de consumação?

A conclusão a que chega o autor é no sentido de que, tanto o resultado, quanto a vontade (o dolo), devem compor a norma incriminadora. Se, por um lado, não há como determinar o sentido social de uma ação sem a análise da *“direção de vontade que o autor imprimiu à ação”*, por outro, também não é *“possível determinar se, e até que ponto, a ação realiza ou não sua obra”* sem que se analise os efeitos por ela produzidos: *“a direção final do acontecer; se uma conseqüência desejada não se produz, a ação resta apenas tentada, em*

---

<sup>30</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*: introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001. p. 27.

<sup>31</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*: introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001. p. 14.

<sup>32</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*: introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001. p. 68.

*relação a ela; se se produz, acrescenta-se ao valor ou ao desvalor da ação um valor ou desvalor ulterior, do resultado”*<sup>33</sup>.

Assim, ao contrário do que sustentava Mezger, Welzel passará a considerar a norma configuradora do injusto penal desde já como imperativa, como norma de determinação, que se dirige à vontade humana e diz ao indivíduo o que deve fazer ou deixar de fazer. Nem por isso, no entanto, retoma o autor a velha teoria subjetiva da antijuridicidade, pois o juízo normativo sobre o potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa continua radicado na culpabilidade, de modo que a norma de determinação se dirige a todos, imputáveis e imputáveis. Junto a essa norma de determinação, o injusto contém uma norma de valorização, vez que a realização antijurídica do tipo é desaprovada pelo direito como algo que não deve ser. A essa concepção, que incluiu o “desvalor da ação” (como expressão da norma de determinação) no injusto penal, deu-se o nome de teoria do “injusto pessoal”, que era assim definida por Welzel:

“Lo injusto no se agota en la causación del resultado (lesión del bien jurídico), desligada en su contenido de la persona del autor, sino que la acción es antijurídica sólo como obra de un autor determinado: el fin que el autor asignó al hecho, la actitud en que lo cometió, los deberes que lo obligaban a este respecto, todo esto determina de un modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico. La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto ‘personal’”<sup>34</sup>.

A dupla conceitual “desvalor de ação”/ “desvalor de resultado”, portanto, foi cunhada por Welzel<sup>35</sup> exatamente para explicitar que o conteúdo causal, próprio das teorias clássicas do delito, não podia caracterizar, por si só, o injusto penal, sendo necessária a concorrência de uma atividade voluntária que estabelecesse uma relação subjetiva (finalística) entre a pessoa do autor e o resultado causado<sup>36</sup>. Welzel não estava preocupado em expulsar do interior do

<sup>33</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001. p. 43.

<sup>34</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán: parte general*. 11. ed. Tradução para o espanhol de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 91-92.

<sup>35</sup> Nesse sentido: HIRSCH, Hans Joachim. Los conceptos de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado o sobre el estado de cosas”. In: \_\_\_\_\_. *Derecho Penal: obras completas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003. t. III. p. 234.

<sup>36</sup> Isto não quer dizer, contudo, que o delito fosse, para os causalistas clássicos e neoclássicos, expressão de um mero desvalor objetivo. A violação da norma de determinação e, portanto, o desvalor da ação também era uma exigência para a responsabilização penal para aquela corrente, apenas não estava situada no campo do injusto, ficando relegada à análise da culpabilidade. Nesse sentido, esclarecedora é a seguinte passagem da obra de Mezger: “(...) todo hecho punible contiene necesariamente relaciones objetivas y subjetivas. Toda la “teoría del delito” está compenetrada de este contraste y de esta unión. Esta dualidad da lugar a muchas discusiones dogmáticas y de orden político-criminal en lo que respecta a la distribución de esos elementos. WELZEL (1954, p. 1 y sigts.), distingue en toda acción, como posibles aspectos valorativos diferentes, el “valor del hecho material (valor del resultado)” externo y el “valor del acto” interno. También él subraya que en todos los casos “ambas formas valorativas son importantes para el derecho penal”. Se discute mucho acerca de si el derecho

conceito de injusto qualquer referência ao resultado, como consequência lesiva ou perigosa da conduta incriminada, mas apenas ajustar o conceito analítico de delito àquilo que ele considerava ser a natureza das coisas: toda e qualquer conduta humana é dirigida à realização de determinada finalidade, de modo que nenhuma norma que vise motivar o agir humano pode relegar para outros planos a exigência desse conteúdo subjetivo. No final das contas, tudo o que pretendia Welzel era deixar claro que a decisão (vontade consciente) de praticar a conduta proibida era a essência do injusto penal, ainda que a ela se agregassem outros fatores periféricos:

“La doctrina de la antijuridicidad como lesión causal de un bien jurídico, que rechazamos, tiene de todos modos el mérito de haber destacado la importancia del elemento del resultado (del bien jurídico). En la mayor parte de los delitos es esencial, sin duda, una lesión o peligro de un bien jurídico, pero solo como momento parcial de la acción personalmente antijurídica, y nunca en el sentido de que la lesión del bien jurídico caracterice suficientemente lo injusto del hecho. La lesión del bien jurídico (el desvalor de resultado) tiene relevancia en el Derecho Penal solo dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del desvalor de acción). El desvalor personal de la acción es el desvalor general de todos los delitos en el Derecho Penal. El desvalor de resultado (el bien jurídico lesionado o puesto en peligro) es un elemento carente de independencia en numerosos delitos (los delitos de resultado y de peligro). El desvalor de resultado puede faltar en el caso concreto sin que desaparezca el desvalor de acción, por ejemplo, en la tentativa inidónea”<sup>37</sup>.

Na verdade, coube aos discípulos e seguidores de Welzel aprofundar os estudos sobre os efeitos da adoção da teoria do injusto pessoal de modo a precisar qual importância caberia – se é que sobraria alguma – ao desvalor do resultado após a superação do modelo clássico de

---

*penal debe ser “derecho penal de resultado” o “derecho penal de voluntad”; si existe una “antijuridicidad objetiva” o solamente un “injusto personal”; si la inexigibilidad “subjetiva” excluye la culpabilidad; si es correcta la teoría “objetiva” o la teoría “subjetiva” de la tentativa y de la participación; si finalmente varios acontecimientos se deben considerar unitariamente, de acuerdo con criterios “objetivos” o “subjetivos”. Todas estas cuestiones que se basan, con más o menos claridad, en el contraste mencionado, han sido objeto de discusiones. El código penal de 1871 estaba orientado originariamente, en forma inequívoca, en un sentido más “objetivo”, pero en el ínterin ha seguido una trayectoria cada vez más “subjetiva”. A veces, este desarrollo ha traído como consecuencia un exceso perjudicial del subjetivismo y el abuso político del mismo. Pero sería un error imputar directamente tal abuso a la circunstancia de situar el hecho punible en el alma del hombre. En efecto, esta orientación hacia la psicologización es mucho más antigua y, respecto del derecho penal moderno es, en general, característica. Ella se ha implantado firmemente antes de fines del siglo pasado en todas partes. Pero es comprensible que, en vista de los peligros que se han puesto de manifiesto, exista la tendencia de volver a acentuar también los fundamentos “objetivos”. Con eso, no se deben descuidar o eliminar totalmente el aspecto “subjetivo” del hecho punible, la voluntad junto con el resultado, los elementos subjetivos del injusto sobre una base objetiva del derecho y de la antijuridicidad, la realización consecuente de una teoría de la culpabilidad basada en la voluntad subjetiva, el punto de arranque subjetivo en la teoría de la tentativa y de la participación, etc. Ambos aspectos del hecho punible son indispensables. “Una cosa es inatacable: todo hecho punible presenta un aspecto concreto (objetivo) y personal (subjetivo)” (MEZGER, Edmund. *Derecho Penal (Libro de Estudio)*: parte general. Tradução para o espanhol de Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1957. p. 78-79).*

<sup>37</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*: parte general. 11. ed. Tradução para o espanhol de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 92.

delito. De acordo com o relato feito por Hirsch<sup>38</sup>, um de seus muitos discípulos na Escola de Bonn, a concepção de Welzel deu origem a duas correntes: uma monista e outra dualista, conforme se agregue, ou não, ao conteúdo subjetivo do injusto (assim entendido como norma de determinação) algum componente objetivo (consistente na lesão ou colocação em perigo do bem jurídico). Vejamos, a seguir, cada uma dessas correntes, inclusive com seus desdobramentos internos, de modo a aprofundar o debate teórico em torno do conteúdo do injusto.

## 1.2. Monismo-subjetivo

A corrente mais radical derivada da teoria do injusto pessoal de Welzel foi fundada por Armin Kaufmann, um de seus mais destacados discípulos na Escola de Bonn. A partir de reflexões em cima da “Teoria das normas” de Binding, Kaufmann foi o primeiro dos finalistas a sustentar abertamente a irrelevância do desvalor do resultado para a caracterização do injusto.

Na opinião pessoal deste autor, toda e qualquer norma pressupõe um juízo de valor, sendo certo que a relação entre este e aquela se dá em uma seqüência escalonada. Primeiro, haveria uma valoração positiva de determinado bem (a vida vale, logo, deve ser), à qual se seguiria, num segundo momento, uma valoração negativa de tudo aquilo que possa lesionar ou colocar em perigo esse bem (é desvalorada a conduta que atente contra a vida). Nesses primeiro e segundo momentos, que poderiam se dar de forma concomitante em alguns casos, o juízo de valor recairia sobre uma simples situação fática (objetiva), de modo que até mesmo fenômenos da natureza, como a morte causada por um raio, poderiam ser desvalorados (logo, devem não ser). De tal conjunto de acontecimentos valorados e desvalorados se poderia destacar, então, como juridicamente relevantes, aqueles que são obra do agir humano, ou seja, aquelas ações que tenham por finalidade a produção de situações valoradas positiva ou negativamente. Já aqui, num terceiro e último estágio, o que se valora “*no es la causalidad en tanto ‘acontecimiento’ o ‘suceso’, sino la ‘composición teleológica de la intencionalidad’ del hombre*”. Desta maneira, “*el acontecimiento se transforma en ‘obra de la voluntad’, la*

---

<sup>38</sup> HIRSCH, Hans Joachim. Los conceptos de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado o sobre el estado de cosas”. In: \_\_\_\_\_. *Derecho Penal: obras completas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003. t. III. p. 237.

*finalidad hace que el ‘acontecimiento’ sea imputable a una persona y la valoración incluye como objeto al hombre: ‘ilícito personal’.*”<sup>39</sup>

Com isto, e apesar de reconhecer que nenhuma lei extrai suas regras de si mesma, senão em razão da situação fática objetiva que valora (em outras palavras, do bem jurídico), Kaufmann acredita que a valoração da ação humana subjetiva não se vincula àquela valoração originária: “*lo decisivo aquí es únicamente el valor (o disvalor) del acto*”<sup>40</sup>. Da valoração originária se passa à ordem, e isso é o único que interessa à norma jurídica. Afinal, se somente ações humanas podem ser objeto de orientação da norma, os juízos de valoração originários passam a ser irrelevantes para a caracterização desta, que é assim composta exclusivamente pelo terceiro nível de valoração: “*os juízos de valor acerca de ações*”.

Vale notar que, para fins de possibilitar o juízo de (des)valor acerca da ação, não é necessário que o autor da conduta tenha capacidade de motivar-se de acordo com a norma, mas basta que ele seja capaz de realizar a ação (des)valorada, ainda que seja inimputável. Desta forma, Kaufmann mantém a distinção entre ilícito e culpabilidade, embora não tenha que se submeter ao objetivismo causalista, que separava analiticamente a norma de valoração da norma de determinação.

Diante de uma tal conclusão, e para ser coerente, Kaufmann proporá a revisão de vários pontos que lhe parecem incoerentes na teoria do delito, defendendo: i) o tratamento do resultado, nos delitos culposos, como mera condição objetiva de punibilidade, visto que a norma já estaria inteiramente violada pela simples inobservância do dever objetivo de cuidado; ii) a equiparação das penas entre o delito consumado e a tentativa acabada, visto que, com esta, já estaria inteiramente violada a norma de determinação; iii) a diminuição da escala penal somente nas hipóteses de tentativa inacabada, haja vista o não aperfeiçoamento da ação que descumpra a ordem legal.

Apesar dessas proposições ousadas, Marcelo Sancinetti criticará Kaufmann por não ter levado as coisas até o final, visto que continuou, por exemplo, reservando ao resultado, no caso dos delitos dolosos, alguma relevância jurídica, na medida em que somente a ocorrência deste importaria na realização do dolo de consumação<sup>41</sup>. Na opinião daquele autor argentino, teria sido um dos discípulos de Kaufmann, Diethart Zielinski, quem efetivamente deu os passos que faltavam – ou, pelo menos, deu alguns passos mais – para a construção de um

<sup>39</sup> KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Tradução para o espanhol de Henrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1977. p. 93.

<sup>40</sup> KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Tradução para o espanhol de Henrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1977. p. 94.

<sup>41</sup> SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991. p. 36.

modelo de injusto puramente subjetivo, ou seja, que não trouxesse em si qualquer resquício de objetivismo.

Para tanto, Zielinski teria se apartado do caminho inicialmente trilhado por Welzel, que fazia derivar do conceito ontológico de ação final a sua concepção de injusto pessoal. É basicamente do caráter motivador da ação contido na norma que Zielinski desenvolverá sua tese. Ele refunda, em um só escalão, os dois primeiros níveis valorativos de Kaufmann, no que denomina “juízo de valor primário”, enquanto que o terceiro nível, que se refere à ação ou à norma propriamente dita, formaria o “juízo de valor secundário”<sup>42</sup>. Esses níveis se relacionam na medida em que um fundamenta o outro, ou seja, não há desvalor da ação sem uma prévia valoração da situação fática objetiva que se deseja manter ou alterar. No entanto, em termos normativos, este desvalor do resultado já não compõe a norma, que se dirige exclusivamente à motivação do agir humano. Assim, Zielinski opera verdadeira fusão entre desvalor da ação e desvalor do resultado:

“La acción, así entendida, es el objeto de la norma, el contenido de la prohibición jurídico-penal, porque ella, medida ante los valores del derecho (bienes jurídicos), tiende a una meta de acción valorada negativamente (lesión al objeto de bien jurídico; esto es, el objeto de un juicio de valor primario) y se convierte, por medio de esto mismo, en el objeto de un juicio de valor (secundario) negativo. Quien transgrede la norma, quien realiza la acción final prohibida, o bien, omite la acción final mandada, realiza el objeto del juicio de valor (secundario), realiza aquello que la norma tiene por finalidad y misión evitar; realiza el ilícito, en el sentido del derecho penal”.<sup>43</sup>

Uma vez que a norma de determinação é a única faceta da norma incriminadora, Zielinski abandona as antigas denominações mezgerianas de “norma de valoração” e “norma de determinação”, substituindo-as simplesmente por “juízo de valor primário”, que diz respeito à situação fática objetiva e que apenas dá origem à norma, mas não a constitui, e “juízo de valor secundário”, que diz respeito à ação ordenada ou proibida, único fundamento do injusto.

<sup>42</sup> Diversamente de Kaufmann, Zielinski não vê sentido em chamar de ilícito a mera ocorrência de uma situação fática avaliada negativamente pelo “juízo de valor primário”, uma mera afetação do bem jurídico sem uma ação simultânea contrária ao “juízo de valor secundário”, pois isso, para o direito penal, careceria de sentido: “Pues este ‘ilícito’ no está en relación con una norma (de determinación), es decir, no resulta del incumplimiento de una orden jurídica a una conducta determinada. Si el derecho penal tiene, empero, una función de regulación, es decir, el fin de evitar lesiones al objeto de bien jurídico por medio del actuar humano, entonces, ya no entra en consideración, como motivo para una reacción jurídico-penal, una lesión al objeto de bien jurídico como una orden de regulación, a una norma. Ilícito, como aquello que, según una norma, debe no ser, está prohibido, sólo puede ser una acción (final) dirigida a la lesión del objeto de bien jurídico. (...) El ilícito jurídico-penal es la realización del objeto de un juicio de valor secundario; es decir, sólo acciones finales son ilícito. El dolo es constitutivo del ilícito” (ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Tradução para o espanhol de Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hamurabi, 1990. p. 141).

<sup>43</sup> ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Tradução para o espanhol de Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hamurabi, 1990. p. 141.

Em conformidade com tal entendimento, Zielinski equiparará o injusto ao modelo de uma tentativa acabada, já que a norma da consumação não fundamenta nenhum dever, só agregando ao tipo um elemento fático como pressuposto de punibilidade. Em termos de determinação da conduta, a norma do delito consumado é idêntica à norma do delito tentado. Ainda assim, dirá Sancinetti, Zielinski teria vacilado ao conferir ao resultado alguma relevância jurídico-penal; não na constituição da norma incriminadora, mas na avaliação posterior acerca da necessidade de pena.

De fato, apesar de não duvidar de que o ilícito é composto exclusivamente pelo desvalor da ação, Zielinski compreende, e até mesmo vê como legítima, a consideração do desvalor do resultado como critério político-criminal de aferição da necessidade de pena (punibilidade), desde que seja respeitado o juízo prévio de merecimento de pena estabelecido pelo princípio da culpabilidade<sup>44</sup>, este sim rigorosamente vinculado ao injusto e, portanto, à intensidade da vontade contrária à norma de determinação. Em suas palavras:

“La determinación del merecimiento de pena de una conducta se basa únicamente en una valoración jurídica, para la cual son decisivos el modo y la magnitud del ilícito; la cuestión de la necesidad de pena es influida, en cambio, también por factores de la necesidad y da la oportunidad del pronunciamiento de una pena fundamentada objetivamente. Si el Estado no hace uso en absoluto de su existente derecho a la pena, o lo hace sólo en parte, depende ante todo de qué efectos deriven de la acción sobre la comunidad jurídica. Por cierto, es esencial a cada acción contraria al derecho que ella llegue a ser realmente existente; la mera decisión contraria al valor que permanece en el fuero interno es, para el derecho, irrelevante y no abarcable, en tanto no se manifieste en el ámbito social. Pero el ilícito cometido puede haberse manifestado con variada intensidad, e, con ello, haber conmovido la paz jurídica con diferente vigor. El efecto de repercusión del hecho – del que se origina la indignación de la comunidad jurídica, como también su efecto retroactivo sobre la conciencia del autor, se ‘sentirse culpable’ ante la víctima y la generalidad – crece con el resultado del hecho; cuanto mayor es el daño causado, cuanto menos reparable es, tanto más fuerte será el llamado a la retribución compensatoria, a la expiación, al restablecimiento de la paz jurídica. (...) El resultado, como motivo, de la reacción penal, está legitimado por su función de intermediación entre la comunidad jurídica y la acción ilícita”<sup>45</sup>.

Além dessa função de intermediação entre os anseios punitivos da comunidade jurídica e o injusto, o resultado ainda desempenharia, na prática, uma função indiciária muito importante no marco dos delitos culposos, na medida em que, sem a ocorrência deste, seria

<sup>44</sup> “Fundamento y justificación material de la pena es, y sigue siendo, la culpabilidad (y el ilícito) del autor: no hay pena sin culpabilidad – por grave que sea el resultado –; la pena no puede superar nunca – tampoco en el caso de un resultado grave – la medida de la culpabilidad. Con ello, las posibilidades de una influencia del resultado sobre la pena concreta están, en principio, limitadas: por el principio de culpabilidad, está establecido inequívocamente si, en definitiva, puede haber pena en el caso concreto, y cuánta pena puede haber, como máximo. Esto, y sólo esto, se deriva del principio de culpabilidad. Si, en el caso concreto, debe ser impuesta pena, y cuánto, en el marco de la medida de la pena admitida como máximo por la culpabilidad del autor, depende de la existencia de una necesidad de pena, medida según los diferentes fines de la pena” (ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Tradução para o espanhol de Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hamurabi, 1990. p. 248-249).

<sup>45</sup> ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Tradução para o espanhol de Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hamurabi, 1990. p. 240-243.



muito difícil determinar a existência de violação do dever contido na norma ou mesmo precisar qual das muitas violações contidas na ação imprudente exigiria a intervenção do Estado por meio da imposição de pena. Porém, na visão de Zielinski, embora não haja como impedir que o legislador instrumentalize o resultado nesse sentido, como critério de política criminal, o uso indiscriminado desse artifício acabaria por reforçar a compreensão equivocada de que são as conseqüências fáticas da ação, e não o menosprezo das normas jurídicas, o que efetivamente importa para fins de responsabilização penal<sup>46</sup>.

É exatamente com o objetivo de sublimar da teoria do delito qualquer resquício de responsabilização pelo resultado que Sancinetti retomará esse caminho subjetivista, convencido de que nenhuma pena que se apóie também nas conseqüências causais de uma ação contrária ao ordenamento jurídico pode estar de acordo com o princípio da culpabilidade. Afinal, se somente uma decisão voluntária é passível de reprovação e se o ilícito é pressuposto da culpabilidade, então não pode haver nada no ilícito que não possa ser inteiramente atribuído ao autor. Nesse sentido, a circunstância do resultado objetivo pretendido pelo autor haver, ou não, se realizado não muda em nada o grau de determinação da vontade de afetar o bem jurídico.

Todo o modelo de Sancinetti se baseia no caráter dissuasório da norma incriminadora, o que corresponde à adoção de uma teoria preventiva da pena privativa de liberdade. Basicamente, o que busca o direito penal é influir no comportamento dos destinatários da norma no momento anterior à ocorrência do resultado, ou seja, quando ainda é possível influir em suas condutas, dissuadindo-os de praticar ações que possam vir a atingir determinados bens considerados valiosos, segundo um juízo de valor primário. Se isso é assim, pouco importa para a caracterização da norma penal incriminadora o fato de algum resultado danoso ou perigoso ter efetivamente ocorrido ou não, bastando que a conduta do agente tenda à afetação do bem jurídico. Exatamente por isso, dirá Sancinetti, a punibilidade da tentativa não pode estar fundada no perigo efetivamente gerado pela conduta em relação ao bem jurídico, mas sim na realização, completa ou parcial, da conduta que foi proibida pelo legislador com a finalidade de proteger bens previamente valorados. Afinal, depois de praticada a ação proibida já não há mais nada o que dissuadir, sendo o resultado mero produto do acaso<sup>47</sup>.

Para ser coerente com esse caráter puramente imperativo da norma incriminadora, Sancinetti fundirá num só conceito, tanto o conteúdo de valoração, quanto o conteúdo de

---

<sup>46</sup> ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Tradução para o espanhol de Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990. p. 250.

<sup>47</sup> SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991. p. 82-83.

determinação contidos no preceito legal, alertando, no entanto, para o fato de que ambos estão referidos à conduta. Aquele “juízo de valor primário”, com o qual trabalhava Zielinski, relacionado ao estado de coisas prévio à ação, assim como qualquer análise acerca da lesividade (efetiva ou potencial) desta, interessará a Sancinetti apenas como fundamento da “*norma de valoración e determinación referida à conduta*”, ou seja, o desvalor do resultado tem relevo somente na medida em que a vontade do autor, para ser tipicamente relevante, deve se dirigir à afetação do bem jurídico. Contudo, o bem jurídico (ou sua afetação) não compõe o conceito de injusto penal, já que “*sólo aquello que integra el contenido del imperativo, aquello a lo que se quiere motivar, es también aquello mismo que se puede valorar (en el ilícito)*”. Desta forma, apesar de reconhecer a relevância do bem jurídico no processo de formação da norma e de, inclusive, aceitar a influência que o desvalor do resultado exerce sobre o desvalor da conduta, Sancinetti é categórico ao afirmar que essa presença não é um dado objetivo, a exigir efetiva capacidade lesiva ou perigosa da ação proibida, ainda que aferida *ex ante*, bastando que ela seja suposta pelo agente, ou seja, que esteja presente desde o ponto de vista de quem se quer dissuadir<sup>48</sup>.

Vale notar, contudo, que, ao contrário de seus antecessores, Sancinetti não acredita que a opção por um modelo de injusto baseado exclusivamente no desvalor de ação decorra do conceito ontológico finalista de ação ou mesmo de uma determinada concepção do que seria a norma incriminadora. Bem ao contrário, sustenta o autor que a decisão sobre qual modelo de injusto adotar deve ser prévia à construção do próprio conceito de norma<sup>49</sup>.

Após rejeitar o direito positivo e as teorias da pena como critérios legítimos para conduzir essa opção por um modelo puramente subjetivista ou por um modelo misto de injusto, Sancinetti termina por identificar no método próprio das ciências empíricas – o de “tentativa e erro” – a resposta para sua questão. Nesse sentido, o conceito de norma não deve

---

<sup>48</sup> SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991. p. 82. Stratenwerth resume bem este ponto de vista, embora termine se filiando, por outros motivos, à corrente dualista do injusto: “*La norma que sirve como directriz, como pauta de la conducta humana, no puede vincularse con lo objetivo, sino sólo con las circunstancias que le son conocidas al autor. Entonces, ciertamente, tiene que aplicarse también, a la inversa, en aquellos casos en los cuales el autor toma para sí una cosa sólo supuestamente ajena. Si la cosa es realmente ajena o no, se determinará posteriormente; pero acerca del ser de la prohibición, hay que decidir en el instante de la acción. Brevemente: para las prohibiciones o los mandatos formulados como norma de conducta no interesa cómo esté configurada realmente la situación concreta, sino cómo se presenta ante los ojos del autor*” (STRATENWERTH, Günter. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el derecho penal*. Tradução de Marcelo A. Sancinetti e Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. p. 40-41). Essa incongruência no pensamento de Stratenwerth, por outro lado, é percebida e criticada por Sancinetti, para quem, “*con un párrafo tan terminante como éste, Stratenwerth tendría que haber llegado a la conclusión de que el desvalor de la situación de hecho objetiva tiene que ser totalmente irrelevante. Sin embargo, ese artículo constituye su profesión de fe a favor del desvalor conjunto de la acción y su resultado, posición que habría de reiterar mucho después (...)*” (Ob. cit., p. 468, nota 255).

<sup>49</sup> SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991. p. 46.

implicar o de injusto, nem vice-versa; mas “*ambos devem implicar-se entre si*”. Conforme resume o próprio autor argentino:

“Brevemente: el concepto de norma no puede ser descubierto, sino, en todo caso, propuesto. La decisión misma de si el concepto de ilícito se hallará fundado sólo en un concepto de norma que motiva o de norma que valora (y en este caso, si ella valoraría sólo la acción o el resultado), o, mejor aun, si, con prescindencia de eso, el ilícito estará constituido por el disvalor de resultado, o de voluntad, debe depender de razones, de razones plausibles, que son las que deben ser encontradas aquí. Si el concepto de ilícito escogido responde bien a las necesidades de legitimación, y al sentimiento jurídico, si se llega a consecuencias justas, sin contradicciones, si puede resistir más exitosamente la correspondencia con los postulados de las muy diversas teorías de la pena (de la justificación del castigo), aunque no pueda estar determinado por una de éstas, entonces, ése será el concepto de ilícito correcto, mejor que otros conceptos de ilícito posibles. Es en este sentido en el que cobran virtualidad las decisiones valorativas; las consecuencias a las que se llegue podrán justificar o descartar el concepto previamente escogido, de una manera análoga a como en las ciencias empíricas se procede por el método de prueba y error. Dese, pues, un primer paso: la proposición del concepto de norma e ilícito penal, y efectúese luego todos aquellos controles que permitan una corroboración de la teoría, mejor dicho: una supervivencia de la hipótesis teórica a todos los embates posibles de ‘falsación’”.<sup>50</sup>

Dito isto, Sancinetti tomará o modelo monista-subjetivo de injusto como hipótese e o submeterá a um processo de falseamento perante seus próprios críticos, em “experimentos” envolvendo as várias categorias que compõem a teoria do delito<sup>51</sup>. Dentre as conseqüências jurídicas encontradas por ele ao final desse processo destacam-se: (i) a igual punição da tentativa acabada e do crime consumado, porque, com a completa realização do plano de ação, já estaria inteiramente violada a norma jurídica<sup>52</sup>; (ii) a igual punição da tentativa idônea e da inidônea (crime impossível), visto que a extensão do mandado de ação ou omissão contido na norma, sendo dirigido àquele que se quer dissuadir, só pode ser determinado pelo próprio autor do delito, e não por um inexistente “observador objetivo”, que, além do mais,

<sup>50</sup> SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991. p. 58.

<sup>51</sup> A esse processo de falseamento, Sancinetti denominará “investigação horizontal”, em contraposição à “investigação vertical” que se limitaria à reconstrução crítica da fundamentação teórico-normativa do injusto. Há aqui, contudo, uma contradição lógica no pensamento de Sancinetti. Em toda sua obra, o autor critica a confusão supostamente promovida pelo pensamento primitivo no sentido de tratar “*por igual las leyes sociales (normativas) y las leyes naturales (empíricas)*” (p. 71), extraindo do mito do resultado empiricamente verificado a demonstração de que o agente teria violado a norma proibitiva, ou seja, da mera ocorrência objetiva do resultado presumir-se-ia que o agente agiu dolosamente no sentido de provocá-lo. Ocorre que a proposta metodológica de Sancinetti parte dessa mesma convicção. Acredita ele que, se acaso o resultado de seus testes de falseamento apontarem para a melhor desenvoltura do modelo subjetivista do injusto, então estaria demonstrado que este é o modelo normativamente correto, justo. Ora, optando por esse caminho metodológico, o autor não faz outra coisa senão confiar no resultado como critério de correção normativa de seu modelo teórico. Afinal, das duas uma: ou ele não controla o resultado da pesquisa e ela corresponderá, ao menos em tese, ao modelo científico por ele perseguido; ou ele controla a pesquisa para que seus resultados não possam ser tidos como obra do acaso, mas sim como decorrência lógica dos pressupostos teóricos de que parte, e aí a pesquisa não será mais desinteressada, logo pretensamente científica.

<sup>52</sup> SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991. p. 443-444. Para o autor, ao contrário de Zielinski, a consumação não teria efeitos sequer sobre a medida da pena, limitando-se a servir como marco impeditivo para a ocorrência da desistência voluntária, que só seria aceita até o instante em que o autor toma conhecimento de que o delito se consumou.

sempre estaria sujeito a avaliações póstumas objetivas equivocadas<sup>53</sup>; (iii) a punição da tentativa supersticiosa, salvo quando a crença do autor na eficácia do meio mágico for tão grosseira que permita afirmar que ele teria incorrido em verdadeiro erro de subsunção invertido, assim entendido quando o agente usa, na execução do delito, de meios cuja eficiência para produzir o resultado nenhuma pessoa – por maior que seja seu nível de conhecimento científico – seria capaz de demonstrar<sup>54</sup>; (iv) igual punição dos delitos de perigo e dos delitos de lesão praticados com dolo eventual, uma vez que não é possível (ou é muito difícil) identificar qualquer diferença essencial entre o dolo de perigo e o dolo eventual de lesão<sup>55</sup>, malgrado seja, a princípio, defensável uma menor punição do delito praticado com dolo eventual em relação àquele praticado com dolo direto<sup>56</sup>.

Nada obstante essas conclusões radicais, Sancinetti também não leva a concepção monista-subjetiva do injusto às últimas conseqüências, eis que reserva um espaço para o desvalor do resultado como condição objetiva de punibilidade nos crimes culposos. Ainda nestes casos, o autor não nega que a ocorrência do resultado seja pura obra do acaso – na verdade, no caso dos delitos culposos isso é ainda mais evidente do que nos crimes dolosos –, o que recomendaria, para ser rigoroso, que nenhuma pena fosse imposta em função de sua incontrollável ocorrência. Nada obstante, dirá Sancinetti, se fosse imposta pena para qualquer conduta que viesse a ultrapassar o risco permitido referido aos bens jurídicos que também são protegidos pelos tipos de delitos culposos, então a vida em sociedade se tornaria intolerável. Afinal, *“el costo social de la persecución indiscriminada de todos los peligros inadecuados, excedería ampliamente el beneficio de anular el componente casual – es decir, sustancialmente injusto – de la punibilidad dependiente del azar”*<sup>57</sup>. Por isso, o resultado deve operar nos tipos de crimes culposos como *“válvula compensatória da indeterminação da proibição”*, tal como ocorreria, aliás, nas hipóteses legais de crimes de perigo concreto, onde a exigência formulada pelo legislador da efetiva entrada na zona de risco de um bem jurídico funcionaria como condição objetiva de punibilidade de condutas cuja ilicitude e culpabilidade já estariam completas com a simples externalização da vontade capaz (desde um ponto de vista do próprio agente) de colocar, ainda que remotamente, o bem jurídico em

---

<sup>53</sup> SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991. p. 475.

<sup>54</sup> SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991. p. 508-509.

<sup>55</sup> SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991. p. 253.

<sup>56</sup> SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991. p. 208.

<sup>57</sup> SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991. p. 293.

perigo<sup>58</sup>. Nada obstante, em termos puramente nomológicos, afastada qualquer consideração político-criminal, os tipos dos delitos culposos tentados e dos delitos de perigo abstrato seriam, para o autor, os protótipos de norma incriminadora livre de quaisquer resquícios objetivistas.

### 1.3. Dualismos

#### 1.3.1. Dualismo moderado

Não foi a vertente mais radical da teoria do injusto pessoal, tal como acima descrita, a que mais adeptos conquistou na Alemanha e fora dela nos anos que se seguiram à publicação da obra de Welzel, mas sim uma outra, que admite – embora não exija – a concorrência do desvalor de resultado junto ao desvalor de ação como fundamentos da norma incriminadora<sup>59</sup>.

Segundo Günter Stratenwerth, outro dos discípulos de Welzel na Escola de Bonn, a relevância do desvalor do resultado, ao lado do desvalor da ação, para a caracterização do injusto dependerá, sempre e exclusivamente, do que exigir cada tipo legal. Quando o tipo exigir a presença do resultado, como ocorre com a maioria dos delitos culposos, o desvalor do resultado será tão imprescindível quanto é o desvalor da ação. Em outros casos, como ocorre com a maior parte dos tipos dolosos, o resultado será considerado um elemento imprescindível apenas para o aperfeiçoamento da figura consumada, enquanto que a tentativa se satisfará com o simples desvalor da ação. Há casos, ainda, em que nenhum resultado é exigido pelo tipo (crimes de mera conduta), de modo que, novamente, o desvalor da ação faz-se suficiente para a caracterização do injusto. O mesmo raciocínio – porém de forma invertida

---

<sup>58</sup> Na verdade, sendo o perigo uma modalidade de resultado (de afetação do bem jurídico), a ocorrência ou não dele também seria uma mera causalidade, que nunca poderia ser atribuída racionalmente à decisão do agente.

<sup>59</sup> Nesse sentido, HIRSCH, Hans Joachim. Los conceptos de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado o sobre el estado de cosas”. In: \_\_\_\_\_. *Derecho Penal: obras completas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003. t. III. p. 233-258, que cita como seguidores dessa corrente: Rudolphi, Bockelmann/Volk, Maurach/Zipf, Schönke/Schröder/Lenckner, Stratenwerth e Frisch. Aliás, a prevalência da corrente dualista é reconhecida até mesmo por aqueles que não a seguem, como é o caso de Sancinetti: “*Aunque los fundamentos ceñidos al concepto de acción de Welzel no fueron aceptados como tales, sino que más bien fue el modelo de ilícito que se hallaba detrás de aquél el que logró imponerse, es decir, la doctrina del ‘ilícito personal, el paradigma modelado por él constituye hoy el más extendido en la dogmática de su país. El ‘ilícito personal’, con la ponderación del disvalor de acto, junto al de resultado, es un concepto común tanto a los autores que provienen de la escuela de Welzel, como Günther Stratenwerth y Günther Jakobs, cuanto a quienes no se formaron en sus aulas, como Hans-Heinrich Jescheck o Wilhelm Gallas, o incluso lo combatieron ásperamente, como Claus Roxin. Ésta fue también la posición de los autores finalistas más prestigiosos de la doctrina argentina: Enrique Bacigalupo y Eugenio R. Zaffaroni, quienes difundieron entre nosotros la teoría finalista de la acción, a partir de los últimos años de la década del 60*” (SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991. p. 5/6). Há de se alertar, no entanto, que os autores citados por Sancinetti não seguem todos a mesma concepção dualista do injusto, conforme se verá ao longo da exposição.

– valeria para a descaracterização do injusto em razão da presença de alguma causa de exclusão da ilicitude: se a causa de justificação existe objetivamente, mas não é conhecida e desejada pelo agente, então o injusto persiste, na forma de um delito tentado, pois o desvalor da ação típica não terá sido “neutralizado” pelo valor de um obrar justificado consciente; se a causa de justificação existe apenas subjetivamente, na imaginação do agente, então o injusto desaparece, pois a vontade consciente de agir de forma justificada “neutraliza” o desvalor da ação e o simples desvalor do resultado não é suficiente para a caracterização de qualquer tipo de injusto<sup>60</sup>.

Stratenwerth não discorda do ponto de partida finalista, que é comum entre ele e os adeptos da corrente subjetivista e que consiste em negar qualquer sentido à tese clássica segundo a qual meras violações objetivas de bens jurídicos, independentemente da prática de uma ação desvalorada, poderiam ser consideradas como penalmente ilícitas. Para ele, assim como para os subjetivistas e, inclusive, para Welzel, não pode existir um desvalor de resultado desvinculado de uma conduta humana igualmente desvalorada: *“para un Derecho penal que tenga la finalidad ‘de evitar lesiones del objeto de bien jurídico por medio de acciones’, podría ser motivo para la reacción ‘no ya una lesión del objeto de bien jurídico como tal’, sino justamente sólo si ‘ella se basa en una acción, que subyace a una orden de regulación, a una norma’”*. Até aí, o autor acolhe integralmente a tese de Zielinski, citada por ele ao longo do texto. Sua discordância surge quando Zielinski passa a sustentar que, do caráter imperativo da norma, decorre a exigência de que somente ações dirigidas (ou tendentes) à afetação de bens jurídicos – e não também aquelas que efetivamente os lesionam ou os colocam em perigo – podem ser objeto de tratamento normativo<sup>61</sup>.

É que Stratenwerth não compartilha da opinião de que qualquer responsabilização penal em razão do resultado causado pela conduta desvalorada seja uma pura e simples violação ao princípio da culpabilidade. Para ele, um conceito de culpabilidade que abranja o tipo penal em todos os seus elementos, objetivos e subjetivos, depende também da medida do prejuízo ocasionado, de forma reprovável, aos bens jurídicos do afetado. Tal ponto de vista estaria corroborado, aliás, pelos fenômenos ético-sociais, pois o grau de responsabilização que o autor de um delito atribui a si mesmo é consideravelmente maior em razão das conseqüências mais ou menos graves de sua atuação: *“aquí produce una diferencia esencial si el autor, que quería matar a un hombre, fracasó, o si lo mato realmente, y, del mismo*

<sup>60</sup> STRATENWERTH, Günter. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el derecho penal*. Tradução de Marcelo A. Sancinetti e Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. p. 60 e ss.

<sup>61</sup> STRATENWERTH, Günter. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el derecho penal*. Tradução de Marcelo A. Sancinetti e Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. p. 69.

*modo, si la conducta imprudente no produjo consecuencia alguna, o si el autor, como se suele decir, carga en su conciencia con la muerte de un hombre*”<sup>62</sup>. Se existe algum conteúdo de expiação na pena, não há dúvida de que o desvalor de ação e o desvalor de resultado são igualmente decisivos para a medida da culpabilidade. Ainda de acordo com o autor, para muito além da função dissuasória dirigida aos potenciais violadores da norma incriminadora, é possível encontrar na pena criminal objetivos tão diversos quanto: o de reafirmar a validade da norma; o de satisfazer a demanda por justiça da vítima; o de evitar que se faça justiça com as próprias mãos, etc.

O próprio Zielinski, lembra Stratenwerth, teria reconhecido que a pena representa para o corpo social mais do que um simples instrumento por meio do qual se outorga eficácia coercitiva à norma; sua medida é também expressão da gravidade do resultado, uma vez que só este teria a capacidade de representar para a generalidade dos membros da sociedade, inclusive para o próprio autor do delito, a necessidade de se punir a violação da norma de conduta. É exatamente porque a ocorrência do delito traz conseqüências para todo o corpo social que Stratenwerth defenderá a impropriedade de se expurgar do injusto e da culpabilidade exatamente aquele elemento que torna a violação da norma, e sua conseqüente punição, compreensível para todos os envolvidos. Afinal,

“sería difícil de comprender, para la víctima de un accidente de tránsito causado por la ligereza, que ha sufrido una hemiplejia, el que, desde el punto de vista jurídico, esta espantosa consecuencia carezca de ‘una función de agravación del ilícito’; que ella sería, en todo caso, ‘un indicio, visible para cualquiera, del ilícito eventualmente cometido’ o que el resultado intermediaría, ‘de una manera específica, para la cognoscibilidad del ilícito’. Ella es el ilícito que se le ha causado”<sup>63</sup>.

Seguindo essa linha de raciocínio, o autor não vê como poderiam sustentar-se as propostas subjetivistas de equiparar a tentativa acabada ao delito consumado, pois condenar a pena de prisão perpétua (admitida na Alemanha) aquele que sequer acertou o disparo efetuado contra a vítima à longa distância ou que lhe ministrou doses insuficientes de veneno seria algo absolutamente incompreensível em nossa sociedade, sendo certo que o problema aqui não parece estar no sentimento geral acerca do justo, tal como coloca Sancinetti, mas sim na forma como os seguidores de uma corrente assim extremada entendem o injusto penal.

A solução alternativa apresentada por Zielinski – ainda que a contragosto –, no sentido de ver o resultado nesses casos como simples condição objetiva de punibilidade, também não

<sup>62</sup> STRATENWERTH, Günter. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el derecho penal*. Tradução de Marcelo A. Sancinetti e Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. p. 52-53.

<sup>63</sup> STRATENWERTH, Günter. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el derecho penal*. Tradução de Marcelo A. Sancinetti e Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. p. 75.

seria convincente, pois, se isso fosse admitido, estar-se-ia prescindindo de qualquer relação de causalidade ou de evitabilidade entre a ação e o resultado, ou seja, o resultado, aí sim, seria tratado como simples casualidade, independentemente de qualquer vínculo que pudesse ser estabelecido entre ele e a ação praticada. Para Stratenwerth, no entanto, mais grave do que as conseqüências produzidas no tratamento da tentativa seriam aquelas verificadas na esfera dos crimes culposos, já que o autor do delito deveria ser punido, exclusivamente, segundo a medida da contrariedade à norma de cuidado e segundo o valor do bem jurídico que a fundamente, pouco importando as conseqüências mais ou menos graves de seu agir imprudente. Assim, quem ultrapassa outro automóvel em alta velocidade mereceria a mesma pena de alguém que, agindo com igual culpa, tivesse causado um acidente gravíssimo, levando à morte o outro condutor<sup>64</sup>.

Apesar de todas essas críticas ao monismo subjetivista, o dualismo defendido por Stratenwerth não é de todo rigoroso quanto à exigência do desvalor do resultado para a caracterização do injusto, uma vez que admite expressamente ilícitos formados exclusivamente pelo desvalor da ação quando assim tipificados pelo legislador, tal como seria o caso dos delitos dolosos tentados e dos crimes de mera conduta. Exatamente por isso, Hirsch denominará a corrente da qual Stratenwerth é um dos maiores representantes de “dualista-subjetiva”, de modo a evidenciar que, com ela, não se chega a romper o paradigma

---

<sup>64</sup> Quanto a isso, o próprio Welzel chegou a ser categórico: “(...) o elemento essencial do injusto dos delitos culposos não consiste no resultado causado, mas na forma de execução da ação empreendida; o importante é se nesta foi observado ou não o cuidado necessário no tráfego. Com o desvalor da ação fica completamente fundamentado o injusto material dos delitos culposos, enquanto o resultado produzido leva a cabo somente um ‘seleção’ dentro dele, em relação com sua punibilidade” (WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001. p. 19). No entanto, mesmo um de seus mais fiéis seguidores no Brasil, o próprio tradutor da obra citada, se adianta para ressaltar, em nota de rodapé, que não se deve levar à risca a lição do mestre nesse ponto: “Welzel acentua excessivamente aqui, a meu ver, a importância do desvalor da ação. Com isso já fica constituído, segundo ele, o injusto, mas cumpre apenas uma função de seleção dentro das condutas antijurídicas do ponto de vista da punibilidade. Essa restrição da punibilidade pode obedecer, segundo esse autor, a razões de praticidade e sobretudo ao sentimento irracional ‘de que a coisa não era tão grave, quando tudo terminou bem’ (vide Welzel, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 1961, p. 21). Não resta dúvida de que, com a falta de observância do cuidado objetivamente devido, já é infringida plenamente a norma dos delitos culposos. Essa norma não pode ser uma proibição de causar um determinado resultado, mas um mandato de observar o cuidado necessário no tráfego para evitar a lesão do bem jurídico. Toda conduta que infrinja esse mandato é já, sem dúvida, antijurídica, mas com isso não fica ainda plenamente constituído o injusto material do delito culposo. Se o injusto material dos delitos culposos ficasse completamente constituído pelo desvalor da ação, não se explicaria por que se exige que a lesão do bem jurídico seja precisamente conseqüência da falta de observância do cuidado objetivo devido. Deveria bastar que existisse um vínculo causal entre o resultado e a ação antijurídica. O resultado apareceria então como uma condição objetiva de punibilidade e não pertenceria ao tipo. A exigência de que a lesão do bem jurídico seja conseqüência da inobservância da norma não só justifica a inclusão do resultado no tipo de injusto (assim, Welzel, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, p. 21), mas é, ao meu ver, uma prova de que somente quando se acrescenta ao desvalor da ação o desvalor do resultado fica plenamente constituído o injusto dos delitos culposos” (Ob. cit., p. 19-20).



essencialmente subjetivista defendido pelos monistas (ou, quando muito, só o rompendo com relação a algumas figuras típicas)<sup>65</sup>.

### 1.3.2. Dualismo rigoroso

O debate entre objetivistas e subjetivistas ganhou especial destaque na doutrina argentina em razão dos embates travados por Marcelo Sancinetti, de um lado, e Carlos Santiago Nino, de outro. A posição monista-subjetiva de Sancinetti já foi abordada (item 1.2, *supra*). Resta, agora, apresentar o ponto de vista contrário, defendido por Nino.

Para este jusfilósofo argentino, todo e qualquer injusto – seja de um delito tentado, seja de um delito consumado – será sempre formado por um desvalor de ação e por um desvalor de resultado, entendido este como a afetação concreta – e não apenas potencial – da esfera de interesses de outra pessoa, que não o próprio agente.

Nino extrai tal conclusão do próprio conceito liberal de Estado, que teve em John Stuart Mill um de seus maiores defensores e que está fundado no princípio básico da completa separação entre a esfera coletiva e a esfera individual, de forma que, ao Estado e à sociedade em geral, só pode interessar aquilo que extrapole a esfera individual do agente. Ao contrário, tudo aquilo que só afete o próprio indivíduo não pode ser motivo para a intervenção de terceiros, em especial do Estado, ainda que sob o argumento paternalista de proteger os cidadãos. Conforme as palavras repetidas vezes citadas de Mill:

. O indivíduo n

. Essas são boas razões para o admoestar, para com ele discutir, para o persuadir, para o aconselhar, mas não para o coagir, ou para lhe infligir um mal caso aja de outra forma. Para justificar a coação ou penalidade, faz-se mister que a conduta de que se quer desviá-lo tenha em mira causar dano a outrem. A única parte da conduta por que alguém responde perante a sociedade é a que concerne aos outros<sup>66</sup>.

A concepção de Mill, como se vê, separa de forma rigorosa aquilo que pertence à moral, e que, portanto, só pode ser acolhido por decisão do próprio indivíduo, e aquilo que, afetando os outros, interessa ao Estado, sendo legitimamente regulado pelo direito. Isso não quer dizer, segundo defenderá expressamente Nino, que os valores morais não interfiram na

<sup>65</sup> HIRSCH, Hans Joachim. Los conceptos de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado o sobre el estado de cosas”. In: \_\_\_\_\_. *Derecho Penal: obras completas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003. t. III. p. 243.

<sup>66</sup> MILL, John S. *Sobre a liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 33-34.

formação e aplicação do direito, mas apenas que atos imorais que não afetem outras pessoas não podem ser legalmente proibidos ou que, mesmo atos lesivos a terceiros, não podem ter como fundamento de sua punição o propósito perfeccionista de corrigir o autor do delito, de modo a transformá-lo numa pessoa melhor. Afinal, o direito “*no debe endosar ideales de excelencia humana, discriminando a la gente por su virtud o valor moral o por la calidad de su modo de vida*”. Ao contrário, cabe ao direito “*tratar por igual al moralmente puro y al depravado, juzgándolos sólo por el valor de sus acciones*”<sup>67</sup>.

É que, segundo a “doutrina antiperfeccionista” (ou liberal) esposada por Nino, o que parece melhor para a sociedade não precisa estar entrelaçado com aquilo que cada pessoa entende como melhor para si próprio, bastando que se exija de cada integrante do grupo social que limite o exercício de suas liberdades à não interferência na esfera de liberdade alheia. Observado tal limite, haveria espaço até mesmo para interferência estatal no fortalecimento de valores morais compartilhados, desde que difundidos por meio da discussão e da persuasão, e não impostos coercitivamente pelo direito penal<sup>68</sup>.

Estabelecida essa premissa, Nino passa, então, a traçar as diferenças entre a concepção perfeccionista e a concepção liberal, especificamente no que tange ao estabelecimento dos limites da responsabilização penal sobre o indivíduo. Nesse sentido, diz o autor que, a partir de uma concepção perfeccionista, todo ato imoral pode vir a ser convertido em delito, ainda que dele não resulte qualquer prejuízo para interesses ou direitos de outras pessoas. Uma vez que a lei tenha como missão induzir os indivíduos a adotar uma forma de vida moralmente ajustada, um juiz perfeccionista pode colocar de lado a discussão acerca dos efeitos sociais da conduta praticada e passar a encará-la apenas como um comportamento anômalo, que precisa ser combatido em razão de suas próprias características degradantes, como seria o caso do consumo de drogas e álcool, a mendicância ou vadiagem, a prostituição, o jogo, o homossexualismo, etc. A concepção liberal, por outro lado, coloca a afetação de bens, interesses ou direitos alheios como único critério para definir a partir de, ou até onde, pode o poder punitivo estatal intervir legitimamente. Assim, uma vez adotada a concepção liberal, é possível afastar a legitimidade da intervenção estatal punitiva mesmo naqueles casos considerados pelo autor como de difícil solução, tal como, por exemplo, na hipótese de atos

---

<sup>67</sup> NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 2006. p. 287.

<sup>68</sup> No entanto, mesmo em relação a esta forma de intervenção estatal propositiva o autor é cauteloso: “*Tal vez la única virtud personal que, según el liberalismo, el Estado debe promover sea la tolerancia*”. Cf. NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 2006. p. 290. Voltaremos a esse ponto, ainda que sob premissas diferentes, no terceiro capítulo desta tese.

de autodegradação praticados em público, que podem produzir efeitos sobre pessoas imaturas que eventualmente os venham a presenciar<sup>69</sup>.

Segundo afirma Nino, tanto o modelo intuicionista inglês, quanto o conceptualista europeu continental<sup>70</sup>, seguem, ao menos de forma explícita e em sua maior extensão, a concepção liberal. Não obstante, em algumas situações específicas, um e outro modelos acabam por adotar soluções que só se sustentam a partir de um ponto de vista perfeccionista. Tratando especificamente do direito penal continental – que nos interessa mais de perto –, o autor referirá que o afastamento progressivo da teoria do delito do sistema clássico de Beling vem mitigando a exigência de completa separação entre moral e direito penal, característica de um modelo verdadeiramente liberal. Como exemplos dessa influência perfeccionista na teoria do delito, Nino cita a progressiva subjetivização da noção de tipo e de antijuridicidade, inclusive no que pertine à exigência de elementos subjetivos nas causas de justificação; bem como a restrição da exigência do conhecimento do direito como requisito para a culpabilidade, que vai se identificando, cada vez mais, com a simples idéia da reprovabilidade (moralmente fundada) do agente<sup>71</sup>.

A adoção de uma concepção liberal, no entanto, dirá Nino, não basta para explicar por que, a partir de uma concepção utilitária da pena, não se poderia punir atos em si mesmo inócuos se esta providência afigura-se eficiente para prevenir outros atos, estes sim, danosos

---

<sup>69</sup> A justificativa para não admitir a intervenção coercitiva estatal nesses casos já constava do clássico ensaio de John Stuart Mill: “*eu não vejo como os que crêem nesse dano [efeitos perniciosos das ações autodegradantes sobre os demais] possam julgar que o exemplo não tenha de ser, afinal, mais salutar que nocivo, desde que, se exhibe a má conduta, exhibe, outrossim, as penosas e degradantes conseqüências, que, se é justa a censura que se faz à conduta, se deve supor, necessariamente, acompanharem o mau exemplo, em todos os casos, ou na maioria deles*” (MILL, John S. *Sobre a liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 148-149).

<sup>70</sup> Por influência de sua formação jurídica anglo-saxônica – ele doutorou-se em Oxford defendendo a tese que deu origem à obra em exame (“Los límites de la responsabilidad penal”) –, Nino se propõe a revisar os critérios de imputação da responsabilidade penal a partir tanto do “enfoque conceitualista” da teoria do delito continental européia, quanto do “enfoque intuicionista” do direito consuetudinário inglês, para, em seguida, propor um enfoque alternativo, que aproveite os pontos positivos de um e outro modelo teórico, afastando-se dos aspectos que ele vê como negativos em cada desses sistemas. Segundo o autor, enquanto a teoria geral do delito, de tradição continental, teria, por um lado, a vantagem de trabalhar com conceitos teóricos mais precisos, o que favoreceria uma maior segurança jurídica, por outro, exatamente por cerrar-se em um sistema conceitual eminentemente abstrato, acabaria por escamotear as considerações de caráter eminentemente axiológico que invariavelmente interferem nos problemas típicos de determinação da responsabilidade penal. Já nos países do *common law*, dirá ele, a ausência desses pressupostos conceituais gerais favoreceria a visualização do vínculo estreito que existe entre os fundamentos jurídicos que servem de fundamento a uma decisão judicial e os juízos valorativos que lhe são subjacentes, muito embora esta mesma característica acabe dificultando o desenvolvimento de princípios gerais úteis para afastar o caráter muitas vezes casuísta dos argumentos usados pelos julgadores.

<sup>71</sup> NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 2006. p. 302-304.

ou perigosos para bens jurídicos<sup>72</sup>. Exatamente por conta disso, o autor sugerirá que ao princípio liberal se conjugue um outro, que denomina de “princípio de assunção da pena”.

Segundo este princípio, uma pena só pode ser legitimamente aplicada pelo Estado liberal contra o indivíduo se o autor do delito, além de conhecer o caráter ilícito de sua conduta, souber que a pena é consequência necessária dessa prática criminosa, de modo que, ao agir da forma proibida, aceita as consequências jurídicas de seu ato voluntário. Trata-se, na verdade, de um critério de correção do princípio utilitarista da “proteção prudencial da sociedade”, que se baseia na idéia de que a pena só será legítima se tiver como objetivo evitar, por meio de um mal menor (a pena), a ocorrência de um mal maior (o delito). É que a simples razão utilitária não é capaz de, sozinha, evitar a instrumentalização do indivíduo em benefício da segurança coletiva, como já havia advertido, há alguns séculos, Kant. A única maneira de evitar que isso ocorra, acredita Nino, é por meio da distribuição equitativa dos benefícios e encargos sociais, o que somente ocorre, tal como nos contratos em geral, quando a pessoa aceita previamente, de forma livre e voluntária, consensualmente, as consequências jurídicas de um eventual descumprimento do acordo celebrado. As consequências jurídicas podem até ser indesejadas pelo contratante, ou ele pode haver contratado na firme convicção de que elas nunca se realizariam, mas se, conhecendo-as, ele ainda assim decidiu voluntariamente contratar, então pode-se dizer que consentiu com elas<sup>73</sup>. Da mesma forma, no campo do direito penal, *“el individuo que ejecuta un acto voluntario – un delito – sabiendo que la pérdida de la inmunidad jurídica contra la pena es una consecuencia necesaria de su acto, consiente en esta consecuencia normativa”*<sup>74</sup>. Com isso, não quer o autor dizer que qualquer

<sup>72</sup> Ao contrário, uma justificação retribucionista da pena, dirá Nino, *“al menos en algunas de sus versiones, excluirá sin duda la posibilidad de reprimir actos que no son, en algún sentido, perniciosos”*, mas uma justificação utilitarista *“parece permitir la existencia de casos en que se pene un acto en sí mismo inocuo para desalentar la comisión de actos perjudiciales”* (NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 2006. p. 305).

<sup>73</sup> Um exemplo usado de forma recorrente pelo autor para ilustrar sua idéia é o do soldado que voluntariamente se alista no exército de um país em guerra. Este, ao contrário do conscrito, aceita como possível o fato de vir a ser morto em combate, de modo que, se ele morre defendendo o país, não haverá razão para discutir sobre a injusta distribuição dos benefícios e encargos da decisão coletiva de guerrear, pela simples razão de que o voluntário consentiu em assumir a obrigação de arriscar sua vida pela nação.

<sup>74</sup> NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 2006. p. 233. Em outro trecho o autor resume sua opinião da seguinte forma: *“Mi opinión es que en tanto y en cuanto se exija para la imposición de una pena el consentimiento del agente a perder la inmunidad contra ella, puede superarse la deficiencia de la justificación de la pena basada meramente en el principio utilitarista de la protección social. Cuando la protección de la comunidad requiere medidas punitivas efectivas que implican un daño menor que el mal que se quiere evitar, el consentimiento de los destinatarios de ellas excluye una posible apelación a una distribución equitativa de tales cargas. Si la obligación a cuya violación se imputa una pena es una obligación justificada, las autoridades implicadas son legítimas y la pena es un medio necesario y efectivo para proteger a la comunidad contra males mayores, el hecho de que el individuo ha consentido libremente en hacerse sujeto de una pena (mediante la comisión de un acto voluntario, con*

incriminação, e sua correspondente punição, será considerada justa pelo simples fato de ter sido levada ao conhecimento prévio do destinatário, pois, conforme ele mesmo advertirá: *“una distribución particular de medidas punitivas [tal como, aliás, ocorre com os contratos em geral] solo puede justificarse sobre la base del consentimiento de sus destinatarios cuando las leyes que crean las figuras delictivas son justas (por ejemplo, no deben ser discriminatorias ni proscribir acciones que la gente está moralmente facultada a realizar)”*<sup>75</sup>. Por essa razão, uma incriminação legítima não pode proibir ações que o sujeito não seja capaz de controlar (p. ex., sua preferência sexual), nem tampouco colocar o sujeito numa situação de encruzilhada, onde qualquer ação que venha a praticar esteja abrangida pela norma incriminadora (p. ex., com a proibição, de uma só vez, do ato comissivo de matar e do ato omissivo de não matar). Também decorre do princípio de assunção da pena a exigência de que as incriminações não se sustentem no simples caráter imperativo de seus comandos. É preciso haver alguma razão legítima para que o destinatário, numa situação prévia de liberdade e igualdade de contratar, sem estar sob a ameaça de qualquer tipo de coerção, tenha optado por submeter-se às eventuais conseqüências gravosas previstas na norma; tal razão estaria, segundo a concepção do autor, na capacidade que o direito penal tem de proteger bens, interesses ou direitos de lesões provocadas por terceiros.

É com base nesses fundamentos, portanto, e não somente em razão da adoção de uma concepção antiperfeccionista (ou liberal), que Nino tentará explicar por que tem que ser o injusto efetivamente prejudicial ou perigoso, tal como são os atos que a lei incriminadora trata de prevenir:

“O efeito dissuasório do direito penal se funda na associação entre os atos que os indivíduos se vêm induzidos a evitar e os atos que acarretam pena, o que implica o requisito óbvio de que aquela primeira classe de atos coincida com a segunda. Se este requisito pragmático se une ao princípio da legalidade (que deriva do princípio de assunção da pena), segundo o qual nenhum ato deve ser apenado sem que esteja descrito como punível por uma lei anterior, então há que se concluir que nenhum ato é passível de pena se não pertencer à classe daqueles que a lei quer prevenir em razão de seu caráter lesivo”<sup>76</sup>.

Dito de outra forma, do fato do direito penal ter por objetivo a prevenção de condutas lesivas ou perigosas só pode redundar a exigência de que, na norma incriminadora, estejam descritas apenas condutas com tais características. Do contrário, caso se buscasse evitar

---

*conocimiento de que la pérdida de su inmunidad es un efecto necesario de él) provee una justificación prima facie para el ejercicio de la facultad correlativa de pernarlo”* (Ob. cit., p. 236-237).

<sup>75</sup> NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 2006. p. 242.

<sup>76</sup> NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 2006. p. 306.

condutas lesivas ou perigosas descrevendo-se no tipo meras desobediências, o princípio da legalidade estaria sendo solenemente ignorado. Nino não nega que tal estratégia, de tipificar condutas para além daquelas que afetam concretamente bens jurídicos, seja usada na prática, mas contra ela opõe sérias objeções<sup>77</sup>:

1<sup>a</sup>) Se é certo que a proibição de ações apenas potencialmente lesivas ou perigosas satisfaz a missão protetiva de bens jurídicos atribuída ao direito penal<sup>78</sup>, não é menos certo que uma incriminação baseada exclusivamente no desvalor de ação abrangerá, além das condutas efetivamente lesivas e perigosas, também aquelas absolutamente inócuas, visto que, muitas das vezes, também estas estão em desacordo com a ordem contida na norma. Por exemplo, se a proibição de entrar com veículos no parque for estendida ao pai que leva o filho para passear em seu triciclo, ela certamente atingirá o propósito de desmotivar outras pessoas a ali transitarem com carros, motos ou caminhões, mas também impedirá que outros pais brinquem com seus filhos em triciclos, o que seguramente não representa perigo algum para os usuários do parque. Assim, ainda que o castigo de ações inócuas fosse eficiente para prevenir outras que são lesivas, isto não justificaria a imposição de pena a ações inócuas, visto que não há razão nenhuma para preveni-las.

2<sup>a</sup>) Ainda que se admita como verdade que a punição de atos contrários ao comando legal, não obstante inócuos, ajude na prevenção de condutas lesivas ou perigosas a bens jurídicos, não há qualquer demonstração de que esse mesmo efeito dissuasório não possa ser alcançado mediante a proibição exclusiva de atos efetivamente danosos ou perigosos. Muita gente acredita que, quanto mais abrangente for a punição de condutas, mais eficiente será a prevenção de violações aos bens jurídicos. Na verdade, isso só é verdadeiro na medida em que as ações proibidas efetivamente representem algum risco para tais bens; do contrário, o incremento do espectro punitivo somente representaria uma limitação da esfera de liberdade do indivíduo, sem qualquer ganho efetivo para a proteção de direitos.

3<sup>a</sup>) Na verdade, a não exigência de efetiva afetação de bens jurídicos pela conduta incriminada, ao invés de reforçar a confiança dos indivíduos na lei penal, contribui para

---

<sup>77</sup> NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 2006. p. 308-311.

<sup>78</sup> Nino acompanha o entendimento segundo o qual o direito penal teria a missão de prevenir a ocorrência de violações aos bens, interesses ou direitos das pessoas. Não obstante, o autor é cético em relação ao uso do conceito de bem jurídico para representar essa esfera de afetação pessoal: *“aunque la noción de antijuridicidad no es enteramente ajena a la consideración de los objetivos de las leyes penales, casi nunca se la expone en estos simples términos; se la asocia, en cambio, con la lesión a ‘bienes jurídicamente protegidos’ definidos en forma metafísica y abstracta, o con la violación de etéreas ‘normas’, tan imprecisamente, caracterizadas, que es casi imposible decidir si una acción típica es o no antijurídica, salvo en los casos en que está protegida por una causa de justificación admitida por el sistema jurídico”* (NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 2006. p. 327).

deteriorar o efeito dissuasor que se costuma atribuir à pena. Nesse sentido, caso chegue ao conhecimento dos destinatários da norma que ela se presta, não apenas para evitar ações lesivas ou perigosas, mas também para prevenir ações inócuas (ou, até mesmo, protetivas de bens jurídicos), não seria de se admirar que eles deixassem de pautar suas condutas em função do que está estabelecido na norma, uma vez que esta não serviria mais de padrão de correção normativa. Na melhor das hipóteses, os indivíduos passariam a seguir os comandos legais de maneira puramente mecânica e superficial, como se fosse um ritual de fé imposto por alguma entidade divina. Na pior delas, os indivíduos deixariam de guardar respeito pela norma ou mesmo se ressentiriam dela, passando a buscar outros fundamentos de validade para sua violação.

Tais objeções representam, para Nino, motivos suficientes para sustentar a idéia de que o injusto penal deve ser concebido de tal maneira que torne necessária a verificação de que o dano ou o perigo ao bem jurídico se faz presente em cada caso concreto. Sua concepção, portanto, “*supone un modo de aplicación de las normas jurídicas que tome en cuenta la razón que determinó su sanción*”<sup>79</sup>. Para Nino, o princípio que regularia esta forma de aplicação do direito penal seria aquele denominado por ele de “princípio da enantiotelidade”<sup>80</sup>, segundo o qual: “*una acción es punible solamente cuando causa el daño o peligro que la ley está destinada a prevenir*”.

O princípio da enantiotelidade funcionaria, portanto, de forma parecida com os critérios de imputação objetiva<sup>81</sup>, porém sob bases mais restritivas quanto à incidência do poder incriminador estatal, pois, ao invés de se satisfazer com a simples potencialidade lesiva ou perigosa das condutas para fins de enquadramento normativo ao tipo objetivo, exigiria o

---

<sup>79</sup> NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 2006. p. 311.

<sup>80</sup> Segundo o autor, o neologismo por ele criado viria do grego *enantios* (contra) + *telos* (finalidade, objetivo, propósito), significando, portanto, que as ações incriminadas no tipo de injusto deveriam ser “enantiotélicas”, ou seja, deveriam ser contrárias ao propósito protetivo de bens jurídicos atribuído à lei penal.

<sup>81</sup> As semelhanças são sensíveis e surpreendentes, conforme se pode constatar da seguinte passagem: “*Como hemos visto, los preceptos de derecho penal pueden tratar de prevenir tanto acciones dañosas como acciones que conllevan riesgo de daño, aunque el daño no se produzca. Pero pienso que el primero de estos dos posibles objetivos de la legislación penal debería describirse ahora como un objetivo de prevención de acciones, no simplemente dañosas, sino de acciones que generan daños mediante procedimientos irrazonablemente peligrosos. Esto nos permitiría sostener que toda acción que cause un daño proscripto es enantiotélica, sino que lo es únicamente cuando un modo de actuar irrazonablemente peligroso irroga ese daño*” (NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 2006. p. 330).

efetivo dano ou, ao menos, a colocação em perigo concreto do bem jurídico relacionado ao tipo de injusto<sup>82</sup>.

#### 1.4. O conteúdo do injusto nas doutrinas funcionalistas

O princípio da enantiotelidade, com que trabalha Nino, nada mais é do que um nome diferente para descrever os mesmos critérios normativos relacionados ao conceito de imputação objetiva, tão em voga na atualidade.

Apesar de ter sido, em certa medida, influenciada pelo próprio finalismo<sup>83</sup>, a teoria da imputação objetiva tem raízes bem mais antigas, uma vez que retoma, em parte, o projeto neokantiano de povoar a teoria do delito com valores, normativizando-a. É sintomático nesse sentido, que Roxin tenha dedicado seu artigo inaugural acerca do assunto em homenagem ao neokantiano Richard Honig, que foi o primeiro a defender, ainda na década de 30, a idéia da obrigatoriedade de um nexos normativo entre a ação e o resultado para que uma simples causação adquira importância para o direito penal<sup>84</sup>. A proposta principal de Roxin é a de “*tomar as premissas neokantianas (e não neo-hegelianas) do entre-guerras (...) e desenvolvê-las (...) de uma forma substancialmente nova*”: ao invés de utilizar “*a vaga orientação a valores culturais do neokantismo*” para definir o sentido e o conteúdo das normas, ele propõe que se tome os “*fundamentos político-criminais das modernas teorias da pena*” como “*parâmetro sistematizador*” do direito penal<sup>85</sup>. À essa tendência – hoje dominante na

---

<sup>82</sup> Prefere-se, aqui, falar em tipo de injusto, ao invés de tipo legal, para manter fidelidade ao modelo do autor argentino, que situa a enantiotelidade na esfera da antijuridicidade, substituindo-a, e não na tipicidade, como faz a maior parte dos autores que trabalham com critérios normativos de imputação objetiva.

<sup>83</sup> A despeito da disputa ferrenha entre finalistas e funcionalistas acerca da relevância da teoria da imputação objetiva, Luís Greco acredita que o finalismo teria contribuído para o surgimento do que ele denomina de moderna teoria da imputação objetiva de três maneiras: “*A primeira delas foi entender o ilícito como contrariedade a uma norma de determinação; a segunda, a ela correlacionada, foi sublinhar a presença de um desvalor da ação como a peça-chave de todos os ilícitos; a terceira foi a conseqüente valorização da perspectiva ex ante no juízo da ilicitude*”. Na verdade, dirá o autor, não fosse a tendência do finalismo de “*absolutizar o subjetivo, o desvalor da ação, em detrimento tanto da periculosidade desta ação (o seu desvalor objetivo), como do resultado de lesão (o desvalor do resultado)*”, seria possível dizer que a “*teoria da imputação objetiva, especialmente a escola de Roxin*”, é, em grande parte, um produto daquela corrente teórica. “*A rigor, a moderna imputação objetiva nada mais é do que a construção de Armin Kaufmann e seus alunos, sem suas absolutizações*” (GRECO, Luís. GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 39-42). A recíproca também seria verdadeira, adverte, Greco, pois, apesar de ser pouco sabido, “*a primeira formulação da teoria finalista da ação, de 1931, foi marcadamente influenciada pela teoria da imputação de LARENZ*” (Ob. cit., p. 19).

<sup>84</sup> GRECO, Luís. GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 20 e 57.

<sup>85</sup> ROXIN, Claus. GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 206.



doutrina alemã e estrangeira – denomina-se funcionalismo penal, o qual assume contornos diferentes, de acordo com a teoria da pena que cada autor adote<sup>86</sup>.

Dentro de cada um desses modelos funcionalistas, o critério da imputação objetiva ocupa lugar de destaque, pois representa exatamente o filtro normativo que determinará quais condutas humanas são efetivamente disfuncionais em face dos fins político-criminais que norteiam o direito penal e que, portanto, devem ser consideradas como abarcadas pelos respectivos tipos legais.

Neste capítulo, faremos uma breve abordagem dos três principais modelos funcionalistas do direito penal, de modo a evidenciar a existência de um paralelo, ou melhor, de uma ponte ligando estes novos esforços dogmáticos com o antigo debate travado entre objetivistas e subjetivistas acerca do conteúdo do injusto.

#### 1.4.1. Funcionalismo teleológico

O modelo funcionalista que mais adeptos conquistou em praticamente todos os países de tradição jurídico-penal continental foi aquele cunhado por Claus Roxin e por ele mesmo denominado de teleológico.

Segundo a teoria funcionalista-teleológica do delito, o direito penal não deve ser visto como “barreira intransponível da política criminal”, tal como era defendido por Franz von Litzst, mas sim como instrumento de realização dessa mesma política estatal. E isto porque os direitos fundamentais expressos na Constituição vão perdendo, no âmbito de um Estado social de direito, seu caráter exclusivamente negativo e limitador do poder punitivo, para assumirem também um viés positivo, no sentido de obrigar o poder público a garantir a concretização dos direitos individuais e sociais de todos<sup>87</sup>. Vistos a partir dessa dimensão objetiva, os direitos fundamentais teriam efeitos irradiantes sobre todo o ordenamento jurídico, obrigando cada um dos ramos do direito a serem interpretados conforme os valores fundamentais previstos na Constituição, assim como atribuindo ao Estado um dever de proteção desses mesmos valores, uma vez que ao indivíduo não seria permitido (nem possível) usar da força para defendê-los por si mesmo. Aí, e somente aí, residiria a legitimação do poder punitivo estatal, ou seja, na

---

<sup>86</sup> Em outro trabalho, relacionamos as diversas teorias da pena, legitimadoras e deslegitimadoras do poder punitivo estatal, com as respectivas propostas de funcionalização do direito penal. Para mais detalhes: JOFFILY, Tiago. *Direito e compaixão: discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

<sup>87</sup> ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 12-15.

proteção subsidiária dos bens jurídicos considerados fundamentais pelo legislador constituinte<sup>88</sup>.

Assim, se o direito penal se associa ao programa político-criminal do Estado, sendo também ele instrumento de concretização dos direitos fundamentais, a pena não pode ter outra finalidade que não a de prevenir a ocorrência de novos delitos. Qualquer referência à gravidade da conduta praticada só pode ter, segundo a concepção de Roxin, finalidades limitadoras do poder punitivo e nunca legitimadoras. Daí sua idéia de combinar as funções preventivas legitimadoras da pena com limites retributivos máximos, de maneira que os efeitos intimidatórios (e de integração) fiquem bitolados à medida da culpabilidade do fato praticado pelo agente. A essa proposta integradora, o autor deu o nome de “teoria unificadora preventiva dialética” da pena<sup>89</sup>.

Definidos os fins legítimos da intervenção penal, Roxin conduzirá ao centro de seu sistema jurídico-penal o conceito de imputação objetiva, segundo o qual, só será possível imputar um resultado a alguém após a satisfação de dois critérios de avaliação normativa: o da criação ou incremento de um risco proibido pela norma e o da realização desse risco no resultado concreto.

Assim, a partir desse ponto de vista funcionalista, o desvalor da ação e o desvalor do resultado, como elementos do injusto, deixam de ser diferenciados em razão apenas de seu conteúdo subjetivo e objetivo, respectivamente. Com as lentes da imputação objetiva, o que interessa para determinar o caráter injusto de uma conduta é, primeiro, se ela se *dirige objetivamente ao fim*<sup>90</sup> proibido pela norma e, depois, se o resultado ocorrido é consequência normativa (e não apenas causal) daquela conduta objetivamente arriscada. É por isso que Greco afirma que, com a imputação objetiva, as tradicionais dimensões subjetiva e objetiva do injusto ganham novos aspectos:

“O desvalor da ação até agora subjetivo, mera finalidade, ganha uma face objetiva: a criação de um risco juridicamente proibido. Somente ações intoleravelmente perigosas são desvaloradas pelo direito. Também o desvalor do resultado é enriquecido: nem toda causalidade é desvalorada; apenas o será a causação em que se realize o risco juridicamente proibido criado pelo autor. Ou seja, a imputação objetiva acrescenta ao injusto um desvalor objetivo da ação (a

<sup>88</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. 2 t. T. I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. p. 51 e 55-56.

<sup>89</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. 2 t. T. I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. p. 94-95.

<sup>90</sup> A “dirigibilidade objetiva a um fim” é expressão cunhada por Honig que resume bem os esforços normativos dos adeptos da teoria da imputação objetiva.

criação de um risco juridicamente desaprovado), e dá ao desvalor do resultado uma nova dimensão (realização do risco juridicamente desaprovado)”<sup>91</sup>.

É claro que, para completar o juízo de imputação do tipo de injusto, será necessário recorrer ao elemento subjetivo (o dolo), sob pena de violação ao princípio da culpabilidade, mas isso nem sempre será necessário, visto que, em muitos casos, a conduta já não será, sequer objetivamente, típica. Um exemplo sempre usado para ilustrar isso é o do sobrinho que envia o tio rico para um passeio na floresta durante uma tempestade, com o firme propósito de que ele venha a ser atingido por um raio, o que, de fato, contra todas as probabilidades, vem a ocorrer. A rigor, em termos puramente subjetivos, a conduta do sobrinho é típica, pois ele efetivamente queria o resultado morte proibido e acreditava intimamente na eficiência do plano mirabolante. Em termos puramente causais (adotada a teoria da equivalência) também parece inquestionável que a conduta dele contribuiu para a ocorrência do resultado, uma vez que, se não tivesse sugerido o passeio ao tio, este nunca teria sido eletrocutado. Não obstante, por alguma razão de direito, normativa, entende-se que o sobrinho não deve ser responsabilizado pela morte do tio; afinal, mandar alguém para a floresta num dia de chuva não cria um perigo juridicamente relevante. A mera intenção do sobrinho, por mais que ele a considere eficiente, não está abrangida pelo espectro de proteção da norma<sup>92</sup>.

Em termos puramente normativos, portanto, o que distingue o desvalor da ação do desvalor do resultado não é o fato de um se referir ao conteúdo subjetivo do injusto e o outro ao conteúdo objetivo. Como evidencia a teoria da imputação objetiva, há aspectos objetivos (normativos) também no desvalor da ação. A verdadeira diferença entre um e outro estará, na verdade, no momento de aferir a afetação do bem jurídico, conforme ele seja analisado *ex ante*, ou seja, na forma de uma prognose póstuma objetiva, ou *ex post*, após a ocorrência do resultado concreto<sup>93</sup>.

É exatamente com base nesse critério distintivo que alguns adeptos da teoria da imputação objetiva defenderão ser possível abrir mão do desvalor do resultado (nos crimes de perigo abstrato e nos crimes tentados, por exemplo), sem violar o princípio da lesividade, ou

---

<sup>91</sup> GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 12.

<sup>92</sup> Nesse sentido, ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 309.

<sup>93</sup> “Estes dois conceitos [desvalor da ação e desvalor do resultado] se referem às dimensões de desvalor do injusto penal, isto é, àquilo que o direito valora negativamente na realização antijurídica de um tipo penal. O primeiro analisa-se segundo uma perspectiva *ex ante*, ou seja, levando-se em conta os dados conhecidos e cognoscíveis ao momento da prática da ação; o segundo, segundo uma perspectiva *ex post*, levando-se em conta os dados realmente existentes, mesmo aqueles de que só se ganha conhecimento após a ocorrência do resultado” (GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 10).

seja, sem cair na pecha de meros subjetivistas. O caminho para tanto é a redefinição daquilo que se entende por lesividade, que deixa de compreender “*apenas as situações de exposição efetiva de um bem a lesão ou a perigo*” e passa a abrigar “*também a desestabilização de expectativas diante de atividades arriscadas, com mero potencial de perigo*”<sup>94</sup>.

Na verdade e a rigor, no entanto, essa concepção objetivista do desvalor da ação não é produto exclusivo da adoção de uma teoria da imputação objetiva nos moldes roxinianos. Conforme adverte o finalista Hans Joachim Hirsch, tal tipo de fusão entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado já estava presente na obra de Wilhelm Gallas e decorre, segundo o seu juízo, de uma interpretação mais fiel da teoria do injusto pessoal de Welzel<sup>95</sup>. De fato, a maior parte dos autores que seguem, ainda hoje, os postulados finalistas ajustou sua interpretação da teoria do injusto pessoal para incluir, já no desvalor da ação, um conteúdo objetivo de periculosidade, mesmo sem aderir aos postulados da teoria da imputação objetiva<sup>96</sup>.

Tal solução, de qualquer forma, não discrepa de forma significativa daquilo que defendiam os seguidores de uma concepção dualista moderada do injusto. Aqui, tal como lá, há aqueles delitos em que o resultado de lesão ou perigo concreto para o bem jurídico é uma exigência do legislador; nestes casos, o desvalor do resultado faz parte do injusto, e este só existirá (ao menos na modalidade consumada) caso, desde um ponto de vista *ex post*, seja confirmada a efetiva afetação do bem jurídico. Há, porém, outros delitos em que o legislador não exige a ocorrência de qualquer resultado concreto para o bem jurídico, contentando-se com a simples potencialidade lesiva da conduta, analisada desde um ponto de vista *ex ante*; nestes casos o desvalor do resultado não compõe o injusto penal, bastando que a conduta seja

---

<sup>94</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 207-208.

<sup>95</sup> HIRSCH, Hans Joachim. Los conceptos de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado o sobre el estado de cosas”. In: \_\_\_\_\_. *Derecho Penal: obras completas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003. t. III. p. 243-244.

<sup>96</sup> A obra de José Cerezo Mir, um dos mais influentes discípulos estrangeiros de Welzel e referência constante entre os finalistas brasileiros, é paradigmática quanto a essa tendência: “*En lo injusto de los delitos dolosos de acción es preciso distinguir un desvalor de la acción y un desvalor del resultado. El desvalor de la acción está fundamentado no solo por el dolo, los restantes elementos subjetivos de lo injusto cuando los haya y la infracción de los deberes jurídicos específicos que obligaban al autor, en los delitos especiales, sino también por el modo, forma o grado de realización de la acción y por la peligrosidad de la misma, desde el punto de vista ex ante. (...) El desvalor del resultado consiste en la lesión o el peligro concreto del bien jurídico protegido. La lesión del bien jurídico se dará siempre en los delitos de resultado material, pero puede concurrir también en los delitos de simple actividad, pues la lesión del bien jurídico no precisa ir acompañada de la producción de un resultado material o externo. (...) El desvalor del resultado puede faltar, por ejemplo, en la tentativa y en los delitos de peligro abstracto pero el desvalor de la acción concurre siempre (...)*” (CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: RT, 2007. p. 547 e ss). No Brasil, Luiz Régis Prado denomina essa corrente, à qual se filia, de dualista-objetiva (*in Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 292). Aparentemente fiel a uma concepção puramente subjetiva do desvalor da ação, tal como trabalhada por Stratenwerth: CARVALHO, Érika Mendes de. A técnica dos valores-limite e os delitos de perigo abstrato. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 19, n. 228, p. 14-15, nov. 2011.

capaz de gerar dano ou perigo de dano ao bem jurídico, ou seja, basta que a conduta seja potencialmente lesiva. Além disso, conforme se verá com mais detalhes no capítulo 5 (item 5.1.3, *infra*), é importante notar que mesmo a presença da potencialidade lesiva da conduta não é uma exigência feita por todos autores para todo e qualquer injusto penal. A maior parte da doutrina estrangeira, em especial a alemã, continua admitindo a validade de tipos baseados na mera desobediência à norma, independentemente da demonstração de qualquer perigo real ou potencial para o bem jurídico<sup>97</sup>.

Por outro lado, é importante consignar que a filiação ao paradigma político-criminal da proteção subsidiária de bens jurídicos, característico do funcionalismo teleológico, não conduz inexoravelmente a uma concepção dualista moderada do injusto penal.

É verdade que, ao trabalharem com funções preventivas da pena privativa de liberdade, os funcionalistas teleológicos abrem espaço para a construção de injustos penais com vistas ao futuro, baseados na simples potencialidade lesiva da conduta, aferida desde um ponto de vista *ex ante*. Tal tipo de construção, no entanto, não decorre necessariamente da missão protetiva de bens jurídicos conferida ao direito penal. Conforme acabamos de ver, Nino acreditava nos fins preventivos atribuídos à pena privativa de liberdade e, mesmo assim, exigia a efetiva lesão ou colocação em perigo concreto do bem jurídico para a satisfação do princípio da lesividade. Trabalhando já no marco da imputação objetiva, Bustos Ramírez/Homozábal Malarée também exigem a efetiva ocorrência do desvalor do resultado para a caracterização de todo e qualquer injusto penal<sup>98</sup>.

Tais autores partem da idéia de que o tipo penal descreve um âmbito situacional abstrato que corresponde a um ato de comunicação entre pessoas. Muito mais do que simples acontecimentos físicos ou execuções de planos individuais, os tipos legais se encarregariam de descrever todas as condições sociais, psíquicas e físicas contidas no processo de comunicação entre o autor do delito e a vítima. Tal processo de comunicação, por certo, varia em função de uma série de fatores, os quais, por sua vez, conferem diferentes significados àquela comunicação. Assim, não é indiferente para o processo de comunicação que a vontade

---

<sup>97</sup> O próprio Roxin, por exemplo, admite a validade dos delitos que versam sobre ações em massa, como a embriaguez ao volante, justificando sua punição, mesmo quando afastada qualquer possibilidade de dano (condução em local absolutamente isolado), por motivos didáticos, “*pues de lo contrario se pondría en peligro el carácter de absoluto tabu que el legislador pretende que tengan determinadas conductas*” (ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Tradução para o espanhol de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. 2 t. T. I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. p. 410).

<sup>98</sup> Ao contrário da doutrina majoritária, contudo, estes autores preferem cindir as etapas de análise da imputação objetiva entre os dois elementos do injusto: a criação do risco desaprovado pertenceria à tipicidade, enquanto que a realização desse risco no resultado (danoso ou perigoso) pertenceria à antijuridicidade.

do agente vise à lesão do bem jurídico da vítima ou apenas represente um risco para ele, pois o vínculo social que existe entre um e outro sujeito variará em função do sentido (doloso ou culposos) que se atribua à ação. Da mesma maneira, a forma como se dá a comunicação (ação ou omissão) traz conseqüências sociais relevantes para os envolvidos, devendo tais peculiaridades virem descritas no tipo legal. Não obstante, esclarecerão os autores, como a norma só pode mandar ou proibir ações, e nunca resultados, as conseqüências lesivas ou perigosas desse processo de comunicação não pertencerão ao tipo – que é composto apenas pelo desvalor da ação –, e sim à antijuridicidade<sup>99</sup>.

O desvalor da ação contido no tipo legal, segundo esta concepção, expressa a forma desvalorada como o processo de comunicação se dá entre os sujeitos, não em função de uma suposta vontade rebelde do autor, tal como ocorreria num modelo subjetivista extremado, mas sim em razão das conseqüências lesivas ou perigosas para o bem jurídico que essa forma de comunicação produz. Exatamente por isso, defenderão Bustos Ramírez/ Homozábal Malarée a necessidade de se realizar a prognose póstuma objetiva já no momento da análise da tipicidade, uma vez que ações e omissões, para serem proibidas pelo direito penal, mais do que se ajustar formalmente a uma descrição típica, devem ser expressão dessa relação social desvalorada<sup>100</sup>. Já o desvalor do resultado, apesar de não estar situado no âmbito típico, também será imprescindível para a caracterização do injusto, vez que é somente por meio dele que se pode aferir, a partir de uma análise *ex post factum*, o real grau de afetação do bem jurídico. Aliás, na concepção dos autores, o juízo de imputação objetiva propriamente dita diz respeito a esse segundo momento de avaliação da afetação do bem jurídico, ou seja, o da realização do risco criado pela conduta no resultado<sup>101</sup>. Assim, uma vez que a efetiva afetação do bem jurídico só pode ser aferida nesse segundo estágio, a análise de imputação objetiva é obrigatória para todos os tipos de crimes, sejam eles de resultado ou não, por respeito ao princípio da lesividade. Em suas palavras:

“(…) tipicidad y antijuridicidad, en tanto que son exigências que fundamentan el injusto, complementariamente se constituyen al mismo tiempo en una garantía penal. En esta medida no basta con la presencia de una conducta formalmente típica para fundamentar el castigo, sino que es necesario que esa conducta sea constitutiva de un desvalor por su capacidad de riesgo

---

<sup>99</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan e HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Madrid: Trotta, 2006. p. 180-182.

<sup>100</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan e HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Madrid: Trotta, 2006. p. 184.

<sup>101</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan e HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Madrid: Trotta, 2006. p. 248.

para el bien jurídico; ni basta tampoco con la afección ideal o presunta de un bien jurídico para el desvalor de resultado, sino sólo las efectivas”.<sup>102</sup>

Assim como a de Nino, portanto, a posição de Bustos Ramírez/ Homozábal Malarée pode ser classificada como dualista rigorosa porque não admite a existência de crimes, nem mesmo na modalidade tentada, sem que haja a produção de um resultado de efetiva afetação, danosa ou perigosa, para o bem jurídico<sup>103</sup>.

#### 1.4.2. Funcionalismo sistêmico

A proposta de Gunther Jakobs é também funcionalista, mas sua funcionalização do direito penal se dá a partir de critérios bastante diferentes daqueles adotados pelo funcionalismo teleológico.

É que para Jakobs, diferentemente de Roxin, a principal função atribuída à pena privativa de liberdade não é a de prevenir a ocorrência de ofensas a bens jurídicos, mas sim a de, pura e simplesmente, “*reafirmar la vigencia de la norma*”, preservando, assim, o ordenamento jurídico “*como modelo de orientación para los contactos sociales*”<sup>104</sup>.

Teoricamente ancorada na sociologia sistêmica de Luhmann, por um lado, e na filosofia idealista de Hegel, por outro<sup>105</sup>, a classificação da teoria da pena de Jakobs, dentre as correntes preventivistas e retributivistas, é controvertida na doutrina.

<sup>102</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan e HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Madrid: Trotta, 2006. p. 189.

<sup>103</sup> A conclusão valeria até mesmo para os chamados delitos de mera conduta, pois, conforme alertam os autores, o resultado naturalístico, exigido tipicamente somente para os crimes de resultado, “*no es más que la manifestación exterior de una determinada acción típica (constatable empíricamente)*” e não deve “*ser confundido con el resultado de afección real del bien jurídico (valorativo)*... *Este último es un resultado valorativo necesario para la comprobación de que la antijuridicidad está en todos los delitos y se concreta en la afección real del bien jurídico (nullum crimen sine iniuria)*” (BUSTOS RAMÍREZ, Juan e HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Madrid: Trotta, 2006. p. 190).

<sup>104</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução para o espanhol de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 13-14.

<sup>105</sup> Geralmente associado exclusivamente ao pensamento luhmanniano, Peñaranda Ramos adverte que a doutrina da pena de Jakobs tem também forte influência hegeliana, muito embora seja contrário a sua classificação como retributivista: “*A mecânica correlação que geralmente se estabelece entre a construção da teoria da prevenção geral positiva por parte de Jakobs e a teoria de sistemas resulta inexata pelo fato de que a Sociologia do Direito de LUHMANN é só um dos materiais do edifício erguido por aquele autor. A influência, desde logo, existe e nunca foi negada por Jakobs, mas, como ele mesmo se encarregou recentemente de assinalar, é mais limitada do que em geral se supõe. Junto a essa influência, se manifesta, abertamente, na concepção da prevenção geral positiva de Jakobs, o influxo, de modo algum menor, de uma tradição filosófica que remonta, ao menos, até HEGEL, e o de uma corrente de pensamento jurídico-penal que percorre quase todo o século XIX e, de forma mais oculta, quase subterrânea, chega até nossos dias*” (PEÑARANDA RAMOS, Enrique *et al.* *Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 15).

Embora a maior parte dos autores classifique a teoria da pena de Jakobs dentre as teorias relativas, principalmente em razão da própria denominação adotada por ele em seu Tratado (“*prevención general mediante el ejercicio en el reconocimiento de la norma*”)<sup>106</sup>, parece-nos que a proposta atualmente defendida pelo autor está muito mais próxima das teorias baseadas na pura retribuição jurídica do que daquelas fundadas nos efeitos propriamente preventivos em relação à ocorrência de delitos futuros. Pelo menos, é essa a impressão que se tem ao ler seus escritos mais recentes<sup>107</sup>:

“Nessa concepção, a pena não é tão-somente um meio para manter a identidade social, mas já constitui essa própria manutenção. Certamente, pode ser que se vinculem à pena determinadas esperanças de que se produzam conseqüências de psicologia social ou individual de características muito variadas, como, por exemplo, a esperança de que se mantenha ou solidifique a fidelidade ao ordenamento jurídico. Mas a pena já significa algo independente dessas conseqüências: significa uma autocomprovação”.<sup>108</sup>

Como se percebe, apesar de aderir ao pensamento de Luhmann e reconhecer que o direito pode ter repercussões no sistema social mais abrangente, estabilizando as expectativas normativas, Jakobs descarta que este seja o fim último da sanção penal. Na sua visão, a pena “*não tem um fim, mas constitui em si mesma a obtenção de um fim, scil, a constatação da realidade da sociedade sem trocas*”<sup>109</sup>. Para ele, as chamadas teorias da prevenção geral positiva teriam efeito demasiado psicologizante<sup>110</sup> e estariam baseadas em finalidades que

<sup>106</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução para o espanhol de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 18.

<sup>107</sup> Quem alerta para o fato da transformação dos conceitos utilizados por Jakobs ao longo do tempo é, de novo, Enrique Peñaranda Ramos: “*Jakobs não descreveu sempre, do mesmo modo, entrando, a forma pela qual, mais concretamente, o Direito Penal presta tal garantia à sociedade. Em particular, produziram-se variações muito significativas no que se refere ao papel que desempenha um elemento particularmente discutido, o do ‘exercício da fidelidade no Direito’, em sua concepção da prevenção geral (positiva)*” (PEÑARANDA RAMOS, Enrique et al. *Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 1).

<sup>108</sup> JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. p. 4.

<sup>109</sup> JAKOBS, Günther. *Teoria da pena e o suicídio e homicídio a pedido*. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. p. 18. Nesse texto mais recente, Jakobs já coloca em dúvida a propriedade de se referir à sua doutrina da pena como preventiva geral positiva, tal como inicialmente trabalhado em seu Tratado: “*A prevenção geral positiva – se é que se quer fazer uso desse termo – não deve denominar-se prevenção geral porque garante o genérico, melhor dito, o geral, isto é, a configuração da comunicação; por outro lado, não se trata de prevenção porque se quer alcançar algo por meio da pena, mas porque esta, como marginalização do significado da ação em si mesma tem como efeito a vigência da norma*” (Ob. cit., p. 26-27).

<sup>110</sup> “*O resultado alcançado – a pena como confirmação da configuração da sociedade – tem pontos de estreito contato com uma teoria recente de acordo com a qual a pena tem a missão preventiva de manter a norma como esquema de orientação, no sentido de que aqueles que confiam numa norma devem ser confirmados em sua confiança. Fala-se de prevenção geral positiva – não intimidatória –, é dizer, de uma confirmação perante todos. Essa teoria da prevenção geral positiva não carece de antecessores, porém, é próxima, por sua vez, à doutrina de Welzel segundo a qual o Direito Penal tem uma ‘função ético-social’, que forma ‘o juízo ético-social dos cidadãos’. Não se pretende realizar aqui uma crítica a essas teorias; porém em sua formulação – e se trata muito mais de questões de configuração que de questões materiais – chegam a uma configuração*”



fogem à linguagem lícito/ilícito, própria do subsistema jurídico. Por isso, “*deve-se manter a sanção livre de todas as adições que parecem impor-se quando se toma em consideração de algum modo a situação motivacional dos indivíduos*”<sup>111</sup>, ainda que sua aplicação prática possa, eventualmente, ter alguma influência na conduta futura dos membros da sociedade.

Assim, ao contrário do que sustentam tradicionalmente os seguidores da doutrina da prevenção geral positiva, a pena, para Jakobs, não se aplica para reforçar a confiança dos indivíduos na validade da norma, ainda que tal efeito possa eventualmente ocorrer no âmbito daquilo que é considerando meio ambiente para o direito penal: o sistema social. Na verdade, o simples ato de aplicar a pena em razão da violação da norma proibitiva já satisfaz as exigências de justificação do subsistema jurídico, pois confirma sua validade interna. As influências que o funcionamento desse subsistema possam gerar sobre o meio social são irrelevantes, pois nada dizem em termos de licitude/ilicitude. No final das contas, o que interessa é apenas a “*manutenção da vigência da norma*”, pouco importando os efeitos práticos que essa vigência – ou a ausência dela – possa representar para os indivíduos que compõem a sociedade<sup>112</sup>. Nesse sentido, é mesmo sintomática a admissão feita pelo próprio autor acerca da proximidade entre sua teoria da pena e aquela defendida por Hegel, cuja classificação dentre as retributivistas já é assente na doutrina:

“Quanto aos resultados alcançados, o aqui exposto deve seus elementos principais à teoria da pena de Hegel. Em sua terminologia se diz que a ‘lesão do Direito enquanto Direito’ é ‘nula em si mesma’, aqui se afirma que a violação da norma não é determinante para a sociedade real. Na obra de Hegel se diz ademais que a nulidade se mostra na destruição da infração do Direito, aqui se afirma que o caráter não determinante pode observar-se na exclusão do geral com o infrator da norma”<sup>113</sup>.

Esse caráter tautológico que a pena assume na obra de Jakobs irá contaminar todo o direito penal, que passa a ser visto como um sistema autopoietico (autoreferenciado), cuja

---

*demasiado psicologizante*” (JAKOBS, Günther. *Teoria da pena e o suicídio e homicídio a pedido*. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. p. 25).

<sup>111</sup> JAKOBS, Günther. *Teoria da pena e o suicídio e homicídio a pedido*. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. p. 18.

<sup>112</sup> “*A pena é um processo de comunicação, e por isso seu conceito tem de estar orientado em atenção à comunicação e não deve ser fixado com base nos reflexos ou nas repercussões psíquicas da comunicação. A confiança na norma ou a atitude conforme o Direito dos cidadãos tão-somente são derivadas da realidade da sociedade, que é o único decisivo. Pode acontecer que se deseje alcançar determinados processos psíquicos como conseqüências da comunicação da norma por meio da pena pública, porém não formam parte do conceito de pena. Este – e isto é o que se tentou demonstrar aqui – se esgota em que a pena significa a permanência da realidade normativa sem modificações*” (JAKOBS, Günther. *Teoria da pena e o suicídio e homicídio a pedido*. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. p. 26).

<sup>113</sup> JAKOBS, Günther. *Teoria da pena e o suicídio e homicídio a pedido*. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. p. 20-21.

missão se esgota no funcionamento do próprio sistema em si, independentemente de qualquer repercussão externa.

Assim, se para Roxin o direito penal, como parte integrante do programa político-constitucional de garantias, não pode ter outra finalidade que não a proteção subsidiária de bens jurídicos, para Jakobs, a função do direito penal será aquela que o próprio direito penal vier a atribuir a si mesmo, ou seja: se alguma norma incriminadora incluir a afetação do bem jurídico como condição para a aplicação da pena, nenhuma razão prática ou teórica poderá ser invocada para encabular tal exigência legislativa; de outro lado, se a norma incriminadora, por qualquer razão política que seja, contentar-se com a simples exteriorização da vontade contrária ao comando legal, então tampouco haverá espaço para considerações éticas ou pragmáticas com vistas ao questionamento da legitimidade da incriminação. Em outras palavras, o conteúdo do injusto, para Jakobs, está formado por aquilo que a própria norma vier a estabelecer, podendo se esgotar no simples comando imperativo ou vir combinado a algum critério valorativo complementar, como a afetação do bem jurídico, por exemplo.

Com isso, a ideia de bem jurídico, que no funcionalismo teleológico assume um lugar central, passa a desempenhar um papel não mais do que coadjuvante no funcionalismo sistêmico, podendo, ou não, ser incluída no conceito de injusto, a critério do legislador:

“Puede intentarse presentar al Derecho Penal como protección de bienes jurídicos, pero sólo de modo bastante forzado. El Derecho es la estructura de la relación entre personas, que a su vez pueden representarse como titulares de determinados roles; la determinación del comportamiento no permitido a través de diversos institutos de la así llamada teoría de la imputación objetiva – actualmente ampliamente reconocida – obliga, al tener en cuenta el contexto social, a determinar un rol social incluso para los deberes negativos. Los deberes positivos (aquellos que derivan de instituciones especiales) son deberes en roles especiales y no son susceptibles de ser formulados como deberes de respetar bienes existentes. No existe un límite inamovible entre el bien jurídico y la infracción moral. La doctrina del Derecho Penal como protección de bienes jurídicos tampoco realiza contribución alguna en la limitación de la anticipación de la punibilidad; en los delitos contra el medio ambiente conduce a tesis extrañas. Un contenido genuinamente liberal de esta teoría es mera opción política. La teoría del Derecho Penal como protección de la vigencia de la norma demuestra su validez especialmente en la teoría de los fines de la pena: el hecho es una lesión de la vigencia de la norma, la pena es su eliminación”.<sup>114</sup>

Desta forma, chega-se à conclusão de que o conceito de injusto penal em Jakobs não tem qualquer conteúdo material obrigatório. Bem ao contrário, a noção de injusto penal, como a do próprio direito como um todo, se esgota na ideia de uma fôrma, um recipiente, ao qual pode, ou não, ser agregado algum tipo de ingrediente. O exemplo do *strudel* e da uva passa (que no Brasil poderia ser substituído pela empada e a azeitona), apresentado pelo próprio

---

<sup>114</sup> JAKOBS, Günther. *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Tradução para o espanhol de Manuel Cancio Meliá. Mendoza: Cuyo, 2004. p. 63.

autor em seu Tratado, ilustra bem esse ponto de vista pretensamente neutro acerca da relevância, ou não, do desvalor do resultado para a caracterização do injusto:

“En definitiva, nada obliga a la formación de conceptos de acción y de injusto desvinculados del resultado, y que por lo tanto no serían determinantes como base de la pena. Sin embargo, tampoco son adecuados los conceptos en los que el resultado contribuye imprescindiblemente a condicionar a la acción y el injusto, dada la punibilidad de la tentativa (...). Así pues, queda la alternativa de definir el resultado como componente de la acción y del injusto, sin que, sin embargo, este componente sea necesario o suficiente, al igual que – por expresarlo con un ejemplo – las uvas pasas pueden ser parte de un pastel, sin que todo pastel deba contener pasas. Formulado con otras palabras: El resultado complementa la acción de tentativa, convirtiéndola en acción de consumación, así como convirtiendo el injusto de tentativa en injusto de consumación”.<sup>115</sup>

À primeira vista, poder-se-ia relacionar o modelo funcionalista sistêmico de Jakobs também às concepções dualistas moderadas de injusto penal, segundo as quais o desvalor do resultado pode, ou não, fazer parte da matéria incriminada, de acordo com a estrutura típica adotada caso a caso pelo legislador. Essa, no entanto, não parece ser a conclusão mais acertada.

É que, ao substituir a idéia de bem jurídico pela de vigência da norma, Jakobs deixa claro que o que importa no momento da incriminação é a preservação da expectativa legítima que todos os participantes de determinado âmbito social têm de que os demais se comportarão de acordo com os padrões normativos vigentes. A peculiar concepção de imputação objetiva defendida pelo autor, aliás, é bastante indicativa disso que estamos dizendo<sup>116</sup>.

O simples fato de algumas normas condicionarem a punição da conduta à afetação efetiva ou potencial de algum bem jurídico não desnatura seu caráter nitidamente imperativo, mas apenas esclarece que a imperatividade neste caso específico, por qualquer motivo político que seja, está vinculada à ocorrência de algum efeito material da conduta. Em todo o caso, o que importa no fundo para o direito penal, não é o mal que a realização da conduta representa para a esfera de existência de terceiros – ainda que isso, eventualmente, seja exigido para a

<sup>115</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução para o espanhol de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 204.

<sup>116</sup> Segundo Jakobs, a função que a teoria da imputação objetiva desempenha na dogmática jurídico-penal é a de restringir as expectativas normativas criadas a partir da edição de tipos legais àquilo que se espera do agente em razão do papel social que ele desempenha num contexto específico. De um padeiro, por exemplo, não se espera que adote cautelas excepcionais para saber qual o uso específico que seu cliente dará ao pão que comprou – se ele o comerá no café da manhã ou se o utilizará como veículo para envenenar seu desafeto. Seu papel social, como padeiro, se restringe à atividade de produzir e vender pão, observando as regras alimentares editadas pelo órgão regulador competente. Qualquer efeito de sua conduta, que extrapole as expectativas legítimas decorrentes desse papel social desempenhado, não pode ser imputado objetivamente ao padeiro, ainda que seja de seu conhecimento o uso ilícito que o cliente pretende dar ao pão que está comprando (vide a respeito: JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Tradução para o espanhol de Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, em especial, p. 20-21).

caracterização de alguns injustos –, mas exclusivamente a constatação de que o padrão de comportamento imposto pela norma foi inobservado pelo agente.

A situação, portanto, é diferente daqueles autores que aderem à concepção dualista moderada do injusto. Para estes, a casual exigência de um resultado de lesão ou perigo para o bem jurídico não é um dado indiferente em termos normativos, mas sim um dado que, quando exigido pelo tipo, soma ao desvalor da ação um desvalor do resultado, justificando, assim, uma punição mais rigorosa do injusto praticado. Há, neste caso, uma afetação mais grave do bem jurídico, o que não existe no modelo jakobsiano, onde qualquer violação ao caráter imperativo da norma, esteja ela fundada ou não na ofensa de algum bem jurídico, é sempre razão suficiente para a punição do infrator.

É certo que Jakobs não chega a rejeitar a idéia de punição diferenciada entre os delitos consumados e os tentados, tal como o fazem os subjetivistas radicais. Na opinião de Sancinetti, contudo, essa seria uma contradição interna no pensamento jakobsiano, vez que, a partir de seu conceito de pena “*como reparación del daño a la vigencia de la norma*”, não haveria como seguir concedendo ao resultado qualquer relevância no âmbito do injusto penal, senão como expressão de um irracional naturalismo<sup>117</sup>. Assim, ao fim e ao cabo, a proposta funcionalista sistêmica de Jakobs não passa de uma nova roupagem – mais moderna, é verdade – para os mesmos discursos subjetivistas de sempre.

#### 1.4.3. Funcionalismo redutor

Uma concepção funcionalista absolutamente distinta das duas que foram anteriormente abordadas é aquela cunhada pelo penalista argentino Raúl Zaffaroni e que tem em Nilo Batista seu maior representante no Brasil.

Toda a construção original de Zaffaroni está baseada na distinção entre poder punitivo e direito penal. Enquanto o primeiro consiste no “*exercício do poder coativo do estado em forma de pena*”, expressão direta do Estado de polícia não contido pelo Estado de direito, o segundo é “*o ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito*”<sup>118</sup>.

---

<sup>117</sup> SANCINETTI, Marcelo A. Principio de disminución del riesgo versus relevância del disvalor de resultado en la teoría del ilícito. In \_\_\_\_\_ (Comp.). *Causalidad, riesgo e imputación: 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009. p. 571.

<sup>118</sup> ZAFFARONI, E. Raúl *et al. Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 2 v. V. I: Teoria Geral do Direito Penal. p. 40.

Tal distinção, no entanto, só é possível em função da rejeição dos discursos legitimadores da pena privativa de liberdade e da conseguinte adoção de uma “*doutrina negativa e agnóstica da pena*”: negativa, porque “*não concede qualquer função positiva à pena*” e também porque se trata de um conceito “*obtido por exclusão (trata-se de coerção estatal que não entra no modelo reparador nem no administrativo direto)*”; e, agnóstica, porque confessa não conhecer as funções não declaradas que a pena efetivamente realiza. Nesse sentido, a pena, como expressão do poder punitivo, seria somente “*uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes*”<sup>119</sup>.

Segundo a lúcida percepção de Tobias Barreto, a pena é um ato de poder<sup>120</sup>, de maneira que “*quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra*”<sup>121</sup>. É exatamente essa analogia feita por Tobias Barreto entre pena criminal e guerra, ainda no século XIX, que inspira Zaffaroni a relacionar o direito penal com o direito humanitário, cujo papel fundamental é o de refrear o exercício do poder estatal violento e irracional. O “*direito penal apresenta, nesta linha, um modelo semelhante ao do direito humanitário, quando se tenta construí-lo a partir de uma teoria negativa de toda função manifesta do poder punitivo e agnóstica a respeito de sua função latente*”<sup>122</sup>.

Assim, exatamente por entender o direito penal como instrumento de limitação do poder punitivo estatal, Zaffaroni não trabalhará com critérios de imputação objetiva baseados na criação de riscos proibidos ou na realização desses mesmos riscos no resultado<sup>123</sup>. Para ele, o controle da racionalidade da atividade incriminadora se dá no âmbito típico, mais especificamente no que denomina de tipicidade conglobante. A essa categoria do delito cabe aferir se a conduta descrita no tipo penal representa a conflitividade social que é usada pelo poder punitivo como pretexto para sua intervenção. Afinal, “*comprometeria a racionalidade republicana que a intervenção do poder punitivo fosse invocada sem que a conduta houvesse*

<sup>119</sup> ZAFFARONI, E. Raúl *et al.* *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 2 v. V. I: Teoria Geral do Direito Penal. p. 99.

<sup>120</sup> BARRETO, Tobias. Algumas idéias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: \_\_\_\_\_. *Menores e loucos em direito criminal*. 3 ed. Recife: Typographia Central, 1886. Apêndice, p. 143.

<sup>121</sup> BARRETO, Tobias. Algumas idéias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: \_\_\_\_\_. *Menores e loucos em direito criminal*. 3 ed. Recife: Typographia Central, 1886. Apêndice, p. 144.

<sup>122</sup> ZAFFARONI, E. Raúl *et al.* *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 2 v. V. I: Teoria Geral do Direito Penal. p. 109.

<sup>123</sup> Já prevendo os desdobramentos preventivistas da teoria da imputação objetiva, Zaffaroni destaca a importância de não aderir a esse modismo, preferindo “*reafirmar a vigência da teoria da tipicidade conglobante como construção que enseja soluções para os problemas de lesividade e de imputação objetiva refugindo a concessões preventivistas*” (ZAFFARONI, E. Raúl *et al.* *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 2 v. V. II, t. I: Teoria do Delito. Introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. p. 214).

*produzido um conflito jurídico, pela afetação considerável, mediante periclitação ou dano, de um bem jurídico alheio*”<sup>124</sup>. Para o autor, o poder punitivo é um mal, cuja contenção cabe ao direito penal a partir de critérios que evidenciem a existência de conflitos intersubjetivos que, se não justificam a intervenção violenta estatal, ao menos a tornam um pouco menos irracional. Daí porque entende que o injusto é, em última medida, um conflito entre duas ou mais pessoas (de carne e osso).

Sem embargo, mesmo quando seja possível identificar a ocorrência de um conflito abarcado por um tipo legal, é ainda condição para o exercício de um poder punitivo menos irracional a demonstração de que o sujeito da ação podia se conduzir de forma diversa da que agiu. A culpabilidade, portanto, funciona como um segundo dique de contenção da punição criminal: enquanto “*a antijuridicidade visa descartar tudo quanto não caiba considerar-se como um conflito penalmente relevante*”, com a culpabilidade “*propõe-se rejeitar toda pretensão punitiva quando pela produção do conflito penalmente relevante não puder ser responsabilizado o sujeito*”. Esses dois conceitos, antijuridicidade e culpabilidade, não devem ser vistos como expressão de classes de normas distintas, uma de valoração e outra de determinação, tal como tradicionalmente entendido, mas sim como “*critérios normativos de valoração do conteúdo de racionalidade da pretensão punitiva*”. É que, uma vez abandonada qualquer esperança de que a pena exerça funções preventivas, não há que se falar em efeito motivador da norma penal. A norma incriminadora não desvalora condutas e resultados para orientar a atuação do indivíduo, mas sim para aferir o grau de irracionalidade do exercício do poder punitivo<sup>125</sup>.

Tendo esse objetivo redutor em mente, Zaffaroni desenvolverá sua teoria do injusto agregando ao conceito de ação elementos normativamente orientados à contenção do poder punitivo. O próprio conceito de ação – que segundo ele é jurídico e não naturalístico ou ontológico – também deve colaborar “*na tarefa comum de conter e reduzir o exercício do poder punitivo*”. Assim, nada impede que se busque fora do âmbito do injusto, mais precisamente na Constituição e no direito internacional, as bases para a formulação de um conceito pretípico (porém jurídico) de ação, capaz de se impor “*até mesmo ao poder*

---

<sup>124</sup> ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 2 v. V. II, t. I: Teoria do Delito. Introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. p. 27.

<sup>125</sup> ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 2 v. V. II, t. I: Teoria do Delito. Introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. p. 28-29. Nas palavras do próprio autor: “*(...) o importante é a valoração da pretensão do poder punitivo para garantir um mínimo de racionalidade e impedir a intolerável irracionalidade com a qual tal poder pretende exercer-se. Os desvalores da conduta não passam de meios aos quais se recorre para valorar o impulso punitivo e calibrar sua violência: não se trata de valoração ética, que tem outro objeto, alheio por completo ao objetivo de conter e reduzir o exercício do poder punitivo*” (Ob. cit., p. 30).

*criminalizante primário*”. Para Zaffaroni, não é necessário recorrer ao ôntico para que seja preservado o princípio *nullum crimen sine conducta*, que é, antes de mais nada, jurídico. Embora seja certo que toda conduta humana é finalisticamente orientada, há também diversas outras características ontológicas do agir que não foram consideradas por Welzel na construção do seu conceito de ação, tal como a motivação, por exemplo. Ninguém age finalisticamente sem motivos para tanto. Ainda assim, os motivos foram abstraídos pela doutrina para serem tratados na culpabilidade. Daí porque afirma o autor que “*não há um conceito ôntico de ação, mas há limites ônticos à construção jurídico-penal do conceito de ação*”. A escolha de quais desses limites ônticos comporão o conceito jurídico-penal de ação não pode ser feita de forma prejurídica, “*pois do contrário a construção se deduziria da razão e estaríamos teorizando jusnaturalisticamente*”; ela deve, na verdade, recair sobre critérios constitucionalmente estabelecidos, em especial aqueles vinculados ao princípio da lesividade, que vedam qualquer possibilidade de restrição à livre manifestação do pensamento, da liberdade de consciência e de crença; proíbem qualquer privação de direitos em razão de convicção filosófica ou política; asseguram a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, bem como a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, incisos IV, VI, VIII, IX e X, da Constituição da República). Por outro lado, a garantia constitucional do princípio da legalidade (“*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” – art. 5º, inciso II) também delimitaria a intervenção penal a duas formas de exteriorização da conduta: o *fazer* (comissivo) e o *deixar de fazer* (omissivo)<sup>126</sup>. Por isso,

“Um conceito jurídico-penal de ação que realce sua finalidade como seu componente de sentido não apenas respeita os pressupostos ônticos da construção como também é idôneo para abranger as formas e modalidades típicas facultadas pela Constituição. A ação exteriorizada conforme a um sentido pode estar proibida num tipo penal porque este proíbe uma ação com tal sentido, seja quando ela se concretiza no mundo, seja quando a ação altera o mundo para que ele se concretize, de acordo com certas pautas imputativas objetivas e subjetivas. Pode o tipo exigir que da ação exteriorizada resulte certo efeito (necessariamente diferente dela), ou contentar-se com que a exteriorização se esgote em si mesma. Estes são os tipos dolosos ativos (ou comissivos), consumados e tentados, de resultado ou de simples atividade, e sem dúvida se estruturam sobre ações finais, porquanto justamente delas se valem para caracterizar a matéria valorada”.<sup>127</sup>

A possibilidade constitucional do direito penal se satisfazer com a simples exteriorização de uma conduta, contudo, independentemente de qualquer resultado dela

<sup>126</sup> ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 2 v. V. II, t. I: Teoria do Delito. Introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. p. 100-103.

<sup>127</sup> ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 2 v. V. II, t. I: Teoria do Delito. Introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. p. 107.

separado, não quer dizer, conforme advertirá expressamente Zaffaroni, que o resultado lesivo ou efetivamente perigoso não seja uma exigência de todo e qualquer injusto, mas tão somente que ele, ao contrário da conduta, não pode ser definido em termos pretípicos:

“Postula a Constituição que os tipos contemplem condutas conflitivas, ou seja, um fazer ou um deixar de fazer alguma coisa que lesione outrem. Para que este fazer alguma coisa seja uma ação, é indispensável tenha ele um sentido, orientando-se no mundo segundo certas representações, independentemente de que tal sentido seja designado por finalidade ou por qualquer outro termo, ou seja, independentemente de se ter conscientemente de ser instauração do conflito ou de se tê-lo provocado pela negligente transgressão de deveres de cuidado. É um sentido que deve necessariamente exteriorizar-se no mundo, porque caso contrário nunca chegaria a instaurar-se um conflito (não se lesionaria outrem). Isto significaria que, em qualquer conceito jurídico-penal de ação, sua exteriorização deveria situar-se pretípicamente, pois se assim não fosse o tipo estaria se ajustando a um vazio, ou estaria criando uma exteriorização. Entretanto, é claro que os efeitos exteriorizados da ação não podem conservar-se em nível pretípico, porque integram fundamentalmente a função jurídica de definição do conflito, que seria irrealizável sem a mediação metodológica do tipo”<sup>128</sup>.

É no plano da tipicidade, portanto, que iniciará Zaffaroni a análise da existência, ou não, de um conflito intersubjetivo que torne menos irracional a intervenção punitiva estatal. Para ele, os tipos são “*fórmulas que a lei emprega para caracterizar os pragmas conflitivos a cujas condutas cominou pena*”<sup>129</sup>. Já o pragma conflitivo, por sua vez, seria a combinação típica de “*certa ação e certo reconhecível produto dela, que reconfiguraram o mundo de certa maneira conflitiva*”<sup>130</sup>. A constatação da presença do pragma conflitivo no tipo se daria, segundo o autor, em duas etapas. Num primeiro momento, o tipo desempenharia uma *função sistemática*, consistente na comprovação: (i) da mutação física ocorrida no mundo como efeito de uma ação; (ii) dos elementos particulares requisitados pelo tipo; e (iii) do nexo de causalidade entre a mutação física e a ação, ou seja, a função sistemática se limitaria a uma “*fixação primária ou elementar da matéria da proibição, pela apreensão dos componentes objetivos que emergem da análise isolada do tipo*”. Somente num segundo momento, o tipo desempenharia uma *função conglobante*, encarregada de aferir se aquele pragma formalmente “*típico é realmente conflitivo*”, ou seja, se ele: (i) importa numa lesão de certa relevância para o bem jurídico; (ii) está dentro do espectro de proibição da norma; (iii) pode ser imputado ao

<sup>128</sup> ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 2 v. V. II, t. I: Teoria do Delito. Introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. p. 104.

<sup>129</sup> ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 2 v. V. II, t. I: Teoria do Delito. Introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. p. 125.

<sup>130</sup> ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 2 v. V. II, t. I: Teoria do Delito. Introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. p. 105.



agente como obra sua. Assim, somente haverá tipicidade objetiva da ação quando “*se tenham esgotado ambas as funções do tipo objetivo (a sistemática e a conglobante)*”<sup>131</sup>.

Ao inserir o pragma conflitivo no próprio conceito de tipo conglobante, Zaffaroni é levado a reconhecer que nunca poderá haver tipicidade sem ofensa a um bem jurídico, venha ela expressa numa lesão (dano) ou num perigo. Assim, mesmo nos delitos tentados e nos delitos de perigo abstrato o injusto só estará aperfeiçoado com a combinação do tipo subjetivo, formado pelo dolo, ao tipo objetivo, que inclui a efetiva afetação do bem jurídico. Desta forma, seria insatisfatório o critério desenvolvido pela teoria da imputação objetiva para verificar a capacidade lesiva da conduta como requisito objetivo suficiente para a formação de alguns tipos de injusto, uma vez que, ainda que a conduta seja potencialmente lesiva *ex ante*, a verificação da efetiva colocação do bem jurídico em perigo, no mundo real, só pode ser feita após a ocorrência dos fatos, portanto *ex post*. É claro, diz ele, que “*todo perigo deve ser valorado ex ante, sob condição de que não se trate de um exercício de pura imaginação sem qualquer sustentação na realidade*”. No entanto, “*em toda a situação real deve ser estabelecido se houve ou não perigo para o bem jurídico, e à resposta negativa corresponderá sempre a atipicidade objetiva da conduta*”<sup>132</sup>.

No que pertine ao conteúdo do injusto penal, portanto, a concepção funcionalista redutora de Zaffaroni pode ser classificada como dualista rigorosa, ao lado dos posicionamentos já abordados de Nino e Bustos Ramírez/ Homozábal Malarée, eis que exige para a configuração de qualquer espécie de delito, ainda que na modalidade tentada, a efetiva concorrência do desvalor do resultado.

### 1.5. Tomada de posição: adesão ao dualismo rigoroso

O debate tradicional em torno do conteúdo do injusto está dividido, como visto ao longo deste capítulo, em três correntes básicas: a monista-subjetiva, a dualista moderada e a dualista rigorosa. Dessas três, apenas a primeira e a terceira são excludentes entre si, ou seja: uma vez que se admita como correta a concepção monista-subjetiva se estará, automaticamente, negando validade à concepção dualista rigorosa, e vice-versa. Isto porque, enquanto os subjetivistas vêem a inclusão do resultado no injusto como uma interferência indevida da sorte no juízo de atribuição de responsabilidade penal, o que violaria o princípio

<sup>131</sup> ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 2 v. V. II, t. I: Teoria do Delito. Introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. p. 159-161.

<sup>132</sup> ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 2 v. V. II, t. I: Teoria do Delito. Introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. p. 223-224.

da culpabilidade, os objetivistas, por sua vez, acreditam que a admissão de injustos baseados no puro desvalor da ação violaria outro princípio fundamental do direito penal – o da lesividade –, motivo por que não admitem, em hipótese alguma, a existência de injusto sem desvalor do resultado. A posição intermediária, por sua vez, não rejeita a validade de qualquer das outras duas, admitindo a legitimidade de incriminações fundadas, tanto no puro desvalor da ação, quanto na combinação deste com um eventual desvalor do resultado, desde que essa circunstância seja expressamente exigida pelo tipo penal. O segredo para conseguir reunir, num só modelo de injusto, construções que aos olhos das outras correntes são diametralmente antagônicas está na flexibilização dos princípios envolvidos: para os dualistas moderados, nem o princípio da culpabilidade impede que se incluam os efeitos causais da ação no objeto do juízo de responsabilidade penal, nem o princípio da lesividade exige uma efetiva afetação causal do bem jurídico para a materialização do ilícito.

Assim, para fundamentar nossa adesão à concepção dualista rigorosa do injusto, nos dedicaremos nesse último subcapítulo a: primeiro, explicar por que, a nosso juízo, a decisão de levar em conta os efeitos causais da ação no juízo de responsabilização penal não viola o princípio da culpabilidade; segundo, explicar por que uma interpretação do princípio da lesividade coerente com o ponto de vista redutor do poder punitivo, ao qual nos filiamos, não pode se satisfazer com a mera tendência da conduta à afetação do bem jurídico ou mesmo com sua potencialidade lesiva, exigindo, ao revés, uma concreta alteração do mundo externo que interfira, de forma danosa ou perigosa, na esfera de existência de terceiros.

O primeiro problema acima colocado está relacionado exatamente àquilo que constitui a espinha dorsal do pensamento subjetivista: a ideia de que só deve entrar na constituição do injusto penal o que possa ser rigorosamente atribuído à culpabilidade do agente, ou seja, a exteriorização de uma vontade contrária à norma. Tudo mais, qualquer efeito causal da ação dolosa ou culposa do agente, por fugir inteiramente ao seu controle e depender exclusivamente da sorte, deve ficar excluído do juízo de responsabilidade penal e, por conseguinte, não pode fazer parte do injusto<sup>133</sup>.

Na opinião do subjetivista Marcelo Sancinetti, esta limitação da culpabilidade à pura decisão de atuar de forma contrária à norma seria uma característica comum dos juízos jurídico e moral de atribuição de responsabilidade<sup>134</sup>, na medida em que ambos assentariam

---

<sup>133</sup> Assim, por exemplo: SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991. p. 62-63.

<sup>134</sup> Nas palavras do próprio autor: “(...) *tiene que ser un principio igualmente válido para el derecho, como para el pensamiento ético, que la decisión a actuar en contra la norma marca la medida de la culpabilidad por el correspondiente ilícito. Moral y derecho no tienen que distinguirse, entonces, por la naturaleza de aquello que*

sua análise valorativa exclusivamente naquilo que é expressão do livre arbítrio humano, e não nas conseqüências mais ou menos azarosas dessa atuação.

O problema é que, mesmo no campo da filosofia, essa ideia de raiz kantiana de que juízos morais sobre ações humanas não podem levar em conta a concorrência de qualquer evento fortuito é, conforme demonstrado por Tobías Schleider<sup>135</sup>, tudo menos pacífica.

Em termos puramente intuitivos, afirma Schleider, poderia até parecer correto sustentar a completa exclusão da sorte do âmbito dos julgamentos morais. O problema é que essa separação rigorosa dificilmente se verifica na prática. Como regra, o que se observa é que existe uma série de fatores mais ou menos azarosos que fazem parte do caráter, dos estados mentais e mesmo das ações dos sujeitos e que, inevitavelmente, acabam influenciando nos juízos morais que sobre eles se formula. Assim, embora se costume falar que a sorte não deve interferir nos julgamentos morais, a verdade é que são muitos os exemplos em que tal tipo de interferência efetivamente acontece. Foi exatamente para descrever essa ocorrência um tanto inconveniente, aliás, que o filósofo inglês Bernard Williams cunhou a expressão “sorte moral”<sup>136</sup>.

Para melhor compreender as influências que a sorte pode exercer sobre as atividades humanas e viabilizar uma conclusão sobre se ela deve, ou não, pesar nos juízos morais, Thomas Nagel propôs uma divisão da “sorte moral” em quatro categorias distintas<sup>137</sup>. A primeira delas, denominada sorte “resultante” ou “conseqüencial”, consiste na superveniência casual de um fator estranho à intenção e ao controle do agente, que impede que sua ação seja executada nos exatos termos por ele idealizados. O exemplo dos francoatiradores André e Andrés, formulado por Schleider, ilustraria bem essa modalidade de sorte. Ambos querem matar o Presidente e se posicionam em pontos equidistantes da vítima para alvejá-la com o disparo de um fuzil de alta precisão. Embora os armamentos e munições sejam rigorosamente

---

*puede constituir el objeto, el contenido, de un deber: el acto de voluntad. Sólo se distinguen por la respuesta a la pregunta de cuáles son los actos de voluntad que están moralmente prohibidos, y los que es legítimo prohibir jurídicamente. En una palabra, cuáles son las normas morales, y cuáles las jurídicas: cuáles son los respectivos juicios de valor (primarios) que les son respectivamente subyacentes. Fuera eso – que es todo lo decisivo desde el punto de vista de las garantías del Estado de derecho (democrático) –, no existe – a mi juicio – ninguna diferencia relevante”* (SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991. p. 103).

<sup>135</sup> SCHLEIDER, Tobías. *Acción y resultado: un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011. A obra do penalista argentino nos servirá de guia nessa tarefa de demonstrar o quanto pode ser controvertida a assertiva tomada como premissa pelos subjetivistas, no sentido de que qualquer interferência de fatores azarosos sobre o juízo de responsabilidade penal feriria de morte o princípio da culpabilidade.

<sup>136</sup> SCHLEIDER, Tobías. *Acción y resultado: un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011. p. 130.

<sup>137</sup> SCHLEIDER, Tobías. *Acción y resultado: un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011. p. 131-136.

idênticos, a trajetória da bala de André é desviada por uma rajada de vento muito forte e inesperada, fazendo com que vá se alojar numa parede próxima. A bala de Andrés atinge a cabeça do Presidente em cheio, causando sua morte. Nesse caso, pode-se dizer que a sorte resultante ou consequencial contribuiu para que o plano de André não se consumasse.

Diferente dessa é a sorte denominada de “circunstancial”, que compõe a segunda categoria proposta por Nagel. Nesse caso, o que se analisa é a influência que as circunstâncias em que é praticada a conduta têm sobre a própria decisão do indivíduo de comportar-se desta ou daquela maneira. Por exemplo: Josef, um cidadão alemão que colaborou com o regime nazista, poderia ter tido uma vida inofensiva se Hitler não tivesse chegado ao poder. José, por outro lado, poderia ter seguido o mesmo caminho de Josef, caso sua família não tivesse deixado a Alemanha poucos anos antes de o partido nacional-socialista chegar ao poder. Neste último caso, diz-se que houve sorte “antecedente” ou “causal” (terceira categoria), assim entendida aquela que está relacionada a circunstâncias antecedentes mais gerais e distantes no tempo do que aquelas que coexistem com a ação.

Por fim, alerta Nagel para o fato de que a sorte pode estar relacionada não apenas com a situação externa do que fazemos, mas também com o tipo de pessoa que somos (nossas inclinações, disposições, temperamento, etc), o que permite identificar uma quarta categoria de sorte: a sorte moral “constitutiva”. Nesse sentido, dirá Schleider *“descalificar a alguien por su egoísmo involucraría a esta suerte moral ‘constitutiva’, ya que esa nota de su carácter está determinada por factores, desde genéticos hasta sociales, que pueden considerarse azarosos”*<sup>138</sup>. Ademais, uma vez que entendamos nossas ações como parte daquilo que somos, não há como deixar de reconhecer que a sorte também interfere, ainda que indiretamente, em nossa conduta, sendo inevitavelmente abrangida pelos juízos morais que acerca desta se venha a realizar.

Na visão de Schleider, e para os específicos propósitos de sua investigação<sup>139</sup>, é possível confrontar a “sorte moral resultante” com as demais categorias propostas por Nagel, agrupando essas últimas num conceito único de sorte, tal como faz, por exemplo, Zimmerman, que opõe à sorte resultante uma categoria única denominada “sorte situacional”, que englobaria as outras três (constitutiva, antecedente e circunstancial).

Mais importante do que a classificação em si, no entanto, o esforço teórico de Nagel teria servido para evidenciar que a sorte moral efetivamente existe e que, por conta disso, os

<sup>138</sup> SCHLEIDER, Tobias. *Acción y resultado: un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011. p. 134.

<sup>139</sup> Qual seja, testar a resistência teórica dos argumentos invocados pelos subjetivistas para justificar uma igual punição dos delitos tentados e consumados.

juízos morais estariam diante de uma situação paradoxal: se a sorte interfere nas manifestações humanas em diferentes estágios de sua formação e se o juízo moral, tal como o entendemos tradicionalmente, está ancorado na liberdade individual de agir dessa ou daquela maneira, como seguir admitindo a possibilidade de juízos morais válidos?

Tal indagação não foi respondida por Nagel, que apenas explicitou a existência do paradoxo. Para um grupo representativo de autores, contudo, dentre os quais Schleider destaca o nome de Eduardo Rivera López, a distinção entre “sorte consequencial” (ou resultante) e “sorte circunstancial” seria fundamental para esclarecer em que medida a exclusão da primeira e a admissão da segunda nos juízos morais não violaria a premissa kantiana de que apenas aquilo que é produto do livre arbítrio humano lhe pode ser imputado.

É que, segundo defende Rivera López, os fatores que caracterizam a sorte circunstancial já seriam de conhecimento do sujeito no momento em que decide atuar, de modo que ele sabe que o sucesso de sua ação depende, em parte, de circunstâncias que estão fora de seu controle. Na sorte consequencial, por sua vez, os fatores que concorrem para o desfecho da atuação humana surgem quando o indivíduo já está decidido a atuar de determinada maneira, de modo que eles certamente não tomaram parte no processo decisório, razão por que não podem ser moralmente imputados ao agente. A questão, portanto, na visão deste e de outros tantos autores, está diretamente ligada à determinação do que é e do que não é passível de controle pelo sujeito. Afinal, é exatamente *“la inmanejabilidad de la suerte (...) lo que da pie a la exigencia de que sólo sea objeto de reproche aquello que está dentro de la esfera de dominio del agente”*<sup>140</sup>. Assim, uma vez que as circunstâncias antecedentes estão

---

<sup>140</sup> Há outros autores, lembra Schleider, que preferem associar a idéia de sorte àquilo que acontece contra todo prognóstico, ou seja, com aquilo cuja probabilidade de ocorrência é muito baixa. Rescher, por exemplo, considera que a sorte é uma propriedade dos eventos que varia inversamente com a probabilidade de sua ocorrência e proporcionalmente com seu valor. Assim, pode-se dizer que uma pessoa tem mais sorte se obtém um resultado cuja chance de ocorrência é de uma em um milhão do que outra que o atinge num universo de mil possibilidades, como também é “mais sortudo” aquele que ganha um milhão de reais em relação ao que é contemplado com apenas mil reais num mesmo jogo. Ainda segundo Schleider, a maioria dos eventos em que a sorte joga algum papel pode ser satisfatoriamente explicada com qualquer dessas duas idéias principais (sorte como perda de controle ou sorte como probabilidade), mas existem alguns casos em que uma ou outra forma de explicação revela-se insuficiente. Por exemplo: que o sol saia amanhã é um evento que está fora do controle de qualquer pessoa. Ainda assim, não seria sensato afirmar que alguém terá sorte caso o sol venha realmente a sair amanhã. Afinal, a probabilidade de que isso ocorra é altíssima. De outra parte, a baixa probabilidade de ocorrência de um evento nem sempre faz com que sua verificação efetiva possa ser atribuída ao puro acaso. Pense-se num malabarista com a habilidade para repetir inúmeras vezes um número de rara destreza: ninguém diria, ao final de sua enésima apresentação, que ele teve sorte na execução do ato. A partir desses exemplos problemáticos, o que alguns autores propõem é um *“concepto ‘híbrido’ de suerte, que combine tanto la falta de control como la improbabilidad”*, de modo que *“el grado de suerte involucrado en la ocurrencia de un evento particular”* seja *“inversamente proporcional tanto respecto de la probabilidad de que suceda como del grado del control que el agente tiene sobre esa ocurrencia”*. No entanto, se se restringe o debate às situações que envolvem um agir humano e não também eventos naturais (como o nascer do sol, por exemplo), então o critério da perda do controle pode ser considerado a concepção que prevalece no debate em torno da sorte moral

entre os fatores necessários que levaram à formação do ato de vontade, Rivera López consente que elas – ao contrário das conseqüências desse ato – possam jogar um papel no juízo moral, embora entenda, no fundo, que “ningún conjunto de factores es suficiente para explicar ese acto de voluntad”, eis que “el hombre es a ese respecto un ‘motor inmóvil’, una causa sui: él y no otro evento es lo que origina su acto de voluntad”<sup>141</sup>.

Vincular o conceito de sorte à idéia de controle, no entanto, conduz a um novo problema, qual seja, o de “determinar qué significa ‘control’ en el marco de la discusión”<sup>142</sup>. Uma primeira aproximação à idéia de controle poderia trazer a impressão de que só se estaria livre da sorte moral quando o sujeito atuasse com “un control ‘total’, o ‘completo’, de aquello por lo que se lo responsabiliza”, de modo que sua contribuição para o evento (seja este uma simples decisão, uma ação, as conseqüências de uma ação, ou alguma conjunção desses elementos) possa ser considerada como “condição suficiente”<sup>143</sup> da ocorrência daquele. Ocorre que, conforme adverte Schleider, “el control total no puede ser ostentado por nadie, nunca: todo control que podamos tener es como mucho parcial”. Quanto a isto, basta ver que qualquer pessoa, para ter controle sobre algo, precisa, quando menos, haver nascido viva; e isso já é, por si só, uma “condição necessária” que está fora da esfera de controle individual. Portanto, “con la condición de control solo podría estar requiriéndose que el agente controle parcialmente (y no, en cambio, de manera total) el objeto de reproche”, no sentido de que aporte uma “condição necessária” – embora não seja por si só “suficiente” – para sua ocorrência. Contudo, ao se admitir a formulação de juízos morais a partir de meras “contribuições necessárias”, ou seja, bastando que o indivíduo tenha “controle parcial” sobre o ocorrido, não se está fazendo outra coisa senão reconhecendo que outros fatores não dominados pelo agente (isto é, a sorte) jogam um papel relevante na atribuição de responsabilidade pelo ocorrido. Para tentar fugir desse problema, muitos autores acabam

---

(SCHLEIDER, Tobias. *Acción y resultado: un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011. p. 136-143).

<sup>141</sup> SCHLEIDER, Tobias. *Acción y resultado: un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011. p. 179-180.

<sup>142</sup> Cf. SCHLEIDER, Tobias. *Acción y resultado: un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011. p. 143-155.

<sup>143</sup> Uma “condição suficiente” distingue-se de uma “condição necessária” por não necessitar da concorrência de nenhuma outra contribuição causal para explicar o objeto da reprovação. Usando uma linguagem lógica, pode-se dizer que: “*P es una condición suficiente de Q si en caso de que ocurra P, ocurrirá asimismo Q; esto significa que la presencia de P basta para asegurar la presencia de Q. Aplicados estos conceptos a la intervención de un agente, resulta que una acción X es condición suficiente de una consecuencia C si y solo si haciendo X daríamos lugar a C*”. Ao passo que: “*P es una condición necesaria de Q si en caso de que ocurra Q ha de ocurrir P; es decir, la presencia de Q exige o supone la de P. En el lenguaje de la actuación humana, una acción X es condición necesaria de una consecuencia C si y solo si suprimiendo X eliminaríamos C, o que evitaríamos su ocurrencia*” (SCHLEIDER, Tobias. *Acción y resultado: un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011. p. 145-146).

incorrendo naquilo que Schleider denomina de “falácia do controle total”, consistente em restringir as possibilidades de reprovação moral àquelas atividades onde o sujeito supostamente possui controle pleno do que realiza: o âmbito interno das decisões e intenções<sup>144</sup>.

Na visão de Schleider, o recurso ao puro subjetivismo como estratégia para salvar a idéia de “controle total” é falaciosa por diversos motivos, mas principalmente porque as decisões, intenções, etc, são tão dependentes da sorte quanto os frutos de suas externalizações, na medida em que *“necesitan del concurso de muchas cosas sobre las cuales el agente no tiene control (además del hecho de existir, también el no ser distraído en ese momento, no estar teniendo un ataque cardíaco, etc)”*. No máximo, os atos internos podem estar imunes à “sorte resultante”, mas nunca à “sorte circunstancial”. Afinal, ninguém é livre para escolher as intenções que tem<sup>145</sup>. A partir do momento em que a intenção é exteriorizada, no entanto, (e esse requisito é exigido até mesmo pelos representantes mais radicais do monismo-subjetivista), já não há mais como afirmar o controle do agente sequer sobre a execução daquilo que ele intencionou, pois a própria realização da conduta depende de muitos outros fatores para além da simples decisão resoluto de atuar. Uma pessoa que intencione matar um desafeto seu, por exemplo, pode ter seu objetivo frustrado em razão de muitos fatores posteriores ao momento da “livre” decisão de colocar em prática seu plano homicida: pode ser que uma rajada de vento desvie o projétil por ele disparado, mas também pode ser que a vítima nunca venha a passar pelo local onde ele armara a tocaia, como pode ser, ainda, que ele fique inexplicavelmente paralisado no momento da realização do disparo, em razão de um casual extravio do comando nervoso efetivamente enviado por seu cérebro à musculatura do dedo indicador.

Sendo assim, não existem razões ontológicas ou metafísicas para acreditar que mesmo as condutas humanas mais básicas, como o simples ato de mover um dedo, esteja livre da influência de fatores não inteiramente controlados pelo sujeito. Na verdade, a definição do que está (parcialmente) sob o controle do sujeito e do que não está (em absoluto) depende sempre de uma complementação normativa, que seja capaz de esclarecer em que medida a

---

<sup>144</sup> O silogismo por eles seguido seria basicamente o seguinte: *“(F1) Los agentes pueden ser responsables solo por aquello que controlan. (F2) Los agentes controlan sus intenciones. (F3) Los agentes no controlan las consecuencias de sus intenciones. Ergo, (F4) Los agentes no pueden ser responsables por las consecuencias de sus intenciones”* (SCHLEIDER, Tobias. *Acción y resultado: un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011. p. 150).

<sup>145</sup> Nesse sentido, de forma categórica: *“Es absurdo decir que alguien decidió consciente y libremente tener cierta intención. El que una acción sea intencional implica que el agente consintió en ejecutarla, pero la intención misma no puede predicarse que fue consentida”* (NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 2006. p. 298).

contribuição individual como simples “condição necessária” de um evento (mas nunca suficiente) pode levar à reprovação moral do sujeito.

É exatamente por isso que Schleider, na esteira dos ensinamentos de Michael Moore, acredita que a solução correta para o paradoxo de Nagle não está na exclusão da sorte, seja ela circunstancial ou resultante, dos juízos de avaliação moral, mas sim no reconhecimento puro e simples de que nenhuma ação humana está inteiramente livre da influência de fatores azarosos, motivo por que é a própria concepção kantiana de moral que deve ser revista.

Para Moore, quando se afirma, no âmbito de um julgamento moral, *“que algo es debido a la ‘suerte’ se quiere significar que excede a un estándar de normalidad”*. Assim, aquela intuição que postula que a moral deve ficar imune de toda e qualquer fator relacionado à sorte só pode ser considerada correta se por sorte se entender a *“anormalidad (extrema)”*. Uma compreensão como esta da sorte moral só pode ser definida como falta de controle em um sentido muito especial. Voltando ao exemplo dos francoatiradores e tendo por parâmetro a concepção de sorte proposta por Moore, é possível dizer que o fato de Andrés – um atirador experiente, que disparou contra o Presidente de uma curta distância, num campo livre de obstáculos, com um fuzil em perfeito estado de funcionamento, etc – ter acertado o alvo em cheio não pode ser considerado uma pura obra do acaso, ainda que se admita que, para o resultado, contribuíram outros fatores que estavam inteiramente fora de seu controle pessoal. Afinal, tal resultado é o que normalmente ocorre em situações como estas. Afirmar, nesse contexto, que ele matou o Presidente por um golpe de sorte, que ele simplesmente externalizou sua decisão movendo o dedo indicador e que todo o mais foi obra do destino, seria enveredar por uma linha argumentativa um tanto forçada.

Conforme adverte Schleider, nesse debate é preciso ficar atento para não ignorar uma distinção simples, porém importante, entre aquilo que é realizado (por alguém) e aquilo que (simplesmente) ocorre. É exatamente por conta dessa distinção, aliás, que se pode dizer que a conduta de André (o atirador que falhou) merece resposta distinta daquela dada a Andrés. No caso de André pode-se dizer que, sim, a sorte jogou um papel relevante: *“El que él no hubiera matado el Presidente es ‘anormal’; lo que debería haber sucedido es que el Presidente muriera, y si eso no pasó fue por algo completamente fuera de su control (la bala fue desviada por una ráfaga de viento)”*. E se assim foi, então seria moralmente incorreto atribuir-lhe responsabilidade por algo que, nesse sentido específico, ele não controla. O critério da falta de controle, concluirá Schleider, embora não possa ser usado da forma tradicional – como sinônimo de ausência de um “controle total” que se mostra impossível na prática – ao menos serve como um critério negativo, capaz de distinguir entre aquilo que o



sujeito é capaz de controlar parcialmente (e que portanto lhe é reprovável) e aquilo que ele não controla em nenhuma medida (e nessa medida não lhe pode ser atribuído)<sup>146</sup>.

É claro que um adepto da concepção puramente subjetivista do injusto penal poderia invocar, ainda no exemplo dos francoatiradores, que a punição de André deveria ser idêntica à punição de Andrés, visto que a “anormal” ausência do resultado morte também não poderia ser atribuída àquele como fundamento para o recebimento de uma pena mais branda. Ao enveredar por essa linha argumentativa, no entanto, o adepto do subjetivismo penal seria obrigado a admitir que o nivelamento do grau de culpabilidade entre aquele que consuma seu plano e aquele não passa da tentativa é feito por cima, ou seja, pela pena prevista para a conduta mais gravosa, e não para o simples ato de exteriorização da vontade contrária à norma. Com isso, a punição igualada para crimes tentados e consumados já não estaria baseada numa indemonstrável blindagem do juízo de imputação em relação à sorte, mas sim na virtual incorporação do evento azaroso (o resultado) na constituição de todo e qualquer injusto penal, inclusive daqueles que sequer chegaram a se consumir. O raciocínio seria mais ou menos esse: já que o azar (ou a sorte) existe, que ele valha igualmente para todos.

O grande problema é que, conforme já visto, a sorte (mesmo a resultante) começa a interferir sobre as decisões humanas antes mesmo destas serem convertidas em manifestações externas. Em outras palavras: o fato de uma intenção vir a se transformar numa ação, ou não, é também um acontecimento que não está sob o absoluto controle do agente<sup>147</sup>. Assim, mesmo os subjetivistas extremados são obrigados a reconhecer que alguns efeitos azarosos – como, por exemplo, a circunstância do dedo ter-se efetivamente movido em razão da ordem de atirar enviada pelo cérebro – não podem ser estendidos àqueles que agiram no âmbito interno rigorosamente da mesma forma que os demais, mas que, ao contrário destes, não tiveram igual sorte na efetiva exteriorização de sua vontade contrária à norma. Afinal, conferir igual tratamento àquele que apenas teve uma intenção contrária à norma e àquele que efetivamente conseguiu expressar essa intenção numa ação externa pode até não ser um problema incontornável para um juízo moral – que não está necessariamente adstrito aos

---

<sup>146</sup> SCHLEIDER, Tobias. *Acción y resultado: un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011. p. 190-195.

<sup>147</sup> Não por outro motivo, o próprio “*Rivera López, apoyándose en Feinberg [1970, 33ss.], sostiene que ‘una teoría de la responsabilidad moral que excluye factores de suerte en las consecuencias deberá ser una teoría en la cual el objeto último del juicio de responsabilidad pertenece al ámbito interno del sujeto’*” (SCHLEIDER, Tobias. *Acción y resultado: un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011. p. 322).

princípios que dão sustentação ao Estado democrático de direito – mas certamente o é para os fins específicos de atribuição de responsabilidade penal<sup>148</sup>.

Assim, na medida em que a pura intenção contrária à norma, desacompanhada de uma ação exterior mais ou menos azarosa, não pode ser validamente imputada ao sujeito, há que se reconhecer que, mesmo para aqueles que partem de uma concepção monista-subjetiva do injusto, a sorte não está inteiramente excluída do julgamento jurídico-penal; sua relevância está apenas arbitrariamente restringida ao momento imediatamente anterior ao da exteriorização da vontade. A questão que se coloca, então, é a seguinte: se a sorte joga um papel relevante antes do momento da exteriorização da vontade, por que negar relevância a ela após a realização da conduta?

Em nossa opinião, essa indagação não pode ser satisfatoriamente respondida pelos adeptos da concepção monista-subjetiva do injusto com base num conceito de culpabilidade que, ao contrário do que afirmam, não é capaz de afastar todo e qualquer fator azaroso do juízo de responsabilidade pela prática de condutas proibidas. No máximo – e isso não é pouca coisa –, exige-se do princípio jurídico-penal da culpabilidade que os fatos imputados ao sujeito possam ser considerados também como obra sua, e não como pura obra do acaso. Para isso, no entanto, não é preciso expurgar do injusto toda e qualquer interferência da sorte, mas apenas aquelas conseqüências causais que, a partir de um juízo valorativo, pareçam extremamente anormais (para usar a expressão de Moore) frente ao desenrolar causal mentalmente antecipado pelo agente.

De fato, ainda que não se queira admitir que a sorte efetivamente interfere nos juízos morais sobre condutas humanas, a verdade é que praticamente nenhum autor chega ao extremo de negar toda e qualquer relevância às conseqüências causais da ação na atividade de reprovação social pelo ato praticado. Por mais fiel que se queira ser a um conceito de culpabilidade rigorosamente fundado no livre-arbítrio, simplesmente não há como negar a influência que, na prática, o resultado exerce sobre a decisão de reprovar o indivíduo de forma mais ou menos grave por aquilo que fez. De alguém que deixa a banheira enchendo com um bebê dentro e que volta ao local depois de ser advertido de sua imprudência, por exemplo, pode-se pensar que fez algo terrível, caso o bebê tenha se afogado, ou que foi apenas descuidado, caso nada tenha ocorrido. Defender uma punição igualada independentemente do

---

<sup>148</sup> Conforme bem anotado por Schleider: “*Si la moral se interesa solo por el juzgamento del carácter es algo controvertible, pero en el mundo jurídico no se discute una respuesta negativa*” (SCHLEIDER, Tobias. *Acción y resultado: un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011. p. 266). Para nós, contudo, conforme veremos mais detidamente nos próximos dois capítulos, mesmo um julgamento moral, para ser considerado válido, não está livre da observância de alguns padrões ético-procedimentais que, por si só, impedem a reprovação de puras intenções.

resultado ocorrido, num caso como esse, seria algo absolutamente incompreensível para qualquer pessoa minimamente sensível<sup>149</sup>.

Uma saída honrosa para esse problema, proposta por David Enoch e Andrei Marmor, consiste em distinguir a *reprovabilidade* (como merecimento de reprovação) da *reprovação* propriamente dita (o fato social de ser reprovado). Com isso, ao mesmo tempo em que negam à sorte qualquer possibilidade de interferir na formação dos juízos de merecimento de reprovação, os autores reforçam a idéia de que o acaso faz parte da vida em geral e que pode sim “*jugar un rol en la evaluación activa (...) de eventos, situaciones o consecuencias*”. Isto porque, em termos realísticos, os juízos morais nunca se baseiam na análise seca de se o agente merece ou não determinada reprovação, mas sim nas crenças justificadas daqueles que fazem o juízo moral de reprovabilidade acerca desse merecimento. No final das contas, “*son razones prácticas y no las relacionadas con el merecimiento moral de los agentes las que explican por qué las respuestas ex post varían de acuerdo con los resultados de los actos*”<sup>150</sup>.

Caminho análogo a este é aquele adotado no âmbito da teoria do delito pelo próprio Zielinski (vide item 1.2, *supra*), ao admitir, ainda que excepcionalmente, que o resultado lesivo ou perigoso seja levado em consideração como critério político-criminal de aferição da necessidade de pena (punibilidade) em alguns delitos (especialmente os culposos), desde que seja respeitado o juízo prévio de merecimento de pena estabelecido pelo princípio da culpabilidade, haja vista a inegável correlação que existe entre a atividade social de reprovação e a maior ou menor gravidade das conseqüências desencadeadas pela ação.

O problema é que esse tipo de solução, especialmente no âmbito do direito penal, a pretexto de preservar a imunidade do conceito de culpabilidade frente a eventos não controláveis inteiramente pelo indivíduo, acaba representando um risco ainda maior de responsabilização objetiva, vez que, conforme bem percebido por Stratenwerth (item 1.3.1, *supra*), as condições objetivas de punibilidade dispensam a existência de qualquer vínculo subjetivo – e, para alguns, até mesmo objetivo – entre a conduta realizada e o evento azaroso de que depende a punição do delito.

Isto posto, por tudo quanto foi dito até aqui, parece-nos que não há como aceitar a principal premissa adotada pelos subjetivistas para negar peremptoriamente a inclusão do

---

<sup>149</sup> Para fugir um pouco da esfera penal, o resultado mais ou menos drástico de um exemplo como esse certamente traria conseqüências muito diferentes na vida de um casal caso o inconseqüente fosse o pai da criança e o alerta tivesse partido da genitora: se o bebê tivesse se afogado, a separação contenciosa seria provavelmente o desfecho dessa tragédia familiar; se ele tivesse sido encontrado brincando alegremente com o tempo do ralo, tudo provavelmente se limitaria a mais um episódio tragicômico na aventureira vida do jovem casal.

<sup>150</sup> SCHLEIDER, Tobias. *Acción y resultado: un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011. p. 182-185.

resultado no conceito de injusto penal, qual seja: a de que isso violaria o princípio da culpabilidade.

O simples fato de se admitir que o resultado possa ocupar um lugar legítimo dentro do conceito de injusto, contudo, não significa que ele deva necessariamente estar presente em toda e qualquer incriminação. Em outras palavras, ainda que alguns efeitos da ação tipicamente especificados não possam ser reputados exclusivamente ao acaso, e mesmo que se admita que a sorte joga um papel importante na atividade social de atribuição de responsabilidade penal, seria possível imaginar que alguns tipos legais estivessem baseados na pura realização de uma conduta proibida, independentemente da ocorrência de qualquer resultado dela destacado. É exatamente essa, aliás, a tese defendida pelos dualistas moderados, qual seja, a de que o resultado comporá, ou não, o injusto penal, de acordo com a descrição de cada tipo específico.

Os argumentos para afastar essa tese, portanto, não podem se limitar à demonstração de que a sorte pode, eventualmente, jogar algum papel relevante no juízo de atribuição de responsabilidade. É preciso ir além. É preciso explicar por que a ocorrência de efeitos externos, lesivos ou perigosos para bens jurídicos, é *conditio sine qua non* para a validade de uma incriminação.

É justamente aí que entra em cena outro princípio fundamental do direito penal: o da lesividade. Este princípio não é propriamente negado por nenhuma das correntes em análise. O que há são divergências em torno de sua repercussão sobre o conteúdo do injusto penal.

Para os monistas-subjetivistas, o princípio da lesividade não interfere propriamente no conteúdo do injusto penal, mas apenas na motivação do legislador no momento da elaboração da norma incriminadora. Assim, ao se afirmar que toda norma incriminadora deve satisfazer o princípio da lesividade, se está exigindo apenas que as condutas proibidas tenham por finalidade a afetação de bens ou valores fundamentais para o convívio social. Nada além disso. As conseqüências causais da ação tendente a afetar bens jurídicos pouco importam, uma vez que nenhum resultado lesivo ou perigoso pode, segundo a concepção de culpabilidade por eles adotada, ser imputado validamente à responsabilidade do sujeito.

Já para os seguidores da concepção dualista moderada do injusto, o princípio da lesividade não possui um significado único, como ocorre com o princípio da culpabilidade. Ao contrário, seu conteúdo pode variar de acordo com o grau de afetação do bem jurídico exigido por cada tipo penal, numa escala que vai, desde a mera tendência lesiva ou perigosa da ação (no caso dos crimes de perigo abstrato puros e das tentativas inidôneas), até o efetivo dano do bem jurídico (no caso de crimes de resultado de lesão). Apenas mais recentemente,

por influência da teoria da imputação objetiva, é que alguns dos autores que defendem a concepção dualista moderada de injusto penal passaram a atribuir um conteúdo mínimo para o princípio da lesividade, consistente na idoneidade da ação incriminada para produzir o resultado lesivo ou perigoso que teria motivado a atividade legislativa. Mesmo para essa corrente mais moderna, contudo, uma afetação efetiva do bem jurídico, na forma de um resultado danoso ou perigoso destacado da ação, estaria dispensada para a configuração de alguns injustos (como é o caso dos crimes de perigo concreto-abstrato e das tentativas idôneas), bastando a simples potencialidade lesiva da conduta para que o princípio da lesividade seja satisfeito.

Por fim, para aqueles que aderem à concepção dualista rigorosa do injusto penal, o princípio da lesividade só pode ser interpretado como uma exigência indeclinável de efetiva afetação da esfera de existência de outra pessoa, de modo que não basta para sua satisfação qualquer tendência ou idoneidade da ação para fins de lesar ou de por em perigo algum bem jurídico. Mais do que isso, é preciso que o bem jurídico que motivou a incriminação da conduta seja efetivamente lesionado ou posto em perigo pela ação do autor do delito, de modo que nenhum injusto pode existir sem a ocorrência de um resultado desvalorado.

Essa última forma de entender o princípio da lesividade, segundo nos parece, embora não dependa necessariamente da adoção de um ponto de vista político-criminal limitador do poder punitivo, é obrigatória para todos aqueles que, como nós, negam à pena privativa de liberdade qualquer função legítima dentro de um Estado democrático de direito. Afinal, se não há justificativa preventivista a autorizar a intervenção penal em favor de bens jurídicos, impossível aceitar a flexibilização do princípio da lesividade para abranger condutas anteriores à afetação lesiva ou perigosa desses mesmos bens.

Com isso, não queremos dizer que, a partir de um modelo funcionalista teleológico, seja impositiva a opção por uma concepção monista-subjetiva ou dualista moderada de injusto penal. As posições defendidas por Nino e Bustos Ramírez/ Homozábal Malarée acerca do conteúdo do injusto e que foram detalhadamente expostas mais acima (itens 1.3.2 e 1.4.1, *supra*) são prova contundente em sentido contrário. Para eles, é perfeitamente possível perseguir efeitos dissuasórios por meio da imposição de pena sem que, com isso, se tenha que ceder aos influxos expansivos de um direito penal utilitarista. Para tanto, basta conferir ao princípio da lesividade plena eficácia, exigindo que os anseios prevencionistas do poder punitivo recaiam apenas sobre condutas efetivamente lesivas ou perigosas, de modo a não violar o “princípio da assunção de pena”, de que falava Nino.

Nada obstante essas posições excepcionais (na frequência e na qualidade), a verdade é que, como regra, uma vez que se tome a proteção de bens jurídicos como missão precípua do direito penal, é realmente muito difícil resistir à tentação de legitimar a intervenção do poder punitivo antes mesmo que a esfera de existência de qualquer outra pessoa chegue a ser afetada pela conduta do agente. Nesse sentido, monistas-subjetivistas e dualistas moderados não divergem: se o propósito é o de prevenir a ocorrência de lesões e perigos, dissuadindo e motivando as pessoas por meio da norma, então, nada impede – ao revés, tudo recomenda – que ao injusto seja agregado aquilo e somente aquilo que possa ser objeto de motivação ou dissuasão pela norma, ou seja, a vontade humana exteriorizada. No máximo, a divergência entre eles se limita ao caráter mais ou menos impositivo dessa conclusão: para os primeiros, a natureza puramente imperativa da norma seria uma imposição do princípio da culpabilidade a todo e qualquer injusto penal; enquanto que, para os últimos, tudo dependeria da decisão legislativa expressa em caso tipo específico.

De nossa parte, não questionamos a assertiva de que toda e qualquer norma incriminadora possui, efetivamente, um conteúdo de determinação destinado a influir sobre o comportamento das pessoas. Ao que nos parece essa não é uma conclusão de todo incompatível com a proposta político-criminal limitadora do poder punitivo a que nos filiamos<sup>151</sup>. O que é definitivamente incompatível com nosso ponto de vista é a redução do conteúdo do injusto – seja de todo e qualquer injusto ou apenas de alguns deles, pouco importa – a uma simples norma de determinação, desprovida de qualquer conteúdo material.

Na linha do que vem defendendo Zaffaroni, entendemos que o injusto penal nada mais é do que a descrição de um conflito grave entre duas ou mais pessoas de carne e osso; conflito

---

<sup>151</sup> Nesse ponto, divergimos de Zaffaroni quando afirma que, uma vez abandonada qualquer esperança de que a pena exerça funções preventivas, há que se abandonar igualmente todo e qualquer conteúdo de determinação geralmente atribuído à norma incriminadora, uma vez que dela já não se pode esperar qualquer efeito motivador (ZAFFARONI, E. Raúl *et al.* *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 2 v. V. II, t. I: Teoria do Delito. Introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. p. 28-29). Em nossa opinião, o fato da sanção criminal não realizar os efeitos desejados não esvazia a norma penal de todo e qualquer conteúdo imperativo. As condutas de subtrair coisa alheia móvel, de injuriar, ou de deixar de prestar socorro possível a quem dele necessite, por exemplo, são proibidas por nosso ordenamento jurídico e sua abstenção é obrigatória para todos, a despeito da inutilidade da sanção privativa de liberdade cominada para a hipótese de descumprimento da regra. Tanto isso é verdade, que o próprio Zaffaroni admite a legitimidade da coerção direta “*como ingerência – na pessoa ou nos bens de um habitante – para neutralizar um perigo iminente ou interromper uma atividade lesiva em curso*”. Para ele, quando exercida de forma instantânea ou imediata, como único recurso para interromper a realização de um delito em andamento ou em vias de ser praticado, a coerção direta “*não é outra coisa senão o estado de necessidade ou a legítima defesa convertidos em dever jurídico para o funcionário público*” (ZAFFARONI, E. Raúl *et al.* *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 2 v. V. I: Teoria Geral do Direito Penal. p. 104). Ora, se isso é assim, se em razão da violação da norma contida no preceito primário de um tipo penal o sujeito pode, legitimamente, ser contido pelas forças do Estado e obrigado, coercitivamente, a interromper sua atividade, então não há como duvidar do caráter imperativo daquele comando legal, que se dirige a todos também como norma de determinação.

este que o Estado toma como pretexto para o exercício de seu poder punitivo. Conquanto a intervenção punitiva estatal seja sempre irracional, a existência de um “pragma conflitivo” (para usar a expressão de Zaffaroni), como condição primeira para a imposição de pena, é o mínimo que se pode exigir de um Estado que não se queira absolutamente autoritário e policialesco. Assim, e na medida em que a afetação conflitiva de terceiros só é possível a partir do momento em que a conduta individual tranforma o mundo externo de forma causal, lesionando ou colocando em perigo bens jurídicos reais, não há como se admitir a existência de injustos formados apenas pela exteriorização de uma vontade contrária à norma. É imprescindível, ao contrário, que, ao lado da conduta que viola a norma de determinação, exista um resultado que possa ser submetido a um juízo de desvalor baseado nos prejuízos provocados por um na esfera de existência dos demais.

Tampouco parece ser suficiente para a caracterização do injusto a mera potencialidade lesiva da conduta, na forma de uma periculosidade aferível *ex ante*, tal como vem sendo trabalhada por alguns autores no âmbito da teoria da imputação objetiva<sup>152</sup>. É que, para haver conflito intersubjetivo, não basta a idoneidade da conduta para afetar uma pessoa qualquer. É preciso que a conduta proibida tenha efetivamente ingressado na esfera de proteção do outro, transformando qualitativamente sua vida. Só assim se poderá falar na existência de um conflito grave à vista do qual a intervenção punitiva estatal possa parecer (embora isso não passe de uma ilusão) a única alternativa possível para evitar um desfecho ainda mais violento por parte das pessoas diretamente envolvidas.

---

<sup>152</sup> Inclusive por um declarado adepto do funcionalismo redutor, como é Juarez Tavares, cujo entendimento defendido na sua recém revista obra sobre crimes culposos está a merecer, segundo nos parece, nova revisão: “O desvalor do ato e o desvalor do resultado se integram em unidade recíproca, de sorte que, quase sempre, um se manifesta através do outro. Às vezes, a infração normativa está assentada sobre o desvalor do ato, pois com isso a conduta já se postou na zona do proibido. Isto se dá, principalmente, nos delitos de perigo abstrato, nos quais o legislador quer prescindir da demonstração concreta da lesão ou do perigo de lesão ao bem jurídico, presumindo essa lesão ou o perigo de lesão em face das características da própria atividade. Outras vezes, a conduta possui graus de valoração, quando não basta para a completa infração normativa tão-só o desvalor do ato, mas também o desvalor do resultado. Neste último caso, o bem jurídico só passa a ser efetivamente atingido quando se materializa o desvalor do resultado como consequência do desvalor do ato. Quando se analisam essas relações entre atividade e resultado para o efeito de fazer incidir sobre elas a norma penal, devem ser estabelecidos alguns parâmetros para que a infração normativa não se converta em mera desobediência a deveres de organização, tal como ocorre nos delitos de perigo abstrato. Ainda que esses delitos se vejam cada vez mais freqüentes na legislação, sua ilegitimidade só não será, de antemão, reconhecida, caso se proceda a uma avaliação da atividade como perigosa, de modo a permitir uma contraprova da presunção legal. Isto quer dizer que o desvalor do ato, inferido da mera realização da ação típica, só se poderá efetivar na medida em que se reconheça sua potencialidade para lesar ou colocar em perigo o bem jurídico. Não se trata, como poderá parecer, à primeira vista, de transformar delitos de perigo abstrato em delitos de perigo concreto. Nos delitos de perigo concreto, o resultado de perigo tem que estar presente como elemento essencial da tipicidade. Nos delitos de perigo abstrato, se prescinde desse resultado concreto de perigo, mas se deve, não obstante, exigir um exame da potencialidade lesiva da própria atividade” (TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 242).

Por mais estranho que isso possa soar aos ouvidos de alguns, é exatamente a exigência da ocorrência de um resultado externo, mais ou menos azaroso, que representa a efetiva afetação do outro numa relação conflituosa, o que permite reduzir, em certa medida, o arbítrio da intervenção punitiva estatal sobre os indivíduos. Por meio dessa exigência, já não se pode admitir que o Estado simplesmente pressuponha o caráter potencialmente conflitivo de determinadas formas de comportamento. É preciso, ao revés, que o desentendimento grave entre dois ou mais sujeitos seja já uma realidade, a demonstrar, de forma empírica, que o exercício do poder punitivo é a alternativa menos irracional para lidar com aquele problema prático, que não pode mais contar com a contribuição do acaso para ser pacificamente solucionado. Afinal, se em um número elevado de situações a sorte, a causalidade, é suficiente para dar conta daquelas condutas potencialmente lesivas que não se convertem em conflitos reais entre pessoas, então seria mesmo surpreendente que se antecipasse a incidência do poder punitivo justamente sob o pretexto de eliminar a interferência desse fator azaroso que tão bem cumpre a tarefa apaziguadora à qual os aparelhos repressores do Estado alegam se dedicar, sem igual sucesso.

Nos capítulos seguintes, nos dedicaremos a desenvolver os fundamentos teóricos que, segundo nos parece, são capazes de dar sustentação à tese ora defendida, qual seja: a de que todo e qualquer injusto penal pressupõe a ocorrência de um resultado externo lesivo ou, ao menos perigoso, para terceiros.



## 2. O MODELO HABERMASIANO DE SOCIEDADE DUAL

A apresentação e sistematização da obra de Habermas é, por si só, tarefa a desafiar estudos monográficos autônomos e, mesmo assim, sem qualquer pretensão de completude e esgotamento, haja vista a pujança da produção intelectual desse que é considerado um dos mais influentes filósofos da atualidade.

Apesar dessa declarada dificuldade, parece incontornável – tendo em vista sua adoção como principal marco teórico da tese ora defendida – a realização de um redobrado esforço de síntese para apresentar os conceitos básicos que compõem o pensamento habermasiano.

Antes de passarmos à análise da obra de Habermas propriamente dita, contudo, é preciso situar seu pensamento dentro do debate interdisciplinar que o inspirou, explicitando os motivos que o teriam levado a romper com o paradigma crítico que sempre caracterizou a Escola de Frankfurt.

### 2.1. Da Teoria crítica à crítica comunicativa

Segundo nos narra Vitor Blotta<sup>153</sup>, a partir da crítica da economia política de Karl Marx, a abordagem proposta pela primeira geração da Escola de Frankfurt era no sentido de um materialismo interdisciplinar, que eliminasse a separação até então existente entre teoria e práxis e que aproximasse os filósofos dos pesquisadores de outras áreas do conhecimento, com vistas a uma coordenação estratégica de estudos empíricos.

Max Horkheimer, um dos principais representantes da primeira geração da Escola de Frankfurt, ao observar que a riqueza material produzida pelo sistema capitalista e todo o conhecimento tecnológico da ciência moderna não representavam uma melhora da qualidade de vida para a maioria da sociedade, mas sim um aprofundamento das desigualdades, passou a questionar a legitimidade do próprio pensamento científico, que dominava aquilo que ele chamava de Teoria tradicional.

De acordo com Horkheimer, a Teoria tradicional remontaria a uma tradição do pensamento que segue o *princípio da identidade* (ou da não-contradição), segundo o qual, primeiro se elaborariam as teorias que explicam os fenômenos da natureza, a partir de critérios de causalidade, para somente depois verificar a validade daquelas em função da

---

<sup>153</sup> BLOTTA, Vitor. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Essa obra nos servirá de guia na tarefa inicial de relacionar o pensamento de Habermas à vertente mais crítica da primeira geração de professores ligados ao Instituto de Pesquisa Social, fundado no ano de 1923 junto à Universidade de Frankfurt.

coincidência, ou não, entre os fenômenos empiricamente observados e as regras abstratas e universais da lei teoricamente elaborada. Dessa forma, o cientista se isentaria de qualquer responsabilidade valorativa, apreendendo os fatos como se fossem algo absolutamente exterior.

Tal discurso científico, apesar de aparentemente neutro, esconderia preferências ideológicas convergentes com os imperativos do sistema produtivo industrial, pois, partindo a teoria de construções cuja validade seria demonstrada pela observação de padrões regulares na natureza, não interessaria a ela tomar como objeto de estudo aquilo que fuja a esses padrões, ou seja, processos causais que visem à transformação da realidade. Assim, instrumentalizada pela Teoria tradicional, a ciência passa a ter a função –

“(…) de oferecer simples e regulares modos de manipulação dos fatos e materiais, sendo que o resultado dessa manipulação deveria se adequar e confirmar as premissas da ciência, numa retroalimentação constante (...). Quando não houvesse essa conexão perfeita, nos casos de ‘perturbações sociais’ às regularidades, caberia aos cientistas somente a explicação de uma ‘máquina complicada’.”<sup>154</sup>

A Teoria tradicional, portanto, em oposição à Teoria crítica<sup>155</sup>, teria como orientação normativa a não perturbação das forças produtivas, valendo-se do método científico para garantir uma visão da sociedade como desencadear mecânico de fenômenos regulares, tarefa esta que acabou sendo incorporada pela filosofia moderna, em especial por Kant e Hegel, e pelas ciências sociais que a partir dela surgiram, com o desenvolvimento de conceitos altamente normativos.

A Teoria crítica, por outro lado, tal como concebida pela primeira geração da Escola de Frankfurt, em especial por Horkheimer e Adorno, buscará uma noção de verdade historicamente vinculada, que não pode se resumir à coincidência entre objeto existente e objeto pensado. Na verdade, segundo essa concepção crítica, nem o fato (ou objeto) é somente fato, nem o sujeito é somente sujeito; a identidade entre eles só existe no futuro (e nunca no presente), eis que o pensamento crítico não se dá num processo simplesmente lógico, tal como defendido pela Teoria tradicional, mas num processo histórico concreto. É que, no curso do próprio processo de conhecimento, *“se modifica tanto a estrutura social em seu todo, como também a relação do teórico com a classe e com a sociedade em geral, ou*

---

<sup>154</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 59.

<sup>155</sup> Daí o título da obra de Horkheimer esmiuçada por Blotta: “Teoria tradicional e Teoria crítica”.

*seja, modifica-se o sujeito e também o papel desempenhado pelo pensamento*”<sup>156</sup>. Opera-se, assim, uma reaproximação entre “ser” e “dever ser”, entre prática e teoria, ação e conhecimento, “*especialmente no sentido de orientar a práxis social para um ‘futuro’ emancipado*”, o que permitiria, “*além de uma leitura mais fiel das relações histórico-sociais do presente, a revelação das tendências que essas próprias relações têm dentro de si de se perpetuarem ou, em contrário, de fazer emergir o novo, o diferente – ou seja –, de se transformarem numa realidade possivelmente melhor*”<sup>157</sup>.

Com base nisso, e seguindo a trilha de Marcos Nobre, Blotta advertirá que “*a realidade, sob a perspectiva da teoria crítica, não é tida como ‘dado’, mas como tendência; como processo histórico dentro do qual se identificam os potenciais emancipatórios latentes e os obstáculos que impedem a sua liberação (...), com vistas à construção de uma sociedade mais ‘livre e justa’.*” Daí porque possível afirmar que “*o compromisso crítico vigoroso da teoria crítica ‘clássica’ em face da filosofia burguesa nunca significou uma ausência de preocupação com a realização dos valores iluministas*”. Na verdade, “*a emancipação de que trata a teoria crítica é em relação àqueles obstáculos que se opõem à efetiva concretização da liberdade, da igualdade e da fraternidade, sendo, contudo, agora identificadas e aprofundadas quando as tendências para sua realização se encontram em latência na própria realidade*”<sup>158</sup>.

Exatamente em função da alterabilidade dos fatos e sujeitos ao longo do processo de conhecimento histórico concreto é que a Teoria crítica sentirá a necessidade de atualizar seus conceitos, inclusive quanto à obra fundamental de Karl Marx. Na verdade, o que verificaram Horkheim e Adorno<sup>159</sup> no período pós-guerra foi que o próprio Estado, inclusive aqueles que afinados ao modelo socialista, assumiu para si a lógica da acumulação capitalista, adotando políticas monopolistas de planificação econômica (capitalismo de Estado). Diante disso, com a integração do proletariado ao sistema, o materialismo marxista não servia mais como crítica às condições do tempo presente, de modo que a razão instrumental – normativamente fraca, formal e calculista de meios e fins, facilmente adaptável ao sistema produtivo capitalista – surge como uma espécie totalizante de racionalidade<sup>160</sup>.

<sup>156</sup> HORKHEIMER, Max. *Apud* BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 62.

<sup>157</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 62.

<sup>158</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 65-66.

<sup>159</sup> Na obra “Dialética do Esclarecimento”, escrita a quatro mãos durante o exílio de ambos em Los Angeles.

<sup>160</sup> “*Nesse sentido, não caberia mais à razão oferecer instrumentos para que o ser humano julgasse e determinasse seus fins (...). A razão (...) somente proporcionaria os cálculos para as coordenações possíveis dos*

Contudo, salienta Blotta, os ajustes feitos pela Teoria crítica aos conceitos elaborados por Marx um século antes não significaram um reconhecimento de que ele estivesse errado em suas observações, mas apenas que, na esteira de uma metodologia dialética, sua teoria precisava ser confrontada com a contingência dos fenômenos do tempo presente, de modo a formar uma nova abordagem crítica que aproveitasse os aspectos ainda úteis das teorias anteriores. Igual estratégia, aliás, foi adotada em relação à concepção de racionalidade em Hegel, que submetida a um processo de desabsolutização ou dessublimação iniciado pelos “jovens hegelianos”, dentre eles o próprio Marx, acabou sendo resgatada, ainda que de forma mitigada, pelos teóricos críticos da Escola de Frankfurt<sup>161</sup>.

Já no ano de 1844, em sua “Crítica da Filosofia do Direito de Hegel”, Marx teria defendido que os conceitos abstratos de *saber absoluto*, *espírito objetivo* e *subjetivo* etc, seriam mediações irreais, de modo que “*a revolução apregoada por Hegel como realização plena da autoconsciência humana na idéia totalizante do Espírito Absoluto, deveria ser literal e dialeticamente invertida, num retorno ao ser material e à realização produtiva socializada*”. É que Marx via a filosofia hegeliana como “*uma máscara ideológica que dificultava a visualização das relações materiais de dominação e instrumentalização do homem pelo homem, perpetuando-as, da mesma forma que a religião vinculava a autonomia humana à submissão em relação à divindade*”<sup>162</sup>. Em oposição a esse idealismo filosófico, Marx entendia que era o “ser” que condicionava o “dever ser” – ou seja, “*não é a consciência dos homens que determina seu ser, é o seu ser social que, inversamente, determina a sua consciência*”<sup>163</sup> –, de modo que a própria filosofia deveria ser superada pelo materialismo.

Por ser cética quanto às possibilidades de transformação da realidade por ela mesma, a Teoria crítica não estava disposta a simplesmente abrir mão da filosofia, preferindo, inicialmente, buscar uma maneira de reequilibrar a teoria e a prática, o ser e o dever ser. Assim, numa primeira síntese, a Teoria crítica tentou se colocar entre Marx e Hegel, como um projeto que não descuidava do contexto social da divisão do trabalho e das diferenças de classes, mas que não deixava de acreditar na razão como elemento de orientação

---

*meios que levam aos fins desejados pelo indivíduo, contanto que estes de forma alguma colidissent com a lógica geral dos sistemas econômico e administrativo*” (BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 73).

<sup>161</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 75 e ss.

<sup>162</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 78-79.

<sup>163</sup> MARX, Karl. *Apud* BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 79.

emancipatória, “revelando sua normatividade na crítica racional que procura eliminar a tensão e oposição constante entre racionalidade e os processos materiais naturalizantes”<sup>164</sup>. Mas não é à síntese do método dialético hegeliano que a Teoria crítica emprestará especial importância no final das contas, mas sim à antítese, à qual acabará por atribuir a tarefa de conter o movimento positivista e desagregador do esclarecimento<sup>165</sup>.

Se, a partir do materialismo histórico, o esclarecimento toma consciência de si mesmo e de sua historicidade, tornando-se reflexivo pela primeira vez, na medida em que se dá conta dos “vínculos ilícitos” existentes entre a racionalidade moderna e o ideário burguês do livre mercado como algo natural e universal, com o avanço da reflexão crítica, já a partir do ano de 1940, começa-se a suspeitar que nem mesmo a Teoria crítica seria capaz de orientar os movimentos sociais para uma práxis emancipatória, no que foi denominado por Habermas de “segunda reflexividade do esclarecimento”<sup>166</sup>.

É que, por um lado, o processo de racionalização moderna levou, inicialmente, a uma “*subjetivização da razão – pelo movimento de superação da razão ontológica objetivante do mito e da religião presente no próprio instinto de autopreservação humana –*”. No entanto, por outro lado, este mesmo processo acabou conduzindo a uma dessubstancialização ou formalização da razão, “*visto que conceitos como verdade, liberdade, felicidade e solidariedade, entre outros modelos éticos de integração social, não mais podiam ser mediados por uma razão que comunicasse fins coletivos, como a metafísica racionalista do jusnaturalismo moderno*”<sup>167</sup>. Desta forma e contraditoriamente, o estágio avançado de subjetivização da razão acabara levando a uma objetivização e “romantização” das próprias categorias clássicas da razão subjetiva, como seria o caso dos ideais contidos nas revoluções constitucionais<sup>168</sup>. Assim, na medida em que o capitalismo burguês ingressa na era

<sup>164</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 83-84.

<sup>165</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 90.

<sup>166</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 84-85.

<sup>167</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 86.

<sup>168</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 88. Esse fenômeno – de objetivização da razão subjetiva – pode ser claramente identificado na dogmática jurídico-penal a partir dos influxos neokantianos que sofreu a teoria do delito em meados do século passado. Na arguta percepção de Santiago Mir Puig: “*De la misma forma que KANT había querido construir una teoría del conocimiento científico admisible para el empirismo, el neokantismo buscó una fundamentación epistemológica de las ciencias del espíritu – y del derecho – que satisficiera al positivismo. Pretendió ‘superarlo’ sin contradecirlo, para lo cual se limitó a ‘completarlo’ subjetivamente, en el sentido indicado*” (MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Buenos Aires: B de f, 2002. p. 219). Assim, como já tivemos oportunidade de demonstrar em outro trabalho, “*apesar de originado de uma corrente crítica do positivismo científico, o neokantismo terminou fortalecendo o positivismo jurídico lógico-*

industrial “dos grandes trustes”, dizia Horkheimer, instaura-se o “*mundo administrado, e a ação individual se confunde com uma função preestabelecida pelo sistema produtivo*”, de modo que o individualismo perde seu conteúdo liberal originário para se transformar num mero conformismo, resignando-se a um presente de mera repetição e conservação do *status quo*. A razão, nesse contexto, passa a ser vislumbrada como um instrumento totalizante, diante do qual só restaria à teoria (crítica) “*a auto-reflexão que exige a desconstrução constante do conceito pelo próprio conceito*”<sup>169</sup>, proposta esta que seria metodologicamente desenvolvida por Adorno em sua “Dialética Negativa”.

Ao contrário do princípio da identidade de Hegel, que racionalizava o mundo na medida em que cada parte observada se conformava ao todo revelado no Espírito Absoluto, Adorno funda sua teoria no princípio da não-identidade, visto que a reflexão negativa busca encontrar exatamente aquilo que não é repetitivo na realidade, ou seja, que não é verificável a partir dos critérios formais predefinidos pela ciência. É nesse sentido que se diz que a razão negativa funciona como “*uma dialética sem síntese (...), na qual o pensamento deve poder revelar, dentro do conceito, aquilo que justamente resiste a ele*”. Em resumo, uma reflexão negativa precisa “*ter a capacidade de exprimir a subjetividade sem incorrer em seguida na armadilha da identidade*”<sup>170</sup>.

De acordo com a leitura de Habermas, é por meio da negação – e, portanto, da antítese – que Adorno acreditava ser possível a reconciliação “quase mágica” entre ser humano e natureza, os quais teriam sido “*separados violentamente pela tentativa de dominação desta por aquele no processo de esclarecimento*”<sup>171</sup>. Haveria no ser humano “*uma espécie de impulso libertador (...) em relação à força castradora que seu pensamento exerce sobre a diversidade da experiência, levando à reconciliação entre sujeito e natureza*”. Tal impulso

---

*normativo, ao reconhecer na lei o único dado da experiência a ser valorado e compreendido pela ciência do direito. (...) Nesse sentido, o pensamento neokantiano em nada se distinguia do ideário positivista, que trabalha com os dados existentes na ordem jurídica, sem questioná-los*” (JOFFILY, Tiago. *Direito e Compaixão: discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 67-68). Conforme anota Blotta, seguindo os ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a *dessubstancialização e formalização* da razão prática é uma característica geral da dogmática jurídica positivista, que de Weber a Luhmann foi “resolvendo” o problema da complexificação social engendrado pela modernidade numa pretensa neutralidade axiológica do sistema jurídico (Ob. cit., p. 87).

<sup>169</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. pp. 88-89.

<sup>170</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 89-91.

<sup>171</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 90.

estaria expresso na categoria adorniana da *mimese*, elemento estético que possibilita a crítica do conhecimento<sup>172</sup>:

“A relação entre arte e filosofia, mediadas pelo espírito, levariam pela força da mimese à irrupção da verdade, como momento efêmero de reconciliação entre ser humano e natureza (Horkheimer, 2007:183-184). (...) Para este Adorno, então, a verdade residiria na busca da filosofia pela tradução do momento mimético irrompido pela arte que ‘abre os olhos’ (Adorno, 1988b:82)”.

Com isso, dirá Habermas, a “Crítica do Esclarecimento” torna-se ironicamente contraditória, pois, na mesma medida em que duvida da possibilidade da verdade ser acessível racionalmente nesse tempo atual de completa alienação, apresenta a auto-reflexividade crítica como único caminho para a verdade<sup>173</sup>.

Além do mais, prosseguirá Habermas, a “Dialética Negativa” de Adorno não teria sido levada até as últimas conseqüências, pois se este *“procurava promover uma antítese incessante à possibilidade de identidade na relação de conhecimento do paradigma da razão subjetiva”*, sem com isso *“incorrer no ‘refúgio’ do idealismo objetivista do Espírito absoluto de Hegel”*, então, *“a própria negatividade da crítica, acabaria também tendo de ser negada, levando sua filosofia a um beco sem saída”*<sup>174</sup>.

De fato, o nivelamento operado por Horkheimer e Adorno entre “razão e dominação”, “poder e validade”, na “Dialética do Esclarecimento” acaba por fechar as portas para a construção de qualquer razão que não seja a instrumental, até mesmo porque, conforme reconheceria o próprio Horkheimer, *“a denúncia daquilo que atualmente se chama de razão é o maior serviço que a razão pode prestar”*<sup>175</sup>. Com esse ceticismo, a Teoria crítica termina por abrir mão da própria crítica, eis que já não submete ao método da negação o ceticismo que abraça incondicionalmente.

Apesar de todas essas contradições, Habermas dirá que o programa interdisciplinar da Teoria crítica – *“que visava fundar uma nova teoria da sociedade, inseparável da possibilidade de realização prática de seu conteúdo normativo”*<sup>176</sup> – não se perdeu nessa ou naquela contradição interna, mas no esgotamento mesmo do paradigma da filosofia da

<sup>172</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 93-94.

<sup>173</sup> HABERMAS, Jünger. *The theory of communicative action*. Boston: Beacon Press, 1983. 2 v. V. 1: Reason and the rationalization of society. p. 383.

<sup>174</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 96-98.

<sup>175</sup> HORKHEIMER, Max. *Apud* BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 96-97.

<sup>176</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 97.

consciência, de modo que é a mudança para o paradigma da teoria comunicativa, para além da virada linguística filosófica, que permitirá a retomada do antigo programa emancipatório que fora interrompido pela crítica da razão instrumental<sup>177</sup>. A chave que permitirá a passagem daquele ponto de vista cético para um ponto de vista otimista – que veja na razão elementos cognitivos diversos do simples instinto de auto-preservação que leva à dominação e à reificação da natureza externa e interna pelo homem – está na valorização do elemento lingüístico, o qual, visto sob um enfoque performativo e pragmático – e não apenas semântico-formal –, permite o descolamento dos imperativos sociais de auto-preservação de um modelo de razão puramente instrumental e os submete também às exigências de um processo de entendimento intersubjetivo comunicativamente válido<sup>178</sup>. Nas palavras de Blotta: “*se o a priori é comunicativo, então cai por terra toda a filosofia do sujeito, cujos pontos de partida advêm de a prioris individuais*”<sup>179</sup>.

## 2.2 A ética do Discurso

No desenvolvimento de sua teoria comunicativa, Habermas se distanciará do ponto de vista cético que caracterizou a Escola de Frankfurt no período do pós-guerra, reconhecendo a persistência de um objetivo emancipatório no pensamento crítico. Tal emancipação, contudo, que até então fora perseguida pela auto-reflexão de um sujeito cognoscente isolado, só poderá ser alcançada por meio da linguagem, uma vez que apenas ela “*permite o destacamento do ser humano em relação à natureza e, ao mesmo tempo, é o ‘único estado de coisas que podemos conhecer segundo a sua natureza*”<sup>180</sup>. Portanto, se não há como acessar a “realidade desnuda” por meio de exercícios de reflexão transcendental, o conhecimento só é acessível mediatamente, através da linguagem. Nas palavras de Habermas: “*com a estrutura da linguagem, é posta para nós a emancipação*”<sup>181</sup>. É a partir dessa assertiva, dirá Blotta, que se evidencia de forma mais clara o distanciamento de Habermas da Teoria crítica em direção a uma Teoria crítica comunicativa, pois, para ele, a emancipação não se daria de forma plena

<sup>177</sup> HABERMAS, Jünger. *The theory of communicative action*. Boston: Beacon Press, 1983. 2 v. V. 1: Reason and the racionalization of society. p. 386.

<sup>178</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 105-107; HABERMAS, Jünger. *The theory of communicative action*. Boston: Beacon Press, 1983. 2 v. V. 1: Reason and the racionalization of society. p. 398.

<sup>179</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 187.

<sup>180</sup> HABERMAS, Jünger. *Apud* BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 133.

<sup>181</sup> HABERMAS, Jünger. *Apud* BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 134.



por meio de uma atividade material e produtiva, tal como queria Marx, mas sim pelo diálogo livre de dominação, interesse concreto e inato do gênero humano<sup>182</sup>.

Com isso, Habermas rejeita a idéia de que as formas de reprodução da vida social estejam sempre vinculadas a um modelo de ação instrumental, orientado para a manipulação da natureza exterior com vistas à auto-preservação do indivíduo e do próprio sistema onde se encontra inserido. Para ele a reprodução social é possível, principalmente, graças ao entendimento livre de coerção que regula as relações intersubjetivas no mundo da vida. Ao seu sentir, e a história do século XX parece confirmar isso, o aprofundamento da ação instrumental imanente ao trabalho, visto por Marx como caminho necessário para a superação do modelo capitalista, *“pouco provavelmente (...) levaria a um novo modelo social cuja forma de racionalidade predominante não fosse a razão instrumental, posto que retomar-se-ia o condicionamento da reprodução social pelas forças produtivas”*. No final das contas, *“a idéia de uma sociedade comunista de sujeitos emancipados [sempre] traria desconfiança sobre se essa emancipação não seria gerada ela mesma por uma ação orientada para o entendimento recíproco, e não somente pela atividade produtiva”*<sup>183</sup>.

É nos escritos dos anos 70, fase de uma elaboração mais analítica da razão comunicativa, que Habermas direcionará suas investigações para tentar justificar a suposição de que todos os seres humanos teriam *competências comunicativas*<sup>184</sup> na estrutura de suas linguagens, independentemente de cada contexto histórico-cultural<sup>185</sup>. Para tanto, ele focará seus estudos nos *“atos de fala”*, assumindo que sobre eles *“se levantariam, em ‘jogos de linguagem comuns’, necessária e implicitamente as pretensões de validade, sob pena de*

---

<sup>182</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 134-135. Segundo confessará o próprio Habermas em certo momento: *“Jamais consegui aceitar a idéia de que a autoconsciência constitui, por si mesma, um fenômeno originário. Ou não será verdade que nós somente nos tornamos conscientes de nós mesmos nos olhares que um outro lança sobre nós? (...) Minhas pesquisas tomam esse paradigma como fio condutor. O princípio da filosofia da linguagem e a teoria moral que desenvolvi nesta linha poderiam ter-se inspirado em duas experiências pelas quais passei durante a época da escola: a de que os outros não me entendiam e a de que não aceitavam tal fato. (...) Ora, comunicações mal-sucedidas chamam a atenção para a realidade de um mundo intermediário de símbolos que, de outra forma, seriam imperceptíveis e que não poderiam ser apreendidos na qualidade de objetos. Somente no fracasso se mostra o médium da comunicação lingüística como camada de uma comunhão sem a qual não podemos existir como linguagem. Somente os que falam podem calar. Nós podemos nos isolar porque somos ligados, naturalmente, com outros”* (HABERMAS, Jünger. *Apud* BLOTTA, Vitor. Ob. cit., p. 278, nota 368).

<sup>183</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 144-145.

<sup>184</sup> Para Habermas, *“competência comunicativa”* é a capacidade de tornar consciente o sistema de regras que existe implícito na linguagem performativa – sem o qual nenhuma forma de comunicação seria possível – e poder intencionalmente se comunicar enquanto se realiza a própria ação com a qual se comunica. Cf. BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 184-185.

<sup>185</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 174.

*inexistência ou quebra de qualquer forma de comunicação*”. É na facticidade desses “jogos de linguagem comuns”, portanto, que se evidenciaria a normatividade incrustada na comunicação cotidiana, ainda que nenhuma das pretensões pragmáticas de validade sejam colocadas em xeque nesse contexto de “*ingênua aceitação*” ou de *agir comunicativo “puro”*, vez que haveria “*um ‘consenso de fundo socialmente praticado [eingespielt]’ sobre elas*”. Na verdade, mesmo quando ocorre algum distúrbio na comunicação e alguma dessas pretensões pragmáticas de validade é questionada, “*surge, numa forma de razão pós-metafísica, a necessidade de se reconhecer a falibilidade de todos atos de fala e ao mesmo tempo a possibilidade de serem argumentativamente resolvidos pelo Discurso*”<sup>186</sup>.

O conceito de Discurso é, assim, central na teoria comunicativa de Habermas, valendo como “*uma forma especializada de busca pela obtenção de uma convicção comum [Überzeugung] a respeito das pretensões de validade contidas em elementos cognitivos da comunicação cotidiana*”. Via de regra, questionamentos acerca de interpretações, descrições ou justificações formuladas em um ato de fala são respondidos e resolvidos de forma não problematizada, pela simples apresentação de novos elementos, “*preenchendo ‘gargalos’ de informação*”. Pode acontecer, contudo, das pretensões de validade serem explicitamente questionadas por algum dos falantes, o que exigirá de seus interlocutores a apresentação de razões suficientes para convencer os ouvintes a respeito da validade dos proferimentos. É por meio do Discurso, portanto, que as pretensões pragmáticas contidas nos atos de fala podem ser compreendidas e validadas, não em razão da coerência lógica de deduções teóricas ou da verificação empírica de seus pressupostos, “*mas sim pela ‘força não-forçada do melhor argumento’, no sentido de ser simplesmente ‘mais convincente’*”<sup>187</sup>.

Ocorre que, sendo todos os componentes do ato de fala criticáveis<sup>188</sup>, a rigor, até mesmo as regras pragmático-universais da linguagem ou a própria competência comunicativa poderiam ser colocadas em dúvida por algum dos interlocutores, suspendendo indefinidamente qualquer possibilidade de entendimento. Para evitar que o debate se torne um círculo infinito de argumentos e contra-argumentos do Discurso e preservar a “*presunção pragmático-universal de que ao iniciar qualquer tipo de comunicação os falantes-ouvintes podem atingir um entendimento mútuo*”, Habermas defenderá a idéia de que, “*em toda*

<sup>186</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 198-199.

<sup>187</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 206-207.

<sup>188</sup> Os atos de fala, que possibilitam a comunicação, pressupõem a satisfação de quatro pretensões de validade, segundo Habermas: serem inteligíveis, serem verdadeiros, serem normativamente corretos e, por fim, serem sinceros.

*argumentação eles antecipem necessariamente uma espécie de situação ideal de fala*”, assim entendida aquela em que *“há uma distribuição equânime de oportunidade para a tematização e crítica das pretensões de validade dos proferimentos comunicativos”* e que *“traduziria em termos lingüísticos [aquilo] que a modernidade iluminista buscou nas idéias de liberdade, verdade e justiça”*<sup>189</sup>.

Determinado a não retomar um modelo de justificação da razão puramente abstrato e metafísico, característico da filosofia do conhecimento, da qual já teria se desgarrado, e em função das críticas que podia antever diante de conceitos como os de *“agir comunicativo puro”* e *“situação ideal de fala”*, Habermas se empenhará em dar uma fundamentação prática à teoria das competências comunicativas, de modo que ela seja capaz de *“sustentar a inevitabilidade das projeções do modelo puro do agir comunicativo nas interações e da situação ideal de fala no Discurso”*. É por meio do que denominará de *“método reconstrutivo”* que ele buscará se desincumbir da difícil tarefa de fundamentação, ao mesmo tempo empírica e normativa, da racionalidade comunicativa<sup>190</sup>. Dito método se desdobra na idéia de uma *“sociologia interpretativa”*, que une sociologia e filosofia para estudar *“o agir comunicativo como um agir normativamente regulado sob a perspectiva de um intérprete-ator”*, que deve assumir *“a posição realista de um participante não-isento”*<sup>191</sup>. Entre o teórico social e o filósofo, o intérprete-ator não pode se limitar a constatar a regularidade dos comportamentos lingüísticos, mas também não pode deduzir a realidade a partir de conceitos *a priori*. Cabe a ele enfrentar o problema da normatividade inerente às interações humanas a partir de uma análise formal das regras pragmáticas do uso da linguagem. A razão comunicativa estará tanto mais fundamentada quanto mais se puder conhecer as *“profundas estruturas das regras que permitem as formações simbólicas capazes de gerar possível entendimento mútuo”*<sup>192</sup>. É nesse ponto que Habermas recorrerá à ontogênese cognitiva de

---

<sup>189</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 208-209. Segundo REESE-SHÄFER, a situação ideal de fala *“é caracterizada por quatro condições: esfera pública, distribuição eqüitativa dos direitos de comunicação, não-violência e autenticidade”*. Vale lembrar, contudo, que *“ela é entendida como parâmetro, como idéia reguladora, não porém como projeto a ser concretamente realizado”* (REESE-SHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. Tradução de Vilmar Schneider. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 178).

<sup>190</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 214.

<sup>191</sup> Ao contrário, na hipótese de ações sociais estratégicas – que não visam ao consenso, mas à conquista de objetivos exclusivamente individuais –, a perspectiva adotada será sempre a do observador, e não a do participante, visto que aqueles que agem estrategicamente, ainda que se dirijam a terceiros, encaram os contextos normativos e os outros participantes do mundo da vida apenas como fatos sociais. Cf. BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 285, nota 373.

<sup>192</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 213-219.

Jean Piaget, tomando-a como “base empírica falível de onde se extrai a justificação do conteúdo normativo da razão comunicativa”<sup>193</sup>.

Segundo a concepção de Piaget, o desenvolvimento das estruturas cognitivas humanas se daria durante o processo de aprendizado que vai desde um “estágio ‘egocêntrico’ da criança até o estágio de abstração lógico-moral e comunicativa do adolescente”. Tal evolução – “de um ser ‘egoísta’ e incapaz de distinguir entre o mundo interior e exterior, para um segundo momento em que pode conformar as normas sociais e, mais à frente, tornar-se capaz de questioná-las com base em princípios universalizantes” – “é o que Piaget denomina descentração”<sup>194</sup>. O que Habermas faz é uma analogia (ou homologia, para usar um termo de Piaget) entre a tese da descentração cognitiva do indivíduo e um suposto processo histórico-evolutivo dos paradigmas da razão, ao longo do qual “as tradicionais formas de compreensão do mundo são substituídas por paradigmas falíveis de racionalidade, como o Discurso teórico e o Discurso prático”<sup>195</sup>.

A influência do processo de desenvolvimento cognitivo individual sobre a forma de compreensão do mundo numa determinada sociedade seria possível em razão da competência cognitiva se exprimir por meio da linguagem, ou seja, a capacidade lingüística acompanharia a evolução cognitiva da criança até a fase adulta. Como a linguagem é usada para tornar o pensamento comunicável,

“essa ‘troca de idéias’ leva a criança em desenvolvimento a um estágio em que pode ‘assumir o ponto de vista do outro’, ou simplesmente mudar sua opinião, o que significa uma capacidade para estabelecer relações de ‘perspectividade’ e ‘reciprocidade’. A idéia do ‘grupo’, nesse aspecto, é fundamental para a aceleração desse processo, posto que sua distribuição de papéis e expectativas, e as relações estabelecidas entre eles e os sujeitos individuais é que permitirão a formação do ‘Eu’ individual, como também das ‘estruturas normativas’ do grupo”<sup>196</sup>.

<sup>193</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 227.

<sup>194</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 230-231. Ainda de acordo com Habermas, as etapas dessa evolução cognitiva cumpririam o seguinte cronograma: “a) simbiótico – primeiro ano de vida da criança, incapaz de perceber seu corpo ou realidade externa como objeto. Não haveria ainda sentido em falar em subjetividade; b) egocêntrico – há uma diferenciação entre o ‘Eu’ e o ambiente, mas a criança confunde ainda de maneira fantasiosa ambas as instâncias. No desenvolvimento moral, ainda é incapaz de assumir o ponto de vista do outro e não agir sem uma perspectiva ligada ao próprio corpo; c) socioêntrico-objetivista – a criança toma consciência do perspectivismo de seu ponto de vista e delimita-se em relação à natureza externa e à sociedade. Cessam-se as fantasias entre ilusão e realidade e torna-se possível o agir de acordo com normas sociais; d) universalista – fase da adolescência, em que os dogmatismos sociais da fase anterior tornam-se passíveis de análises reflexivas, lógico-formais ou moralmente universalistas. O jovem pode agora transcender não só o objetivismo de afirmações sobre a natureza, mas também de normas sociais à luz de princípios que devem ser aceitos por todos” (BLOTTA. Ob. cit., p. 231-232).

<sup>195</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 227.

<sup>196</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 236.

As instituições mais ou menos democráticas de uma determinada sociedade, portanto, teriam direta relação com o nível de desenvolvimento cognitivo dos indivíduos que dela participam e do modelo de comunicação de que se valem. Da mesma forma, mas no sentido inverso, tais instituições serviriam como “mecanismos de segurança” ou “seguros de não retrocesso”, “*provendo uma certa garantia de que sociedades democraticamente desenvolvidas não revertam a um nível pré-democrático*”<sup>197</sup>. É por meio dessa homologia, enfim, que Habermas acredita ser possível demonstrar empiricamente a formação das competências comunicativas que viabilizam uma “*orientação normativa geral da espécie humana pela busca de esquemas teórico-institucionais não-objetivantes e não-violentos de resolução de problemas*”<sup>198</sup>.

Discípulo de Piaget, Kohlberg também contribuirá de forma decisiva para a fundamentação empírica da ética do Discurso habermasiana. De acordo com este psicólogo americano, a evolução da consciência moral se daria em seis estágios<sup>199</sup>:

Nível A (“Pré-convencional”), encontram-se os dois primeiros estágios:

- I. *Estágio do castigo e da obediência* – conforma-se às normas para evitar o castigo e o mal físico;
- II. *Estágio de objetivo instrumental individual e da troca* – segue-se regras para satisfazer interesses individuais e imediatos. Há o início de uma consciência da igualdade nas relações de troca.

Nível B (“Convencional”), tem-se os estágios:

---

<sup>197</sup> MAIA, Antônio Cavalcanti. *Jünger Habermas: filósofo do direito*. Renovar: Rio de Janeiro, 2008. p. 79. É por meio de uma citação do próprio Habermas, no entanto, que o autor esclarece como essa relação entre desenvolvimento cognitivo individual e desenvolvimento das estruturas normativas do grupo se dá na prática: “*Investigações empíricas se opõem fortemente à idéia de que todos os membros adultos de uma sociedade, inclusive nas modernas sociedades ocidentais, adquiriram a aptidão para o pensamento operatório formal (no sentido de Piaget) ou para julgamentos pós-convencionais (no sentido da teoria do desenvolvimento moral de Kohlberg). Sustento apenas, por exemplo em relação a sociedades tribais, que indivíduos podem desenvolver estruturas de consciência que estão num nível superior àquelas que já se encontram incorporadas nas instituições de sua sociedade. Primariamente, são os sujeitos que aprendem, enquanto as sociedades avançam no processo de aprendizado evolucionário apenas num sentido metafórico. Novas formas de integração social e novas forças produtivas são devidas à institucionalização e exploração de formas de conhecimento adquiridas individualmente mas culturalmente estocadas e tornadas transmissíveis e, desta forma, acessíveis ao coletivo. Entretanto, o processo da implementação social somente se efetua em consequência de conflitos políticos e movimentos sociais, de iniciativas de grupos marginais inovadores, e assim por diante. Portanto, parto do pressuposto trivial de que sujeitos capazes de fala e ação não podem deixar de aprender, e baseio nisto a suposição de que processos de aprendizado ontogênicos adquirem funções pioneiras*” (HABERMAS, Jünger. *Apud* MAIA, Antônio Cavalcanti. Ob. cit., p. 81-82).

<sup>198</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 236.

<sup>199</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 251-252.

- III. *Estágio das expectativas interpessoais mútuas, dos relacionamentos e da conformidade* – ganha-se a consciência de agir de modo a ser visto como ‘bom’ a si mesmo e aos outros;
- IV. *Estágio da preservação do sistema social e da consciência* – segue-se regras para o bem-estar coletivo e a conservação das relações sociais.

Nível C (“Pós-convencional”), tem-se, por fim, os estágios:

- V. *Estágio dos direitos originários e do contrato social ou da utilidade* – segue-se regras para sustentar a sobrevivência delas mesmas, às vezes em oposição aos interesses de grupos dentro da sociedade. As diferenças de interesses individuais não devem prevalecer àqueles interesses gerais;
- VI. *Estágio dos princípios ético-universais* – segue-se regras pois são apoiadas em princípios éticos universais, que toda a humanidade deve seguir.

Em suas pesquisas empíricas, Kohlberg tentará demonstrar que, ao final do processo de aprendizagem, quando o aparelho cognitivo do indivíduo atinge o estágio do pleno desenvolvimento, ele será portador de *competências universais* para a solução de problemas ético-morais, o que serviria para Habermas como caminho para a fundamentação racional dos juízos morais, distanciando-se, assim, do relativismo hermenêutico.

No entanto, enquanto Kohlberg identifica o último estágio do nível pós-convencional de cognição com os princípios morais universais pressupostos por John Rawls na “posição original”, numa clara reprodução da razão prática monológica de Kant, Habermas sustentará que as competências (comunicativas) universais estariam confirmadas pelo Discurso, cujo princípio de universalização “U” (Universalierungsgrundsatz) estabelece o seguinte:

“Toda norma válida deve satisfazer à condição [de] que as conseqüências e efeitos colaterais que (previsivelmente) resultarem, para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos, do fato de ela ser universalmente seguida, possam ser aceitas por todos os concernidos (...)”<sup>200</sup>.

A transcendência dos juízos morais em Habermas, como se vê, ao invés de ser deduzida individualmente por um observador privilegiado, decorre de sua aceitação intersubjetiva num processo discursivo orientado ao possível entendimento mútuo, no que ele denomina de “transcendência desde dentro”. Desta forma, o imperativo moral kantiano – de agir de modo tal que a máxima de tua vontade possa sempre valer ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal – é reformulado em termos discursivos:

---

<sup>200</sup> HABERMAS, Jünger. *Apud* MAIA, Antônio Cavalcanti. *Jünger Habermas: filósofo do direito*. Renovar: Rio de Janeiro, 2008. p. 52.

“Ao invés de prescrever a todos os demais como válida uma máxima que eu quero que seja uma lei universal, tenho que apresentar minha máxima a todos os demais para o exame discursivo de sua pretensão de universalidade. O peso desloca-se daquilo que cada (indivíduo) pode querer sem contradição como lei universal para aquilo que todos querem de comum acordo reconhecer como norma universal”<sup>201</sup>.

O princípio “U”, portanto, corresponderia muito mais a uma regra procedimental (formal) de argumentação do que a um conteúdo ético material *a priori*, tal como se dá nos imperativos categóricos kantianos, servindo apenas para apresentar as “*condições para a universalização de normas capazes de viabilizar a formação imparcial de um consenso racional*”. É somente nesse sentido que “*a ética do Discurso demarcaria ‘o domínio do moralmente válido em face do domínio dos conteúdos de valor culturais’*”<sup>202</sup>.

### 2.3. O papel do direito no modelo habermasiano de sociedade

Em suas reflexões sobre o papel do direito na sociedade, Habermas detém-se sobre um problema fundamental da sociologia jurídica: como é possível manter a coesão social? Ou, em suas palavras, “*como é possível surgir ordem social a partir de processos de formação de consenso que se encontram ameaçados por uma tensão explosiva entre facticidade e validade?*”<sup>203</sup>.

Ao longo de seu principal livro sobre o tema<sup>204</sup>, Habermas avança no propósito de substituir a categoria kantiana da razão prática, de cunho puramente coercitivo, por uma razão comunicativa, baseada na idéia de consenso obtido a partir de um debate democrático. Nesse sentido, a razão prática — inicialmente, puramente fática, e depois, puramente normativa — dá lugar a normas de conduta legítimas porque democraticamente construídas (aspecto normativo) e reconhecidas por todos como válidas (aspecto fático).

<sup>201</sup> MCCARTHY, Thomas. *Apud* BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 255.

<sup>202</sup> BLOTTA, Vitor de Souza. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 258. Nas palavras de Habermas: “*A ética do Discurso não dá nenhuma orientação conteudística, mas sim, um procedimento rico de pressupostos, que deve garantir a imparcialidade da formação do juízo. O discurso prático é um processo, não para a produção de normas justificadas, mas para o exame da validade de normas consideradas hipoteticamente. É só com esse proceduralismo que a ética do Discurso se distingue de outras éticas cognitivistas, universalistas e formalistas, tais como a teoria da justiça de Rawls (...) ‘U’ exprime tão-somente o conteúdo normativo de um processo de formação discursiva da vontade e, por isso, deve ser cuidadosamente distinguido dos conteúdos da argumentação*” (*Apud* BLOTTA. Ob. cit., p. 260).

<sup>203</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v. V. I. p. 40.

<sup>204</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

A chave para assimilar a tensão entre facticidade e validade, em busca de uma estabilidade social, está na “Teoria do agir comunicativo”, obra na qual Habermas já havia cunhado os conceitos teóricos capazes de superar o caráter puramente manipulativo da esfera pública nas sociedades capitalistas avançadas, tal como por ele visto em suas obras anteriores<sup>205</sup>. Nesta obra, que marca sua “virada lingüística” na filosofia<sup>206</sup>, Habermas demonstrará como os mecanismos sistêmicos de integração impõem a lógica da razão instrumental a praticamente todas as esferas da sociedade, uma vez que acabam destruindo, com sua complexidade, as formas de solidariedade capazes de gerar orientações normativas

<sup>205</sup> Segundo demonstrado por Jorge Adriano Lubenow em sua tese de doutorado, o conceito de esfera pública seria mais uma categoria recorrente na obra de Habermas, sendo certo que o acompanhamento de sua evolução ao longo da extensa produção literária do autor retrataria bem a passagem de um ponto de vista inicialmente cético, mais ligado à tradição crítica da Escola de Frankfurt, para um ponto de vista otimista, que tenta resgatar a missão emancipatória da razão moderna. A análise retrospectiva de Lubenow começa pela tese de livre-docência de Habermas, defendida em 1962 e intitulada “Mudança estrutural da esfera pública”, onde o filósofo alemão sustenta que a esfera pública teria sofrido, na sociedade burguesa, um processo de transformação radical: de um espaço de crítica cultural (inicialmente exercitado no âmbito das conversações sobre literatura e arte travadas nos cafés europeus), onde se podia vislumbrar todo o potencial emancipatório de um debate verdadeiramente democrático, a um espaço manipulado pelos meios de comunicação de massa, onde a formação do consenso crítico racional estaria obstaculizado, em razão da imposição dos interesses privados sobre o interesse público. Já no ano de 1968, com a publicação de “Técnica e ciência como ideologia”, Habermas defenderá que a saída para a crescente apatia social frente ao Estado tecnocrático é a repolitização da esfera da opinião pública. Segundo sua percepção, o Estado nas sociedades capitalistas avançadas incorpora o discurso técnico e científico como suas únicas razões de decidir, excluindo as questões práticas da esfera pública e reduzindo o tratamento dos problemas políticos a uma solução de racionalidade técnica. A solução para reverter esse quadro seria reforçar a função crítica da opinião pública, muito embora o próprio Habermas admita não saber como fazer isso na prática. Tal posicionamento de incredulidade não chega a ser alterado, mas talvez reforçado em “O problema da legitimação do capitalismo tardio” (1973), obra em que Habermas se convence de que os esforços de legitimação da política não têm mais qualquer relação com a formação da vontade coletiva, constituída e desenvolvida na esfera pública por meio de um processo discursivo democrático, mas é o resultado de uma ‘procura por legitimação’, como elo da cadeia de produção da lealdade das massas, da qual se nutre o sistema político. Este seria o caráter negativo da política nas sociedades capitalistas avançadas. É somente a partir da publicação de sua obra maior, “Teoria do agir comunicativo” (1981), que Habermas desenvolverá conceitos teóricos capazes de superar o caráter puramente manipulativo da esfera pública nas sociedades capitalistas avançadas. E ele faz isso, situando as condições de comunicação (a base do entendimento e consenso) num nível mais profundo que a própria infra-estrutura econômica. O lugar central de sua reflexão passa a ser a prática comunicativa do entendimento que se dá no mundo da vida. É essa base comunicativa que dará sustentação à esfera pública. Cf. LUBENOW, Jorge Adriano. *A categoria de esfera pública em Jürgen Habermas*. 2007. 220 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2007.

<sup>206</sup> Segundo consigna Dias, a “virada lingüística” ou “*linguistic turn*” representa a transição das filosofias da consciência para as filosofias da linguagem, quando “*o centro da reflexão deslocou-se da consciência individual, o ‘ego cogitans’, a sua análise introspectiva e a sua relação directa com o objecto, para a comunidade de sujeitos e a linguagem quotidiana através da qual comunicam e se entendem na interacção mundivivencial*”. Habermas representa uma das muitas tendências de reabilitação e reconstrução intersubjetiva da filosofia. Sua “*ética discursiva supera as éticas da proximidade e da imediatidade, que são construídas monologicamente e têm no imperativo categórico kantiano uma das suas formulações típicas, e constitui uma ética da co-responsabilidade, de base antropocêntrica é certo, mas co-extensiva à protelação da acção humana e dos seus efeitos no tempo e no espaço, que é simultaneamente – e por causa disso – uma ética da solidariedade. As filosofias da intersubjectividade fundam, assim, uma nova antropologia, na medida em que trabalham com uma nova imagem do homem, que não é já a do ‘ego transcendental’, destituído de tempo histórico e de pertença comunitária, ou a do ‘homo economicus’, protótipo do sujeito egoísta, maximizador de utilidades próprias, mas a do ‘homo loquens’, o sujeito comunicativo, cujo modo de ser é em interacção e em cooperação com o outros*” (DIAS, Augusto Silva. “*Delicta in Se*” e “*Delicta Mere Prohibita*”: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 268).



para o grupo social. Nesse marco, o mundo da vida acaba ameaçado por esta visão sistêmica, que desativa as esferas regidas pela razão comunicativa. A esta ‘sobreposição’ do sistema no mundo da vida, Habermas dá o nome de “colonização do mundo da vida”, consistente na instrumentalização dos recursos comunicativos pelos imperativos sistêmicos do ‘dinheiro’ (econômico), do ‘poder’ (administrativo) e do ‘direito’ (juridificação).

Embora já vislumbrando alguma tarefa positiva para a esfera pública – consistente na proteção da autonomia do mundo da vida frente aos imperativos sistêmicos (função defensiva) – Habermas ainda não havia conseguido explicar como a esfera pública seria capaz de influir no processo de formação das políticas públicas, resgatando características de conformação das relações sociais com vistas a um entendimento livre de coerção, capacidade esta que já vinha sendo indiciada até mesmo por algumas pesquisas empíricas, que mostravam como entidades da sociedade civil organizada, especialmente os grupos feministas, conseguem influir nas decisões do Estado.

É somente em “Direito e Democracia”, que Habermas adotará claramente uma postura otimista em relação às possibilidades de um discurso democrático, capaz de influenciar os sistemas político e econômico, tendo o direito como “*categoria da mediação social entre facticidade e validade*”<sup>207</sup>. Assim, enquanto na Teoria do agir comunicativo, o direito exercia uma função mais colonizadora sobre o mundo da vida, como responsável pela crescente juridificação da vida social, em Direito e Democracia, pelo contrário, o direito, reconstruído por vias discursivas, exerce um papel invertido, mais integrador e positivo, responsável por traduzir a linguagem e transportar as estruturas comunicativas das interações simples para o nível da interação abstrata.

O “mundo da vida” é, a partir daí, visto como um dado prévio, limitador e conformador dos sistemas sociais estruturados. É nele que o modelo de ação comunicativa tem lugar e, exatamente por isso, é nele que os conceitos de facticidade e validade se confundirão, garantindo a coesão social. “*Na prática do dia-a-dia*”, diz Habermas, “*a inquietação ininterrupta através da experiência e da contradição, da contingência e da*

---

<sup>207</sup> A mudança de seu estado de ânimo acerca das possibilidades legitimantes da razão comunicativa em relação ao direito é expressamente reconhecida pelo próprio autor no prefácio da obra: “*Não me iludo sobre os problemas e os estados de ânimo provocados por nossa situação. Todavia, estados de ânimo – e filosofias de estados de ânimo melancólicos – não conseguem justificar o abandono derrotista dos conteúdos radicais do Estado democrático de direito; eu proponho, inclusive, um novo modo de ler esses conteúdos, mais apropriado às circunstâncias de uma sociedade complexa. Caso contrário, eu deveria escolher outro gênero literário – talvez o do diário de um escritor helenista, preocupado apenas em documentar para a posteridade as promessas não cumpridas de sua cultura decadente*” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v. V. I. p. 13-14).

*crítica, bate de encontro a uma rocha ampla e inamovível de lealdades, habilidades e padrões de interpretação consentidos*”<sup>208</sup>.

Na verdade, no pano de fundo do mundo da vida, onde o saber não é problematizado, o confronto entre facticidade e validade desaparece. A força desse saber condensado reside exatamente no fato dele ser irrefletido e aceito como válido como que por sua simples existência. Essa fusão entre facticidade e validade pode ser mais facilmente visualizada em instituições arcaicas, como no tabu do incesto, que ainda hoje nos faz lembrar que, “*nos domínios nucleares de sociedades organizadas pelo parentesco, a estabilidade de expectativas de comportamento*” é “*garantida através de convicções apoiadas numa autoridade ‘fascinosa’, ao mesmo tempo intimidante e atrativa*”, de modo que a “*coação sancionadora*” não precisa vir expressa na forma de um comando normativo apartado, uma vez que já está sublimada “*na força de convicção oriunda de razões evidentes*”<sup>209</sup>.

Ocorre que “*os espaços para o risco de dissenso embutido em tomadas de posição em termos de sim/não em relação a pretensões de validade criticáveis crescem no decorrer da evolução social*”. Quanto maior a complexidade social, maior a pluralidade de formas de vida, as quais inibem as zonas de sobreposição ou de convergência de convicções que se encontram na base do mundo da vida. Daí a pergunta a qual se coloca Habermas: “*como estabilizar, na perspectiva dos próprios atores, a validade de uma ordem social, na qual ações comunicativas tornam-se autônomas e claramente distintas de interações estratégicas?*”<sup>210</sup>.

A solução para esse problema, afirma Habermas, está na “*regulamentação normativa das interações estratégicas*”, tarefa esta que tem no direito sua principal ferramenta. Isto porque o direito teria a peculiaridade de referir-se “*tanto à facticidade da validade social, que se mede pela obediência geral às normas, quanto à legitimidade da pretensão ao reconhecimento normativo*”, de modo que os membros da comunidade jurídica podem tomar a norma a partir de dois enfoques distintos: objetivador ou performativo. Para aqueles atores sociais que se orientam pelo sucesso próprio, de forma puramente arbitrária, a norma jurídica funciona como “*um empecilho fático*”, ao impor conseqüências previsíveis no caso de sua transgressão. Já para aqueles atores que buscam um entendimento com outros “*sobre condições a serem preenchidas em comum para que tenham sucesso em suas ações, a regra*

<sup>208</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v. V. I. p. 40.

<sup>209</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v. V. I. p. 43-44.

<sup>210</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v. V. I. p. 44.

*amarra a sua 'vontade livre' através de uma pretensão de validade deontológica*”, servindo como parâmetro válido de comportamento. Desta forma, em função da perspectiva escolhida pelo próprio ator, a norma assumirá diferentes contornos<sup>211</sup>:

“para o que age estrategicamente, ela se encontra no nível de fatos sociais que limitam externamente o seu espaço de opções; para o que age comunicativamente, porém, ela se situa no nível de expectativas obrigatórias de comportamento, em relação às quais se supõe um acordo racionalmente motivado entre parceiros jurídicos”.

Contudo, para que coerção fática e validade deontológica possam coexistir no interior de uma mesma norma jurídica, é preciso que os cidadãos participem livremente do processo legislativo. A positividade do direito vem acompanhada da expectativa de que o processo democrático da legislação fundamente a suposição da aceitabilidade racional das normas estatuídas. Na positividade do direito não chega a se manifestar a facticidade de qualquer tipo contingente ou arbitrário da vontade e, sim, a vontade legítima, que resulta de uma autolegislação presumivelmente racional de cidadãos politicamente autônomos. Pois, sem um respaldo religioso ou metafísico, o direito coercitivo, talhado conforme o comportamento legal, só consegue garantir sua força integradora se a totalidade dos destinatários singulares das normas jurídicas puder considerar-se autora racional dessas mesmas normas<sup>212</sup>.

É dessa forma que o modelo de agir comunicativo, que domina o mundo da vida, encontra no direito um aliado na difícil tarefa de garantir a integração social nas sociedades complexas. Sem o direito, e *“sob condições modernas de sociedade complexas, que exigem um agir conduzido em larga escala por interesses e neutralizado do ponto de vista normativo”*, o agir comunicativo encontra-se diante de um paradoxo, pois *“não está em condições de carregar seriamente o fardo da integração social”*, mas tampouco pode *“livrar-se dela”*. A depender de seus próprios recursos, o agir comunicativo não consegue mais do que *“domesticar o risco, ou seja, prolongar os discursos”*. Isso, no entanto, nem sempre é suficiente para resolver os conflitos tempestivamente. Diante dessa carência coercitiva, a positividade do direito apresenta-se como *“uma saída plausível do paradoxo e como um mecanismo, com o auxílio do qual uma comunicação não-circunscrita pode aliviar-se das realizações de integração social sem se desmentir”*. Assim, com a formalização do direito cria-se um sistema de regras que *“une e, ao mesmo tempo, diferencia”* as estratégias de

<sup>211</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v. V. I. p. 51-52.

<sup>212</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v. V. I. p. 53-54.

circunscrição e de liberação “do risco de *dissenso embutido no agir comunicativo, no sentido de uma divisão de trabalho*”<sup>213</sup>.

Entendido como mecanismo que alivia as sobrecarregadas realizações de entendimento dos que agem comunicativamente de tarefas de integração social, o direito pressupõe dois aspectos: 1) a positividade e 2) a pretensão à aceitabilidade racional.

De um lado, a positividade do direito é como um fragmento de realidade social produzida artificialmente que só existe até segunda ordem. Ela não pode fundar-se somente na contingência de decisões arbitrárias, pois desta forma corre o risco de perder seu poder de integração social. Na verdade, o direito extrai sua força muito mais da aliança que a positividade estabelece com a pretensão de legitimidade, numa verdadeira relação de co-originalidade:

“Nessa ligação reflete-se o entrelaçamento estrutural entre a aceitação, que fundamenta os fatos, e a aceitabilidade exigida por pretensões de validade, que já estava introduzida no agir comunicativo e na ordem social mais ou menos natural, na forma de tensão entre facticidade e validade. Essa tensão ideal retorna intensificada no nível do direito, mais precisamente na relação entre a coerção do direito, que garante um nível médio de aceitação da regra, e a idéia da autolegislação – ou da suposição da autonomia política dos cidadãos associados – que resgata a pretensão de legitimidade das próprias regras, ou seja, aquilo que as torna racionalmente aceitáveis”<sup>214</sup>.

O direito realiza, assim, uma dupla função, positiva e negativa, funcionando como um instrumento colaborador do agir comunicativo, retirando-lhe o peso da integração social e influenciando nas esferas institucionais, bem como limitando a influência estratégica dos sistemas dirigidos pelo dinheiro e pelo poder administrativo sobre o mundo da vida.

A linguagem que vigora no mundo da vida é uma linguagem coloquial, sendo operacionalizada com menos clareza, num nível de diferenciação inferior ao dos códigos especiais sistêmicos (economia/dinheiro; administração/poder). Em contrapartida, ela não está amarrada a um único código, é poliglota, não havendo necessidade de pagar o preço da especialização – ou seja, de ficar surda aos problemas formulados numa linguagem estranha. Ao assumir a atividade típica de um intérprete, o direito realiza uma *função de charneira* entre sistema e mundo da vida: de um lado, ele traduz para os sistemas econômico e político-administrativo a linguagem coloquial do mundo da vida, de modo a informá-los (sobre) e ajustá-los aos valores obtidos consensualmente por meio de um agir comunicativo; de outro, ele bloqueia eventuais influxos colonizadores dos sistemas sobre o mundo da vida, impedindo

<sup>213</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v. V. I. p. 58-59.

<sup>214</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v. V. I. p. 58-59.

que o poder e/ou o dinheiro passem a regular as relações comunicativas que ali têm lugar com base em seus próprios códigos binários, uma vez que estes não encontram base democrática legítima.

Visto dessa forma, como um mensageiro (ou intérprete) do agir comunicativo, Habermas acredita ser possível resguardar também o direito de eventuais usos estratégicos por parte do poder administrativo, que já não pode valer-se da roupagem jurídica apenas para dar ares de legitimidade aos meios coercitivos de que dispõe. Uma relação legítima entre direito e poder só pode se dar numa via de mão dupla: o direito confere forma jurídica ao poder político, desde que este empregue sua força coercitiva somente na realização dos objetivos consensualmente definidos no mundo da vida. Na verdade, uma vez que se adote o conceito de poder tal como trabalhado por Hannah Arendt – o que Habermas expressamente defende –, o vínculo entre o agir comunicativo e o uso legítimo da força torna-se ainda mais evidente, pois –

“Para Hannah Arendt, o fenômeno básico do poder não é, como para Max Weber, a chance de impor, no âmbito de uma relação social, a sua própria vontade contra vontades opostas, e sim, o potencial de uma vontade comum formada numa comunicação não coagida. Ela instaura um confronto entre ‘poder’ e ‘violência’, isto é, entre o poder de uma comunicação voltada ao entendimento e a instrumentalização de uma vontade estranha em proveito próprio: ‘O poder nasce da capacidade humana de agir ou de fazer algo, de se associar com outros e de agir em afinção com eles’<sup>215</sup>.”

Visto dessa maneira, como produto da simples convergência de vontades livres, o poder do Estado não necessita de um discurso teórico que o legitime, tal como a teoria do contrato social, seja para justificar seu surgimento, seja para garantir sua manutenção. Tanto uma coisa, quanto outra, depende da formação e da constante renovação comunicativa desse poder, que não pode ser possuído por ninguém, vez que está disperso nas mãos (ou melhor, na palavra) de cada um dos cidadãos.

Pois bem. Uma vez adotado o conceito de poder arendtiano, o que Habermas sugere é que “*se considere o direito como o medium através do qual o poder comunicativo se transforma em poder administrativo*”. Em termos deontológicos, “*a idéia do Estado de direito pode ser interpretada (...) como a exigência de ligar o sistema administrativo, comandado pelo código do poder, ao poder comunicativo, estatuidor do direito*”, mantendo-o longe de interesses privilegiados. Já do ponto de vista sociológico, “*a idéia do Estado de*

---

<sup>215</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v. V. I. p. 187.

*direito ilumina apenas o aspecto político da produção de um equilíbrio entre os três poderes da integração global da sociedade: dinheiro, poder administrativo e solidariedade”<sup>216</sup>.*

---

<sup>216</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v. V. I. p. 190.

### 3. O PAPEL DO DIREITO PENAL COMO CHARNEIRA ENTRE MUNDO DA VIDA E SISTEMA

Como visto anteriormente, de acordo com o modelo dual de sociedade proposto por Habermas, o direito desempenha uma função de charneira, conectando o mundo da vida com as demais esferas sociais já especializadas na forma de sistemas. Nesse trabalho regulador, o direito, por um lado, auxilia a tarefa de garantir a coesão social, estabelecendo normas jurídicas em conformidade com os consensos formados comunicativamente no mundo da vida e, por outro lado, limita a expansão da linguagem estratégica dos sistemas em direção às questões cotidianas não problematizadas e que encontram solução consensual no próprio mundo da vida.

Sendo o direito penal um ramo do direito como um todo, não pode ele desempenhar na sociedade um papel diferente dos demais ramos dessa área de conhecimento. Assim, visto como charneira, o direito penal também deve contribuir para o fortalecimento dos consensos obtidos de forma ilocucionária<sup>217</sup> no mundo da vida, ao mesmo tempo em que deve limitar a intervenção autoritária dos sistemas econômico e político administrativo sobre as pessoas que formam a base comunicativa desse modelo inclusivo de sociedade. Nesse contexto, a distinção proposta por Zaffaroni em seu modelo funcionalista redutor, entre poder punitivo e direito penal, parece ser bastante apropriada<sup>218</sup>. Uma vez adotada tal diferenciação, torna-se perfeitamente possível compatibilizar a função de charneira idealizada por Habermas com a idéia de um direito penal limitador do poder punitivo trazida por Zaffaroni.

Como já visto no capítulo anterior, Habermas não nega que o direito tenha um conteúdo coercitivo necessário. Aliás, é exatamente por possuir tal característica que o direito é capaz de dividir com o agir comunicativo o encargo de garantir a coesão social, influenciando no espírito daqueles que não se motivam apenas em função da norma moral. Em suas preleções sobre Filosofia do Direito, Habermas aborda o problema da conciliação entre o caráter coercitivo do direito e a pretensão consensual do agir comunicativo, apresentando uma explicação que Karl-Otto Apel classifica de funcionalista:

“Há, em cada sociedade, problemas e conflitos funcionais que devem ser solucionados dentro de determinados prazos, se pretendemos que a reprodução da vida social não seja seriamente ameaçada (...) E eu penso que, em sociedades modernas, cresce a necessidade de regulamentações, adequadas em termo de prazos, sobre assuntos imprevistos, mas importantes, como recursos, sem que para isso as práticas e os hábitos socialmente ensaiados fossem suficientes, como um tipo de cobertura (...). Conquanto, porém, este tipo de

<sup>217</sup> Sobre a classificação habermasiana das ações em ilocucionárias e perlocucionárias, vide item 4.1.1, *infra*.

<sup>218</sup> A distinção entre poder punitivo e direito penal na obra de Zaffaroni já foi detalhada no item 1.4.3, *supra*.

substância consumida de eticidade só possa ser substituído por uma moral autônoma, vê-se o que faz falta: essa moral não é suficiente, quando surge a necessidade de solucionar cada um desses problemas e conflitos dentro de um determinado prazo, por uma decisão obrigatória. É que decisões obrigatórias são determinadas em dois sentidos, em que morais pós-convencionais permanecem indeterminadas (...): 1. No sentido de soluções marcadas por prazos e que devem ser definitivas e 2. No sentido da imposição factual de tais soluções (...). Em vista destes assuntos marcados por prazos carecedores de regulamentação, no lugar do controle moral de postura, surge, portanto, um controle jurídico de comportamento, quer dizer, uma regulamentação (...), cuja observância é supervisionada e, eventualmente, imposta por coerção (...). Os déficits em eficácia social e em resultados inequívocos e definitivos, dos quais sofrem éticas que procedem de modo formal, são compensados, portanto, pelo caráter da obrigatoriedade jurídica das decisões”<sup>219</sup>.

O fato do direito possuir um conteúdo coercitivo, como se vê, não o torna desde logo ilegítimo à luz dos consensos obtidos de forma ilocucionária no mundo da vida, ainda que, a longo prazo, as soluções obrigatórias impostas pelo sistema jurídico mereçam encontrar alternativas consensuais que dispensem o uso de tal instrumento coercitivo<sup>220</sup>.

Essa conclusão, contudo, se é válida para o caráter coercitivo do direito em geral, não pode ser transportada, pura e simplesmente, para a análise da legitimidade do poder punitivo estatal. É que a ilegitimidade deste não decorre simplesmente de sua natureza coercitiva, mas sim da forma absolutamente irracional e violenta<sup>221</sup> como tal coerção se dá. É a forma de coerção característica do poder punitivo (pena privativa de liberdade) e não a própria coerção em si o xis do problema.

<sup>219</sup> HABERMAS, Jürgen. *Apud* A Ética do discurso diante da problemática jurídica e política: as próprias diferenças de racionalidade entre moralidade, direito e política podem ser justificadas normativa e racionalmente pela ética do discurso? In MOREIRA, Luiz (Org.). *Com Habermas, contra Habermas*. São Paulo: Landy editora, 2004. Cap. III, p. 105-143. Neste artigo, Apel trata exatamente do problema da legitimação da coercibilidade jurídica à luz da ética do discurso. Para ele, a explicação de Habermas não chega a satisfazer uma pretensão normativa de legitimação. Na verdade, o caráter coercitivo do direito estaria discursivamente fundamentado, ou seja, ele seria moralmente válido, desde que entendido como uma *contra-estratégia de estratégias*. Em outras palavras, “*trata-se da auto-restrição – aparentemente paradoxal – do princípio do discurso, no sentido de uma mediação estrategicamente eficiente da formação não-coativa de consenso com coação contra-estratégica de estratégia, a qual, ela própria, pretende ainda ser capaz de consenso. Em ambos os casos, não se trata, por exemplo, de revogar a parte A da ética do discurso – a saber, o postulado da formação de consenso – mas de uma complementação ou qualificação do princípio da formação de consenso, que se tornou exigível pela condição humana (a diferença entre comunidade ideal e real de comunicação)*” (Ob. cit., p. 139-140). Em que pese o esforço realizado pelo autor, preferimos a explicação funcional de Habermas, que preserva a esfera mundivivencial de uma forma de atuação caracterizada pelo exato oposto daquilo que se convencionou chamar de agir comunicativo.

<sup>220</sup> Em sentido análogo e crítico daquilo que denomina de “*imposição moral-estratégica*” apeliana, Klaus Günther: “*o reconhecimento implícito do princípio moral, como representação da fundamentação imparcial e aplicação de normas morais, inicialmente não pode ser alcançado através de medidas ‘estratégico-morais’, mas tão-somente pelo reconhecimento autonomamente obtido. Ainda que sejam permitidas múltiplas e sensatas possibilidades de combinação entre ação consensual e racionalidade pragmática, e ainda que, dentro de certos limites, também seja permitido que se fomente instrumentalmente o estabelecimento das condições gerais de entendimento, o último avanço em direção ao reconhecimento autônomo do princípio de entendimento discursivo, porém, precisa ser executado exclusivamente pelos próprios indivíduos. O princípio moral só funciona sob esta condição*” (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 119).

<sup>221</sup> A distinção arendtiana entre “poder” (popular) e “violência” (estatal), conforme vista ao final do capítulo anterior, serve bem para explicar em que medida o poder punitivo não é propriamente um “poder”, e muito menos um direito, mas sim uma “violência”.



Ninguém discorda que, sendo o direito um instrumento coercitivo, conflitos intersubjetivos graves, tais como aqueles identificados em alguns tipos penais, possam ser por ele sancionados. Até mesmo os defensores do abolicionismo penal não negam a possibilidade de se usar outras formas jurídicas de sancionamento (civil ou administrativo) de condutas socialmente negativas como alternativa ao exercício do poder punitivo<sup>222</sup>. O que não encontra qualquer respaldo ético-discursivo e que, portanto, merece ser contido pelo direito penal, é a exclusão do indivíduo do convívio social (ainda que temporariamente) ao argumento de fortalecer, “contra-estrategicamente”, as condições comunicativas de formação do consenso válido.

De fato, não há nenhuma forma de ação social mais estratégica, mais perlocucionária, mais ilegítima à vista dos padrões éticos mundivivenciais, do que a pena privativa de liberdade. Mesmo aqueles que atribuem à pena fins legítimos, não deixam de reconhecer que ela é um ato coercitivo, aflitivo, em que o Estado impõe a alguém determinada pretensão punitiva a despeito de qualquer tentativa de entendimento consensual.

O modelo tradicional de justiça retributiva, portanto, em contraposição a um modelo restaurativo<sup>223</sup>, centrado no diálogo e na busca pelo consenso, é o exato oposto do padrão comunicativo válido existente no mundo da vida.

---

<sup>222</sup> Sobre esse ponto, vale transcrever o posicionamento de Louk Hulsman, verdadeiro ícone do abolicionismo penal: “*Quando falamos de alternativas à justiça criminal, não estamos falando de sanções alternativas, mas sim de alternativas aos processos da justiça criminal. Tais alternativas podem ser de natureza prevalentemente legal, ou não*” (HULSMAN, Louk. Alternativas à justiça criminal. In: PASSETTI, Edson (Coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 52).

<sup>223</sup> Apesar da grande dificuldade em definir com precisão o que se entende por justiça restaurativa, uma vez que seu desenvolvimento se ampara muito mais na prática do que em dispositivos legais positivados, pode-se apontar, juntamente com Froestad e Shearing, quatro características básicas para que um determinado modelo possa ser considerado restaurativo. Em primeiro lugar, é preciso verificar o “grau de inclusão dos interessados” na solução do conflito. Programas que “ampliam o círculo” terão uma capacidade maior de restauração e de solução de problemas do que os programas que limitam a participação. Em segundo lugar, programas restaurativos devem expandir suas metas para além da simples reparação do dano específico, buscando também a reintegração dos infratores de volta à comunidade, abordando problemas estruturais e desigualdades sociais que causam exemplos de dominação e a eclosão de conflitos, ou visando restituir o poder à própria comunidade, para aumentar sua capacidade de gerenciamento do conflito e construção da paz. Em terceiro lugar, distinguem-se os programas restaurativos por suas “localizações em relação às bases do poder e controle”. Eles sugerem que as práticas restaurativas podem ser organizadas ao longo de um contínuo “de programas baseados na comunidade, onde a responsabilidade, os recursos e o controle de serviços são investidos na comunidade local e em seus cidadãos”. Exatamente por conta disso, os programas que são baseados localmente e dirigidos por associações não-governamentais devem ter maior potencial restaurativo do que os projetos administrados centralmente, controlados pelo Estado. Por último, os citados autores recorrem às noções de “diálogo respeitoso” e de “não-dominância” apontadas por Braithwaite como valores centrais de todo e qualquer modelo que se pretenda restaurativo. Nesse sentido, sustenta-se que, não apenas as vozes dos “*proprietários de [um] conflito*” significativo sejam ouvidas, mas que a resolução de problemas deva ser baseada principalmente em relatos de como os interessados locais experimentam e concebem os conflitos (FROESTAD, Jan e SHEARING, Clifford. O Modelo Zwelethamba de Resolução de conflitos. In: SLAKMON, C., De Vitto, R. e GOMES PINTO, R. (orgs). *Justiça Restaurativa*. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 79-123.).

A crescente expansão do poder punitivo pelas mais variadas esferas da vida cotidiana que se experimenta na atualidade, portanto, não decorre do uso legítimo do direito penal (*rectius* poder punitivo) para garantir os direitos fundamentais das pessoas, conforme defende o funcionalismo teleológico, mas sim de uma indevida “colonização” do mundo da vida pelo sistema político-administrativo, cujo código lingüístico do poder é cada vez mais influenciado pela linguagem do sistema econômico: o dinheiro. Daí o fenômeno da criminalização da miséria, de que fala Wacquant<sup>224</sup>.

Nessa investida colonizadora, interesses econômico-administrativos valem-se do direito penal para, sob a forma de uma intervenção juridicamente autorizada, empregar a força coercitiva da caserna sobre âmbitos da vida cotidiana que não representam qualquer conflito intersubjetivo grave, seja porque a intervenção ocorre antes mesmo do surgimento de um conflito, seja porque ela sequer visa evitar conflitos intersubjetivos, mas, tão somente, reforçar o funcionamento da própria estrutura econômica e administrativa. Tal movimento expansivo do direito penal<sup>225</sup> subverte o discurso jurídico-penal nos seus dois pilares de sustentação: a teoria da pena e a teoria do injusto.

O primeiro pilar, como já adiantado, é abalado pela construção de discursos de legitimação da pena que fogem ao padrão comunicativo que vigora no mundo da vida e que deveria, com a ajuda do direito, se espalhar para todo o sistema social. Não é possível retomar aqui toda a discussão sobre os discursos de (des)legitimação da pena, tema ao qual já dedicamos nossa dissertação de mestrado<sup>226</sup>. Sobre o assunto, basta reafirmar que, segundo nos parece, não há justificativa para o encarceramento de pessoas que seja compatível com os objetivos consensualmente estabelecidos por meio de um agir comunicativo. Portanto, na esteira dos ensinamentos de Zaffaroni, acreditamos que a única missão que se pode atribuir legitimamente ao direito penal é a de limitar os influxos estratégicos do poder administrativo na forma de pena.

As transformações que atingem o segundo pilar de sustentação da dogmática jurídico penal – a teoria do injusto –, estas sim, interessam diretamente à investigação ora proposta, na medida em que esvaziam o conteúdo social, mundivivencial ou prejurídico do ilícito penal. A tese que defendemos aqui é a de que também o direito penal, para se legitimar, precisa se

---

<sup>224</sup> WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2. ed. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

<sup>225</sup> Sobre o fenômeno da expansão do direito penal, veja-se, por todos: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2011.

<sup>226</sup> JOFFILY, Tiago. *Direito e compaixão: discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

banhar nas águas dos consensos mundivivenciais construídos por meio de um agir comunicativo livre de coerção. Isso não significa, contudo, que advogemos a tese de que existam crimes por natureza, anteriores à própria decisão legislativa incriminadora<sup>227</sup>. Na verdade, a decisão de conferir tratamento penal a determinado conflito, punindo-o com pena, nunca encontrará respaldo valorativo no mundo da vida. O que pode, sim, ser realizado legitimamente pelo direito penal é controlar, a partir da formulação de conceitos restritivos, as decisões legislativas que pretendam punir fatos meramente disfuncionais para o sistema, sem qualquer conteúdo conflitivo. Reconhecer um conteúdo prejurídico do injusto, portanto, não recomenda ou legitima a incriminação, mas apenas revela que há ali um conflito real<sup>228</sup>.

Para ajudar a compreender melhor a tese ora defendida, parece útil recorrer às palavras do penalista português Augusto Silva Dias, que também foi buscar no modelo dual de sociedade habermasiano uma resposta para o problema do conteúdo do injusto penal, embora partindo de premissas e chegando a conclusões sensivelmente diversas das nossas.

Na obra intitulada “*Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita*”, Dias parte do pressuposto de que existem dois tipos de condutas: aquelas que são essencialmente criminosas (*delicta in se*) e que, por isso, merecem punição criminal, desde que esta seja a única forma de se proteger os bens jurídicos por ela afetados; e aquelas que foram tornadas criminosas somente porque punidas com pena pelo legislador (*delicta mere prohibita*), de modo que não revelam um conteúdo desvalorado a justificar uma incriminação legítima. Para sustentar essa tese, o autor elege como exemplos paradigmáticos dos *delicta in se* os crimes de poluição e de

<sup>227</sup> Hipótese que, aliás, já foi há muito desmentida pela criminologia da reação social: “*As teorias conflituais da criminalidade negam o princípio do interesse social e do delito natural, afirmando que: a) os interesses que estão na base da formação e da aplicação do direito penal são os interesses daqueles grupos que têm o poder de influir sobre os processos de criminalização – os interesses protegidos através do direito penal não são, pois, interesses comuns a todos os cidadãos; b) a criminalidade, no seu conjunto, é uma realidade social criada através do processo de criminalização. Portanto, a criminalidade e todo o direito penal têm, sempre, natureza política. A referência à proteção de determinados arranjos políticos e econômicos, ao conflito entre grupos sociais, não é exclusiva de um pequeno número de delitos artificiais*” (BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 119).

<sup>228</sup> Também partindo de um modelo de justiça baseado na teoria do discurso e chegando a conclusão análoga, Juarez Tavares: “*A norma jurídica não se identifica com a moral. A norma jurídica é uma norma reguladora de condutas dentro de uma certa comunidade, não o resultado de princípios morais a priori. Entretanto, a comunidade deve ser tratada também nas suas relações institucionais, quer dizer, não se pode desconsiderar que sobre essa comunidade há a intervenção de um Estado instituído. Daí a necessidade de serem alinhavados princípios protetivos de direitos fundamentais, que constituem os valores pelos quais se devem orientar as normas. A relação entre princípios deontológicos e valores se torna transparente quando se assinala com precisão que os únicos valores realmente com o caráter de universalidade são aqueles dos direitos fundamentais, porque são valores que sedimentam a realização de uma ordem comunitária democrática. A relação entre norma jurídica e valor, porém, não significa que a norma jurídica tenha de se orientar positivamente por esse valor, porque isto induziria a fundar a norma jurídica dentro de um sistema moral. O que se exige é que esta não contradiga esse sistema de valores dos direitos fundamentais, e só nesse sentido é que tem caráter universal*” (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 80).

corrupção da genuinidade, qualidade ou composição de gêneros alimentícios, e como exemplo paradigmático dos *delicta mere prohibita* o crime de exportação de bens sem prévia autorização da autoridade competente. Segundo lhe parece, enquanto nos dois primeiros exemplos as condutas incriminadas “ameaçam valores ou bens que correspondem a necessidades fundamentais das pessoas, rectius, de um conjunto mais ou menos indeterminado de pessoas”, no último exemplo, a conduta “perturba o interesse no funcionamento regular da economia, pois ilude o controlo da Administração económica sobre a exportação de determinadas mercadorias”<sup>229</sup>, e isso teria conseqüências fundamentais em termos de legitimação de um e outro tipo de incriminação.

A tese de Dias é a de que os *delictae in se*, por terem como objeto de referência a relação interpessoal, seriam eticamente tematizáveis e cotidianamente perceptíveis, vez que afetam, em última instância, o conteúdo comunicativo do mundo da vida social. Já os *delictae mere prohibita* teriam por objeto de referência uma simples funcionalidade sistêmica, sendo portanto um instrumento formal, destituído de relevância prático-ética, de modo que só poderiam ser entendidos como delito pelas pessoas a partir da previsão de uma sanção criminal correlata<sup>230</sup>.

Para demonstrar a ausência de fundamento de validade extrajurídico dos *delictae mere prohibita*, Dias recorre ao modelo de sociedade dual habermasiano, argumentando que é no mundo da vida que se dão as práticas sociais de reconhecimento ou atribuição de juridicidade que orientam a ação e reforçam a coesão social, logo, somente uma conduta ofensiva de bens que integram o mundo da vida poderá justificar a intervenção penal. Afinal, o direito em geral, e em especial o direito penal, se dirige à preservação das estruturas mundivivenciais e, nessa base, à integração social<sup>231</sup>.

Por acreditar na função preventiva geral positiva ou integradora da pena, Dias defende a legitimidade do poder punitivo como instrumento de comunicação do mundo da vida com o sistema, promovendo a coesão social em torno de suas instituições e valores. Ao seu ver, a norma de sanção, bem como a punição concreta, repariam simbolicamente o bem jurídico lesado e restaurariam as expectativas dos destinatários em torno de valores e normas

<sup>229</sup> DIAS, Augusto Silva. “*Delicta in Se*” e “*Delicta Mere Prohibita*”: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 18.

<sup>230</sup> DIAS, Augusto Silva. “*Delicta in Se*” e “*Delicta Mere Prohibita*”: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 18.

<sup>231</sup> DIAS, Augusto Silva. “*Delicta in Se*” e “*Delicta Mere Prohibita*”: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 423.

reconhecidos como válidos e socialmente vinculantes<sup>232</sup>. Desta forma, a mediação entre o direito penal e o sistema funcionaria em dois sentidos contrapostos, um válido e outro inválido:

“Quando a intervenção penal visa a protecção de instituições e valores do mundo da vida perante acções instrumentais coordenadas pela dinâmica dos sistemas, ou seja, quando as consequências destas acções sobre as estruturas normativas do mundo da vida permitem que se lhes atribua um desvalor ético fundamental e que se as transforme, à míngua de meios de controlo alternativos adequados, em objecto de normas e de tipos legais de crime, o discurso jurídico-penal é estabelecido no sentido inverso ao da infracção: do mundo da vida – promovendo a coesão social em torno das suas instituições e valores – para o sistema. Quando, ao invés, o legislador penal tipifica condutas disfuncionais e comina para a sua realização penas de prisão, o Direito Penal converte-se em instrumento de integração sistémica e, à primeira vista, todos os problemas que se colocam ao nível da legitimidade parecem consistir numa desvinculação da normatividade jurídico-penal da experiência normativa básica do mundo da vida. Mas oculto nesta espécie de intervenção penal está outro problema, relacionado com um fluxo colonizador do sistema sobre o mundo da vida. Uma das matrizes de referência do Direito Penal da modernidade é a conexão estreita entre garantia da liberdade e privação da liberdade, ou melhor, a idéia de que a restrição da liberdade só se justifica como garantia de liberdade (dos direitos de liberdade ou dos bens jurídicos individuais, como se preferir) dos demais. Esta referencia está presente tanto nas teorias contratualistas, como nas concepções kantianas do homem como fim em si e da dupla natureza do Direito como ordem coactiva e como ordem da liberdade. Ela permanece hoje em dia como princípio de validade do Direito Penal, mas agora cunhada por uma perspectiva intersubjectiva e de transcendentalizada, que lhe modifica o sentido: a restrição da liberdade pessoal, quer no plano da ameaça, quer no da aplicação da pena, só colhe fundamento onde se mostre necessária para protecção e salvaguarda de instituições ou valores que exprimem e asseguram âmbitos (existentes ou possíveis) de acção intersubjectivamente estruturados, isto é, que funcionam como espaços de realização individual e social dos cidadãos. A razão de ser da pena descansa, pois, numa ética pública, que versa o exercício da cidadania individual e colectiva”<sup>233</sup>.

De nossa parte, não vemos como o aprisionamento de uma pessoa possa reforçar nas demais a mensagem de que é o debate inclusivo de pessoas igualmente livres e responsáveis que permite a formação do consenso necessário à preservação da vida em sociedade. Porém, nada obstante a imprestabilidade do poder punitivo para influir legitimamente na esfera sistémica, parece que o direito penal pode sim colaborar com o mundo da vida, reforçando os valores contidos no modelo de acção comunicativamente válida. Tal tarefa será desempenhada,

<sup>232</sup> DIAS, Augusto Silva. “*Delicta in Se*” e “*Delicta Mere Prohibita*”: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 425. Aparentemente, Dias adota uma posição eclética quanto às doutrinas de justificação da pena, admitindo fundamentos retributivos e de prevenção geral positiva de legitimação: “*Quanto ao fundamento ou ao ‘porquê’ da pena, não podemos deixar de concordar que, quer no momento da sua cominação, quer no da sua aplicação concreta, ela tem um sentido retributivo-simbólico, que já Kant e Hegel lhe haviam atribuído. Com efeito, a ameaça de pena reforça na interacção comunicativa as estruturas normativas do reconhecimento recíproco e a pena concreta restaura simbolicamente aquelas estruturas atingidas na sua validade com a prática do crime. Deste modo, a pena concreta cumpre a mensagem contida na ameaça e repara o dano causado pelo crime no valor de reconhecimento, restabelecendo-o e integrando-o socialmente. Para que tal suceda a pena deve ser proporcional significando isso, no que à pena concreta diz respeito, que ela deve fundamentar-se na culpa. Caso contrario, a pena não é compreendida como justa, ou seja, escapa às concepções de justiça punitiva vigentes na nossa forma de vida e perde todo o valor retributivo e integrador*” (Ob. cit., p. 749).

<sup>233</sup> DIAS, Augusto Silva. “*Delicta in Se*” e “*Delicta Mere Prohibita*”: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 568.

não por meio da imposição de pena, mas pelo uso de um direito penal destinado à limitação do poder punitivo.

A ancoragem mundivivencial dos elementos do injusto penal se prestam exatamente a essa tarefa limitadora, qual seja: a de assegurar que aquilo que o legislador identifica como uma conduta socialmente negativa, por afetar o conteúdo comunicativo do mundo da vida, efetivamente apresenta tal conteúdo de desvalor, não sendo, ao revés, uma simples violação de um dever estabelecido em interesse dos sistemas econômico e administrativo.

Vistas as coisas desta forma, a tarefa a que nos dedicaremos a seguir é a de revisitar alguns dos conceitos-chave da teoria do injusto, de modo a ajustá-los a essa compreensão do direito penal.

#### 4. REVISÃO DE TRÊS CONCEITOS DOGMÁTICOS FUNDAMENTAIS

No capítulo anterior, defendemos a instrumentalização do direito penal como ferramenta auxiliar do agir comunicativo na estabilização dos conflitos intersubjetivos graves que por ventura ocorram no mundo da vida, com vistas a viabilizar formas de coesão social baseadas em consensos democraticamente contruídos.

Vimos que, para cumprir essa tarefa, o direito penal precisa assumir a forma de charneira, exercendo a dupla função de: (i) transmitir para o poder administrativo estatal os modelos de resolução pacífica (consensual) dos conflitos que têm existência no mundo da vida; e (ii) restringir os influxos punitivos do poder punitivo estatal na máxima medida possível, limitando sua incidência, na pior das hipóteses, apenas àquelas situações que representem, já no mundo da vida, um conflito intersubjetivo grave.

Para desincumbir-se a contento dessa segunda função, é necessário que o direito penal, como conhecimento aplicado à tarefa de limitar o poder punitivo estatal, seja dotado de conceitos dogmáticos capazes de dialogar tanto com o mundo da vida, quanto com o sistema político-administrativo, de modo que os padrões éticos democraticamente construídos a partir do exercício do agir comunicativo possam ser transmitidos e compreendidos por aqueles que detêm o poder de intervir, pela força, sobre o comportamento das pessoas.

Reconstruir, nesse momento, todos os conceitos dogmáticos que, de alguma forma, se prestam a essa atividade limitadora do poder punitivo seria uma tarefa inabarcável, que, ademais, ultrapassa em larga medida os objetivos bem mais modestos da presente investigação.

Nossa tese, como já dito no primeiro capítulo, é a de que somente um injusto formado pelo duplo desvalor da ação e do resultado é capaz de cumprir satisfatoriamente a missão redutora do poder punitivo que se espera de um direito penal mundivivencialmente fundado. Para que se possa compreender o que isso significa exatamente em termos dogmáticos, é preciso, antes de mais nada, precisar o que se entende por ação e o que se entende por resultado, sem o que seria impossível estabelecer o significado preciso daqueles dois elementos que, uma vez combinados, formam a concepção dualista rigorosa de injusto por nós defendida.

Por outro lado, nenhuma tentativa de explicar o conteúdo do injusto penal pode ser bem sucedida se não incluir uma definição precisa do que se entende por bem jurídico, uma vez que é precisamente em torno desse conceito que se concentra toda a discussão doutrinária acerca do fundamento material das incriminações. No final das contas, seja para aqueles que

se contentam com o simples desvalor da ação, seja para aqueles que, como nós, fazem depender o injusto também de um desvalor do resultado, toda incriminação está fundada, senão na afetação efetiva do bem jurídico, pelo menos na potencialidade ou na tendência da conduta para afetá-lo. Assim, o esclarecimento prévio do que se entende por bem jurídico é também condição necessária para estabelecer o momento a partir do qual já se pode afirmar a existência de um injusto penal.

Nos apartados seguintes, nos dedicaremos a apresentar o arcabouço conceitual que nos permitirá demonstrar, no último capítulo, como uma concepção dualista rigorosa do injusto pode ser compatibilizada até mesmo com modalidades delitivas tradicionalmente fundadas no puro desvalor da ação, como é o caso da tentativa e dos crimes de perigo abstrato.

#### **4.1. Conceito de ação**

Para tratar especificamente do problema da ação no direito penal, dividiremos este subcapítulo em três partes. Primeiro, apresentaremos os conceitos de ação social com os quais trabalha Habermas, uma vez que será com base neles que desenvolveremos nosso próprio conceito jurídico-penal de ação. Num segundo momento, faremos uma breve revisão do debate doutrinário a respeito do conceito de ação na teoria do delito, com especial ênfase na questão de se ele possui, ou não, raízes prejurídicas. Por fim, terminaremos nossa abordagem com a apresentação do conceito de ação que nos parece melhor servir aos propósitos limitadores do poder punitivo por nós perseguidos.

##### 4.1.1. O modelo habermasiano de ação comunicativamente válida

Ao basear toda a explicação da sociedade atual no conceito de agir comunicativo, Habermas coloca a ação humana no centro de seu modelo teórico, opondo-se, assim, a todas aquelas correntes sociológicas de viés funcionalista, que buscam explicar os atores sociais a partir do sistema, e não o sistema a partir das interações intersubjetivas que existem na realidade.

Para chegar ao conceito acabado de ação comunicativa, Habermas parte daquilo que ele chama de versão não oficial da teoria weberiana, que distingue, primeiro, as ações sociais



das não-sociais e, entre aquelas, as ações orientadas para o sucesso das ações orientadas para o consenso, conforme sistematizado no quadro a seguir<sup>234</sup>:

<b>Tipo de ação</b>	<b>Orientada para o sucesso</b>	<b>Orientada para o consenso</b>
<b>Não-social</b>	Ação instrumental	-----
<b>Social</b>	Ação estratégica	Ação comunicativa

Os tipos ideais de ação instrumental e estratégica, afirma Habermas, compõem o modelo propositivo-racional de ação, fundado na idéia de que todo e qualquer agente sempre se orienta em função de um determinado objetivo, selecionando os meios necessários para atingi-lo e calculando as conseqüências secundárias de seu agir como algo também necessário para alcançar o sucesso desejado. Sucesso, aqui, significa a realização no mundo de uma transformação desejada, a qual pode ser produzida de forma causal através de uma ação ou omissão orientada para atingir determinado objetivo. Os efeitos da ação compreendem tanto os resultados pretendidos pelo agente, quanto os efeitos secundários, não queridos ou sequer previstos por aquele<sup>235</sup>.

Já a distinção ente ação instrumental e ação estratégica é apresentada por Habermas nos seguintes termos:

“Nós chamamos uma ação orientada para o sucesso de instrumental quando a consideramos sob o aspecto de que segue regras técnicas de conduta e visa intervir de forma eficiente num determinado complexo de circunstâncias e eventos. Nós chamamos uma ação orientada para o sucesso de estratégica quando a consideramos sob o aspecto de que segue regras de escolha racional e visa influenciar de forma eficiente na decisão racional de um oponente”<sup>236</sup>.

Ainda segundo Habermas, uma ação instrumental pode eventualmente estar vinculada ou subordinada a interações sociais (intersubjetivas) — por exemplo, no caso das tarefas desempenhadas por pessoas que servem a diferentes papéis sociais (o carteiro que deixa uma carta na caixa de correio) —, mas as ações estratégicas importarão sempre numa forma de interação entre duas ou mais pessoas.

As ações comunicativas, por sua vez, também configuram, necessariamente, interações sociais, mas não se caracterizam por uma atuação baseada em cálculos

<sup>234</sup> HABERMAS, Jürgen. HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*. Boston: Beacon Press, 1983. 2 v. V. 1: Reason and the racionalization of society. p. 285.

<sup>235</sup> O modelo finalista de ação penal proposto por Hans Welzel, como se verá mais à frente, segue exatamente esse padrão propositivo racional.

<sup>236</sup> HABERMAS, Jürgen. HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*. Boston: Beacon Press, 1983. 2 v. V. 1: Reason and the racionalization of society. p. 285.

egocêntricos de sucesso pessoal, e sim por atos que visam atingir o entendimento (“*reaching understanding*”) entre os interlocutores. Nas palavras do filósofo alemão:

“Na ação comunicativa os participantes não estão orientados pelo seu próprio sucesso individual; eles perseguem seus objetivos pessoais sob a condição de que consigam harmonizar seus planos de ação com os pontos de vistas dos demais interlocutores”<sup>237</sup>.

O caminho para atingir o entendimento (“*reaching understanding*”) funciona como uma busca pelo consenso (“*reaching agreement*”), de modo que toda e qualquer ação comunicativa tem uma base racional e democrática. Um consenso democraticamente válido não pode ser imposto por nenhuma das partes, seja de forma instrumental, por meio da intervenção direta do agente numa dada situação, seja de forma estratégica, influenciando na decisão do oponente. Ainda segundo Habermas:

“O consenso pode até ser obtido pela força em termos puramente fáticos; mas o que for assim obtido mediante influência externa ou uso da força não pode contar como consenso para as partes. O consenso surge da identidade de pontos de vista. O ato de fala de uma pessoa é bem sucedido somente se o interlocutor entende seu conteúdo (necessariamente criticável) e se posiciona diante dele (ainda que de forma implícita), seja para concordar, seja para discordar”<sup>238</sup>.

Vale notar que o que caracteriza uma ação como comunicativa não é o consenso entre os interlocutores, que pode ou não ser atingido. O determinante é que haja entendimento entre eles “*com vistas a obter*” um consenso possível. De fato, ações dirigidas ao entendimento (“*reaching understanding*”; “*verständigung*”) podem levar (e muitas vezes levam) a divergências quanto ao conteúdo da mensagem. Na verdade, o que a expressão “atingir um entendimento” exige minimamente é que ao “*menos dois interlocutores entendam as expressões lingüísticas por eles usadas da mesma maneira*”. Para que isso ocorra, é preciso que o agir comunicativo permita sua crítica no âmbito do mundo social, do mundo objetivo e do mundo subjetivo. Nas palavras do autor:

“Consensos comunicativos são alcançados por meios de três pretensões de validade passíveis de crítica; ao buscar entendimento sobre algo com alguém e, assim, fazer-se entender, o ator não pode deixar de ajustar sua fala aos três mundos em que se dão as relações sociais e pretender que ela seja válida nesses três âmbitos. Alguém que rejeita um ato de fala compreensível e criticável estará sempre questionando sua validade em função de algum desses três mundos. Ao rejeitar um ato de fala como (normativamente) errado ou falso ou insincero, a pessoa está expressando com seu ‘não’ o fato de que a expressão usada

<sup>237</sup> HABERMAS, Jürgen. HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*. Boston: Beacon Press, 1983. 2 v. V. 1: Reason and the rationalization of society. p. 286.

<sup>238</sup> HABERMAS, Jürgen. HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*. Boston: Beacon Press, 1983. 2 v. V. 1: Reason and the rationalization of society. p. 287.

pelo interlocutor não alcançou sua função de regular as relações interpessoais, de descrever o estado das coisas ou de manifestar experiências sinceras”<sup>239</sup>.

De novo, o mais importante para que o agir se caracterize como comunicativo não é o atingimento do consenso em si, que pode ou não chegar a ocorrer, mas sim que os interlocutores atuem com vistas a obter um entendimento válido e que seus atos de fala sejam criticáveis com base em algum dos aspectos acima destacados.

Nesse ponto, outra classificação usada por Habermas parece ser útil para a melhor compreensão do problema.

Partindo da distinção operada por Austin entre atos locucionários, ilocucionários e perlocucionários, Habermas explica que pelos primeiros o sujeito apenas expressa o estado das coisas; ele diz algo. Pelos segundos, o sujeito realiza uma ação ao dizer algo. Ações ilocucionárias assumem geralmente a forma de uma promessa, um comando, um aval ou uma preferência. Em situações normais, elas são expressas por meio de uma construção verbal na primeira pessoa do presente do indicativo; o sentido da ação pode ser particularmente entendido pelo fato da expressão “assim sendo” poder ser acrescida ao componente ilocucionário do ato de fala. Por exemplo: “Assim sendo, eu prometo a você (ordeno a você, confesso a você) isso”. Por outro lado, “*por meio de ações perlocucionárias o sujeito produz um efeito sobre o interlocutor. Ao expressar seu ato de fala, ele transforma o mundo de alguma forma*”<sup>240</sup>. Portanto, os três atos que Austin distingue podem ser resumidos nas seguintes frases: dizer alguma coisa; agir ao dizer alguma coisa; transformar algo ao agir dizendo alguma coisa.

Aprofundando a distinção entre atos ilocucionários e perlocucionários, uma vez que apenas estes podem ser concebidos como ações sociais, Habermas esclarece que, nos atos ilocucionários, o agente fala de forma aberta, pretendendo levar ao interlocutor o exato sentido do que está sendo dito, sem qualquer outro objetivo velado, enquanto que, nos atos perlocucionários, o agente geralmente age orientado por um objetivo não expresso no seu ato de fala, o qual só pode ser identificado por meio de sua intenção. Conforme ilustração do autor:

“Um orador que quer ser bem sucedido não deve deixar que suas pretensões perlocucionárias sejam conhecidas pelo interlocutor, ao passo que pretensões ilocucionárias serão conhecidas apenas pelo que foi

<sup>239</sup> HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action, vol I: reason and the rationalization of society*. Tradução livre. Boston: Beacon Press, 1984. p. 308. Tradução livre.

<sup>240</sup> HABERMAS, Jürgen. HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*. Boston: Beacon Press, 1983. 2 v. V. 1: Reason and the rationalization of society. p. 289.

expressamente dito. Ilocuções são expressas abertamente; perlocuções podem não ser admitidas dessa mesma forma”<sup>241</sup>.

O próprio Habermas reconhece, no entanto, que objetivos perlocucionários, no sentido de influenciar interlocutores, só podem ser alcançados se os atos de fala puderem ser entendidos pelos destinatários, ou seja, se forem aptos a atingir resultados ilocucionários. Afinal, se o ouvinte não consegue entender o que o orador está dizendo, a ação estratégica deste não será capaz de fazer com que aquele se comporte da maneira estrategicamente desejada pelo agente.

A posição defendida por Habermas, assim, é no sentido de conceber as perlocuções como uma classe especial de interações nas quais as ilocuções são empregadas como meio num contexto de ações estratégicas. Exatamente por isso pode-se dizer que as perlocuções têm a característica de serem assimétricas, uma vez que aquilo que é dito não corresponde a tudo o que é efetivamente perseguido pelo orador. Por outro lado, seriam verdadeiramente ilocucionárias as ações onde todos os participantes harmonizam seus planos de ação individual uns com os outros, buscando coordenar de forma aberta seus interesses e pontos de vista.

Assim, relacionando os conceitos de atos ilocucionários e perlocucionários com os tipos de ação social estratégica e comunicativa, Habermas conclui dizendo:

“Eu considero como ações comunicativas aquelas interações mediadas lingüisticamente nas quais todos os participantes perseguem objetivos ilocucionários através de seus atos de comunicação. De outro lado, vejo como ações estratégicas mediadas lingüisticamente aquelas interações nas quais pelo menos um dos participantes quer produzir, através de seus atos de fala, efeitos perlocucionários sobre seus interlocutores”<sup>242</sup>.

#### 4.1.2. O debate atual em torno do conceito jurídico-penal de ação

O conceito de ação é provavelmente o que mais controvérsias suscitou na dogmática jurídico penal desde os primeiros esforços de sistematização e, ainda hoje, não se conseguiu chegar a uma posição de consenso sobre ele.

Refazer todo o trajeto percorrido pela doutrina na busca por um conceito de ação adequado para o direito penal transformaria esta em uma outra tese, com desafios teóricos quicá maiores para transpor. Há um ponto fundamental no debate sobre o conceito jurídico-

<sup>241</sup> HABERMAS, Jürgen. HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*. Boston: Beacon Press, 1983. 2 v. V. 1: Reason and the rationalization of society. p. 292.

<sup>242</sup> HABERMAS, Jürgen. HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*. Boston: Beacon Press, 1983. 2 v. V. 1: Reason and the rationalization of society. p. 295.

penal de ação que, no entanto, merece nossa atenção, qual seja: a controvérsia sobre se o direito penal deve ou não levar em consideração dados ônticos na formulação do conceito de ação a ser usado como elemento básico da teoria do delito. Dependendo do posicionamento que se adote nessa disputa, outro problema com direta repercussão na tese ora defendida pode ser colocado: o resultado pode (ou deve) fazer parte do conceito jurídico-penal de ação?

Como bem coloca Zaffaroni, hoje já não se questiona seriamente que “o conceito de ação do direito penal” seja “um conceito jurídico”. Disso, diz o autor, parece que nem mesmo Welzel estava disposto a duvidar: “o que era para ele indescartável é que o conceito jurídico não podia incorporar algo que não existisse no mundo”. Toda a controvérsia envolvendo a possibilidade, ou não, de se extrair da realidade um conceito prejurídico de ação, portanto, está mal colocada, uma vez que os dados ônticos não podem impor ao jurista qualquer conceito, mas certamente eles devem servir-lhe de limite para a construção dos conceitos científicos. Nesse sentido, a liberdade que o jurista tem ao “criar” um conceito de ação limita-se ao recorte que ele dará a determinado trecho da realidade, destacando aquilo que, no “*complexo ser da conduta humana*”, interessa ao direito penal<sup>243</sup>.

No período clássico da doutrina penal, por exemplo, o conceito de ação decotava a realidade naquilo que à época parecia mais relevante para fins de imputação: o vínculo causal entre o movimento corpóreo e determinada modificação externa da realidade. Sob esse ângulo específico, o conceito de ação era puramente descritivo, ontológico<sup>244</sup>, ainda que a escolha do enquadramento decorresse de uma avaliação jurídica, logo normativa. Tal embasamento ontológico do causalismo não foi afastado pela escola neoclássica, assim como não foi negado, na essência, pelo finalismo de Welzel. Na verdade, o que Welzel fez foi aprofundar as bases ontológicas da conduta, deslocando-as da simples causalidade para a finalidade<sup>245</sup>.

Em meio aos incontáveis embates que se travaram em todos os países de tradição jurídico-penal continental após a publicação dos trabalhos de Welzel, surgiu uma proposta que buscava conciliar os dois modelos, superando as incompatibilidades entre causalismo e finalismo na idéia de relevância social da ação. Apontado como precursor dessa vertente,

---

<sup>243</sup> ZAFFARONI, E. Raúl *et al.* *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 2 v. V. II, t. I: Teoria do Delito. Introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. p. 100-101.

<sup>244</sup> Apontado por Paulo Busato como sendo um dos poucos a adotarem o modelo causalista na atualidade, Gimbernat Ordeig confirma que seu conceito de ação, “*como a causalidade, é um conceito ontológico, próprio da esfera do ser, e não da do dever ser, já que inclui condutas valorativamente negativas, positivas ou neutras*” (BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 9).

<sup>245</sup> Nesse sentido, em especial: WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán: parte general*. 11. ed. Tradução para o espanhol de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 50-51.

Eberhard Schmidt propôs uma depuração do conceito causal idealizado por von Liszt, extraindo dele a excessiva influência das ciências naturais e conceituando a ação como “*conduta levada pela vontade que concerne, através de seus efeitos, à esfera da vida do próximo e se apresenta, sob aspectos normativos, como unidade de sentido social*”<sup>246</sup>. As formulações que se seguiram a esta, advindas de penalistas da envergadura de Wessels<sup>247</sup> e Jescheck<sup>248</sup>, todas colocavam ênfase na dirigibilidade da conduta e na sua relevância para a vida social, associando critérios ontológicos e normativos. Ainda assim, o recorte conceitual estava assentado num dado da realidade. A diferença é que a realidade já não era vista em termos puramente causais, naturalísticos, senão também em função de valores sociais relacionados a esses acontecimentos.

Foi a funcionalização da dogmática em favor de um programa político-criminal que retirou o debate acerca do conceito de ação do centro das atenções em direito penal. As fronteiras entre os três elementos que compõem o conceito analítico de delito se esfumaram, uma vez que, mais importante do que a localização sistemática daquilo que contribui para a identificação de uma conduta como criminosa, é a correta avaliação, a partir dos objetivos político-criminais traçados, do fato global como imputável ou não a uma pessoa como crime<sup>249</sup>. Não seria apropriada, a partir desse ponto de vista, a adoção de um conceito

<sup>246</sup> SCHMIDT, Eberhart. *Apud* BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 25.

<sup>247</sup> “*A preferência deve recair sobre a teoria social da ação, que expõe uma solução conciliadora entre a pura consideração ontológica e a normativa. Ação no sentido do Direito Penal é, de acordo com esta construção aqui representada, a conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana*” (WESSELS, Johannes. *Direito Penal: parte geral*. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFe, 1976. p. 22).

<sup>248</sup> “*La acción es un comportamiento humano con transcendencia social (...). El requisito del comportamiento ‘humano’ indica que para actuar en sentido jurídico-penal sólo se tienen en cuenta modos de comportamiento de personas individuales, pero no actos de agrupaciones de personas. Una conducta tiene ‘transcendencia social’ exclusivamente cuando se refiere a la relación del individuo con su entorno y afecta al mismo a través de sus efectos*” (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed., cor. e amp. por Thomas Weigend. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Colmares, 2002. p. 239-240).

<sup>249</sup> Confira-se, a respeito, a opinião de Roxin sobre o tema: “*Quase todas as teorias do delito até hoje construídas são sistemas de elementos, isto é, elas dissecam o comportamento delitivo em um número de diferentes elementos (objetivos, subjetivos, normativos, descritivos, etc.), que são posicionados nos diversos estratos da construção do crime, constituindo algo como um mosaico do quadro legislativo do fato punível. Esta forma de proceder acaba levando a que se voltem grandes esforços à questão sobre que posicionamento no sistema do delito deve ocupar esta ou aquela elementar do crime; pode-se descrever a história da teoria do delito nas últimas décadas como uma migração de elementares dos delitos entre os diferentes andares do sistema. Seguindo-se a concepção aqui desenvolvida, a própria pergunta já parece completamente diferente: é sempre o fato global que deve ser considerado sob a perspectiva das diferentes categorias do delito. Daí decorre que nem todos os momentos da situação da conduta sejam igualmente importantes para a tipicidade, a antijuridicidade ou a culpabilidade; por ex., é supérfluo observar uma ação justificada também sob o ponto de vista da responsabilidade pessoal. É, porém – e aí está a diferença essencial –, errado considerar que qualquer circunstância, por ter importância para o tipo, já não pode mais significar nada para a culpabilidade. A conhecida controvérsia, sobre se o dolo ‘pertence’ ao tipo ou à culpabilidade é, portanto, um problema*

de ação que restringisse a capacidade operativa dos elementos que compõem o delito: tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Por isso, propõe Roxin a adoção de um conceito personalista de ação, entendida esta como simples “manifestação da personalidade”, pois assim, a este substantivo (a ação), “*se podem vincular sem maiores esforços, e sem que ele funcione como um juízo valorativo prévio, todas as demais valorações jurídico-penais*”<sup>250</sup>. Para o cátedrático de Munique, um tal conceito de ação não recortaria a realidade arbitrariamente, como o fizeram as propostas anteriores, mas abarcaria o evento em sua totalidade, permitindo sua posterior valoração por cada elemento do delito, de acordo com suas respectivas tarefas sistemáticas. Ademais, algumas vezes – e, em especial, nos delitos omissivos – a separação completa entre a ação e o tipo legal não será possível, visto que, para se saber se houve conduta, será necessário conhecer primeiro o conteúdo da norma jurídica proibitiva. Isto, no entanto, não retiraria do conceito de ação a sua função substantiva (ou de enlace com os demais elementos do delito), pois variadas categorias valorativas (privadas, sociais, éticas e, também, jurídicas) compõem a realidade da existência humana, ao lado de elementos corporais e psíquicos<sup>251</sup>. Por isso, aliás, afirma Roxin que –

---

*aparente. O dolo é essencial para o tipo, pois sem ele a descrição legal do delito não poderia ser determinada como exige o Estado de Direito; mas ele também é relevante sob o aspecto da culpabilidade, porque tem a função de distinguir a forma mais grave de culpabilidade da mais leve (a negligência), devendo ser formulado também levando-se em conta os princípios valorativos desta categoria do delito”* (ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 85-87).

<sup>250</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Tradução para o espanhol de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. 2 t. T. I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. p. 256. Desse conceito de ação, extrai Roxin as seguintes conclusões: “*En primer lugar es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro animico-espiritual de acción, y eso falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal (‘somática’) del hombre, o ‘del ámbito material, vital y animal del ser’, sin estar sometidos al control del sujeto es empujado con fuerza irresistible contra la luna de una ventana, o si durante el sueño, o en un delirio o en un ataque convulsivo, el mismo golpea en torno suyo, o si reacciona de modo puramente reflejo, todas éstas son manifestaciones que no son dominadas o dominables por la voluntad y la conciencia y por tanto no pueden ser calificadas como manifestaciones de la personalidad, ni imputadas a la capa animico-espiritual de la ‘persona’.* Por otra parte, es evidente que los pensamientos y los impulsos de la voluntad pertenecen a la esfera espiritual-animica de la persona, pero en tanto permanecen encerrados en lo interno y no se ponen en relación con los sucesos del mundo exterior, no son manifestaciones de la personalidad y por tanto no son acciones” (Ob. cit., p. 252).

<sup>251</sup> “*De un concepto de acción no se puede exigir sino que deje eso claro. Esa intersección entre acción y tipo, comprobable en una pequeña parte de las conductas delictivas – y cuyo ámbito es sustancialmente más reducido que en el concepto negativo o en el social de acción –, no supone una ‘deficiencia estética’ que quizás se pudiera evitar con un concepto de acción seleccionado con más fortuna, sino un hallazgo situado en la materia misma y que en su dimensión y límites no es abarcado por ningún otro concepto de acción con tanta exactitud como lo hace el criterio de la manifestación de la personalidad. A lo sumo ello podría ser perturbador desde la perspectiva de un sistema de elementos que atomice la unidad del suceso completo y que crea poder ordenar cada factor exclusivamente en un determinado ‘piso o planta’ del sistema (cfr. §7, nm, 76); en cambio, para un sistema teleológico-valorativo es algo normal el que una y la misma circunstancia (aquí, un mandato de actuación) pueda ser relevante bajo los aspectos de valoración de diversas categorías delictivas (aquí, tanto la acción como el tipo) (cfr. §7, nm. 76). Allí donde el ‘objeto de valoración’ (en este caso, la manifestación de la personalidad) solo surge a la vida mediante un acto jurídico de valoración (el mandato típico de actuación),*

“(…) está mal planteada la cuestión de si determinadas circunstancias (como causalidad, finalidad, resultado, relevancia social, etc) ‘pertenecen’ a la acción. Todo ello, en su caso, pertenecen a la misma, como también forma además el sustrato del juicio de injusto o de culpabilidad: pero solo es importante para el examen de la acción en la medida que de ello dependa la existencia de una manifestación de la personalidad. Así, en un caso concreto puede que para comprobar que hay una acción sea necesario incluir también aspectos sociales y jurídicos (cfr. para más detalles nm. 51 ss.), pero por regla general no hace ninguna falta. Tampoco es preciso incluir el resultado en el examen de la acción; pues, aunque algunas manifestaciones de la personalidad llevan consigo muchos resultados – extrajurídicos y jurídicos –, que en ese caso caracterizan a su vez más de cerca a la manifestación de la personalidad, no obstante su existencia es independiente del resultado y además los resultados extrajurídicos son indiferentes para el Derecho penal, mientras que los jurídicos solo cobran importancia en la imputación al tipo”<sup>252</sup>.

#### 4.1.3. Conceito estratégico ou perlocucionário de ação jurídico-penal

Na última atualização de sua sempre em desenvolvimento obra, Juarez Tavares apresenta um conceito crítico-dialético de ação, que se aproxima da idéia roxiniana de co-originalidade entre ação real e tipicidade, mas que dela se afasta ao ir buscar na teoria do agir comunicativo habermasiana as bases do que se deve entender como ação penalmente relevante.

O conceito proposto por Tavares é crítico porque parte da idéia de que a ação não pode ser encarada como sustrato que legitima a incriminação, mas sim, ao contrário, como critério de limitação do poder punitivo estatal, tal como todos os demais elementos do delito.

O conceito é dialético porque não trata a ação como um dado puramente ôntico (logo, pré-típico) nem um dado puramente normativo (logo, exclusivamente típico), mas sim uma conjugação de ambos, que se implicam mutuamente. Nas palavras do próprio autor:

“O que o conceito de conduta faz, segundo os dados que lhe correspondem, é tornar possível, em um primeiro momento, uma avaliação negativa da norma diante de sua impossibilidade de registrar, como objeto de imputação, fatos que não correspondam, empiricamente, aos pressupostos de uma ação humana. O legislador, portanto, não poderia situar como ação típica aquilo que não fosse atribuível à atividade de uma pessoa. Já em um segundo momento, a própria norma se encarregaria de estabelecer para o conceito de conduta alguns outros pressupostos que o delimitassem segundo um processo negativo de comunicação, ou seja, a norma verificaria se, em face dos elementos que buscava traçar para a conduta, como objeto de imputação com base em seus elementos empíricos vinculados à pessoa, não estaria faltando alguma exigência instituída pela ordem jurídica para que essa conduta, uma vez tipificada, servisse de ponto de referência aos seus destinatários. (...) Não é suficiente, portanto, para a caracterização de uma conduta que possa servir de base à elaboração dogmática da teoria do delito, que ela preencha alguns requisitos empíricos (por exemplo, que seja simplesmente causal). É preciso que esses componentes empíricos possam ser submetidos a um juízo de refutação, segundo um processo de

---

*también sucede que la acción, como elemento de unión, ha de mostrar ese indisoluble entrelazamiento estructural de ser y deber ser que es característico de esa zona parcial de la conducta delictiva”* (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. 2 t. T. I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. p. 258).

<sup>252</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. 2 t. T. I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. p. 256.



orientação típica, com vistas à sua vinculação ao processo de lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos. E, ao mesmo tempo, a configuração normativa da conduta não vale sem uma correspondência empírica. Vê-se, então, que o processo de imputação está subordinado a duas séries de argumentos: o primeiro decorrente das condições da conduta; o segundo inferido da norma, mas inter-relacionados um ao outro. Embora isso pareça contraditório, não o é, desde que se compreenda o conceito de conduta em face de sua interatividade para com a norma<sup>253</sup>.

Desde logo, é possível perceber que Tavares desenvolve um conceito de ação que não se preocupa apenas com a descrição do agir humano tal como ele se dá empiricamente. Tão importante quanto isso, é que esse agir humano sirva de referência para a construção das normas jurídicas válidas, ao mesmo tempo em que as normas jurídicas devem delimitar o que pode ser entendido validamente como agir humano.

Nesse sentido, já é possível traçar uma semelhança entre as teorias da ação de Tavares e de Habermas, pois ambos estão preocupados em estabelecer um conceito que, ao mesmo tempo, corresponda ao que se verifica empiricamente e ao que se espera que ocorra num Estado democrático.

Se, por um lado, Habermas vincula seu conceito de ação a uma característica intersubjetiva de todo e qualquer ato social, por outro, ele também defende que um conceito de ação válido para o Estado de democrático de direito deve levar em conta a participação de todos os membros da sociedade num debate aberto e franco, onde as soluções sejam alcançadas pelo consenso, e não pela prevalência dos interesses dos mais bem sucedidos.

Assim como Habermas, Tavares também toma a comunicação entre duas ou mais pessoas como principal dado característico do agir humano:

“A menção à prática humano-social significa que a atividade do homem deve ser entendida como manifestação de sua sociabilidade, influente sobre os demais homens e vinculada às normas de convivência, como forma de união entre indivíduo e meio, que se estrutura em um processo de comunicação”<sup>254</sup>.

Vale notar que o processo de comunicação a que se refere o autor não se dá entre indivíduo e norma, muito embora esta valha como ponto de referência para a comunicação que se estabelece entre as pessoas. Exatamente por isso, Tavares afirma que não há diferença ontológica entre atividades dolosas e culposas, pois ambas configuram atos de comunicação (logo, dotados de vontades), mas orientados “*por parâmetros de referência diversos*”<sup>255</sup>.

Com isso, fica clara a distinção havida entre o agir comunicativo e as teorias de viés funcionalista sistêmico. Enquanto para os seguidores destas a conduta deve ser vista como ato

<sup>253</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 15-16.

<sup>254</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 232.

<sup>255</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 225.

contrário à norma e que, portanto, afeta o sistema jurídico como ente abstrato — desvinculado das pessoas que formam o estrato social —, para os adeptos de um conceito comunicativo de ação esta sempre será expressão de um acontecimento intersubjetivo.

Essa exigência de intersubjetividade ou alteridade também afasta do conceito de ação condutas humanas dirigidas teleologicamente a determinado objetivo puramente cibernético, sem pretensões comunicativas com terceiros.

Isso não quer significar que o conceito utilizado por Welzel em sua teoria finalista da ação não explique de forma satisfatória determinadas condutas humanas, mas apenas que ele não explica aquilo que é importante para o tratamento jurídico-penal que se confere aos conflitos intersubjetivos graves<sup>256</sup>.

Não obstante as aproximações acima identificadas entre as teorias da ação elaboradas por Habermas e Tavares, verifica-se que há pelo menos um ponto de difícil conciliação entre ambas, o que, aliás, levou o penalista a ressaltar que aderiria apenas de forma parcial ao conceito comunicativo de ação habermasiano:

“Nesse particular, parece equivocada a pretensão do agir comunicativo, principalmente aquela proposta por Habermas, de sedimentar o conceito de ação exclusivamente no discurso, com vistas a um consenso, sem levar em conta que o processo de comunicação não se resume a esse discurso e deve pressupor, inclusive, o próprio dissenso. A comunicação envolve não apenas um ato de persuasão, mas qualquer forma de manifestação da vontade. O ponto nodal do processo de comunicação reside na orientação do agente em função de parâmetros (objetos) de referência, de modo a fazer com que sua pretensão venha a ser tomada como válida, ou pelo consenso, ou como expressão do dissenso”<sup>257</sup>.

A preocupação é compreensível, pois a teoria do agir comunicativo de Habermas, como já dito acima, tem a pretensão de estabelecer um conceito de ação válido num Estado democrático de direito, enquanto que a conduta que será tipificada como criminosa pelo legislador deve apresentar exatamente a característica inversa, ou seja, deve ser de tal natureza que não permita que o orador e seu destinatário cheguem a um entendimento sobre o que é debatido. Do contrário, nunca poderia ser desvalorada pelo legislador.

No entanto, ao contrário do que sustenta Tavares, não está suficientemente claro se a teoria do agir comunicativo de Habermas impede a manifestação válida do dissenso. Como já visto anteriormente, quer nos parecer que o filósofo alemão admite expressamente que ações

<sup>256</sup> Como reconhece o próprio Habermas: “A teoria analítica da ação produziu bons frutos na tarefa de esclarecer a estrutura da atividade finalística. No entanto, ela fica limitada a um modelo atomista de ação praticada por um ator isolado, desconsiderando os mecanismos de coordenação pelos quais passam as relações interpessoais. Ela conceitualiza a ação considerando a existência somente do mundo objetivo, relacionado ao estado das coisas, e negligenciando por completo o mundo subjetivo, que é essencial para as interações sociais” (HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*. Boston: Beacon Press, 1983. 2 v. V. 1: Reason and the rationalization of society. p. 273-274).

<sup>257</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 218.

dirigidas ao entendimento (“*reaching understanding*”; “*verständigung*”) possam levar a divergências quanto ao conteúdo da mensagem. Na verdade, segundo Habermas, o que a expressão “atingir um entendimento” exige minimamente é que ao “*menos dois interlocutores entendam as expressões lingüísticas por eles usadas da mesma maneira*”. Aliás, o seguinte trecho de sua “Teoria do agir comunicativo” parece deixar isso bastante claro:

“Atores nunca têm a situação em que agem completamente sob controle. Eles não controlam, nem as possibilidades de entendimento recíproco e de conflito, nem as conseqüências e efeitos colaterais de suas ações; eles estão, para usar uma expressão de W. Schapp, ‘presos’ às suas próprias histórias”<sup>258</sup>.

Ao que parece, portanto, o mais importante para que o agir se caracterize como comunicativo não é a ocorrência do consenso em si, que pode ou não ser atingido, mas sim que os interlocutores atuem com vistas a obter um entendimento válido e que seus atos de fala sejam criticáveis seja no âmbito do mundo social (certo/errado), do mundo objetivo (verdadeiro/falso) ou do mundo subjetivo (sincero/insincero).

Se o ato de fala válido no mundo da vida é o ilocucionário – ou seja, respeita a posição do outro e não o instrumentaliza para a consecução de objetivos estratégicos do próprio autor da fala –, então não há dúvidas quanto ao acerto de Tavares ao identificar a ação penalmente relevante com o modelo de ação social perlocucionária:

“Para se dizer que a ação de subtrair atende aos elementos da realidade, como prática social, não é suficiente que o ladrão tenha realizado a subtração, orientando sua atividade em face daquilo que quer subtrair (coisas alheias) ou de seus titulares, mas que incorpore, nesse plano, a lesão de bem jurídico, porque só com isso é que se aperfeiçoa o ato perlocucionário”<sup>259</sup>.

No entanto, não parece que o caráter perlocucionário do ato de furtar caracterize uma ação comunicativa nos termos habermasianos, tal como sustentado pelo penalista na seqüência de sua obra, *in verbis*:

“Somente neste caso, ou seja, com a exigência da posse do objeto, com a qual interfere, comunicativamente, na vida de relação de outrem e se desvincula da relação meio e fim, é que se pode regular essa atividade, proibindo-a, porque só assim se poderá construir uma referência à lesão ou ao perigo de lesão ao bem jurídico. Está claro que a ação de subtração só se efetiva porque o processo de comunicação desencadeado entre o ladrão e sua vítima não é suficientemente persuasivo em termos de discurso. Caso fosse possível ao ladrão obter a coisa apenas na conversa, sua ação poderia se resumir num discurso persuasivo, que satisfaria por inteiro sua objetividade. Caso contrário, o ladrão poderá agir diretamente, como de fato ocorre, para fazer valer sua pretensão inicial, subtraindo a coisa. Vê-se que toda ação, ao desenrolar-se em um processo de comunicação, tem como seus elementos essenciais uma

<sup>258</sup> HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*. Boston: Beacon Press, 1984. 2 v. V. 2: Lifeworld and system. A critique of functionalist reason. p. 149.

<sup>259</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 213.

manifestação exterior e objetos de referência pelos quais se orienta, agregando a isso a delimitação que a presença de outro impõe à sua atuação. Sem estes dados essenciais, não há ação”<sup>260</sup>.

Na verdade, seguindo a classificação habermasiana, parece-nos que somente ações estratégicas — e nunca comunicativas — podem ser tipificadas como criminosas<sup>261</sup>.

É que, respeitadas todas as exigências feitas por Habermas para a caracterização do agir comunicativo, somente atos que se coloquem de forma aberta, passíveis de crítica do interlocutor e com pretensão de validade no mundo da vida podem configurar ações comunicativas, assim entendidas aquelas que visam a atingir um entendimento. As condutas passíveis de tipificação penal, por definição, não podem satisfazer todos esses requisitos, pois, se assim fosse, não poderiam ser consideradas contrárias às regras válidas de convivência em um Estado democrático de direito. Assim, quer nos parecer que a teoria da ação comunicativa de Habermas não pode servir para a teoria do delito senão como critério de limitação da incriminação, ou seja, toda e qualquer ação praticada em termos ilocucionários, de forma aberta e sincera, nunca poderá ser tipificada pelo legislador penal. Ao passo que ações estratégicas, que visem submeter o interlocutor à vontade não explicitada do agente, por meio de atos perlocucionários, poderão, caso superadas as demais barreiras impostas pelo sistema garantista-constitucional, ser tipificadas como crime<sup>262</sup>.

Isto posto, ainda que os exatos contornos da ação jurídico-penal só possam ser conhecidos a partir do conhecimento do tipo legal, entendemos que há, sim, características prejurídicas exigidas para que uma conduta possa ser tipificada pelo legislador penal. A primeira delas é que a conduta seja classificada dentre aquelas definidas por Habermas como ações sociais (e não puramente instrumentais), ou seja, que ela seja expressão de uma interação entre duas ou mais pessoas. A segunda é que a conduta seja orientada ao sucesso – e não ao consenso –, seguindo regras de escolha racional e visando influenciar de forma eficiente na decisão racional do oponente.

<sup>260</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 213.

<sup>261</sup> É importante não confundir, como alerta Habermas, o modelo de ação comunicativa com o próprio ato de comunicação. Há ação sem comunicação e também há comunicação sem agir comunicativo. O que caracteriza o modelo de agir comunicativo, na verdade, é um tipo específico “*de interação que é coordenado por atos de fala, mas não se confunde com estes*” (HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*. Boston: Beacon Press, 1983. 2 v. V. 1: Reason and the rationalization of society. p. 101).

<sup>262</sup> Guardadas as devidas diferenças, tal concepção, afinal, talvez não se afaste muito daquilo que vem dizendo Tavares: “*Na medida em que a norma pretenda regular uma atividade, deverá estar aberta a uma avaliação negativa, no sentido de verificar se efetivamente não está impedindo o próprio processo de comunicação, tanto no aspecto social quanto individual e, assim, se excedendo em sua tarefa regulamentadora. Mas também a prática social só pode ser aquela que se configure de modo a ser delimitada, em sua extensão, por um procedimento normativo. Embora a prática social não implique juízo de valor, deverá ser apta a ser delimitada normativamente em função dos preceitos de garantia da ordem jurídica. Esta parece ser a única forma de equacionar o conceito de conduta como um instrumento delimitativo do poder de punir*” (TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 211).

Ainda que o conceito jurídico-penal de ação não se esgote na combinação dessas duas características prejurídicas exigidas de qualquer ação social estratégica e perlocucionária, podendo abranger ou excluir outros elementos a critério do legislador, parece-nos que desses requisitos mínimos já é possível extrair algumas conclusões importantes para a teoria do delito.

De pronto, a mais importante delas é a de que não há crime e sequer ação penalmente relevante nas hipóteses em que não se possa estabelecer uma interação entre duas ou mais pessoas. O requisito da alteridade, portanto, que Zaffaroni atribui ao conceito de bem jurídico e que expressa a conflitividade necessária à formação de todo e qualquer injusto penal, não é uma exigência típica ou mesmo extratípica (porém, jurídica)<sup>263</sup>. Trata-se, ao contrário, de uma característica da própria ação social, logo, prejurídica.

Outra constatação possível à luz de um conceito perlocucionário de ação é que o resultado, como afetação da esfera de existência de outra pessoa, compõe a própria estrutura da conduta, ainda que seja necessário recorrer ao tipo penal para se saber de que modo específico a esfera de existência da vítima precisa ser afetada para o aperfeiçoamento do delito. À vista dessa segunda conclusão, alguns poderiam nos acusar de estar simplesmente reprimando o conceito causal de ação, tal como defendido pelos seguidores da teoria clássica do delito. Isto, no entanto, não seria absolutamente correto, na medida em que não pretendemos excluir da ação sua faceta subjetiva, representada pela finalidade perseguida pelo autor, mas tão somente ressaltar que ações que não representem interações interpessoais não podem interessar ao direito e, muito menos, ao direito penal.

Ademais, ainda que o conceito causal de ação mereça algumas críticas, a verdade é que somente com a inclusão do resultado na conduta se pode evitar, de forma coerente e lógica, uma concepção puramente subjetivista do injusto. Afinal, sendo o crime formado por uma conduta à qual se atribuem determinadas qualidades negativas parece irretorquível que somente aquilo que pode ser agregado como desvalor à ação ou omissão do sujeito pode ser a ele atribuído como fundamento para a responsabilização penal. Os defensores do conceito causal de ação não enfrentavam esse tipo de problema, exatamente porque incluíam o resultado na própria definição de conduta. Uma vez que ação e resultado foram separados, contudo, a partir do modelo finalista de delito, a responsabilização do sujeito pela ocorrência

---

<sup>263</sup> Nesse sentido: “*Como expressão dogmática do princípio da lesividade, que encarna no âmbito penal o problema geral da exterioridade e alteridade do direito, corresponde ao bem jurídico representar teoricamente o(s) outro(s) sem o(s) qual(is) pode existir – salvo no estado de polícia – apenas uma questão moral, não porém jurídica*” (ZAFFARONI, E. Raúl *et al.* *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 2 v. V. II, t. I: Teoria do Delito. Introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. p. 220).

de um resultado tornou-se problemática, a ponto de alguns seguidores de Welzel, como já vimos no primeiro capítulo (item 1.2, *supra*), defenderem abertamente a exclusão do resultado como critério de merecimento de pena, de modo a preservar o princípio da culpabilidade. De nossa parte, não estamos dispostos a compactuar com uma solução como esta, mas reconhecemos que isso só é possível na medida em que o resultado seja encarado como parte integrante da própria ação. Do contrário, o conceito analítico de crime não poderia seguir sendo o de *conduta típica, ilícita e culpável*, mas teria que ser substituído, ao menos para os que partem de uma concepção dualista do injusto, pelo de *conduta e resultado típicos, ilícitos e culpáveis*. Mesmo nesse caso, contudo, não haveria como deixar de reconhecer que o resultado, assim como a conduta, não é um simples elemento típico, mas um dado do sujeito, prejudicado, ao qual o direito agrega determinados juízos negativos de valor. Não fosse assim, ficaria difícil explicar como um dado que não faz parte da ação e a ela não se vincula no mundo externo (da causalidade) poderia ser atribuído à responsabilidade do sujeito como obra sua, simplesmente porque o legislador, arbitrariamente, resolveu incluí-lo no tipo penal.

A principal resistência que geralmente se opõe a propostas que incluam o resultado no conceito de ação diz respeito à impossibilidade lógica de se falar em resultado pré-típico nos casos de crimes omissivos, eis que, a rigor nenhum efeito pode decorrer da simples ausência de ação, só sendo possível falar-se em resultado nos crimes omissivos por conta de uma equiparação normativa (logo, típica) entre a causalidade real e a causalidade hipotética<sup>264</sup>. Tal restrição, contudo, só é válida na medida em que se encare a ação como um ato isolado no mundo, independente de qualquer interação subjetiva. Se, ao contrário, partir-se, como partimos, de um conceito de ação intersubjetivo, que só adquire relevância social e jurídica na medida em que representa um ato de comunicação (ainda que fora dos padrões mundivivenciais de validade) entre duas ou mais pessoas, parece que a caracterização da omissão como um nada no mundo não é uma conclusão necessária.

Na verdade, ao menos a nosso sentir, o critério ora proposto para distinguir – sempre em termos jurídico-penais – ações de não-ações se ajusta a todas as modalidades de conduta típica: dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva. É que, ao agir estrategicamente, por meio de atos perlocucionários, o indivíduo visa influenciar, de forma eficiente para seu sucesso

---

<sup>264</sup> Nesse sentido, por todos, a lição de Juarez Cirino dos Santos: “*A relação de causalidade entre resultado e omissão da ação mandada é uma das questões problemáticas da omissão de ação imprópria, porque a ausência de causalidade real na omissão de ação (‘ex nihilo nihil fit’) – somente existe causalidade real na execução da ação mandada – é suprida por uma causalidade hipotética: se a realização da ação mandada teria evitado o resultado com probabilidade próxima da certeza então o resultado é atribuível ao autor (do ponto de vista normativo, é suficiente um juízo de causalidade adequada); em caso contrário, o princípio in dubio pro reo impede a atribuição do resultado*” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 206).

peçoal, a decisão racional de seu oponente, submetendo-o, por meio da força ou da fraude, a uma posição de desvantagem. Tal submissão da vontade do interlocutor aos próprios interesses estratégicos do agente pode ocorrer de variadas formas.

No caso dos crimes dolosos praticados por ação, é o autor do delito quem dá início ao processo de comunicação, tratando seu interlocutor, desde logo, como mero obstáculo a ser transposto para que possa atingir o sucesso pessoal almejado. Para tanto, ele se vale de atos de fala perlocucionários, que escondem sua verdadeira intenção ou que, explicitando-a, desconsidera o interlocutor como alguém digno de igual respeito.

A diferença entre os delitos dolosos e os culposos é que, nestes, a ação do autor não é conscientemente desrespeitosa, mas apenas descuidada em relação ao igual tratamento que deve ser dispensado ao interlocutor para que se possa seguir num modelo de comunicação que possibilite a formação de consensos válidos. Ao simplesmente desconsiderar a exigência mundivivencial de cuidar para que aqueles que são atingidos por seu ato de fala não tenham a esfera de ação deles limitada pelo seu comportamento imprudente, o autor também atua de forma estratégica e sua conduta pode ser considerada ação para fins jurídico-penais.

Por fim, nos delitos omissivos também é possível identificar uma conduta com conteúdo prejudicial recortado pelo direito penal. Neste caso, porém, o ato de comunicação intersubjetiva não é inaugurado pelo autor do delito, mas sim pela coletividade, que se dirige a ele em termos ilocucionários, buscando de forma sincera a construção de um consenso possível diante de uma situação de risco pessoal na qual se encontra a vítima. Este, no entanto, responde a essa abordagem comunicativa legítima em termos perlocucionários, ignorando o pedido de ajuda solidária formulado pelo grupo social, no egoístico propósito de atingir seu sucesso pessoal.

Em todas essas formas de incriminação, por óbvio, só é possível precisar a conduta (incluído o resultado) penalmente relevante a partir da análise dos mandados ou proibições contidos na própria norma incriminadora. Nada obstante, já em termos prejudiciais é possível verificar que a conduta (comissiva ou omissiva; dolosa ou culposa) do autor viola as condições mundivivenciais para uma convivência pacífica, inviabilizando, assim, a ocorrência do agir comunicativo. Em outras palavras, há no mundo da vida um conjunto de normas procedimentais (ética do Discurso)<sup>265</sup> que delimitam o campo do agir comunicativamente válido e o do comunicativamente inválido. Essa característica normativa das ações sociais é prévia a qualquer regulação jurídica. Na verdade, é ela que orienta a validade das normas

---

<sup>265</sup> Sobre o conceito de ética do Discurso, remetemos ao que já foi dito no item 2.2, *supra*.

jurídicas a serem editadas pelo legislador na missão de colaborar com a irradiação dos consensos obtidos por meio do agir comunicativo. Assim, parece-nos possível resolver o problema tanto dos delitos omissivos, quanto dos delitos culposos, eis que também nesses casos a ação tem um conteúdo prejudicial que será apenas recortado pelo legislador. Tanto o dever de agir (crimes omissivos), quanto o dever objetivo de cuidado (crimes culposos), decorrem de orientações normativas fornecidas por um agir comunicativamente válido e é exatamente a inobservância destas que torna sua eventual tipificação penal menos irracional aos olhos daqueles que estabeleceram discursivamente as condições para uma convivência pacífica.

#### 4.2. Conceito de bem jurídico

O conceito dogmático que melhor reflete o conflito entre as visões subjetivistas e objetivistas do direito penal e que pode ganhar nova força a partir de uma fundamentação mundivivencial é o de bem jurídico.

Isto se deve ao fato do bem jurídico nada mais ser do que a encarnação conceitual do próprio conteúdo do injusto penal, variando de acordo com as preferências político-criminais de cada autor. É exatamente por isso, aliás, que a acalorada disputa teórica acerca da melhor definição de bem jurídico não tem qualquer previsão de um encerramento próximo. Afinal, uma definição de consenso dependeria de um prévio acordo sobre os próprios fins do direito penal e, em última medida, do modelo mesmo de sociedade que se deseja construir.

Diante desse impasse, nossa proposta é no sentido de ancorar o conceito de bem jurídico no mundo da vida, de modo que ele represente, na teoria do injusto penal, o respeito necessário que deve existir entre os interlocutores para viabilizar uma comunicação com vistas ao consenso e, em última análise, à coesão social.

A idéia não é propriamente nova, seja no sentido de aproximar o conceito de bem jurídico da idéia de alteridade<sup>266</sup>, seja propriamente buscando na Teoria do agir comunicativo o substrato teórico desse instituto central do direito penal, como o faz Augusto Silva Dias.

---

<sup>266</sup> Tecla na qual já vem batendo Nilo Batista há bastante tempo: “*Este princípio [da lesividade] transporta para o terreno penal a questão geral da exterioridade e alteridade (ou bilateralidade) do direito: ao contrário da moral – e sem embargo da relevância jurídica que possam ter atitudes interiores, associadas, como motivo ou fim de agir, a um sucesso externo –, o direito ‘coloca face-a-face, pelo menos, dois sujeitos’. No direito penal, à conduta do sujeito autor do crime deve relacionar-se, como signo do outro sujeito, o bem jurídico (que era objeto da proteção penal e foi ofendido pelo crime – por isso chamado de objeto jurídico do crime)*” (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 91). Há de se notar, apenas, que atualmente o autor já não trabalha mais com a idéia de bem jurídico como objeto de proteção do direito penal, mas sim como critério de contenção do poder punitivo.



Dias inicia sua abordagem ao problema do bem jurídico ressaltando que o vê como algo anterior ao sistema jurídico-penal positivo, ainda que desempenhe também funções intra-sistemáticas de ordenação e de interpretação dos tipos legais, bem como de conformação da teoria da ilicitude material, constituindo o próprio desvalor do resultado. Nesse sentido, segue o autor, a constituição não é a fonte de onde o direito penal extrai os bens jurídicos a serem protegidos através da imposição de pena, mas somente um ponto de passagem ou de referência da *“experiência comunitária de valores”*. É certo que os *“bens que protegem o papel do participante”*, assegurando *“a autonomia privada e pública do cidadão”*, estão inscritos na maior parte das constituições atuais, mas não é por isso que eles adquirem dignidade penal, e sim pela própria relevância mundivivencial e, logo, prejurídica que possuem para a preservação da coesão social<sup>267</sup>. Exatamente por isso, diz o autor, *“é excessivo – nessa medida inconstitucional – tutelar por via do Direito Penal interesses meramente funcionais, que nenhuma ligação mantêm com o estatuto do participante, mesmo que eles formem ou tenham ligação com a organização econômica plasmada na Constituição”*<sup>268</sup>.

Definido o bem jurídico como *“objeto de reconhecimento intersubjectivo”*, que funciona *“como instrumento de protecção do estatuto de cidadão participante”*<sup>269</sup>, o injusto penal passa a ser entendido, em última instância, como *“negação insuportável do reconhecimento recíproco”*, a qual tem representação intra-sistemática, tanto na violação da norma (desvalor da ação) quanto na ofensa ao bem jurídico (desvalor do resultado)<sup>270</sup>.

A transposição da essência do bem jurídico da norma para o mundo da vida, tal como proposta por Dias, representa já um meio caminho andado em direção contrária às propostas subjetivistas de identificar o conteúdo material do injusto com a própria violação do comando legal. No entanto, é preciso ainda esclarecer o que se entende por realidade social, de modo a

<sup>267</sup> DIAS, Augusto Silva. *“Delicta in Se” e “Delicta Mere Prohibita”*: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 656.

<sup>268</sup> DIAS, Augusto Silva. *“Delicta in Se” e “Delicta Mere Prohibita”*: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 648-655.

<sup>269</sup> DIAS, Augusto Silva. *“Delicta in Se” e “Delicta Mere Prohibita”*: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 648.

<sup>270</sup> DIAS, Augusto Silva. *“Delicta in Se” e “Delicta Mere Prohibita”*: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 684-685. O autor, no entanto, faz questão de ressaltar que tal concepção do injusto, entendido como *“negação do reconhecimento recíproco”*, de modo algum leva a que se veja o agente do crime como uma não pessoa, produzindo uma espécie de Direito Penal do inimigo, vez que o ilícito não faz desaparecer a comunidade, que continua fundada na categoria do reconhecimento recíproco de todos, inclusive do violador das regras de convivência (Ob. cit., p. 688-689).

estabelecer qual a concretude que se deve exigir de um conceito de bem jurídico que se proponha a servir de ponte entre o mundo da vida e o sistema jurídico.

Quanto a isso, Dias defende a idéia – muito difundida no campo das ciências sociais – segundo a qual a realidade social não teria uma existência prévia aos sujeitos, mas que seria construída “*através do reconhecimento recíproco intersubjectivo*”. Objetos valorativos, tais como bens e normas, por isso, “*não têm existência corpórea, palpável, (...) não são captáveis pelos sentidos mas apenas acessíveis através de compreensão ou interpretação*”<sup>271</sup>. Aplicando tal entendimento ao campo jurídico-penal, o autor acredita que a tendência à desmaterialização do bem jurídico não é algo a se lamentar ou contra o que lutar, mas resultado de transformações sociais na maneira de interpretar as bases do reconhecimento recíproco. Nas palavras do penalista português:

“O bem jurídico e a ofensa ao bem jurídico – não é demais repeti-lo – são realidades normativas. É por isso que, a respeito de um e de outro, não faz sentido falar de tangibilidade ou de objectualidade perceptível sensorialmente, nem tão pouco preconizar o retorno a uma suposta natureza objectual e materializada pré-moderna. Em nenhum elemento da sua arquitetura o bem jurídico revelou ou revela tais qualidades. Tanto o objecto propriamente dito como a relação entre este e o titular ou titulares do bem, como ainda a dimensão valorativa ligada ao reconhecimento recíproco, formam estruturas normativas abertas e dependentes de valorações sociais. Isso é assim em relação à honra, à liberdade pessoal de decisão e de movimentos, à reserva da vida privada, à propriedade, mas também em relação ao ambiente e à qualidade e genuidade de bens assimiláveis pelo organismo humano”<sup>272</sup>.

Tal proposta, como se vê, pode ser inserida na tradição interpretacionista ou hermenêutica que, seguindo o dualismo metodológico, opôs-se à tradição positivista, materialista, de ver no mundo físico a única realidade existente. Entre um e outro extremo desse antigo debate filosófico, no entanto, é possível encontrar soluções alternativas, tal como aquela proposta por John Searle, um dos mais influentes filósofos da linguagem na atualidade<sup>273</sup>.

<sup>271</sup> DIAS, Augusto Silva. “*Delicta in Se*” e “*Delicta Mere Prohibita*”: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 775-776.

<sup>272</sup> DIAS, Augusto Silva. “*Delicta in Se*” e “*Delicta Mere Prohibita*”: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 776.

<sup>273</sup> O próprio Searle é quem nos ajuda a delimitar esse debate: “*A tradição positivista repisa que o mundo físico é o único que existe e que, por conseguinte, os modelos materialistas de explicação, adequados à física e à química, devem ser adequados a todas as demais ciências; do contrário, não haveria explicação nenhuma. Na tradição interpretacionista, em compensação, é comum afirmar-se implicitamente que nem tudo pode ser reduzido à física e à química, que alguns fatos mentais específicos (humanos e sociais) têm um tipo de ontologia distinto da ontologia da física e da química. Essa disputa metafísica básica entre materialismo e dualismo nem sempre vem à tona nessas discussões, mas, a meu ver, é um dos motivos subjacentes pelos quais a disputa continua. De um lado, estão os que pensam com os positivistas que, se o mundo material é o único existente, então as formas de explicação que funcionaram bem nas ciências exatas em relação ao mundo material devem funcionar igualmente bem em todas as ciências. De outro lado, estão os que sentem com os interpretacionistas que uma explicação materialistas como essa acaba sendo reducionista demais, na medida em que exclui as características específicas dos seres humanos, seu caráter mental ou espiritual. De acordo com essa visão, as*

Em seu livro intitulado “A construção da realidade social”<sup>274</sup>, Searle busca explicar como podem surgir objetos socialmente valorados a partir de um mundo constituído, basicamente, por partículas físicas em campos de força. A perplexidade que motiva suas investigações é assim colocada pelo autor:

“(...) vivemos em um mundo composto inteiramente de partículas físicas em campos de força. Algumas dessas partículas estão organizadas em sistemas. Alguns desses sistemas são sistemas vivos e alguns desses sistemas vivos adquiriram, evolutivamente, consciência. Com a consciência vem a intencionalidade, a capacidade do organismo de representar objetos e estados de coisas mundanos. A questão agora é: como podemos explicar a existência de fatos sociais dentro dessa ontologia?”<sup>275</sup>

Para responder a essa pergunta, Searle parte de uma distinção fundamental entre fatos físicos não-sociais (ou brutos), fatos sociais simples e fatos institucionais. Para o autor, toda a realidade, física ou social, é constituída por partículas atômicas em campos de força. Essa é a ontologia fundamental de toda e qualquer realidade. Ocorre que alguns traços dessa realidade independem dos observadores, enquanto outros só passam a existir em relação com a intencionalidade do observador. Pense-se numa chave de fenda: intrinsecamente, pode-se dizer que é um corpo com uma determinada massa e uma determinada composição química; é parte de madeira, parte de metal. No entanto, não será menos verdadeiro dizer, a partir da intencionalidade do observador, que tal corpo físico é uma chave de fenda, visto que usado para apertar e desapertar parafusos. A existência de traços da realidade que são relacionados ao observador não faz surgir novos corpos físicos na realidade, mas acrescenta conteúdo

---

*formas mecânicas de explicação são impróprias para apreender as características específicas da vida e do comportamento humanos; e, nas suas versões mais extremas, as explicações propostas para o comportamento humano nem sequer chegam a ser explicações causais. Nas suas formas mais acirradas e polêmicas, os interpretacionistas vêem os empiristas como filisteus obtusos, enquanto os empiristas vêem os interpretacionistas como sentimentalistas desatinados. O que pensar dessa disputa? Creio que devemos suspeitar dos termos nos quais foi tradicionalmente formulada. (...) A questão de saber se as ciências sociais exigem uma modalidade especial de explicação distinta daquela das ciências naturais pode ser formulada de modo que a torne independente do debate entre materialistas e dualistas. É possível, por, exemplo, rejeitar completamente o dualismo, mas ainda assim defender a idéia de que as explicações do comportamento humano próprias das ciências sociais têm certas propriedades lógicas especiais. Quanto a mim, embora eu rejeite o dualismo e o materialismo tais como normalmente concebidos, ainda acho que há uma disputa interessante quanto à distinção entre as explicações das ciências sociais e as das ciências naturais. Minha opinião – para pôr as cartas na mesa – é que o mundo é inteiramente constituído de partículas (os materialistas estão certos nesse ponto), mas que o mundo também contém estados mentais subjetivos que atuam causalmente na produção dos comportamentos humanos e animal (o que os materialistas costumam erroneamente negar)” (SEARLE, John. *Consciência e linguagem*. Tradução de Plínio Junqueira Smith. Martins Fontes: São Paulo, 2010. p. 212-214).*

<sup>274</sup> SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*. Tradução para o espanhol de A. Doménech. Buenos Aires: Paidós, 1997. O título do livro, conforme lembra seu tradutor para o espanhol, é uma emenda ao título do famoso livro dos sociólogos Luckmann e Berger, “A construção social da realidade”, onde se defende exatamente a idéia de que não existe uma realidade bruta, material, prévia à interpretação dos sujeitos sociais. Tudo o que toca ao homem seria constituído socialmente.

<sup>275</sup> SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*. Tradução para o espanhol de A. Doménech. Buenos Aires: Paidós, 1997. p. 26-27.

epistemologicamente objetivo a essa mesma realidade, transformando-a. A realidade social se constrói, assim, da atribuição intencional de sentido a determinados fatos brutos, mediante: (i) atribuição de função a eles; (ii) intencionalidade coletiva; e (iii) definição de regras constitutivas.

Enquanto os fatos sociais simples têm seu conteúdo epistemológico sempre relacionado com as características físicas do fato bruto de que parte (como, p. ex., um tronco de árvore que é usado como banco ou a própria chave de fenda), os fatos institucionais supõem uma atribuição coletiva de sentido a coisas que nunca poderiam cumprir essa função se não houvesse essa imposição humana (p. ex., uma nota de cinquenta reais).

O conceito chave que permite essa imposição intencional coletiva de função a entidades que não podem, por suas próprias características físicas, cumprir tal papel é o de *status*. Uma fronteira, por exemplo, era inicialmente marcada por um objeto físico cujas características intrínsecas impedia a passagem de pessoas de um território ao outro. Com o tempo, no entanto, essa função foi atribuída a objetos que, por si só, nunca poderiam cumprir tal função, como é o caso de uma marca de fronteira. É a atribuição intencional coletiva de *status* de fronteira a certos objetos que permite que eles funcionem como se muros fossem, regulando a passagem de coisas e pessoas. Exatamente por inovar, criando funções a partir de fatos físicos que nunca poderiam cumpri-las por si só, é que se afirma que a atividade de atribuição de *status* pressupõe a existência de regras constitutivas, e não meramente regulativas, que seguem a seguinte estrutura lingüística: “X conta como Y” ou “X conta como Y no contexto C”<sup>276</sup>. Como o elemento lingüístico é essencial para a criação da regra constitutiva que permite a atribuição coletiva de *status*, conclui Searle que “*somente seres que possuem linguagem, ou algum sistema mais ou menos lingüístico de representação, podem criar a maioria – ou, talvez, todos – os fatos institucionais*”<sup>277</sup>.

---

<sup>276</sup> “Así, la regla conduzca por la mano derecha de la calzada’ regula la conducción; pero la conducción puede existir antes de la existencia de esa regla. Sin embargo, algunas reglas no sólo regulan, sino que crean la posibilidad misma de ciertas actividades. Las reglas de ajedrez, pongamos por caso, no regulan una actividad previamente existente. No es verdad que antes hubiera montones de gente desplazando pedacitos de madera sobre tableros y que, para prevenir colisiones continuas y embotellamientos de tráfico, tuviéramos que regular esa actividad. Ocurre más bien que las reglas de ajedrez crean la posibilidad misma de jugar el ajedrez. Las reglas son constitutivas del ajedrez en el sentido de que lo que sea jugar al ajedrez queda en parte constituido por la actuación según esas reglas” (SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*. Tradução para o espanhol de A. Doménech. Buenos Aires: Paidós, 1997. p. 45).

<sup>277</sup> SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*. Tradução para o espanhol de A. Doménech. Buenos Aires: Paidós, 1997. p. 45. Daí a identificação da língua como a principal característica diferenciadora dos humanos em relação aos demais seres vivos: “*Los textos de antropología llaman rutinariamente la atención sobre la capacidad humana para usar instrumentos. Pero la ruptura verdaderamente radical con otras formas de vida viene cuando los humanos, a través de la intencionalidad colectiva, imponen funciones a fenómenos en circunstancias en que la función no puede cumplirse merced a meras propiedades físicas o químicas, sino que requiere la cooperación humana continua en las formas específicas de apercebimiento, aceptación y*

No final das contas, a forma como Searle explica a realidade social termina por se aproximar do modelo de sociedade proposto por Habermas, baseado nos atos de comunicação havidos no mundo da vida, uma vez que para aquele, assim como para este, toda a estrutura social está, em última análise, amparada na aceitação coletiva das funções atribuídas a determinados fatos, o que possibilita a coesão das pessoas, não em razão da ameaça de coerção física, mas em função do “*poder institucional – massivo, onipresente e, tipicamente, invisível – que permeia até o último rincão, até a mais recôndita de nossas vidas sociais e que, nem por isso, representa uma ameaça para os valores liberais, mas é sim precondição de sua existência*”<sup>278</sup>.

Seguindo a trilha de Searle, Santiago Mir Puig<sup>279</sup> defende que o direito penal, como fato institucional que é, sempre possui, tanto uma dimensão fática, quanto uma dimensão normativa; ou seja, exige sempre um dado da realidade ao qual seja atribuída coletivamente alguma função de *status*. Este dado da realidade, como explicado pelo próprio Searle<sup>280</sup>, não

*reconocimiento de un nuevo status al que se asigna una función. Éste es el punto de partida de todas las formas institucionales de la cultura humana, y siempre debe tener la estructura ‘X vale como Y en C’.*” (Ob. cit., pp. 57-58).

<sup>278</sup> SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*. Tradução para o espanhol de A. Doménech. Buenos Aires: Paidós, 1997. p. 107. Ainda nesse contexto, afirma o autor que: “*Es tentador pensar que estructuras institucionales como la propiedad y el Estado mismo se mantienen gracias a la policía armada y al poder militar del Estado, y que la aceptación de las mismas, si es necesario, se impone por la fuerza. Pero en los Estados Unidos y en otras sociedades democráticas es al revés. El poder armado del Estado depende de la aceptación de reglas constitutivas mucha más que a la inversa. Esto se puso de relieve en la época de las muy televisadas revueltas callejeras de Los Ángeles en 1992. Los saqueadores se dedicaron al pillaje de objetos valiosos en los comercios, mientras la policía apuntaba con sus armas de fuego y los ordenaba parar. Los saqueadores, sencillamente, ignoraban a la policía, sin mayores consecuencias. ‘Por qué hace usted esto?’ , preguntaba un reportero. ‘Es libre’, replicó el ladrón. Todo esto fue visto por millones de telespectadores. La fuerza policial del Estado sólo puede emplearse contra un número reducido de personas, y aun así, siempre en el supuesto de que casi todo el mundo acepta los sistemas de funciones de status. Una vez que el número de infractores de la ley rebasa una pequeña fracción, lo normal es que la policía se refugie en sus cuarteles, o que se libere un espectáculo ceremonial, actuando como si estuviera defendiendo la ley, como en Los Ángeles, o, con harta frecuencia, que se limite a contener a la ciudadanía respetuosa de la ley. En Berkeley, por la misma época de revolta y pillaje, el propietario de un comercio fue detenido porque se había armado con la intención de defender por sí mismo su propiedad, y esa detención tuvo lugar mientras los saqueadores estaba asaltando los comercios vecinos a sus anchas y sin ser molestados por la policía. En muchas sociedades democráticas, una vez que el número de infractores de la ley alcanza una masa crítica, la fuerza policial sirve para el espectáculo*” (Ob. cit., pp. 103-104).

<sup>279</sup> MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, n. 07-18. p. 01-24, dez. 2005. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 25 mar. 2011.

<sup>280</sup> De acordo com Searle, a estrutura lingüística atributiva de *status* pode recair não apenas sobre fatos brutos, mas também sobre fatos institucionais. Em tais casos, o termo X em um nível superior pode ser um termo Y de um nível inferior. Da mesma forma, estruturas de funções de *status* não se limitam a existir de forma isolada e instantânea. Suas funções requerem que interajam entre si e durante largos períodos de tempo. Com isso, Searle acredita poder explicar fatos institucionais tão complexos quando o matrimônio, a propriedade, os contratos, a demissão, a guerra, as revoluções, os Estados, as reuniões políticas, as festas sociais, os sindicatos, os advogados, as férias, os cavaleiros medievais e, até mesmo, os impostos. Tomando por exemplo o matrimônio, pode-se dizer que vários fatos institucionais precisam existir numa estrutura hierárquica assim constituída: emitir certos ruídos conta como proferir uma declaração; proferir certo tipo de declaração em certas circunstâncias conta como realizar uma promessa, realizar uma promessa em certas circunstâncias conta como fechar um

precisa necessariamente constituir um fato bruto, puramente físico, mas pode já ser um fato institucional ao qual o direito penal atribui um novo *status*, como o de crime, por exemplo. Exatamente por isso, o direito penal opera, segundo o ponto de vista que se adote, segundo regras regulativas, de um lado, e segundo regras constitutivas, de outro:

“El propósito global del derecho penal es regulativo, no constitutivo. Consiste en prohibir, por ejemplo, ciertas formas de conducta previamente existentes, como asesinar. Pero para que las regulaciones funcionen, tiene que haber sanciones, lo que exige la imposición de un nuevo status a la persona que viola la ley. Así, a la persona que mata a otro (término X) bajo ciertas circunstancias (término C), y es hallada culpable de hacerlo, se le asigna el status de ‘asesino convicto’ (término Y, y por ende, hecho constitucional); y con ese nuevo status vienen las penas y los castigos apropiados. Así, la regulativa ‘No matarás’ genera la constitutiva apropiada ‘Matar, bajo determinadas circunstancias, cuenta como asesinato, y el asesinato cuenta como un crimen punible con la muerte o con la cárcel’<sup>281</sup> .

Nessa linha de idéias, Mir Puig trabalha com dois níveis de normatividade: *“uma representada por avaliações culturais não jurídicas e outra por normas jurídico-positivadas. O primeiro nível de normatividade limita as possibilidades normativas do segundo nível”*. Assim, *“se a reivindicação do normativo teve frente ao ontologismo de Welzel o sentido de reclamar para o direito e para a dogmática jurídica a desvinculação do fático e, nesse sentido, liberdade de decisão em função de valores”*, o que o autor defende é *“uma limitação da liberdade normativa do Direito positivo exigindo sua subordinação a valores culturais fundamentais (também normativos) que condicionem a legitimidade e alcance das decisões do legislador”*, de modo que *“o normativo jurídico tem que estar limitado pelo normativo cultural”*. Desta forma, *“se nossa cultura coloca o ser humano na base e no centro de seus valores, estes outorgarão valor normativo fundamental à realidade do ser humano. O normativo estará também condicionado pelo real”<sup>282</sup>*.

Por outro lado, afirma Mir Puig, o direito penal institucionaliza fatos sociais já valorados culturalmente, com a função de regular a vida dos seres humanos. Assim que, para que seja observada essa regra constitutiva, é preciso que ele *“influa na realidade para além do próprio direito penal e de suas normas”*, protegendo os interesses da vida. *“O normativo”*, diz o autor, *“tem que relacionar-se com o fático, não numa relação lógica, senão causal: nosso ser real é causa de nossos valores e é sobre ele que nossas normas têm*

---

contrato, fechar certos tipos de contratos conta como casar-se (SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*. Tradução para o espanhol de A. Doménech. Buenos Aires: Paidós, 1997. p. 93 e ss.)

<sup>281</sup> SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*. Tradução para o espanhol de A. Doménech. Buenos Aires: Paidós, 1997. p. 67.

<sup>282</sup> MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, n. 07-18. p. 01-24, dez. 2005. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 25 mar. 2011.

*que fazer incidir seus efeitos*”<sup>283</sup>. Consequência disso é a adoção, pelo autor, de um conceito personalista e realista de bem-jurídico:

“Si el Derecho penal ha de estar al servicio de los seres humanos, habrá de proteger intereses reales de éstos, ya sean directamente vinculados a su individualidad – como la vida, la integridad física, la libertad sexual, el patrimonio, etc. –, ya sean mediados por instituciones de las que dependen intereses individuales – como la Administración de Justicia y otras instituciones estatales -. Los bienes jurídico-penales han de verse como concreciones de estos intereses reales de los individuos, directos o indirectos, que merecen por su importancia fundamental la máxima protección que supone el Derecho penal. Así entendidos, han de constituir la referencia básica para determinar la función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho”<sup>284</sup>.

Mesmo para aqueles bens jurídicos cujo substrato naturalístico (fato bruto) esteja distante em função das várias etapas de atribuição de *status* ocorridas, como seria exemplo a honra e a administração da justiça, sempre haverá alguma realidade, ainda que imaterial, passível de afetação. Para Mir Puig, mesmo quando tomem por base fatos institucionais, os bens jurídicos estão vinculados a realidades prévias à normatização jurídica, de modo que o direito está tão adstrito a eles quanto o estaria se partisse de fatos naturalísticos. O fático em direito penal, portanto, não se contrapõe a normativo pura e simplesmente, mas aos critérios normativos do direito positivo. Em última análise:

“El tipo objetivo del delito sólo es, pues, de forma limitada una creación normativa del Derecho, porque selecciona un sector de realidad, naturalística o social, previamente existente. La selección de tal realidad es un acto de disposición normativa jurídica, que da a dicha realidad un sentido valorativo específico. Pero la realidad seleccionada (matar a otro, no socorrerle, falsificar un documento, sustraer una cosa ajena, dictar una sentencia injusta) no es creada por el legislador, sino que le viene dada, con su significado natural y social propio. Y el criterio fundamental que ha de guiar la selección de conductas típicas ha de ser su capacidad para lesionar intereses reales directos o indirectos de los ciudadanos, intereses previos a las normas jurídico-penales, hechos también de una amalgama de base natural y concreción cultural de la que debe partir el Derecho penal. Éste es el sentido del principio de lesividad, que considera insuficiente para el delito la infracción formal de una norma jurídico-penal y exige que el tipo penal sea la descripción de una lesión o una puesta en peligro de bienes que por su importancia social previa al Derecho penal, merezcan la protección de éste”<sup>285</sup>.

Segundo essa concepção, portanto, o bem jurídico-penal seria aquela parcela da realidade social que recebe um *status* da coletividade, de modo a funcionar como o conteúdo

<sup>283</sup> MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminología*, Granada, n. 07-18. p. 01-24, dez. 2005. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 25 mar. 2011. O autor ratifica essa relação causal ao afirmar que princípios jurídicos como o da legalidade, da lesividade, da culpabilidade e da necessidade de pena são decorrência de traços biológicos (genéticos) dos seres humanos (sua capacidade de sentir dor, sua necessidade de segurança, seu sentido de justiça e responsabilidade, sua necessidade de integração social), ainda que mediados pela cultura.

<sup>284</sup> MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminología*, Granada, n. 07-18. p. 01-24, dez. 2005. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 25 mar. 2011.

<sup>285</sup> MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminología*, Granada, n. 07-18. p. 01-24, dez. 2005. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 25 mar. 2011.

material do injusto. Trata-se de um instituto de direito penal que opera segundo regras constitutivas, de modo que faz surgir no mundo algo que antes não existia: o crime. Visto de outro ângulo, no entanto, tal instituto não surge do vazio, da mera decisão legislativa, mas decorre da prévia existência de fatos sociais relevantes para o convívio humano, e que apenas são destacados pelo legislador (como vocalizador da intencionalidade coletiva), ganhando o *status* de bem jurídico.

Mas quais trechos da realidade poderiam receber o *status* de bem jurídico? Ou, para usar a indagação do próprio Searle: “*na fórmula ‘X conta como Y em C’, quantos tipos de Y existem*”<sup>286</sup>?

A resposta do filósofo americano é no sentido de que se pode atribuir o *status* Y a três categorias ontológicas (brutas) de fenômenos: pessoas (p. ex., presidentes de reuniões, esposas, sacerdotes, professores); objetos (p. ex., frases, notas de cinquenta reais, certidões de nascimento, carteiras de motoristas); e acontecimentos (eleições, casamentos, festas sociais, guerras, gols). No entanto, estas duas últimas categorias (objetos e acontecimentos) estão sempre relacionados às pessoas, visto que o que importa mesmo é o incremento de poder que alguém tem quando os objetos e os acontecimentos que lhes são relacionados recebem algum *status* positivo. Afinal, “*o que importa não é a nota (...) como objeto, mas sim que o seu possuidor tem agora um poder que não teria de outro modo*”, ou seja, “*o conteúdo da intencionalidade coletiva na atribuição da função de status significa que algum sujeito humano, singular ou plural, tem algum poder, positivo ou negativo, condicional ou categórico*”<sup>287</sup>.

Transplantado esse raciocínio para o campo do direito penal, parece que assiste razão a Hassemer ao defender a funcionalização de todo e qualquer bem jurídico em razão das pessoas de carne e osso. Afinal, o “*conteúdo da intencionalidade coletiva*” que atribui *status* de bem jurídico a determinados trechos da realidade, segundo regras constitutivas jurídico-penais, recairá sempre, em última análise, sobre algum(ns) sujeito(s) humano(s), ainda que ao longo desse processo de institucionalização progressiva dos fatos sociais o vínculo do bem jurídico com a pessoa possa, algumas vezes, acabar esfumaçado.

Diferentemente de Hassemer, contudo, e por razões que serão melhor explicitadas no próximo apartado (item 4.3, *infra*), não compartilhamos de sua definição de bem jurídico

---

<sup>286</sup> SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*. Tradução para o espanhol de A. Doménech. Buenos Aires: Paidós, 1997. p. 110.

<sup>287</sup> SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*. Tradução para o espanhol de A. Doménech. Buenos Aires: Paidós, 1997. p. 111.



como “*interesses humanos que carecem de proteção penal*”<sup>288</sup>. É que, a menos que se conte os impulsos nervosos como fatos brutos, interesses – assim como as intenções, vontades, motivos, etc – são simples estados mentais que não podem ser causalmente afetados por ações individuais. E, se não podem ser causalmente afetados, não há razão nenhuma para incriminar condutas que, de modo algum, podem lesioná-los ou colocá-los em perigo<sup>289</sup>.

Na nossa concepção, e na esteira dos ensinamentos de Juarez Tavares, bem jurídico deve ser entendido como “*elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social*”<sup>290</sup>. Assim, e uma vez que no modelo de sociedade que tomamos por paradigma a projeção social do sujeito se dá de forma plena apenas no mundo da vida, longe das interferências estratégicas dos sistemas especializados, e por meio de uma comunicação com vistas ao consenso, o bem jurídico só desempenhará uma função legítima na medida em que auxilie o direito penal na tarefa de limitar a incidência do poder punitivo estatal às hipóteses de grave afetação da “*própria condição do sujeito*”, ou seja, àqueles casos em que a ação perlocucionária de um acabe impedindo o agir comunicativo do outro, negando sua existência como pessoa.

Como fato institucional, ou seja, como dado da realidade ao qual foram sendo atribuídos, segundo regras constitutivas, conteúdos variados da intencionalidade coletiva, o bem jurídico pode até assumir formas diferentes, de modo a enfatizar em que sentido específico o fato valorado é “*elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social*”. No entanto, deve-se ter cuidado para não confundir o bem jurídico com o fato bruto em sua mera existência física<sup>291</sup>, nem com o próprio *status* que sobre este recai, ou seja, como um valor a ser preservado independentemente de qualquer vínculo com a pessoa humana.

<sup>288</sup> HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 21.

<sup>289</sup> O argumento de que essa lesão ou colocação em perigo possa se dar de forma indireta, mediante a afetação causal do substrato do bem jurídico ou do objeto da ação não é aqui ignorada, mas será objeto de análise específica em seguida, quando tratarmos do conceito de resultado. De qualquer forma, parece-nos que assiste razão a Roxin quando afirma que “*o critério da lesão a interesse, como o da lesão a direito subjetivo, não é um objeto adequado de penalização, porque não é o interesse, e sim o bem a que o interesse se dirige que pode ser lesionado. Se alguém me surra, é evidente que meu interesse em minha integridade física permanece inalterado. Ela mesma, porém, não. Em última análise, tanto a teoria da lesão a direito, quanto a da lesão a interesses são insuficientes, porque os objetos de proteção do Direito Penal não têm existência meramente ideal, mas são reais, devendo-se, pela mesma razão, recusar o chamado conceito idealista de bem jurídico*” (ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 202-203).

<sup>290</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 198.

<sup>291</sup> Erro no qual, a nosso juízo, incorre Knut Amelung ao valer-se da classificação de Searle para afirmar que “*no tipo de homicídio estamos diante de um fato ‘bruto’, no do furto de um fato ‘institucional’*” (AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 134).

Como bem alerta Juarez Tavares, o bem jurídico “*não pode ser entendido no sentido puramente material, como se fosse uma pessoa ou uma coisa*”, mas também não deve ser recepcionado no ordenamento jurídico como um valor, por si só, carente de proteção. Ao contrário, “*o bem jurídico só vale na medida em que se insira como objeto referencial de proteção da pessoa, pois só nesta condição é que se insere na norma como valor*”<sup>292</sup>.

Isso explica por que a tormentosa discussão acerca da substancialidade do bem jurídico<sup>293</sup> não pode ser resolvida de forma binária, ora restringindo os bens jurídicos apenas a objetos com existência física, ora identificando-os com simples entes abstratos (valores). Todo e qualquer bem jurídico, como fato institucional que é, possui sempre um conteúdo material (físico) e um conteúdo valorativo (*status*). O que pode efetivamente variar entre um e outro bem jurídico é o grau de institucionalização pelo qual passou o fato bruto que lhe dá sustentação física. Somente nesse sentido caberia distinguir, como faz a doutrina, entre bens jurídicos *concretos* (vida, integridade corporal) e *abstratos* (honra, fé pública). No primeiro caso, o que há é uma proximidade lógica entre o substrato corpóreo que caracteriza o fato bruto (o corpo humano ou um objeto qualquer) e o fato institucional a que se atribui o *status* de bem jurídico, enquanto que, no segundo caso, em razão das sucessivas atribuições de *status* havidas, já não é mais possível (ou é muito difícil) relacionar o bem jurídico a qualquer objeto físico que lhe dê existência como dado da realidade. Nos dois casos, contudo, há (ou deve haver) combinação de fatores físicos e fatores valorativos; do contrário, já não se estará mais falando de parcela da realidade social regulada pelo direito. Um simples objeto físico (um pedaço de papel, uma construção em alvenaria ou até mesmo o corpo biológico de uma pessoa) não tem existência social se a ele não for atribuído coletivamente um sentido, assim como meros valores abstratamente considerados não têm existência real enquanto não estiverem relacionados a pessoas.

Assim, o que realmente importa no final das contas, não é indagar se o bem jurídico tem ou não existência física, mas sim se ele pode ou não ser relacionado a uma ou mais pessoas. Na medida em que esta relação possa ser afirmada, o fato institucional classificado como bem jurídico terá sempre existência corpórea, nem que tal corporificação venha a recair sobre a própria pessoa da(s) vítima(s), independentemente de qualquer outro objeto ou acontecimento dela(s) separado. A análise do bem jurídico vinculado ao delito de injúria pode

---

<sup>292</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 199 e 202.

<sup>293</sup> Na opinião de Juarez Tavares, o problema da substancialidade do bem jurídico “*é o grande desafio a ser enfrentado pela dogmática penal*”. Para o autor, “*a grande questão (...) está situada, como bem pondera WOHLERS, em determinar os limites dessa substancialidade, isto é, em determinar até que ponto pode o bem jurídico se afastar de sua expressão sensível e se espiritualizar*” (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 119 e 220).

ser útil para ilustrar esse ponto de vista. A honra é apontada de forma recorrente pela doutrina como típico exemplo de bem jurídico abstrato (ou imaterial). Neste caso, no entanto, não é necessário muito esforço para perceber que o fato institucional (honra) elevado ao *status* de bem jurídico só tem existência na medida em que haja uma pessoa de carne e osso à qual ele possa se vincular. Nesse sentido, parece correto afirmar que mesmo o bem jurídico honra apresenta um certo nível de concretude, ainda que a ação proibida não recaia sobre o corpo físico da pessoa (fato bruto), mas sim sobre a pessoa como corpo físico valorado socialmente (fato institucional).

Situação diversa se dá quando não é possível estabelecer qualquer vínculo direto ou indireto entre aquilo que a norma aponta como bem jurídico e a esfera de existência de uma ou mais pessoas humanas. É o que ocorre, por exemplo, nas hipóteses de incriminações baseadas na simples desestabilização de funções controladas pelo Estado.

Conforme ensina Juarez Tavares, função é uma simples *“relação decorrente de variáveis, que correspondem a pontos de referência de algo”*. Assim entendida, *“a função não tem significado próprio”* e somente representa a existência de uma relação entre duas variáveis. Ainda que essas variáveis possam ser substituídas por fatos institucionais, ou seja, trechos da realidade a que se atribui determinado valor, a função em si nunca poderá adquirir um valor próprio, na medida em que *“não detém (...) caráter de autonomia ou independência”*. Por exemplo: na atividade administrativa de controle do tráfego viário estabelece-se uma relação entre veículos e ruas, de modo que, quanto maior o número de veículos em uma cidade que mantém inalterados o número e a dimensão de suas ruas, maior será a função de veículos por ruas, exigindo-se um maior esforço administrativo de controle. De outro lado, *“se as ruas forem de tal forma amplas e suficientes à circulação de todos os veículos, essa diferença quantitativamente favorável aos veículos faz diminuir a intensidade da função”*, facilitando a atividade de controle. O fundamento da incriminação de condutas simplesmente disfuncionais, portanto, não tem qualquer relação com a afetação de bens jurídicos com valor substancial, mas sim com a mera eficiência dos instrumentos de controle, independentemente de qualquer repercussão que a conduta possa ter sobre a esfera de existência de pessoas. Em algumas figuras típicas essa total desvinculação entre a função protegida e algum ente próprio da pessoa humana pode ser constatada de forma evidente, como é o caso do delito de evasão de divisas (art. 22, da Lei nº 7.492/ 86). Neste caso, como bem assinala Juarez Tavares, o que se controla não é o sangramento do erário, com repercussão mais ou menos direta nos serviços básicos de interesse da coletividade (saúde, educação, segurança, etc), mas sim o simples controle da informação sobre o transporte de

dinheiro para fora do país, além de certo limite. De fato, não é a saída do dinheiro do território nacional em quantias capazes de desestabilizar a economia o que se incrimina, mas sim a falta de comunicação dessa atividade de internacionalização de divisas, mesmo que em patamar insignificante para a afetação do sistema financeiro como um todo. Assim, a conduta daquele que retira do país a quantia de um bilhão de dólares, comunicando o fato à receita federal, será atípica, ainda que os efeitos dessa atividade para a economia brasileira sejam muito mais graves do que os daquele que sai do país transportando dez mil dólares sem comunicar tal fato ao órgão de controle<sup>294</sup>.

Desta forma, ainda que se possa dizer que no caso de incriminações baseadas na simples disfuncionalidade de uma conduta não exista um bem jurídico materializável num objeto corpóreo, no fundo, o que deslegitima uma incriminação como esta não é o caráter mais ou menos abstrato do ente afetado, mas sim a sua total desvinculação com algum “*elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social*”. Tanto assim que, outros crimes contra o sistema financeiro nacional, igualmente previstos na Lei nº 7.492/ 86, não podem ser considerados, desde logo, como carentes de bem jurídico digno de tratamento penal. Havendo a possibilidade de relacionar, caso a caso, a perturbação do funcionamento do sistema financeiro com a afetação da esfera de proteção de pessoas humanas, a princípio, estará satisfeito o princípio da lesividade, que é uma das barreiras de contenção do poder punitivo.

É o que ocorre, de forma geral, com os crimes contra a fé pública e a administração da justiça. A distância que separa qualquer desses fatos institucionais e os fatos brutos sobre os quais foram erigidos é enorme, o que autoriza denominar os bens jurídicos vinculados a cada um desses delitos de abstratos, como o faz a doutrina em geral. Essa abstração, no entanto, é compensada pela íntima relação que existe entre tais fatos institucionais e a própria existência do sujeito numa sociedade complexa. Sem que se pudesse recorrer ao reforço de confiança intersubjetiva conferido pela atribuição do *status* de sinceras às declarações contidas num documento público ou particular dificilmente se poderia chegar a um nível de comunicação capaz de gerar consenso entre pessoas que se relacionam, cada dia mais, na base do anonimato. Da mesma forma, ante o afrouxamento das relações comunitárias, é praticamente indeclinável a existência de uma função do Estado que se incumba da tarefa de lembrar aos participantes de determinado conflito que qualquer que seja a solução por eles encontrada é

---

<sup>294</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 203-215.

preciso que a todos sejam garantidas as capacidades mínimas (ou direitos fundamentais) para um agir comunicativo<sup>295</sup>.

Portanto, mais do que uma existência tangível, o que se exige de um fato institucional para que possa receber o *status* de bem jurídico é que permita a reconstituição do vínculo que deve existir entre ele e a pessoa humana. É somente nesse sentido que se pode entender de que forma valores (*status*) tão variados como a vida, a honra, o patrimônio, a fé pública ou o meio ambiente podem ser tratados pelo legislador e pela doutrina como bens jurídicos dignos de reconhecimento penal. A rigor, não se trata de bens jurídicos variados. São apenas facetas diversas do único dado da realidade social cuja afetação concreta efetivamente interessa ao direito penal: a pessoa humana<sup>296</sup>. Nesse contexto, já não importa tanto o fato bruto do qual se originou o bem jurídico (se um objeto, uma pessoa ou um acontecimento), mas sim a circunstância dele poder, ou não, ser identificado como manifestação da “*própria condição do sujeito*”.

---

<sup>295</sup> Juarez Tavares, de forma semelhante, fala em funções que “*em face da complexidade da vida (...) vão se materializando, de tal modo que suas variáveis possam constituir uma realidade, ainda que puramente normativa, mas irreduzível a simples grandezas, fato que as torna indispensáveis à existência do Estado ou do próprio indivíduo. Isso ocorre, por exemplo, com a administração da justiça, que é hoje uma função indeclinável do Estado democrático. A característica dessa função servir, indistintamente, a todos, no sentido de uma universalidade e sua vinculação à própria estrutura do Estado, dá-lhe estabilidade e a converte em bem jurídico, porque se constitui valor da pessoa humana*” (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 212-213). Em sentido mais ou menos próximo, Hefendehl também fala de alguns bens coletivos, como a administração da justiça, que, “*como os bens individuais, acompanham a todo o momento a vida dos membros da sociedade*” (HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 60). Para este autor, contudo, a fé pública só teria existência como bem jurídico autônomo no caso de incriminações como a de moeda falsa, onde a prática da conduta típica gera uma desconfiança que atinge todos os participantes daquele sistema econômico como um todo. Uma vez que não seja mais possível assegurar que as notas em circulação foram emitidas pelo Banco Central, e não por terceiros, “*perde-se a vontade dela fazer uso*”, colocando-se, assim, em sério risco a integridade daquele fato institucional. No caso do falso documental, a situação é diversa. “*Uma vez perdida a confiança na autenticidade de um documento, perde-se a vontade de fazer negócio com o falsificador*”, mas não a confiança no agir ilocucionário das pessoas em geral. É por conta dessa diferença, aliás, que “*se percebe o porquê da proximidade sistemática antigamente admitida entre os delitos de falsificação de documento particular e o delito de estelionato. A falsificação de documento não dotado de fé pública não atinge qualquer bem jurídico supraindividual*” (Ob. cit., p. 64).

<sup>296</sup> Nesse exato sentido, Juarez Tavares: “*Normalmente, para os efeitos delimitativos, os bens jurídicos prescindem de qualquer classificação, porque todos devem ter origem na pessoa humana. A doutrina, porém, os classifica segundo alguns critérios, puramente aleatórios. Segundo seu titular, haveria bens jurídicos individuais (vida, integridade física, honra, liberdade, patrimônio), coletivos (incolumidade pública, meio ambiente, fé pública, paz pública) ou estatais (administração pública, administração da justiça, soberania, ordem pública econômica). Segundo a percepção, haveria bens jurídicos concretos (vida, integridade corporal, patrimônio) e abstratos (incolumidade pública, fé pública, paz pública). Segundo a natureza, haveria bens jurídicos naturais (vida, integridade física, liberdade) e normativos (patrimônio, administração pública, ordem pública econômica). Segundo seus elementos, dever-se-iam distinguir bens jurídicos de origem real (vida, integridade corporal, saúde) e de origem ideal (honra, sentimento religioso). Deve-se alertar que esta classificação é meramente metodológica e serve apenas para, em determinado contexto e limitadamente, identificar a qualificação do bem que se pressupõe lesado ou posto em perigo pela ação do agente*” (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 203).

Assim, pode haver bem jurídico que tenha como fato bruto um objeto (os crimes contra o patrimônio, p. ex.) ou uma pessoa (crimes contra a vida ou contra a honra) ou mesmo um acontecimento (como é o caso do falso testemunho); pode haver bem jurídico que se relacione à esfera de existência de uma única pessoa (bens jurídicos individuais) ou que esteja ligado a um número indeterminado de indivíduos (bens jurídicos coletivos); pode haver bem jurídico cujo processo de institucionalização decorra diretamente de um fato bruto (homicídio) ou que seja produto de uma longa sequência de atribuições sucessivas de *status* (de forma geral, os crimes contra o Estado e suas diversas formas de manifestação). Tais distinções, como já dito por Juarez Tavares, podem até servir para fins classificatórios, mas não são decisivas para avaliar se estamos realmente, ou não, diante de algo que mereça ser tratado como um bem jurídico para fins penais. Decisiva é, e será sempre, a real afetação da esfera de existência de uma ou mais pessoas humanas.

A adoção de uma concepção assim, pessoal, do bem jurídico não significa, contudo, que neguemos a possibilidade de existirem bens jurídicos verdadeiramente coletivos.

De forma geral, a doutrina costuma classificar as concepções acerca das possíveis dimensões do bem jurídico em três grupos: (i) a concepção *monista-pessoal*, encabeçada por Hassemer, que defende a idéia de que todo e qualquer bem jurídico são os interesses individuais; (ii) a *concepção dualista*, segundo a qual haveria bens jurídicos, tanto individuais, quanto coletivos, de modo que “*não se pode reduzir os bens jurídicos individuais à sua dimensão de interesse coletivo, e nem vice-versa os bens jurídicos coletivos à sua dimensão de interesse individual*”; e (iii) a *concepção monista-estatal (ou monista-coletivista)*, para a qual todos os bens jurídicos seriam “*reflexo de um interesse do estado ou da coletividade*”, cabendo a estes decidir quando e em que medida o indivíduo mereceria ser objeto de proteção estatal<sup>297</sup>. Segundo Luís Greco, a última dessas concepções praticamente não encontra seguidores na atualidade, haja vista seu caráter nitidamente autoritário. Já a primeira delas, apesar dos prestigiosos autores que a adotam, seria, em sua opinião, deficiente, porque incapaz de explicar a subsistência de bens jurídicos já arraigados no ordenamento jurídico-penal de praticamente todos os países, tais como a fé pública (no crime de moeda falsa) e a probidade administrativa (no crime de corrupção). Dois exemplos apresentados pelo autor seriam, segundo ele, suficientes para demonstrar que “*nem sempre será possível referir*

---

<sup>297</sup> GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 85-86.

*o bem jurídico coletivo aos interesses de indivíduos concretos*”, senão a aspectos da realidade que só podem ser compreendidos pelo viés transindividual<sup>298</sup>:

“Para dar um exemplo: a pretensão de arrecadar os impostos devidos continua a ser um bem jurídico, ainda que o dinheiro obtido seja utilizado para comprar tanques de guerra e não para a construção de jardins de infância. Da mesma forma, e agora o exemplo é meu, pouco importa que nenhum interesse individual seja afetado pela conduta do particular que, em segredo, gratifica o funcionário público para que este realize, já depois do expediente, um ato vinculado a que o particular tinha de qualquer forma direito, mas que só seria praticado bem depois”.

Ainda que não descartemos a possibilidade de haver efetivamente bens jurídicos que não podem ser reduzidos à simples soma de interesses individuais – e isso, segundo a classificação corrente, nos situaria entre os adeptos de uma concepção dualista –, não há como concordar com Greco na afirmativa de que nos exemplos acima o bem jurídico não estaria, de qualquer forma, relacionado a *“interesses de indivíduos concretos”*.

Quanto ao primeiro exemplo, há que se notar, antes de mais nada, que a arrecadação de tributos não se dá, como regra, de forma vinculada, de modo que, a princípio, não é permitido ao contribuinte saber a destinação exata dos recursos financeiros arrecadados a partir dos impostos pagos. Uma coisa é certa, contudo, os valores devem ser investidos em atividades que promovam a existência digna de todos, sob pena de uso irregular da verba pública. A sugestão de que a compra de tanques de guerra seria, por si só ilegítima, não pode ser acompanhada, pois, nas hipóteses em que a guerra seja a única alternativa para a defesa das pessoas, ela não é apenas legítima, mas necessária. Por fim, na hipótese da instituição de uma taxa pública para reunir recursos para financiar especificamente uma guerra de agressão (portanto ilegítima) a outros povos, então a burla por parte dos cidadãos dessa obrigação tributária seria, não apenas desejável, como absolutamente lícita, de modo que não haveria sequer que se falar em crime. A hipótese seria de claro exercício do direito fundamental de desobediência civil.

A demonstração de que, no segundo exemplo, também há afetação de *“interesses de indivíduos concretos”* é um pouco mais trabalhosa e está diretamente ligada ao conceito de pessoa de que se parta. Se tomarmos a pessoa como um indivíduo isolado no mundo, cujos interesses sejam despertados e satisfeitos em função de suas exclusivas necessidades biológicas, tal como tradicionalmente visto pelos liberais, então será realmente difícil compreender como o ato do funcionário público que beneficia a um terceiro, fora do horário

---

<sup>298</sup> GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 87.

de expediente e sem prejudicar o regular andamento da burocracia, pode ser encarado como uma depreciação da esfera de existência de quem quer que seja.

Uma vez que se adote uma concepção republicana de pessoa, contudo, nos moldes que vêm sendo propostos por John Braithwaite e Philip Pettit<sup>299</sup>, a conclusão poderá ser sensivelmente diferente.

Para explicarem seu ponto de vista, esses autores defendem a substituição do conceito moderno de liberdade – consistente no poder de fazer tudo aquilo que não afete a outra pessoa – pelo conceito de domínio (*dominion*). É que, segundo eles, a concepção liberal parte de uma noção solitária do indivíduo, entendendo como situação ideal de liberdade a existência isolada, fora da esfera de interferência de qualquer outra pessoa. Como não vivemos numa tal realidade atomística, mas em permanente convívio com outras pessoas, Braithwaite/ Pettit preferem conceituar a liberdade de forma relacional. Nesse sentido, a liberdade plena deixa de ser definida em termos absolutos, como total ausência de coerção ou constrangimento, e passa a ser compreendida somente em termos relativos, comparativos. Assim, enquanto que na concepção liberal um sujeito estaria no perfeito gozo de sua liberdade na medida em que fosse deixado em paz por todos os demais, numa concepção republicana ele só será efetivamente livre na medida em que a ele for dispensado igual tratamento perante a lei, ou seja, na medida em que a ele não seja dispensado, por terceiros ou pelo Estado, tratamento diverso daquele recebido por todos os demais membros da comunidade.

Essa noção republicana de liberdade, afirmam os autores, remonta aos tempos da República romana. Para os romanos, o simples fato de não estar submetido à coerção de uma outra pessoa não era suficiente para atribuir a alguém o status de homem livre. Mesmo escravos sem donos (*servus sine domino*) não eram pessoas livres. Ser livre, naquela época, era estar submetido de forma completa e igualitária ao devido processo legal, receber o mesmo tratamento jurídico de qualquer outro, estar incorporado ao corpo político como cidadão. Já a concepção associal (liberal) de liberdade, tem expressão moderna na obra de Hobbes, cuja marca característica estaria assentada na idéia de que a pessoa pode gozar de liberdade plena, tanto no estado de natureza, quanto sob o jugo de um governo qualquer, seja ele tirânico ou democrático. O que de fato importa é que a pessoa possa viver livremente, como se estivesse longe da esfera de interferência de qualquer outro ser humano; os meios

---

<sup>299</sup> BRAITHWAITE, John e PETTIT, Philip. *Not just deserts: a republican theory of criminal justice*. New York: Oxford, 1998.



para garantir esse isolamento libertário pouco importariam ao filósofo político que inaugurou o pensamento moderno<sup>300</sup>.

De maneira geral, a concepção republicana de liberdade costuma ser relacionada a demandas por prestações positivas por parte do Estado, de modo a equalizar o tratamento entre todos os cidadãos. A concepção liberal, por outro lado, seria normalmente vista como eminentemente negativa, admitindo a intervenção coercitiva estatal apenas na medida em que seja necessária para garantir o isolamento que permite ao indivíduo fazer tudo o que lhe aprouver, sem ser incomodado<sup>301</sup>. Braithwaite e Pettit, contudo, não acreditam que essa relação seja necessária. Para eles, é possível imaginar um conceito republicano de liberdade que seja, ao mesmo tempo, igualitário e negativo. Na verdade, segundo sua opinião, a adoção de uma concepção positiva de liberdade não é uma característica propriamente republicana<sup>302</sup>. Nesse ponto, haveria mais coincidência do que divergência entre liberais e republicanos: ambos partiriam de uma definição negativa de liberdade. No fundo, o que efetivamente os distinguiria seria “*a diferente interpretação sobre o que seria uma situação ideal de liberdade negativa*”. De acordo com a interpretação liberal clássica, uma situação ideal de liberdade seria aquela em que o sujeito é deixado em paz (sozinho, isolado). De acordo com a interpretação republicana, a situação ideal de liberdade é aquela em que a pessoa não está submetida a constrangimentos (coerções) maiores do que aqueles impostos a todos os demais pela lei. Em resumo, dirão eles, “*os republicanos interpretam a liberdade de forma*

---

<sup>300</sup> BRAITHWAITE, John e PETTIT, Philip. *Not just deserts: a republican theory of criminal justice*. New York: Oxford, 1998. p. 56-57.

<sup>301</sup> Nesse sentido, a diferenciação traçada por HABERMAS: “*Segundo a concepção liberal, determina-se o status dos cidadãos em face do Estado e dos demais cidadãos. Como portadores de direitos subjetivos, os cidadãos poderão contar com a defesa do Estado desde que defendam os próprios interesses nos limites impostos pelas leis – e isso se refere igualmente à defesa contra intervenções estatais que excedam ressalva interventiva prevista em lei. Direitos subjetivos são direitos negativos que garantem um espaço de ação alternativo em cujos limites as pessoas do direito se vêem livres de coações externas. (...) De acordo com a concepção republicana, o status dos cidadãos não é determinado segundo o modelo das liberdades negativas, que eles podem reivindicar como pessoas em particular. Os direitos de cidadania, direitos de participação e comunicação política são, em primeira linha, direitos positivos. Eles não garantem liberdade em relação à coação externa, mas sim a participação em uma práxis comum, por meio de cujo exercício os cidadãos só então se tornam o que tencionam ser – sujeitos politicamente responsáveis de uma comunidade de pessoas livres e iguais*” (HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2004. p. 279-280).

<sup>302</sup> “*As we understand it, the notion of republican liberty, like the standart liberal one, is negative rather than positive. To be free in the sense in question does not by definiton require the sort of extra factor envisage by positive theorists. This means that the value we hail in this book, the value we describe as that of ‘dominion’, shoul be distinguished for example, from the now commonly invoked value of autonomy*” (BRAITHWAITE, John e PETTIT, Philip. *Not just deserts: a republican theory of criminal justice*. New York: Oxford, 1998. p. 56).

*que seu vínculo com um tratamento igualitário perante a lei não é apenas contingente*”, como se dá com os liberais, mas verdadeiramente necessário<sup>303</sup>.

Assim, ao estabelecerem os contornos gerais de um conceito republicano (negativo) de liberdade, Braithwaite/ Pettit apresentam três requisitos básicos para uma existência plenamente livre. O primeiro deles é o de que a pessoa não apenas se considere livre (de coerção), mas que ela seja efetivamente tão livre (de coerção) quanto qualquer outro membro da sociedade. O segundo é que a todas as pessoas, independentemente de estarem sendo tratadas como iguais, sejam dadas garantias de que tal tratamento igualitário não decorre de um simples golpe de sorte – apenas porque ninguém resolveu intervir em sua esfera de domínio – mas sim da própria garantia de igual tratamento de todos perante a lei. Finalmente, o terceiro requisito é o de que essa garantia legalmente assegurada a todos, de ver-se livre da coerção de terceiros, não seja um simples dado objetivo, mas que ela seja do conhecimento de cada uma das pessoas e, mais do que isso, que toda e qualquer pessoa tenha conhecimento de que todos os seus iguais sabem que a eles é garantido igual tratamento livre<sup>304</sup>.

Uma vez assumida uma concepção assim, republicana, de liberdade, especialmente se tomado em conta o último requisito apresentado por Braithwaite/ Pettit, parece-nos inegável que a conduta do funcionário público que, em segredo e fora do horário do expediente, recebe dinheiro para furar a fila da burocracia afeta diretamente a esfera da pessoa livre, mais precisamente, de todas as pessoas que, dispensando igual tratamento aos demais, aceitam submeter-se ao constrangimento de condicionar algumas de suas pretensões ao crivo da prévia aprovação estatal, entrando e aguardando sua vez na fila. De fato, para não haver afetação de *“interesses de indivíduos concretos”*, tal como imaginado por Greco, ao exemplo teria que ser acrescentado um ingrediente: o de não haver qualquer outra pessoa aguardando a atuação vinculada do funcionário público pelas vias normais. Fosse assim, no entanto, a hipótese seria, não de crime contra a administração pública, mas de crime de estelionato contra o incauto que resolver pagar ao servidor pelo trabalho que ele lhe prestaria de qualquer forma, gratuitamente<sup>305</sup>.

Toda essa longa reflexão em torno do exemplo trazido por Greco, contudo, não deve ser tomada como um mero exercício de retórica. O que se pretendeu demonstrar com ela é como qualquer bem jurídico, coletivo ou individual, está sempre relacionado com a esfera de

<sup>303</sup> BRAITHWAITE, John e PETTIT, Philip. *Not just deserts: a republican theory of criminal justice*. New York: Oxford, 1998. p. 58.

<sup>304</sup> BRAITHWAITE, John e PETTIT, Philip. *Not just deserts: a republican theory of criminal justice*. New York: Oxford, 1998. p. 63-64.

<sup>305</sup> Nem se cogita, aqui, da hipótese do servidor fazer “corpo mole” para receber a gratificação indevida, pois, nesse caso, haveria corrupção mesmo.

existência de pessoas concretas, sejam elas tomadas isoladamente ou como um grupo de indivíduos indistinguíveis. É somente nesse sentido, aliás, que deve ser entendida a concepção pessoal do bem jurídico defendida na Alemanha por Hassemer<sup>306</sup> e que tem em Juarez Tavares<sup>307</sup> destacado defensor no Brasil. Realmente, parece-nos discutível que tais autores reduzam as hipóteses de bens jurídicos coletivos à mera reunião de bens jurídicos individuais<sup>308</sup>. No entanto, se uma conclusão como esta for correta, então não há razão nenhuma para não se abraçar a corrente dualista defendida por Greco, desde que com a ressalva expressa de que os bens jurídicos coletivos não reduzíveis a uma simples reunião de bens individuais sejam, também e necessariamente, expressão da “*própria condição de sujeito*”<sup>309</sup>.

<sup>306</sup> “Nessa discussão, deve-se de início insistir que um conceito pessoal de bem jurídico não nega a possibilidade de bens jurídicos da coletividade ou do Estado, mas que ele funcionaliza esses bens a partir da pessoa humana: somente pode aceitá-los como condição da possibilidade de servir a interesses dos seres humanos. Isso significa, por exemplo, que, nos delitos de falsificação de documentos, o bem jurídico não deve ser a segurança do tráfego jurídico (*Sicherheit des Rechtsverkehrs*), mas sim a soma dos que participam dessas relações jurídicas e que por isso estão interessados na integridade dos meios de prova; ou que, no Direito Penal ambiental, o bem jurídico não é o meio ambiente em si próprio, mas somente como meio necessário à vida e à saúde humanas” (HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 22)

<sup>307</sup> “(...) só poderá ser reconhecido como bem jurídico o que possa ser reduzido a um ente próprio da pessoa humana, quer dizer, para ser tomado como bem jurídico será preciso que determinado valor possa implicar, direta ou indiretamente, um interesse individual, independentemente de se esse interesse individual corresponde a uma pessoa determinada ou a um grupo de pessoas indistinguíveis. Por exemplo, a incolumidade pública, para assegurar sua qualidade de bem jurídico, não pode ser vista dentro do contexto da ordem pública, mas na de um estado de estabilidade da pessoa humana, sentida dentro de um grupo social ainda que indeterminado, em face de perigos para a sua vida, saúde e patrimônio das pessoas, ainda que não identificáveis, decorrentes de ações desenvolvidas naquelas atividades controladas. Se não se puderem reduzir os dados dessa atividade controlada a situações concretas de perigo ou de dano à vida, à saúde ou ao patrimônio de pessoas, não se estará diante de um bem jurídico, mas sim de uma verdadeira e simples função. O mesmo pode se dizer, por exemplo, do meio ambiente ou das relações de consumo” (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 217-218).

<sup>308</sup> Para Roxin, o reconhecimento da existência autônoma de bens jurídicos coletivos, tais como, “uma justiça que funciona, uma estrutura de funcionários públicos isenta de corrupção, uma moeda intacta, um sistema de tributos justo e um meio ambiente não destruído, (...) de maneira alguma” contradiz “o conceito pessoal de bem jurídico”, na medida em que todos esses trechos da realidade “têm importância essencial para as possibilidades de desenvolvimento do indivíduo na sociedade” (ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 196). De igual opinião, na literatura brasileira, Ana Elisa Liberatore Silva Bechara: “(...) o fato de os bens jurídicos supraindividuais serem complementares aos individuais, tal qual afirma amplo setor da doutrina, encontrando, por vezes, um referente tangível nos diversos interesses vitais dos sujeitos individualmente considerados, não gera a necessidade de que os tipos penais que materializam sua proteção se dirijam imediatamente ao indivíduo para definir sua estrutura, restando clara sua autonomia conceitual” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 2010. 315 f. Tese (Livre-Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 236).

<sup>309</sup> Conforme bem coloca Dulce Maria Santana Vega, “*más que clasificar los bienes jurídico-penales en individuales o supraindividuales, la cuestión central será la de determinar si todos ellos han de ser concebidos como atribuciones jurídicas derivadas de las funciones del Estado o de la conveniencia de la sociedad en la que el individuo es un instrumento de individualización de tales funciones o si, por el contrario, los bienes jurídico-penales se constituyen desde el punto de vista de la persona, considerando sólo legítimos aquellos*

Afirmar a existência de bens jurídicos coletivos autônomos, portanto, não significa que eles sejam desvinculados de pessoas concretas (de carne e osso)<sup>310</sup>, mas apenas que eles não dependem da prévia identificação de bens jurídicos individuais para, só em seguida, serem levados a uma dimensão coletiva, em razão do grande número de pessoas afetadas (ou afetáveis) pela conduta típica.

É o que se passa, por exemplo, com o bem jurídico coletivo *meio ambiente*. Apesar da resistência de alguns em reconhecê-lo como um fato digno de tratamento penal<sup>311</sup>, parece-nos que o meio ambiente é um trecho da realidade natural (fato bruto) que recebe o *status* de bem jurídico exatamente por sua estreita relação com a própria existência da pessoa humana. Ainda assim, não há como conceber o meio ambiente como a simples soma de inúmeros bens jurídicos individuais. Dito de outra forma, é claro que a relevância jurídico-penal desse bem só surge na medida em que sua preservação, nos dias atuais, é imprescindível para uma existência digna de toda a espécie humana. Contudo, a ninguém é dado gozar exclusivamente do meio ambiente sem que igual privilégio seja assegurado a todos os demais. Como verdadeiro bem jurídico coletivo, diria Hefendehl, o meio ambiente não pode ser atribuído, integral ou parcialmente, a apenas parte da sociedade<sup>312</sup>, quanto mais a um único indivíduo isolado.

É exatamente para identificar as hipóteses de bens jurídicos verdadeiramente coletivos, que alguns autores alemães, como Hefendehl, vem desenvolvendo critérios para distinguir aqueles trechos da realidade que só podem ser vinculados a um número indistinguível de pessoas e aqueles que “*não passam da soma de vários bens jurídicos individuais*”<sup>313</sup>. A distinção é importante em razão da tendência legislativa (respaldada por parte da doutrina) de criar falsos bens jurídicos coletivos, cuja afetação dispensaria a demonstração da lesão ou colocação em perigo dos bens jurídicos individuais. Assim, diante

---

*bienes jurídico-penales colectivos en la medida en que fueran funcionales para el individuo*” (Apud BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 2010. 315 f. Tese (Livre-Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 228, nota 60).

<sup>310</sup> O uso da expressão “pessoa de carne e osso” é defendido por Zaffaroni exatamente como estratégia para resisitir às tendências espiritualizadoras atualmente em voga: “*De allí que para preservar el principio del alterum non laedere de Aristóteles y Ulpiano, sea necesario precisar – quizá un poco exageradamente – que bienes jurídicos son sólo aquellos cuya lesión se concreta en ataques lesivos a una persona de carne y hueso*” (ZAFFARONI, E. Raúl. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2005. p. 129).

<sup>311</sup> Vide, nesse sentido: LOBATO, José Danilo Tavares. *Direito penal ambiental e seus fundamentos: parte geral*. Curitiba: Juruá, 2011.

<sup>312</sup> HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 67.

<sup>313</sup> GRECO. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 95.

dos inconvenientes envolvendo a demonstração da lesividade nos crimes de perigo abstrato, o legislador passou a substituir os bens jurídicos individuais por conceitos impassíveis de qualquer representação empírica, tais como: a saúde pública (nos crimes de tóxico), a segurança viária (nos crimes de trânsito) e as relações de consumo (nos crimes contra o consumidor). Como é intuitivo, essas abstrações não correspondem a fatos que existam no mundo real. Não existe uma saúde da coletividade, mas apenas a saúde de cada uma das pessoas que compõem a sociedade. O mesmo pode ser dito em relação à vida e à integridade física, bens que, no final das contas, são os afetados, em maior ou menor grau, nos delitos antes mencionados. No entanto, ao serem incluídas no mundo jurídico como se fossem verdadeiros bens jurídicos, tais abstrações terminam causando sérias transformações na estrutura do delito: onde antes exigia-se uma complexa construção teórica para determinar o vínculo entre a conduta típica e o bem jurídico, individual ou coletivo, afetado, agora, contenta-se com a simples afirmativa de que o aparente bem jurídico coletivo foi efetivamente lesionado pela mera prática da conduta típica<sup>314</sup>.

Para combater essa prática, Henfendehl, dentre outros, vem propondo dois critérios para identificar os verdadeiros bens jurídicos coletivos: o da *não exclusividade de seu gozo* e o da *não rivalidade de seu consumo*. Pelo primeiro deles, somente bens cujo gozo por uma pessoa não interfira no igual gozo por outras poderia ser considerado verdadeiramente coletivo. Pelo segundo critério, o da não rivalidade (ou da não distributividade), “*um bem seria considerado coletivo quando fosse conceitual, fática ou juridicamente impossível de dividi-lo em partes e adscrever cada uma delas a indivíduos diversos*”<sup>315</sup>.

Aplicando esses critérios na análise dos diversos tipos penais atualmente em vigor na Alemanha, Hefendehl acredita ser possível sistematizar os bens jurídicos verdadeiramente coletivos em três categorias. A primeira seria a categoria do bem jurídico de confiança (*Vertrauensrechtsgut*), que teria como exemplos a confiança na segurança da moeda e a

<sup>314</sup> Desta maneira, conclui com razão Greco, aqueles mesmos autores que tachavam de inconstitucionais os crimes de perigo abstrato, por reputá-los incompatíveis com o princípio da lesividade, acabam “*por legitimar, da mesma forma, a antecipação do direito penal. Só que no caso dos crimes de perigo abstrato antecipa-se a proibição; no bem jurídico coletivo, antecipa-se a própria lesão. E mais: como agora haveria verdadeira lesão, e não mais mero perigo abstrato pelo porte de entorpecentes (art. 16 da lei de tóxicos), desaparecem todos e quaisquer problemas de legitimidade. Afinal, o tal princípio da lesividade, que exige lesão (ou perigo concreto) a um bem jurídico, estaria atendido – com o que surgem dúvidas a respeito de se não demos uma grande volta para acabar em situação pior daquela da qual saímos. Pois ao menos os crimes de perigo abstrato tinham a virtude de não ocultar o fato de que o direito penal está realmente se antecipando. Já certos bens jurídicos coletivos resolvem tudo, acabam com todos os problemas, e é nisso, justamente, que está o maior problema*” (GRECO. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 93-94).

<sup>315</sup> HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 67.

confiança na incorruptibilidade do aparato de funcionários públicos. A segunda seria a dos bens jurídicos compostos de recursos consumíveis, como é o caso do meio ambiente. A terceira e última seria a categoria dos bens jurídicos para a proteção de condições estruturais do Estado, seja em relação à preservação de sua estrutura institucional (a administração da justiça, p. ex.), seja em relação à arrecadação dos recursos necessários para a realização de seus objetivos constitucionais (o sistema tributário, p. ex.)<sup>316</sup>.

Pois bem. Desde que não se perca de vista que todos esses trechos da realidade social só têm relevância em função da própria existência da pessoa humana, não vemos maiores problemas em reconhecer que, em termos estruturais (ou puramente típicos), os bens jurídicos coletivos têm existência autônoma. “*Uma justiça que funciona, uma estrutura de funcionários públicos isenta de corrupção, uma moeda intacta, um sistema de tributos justo e um meio ambiente não destruído*”, para usar exemplos de Roxin<sup>317</sup>, são trechos da realidade social sem os quais dificilmente se poderia exercitar, no mundo em que vivemos hoje, um agir comunicativo com vistas à formação de um consenso possível. A expressão desses trechos da realidade social por meio de bens jurídicos individuais seria praticamente impossível, a menos que se optasse por abrir mão de toda e qualquer sistematização e se passasse a classificar todos os delitos como crimes contra a pessoa. Ainda que uma solução como essa última aventada não fosse incorreta na sua essência, sua adoção dificultaria em muito a identificação de qual esfera da existência humana tomou o legislador por base ao incriminar essa ou aquela conduta. Por isso, preferimos acolher a diferenciação doutrinária entre bens jurídicos individuais e coletivos, inclusive como estratégia para identificar e rejeitar os chamados falsos bens jurídicos coletivos<sup>318</sup>.

---

<sup>316</sup> HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 68-69.

<sup>317</sup> Vide nota de rodapé 308, *supra*.

<sup>318</sup> Por meio do desmascaramento de falsos bens jurídicos coletivos, acredita-se ser possível colocar em xeque várias das incriminações atualmente em vigor. É o caso, por exemplo, do delito de posse de drogas para uso próprio. Não existindo uma saúde pública passível de afetação autônoma, mas apenas a saúde individual de cada pessoa que compõe a população de um país, há que se reconhecer que a conduta tipificada no art. 28, da Lei n° 11.343/06, “*não passa de uma mera autocolocação em perigo*”, cuja punição pelo Estado não passaria de um ato paternalista, vedado pelo princípio da ofensividade. Com essa opinião, e inclusive criticando o posicionamento em sentido contrário do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 90), que julgou constitucional a incriminação do porte de *cannabis* para uso próprio: O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 40-48.

### 4.3. Conceito de resultado

Na medida em que existe consenso na doutrina acerca da imprescindibilidade do desvalor da ação para a existência do ilícito penal, toda a discussão em torno do que seria o conteúdo mínimo de uma incriminação válida passa a girar, como já visto ao longo do primeiro capítulo, em torno da exigência, ou não, do concurso de um resultado desvalorado para a caracterização do injusto.

No entanto, muito embora a discussão sobre a prescindibilidade, ou não, do resultado seja o ponto de convergência de todas as atenções em matéria de injusto penal – ou talvez exatamente por isso –, o próprio conceito de resultado segue sendo uma questão em aberto na doutrina.

Conforme sistematizado por Lorenzo Copello em monografia dedicada ao tema<sup>319</sup>, há pelos menos três sentidos distintos atribuídos pela doutrina especializada ao termo: (i) resultado como simples manifestação externa da ação; (ii) resultado como exigência típica de uma consequência destacada da ação; e (iii) resultado como lesão ou colocação em perigo do bem jurídico vinculado à norma infringida.

O primeiro desses sentidos é o menos utilizado pela doutrina na atualidade, embora tenha sido largamente acolhido durante o período em que prevaleceu o modelo clássico do delito<sup>320</sup>. Naquela época, uma noção assim ampla de resultado tinha a especial função de preservar o princípio *nullum crimen nulla poena sine conducta* diante de tipos penais que se limitavam a descrever a ação proibida, sem especificar nenhum resultado dela destacado. É que, como o conceito causalista de ação pressupunha a ocorrência de um resultado, os autores da época encontraram nessa construção teórica a solução para afirmar que o poder punitivo só pode intervir a partir do momento em que há uma ação exteriorizada<sup>321</sup>. Com o declínio do modelo causal de ação, contudo, esse sentido atribuído ao termo resultado foi perdendo força, a ponto de, hoje, ser praticamente consenso entre os autores que o mero movimento corporal não pode ser considerado, por si só, uma forma de resultado<sup>322</sup>.

<sup>319</sup> LAURENZO COPELLO, Patrícia. *El resultado en derecho penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

<sup>320</sup> Nesse sentido: TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 132. Um dos principais representantes da escola clássica no Brasil, Anibal Bruno era explícito quanto ao emprego do termo resultado nesse sentido específico: “*Formais são aqueles [delitos] em que não há pretender destacar do comportamento do sujeito um resultado a ser tomado em consideração pelo Direito, o que acontece é que com a própria atividade realiza-se o resultado, o que tinha de ocorrer ocorreu. Por isso os autores alemães preferem chamá-los de crimes de simples atividade*” (BRUNO, Anibal. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. II: Fato Punível. p. 221-222).

<sup>321</sup> LAURENZO COPELLO, Patrícia. *El resultado en derecho penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999. p. 19.

<sup>322</sup> Categórica neste ponto: VARGAS PINTO, Tatiana. *Delitos de peligro abstracto y resultado: determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2007. p. 163. Todavia, é possível

O segundo sentido de resultado é o que tem maior relevância prática e, ao lado do terceiro, encontra ampla acolhida na doutrina atual. Visto como efeito típico separável da ação, este conceito de resultado serve como critério para distinguir os tipos penais em “crimes de resultado” e “crimes de mera atividade”, classificação esta que tem repercussão em vários pontos da teoria do delito. De início, costuma-se dizer que somente nos delitos de resultado se exigiria a presença do nexos de causalidade (e da imputação objetiva) para o aperfeiçoamento da figura típica. Quanto às etapas da realização do delito, parte dos autores sustenta que só admitiriam tentativa os delitos de resultado, enquanto que os de mera atividade já se consumariam com a simples prática da ação típica, razão pela qual, inclusive, muitos acreditam que não seria possível haver desistência voluntária nestes casos. A prévia classificação de um delito como de resultado ou de simples atividade também interfere no tratamento que será dispensado aos delitos culposos e omissivos, vez que, no primeiro caso, crimes culposos de resultado só serão puníveis se o resultado típico destacado da ação vier efetivamente a ocorrer, e, no segundo caso, só se costuma admitir a comissão por omissão de delitos de resultado. Por fim, a distinção entre crimes de resultado e de mera atividade traz efeitos também para o tratamento dos delitos de perigo, eis que, de forma geral, se diz que os crimes de perigo concreto seriam modalidade de delitos de resultado, enquanto que os crimes de perigo abstrato funcionariam como espécie de delitos de mera atividade<sup>323</sup>.

O terceiro e último sentido de resultado corresponde à idéia de afetação, lesiva ou perigosa, do bem jurídico vinculado ao tipo. Assim, quando se fala em “desvalor do resultado”, em geral, não se está fazendo referência a um efeito da ação exigido pelo tipo para a consumação delitiva, mas sim à afetação do bem jurídico decorrente da realização típica, seja ela conseqüência da simples prática da conduta ou produto de algum efeito externo dela destacado. Uma vez que a maior parte da doutrina trabalha com a idéia de que cumpre ao direito penal a proteção, subsidiária, de bens jurídicos, é compreensível que se tenha disseminado amplamente a assertiva de que não existem crimes sem resultado (neste sentido valorativo), vez que, mesmo nos delitos de mera atividade, se exigiria a afetação do bem jurídico para o aperfeiçoamento do injusto<sup>324</sup>. Não é por outro motivo, aliás, que a quase

---

identificar alguns autores que ainda hoje trabalham com essa idéia de resultado, mesmo que de forma não exclusiva, dentre eles: JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução para o espanhol de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 201-205. Menos atual, mas igualmente posterior ao paradigma causalista: BAUMANN, Jürgen. *Derecho Penal: conceptos fundamentales y sistema*. Tradução para o espanhol de Conrado Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1973. p. 87.

<sup>323</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 20-28.

<sup>324</sup> O debate envolvendo a possibilidade, ou não, de haver crime sem resultado rendeu muita discussão no Brasil em meados do século passado. Em termos bastante resumidos, pode-se dizer que os autores dividiam-se em duas



totalidade dos autores usa a distinção entre crimes de dano e crime de perigo, baseada exatamente no grau de afetação do bem jurídico, para classificar todos os tipos penais existentes (de resultado ou de mera atividade), numa clara demonstração de que não há, de fato, crime sem “desvalor do resultado”<sup>325</sup>.

A tendência atual, portanto, é de fazer uso paralelo dos dois últimos conceitos de resultado: “*uno de carácter marcadamente valorativo al que se asigna un función en la fundamentación de lo injusto y otro predominantemente técnico o instrumental, que hace referencia a un elemento de determinada clase de delitos (los delitos de ‘resultado’)*”. Lorenzo Copello, no entanto, coloca em questão a necessidade e a pertinência dessa duplicação do conceito de resultado. Ainda que à primeira vista a confusão pudesse ser reduzida a uma mera questão terminológica, a autora acredita que a mera alteração da denominação de algum dos dois conceitos não seria suficiente para superar todos os complexos problemas doutrinários envolvidos na questão. É que essa distinção categórica entre os dois sentidos de resultado com a qual trabalha a doutrina majoritária muitas vezes se dissolve quando se passa à análise dos diversos institutos que compõem o sistema jurídico-penal. Realmente, em alguns pontos da teoria do delito, a distinção que se colocou clara em termos gerais acaba se afrouxando, ao ponto de já não se saber ao certo se se está falando de um resultado no sentido típico, estrutural, ou de um resultado como elemento confundente do injusto. Para demonstrar que isso de fato acontece, a catedrática da Universidade de Málaga propõe uma revisão do conceito de resultado a partir das duas perspectivas que dão sustentação a essa duplicidade: “*el papel del resultado en la fundamentación de lo injusto (el desvalor del resultado) y su función en la estructura de los tipos penales (el resultado típico)*”<sup>326</sup>.

Da primeira perspectiva já cuidamos no primeiro capítulo, quando tratamos das correntes monistas e dualistas acerca do injusto penal. Para os seguidores da corrente monista-subjetiva, a duplicação do conceito de resultado simplesmente não existe, uma vez que não

---

correntes: a dos naturalistas e a dos normativistas. Enquanto os primeiros defendiam que o termo resultado só deveria ser usado para descrever o fenômeno natural destacado da ação previsto em alguns tipos penais, os segundos acreditavam que a própria violação da norma jurídica já poderia ser considerada um resultado (jurídico), independentemente de qualquer efeito naturalístico, de modo que, mesmo nos delitos de mera atividade, seria possível falar na ocorrência de um resultado jurídico. A questão, no fundo, resumia-se a uma divergência terminológica, já que ambas as correntes concordavam que alguns tipos penais não exigiam a ocorrência de um resultado naturalístico destacado da conduta e que, mesmo nestes casos, a ação teria repercussão jurídica. A única discrepância era se essa repercussão deveria, ou não, ser denominada de resultado. Acerca deste debate específico, vide: PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta*. 2. ed. São Paulo: RT, 1968; e LUNA, Everardo da Cunha. *O resultado no direito penal*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

<sup>325</sup> LAURENZO COPELLO, Patrícia. *El resultado en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 29-31.

<sup>326</sup> LAURENZO COPELLO, Patrícia. *El resultado en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 31-34.

admitem a concorrência do desvalor do resultado na formação do injusto. Segundo essa concepção, a afetação do bem jurídico funciona apenas como motivo do legislador para decidir acerca da incriminação de determinada conduta, não fazendo parte da estrutura do injusto, que se esgota na norma de determinação. Isso ficaria claro no caso dos delitos de mera atividade, que são vistos pelos subjetivistas como verdadeiros paradigmas para a produção legislativa. Ainda assim, a corrente monista-subjetiva não pode abrir mão por completo do conceito de resultado, eis que, de fato, alguns tipos penais (os de resultado) conferem relevância para as conseqüências causais da ação. Tal resultado típico, repita-se, em nada se confunde com o desvalor do resultado, que é simplesmente rechaçado por esse grupo de autores. O resultado típico funcionaria, tão somente, como um critério político-criminal de avaliação da necessidade de pena, ou seja, uma condição objetiva para a maior ou menor punibilidade de determinadas ações. Seja como for, é possível concluir que, partindo de uma concepção de injusto puramente subjetiva, somente o resultado típico (estrutural) apresenta alguma (ainda que pequena) relevância dogmática, não havendo maiores riscos de confundi-lo com o desvalor do resultado.

A situação se inverte quanto se parte de uma concepção dualista do injusto. Neste caso, não são os crimes de resultado que trazem perplexidade para o intérprete, mas sim os de mera atividade, onde nenhuma conseqüência externa, destacável da conduta, é exigida. É que, uma vez que se tome o desvalor do resultado como elemento constitutivo do injusto, parece problemático admitir a existência de crimes sem resultado, a menos que o resultado que é objeto do juízo de desvalor (obrigatório para todo e qualquer delito) seja diverso daquele prescindido pelo legislador nos crimes de mera atividade. É exatamente aí que entra em cena a duplicação do conceito de resultado. Para garantir a sobrevivência dos delitos de mera conduta, mesmo que adotada uma concepção objetivista do injusto, a doutrina foi promovendo, ao longo do tempo, um progressivo distanciamento entre o resultado como afetação danosa ou perigosa para o bem jurídico e o resultado como efeito causal da ação exigido pelo tipo. Para compreender como se deu esse distanciamento, até que se chegasse a uma completa separação entre resultado típico e desvalor do resultado, no entanto, é preciso dedicar um pouco de atenção às transformações que a função do resultado na estrutura do tipo penal foi sofrendo ao longo do tempo.

O embate travado entre Franz von Liszt e Karl Binding na segunda metade do século XIX, e que ficou conhecido como a “luta das escolas”, pode ser tomado como ponto de partida para a compreensão dessas transformações. Liszt definia o bem jurídico como “interesse juridicamente protegido” e, como tal, impassível de sofrer qualquer perturbação

sensível. No entanto, como não admitia a possibilidade de crimes sem violação do bem jurídico, este autor desenvolveu o conceito de “objeto da ação” para designar exatamente aqueles dados do mundo físico que, dando corpo aos interesses juridicamente protegidos, sofreriam os efeitos da ação e representariam a afetação do bem jurídico<sup>327</sup>. O objeto da ação, portanto, além de estar presente em todo e qualquer tipo penal, apresentava uma dupla característica: de um lado, pertencia ao mundo sensível, de outro, mantinha vínculos diretos com o bem jurídico.

Binding, de outro lado, partia de uma concepção de bem jurídico diversa. Para ele bem jurídico não seria um ente ideal, impassível de sofrer alterações causais, de modo a necessitar de um objeto físico que sirva de ponte entre ele e a ação perturbadora. Segundo sua definição, bem jurídico é *“todo aquello que, en si mismo, no es un derecho pero que, según el legislador, tiene valor como condición de una vida sana de la comunidad jurídica, en cuya conformación inmodificada y sin perturbaciones tiene, según su opinión, un interés”*<sup>328</sup>. Bem jurídico para Binding, por tanto, pode ser uma pessoa, uma coisa, qualidades destas ou mesmo uma situação fática que, a partir do ponto de vista do legislador, tem valor para a comunidade jurídica, mas que não deve ser confundida com o próprio juízo de valor em si mesmo. Desta forma, uma das poucas restrições que o autor impunha à atividade incriminadora do legislador é que escolhesse como bem jurídico (qualquer que fosse ele) algo que pudesse ser objeto de modificação causal. Afinal, o que não pode ser lesionado ou destruído por uma ação não precisa ser protegido pelo direito penal<sup>329</sup>.

Embora as concepções originais de Liszt e Binding não tenham seguidores fiéis na atualidade, Lorenzo Copello vê nelas os rudimentos de duas importantes linhas seguidas pela doutrina na hora de definir o resultado em sentido estrutural ou típico: um que o identifica com o efeito sobre o objeto da ação, mantendo o vínculo direto entre este último e o bem jurídico, tal como proposto por Liszt; e outro que o define como o efeito sobre o próprio bem jurídico protegido, conforme sugerido inicialmente por Binding<sup>330</sup>.

A primeira linha é tributária de Liszt, mas dele se desvincula, na medida em que já não restringe o objeto da ação a dados do mundo físico, perceptíveis pelos sentidos, satisfazendo-se com que figurem como dados da realidade externa em que se concreta o bem jurídico,

<sup>327</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003. 2 t. T. I. p. 237.

<sup>328</sup> BINDING, Karl. *Apud* KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Tradução para o espanhol de Henrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1977. p. 14.

<sup>329</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. pp. 89-90.

<sup>330</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 63.

sejam esses dados tangíveis ou intangíveis<sup>331</sup>. Desta forma, acredita-se ser possível explicar como o bem jurídico honra, por exemplo, é afetado pela conduta tipificada no delito de injúria. Neste caso, o objeto da ação seria um dado imaterial da realidade social – o prestígio do sujeito injuriado –, objeto este que seria propriamente lesado com a recepção da mensagem injuriosa por terceiros ou pela vítima, afetando, assim, por via transversa, sua honra. Segundo acredita Lorenzo Copello, caso se mantivesse a exigência lizztiana de necessária corporificação do bem jurídico num objeto físico, então já *“no sería posible encontrar un ‘resultado’ en el delito de injurias, pues incluso concediendo al injuriado el carácter de objeto de la acción, faltaría la transformación física del mismo para afirmar que estamos ante un resultado”*<sup>332</sup>. Essa diferença quanto à natureza tangível ou intangível do objeto sobre o qual recaem os efeitos da ação, no entanto, não descaracteriza, na opinião da autora espanhola, aquilo que é mais importante na concepção de von Liszt, ou seja, o necessário vínculo que deve existir entre objeto da ação e bem jurídico. É exatamente a permanência desse vínculo, aliás, que permite à autora concluir que, uma vez identificado o objeto da ação com o substrato do bem jurídico, já não é mais possível defender uma separação rigorosa entre resultado típico e desvalor do resultado:

“Sin duda se trata de una conclusión perfectamente coherente con los puntos de partida ya mencionados, pues si se parte de la idea de que los bienes jurídicos son ‘valores ideales’ sustraídos del

---

<sup>331</sup> Assim, expressamente, Jescheck: *“el objeto real sobre el que se lleva a cabo la acción típica se denomina objeto material de la acción (o del ataque). El objeto material puede aparecer de diferentes formas: como unidad psíquico-coporal (cuerpo o vida de una persona), como valor social (fama o crédito del injuriado), como valor económico (patrimonio), como cosa (pieza de caza) o como una situación real (utilidad de un objeto). El bien jurídico y el objeto material están relacionados como la idea y su manifestación, pero conceptualmente no deben confundirse. El injusto del resultado del hecho reside en el menoscabo real del objeto material. Por el contrario, el bien jurídico como valor ideal que está sustraído a la intervención del autor puede, ciertamente, ser despreciado y también atacado en su materialización a través del objeto de la acción pero, en realidad, nunca puede ser ‘lesionado’”* (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed., cor. e amp. por Thomas Weigend. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Colmares, 2002. p. 277-278). Essa tendência da doutrina, segundo Juarez Tavares, remonta às teses de cátedra de Jäger e Roxin, que *“apesar de trabalharem com a exigência de substancialidade no conceito de bem jurídico, (...) não o vincularam, necessariamente, à condição de objeto sensível, quer dizer, não o condicionaram a uma coisa somente cognoscível pelos sentidos, mas, sim, a um dado real, da vida material ou espiritual, capaz de ser lesado por uma conduta humana”* (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 219). De fato, Roxin é expresso ao advertir que *“los bienes jurídicos no tienen por qué tener realidad material. La disponibilidad sobre las cosas que garantiza la propiedad o la libertad de actuación que protege la prohibición de las coacciones no son objetos físicos, pero sin embargo son parte de la realidad empírica. También son bienes jurídicos los derechos humanos y los derechos fundamentales, como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia o la libertad de culto. Del mismo modo, tampoco son objetos físicos las instituciones estatales, como la Administración de justicia o el sistema monetario u otros bienes jurídicos de la comunidad, pero sí son realidades necesarias para la vida, cuya lesión puede perjudicar de forma duradera la capacidad de prestación de la sociedad y la vida de los ciudadanos”* (ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?* In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 447-448).

<sup>332</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 71-72.

ámbito de la causalidad y, en consecuencia, no susceptibles de perturbación a través de acciones individuales, no es posible centrar el desvalor de resultado en la lesión o peligro de los mismos y si, a pesar de ello, se quiere mantener una concepción dualista de lo injusto, es lógico que se recurra a algún otro elemento que de algún modo permita conectar los bienes jurídicos con la acción delictiva. Se llega así, al igual que en la formulación inicial de Liszt, al ‘objeto de la acción’ que no es sino el ‘substrato’ del bien jurídico, es decir, aquel fenómeno del mundo natural o de la vida social en el que se concreta el objeto de tutela penal y que, como tal fenómeno de la ‘realidad’, puede ser alcanzado y perturbado por acciones individuales. Por eso, en este contexto, el desvalor de resultado no consiste en la perturbación del bien jurídico, sino de aquello en lo que éste se concreta. Y dado que ese elemento es el objeto sobre el que recae el efecto causal de la acción, se llega a un punto en el que desvalor de resultado y resultado típico parecen coincidir. Si al desvalor de resultado se le quiere conceder cierta autonomía respecto al desvalor de acción o, si a su vez, se lo define como el efecto de la acción sobre una parcela de la ‘realidad’ en la que se concreta el bien jurídico, parece que su contenido no puede sino coincidir con el del ‘resultado típico’, pues allí donde no sea posible distinguir la acción de su efecto faltará la base misma sobre la que se asienta el desvalor de resultado”<sup>333</sup>.

Alguns autores tentarão fugir dessa conclusão argumentando que, mesmo que se reconheça a identidade material entre o objeto da ação e o substrato do bem jurídico, subsiste uma diferença fundamental entre resultado típico e desvalor do resultado a justificar a separação dos conceitos. É que, para haver resultado típico, seria necessário existir um lapso espaço-temporal entre a conduta e a perturbação do objeto material sobre o qual se concreta o bem jurídico, enquanto que o desvalor do resultado existiria ainda que a ação e a perturbação do objeto material fossem contemporâneas<sup>334</sup>.

Para Lorenzo Copello, contudo, essa linha argumentativa não convence. Ora, se é a perturbação do objeto da ação (ou do substrato do bem jurídico, tanto faz por enquanto) o que conecta o mundo ideal dos bens jurídicos com o mundo real das ações humanas, parece inegável que aquele efeito perturbador exigido pelo desvalor do resultado é uma conseqüência causal da conduta, esteja ela prevista expressamente no tipo penal, ou não. E, sendo assim, uma vez que se reconhece a afetação do substrato do bem jurídico como efeito da ação, é óbvio que entre um e outro existe um lapso “*al menos temporal – aunque sea imperceptible – , (...) pues la pura lógica indica que el efecto siempre sigue a la causa y no la precede ni surge con ella*”. Com isso, acredita a autora, fica claro que a completa separação entre resultado típico e desvalor de resultado pretendida pela doutrina, ao menos se seguida a linha inaugurada por Liszt, não se sustenta. Na verdade, os conceitos referem-se “*a un único fenómeno, aunque, eso si, desde dos perspectivas distintas: una vinculada a la fundamentación de lo injusto y otra, a la estructura de los tipos penales*”<sup>335</sup>.

A segunda linha seguida pela doutrina para a definição do resultado em sentido estrutural ou típico é aquela inspirada nas idéias de Binding e que o enxerga, desde já, como a afetação do próprio bem jurídico, dispensado qualquer objeto intermediário que o concretize.

<sup>333</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 73-74.

<sup>334</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 74-75.

<sup>335</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 75-76.

Welzel seria o principal representante dessa corrente. Para o fundador da teoria finalista do delito, bem jurídico “*es todo estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones*”. Assim entendido, o bem jurídico pode se apresentar na forma de um objeto psicofísico (a vida) ou espiritual-ideal (a honra), de um estado real (a intimidade do lar), de uma relação vital (o matrimônio ou o parentesco), de uma relação jurídica (a propriedade), da conduta de um terceiro (proibidade do funcionário público). Seja qual for a forma que assuma, no entanto, o importante é saber que o bem jurídico consiste sempre em aspectos reais da vida social suscetíveis de modificação por condutas humanas. Assim, ainda que Welzel fizesse menção a um “*objeto material*” em sua obra, para referir-se às coisas ou pessoas sobre as quais pode recair a conduta típica, este conceito não tinha para ele a função de representar o bem jurídico, o qual possui sempre uma existência autônoma. Muitas vezes, dizia Welzel, não haverá qualquer relação entre o objeto material e o bem jurídico afetado pela ação, como seria o caso, por exemplo, do delito de falso documental, onde a “*segurança do tráfego jurídico*” (bem jurídico) em nada se confunde com o documento alterado (objeto material)<sup>336</sup>. Tanto um quanto outro objeto, neste caso, seria afetado pela ação típica, mas em termos jurídico-penais a alteração que realmente interessa é aquela que ocorre sobre o bem jurídico, de modo que resultado típico e desvalor do resultado só podem referir-se a um único fenômeno: a afetação da segurança do tráfego jurídico. Tanto assim que Welzel admitirá expressamente a existência de tipos de injusto formados apenas pelo desvalor da ação, tal como seria o caso dos crimes tentados e dos crimes de mera atividade.

Na medida em que parte de um conceito peculiar de injusto pessoal, Welzel não encontra maiores inconvenientes em, primeiro, identificar resultado típico com desvalor do resultado, e depois, dispensar a ocorrência de ambos em determinadas ocasiões, admitindo, inclusive, a existência de injusto independentemente de qualquer afetação a bens jurídicos<sup>337</sup>. No entanto, para aqueles que partem de uma concepção dualista rigorosa do injusto, tal como defendemos, seguir nessa linha pode, sim, levar a um problema de difícil solução.

Para a maior parte da doutrina, contudo, que segue um dualismo *soft* ou moderado do injusto, o problema da legitimação dos crimes de mera atividade é solucionado de outra forma, qual seja, promovendo-se a rigorosa separação entre os conceitos de resultado típico e desvalor do resultado. Essa terceira vertente doutrinária segue caminhos distintos daqueles

<sup>336</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán: parte general*. 11. ed. Tradução para o espanhol de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 15.

<sup>337</sup> “*En algunos casos es punible la mera acción como tal, en los casos que el acto como tal es impuro o reprochable desde un punto de vista ético-social. P. ej., en el incesto (§ 173), esto es, en los delitos de mero acto*” (WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán: parte general*. 11. ed. Tradução para o espanhol de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 94).

inaugurados por von Liszt e Binding, e define o resultado típico simplesmente como “*efeito separável da ação*”. Com isso, pretende-se restringir a análise do conteúdo do resultado típico ao plano essencialmente fático, seja ele tangível ou não, enquanto que toda análise valorativa do conteúdo do injusto ficaria restrita ao âmbito do desvalor do resultado.

O ponto de partida comum para os autores que compartilham dessa definição de resultado típico é a convicção de que ele não pode ser identificado com a lesão ou colocação em perigo do bem jurídico (desvalor do resultado), pois esse último resultado estaria presente também nos crimes de mera conduta, ainda que nenhum efeito causal, destacado da ação, seja exigido pelo tipo penal<sup>338</sup>. Isto não quer dizer que esses autores neguem que, eventualmente, possa até existir certa relação entre resultado típico e bem jurídico, tal como ocorre em alguns crimes de resultado, como o homicídio, por exemplo. No entanto, essa relação, que nas correntes anteriores era vista como essencial, adquire aqui um caráter secundário e, até mesmo, dispensável. Nos crimes de mera atividade, por exemplo, costuma-se dizer que não há resultado destacado da ação, e, ainda assim, há afetação danosa (como seria o caso do crime de injúria) ou perigosa (como costuma ocorrer nos crimes contra a fé pública) do bem jurídico. O inverso também pode ocorrer, ou seja, alguns tipos legais podem exigir a ocorrência de efeitos destacados da ação que, à primeira vista, nada representam em termo de afetação do bem jurídico (os chamados “resultados neutros”). Seria o caso do delito de incêndio (art. 250, do Código Penal), onde o objeto incendiado (objeto da ação), via de regra, não tem qualquer relação com o bem jurídico ou seu substrato (a vida, a integridade física ou o patrimônio de um numero indeterminado de pessoas). Em resumo, seria a preservação da independência daqueles dois níveis de análise (fático e valorativo) o que permitiria, segundo os partidários dessa vertente, manter uma clara distinção entre resultado típico e desvalor do resultado. E a partir daí, já não há mais como deixar de distinguir, rigorosamente, entre *objeto da ação* e *substrato do bem jurídico*, rompendo-se o vínculo lógico inicialmente estabelecido por Liszt entre os dois conceitos<sup>339</sup>.

---

<sup>338</sup> Representativa dessa corrente majoritária é a lição de Jescheck: “*El resultado típico debe distinguirse del menoscabo del bien jurídico protegido. El primero supone la lesión o puesta en peligro del objeto material separable de la acción en una dimensión espacial y temporal, mientras que la lesión del bien jurídico afecta a la relación de la acción típica con la pretensión de respecto que posee el valor protegido por la disposición penal. También los delitos de actividad contienen, pues, una lesión del bien jurídico*” (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed., cor. e amp. por Thomas Weigend. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Colmares, 2002. p. 282).

<sup>339</sup> Categórico quanto a isso, Luiz Regis Prado: “*Impõe reconhecer então que nem todo bem jurídico tem um suporte corpóreo ou material que possa ser equiparado ao objeto da ação ou do fato. Quando o bem jurídico se apresenta como valor (objetivado), ainda que conectado com a realidade social, o objeto da ação pode ser incorpóreo. A conduta delitativa pode recair também sobre um objeto que não seja exatamente o seu suporte material. Vale dizer: o substrato do bem jurídico não coincide com o objeto sobre o qual é produzido o*

Assim, uma vez que a análise da afetação do bem jurídico não depende nem se confunde com os elementos fáticos que compõem o tipo penal, não há qualquer problema de legitimidade envolvendo os crimes que se esgotam na mera realização da conduta. Afinal, do fato de que o tipo penal não exige qualquer “*efeito separável da ação*” não decorre nenhuma conclusão acerca da existência (ou do grau) de afetação do bem jurídico. Uma vez adotadas tais premissas, é possível pensar em todas as combinações possíveis: crimes de resultado e de lesão (p. ex., o homicídio); crimes de resultado e de perigo (p. ex., a periclitização à vida ou à saúde); de simples atividade e de lesão (p. ex., a injúria e a violação de domicílio); e de simples atividade e de perigo (p. ex., a embriaguez ao volante e o porte ilegal de armas).

Conforme percebido por Lorenzo Copello, entretanto, mesmo para essa corrente, a completa separação entre os dois conceitos de resultado (resultado típico e desvalor do resultado) nem sempre se mantém de forma rigorosa. Quando se classifica um delito como sendo de perigo, a princípio, se está fazendo referência ao grau de afetação do bem jurídico a ele vinculado. A efetiva ocorrência de um efeito separável da ação deveria ser irrelevante para essa classificação. Nada obstante, a doutrina é praticamente pacífica em distinguir os crimes de perigo concreto dos crimes de perigo abstrato de acordo com grau de proximidade do bem jurídico em relação ao raio de alcance da ação perigosa: nos crimes de perigo concreto, um objeto determinado tem que entrar no raio de interferência da ação perigosa, de modo a criar-se a situação (resultado) de perigo destacável da ação; já nos crimes de perigo abstrato esse ingresso de um objeto específico no raio da ação perigosa é dispensado. Exatamente por isso, aliás, muitos autores defendem haver uma relação necessária dos delitos de perigo concreto com os delitos de resultado, de um lado, e dos delitos de perigo abstrato com os delitos de mera atividade, de outro. Agora, se essa relação de fato existe, então parece pertinente indagar se a completa separação entre os dois níveis de análise (fático e valorativo) defendida para os delitos de resultado aplica-se também, com igual rigor, para os delitos de perigo, indagação esta que, na opinião de Lorenzo Copello, só pode receber resposta negativa:

“Del análisis que se ha efectuado respecto a la estructura de los delitos de peligro se deduce, sin embargo, que en este ámbito las alternativas antedichas no parecen funcionar. Por el contrario, se llega a la conclusión, sin duda con razón, que los delitos de peligro concreto siempre son delitos de ‘resultado’ y, lo que es más importante, dicho resultado coincide aquí plenamente con el elemento que sirve de base al ‘desvalor de resultado’: la puesta en peligro de un bien jurídico determinado. En el ámbito de los delitos de peligro abstracto también se percibe una tendencia a establecer una relación necesaria, esta vez, con la estructura de la simple actividad. Ello parece responder, una vez más, a la puesta en relación directa del

---

*resultado (objeto da ação ou do fato). Daí a diferenciação entre bem jurídico, objeto material do bem jurídico e objeto da ação*” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 8. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 248).



resultado estructural con el bien jurídico: dado que el perfeccionamiento de estos delitos no se supedita a la efectiva lesión o puesta en peligro de un bien determinado, se concluye que es suficiente con la realización de la acción peligrosa, de donde se deduce que se trata de tipos de ‘simple actividad’.

De todo esto se sigue que en el ámbito de los delitos de peligro, resultado estructural y desvalor de resultado no parecen basarse en realidades distintas. Respecto a los de peligro concreto ya se ha visto cómo coinciden. Por lo que se refiere a los de peligro abstracto, es sugestivo que esa falta de un resultado de peligro (en sentido estructural) dé lugar al cuestionamiento de la legitimidad de esta clase de delitos, lo que se traduce en propuestas de lege ferenda o interpretaciones restrictivas de lege lata<sup>340</sup>.

Diante dessa conclusão, com a qual concordamos inteiramente, o que se percebe é que a questão da definição do resultado jurídico penalmente relevante continua em aberto. Apesar de todos os esforços doutrinários no sentido de separar rigorosamente resultado típico e desvalor do resultado, o vínculo intrínseco entre esses dois conceitos, cedo ou tarde, acaba aflorando, e isso porque, conforme bem percebido por Lorenzo Copello, no fundo, ambos referem-se a um único fenômeno – a perturbação do bem jurídico –, ainda que analisado sob perspectivas distintas: enquanto o desvalor do resultado refere-se ao papel da perturbação do bem jurídico na fundamentação do injusto, o resultado típico enfoca esse mesmo fenômeno desde o ponto de vista da estrutura dos tipos penais. Assumir esse vínculo desde logo, no próprio conceito de bem jurídico, parece àquela autora ser a melhor alternativa para não se acabar desvirtuando do paradigma dualista que toma como ponto de partida<sup>341</sup>. Deste modo, entendendo o bem jurídico como “*aspecto da realidade social suscetível de lesão através de ações individuais*” e assumindo uma concepção de injusto pessoal onde o desvalor do resultado joga um papel relevante<sup>342</sup>, Lorenzo Copello acredita ser possível harmonizar essas duas perspectivas em torno de um conceito único de resultado jurídico-penal<sup>343</sup>.

<sup>340</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. pp. 125-126.

<sup>341</sup> Segundo Lorenzo Copello, concepções de bem jurídico que o excluam do mundo da causalidade, tomando-o como verdadeiro ente ideal, seriam incompatíveis com um modelo dualista do injusto na medida em que acabam equiparando o objeto de proteção do direito penal aos valores sociais vigentes e estes não precisam de nada além da simples vontade contrária à norma para serem violados. Assim, “*si la lesión del bien jurídico así concebido se hace residir en la voluntad del sujeto actuante, ello quiere decir, traducido al contexto de lo injusto, que dicho fenómeno se produce íntegramente con la sola exteriorización de la voluntad, esto es, con la acción: La lesión del bien jurídico se convierte así en un elemento constitutivo del ‘desvalor de acción’ y no del resultado*” (LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 153).

<sup>342</sup> Conforme já visto no primeiro capítulo, das diferentes interpretações que foram dadas pela doutrina para o conceito de injusto pessoal cunhado por Welzel surgiram correntes antagônicas, uma defendendo a total irrelevância do desvalor do resultado para a constituição do injusto (monismo-subjetivo) e outra defendendo a importância do desvalor do resultado ao menos para a caracterização do delito na sua forma consumada (dualismo moderado). Assim, para explicitar qual a leitura que empresta à obra de Welzel, Lorenzo Copello faz questão de consignar que o modelo de injusto por ela adotado é o de um injusto pessoal com relevância para o desvalor do resultado. Especificamente sobre esse ponto, vide: LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 158.

<sup>343</sup> Vem seguindo essa mesma trilha na doutrina alemã recente, HEFENDEHL: “*(...) a circunstância de que um bem jurídico ou as propriedades valiosas nele contidas possam ser lesionados abre a possibilidade de submeter*

Logo de cara, afirma a autora, para não deixar dúvidas quanto ao rigor de suas premissas, que: “*allí donde no exista un ‘resultado típico’ tampoco habrá ‘desvalor de resultado’*”. E isso, segundo ela, vale para todos os modelos de delito, seja ele de resultado ou de mera atividade; de lesão ou de perigo. Na verdade, a própria divisão das classificações doutrinárias, em função do resultado típico (crime de resultado x crime de mera conduta) e do desvalor do resultado (crime de lesão x crime de perigo), perde muito do seu sentido na medida em que se rejeita a duplicação do conceito de resultado. Em seu lugar, defende Laurenzo Copello o uso de uma classificação única, que distinga os delitos entre crimes de lesão, de perigo concreto ou de perigo abstrato, conforme o grau de afetação do bem jurídico. Ainda segundo a autora, a distinção entre crimes de resultado e de mera atividade deixa de ter interesse prático, na medida em que todos os tipos penais passam a exigir um resultado típico, assim entendido como o “*efecto de la acción típica sobre el bien jurídico protegido*”<sup>344</sup>. Para comprovar essa alegação, Laurenzo Copello encerra sua obra com uma breve revisão dos delitos tradicionalmente denominados pela doutrina como de mera atividade, ou seja, aqueles cujos tipos penais não descrevem de forma explícita efeitos destacados da ação.

De acordo com Laurenzo Copello, a doutrina costuma classificar como delitos de mera atividade aqueles tipos penais vinculados a bens jurídicos imateriais. A lógica utilizada é simples: se estes bens jurídicos não se materializam em objetos corpóreos, sua afetação também não pode traduzir-se em uma alteração do mundo perceptível pelos sentidos e, logo, atribuível à ação com base em uma relação de causalidade. Um exemplo recorrente para demonstrar a pertinência desse raciocínio é o delito de injúria. Sendo a honra um bem jurídico imaterial, a princípio, nenhuma transformação do mundo externo separável da ação seria necessária ou suficiente para afetá-lo. Tal afetação, como já visto, se daria com base em critérios normativos que em nada se confundem com os efeitos sobre o objeto da ação de que trata o resultado típico; sua verificação estaria, pois, reservada ao juízo de desvalor do resultado. O crime de injúria seria, assim, o perfeito exemplo de um delito de mera atividade (no que diz respeito ao resultado típico) e de lesão (no que pertence ao desvalor do resultado). No entanto, pondera a autora que não é dessa forma que boa parte da doutrina costuma tratar desse delito. Com efeito, não são poucos os autores, inclusive no Brasil, que defendem que o

---

*não apenas o objeto da ação, mas já o próprio bem jurídico às leis causais. Os dois conceitos não possuem, assim, natureza distinta, o que permite que eles se relacionem um com o outro. Apenas com base nesses pressupostos se poderá de fato interpretar o objeto da ação como representante do bem jurídico”* (HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 59).

<sup>344</sup> LAURENZO COPELLO, Patrícia. *El resultado en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 168.

delito de injúria só se aperfeiçoa com o recebimento da mensagem injuriosa pela vítima ou por terceiros, tudo a indicar que há sim um efeito destacado da ação exigido pelo tipo legal, ainda que este efeito não recaia sobre um objeto corpóreo qualquer. A razão de ser dessa exigência, acredita Lorenzo Copello, estaria no fato de que, somente a partir do conhecimento da mensagem injuriosa por terceiros, seria possível pensar-se na afetação do bem jurídico honra. Mensagens injuriosas extraviadas, que não cheguem ao conhecimento de ninguém, não podem perturbar bem jurídico algum. Assim, com base nesse exemplo, acredita a autora ser possível demonstrar que a afetação do bem jurídico depende sempre de uma transformação da realidade externa, ainda que imperceptível pelos sentidos (mas constatável por outras vias). Em outras palavras: mesmo nos delitos de mera atividade, há de existir um efeito separável da ação típica que afete o bem jurídico<sup>345</sup>. Exatamente por isso, aliás, é que, nos delitos de resultado, o resultado típico não deve ser confundido com a simples afetação do objeto da ação. Há entre essas duas idéias uma relação de conteúdo e continente. O resultado típico exige, além da afetação do objeto da ação<sup>346</sup>, a produção de um efeito normativo sobre o bem jurídico<sup>347</sup>.

Esse mesmo raciocínio valeria, não apenas para os bens jurídicos individuais, mas também para os coletivos, que precisam ser configurados pelo legislador *“de modo tal que realmente pueda identificarse el objeto de protección y, en consecuencia, también su ‘perturbación’”*<sup>348</sup>. Não é a toa que boa parte da doutrina, quando está diante de crimes onde o bem jurídico afetado apresenta natureza coletiva, acaba exigindo algumas garantias adicionais à simples adequação formal da conduta ao tipo legal para o aperfeiçoamento do

---

<sup>345</sup> Ou ainda: *“Es decir que no es lo mismo la acción como tal que la perturbación del bien jurídico. Esta última constituye un suceso específico que ha sido causado por la acción, pero que no es idéntico a ella”*. Outro exemplo usado pela autora para corroborar seu ponto de vista é o do crime de violação de domicílio, onde também seria possível *“distinguir entre la acción de ‘entrar’ en la morada ajena y el efecto que ésta produce: la perturbación de la intimidad de los moradores”* (LAURENZO COPELLO, Patrícia. *El resultado en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 175).

<sup>346</sup> Aqui, entendido como simples objeto físico sobre o qual recai o efeito da conduta típica.

<sup>347</sup> *“En efecto, es probable que, para que el resultado pueda mantener su función de distinguir entre tentativa y consumación, sea preciso introducir ciertos criterios normativos que lo vinculen de algún modo con el bien jurídico que la norma tiende a proteger. Es interesante, en este sentido, la interpretación que se ha hecho del art. 283, 1º del Código penal, en el que se castiga al ‘que fabricare moneda falsa’. Se entiende que dicho delito consiste sustancialmente en la ‘creación por imitación de la moneda auténtica operando sobre metales o papeles’. Sin embargo, se ha dicho, con razón, que no cualquier imitación da lugar a la consumación de este tipo de falsificación de moneda, sino que es preciso que la moneda obtenida tenga ‘apariencia de legitimidad’. De este modo, parece que el dato que decide sobre la consumación del delito no es el ‘resultado’ puramente naturalístico de la acción – que sin duda existe ya cuando se consigue una imitación de la moneda auténtica –, sino que un elemento normativo que precisamente es el que vincula dicho efecto con el bien jurídico protegido: la apariencia de legitimidad hace que la moneda falsa implique un peligro para la seguridad del tráfico monetario”* (LAURENZO COPELLO, Patrícia. *El resultado en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 163-164).

<sup>348</sup> LAURENZO COPELLO, Patrícia. *El resultado en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 176.

injusto. É o que ocorre nos delitos de falso (monetário ou documental), onde, além da alteração física do objeto da ação, considera-se imprescindível que tal alteração seja capaz de iludir o “homem médio”, de modo a efetivamente colocar em risco a estabilidade do *status* de dinheiro ou de documento atribuído coletivamente àquele objeto<sup>349</sup>. Outro exemplo seria o delito de falso testemunho, que não existe pela simples declaração falsa prestada em juízo pela testemunha compromissada, mas sim pela declaração falsa sobre assunto relevante para o julgamento, independentemente de tal declaração vir a influir efetivamente na decisão, ou não<sup>350</sup>. Até mesmo nos delitos ambientais, trabalha-se com a ressalva de que as condutas típicas devem ser de tal natureza que “*resultem ou possam resultar em danos à saúde humana*”<sup>351</sup>.

A maior dificuldade, contudo, está nos delitos de perigo abstrato, técnica legislativa a que geralmente se recorre quando se está tratando de bens jurídicos coletivos. Como os delitos de perigo abstrato se caracterizam precisamente pela antecipação da intervenção do poder punitivo ao momento que antecede a entrada do bem jurídico individual no raio de interferência da ação típica, aquela dificuldade em definir os contornos de muitos dos bens jurídicos coletivos acaba ficando em segundo plano, na medida em que não se exige a demonstração de qualquer repercussão causal da conduta sobre o mundo externo<sup>352</sup>. É essa modalidade de incriminação, portanto, que, na opinião de Lorenzo Copello, oferece maiores

<sup>349</sup> Por todos e porque todos o seguem, Hungria: “*O crimen falsi dispensa, para sua configuração, a efetiva ocorrência de um proejudicium alterius, pois é, precípua ou decisivamente, um crime contra a fé pública, e esta pode quebrantar-se ou periclitarse com a simples editio falsi. É preciso, entretanto, que o falsum encerre em si mesmo, pelo menos, a potencialidade de um eventus damni. (...) O abalo da fé pública está evidentemente condicionado à virtualidade maléfica da falsificação. A imitatio veritatis destituída de capacidade lesiva não afetaria a incolumidade do coletivo sentimento de confiança que, na espécie, a lei penal protege. Uma contrafação ou alteração grosseira, patente, facilmente reconhecível a olho desarmado, não constitui material do falsum, e se, por alguma circunstância excepcional, consegue êxito o crime a identificar será outro, isto é, o estelionato. Do mesmo modo, será excluído o falsum se a coisa falseada, ainda que fosse verdadeira ou genuína, carecesse de eficácia jurídica, scilicet: um documento absolutamente nulo, uma cédula de dinheiro já recolhida. O falsum integra-se com a dolosa imitatio veri, mas, entenda-se: imitatio potencialmente capaz de enganar, para o efeito de conculcar uma relação jurídica e, portanto, de acarretar o proejudicium alterius. Se não se apresenta essa potencialidade, ou porque a imitação não convence ao homo medius ou porque cria coisa inócua ou nula (por motivo outro que não a própria falsidade), não se dá a conturbação da fé pública e não há falar-se em crimen falsi*” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. 9 v. V. IX. p. 195-196).

<sup>350</sup> Mais uma vez, Hungria: “*A falsidade do testemunho, para que se considere criminosa, deve incidir sobre fato juridicamente relevante (como no caso da falsidade ideológica) e pertinente ao objeto do processo de que se trate. Desaparece a ratio da incriminação, se a falsidade versa super accidentalibus ou fatos estranhos ao thema probandum, sem nenhuma possibilidade de influência sobre o futuro julgamento. Sem potencialidade lesiva, o falso testemunho será um ato imoral, mas não antijurídico*” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. 9 v. V. IX. p. 478).

<sup>351</sup> Neste caso, o vínculo entre o resultado típico e o desvalor do resultado foi exigência do próprio legislador, ex vi do art. 54, da Lei nº 9.605/98.

<sup>352</sup> Nesse sentido, na literatura nacional, BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 2010. 315 f. Tese (Livre-Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 221.

problemas para aqueles que, como ela, partem de uma concepção dualista do injusto. Afinal, como seria possível seguir definindo o resultado como perturbação do bem jurídico diante de tipos penais que incriminam situações onde o bem jurídico sequer precisa se aproximar do raio de interferência da ação?

A saída encontrada por alguns autores, para não ter que abrir mão de um injusto formado também pelo desvalor do resultado, é a de considerar que há nos crimes de perigo abstrato um efeito destacável da ação, consistente no risco potencial de lesão ao bem jurídico individual. A diferença entre os crimes de perigo concreto e os de perigo abstrato não residiria, desta forma, na exigência de resultado típico pelos primeiros e na sua dispensa pelos últimos, mas sim na forma como o resultado de perigo seria aferido num e noutro caso:

“en los delitos de peligro abstracto se trata de un juicio ex ante realizado desde la perspectiva exclusiva del autor, mientras que en los de peligro concreto, a ello se agrega la perspectiva de la víctima: es preciso que una víctima haya entrado efectivamente en el radio de la acción peligrosa”<sup>353</sup>.

Laurenzo Copello rejeita essa construção, na medida em que lhe parece, “*al menos, dudoso que la exigencia de la peligrosidad de la acción resulte suficiente para hablar ya de una perturbación del bien jurídico*”. De fato, até mesmo em termos linguísticos, fica difícil sustentar que a mera potencialidade lesiva de uma ação, aferida desde um ponto de vista *ex ante*, constitua, desde logo, o resultado de lesão ou de perigo de lesão para o bem jurídico exigido pela norma para a constituição do injusto. Uma proposta como essa, ao pretexto de preservar o vínculo de causa e efeito entre a ação e o resultado, acaba subvertendo a ordem das coisas, pois considera como resultado aquela característica da ação que, em tese, a torna apta a funcionar como causa de efeitos no mundo externo. Ou seja, o resultado é transformado em parte da causa do efeito que ele próprio representa.

Na opinião da autora cuja trilha vimos seguindo, a melhor explicação para os delitos de perigo abstrato é aquela defendida por Gallas e Torío Lopez, segundo a qual haveria aqui, não um resultado propriamente dito, mas um “*desvalor potencial de resultado*”, que seria caracterizado pela constatação, em cada caso concreto, da possibilidade de algum bem jurídico vir a entrar em contato com a conduta potencialmente perigosa. Assim, para que um crime de perigo abstrato possa ser aceito sem violação ao princípio da lesividade, além de

---

<sup>353</sup> É o posicionamento defendido por Jörg Martin, seguindo as linhas gerais anteriormente traçadas por Jürgen Wolter, “*para quien la peligrosidad de la acción implica ya un ‘resultado primario’ que puede distinguirse lógicamente de la acción misma*” (LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 179). Voltaremos a esse ponto, com mais vagar, no capítulo seguinte.

“una acción que por sus propiedades materiales sea susceptible de ser considerada según un juicio de pronóstico como peligrosa para el objeto de protección”, seria necessário verificar “si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre acción y bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste”. Em resumo, dirá Torío Lopez, “en los delitos de peligro hipotético es preciso acreditar la peligrosidad de la acción (desvalor real de acción) y la posibilidad del resultado peligroso (desvalor potencial de resultado) como exigencias del tipo”<sup>354</sup>. Desta forma, acredita Lorenzo Copello, os crimes de perigo abstrato formariam uma “*categoría específica, cuya particularidad reside en que, si bien no exigen un resultado estructural, sí presuponen una cierta vinculación con el bien jurídico tutelado*”. Exatamente por isso, aliás, é que a autora propõe a completa desvinculação entre crimes de perigo abstrato e crimes de mera atividade, reservando esta última denominação exclusivamente para aqueles tipos legais que, não estando vinculados a qualquer bem jurídico, terminem por incriminar meras desobediências, o que, ao seu ver, os situaria fora dos limites nos quais o direito penal está legitimado a atuar<sup>355</sup>. Dentro dos limites de um direito penal legítimo, portanto, haveria apenas crimes de lesão, de perigo concreto e de perigo abstrato, assim classificados conforme “*la intensidad del efecto exigido sobre el bien jurídico*”<sup>356</sup>.

De nossa parte, ainda que não compartilhemos das mesmas premissas e conclusões de Lorenzo Copello, reputamos da maior serventia o metucioso trabalho por ela realizado na sistematização do tortuoso debate em torno do conceito jurídico-penal de resultado.

Ainda é cedo para apresentar nossa proposta de solução para o problema da legitimidade dos crimes de perigo abstrato, assunto ao qual dedicaremos a primeira parte do capítulo seguinte. Antes de passarmos a esse ponto, no entanto, é preciso aproveitar a trilha aberta pela catedrática de Málaga para explicitar o que nós mesmos entendemos por resultado em direito penal.

Partindo de uma concepção dualista rigorosa do injusto e de um conceito de bem jurídico pessoal e passível de afetação direta, só podemos conceber o resultado como *a*

<sup>354</sup> TORÍO LÓPEZ, Angel. Los delitos del peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstrato. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, t. XXXV, n. 1, p. 825-847, jan./abr.1981. p. 846. Segundo adverte o próprio autor, a principal diferença entre a sua posição e aquela defendida por Gallas é puramente terminológica, enquanto este usa a expressão “*delitos de perigo possível*”, para designar aquelas hipóteses de perigo abstrato onde o conteúdo do injusto não se esgota no mero desvalor da ação, Torío Lopez prefere falar em “*delitos de perigo hipotético*”.

<sup>355</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 181. Como exemplos de delitos de mera desobediencia, a autora cita, dentre outros, o exercicio ilegal da medicina, o porte ilegal de armas e a apologia de crime ou criminoso.

<sup>356</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 182.

*alteração do mundo externo, causada pela ação típica, consistente na própria afetação danosa ou perigosa do bem jurídico.* Com isso, reunimos sob uma mesma nomenclatura dois conceitos que nunca deveriam ter sido separados: o de resultado típico (ou naturalístico) e o de desvalor do resultado (ou resultado jurídico)<sup>357</sup>. Portanto, ainda que se possa continuar fazendo uso daquele dualismo conceitual para fins puramente didáticos, é preciso ter em mente que, ao referir-se ao resultado típico se está, automaticamente, fazendo referência ao desvalor do resultado, e vice-versa. Essa correlação entre resultado típico e desvalor do resultado como expressões de um único fenômeno social foi percebida e descrita com perfeição por Zaffaroni, que é igualmente categórico no que diz respeito à impossibilidade de haver injusto sem que a ação cause alguma alteração no mundo externo:

“O tipo é uma fórmula legal com a qual o poder punitivo criminaliza primariamente condutas conflitivas individualizando pragmas segundo diferentes critérios ou técnicas. Às vezes a ênfase recai no resultado, visando abranger todas as condutas que o causem; às vezes o tipo procura individualizar estritamente a conduta, independentemente dos resultados por ela causados. Distinguem-se, assim, os tipos de resultado (vulgarmente chamados de crimes de resultado) dos tipos de atividade (também chamados de crimes de mera atividade). Essa classificação gerou confusões, quando se pretendeu a existência de tipicidade sem resultado, numa leitura absurdamente idealista dos requisitos típicos. Essa leitura confundia a técnica legislativa na construção do tipo com a realidade (na qual nenhuma ação vem desacompanhada de alguma mutação física) e o próprio objetivo do poder punitivo (que individualiza conflitos que não existiriam sem a mutação física). O legislador, na individualização do pragma, privilegiará seja o eixo do resultado seja o eixo da ação, porém da mesma forma que seria inconcebível proibisse ele resultados sem ação, é inadmissível que proíba ações sem resultado; sua função política e jurídica postula a individualização de um pragma integrado por ambos, ação e resultado”<sup>358</sup>.

Como se vê, mesmo nos chamados crimes de mera atividade, existe um resultado externo abarcado pelo tipo e que permite afirmar a afetação lesiva ou perigosa do bem jurídico. O que distingue os crimes de mera atividade dos crimes de resultado, no final das contas, não é a presença ou ausência de um resultado externo abarcado pelo tipo, mas sim, como afirma Roxin, “*la distancia espacio-temporal entre el acto de la acción y la consecuencia imputable*”<sup>359</sup>.

<sup>357</sup> Assim como Laurenzo Copello, Zaffaroni também atribui à duplicação do conceito de resultado a origem de uma série de confusões dogmáticas: “*A exteriorização da vontade sempre implica uma mutação física. Essa mutação física também é chamada de resultado, expressão cujo uso foi dificultado a partir da pretensão de chamar-se resultado jurídico à afetação do bem jurídico, que é uma questão imputativa, alheia portanto à função sistemática do tipo objetivo*” (ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 2 v. V. II, t. I: Teoria do Delito. Introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. p. 163).

<sup>358</sup> ZAFFARONI, et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 2 v. V. II, t. I: Teoria do Delito. Introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. p. 163.

<sup>359</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. 2 t. T. I: Fundamentos. La estructura de la Teoria del Delito. p. 325. O autor, aliás, engrossa a lista dos que negam a possibilidade de haver

Assim, enquanto nos crimes de resultado a distância espaço-temporal permite colocar em dúvida a existência de vínculo causal entre a ação e o resultado, nos crimes de mera conduta, a distância espaço-temporal é praticamente inexistente, sendo a causalidade entre a ação e o resultado determinada por uma simples operação mental, de modo que desnecessária qualquer investigação mais aprofundada para determiná-la. Isso não significa, contudo, que o resultado externo que consiste na própria afetação do bem jurídico não seja um efeito causal da ação nos crimes de mera conduta, mas sim que o nexo de causalidade entre ação e resultado é de tal maneira evidente (praticamente concomitante) que afasta qualquer tipo de questionamento a esse respeito<sup>360</sup>.

Os delitos de homicídio e disparo de arma de fogo são bons exemplos para ilustrar o ponto de vista ora defendido. No primeiro caso, o legislador dá ênfase ao resultado morte, não especificando qual conduta exata deve ser praticada para que o delito ocorra, ou seja, qualquer ação apta a causar o resultado morte estará abarcada pelo tipo legal. No segundo, o legislador dá ênfase à ação de disparar arma de fogo, sem especificar qual alteração exata do mundo externo deve decorrer dessa conduta para que o bem jurídico seja afetado de forma perigosa (o projétil passar triscando a cabeça de alguém, ricochetear em dois ou mais objetos, etc). Isso é assim porque o legislador acredita que a simples saída do projétil do cano da arma a uma velocidade estonteante já é suficiente para transformar o entorno em um trecho perigoso da realidade. O nexo causal entre a ação de apertar o gatilho e o resultado de ter um projétil riscando o ar de um lugar habitado não exige maiores investigações: se a arma disparou isso se deu única e exclusivamente porque o sujeito premou o gatilho. Isso não quer dizer, contudo, que inexista alteração do mundo externo nesse caso. Bem ao contrário, é só porque da conduta típica provoca um resultado externo que se pode afirmar que o bem jurídico foi colocado em perigo.

---

crimes sem resultado externo: *“La separación de acción y resultado y la expulsión del resultado fuera del injusto también es imposible porque el injusto penal no puede existir en ninguna de sus manifestaciones sin un resultado externo”* (Ob. cit., p. 325).

<sup>360</sup> Reconhe, igualmente, a existência de nexo de causalidade em todo e qualquer delito, inclusive nos de mera atividade, Reyes Alvarado: *“(…) siendo los delitos conductas regidas por la causalidad física, suponen indispensablemente modificaciones del mundo exterior generadas siempre por factores precedentes, es decir en todo comportamiento delictivo existe causalidad y como fenómeno físico (no jurídico) cada una de esas conductas supone siempre un resultado. No es entonces correcto afirmar, como lo hace alguna parte de la doctrina, que existen fenómenos delictivos en los cuales puede prescindirse de la causalidad como ocurriría en los delitos de mera actividad o en las tentativas o en las omisiones. Dejando por lo pronto de lado lo relacionado con la existencia de una relación causal en el ámbito de las omisiones, baste aquí señalar que cuando alguien vierte sustancias químicas corrosivas en depósitos de agua destinada al consumo humano ha generado sin duda alguna una modificación del mundo exterior (resultado); cualquier perito que se designara para el análisis posterior del líquido debería reconocer que la introducción de determinadas sustancias ha generado una contaminación de las aguas, es decir que la acción de alguien ha causado un resultado, por donde resulta innegable la existencia de una relación de causalidad en los delitos de mera actividad”* (REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Bogotá: Temis, 1996. p. 38-39).



O raciocínio, vale lembrar, não se limita aos crimes de perigo. Em muitos casos, o efeito da conduta que efetivamente lesiona o bem jurídico está de tal forma colado à ação que não há sentido em indagar acerca do nexos de causalidade (crime de mera conduta). Mesmo assim, o resultado lesivo estará presente no tipo. É o caso, por exemplo, do delito de violação de domicílio. Praticamente não há distância espaço-temporal entre a ação de entrar e o resultado de estar dentro da moradia. No entanto, o bem jurídico só pode ser considerado lesado porque da conduta decorre um efeito dela destacado que consiste na perturbação da intimidade pessoal da vítima. Segundo Roxin, essa conclusão decorre da própria concepção dualista do injusto, à qual alega aderir de forma rigorosa<sup>361</sup>, ainda que alguns dos posicionamentos por ele defendidos na mesma edição de seu Tratado coloquem em sérias dúvidas essa adesão<sup>362</sup>.

O fato do nexos de causalidade não se mostrar problemático nas hipóteses de crimes de mera conduta, contudo, não afasta a necessidade de investigar-se, mesmo nesses casos, a existência de vínculo de imputação objetiva entre o resultado lesivo ou perigoso e a ação típica. Nesse ponto, discordamos frontalmente do entendimento defendido por Roxin, que reserva a teoria da imputação objetiva aos delitos de resultado<sup>363</sup>. Ora, tratando-se a

---

<sup>361</sup> “Según la concepción actual, la realización del tipo presupone en todo caso y sin excepción tanto un desvalor de la acción como un desvalor del resultado. Es verdad que la configuración del desvalor de la acción puede ser diferente según la forma, requerida en cada caso concreto, de dolo o de imprudencia, de tendencia y de cualidad de la acción, y que también el desvalor del resultado se configura de modo distinto en la consumación o en la tentativa, en la lesión o en la puesta en peligro; pero el injusto consiste siempre en una unión de ambos, pues incluso en los llamados delitos de mera actividad (cfr. nm. 103 ss.), como el allanamiento de morada (§ 123), existe un resultado externo, aunque el mismo es inseparable de la acción” (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. 2 t. T. I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. p. 320).

<sup>362</sup> É o que ocorre, por exemplo, ao admitir que algumas modalidades delitivas precisam, “por razones preventivogenerales (‘didáticas’)”, ser punidas, ainda que não representem qualquer perigo para o bem jurídico, tal como seria o caso do delito de embriaguez ao volante, “pues de lo contrario se pondría en peligro el carácter de absoluto tabú que el legislador pretende que tengan determinadas conductas” (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. 2 t. T. I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. p. 410). Mais à frente, Roxin deixará explícita toda a contradição interna de seu pensamento teórico, ao afirmar que, em delitos como o de corrupção e de falso testemunho, “la confianza de la población en la pureza del desempeño del cargo (el bien jurídico de los §§ 331 e ss.) y el hallazgo judicial de la verdad (el bien jurídico de los §§ 153 ss.) no es preciso que en el caso concreto sean puestos en peligro por una acción subsumible en los tipos respectivos. Y sin embargo ello no puede cambiar para nada (...) la punición; el desvalor de la acción por sí solo fundamenta la punibilidad” (Ob. cit., pp. 410-411). Vale notar, contudo, que em alguns escritos mais recentes, Roxin teria revisto alguns desses posicionamentos, revelando uma certa disposição para ajustar seu pensamento a uma concepção verdadeiramente dualista do injusto. Vide a respeito, ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 443-458.

<sup>363</sup> “La imputación al tipo objetivo solo es un problema de la Parte general cuando el tipo requiere un resultado en el mundo exterior separado en el tiempo y el espacio de la acción del autor (cfr. §10, nm. 102). En los delitos de mera actividad, como el allanamiento de morada (§ 123) o en el falso testimonio (§ 154), la imputación al

imputação objetiva da verificação do vínculo normativo e não apenas fático entre a ação e o resultado, este deve ser demonstrado em todo e qualquer delito, seja ele de resultado ou de mera atividade<sup>364</sup>. Com isso, não se pretende substituir o vínculo causal entre ação e resultado por um outro puramente normativo, tal como já vem sendo trabalhado por parte da doutrina alemã<sup>365</sup> e também brasileira<sup>366</sup>. Bem ao contrário, advogamos aqui a necessária complementariedade, em todo e qualquer tipo de injusto, entre critérios causais e normativos para que se possa atribuir determinado fato típico ao autor como obra sua<sup>367</sup>. O delito de disparo de arma de fogo em local habitado pode ser mais uma vez útil para ilustrar o que se está tentando dizer. Já se mostrou que neste tipo de crime o legislador se satisfaz com qualquer efeito causal destacado da ação para afirmar a afetação perigosa do falso bem jurídico coletivo incolumidade pública. Nada obstante o evidente nexos causal entre a ação de disparar (apertar o gatilho) e o efeito do projétil sair do cano da arma em uma velocidade estonteante, é possível colocar em dúvida a criação de perigo para o bem jurídico em cada caso concreto, uma vez que a adoção de todas as cautelas necessárias pelo autor da ação pode, de fato, afastar qualquer possibilidade do bem jurídico (vida e integridade física de um número indeterminado de pessoas) vir a ser afetado. Pense-se, por exemplo, na conduta de um

---

*tipo objetivo se agota en la subsunción en los elementos del tipo respectivo que hay que tratar en la Parte especial. En cambio, en los delitos de resultado hay que decidir conforme a reglas generales si la lesión del objeto de la acción (p. ej. de un hombre en los §§ 212 ó 223, o de una cosa en el § 303) se le puede imputar como obra suya al inculpado; y si no es así, este no habrá matado, lesionado, dañado, etc., en el sentido de la ley” (ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. Tradução para o espanhol de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. 2 t. T. I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. p. 345).*

<sup>364</sup> Nessa mesma linha, o magistério de Juarez Tavares: “*Mesmo nos tipos que não possuem objeto da ação, como o crime de reingresso de estrangeiro expulso (art. 338) ou o crime de falsidade em prejuízo da nacionalização de sociedade (art. 311) e cuja incriminação não tem em vista a produção de efeitos sensíveis sobre determinado objeto, quer material, quer imaterial mas sim, exclusivamente, a atividade do agente como tal, não se exclui a necessidade da formulação do juízo de imputação objetiva, porque igualmente estão eles submetidos a princípios de garantia e devem estar relacionados ao agente como obra sua” (TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 226-227).*

<sup>365</sup> Nesse sentido: WESSELS, Johannes. *Direito Penal: parte geral*. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFe, 1976. p. 40.

<sup>366</sup> Vide, a propósito, a posição de: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 221; CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001. p. 190; GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 214.

<sup>367</sup> Nesse sentido, Summerer: “*(...) es necesario precisar el contenido del concepto de causalidad y, en particular, el ámbito de sua relevancia para el Derecho Penal, con el fin de evidenciar que la causalidad material y la causalidad normativa en conjunto constituyen la causalidad jurídica, e identificar el criterio de imputación. También la causalidad ‘material’, en efecto, es siempre causalidad ‘jurídica’, porque responde a las finalidades propias del contexto jurídico; o sea, determinar cómo debe hacerse la relación entre acción y resultado, a efectos de que éste pueda ser imputado al agente como su hecho. (...) La distinción entre imputación causal e imputación normativa no es, por lo tanto y en absoluto, vinculante aunque tenga una indudable función metodológica”: ésa consiente, en efecto, dividir y explicar con mayor claridad los dos pasajes, en los cuales se articula el mecanismo de atribución de un evento a un sujeto” (Apuntes sobre la relación entre causalidad y imputación. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, nº 2, p. 259-302, 2010. p. 292-293).*

militar treinado que testa sua arma, com todos os cuidados necessários, no quintal de sua residência, efetuando um único disparo em direção a uma caixa de areia. Nesta hipótese, ainda que exista vínculo causal necessário entre a ação e o efeito externo, o resultado jurídico-penal não ocorre, visto que nenhum risco para o bem jurídico foi criado pela conduta do agente.

A explicação para negar a ocorrência de crime nesse último exemplo variará, de autor para autor, conforme a linha argumentativa que ele adote para justificar a existência de crimes de perigo abstrato. Lorenzo Coppelo diria que não há, nesse caso, “desvalor potencial do resultado”, enquanto que outros autores sustentariam a ausência de desvalor objetivo da ação ou falta de periculosidade da conduta desde um ponto de vista *ex ante*. De nossa parte, entendemos que nenhuma dessas explicações é interiramente compatível com uma concepção dualista rigorosa do injusto. Na medida em que se exija, para todo e qualquer tipo de injusto, a concorrência do desvalor real (e não apenas potencial) do resultado, ao lado do desvalor objetivo e subjetivo da ação, então todo e qualquer delito pressupõe a ocorrência de um resultado externo que represente a própria afetação (lesiva ou perigosa) do bem jurídico. Mesmo nos delitos de perigo abstrato e nos delitos tentados, há de existir um resultado externo destacado da ação que represente uma diminuição qualitativa do bem jurídico, sob pena de não haver o que imputar ao agente como obra (conflito) sua (seu). Como isso pode ser compatibilizado com figuras típicas aparentemente fundadas na simples realização de uma conduta é o que veremos no próximo capítulo.

Antes de passarmos a ele, contudo, gostaríamos de destacar uma última conseqüência dogmática da adoção de um conceito unitário de resultado. Trata-se do abandono da distinção entre bem jurídico, substrato do bem jurídico e objeto da ação, ao menos na forma como é operada pela doutrina majoritária.

É que a reunião do resultado típico e do desvalor do resultado num único conceito produz efeitos de mão dupla: tanto evidencia que a afetação do bem jurídico só pode ocorrer por meio da alteração provocada pela ação sobre algo que tenha existência externa (real); quanto assegura que todo e qualquer efeito da ação tipicamente previsto está necessariamente vinculado com a afetação do bem jurídico. Nesse sentido, assiste razão a Lorenzo Coppelo quando afirma que “resultados neutros” não são compatíveis com uma concepção dualista do injusto penal. Afinal, “*no tendría sentido (...) afirmar [nos delitos de resultado] que lo injusto alcanza su grado de plena realización a través de la efectiva concurrencia de un fenómeno*

'causado' por la acción pero sin relevancia valorativa alguna"<sup>368</sup>. Ora, se a ocorrência de um determinado efeito da ação é tipicamente exigido para a consumação delitiva – e, por conseguinte, para uma maior punição do autor –, parece óbvio que esse efeito está necessariamente relacionado com o grau de afetação do bem jurídico. A menos que se esteja disposto a defender uma concepção puramente subjetiva do injusto, resultados típicos dos quais dependa a consumação do delito não podem ser vistos como simples efeitos causais sobre um objeto da ação. Ao contrário, sua relevância típica decorre exatamente da relação necessária que deve existir entre esses efeitos causais e a afetação do bem jurídico. E, se isso é assim, já não faz mais sentido distinguir categoricamente entre bem jurídico (ou seu substrato) e objeto da ação, uma vez que, um e outro, referem-se igualmente ao ente sobre o qual recaem os efeitos da ação típica.

Aqui, vale à pena retomar o conceito de bem jurídico como fato institucional, na linha do empirismo *sui generis* defendido por Searle. Conforme já visto anteriormente, o que caracteriza um fato como institucional é exatamente a peculiaridade de não estar logicamente bitolado pelos usos instrumentais que se poderia dar a determinado objeto em razão de seus meros predicados físicos. Fatos institucionais estão, nesse sentido, condicionados a fatos brutos para terem existência real, mas sua composição não se restringe às características físicas desses fatos. Muito pelo contrário, eles assumem papéis sociais completamente dissociados do simples uso instrumental que se poderia fazer dos fatos brutos, graças à atribuição coletiva de funções específicas, o que recebe o nome de *status*. O fato institucional dinheiro, por exemplo, não se esgota no próprio objeto físico de papel ou metal, mas também não pode existir sem ele. Essa relação, que não é de identidade, mas de dependência, pode ser aplicada igualmente aos conceitos de objeto da ação e de bem jurídico. Pense-se no exemplo do delito de moeda falsa. Neste caso, ao contrário do que sustenta a doutrina amplamente majoritária, não parece ajustado dizer que o objeto da ação (o papel ou metal contrafeito) não guarda nenhuma relação com o bem jurídico (a confiança que todos depositam no dinheiro como critério de troca), pois é justamente àquele que se agrega o *status* social de valer como dinheiro em determinada sociedade. Da mesma forma, no crime de furto, ainda que a coisa subtraída não constitua a propriedade em si mesma, ela compõe o fato institucional na qualidade de fato bruto a dar-lhe sustentação. Igualmente, no delito de incêndio, ainda que a coisa incendiada não se confunda com o bem jurídico afetado (vida e integridade física de um número indeterminado de pessoas), ela é o ponto de apoio físico sobre o qual incidem os

---

<sup>368</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 160-161.

juízos compartilhados da existência de um perigo. Da análise desses exemplos, tradicionalmente apontados pela doutrina como prova cabal da completa independência entre objeto da ação e bem jurídico, pode-se concluir que ambos os conceitos são, senão idênticos, necessariamente interdependentes, ao ponto de não ser exagero afirmar que: sem objeto da ação (fato bruto), inexistente bem jurídico (fato institucional).

## 5. DOIS TESTES DE RENDIMENTO PARA O MODELO DUALISTA RIGOROSO DE INJUSTO PROPOSTO

Ao longo do capítulo anterior, defendemos a tese de que não pode existir injusto penal válido sem que da conduta proibida resulte uma alteração do mundo externo lesiva ou perigosa para a *própria condição do sujeito e de sua projeção social*. Para tanto, propusemos a reunião das idéias de resultado típico e desvalor do resultado num conceito unitário de resultado penal, cuja ocorrência em cada caso concreto é tão imprescindível para o delito quanto a própria realização da conduta típica.

Ainda que tal conclusão esteja absolutamente de acordo com as premissas por nós adotadas no final do primeiro capítulo (item 1.5, *supra*), quando expressamente nos filiamos à corrente dualista rigorosa do injusto penal, parece-nos que a tese ora sustentada só restará demonstrada caso consiga explicar de forma satisfatória os dois pontos da dogmática jurídico-penal onde a obrigatória ocorrência do resultado revela-se mais problemática, quais sejam: os crimes de perigo abstrato e os crimes tentados.

### 5.1. O (desvalor de) resultado e os crimes de perigo abstrato

#### 5.1.1. Perigo, perigo concreto e perigo abstrato

Como já antecipado no capítulo anterior (item 4.3, *supra*), a classificação dos delitos em crimes de lesão e crimes de perigo é operada pela doutrina amplamente majoritária a partir da análise da intensidade da afetação do bem jurídico vinculado ao respectivo tipo penal. Assim, enquanto nos delitos de lesão se exige a efetiva depreciação do bem jurídico ou do objeto material que lhe dá existência real, nos delitos de perigo há uma antecipação da punição para um momento anterior ao da efetiva lesão. A essa concepção, que toma a lesão como marco para avaliar a intensidade de afetação do bem jurídico exigida em cada tipo penal, dá-se o nome de “paradigma da lesão” (ou do ataque).

A antecipação da punição verificada nas hipóteses de afetação apenas perigosa do bem jurídico, contudo, não pode ser vista, desde logo, como manifestação de uma expansão ilegítima do poder punitivo. É que também o perigo constitui uma transformação do mundo externo que atinge de forma relevante a esfera de existência das outras pessoas. Para usar uma

expressão de Gallas, o perigo coloca o bem jurídico numa “*situación de crise*”<sup>369</sup>, que, mesmo não sendo materializada em alterações do mundo físico, tem existência real, na medida em que representa uma modificação social do *status* coletivamente atribuído àquele bem. De fato, ninguém em sã consciência afirmaria que dois automóveis idênticos, um estacionado na garagem de uma residência e o outro balançando com duas rodas para fora de um precipício, compõem de forma idêntica o patrimônio de uma pessoa. A diferença entre esses dois estados de coisas, independentemente da integridade física do bem em si, é justamente o que caracteriza a situação de perigo como uma realidade distinta daquela em que se deu a prática da ação proibida, permitindo a classificação dos crimes de perigo como verdadeiros crimes de resultado. Nas palavras de Hirsch: “*cualquier persona que se encontró en una situación de peligro tiene conciencia de su realidad*”<sup>370</sup>.

Uma vez estabelecido que o perigo tem existência real, e que não se trata de uma pura criação subjetiva da mente das pessoas<sup>371</sup>, relata-nos Roxin que a jurisprudência alemã teria assentado dois critérios básicos para aferir a existência dessa real situação de perigo. Primeiro, é preciso que algum objeto da ação entre no raio de interferência da conduta do autor. Depois, exige-se que essa conduta represente um “*perigo próximo*”<sup>372</sup> de lesão para o bem jurídico. Assim, exemplifica o autor, inexistente perigo na hipótese de uma ultrapassagem automobilística, em alta velocidade, numa curva fechada, caso naquele instante nenhum outro veículo estivesse trafegando na pista de direção contrária<sup>373</sup>.

O problema, afirma Roxin, é que, mesmo na hipótese de haver um outro carro trafegando na pista de direção contrária, a avaliação acerca da existência, ou não, de um

<sup>369</sup> GALLAS, Wilhelm. *Apud* LAURENZO COPELLO, Patrícia. *El resultado en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 111.

<sup>370</sup> HIRSCH, Hans Joachim. Sistemática y límites de los delitos de peligro. *Revista Latinoamericana de Derecho*, Ciudad de México, ano V, n. 9-10, jan./dez. 2008, p. 157-181. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/9/cnt/cnt5.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2012.

<sup>371</sup> O antigo debate entre as concepções objetiva e subjetiva do perigo, já advertia Fragoso, está há muito ultrapassado (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. 2 v. V. II. p. 169).

<sup>372</sup> Conforme consigna Roxin, inicialmente, “*la jurisprudencia muchas veces describía la intensidad de la necesaria puesta en peligro exigiendo una situación en la que ‘la producción del daño fuera más probable que su no producción’ (BGHSt 8, 31; 13, 70; adhiriéndose ya a la jurisprud. del RG). Posteriormente el BGH a interpretado esa fórmula en el sentido de que no se debe aplicar un (irrealizable en la práctica) cálculo porcentual (v. Gr.: ante una probabilidad del 51% aceptación, y ante una probabilidad del 49% rechazo de la existencia de un peligro concreto), sino que no basta ‘ya con el peligro lejano y distante’, sino que hay que requerir un ‘peligro que en el caso concreto deba juzgarse como próximo’ (BGHSt 18, 272 s.; 19, 268 s.; 22, 344 ss.; 26, 179)” (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. 2 t. T. I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. p. 405).*

<sup>373</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. 2 t. T. I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. p. 404-405.

“*perigo próximo*” em cada caso concreto está sempre condicionada a uma avaliação subjetiva do julgador. Para tentar superar esse impasse, Horn teria formulado a conhecida “teoria científico-natural do resultado de perigo”, afirmando a existência de perigo “*cuando según las leyes causales conocidas las circunstancias habrían tenido que dar lugar a la lesión del objeto de la acción, pero ésta ha dejado de producirse sólo por una razón inexplicable conforme a las ciencias naturales*”. Desta forma, poder-se-ia falar em perigo, no exemplo da ultrapassagem, caso o acidente só não tivesse ocorrido “*como por un milagro, o debido a un azar enigmático*”. Entretanto, pondera Roxin, com uma definição como essa, poucas seriam as situações passíveis de serem classificadas como concretamente perigosas. Afinal, desde que se investigue com cuidado, “*(casi) todo es explicable según las ciencias naturales*”. O emprego rigoroso da teoria formulada por Horn, nesse sentido, poderia levar a soluções injustas. Ainda no caso da ultrapassagem, se a não colisão fosse mais tarde explicada pela incidência inesperada – mas cientificamente demonstrada – de uma forte rajada de vento, que empurrara um dos veículos para o lado, evitando assim o acidente, não pareceria razoável afirmar, neste caso, a inexistência de um perigo<sup>374</sup>.

Por isso, tem-se preferido adotar a “teoria normativa do resultado de perigo”, desenvolvida por Schünemann e que considera haver perigo sempre que a casual não ocorrência do resultado seja um desdobramento fático “*en cuya producción no se pueda confiar*”. Ao invés de uma investigação empírica nos moldes das ciências naturais, o que seria decisivo para a determinação da existência de perigo num determinado caso concreto é a absoluta anormalidade dos desdobramentos fáticos da conduta em relação àquilo que dela se poderia esperar. No caso da ultrapassagem, portanto, seria correto afirmar a ocorrência de perigo mesmo que o condutor do veículo que vinha na direção contrária fosse dotado de especiais habilidades e não tivesse tido maiores dificuldades para evitar a iminente colisão<sup>375</sup>.

Todas essas considerações, por óbvio, só fazem sentido na medida em que se esteja trabalhando com tipos legais que exijam a aproximação do bem jurídico do raio de ação do autor, de modo a viabilizar a ocorrência de um “*perigo próximo*” de lesão. Tais hipóteses são

<sup>374</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. 2 t. T. I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. p. 405.

<sup>375</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. 2 t. T. I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. p. 405-406. Ainda segundo Roxin, Wolter teria modificado a teoria normativa proposta por Schünemann para nela incluir “*todas las ‘circunstancias que abren posibilidades de salvación’, como p. ej. también la capacidad artística para conducir de la persona puesta en peligro que evita fácilmente el accidente*”, o que afasta a existência de perigo concreto. Para Roxin, contudo, essa modificação é criticável, eis que “*a extraordinária destreza de la víctima potencial es para el autor igual de imprevisible que cualquier otra circunstancia extraordinária*” (Ob. cit., p. 406).



denominadas pela doutrina de crimes de perigo concreto e sua ocorrência, segundo nos parece, está restrita aos tipos penais constituídos por bens jurídicos individuais ou por falsos bens jurídicos coletivos, uma vez que, somente nesses casos, seria possível aferir se houve efetivamente o ingresso de algum ou alguns bens jurídicos no raio de interferência da conduta proibida. Assim, o crime de periclitção à vida ou saúde de outrem (art. 132, do Código Penal) pode ser classificado entre os delitos de perigo concreto porque, para seu aperfeiçoamento, exige o tipo legal a alteração do mundo externo na forma de um “*perigo próximo*” para bens jurídicos pertencentes a pessoas individualmente determinadas que estão dentro do raio de ação do autor. Já o delito de incêndio, com a redação conferida pelo art. 250, do Código Penal de 1940, é, ao mesmo tempo, um crime de perigo concreto e de perigo comum, de modo que sua ocorrência depende, de um lado, da “*criação de efetiva situação de perigo*” e, de outro, que essa efetiva situação de perigo repercute “*em um número indeterminado de pessoas e bens*”, que tenham ingressado no raio de ação do autor<sup>376</sup>. Trata-se, este último, de um típico caso de perigo concreto a um falso bem jurídico coletivo, já que a incolumidade pública nada mais é do que a soma das integridades física e patrimonial de um número indeterminado de pessoas.

Há outros tipos legais, contudo, em que nenhuma exigência expressa é feita quanto à efetiva ocorrência de um “*perigo próximo*” de lesão para o bem jurídico. A estes, a doutrina costuma denominar de crimes de perigo abstrato e são justamente eles que apresentam maiores dificuldades para aqueles que, como nós, compartilham de uma concepção dualista rigorosa de injusto penal.

### 5.1.2. Os crimes de perigo abstrato segundo a doutrina tradicional

Segundo classificação adotada por Mendoza Buergo<sup>377</sup>, a doutrina tradicional pode ser dividida em dois grandes grupos, conforme o fundamento utilizado para justificar a punição dos crimes de perigo abstrato: de um lado, haveria aqueles que adotam a “teoria da presunção do perigo”, de outro, os que acolhem a teoria da “periculosidade geral ou periculosidade como motivo do legislador”.

De acordo com a primeira teoria, haveria nos crimes de perigo abstrato uma presunção por parte do legislador de que, da prática da conduta típica, decorreria sempre e

---

<sup>376</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. 2 v. V. II. p. 165.

<sup>377</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 67.

necessariamente um resultado de perigo para o bem jurídico, de modo que absolutamente inútil e inapropriado investigar as conseqüências concretas da ação em relação a este. Por absoluta imposição legal, a afetação perigosa do bem jurídico seria conseqüência necessária da prática da conduta proibida. Já para a teoria da periculosidade geral, a incriminação na forma de delitos de perigo abstrato não estaria baseada numa presunção absoluta de perigo para o bem jurídico. Na verdade, a afetação perigosa do bem jurídico seria tomada pelo legislador como motivo para a incriminação de condutas que, de forma geral, e segundo uma avaliação puramente estatística, costumam desencadear conseqüências penalmente indesejáveis. Assim, não importa para os seguidores dessa corrente se a ação concretamente praticada revelava-se apta, ou não, a colocar em perigo o bem jurídico, bastando que, no geral, condutas com as mesmas características especificadas no tipo sejam, como regra, idôneas para produzir o resultado que o legislador pretende evitar.

O grande problema dessas teorias tradicionalmente usadas para fundamentar os crimes de perigo abstrato é que elas, além de nada informarem acerca do resultado produzido pela ação, também não permitem nenhuma análise, ainda que perfunctória, sobre as qualidades concretas da conduta praticada pelo autor do delito. Isso significa que, mesmo diante de ações absolutamente inidôneas para afetar o bem jurídico, a punição estaria justificada, seja porque a presunção legislativa não admite questionamentos em contrário, seja porque a eventual falta de aptidão de uma conduta em concreto em nada alteraria o fato motivador da incriminação, qual seja, o de que, em geral, condutas dessa mesma categoria são aptas para afetar o bem jurídico. Com isso, o injusto penal, ao menos em algumas das hipóteses de crimes de perigo abstrato, fica relegado a meras violações do comando legal, meras desobediências.

### 5.1.3. Alternativas à concepção puramente formal de perigo abstrato

Ainda que na Alemanha esse tipo de interpretação formalista seja visto com alguma naturalidade, principalmente em razão do tratamento legal dispensado à tentativa inidônea<sup>378</sup>, as justificativas tradicionalmente apresentadas para a incriminação de condutas na forma de

---

<sup>378</sup> Assim dispõe o §23, item 3, do Código Penal alemão, acerca da punibilidade da tentativa: “*Si el autor desconoce, por una falta de comprensión grave, que la tentativa según la clase del objeto o del recurso con los que debería cometer el hecho de ninguna manera podría conducir a la consumación, entonces el tribunal puede prescindir de pena o disminuir la pena conforme a su facultad discrecional (§ 49 inciso 2)*” (Tradução de Cláudia López Díaz. Texto integral disponível em: <[http://www.juareztares.com/textos/leis/cp\\_de\\_es.pdf](http://www.juareztares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf)>. Acesso em: 06 abr. 2012). Voltaremos ao problema da tentativa inidônea, com uma análise mais detida do direito alemão, no último sub-capítulo desta tese (item 5.2, *infra*).

crimes de perigo abstrato há muito são recebidas com reticências por parte considerável da doutrina.

A admissão de incriminações baseadas na pura desobediência à norma gera, antes de mais nada, problemas em relação ao princípio da lesividade, uma vez que presunções e generalizações legislativas, por si só, nunca são suficientes para determinar de que modo aquela conduta em concreto afeta o bem jurídico. Nas precisas palavras de Hirsch, “*una situación de peligro abstracto, y con ello una puesta en peligro abstracto, tiene tan poca importancia como una lesión abstracta, como por ejemplo un homicidio abstracto*”<sup>379</sup>. De fato, assim como não existe algo como um homicídio em geral, não pode existir uma situação de perigo em geral. O fato de uma classe de condutas, em regra, levar a situações concretas de perigo conduz necessariamente a duas conclusões: primeiro, que muitas condutas são, de fato, perigosas; segundo, que, em meio a estas, há algumas que não são capazes de criar perigo algum. Do contrário, seria dispensável o uso da expressão “em regra” e mais dispensável ainda o recurso a presunções legais, podendo-se afirmar (e demonstrar), categoricamente, que há uma relação de causalidade necessária (e não somente estatística) entre todas as condutas daquela classe e a situação de perigo que o legislador buscou evitar. Pois é exatamente por não ser possível traçar essa relação de necessidade que se procura, por meio de presunções e generalizações, afirmar aquilo que, de antemão, já se sabe falso: o caráter necessariamente perigoso das meras desobediências.

Por esse motivo, por afronta ao princípio da lesividade, já seria possível rechaçar as teorias tradicionais, que equiparam os delitos de perigo abstrato a simples violações do comando legal. Tal argumento, contudo, poderia não convencer aqueles que partem de uma concepção puramente subjetivista do injusto. O próprio Welzel, como já visto, não estranhava a existência de crimes sem qualquer afetação a bens jurídicos, admitindo expressamente que, no caso dos crimes de perigo abstrato, “*es suficiente que la acción usualmente traiga peligros consigo*”<sup>380</sup>. Uma concepção generalizante como essa, no entanto, parece trazer problemas não só para o caráter lesivo da ação – e, por conseguinte, para o desvalor do resultado –, mas também para a própria idéia de culpabilidade – que forma a essência do desvalor da ação –,

---

<sup>379</sup> HIRSCH, Hans Joachim. Sistemática y límites de los delitos de peligro. *Revista Latinoamericana de Derecho*, Ciudad de México, ano V, n. 9-10, jan./dez. 2008, p. 157-181. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/9/cnt/cnt5.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2012.

<sup>380</sup> Nesse sentido, expressamente: WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*: parte general. 11. ed. Tradução para o espanhol de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 93.

conforme reconhecido por amplo setor da doutrina alemã<sup>381</sup>, aí incluídos alguns fiéis seguidores da escola finalista<sup>382</sup>. Afinal, se tudo o que compõe o tipo objetivo nos crimes de perigo abstrato é a descrição formal de uma conduta, cujo conteúdo desvalorado não faz parte do tipo, há que se reconhecer que, do autor de um delito dessa espécie, sequer se exige que conheça o caráter perigoso de sua conduta. A ação, para o autor do delito, pode até mesmo ser algo absolutamente inócuo para o bem jurídico. Mais do que isso, é possível que o agente tenha adotado todas as cautelas para assegurar-se de que aquela sua conduta não venha a atingir o bem jurídico, nem mesmo de forma perigosa. Neste caso, se ainda assim se quiser atribuir a ele responsabilidade criminal pelo ocorrido, parece claro que isso estará sendo feito de forma puramente causal, sem levar-se em conta a intencionalidade do agente, que, no final das contas, coincide com a do legislador: evitar a colocação do bem jurídico em perigo.

Seja por violação ao princípio da lesividade, seja ao da culpabilidade, o fato é que não foram poucos os autores, das mais variadas correntes, que se dedicaram a desenvolver modelos explicativos dos delitos de perigo abstrato que servissem de alternativa possível às concepções tradicionais baseadas na mera desobediência à norma.

A sistematização desse debate, malgrado a existência de um número significativo de monografias sobre o tema, ainda é consideravelmente errática, sendo difícil encontrar um único critério capaz de distinguir as diferentes tendências hoje existentes na doutrina.

Mendoza Buergo baseia-se num critério que, à primeira vista, poderia parecer útil para os objetivos da nossa pesquisa. Em sua obra, a autora revisa os principais modelos de interpretação dos crimes de perigo abstrato a partir daquilo que cada autor aponta como elemento configurador do injusto nessa modalidade delitiva: para alguns poucos, uma verdadeira lesão à existência segura de bens jurídicos; para outros, um desvalor (ao menos potencial) do resultado; e, para a maioria, um mero desvalor da ação, ainda que enriquecido com algum critério material que o distinga da pura violação formal do comando legal<sup>383</sup>.

---

<sup>381</sup> Assim, por exemplo, Arthur Kaufmann: *“Dado que el peligro no es un elemento del tipo legal, sino que representa sólo el motivo no nombrado del legislador, el delito se realiza en el caso concreto incluso cuando el peligro - presumido legalmente - no se produce en absoluto en concreto. Ello tiene como consecuencia que al autor no le sirve de nada cuando parte - correcta o erróneamente - de que su comportamiento no es peligroso en absoluto. También la culpabilidad es presumida de modo irrefutable o incluso fingida (...). Que esto supone una contradicción con el principio de culpabilidad, resulta evidente”* (Apud SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1999. p. 41-42).

<sup>382</sup> É o caso de HIRSCH, Hans Joachim. *Sistemática y límites de los delitos de peligro*. *Revista Latinoamericana de Derecho*, Ciudad de México, ano V, n. 9-10, jan./dez. 2008, p. 157-181. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/9/cnt/cnt5.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2012.

<sup>383</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 91.

O primeiro grande obstáculo à adoção desse modelo classificatório é que, na maioria das vezes, os próprios autores não estão dispostos a dar um tratamento unitário aos delitos de perigo abstrato, preferindo interpretá-los de forma variável, de acordo com a redação conferida pelo legislador a cada tipo penal. A adoção de uma postura assim “diferenciadora” dos delitos de perigo abstrato acaba fazendo com que, dentro de um mesmo modelo teórico, eles possam ser caracterizados, ora com base no desvalor do resultado, ora com base no desvalor da ação, colocando em dúvida a eficiência do critério classificatório proposto por Mendoza Buergo.

É o que ocorre, por exemplo, com a proposta de Hörst Schröder, que, a princípio, tenta dar ao injusto dos delitos de perigo abstrato um conteúdo com ênfase no desvalor do resultado, ripristinando em certa medida a idéia original formulada por Kurt Otto Rabl já na década de 30 do século passado.

Rabl partia do entendimento de que todo delito, para que represente um ataque material a interesses jurídicos, exige um resultado concebido como efeito destacado da ação, uma modificação do mundo exterior. Essa regra valeria, inclusive, para os crimes de mera atividade, pois a simultaneidade espaço-temporal verificada entre a ação e o resultado nestes delitos em nada afetaria a dualidade lógica que deve existir entre esses dois conceitos. Do contrário, caso se admitisse a incriminação de condutas independentemente de qualquer repercussão que elas possam provocar na realidade, *“se estaría castigando un comportamiento solo porque contradice una norma y en definitiva, se reprimiría la mera desobediencia”*<sup>384</sup>.

Assim, a proposta de Rabl era no sentido de aplicar a mesma estrutura dos delitos de resultado lesivo a todos os delitos de perigo, inclusive os de perigo abstrato. Para isso, o autor equiparava os crimes de perigo abstrato aos crimes de perigo concreto, defendendo que, mesmo naqueles casos onde o legislador não tenha especificado no tipo qualquer resultado perigoso, a ocorrência deste deverá ser demonstrada, no processo. Com isso, estabelece Rabl as bases da teoria da presunção relativa do perigo, da qual é considerado o fundador.

Schröder, por sua vez, percebendo a existência de uma variedade nas formas de incriminação das situações de perigo por parte do legislador, propõe um ajuste à tese da presunção relativa de perigo defendida por Rabl, restringindo-a a apenas algumas modalidades típicas. Assim, naquelas hipóteses em que a presunção legislativa esteja referida a uma situação de perigo passível de verificação concreta – como seria o caso do delito de

---

<sup>384</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 147-148.

embriaguez ao volante –, acredita o autor ser inaceitável proceder-se a uma condenação baseada na presunção absoluta, na medida em que o próprio caso concreto demonstrar, à toda evidência, que perigo algum existiu. Ao contrário, naqueles outros tipos legais em que o perigo que levou à incriminação ocorre de forma tão difusa que impossibilita sua demonstração caso a caso, defende Schröder que ao interpretar não seria legítimo excluir o crime ao argumento de que falta a realização de um perigo concreto não previsto expressamente no tipo. Na prática, a decisão no sentido da aplicação restritiva dos delitos de perigo abstrato, mediante a exigência de efetiva demonstração da ocorrência do perigo concreto, ou, pelo contrário, da aceitação da presunção legal de que a ação é genericamente perigosa, sem qualquer possibilidade de prova em contrário no processo, dependeria da análise de cada tipo legal específico<sup>385</sup>.

Ainda segundo Schröder, haveria alguns tipos legais estruturados de forma peculiar, nos quais não se precisaria um resultado de perigo concreto, mas cuja descrição típica exigiria uma “aptidão” da conduta para produzir situações de perigo. Nesses casos, que o autor denominou de “crimes de perigo abstrato-concreto”, ocorreria “*una ‘verdadera combinación’ entre elementos de uno y otro peligro, al convertir la ley la idoneidad de una acción para producir un determinado resultado en elemento del tipo*”<sup>386</sup>. Apesar de Schröder ter inicialmente classificado essa modalidade típica como uma espécie de crime de perigo concreto, a verdade é que praticamente toda a doutrina que o seguiu reconheceu nela uma hipótese de crime de perigo abstrato, já que, segundo seu próprio idealizador, também nesses casos não se exigiria do julgador a demonstração da efetiva colocação do bem jurídico em perigo, bastando a indicação da mera potencialidade lesiva da conduta no caso concreto. Seja como for, o fato é que essa peculiar figura delitiva identificada por Schröder segue até o presente momento sendo relacionada pela doutrina amplamente majoritária como uma das formas de aparição dos delitos de perigo abstrato, ainda que receba distintas denominações de um autor para o outro<sup>387</sup>.

A idéia dos delitos de perigo abstrato-concreto, de fato, foi um divisor de águas no estudo dos delitos de perigo abstrato, mas sua descoberta não pode ser atribuída inteiramente

---

<sup>385</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 154.

<sup>386</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 154-155.

<sup>387</sup> Segundo a retrospectiva de Schroeder, Schröder fala em “crimes de perigo abstrato-concreto”, enquanto que ele próprio os denomina de “crimes de perigo abstrato parcialmente concretos”; Dreher/ Tröndle preferem “crimes de perigo potencial”, enquanto que Hoyer usa a expressão “crimes de aptidão” (SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Nuevas tendencias en los delitos de peligro abstracto*. *Revista de derecho de penal*, Buenos Aires, n. 2, p. 119-124, 2007).

a Schröder. As bases desse pensamento já haviam sido formuladas por Karl Binding, ainda no início do século passado<sup>388</sup>.

Dentro da sistemática normativa proposta por Binding, os delitos de perigo comporiam, ao lado dos delitos de dano, a classe mais ampla dos “*delitos de ataque*”, à qual se oporia a classe das puras desobediências ou simples proibições. O elemento comum que uniria essas duas classes de normas incriminadoras seria a desobediência. Para Binding, o delito nada mais é do que uma “*desobediencia culpable del derecho público de sumisión*”, ou seja, “*la ‘contraimagen’ de la acción perfecta, acorde con el deber*”<sup>389</sup>. Os motivos ou os valores escolhidos pelo legislador para incriminar essa ou aquela conduta, como regra, não fazem parte da norma no modelo bindinguiano<sup>390</sup>. No entanto, em alguns casos, a própria norma explicitaria em que sentido a conduta proibida deve estar referida à afetação de bens jurídicos, identificando um “objeto de ataque” cuja afetação deve ser visada pela ação, para além da pura desobediência. Assim, dizia Binding, nos delitos de ataque “*se esconde bajo ‘la cáscara de la desobediencia’ un ‘núcleo que es una lesión de los bienes’*”, lesão esta que seria mais notória nos delitos de dano do que nos delitos de perigo<sup>391</sup>, mas que estaria presente em ambos<sup>392</sup>.

Segundo a concepção de Binding, os delitos de perigo, como todo e qualquer delito de ataque, poderiam se apresentar tanto na forma consumada, quanto na forma tentada. Assim, haveria perigo consumado quando o bem jurídico tivesse entrado em contato com a situação de ameaça de perigo produzida pela ação típica, enquanto que o perigo restaria apenas tentado se, apesar da realização da conduta, nenhum bem jurídico houvesse ingressado no seu raio de eficácia perigosa<sup>393</sup>. Em ambos os casos, contudo, seria imprescindível a existência de algum bem jurídico concreto cuja entrada no raio de ação do autor fosse, pelo menos, possível de

<sup>388</sup> Nesse sentido, Los delitos del peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, t. XXXV, n. 1, p. 825-847, jan./abr. 1981.

<sup>389</sup> BINDING, Karl. *Apud* KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Tradução para o espanhol de Henrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1977. pp. 22-23.

<sup>390</sup> KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Tradução para o espanhol de Henrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1977. p. 16 e 88.

<sup>391</sup> BINDING, Karl. *Apud* KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Tradução para o espanhol de Henrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1977. p. 14-15.

<sup>392</sup> Conforme explica Mendoza Buergo, segundo a concepção de Binding, também nas hipóteses de perigo haveria “*una alteración del estado de cosas en perjuicio del bien jurídico*”, consistente na “*perturbación de la seguridad de la existencia (‘Erschütterung des Daseinsgewißheit’)*”. Desta forma, o perigo não seria somente uma probabilidade de lesão para o bem jurídico, mas uma forma de perturbação específica e autônoma deste bem, caracterizada pela lesão mesma da tranquilidade de uma existência segura. Daí porque incluía Binding os delitos de perigo no mesmo rol dos delitos de lesão, sob a denominação comum de “delitos de ataque” (MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 97).

<sup>393</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. pp. 99-100.

ocorrer. Além disso, exigia o autor que a própria conduta praticada pelo agente fosse capaz, naquele caso concreto, de lesionar o bem jurídico caso eles, por obra do destino, viessem efetivamente a se cruzar. Desta forma, o conceito de perigo com o qual trabalhava Binding não se limitava a situações de perigo concreto, mas tampouco poderia ser reduzido a uma mera presunção legislativa ou a uma periculosidade geral da conduta, tomada apenas como motivo do legislador<sup>394</sup>. No mínimo, a proibição na forma de delitos de perigo deveria referir-se àquelas ações consideradas idôneas para a efetiva colocação em perigo do bem jurídico, onde a periculosidade da conduta não se reduziria ao mero motivo do legislador para incriminá-la, mas a uma característica da ação efetivamente realizada, característica esta que deveria, inclusive, ser abarcada pelo dolo do agente<sup>395</sup>.

Coube a Wilhelm Gallas desenvolver essa idéia original de Binding, esclarecendo que, nas hipóteses por este tratadas como tentativas acabadas de perigo concreto, o que existe, na verdade, não é uma situação real de perigo, mas uma situação de “perigo possível”, determinada por uma especial característica da conduta: a periculosidade. Assim, haveria uma semelhança, mas não uma identidade entre os delitos de perigo concreto e abstrato. Ambos teriam em comum a característica da periculosidade da conduta efetivamente realizada, não bastando, em nenhum dos casos, meras considerações genéricas baseadas no tipo legal em abstrato. Mas os conceitos também se distinguiriam, pois, enquanto nos crimes de perigo concreto o tipo exige o efetivo ingresso de um objeto de proteção no raio de alcance de uma conduta idônea para lesioná-lo, nos crimes de perigo abstrato o tipo se satisfaria com a simples prática dessa conduta idônea, dispensando-se qualquer contato mais próximo entre ela e o bem jurídico<sup>396</sup>.

<sup>394</sup> Nas palavras de Torío Lopez: “*por peligro no entiende Binding únicamente lo que actualmente se denomina ‘peligro concreto’, es decir, una consecuencia o estado originado por la acción y ulterior a ella. Por el contrario, es identificada también como un peligro la acción que, según un juicio de probabilidad, en caso de producirse el contacto entre ambos, es idónea para producir una lesión en el bien jurídico protegido. Para Binding, pues, la misma acción peligrosa es caracterizable como peligro*” (TORÍO LOPEZ, Angel. Los delitos del peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstrato. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, t. XXXV, n. 1, p. 825-847, jan./abr.1981. p. 830).

<sup>395</sup> A maioria da doutrina costuma afirmar que os delitos de perigo abstrato estariam relegados, na teoria das normas de Binding, à classe das puras desobediências. Nesse sentido, por todos, a opinião de KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*. Tradução para o espanhol de Henrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1977. p. 15. Para Mendoza Buergo, no entanto, essa equiparação de todo e qualquer crime de perigo abstrato com as puras desobediências seria imprecisa, na medida em que Binding incluía no conceito de perigo concreto por ele adotado situações hoje classificadas pela doutrina praticamente unânime como casos de crimes de perigo abstrato. Assim, na verdade, várias das teses atualmente usadas pela doutrina para explicar os crimes de perigo abstrato sem identificá-los com as puras desobediências teriam raízes no conceito de perigo (concreto) desenvolvido por Binding (MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 103).

<sup>396</sup> TORÍO LOPEZ, Angel. Los delitos del peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstrato. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, t. XXXV, n. 1, p. 825-847, jan./abr.1981. p. 834.



A distinção entre os conceitos de perigo e periculosidade é a chave para compreender como um injusto fundado exclusivamente no desvalor da ação pode existir sem que acabe caindo na vala comum das meras desobediências. Enquanto o termo perigo está referido às conseqüências causais de uma ação, que importam numa transformação do mundo próxima à lesão de algum bem jurídico específico, o termo periculosidade refere-se à qualidade de determinadas ações que se mostram aptas a produzir transformações perigosas no mundo externo, mas que com estas não se confundem. Há entre a periculosidade e o perigo uma relação de causa e efeito, de modo que todo perigo pressupõe a prática anterior de uma conduta dotada de periculosidade, mas nem toda conduta com essas características leva, sempre e necessariamente, a um resultado de perigo. Nesse sentido, é comum dizer que, nos delitos de perigo abstrato, prescinde-se do resultado de perigo, mas não da periculosidade da conduta.

É a partir dessa diferenciação entre perigo e periculosidade que autores como Andreas Meyer e Hans Joachim Hirsch chegarão a propor a própria alteração da nomenclatura tradicionalmente utilizada para designar os delitos de perigo abstrato. É que, segundo eles, a expressão consagrada pela doutrina – “*abstrakte Gefährungsdelikte*”, cuja tradução literal é “delitos de colocação em perigo abstrata” – não seria apropriada, pois tudo o que não ocorre nesses casos é a colocação de um objeto da ação em situação de perigo, mas apenas a prática de uma conduta concretamente perigosa<sup>397</sup>. O melhor a fazer, portanto, seria denominar essa modalidade delitiva de “crimes de periculosidade”, de modo a explicitar que com “*la comprobación del desvalor de peligrosidad no se trata [aínda] de la puesta en peligro de un objeto, sino de la peligrosidad de la acción del autor*”<sup>398</sup>.

Embora partam de uma mesma categoria básica, a dos crimes de periculosidade, as propostas de Meyer e Hirsch se distanciam na medida em que o primeiro confere a esta modalidade delitiva um tratamento unitário, aplicável a todos os delitos de perigo que não possam ser classificados como de perigo concreto, enquanto que o segundo a subdivide em duas: a dos “*crimes de periculosidade abstrata*”, assim entendidos aqueles tradicionalmente chamados de crimes perigo abstrato pela doutrina, em que o injusto está conformado pela mera prática de uma conduta perigosa em termos gerais; e a dos “*crimes de periculosidade*

---

<sup>397</sup> HIRSCH, Hans Joachim. Sistemática y límites de los delitos de peligro. *Revista Latinoamericana de Derecho*, Ciudad de México, ano V, n. 9-10, jan./dez. 2008, p. 157-181. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/9/cnt/cnt5.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2012. p. 165.

<sup>398</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 313.

*concreta*”, estes sim a exigir uma avaliação da periculosidade em cada caso concreto, desde um ponto de vista *ex ante*.

Assim, ainda que de *lege ferenda* fosse desejável a transformação dos “crimes de periculosidade abstrata” em “crimes de periculosidade concreta”, Hirsch não nega a possibilidade de haver, excepcionalmente, a incriminação de meras infrações de polícia, cabendo ao legislador, no entanto, “*alegar razones especiales para tratarlos dentro del derecho penal*”. Tais razões, segundo o autor, podem referir-se, p. ex., a um alto grau de probabilidade da ocorrência de um dano grave, o que poderia dispensar a demonstração da periculosidade da conduta naquele caso concreto. Mesmo nessas hipóteses excepcionais de proibição absoluta de um comportamento, porém, defende o autor que a pena cominada para o crime de periculosidade abstrata seja menor do que aquela prevista para as ações cuja potencialidade lesiva para o bem jurídico tenha sido aferida, *ex ante*, no caso concreto, de modo a manter um certo equilíbrio do sistema<sup>399</sup>.

A proposta de Meyer pode ser considerada mais restritiva do que a de Hirsch, na medida em que não abre mão da análise da periculosidade da conduta efetivamente praticada em toda e qualquer modalidade de incriminação. Mas ela tão pouco está livre de críticas, na medida em que o autor acaba concedendo que o tipo subjetivo nesses delitos de periculosidade não precisa vir formado pelo dolo, sendo suficiente que o agente tenha agido apenas de forma culposa quanto à periculosidade de sua conduta em relação ao bem jurídico. É que, a seu ver, uma vez que o elemento da periculosidade não está expresso no tipo, mas decorre de uma interpretação deste conforme a Constituição, seria demasiado exigir que o agente atuasse com conhecimento atual quanto a esse aspecto do tipo objetivo<sup>400</sup>. Assim, o conhecimento efetivo da periculosidade da conduta praticada só seria exigido naquelas hipóteses denominadas por Schröder de “*crimes de perigo abstrato-concreto*”. Em todos os demais casos, a incriminação do perigo abstrato assumiria a forma de um delito imprudente tentado.

Essa, aliás, é uma forte tendência na doutrina alemã mais recente. Ao invés de conceber os delitos de perigo abstrato como hipóteses de tentativa de perigo concreto, tal como inicialmente sugerido por Binding, muitos autores contemporâneos têm sustentado que a fórmula para explicar a existência de incriminações baseadas na simples violação de um

---

<sup>399</sup> HIRSCH, Hans Joachim. Sistemática y límites de los delitos de peligro. *Revista Latinoamericana de Derecho*, Ciudad de México, ano V, n. 9-10, jan./dez. 2008, p. 157-181. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/9/cnt/cnt5.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2012. p. 173.

<sup>400</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 314-315.

dever legal, sem com isso afrontar o princípio da culpabilidade, estaria no tratamento dos delitos de perigo abstrato como hipóteses de “delitos imprudentes sem resultado” ou “tentativas imprudentes”.

Eckard Horn, por exemplo, concebe os crimes de perigo abstrato como “*delitos imprudentes específicos ou especiais*”, cuja diferença em relação aos demais tipos culposos estaria em não exigir a concreta produção de uma lesão ao bem jurídico. A violação do dever de cuidado necessário, assim como em todo e qualquer delito culposos, deve ser aferida em cada caso concreto, de modo que não basta, para o autor, a simples subsunção da conduta à norma, sendo necessário um juízo valorativo complementar. Para Horn, portanto, os crimes de perigo abstrato são constituídos por ações concretamente violadoras do dever de cuidado em relação à produção de uma lesão ao bem jurídico, cuja punição independe da ocorrência de qualquer lesão ou perigo efetivo. Excepcionalmente, contudo, o autor admitirá a existência de “*infracciones del deber de cuidado especialmente tipificadas (‘vertype Sorgfaltswidrigkeit’)*”, cuja ocorrência dispensa qualquer verificação de culpa no caso concreto, “*ya que se entiende que la infracción se da en todo caso, en la medida en que la norma está constituida de manera que hace evidente tal relación con el bien jurídico*”<sup>401</sup>.

Ainda nessa linha de identificar a estrutura dos crimes de perigo abstrato com a dos crimes culposos está a proposta de Wolfgang Brehm. Este autor atribui o equívoco de explicar os delitos de perigo abstrato por meio de uma presunção legal ao “*dogma do injusto de resultado*”. É que, uma vez que se admita a existência de crimes sem resultado, os crimes de perigo abstrato podem ser facilmente explicados na forma de infração a um concreto dever de cuidado, tal como ocorreria em todos os delitos culposos. Assim, o decisivo para o juízo de antijuridicidade nos crimes de perigo abstrato “*no es que la acción sea causal respecto de un determinado resultado, sino que fuera adecuada para producirlo*”. Dito de forma diferente, o injusto dos delitos de perigo abstrato se satisfaz com “*la aptitud cognoscible ex ante’ de la acción para producir un ‘menoscabo del bien jurídico’*”, independentemente dessa qualidade perigosa da ação estar ou não coberta pelo dolo do autor<sup>402</sup>.

Na mesma linha de seus antecessores, contudo, Brehm também não é rigoroso na exigência de violação ao dever de cuidado em todo e qualquer crimes de perigo abstrato. Para ele, isso só seria obrigatório naqueles tipos que têm por objetivo a proteção imediata de um bem jurídico individual. No caso de crimes de perigo abstrato vinculados a bens jurídicos

---

<sup>401</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 211-212.

<sup>402</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 215-218.

coletivos, com alto grau de abstração, o injusto já estaria constituído pela simples violação da norma proibitiva. É que, nestas hipóteses, a norma teria uma utilidade própria (*“utilitarismo de la regla”*) ao desempenhar *“una función de organización, regulativa”*, de modo que seu interesse primário seria *“el de constituir y mantener una situación regulada que se designa como un interés abstracto”*, e não o de proteger um bem jurídico específico de condutas individualmente perigosas (*“utilitarismo del acto”*)<sup>403</sup>.

A proposta de interpretação dos delitos de perigo abstrato formulada por Bernd Schünemann é igualmente focada no puro desvalor da ação, mas pode ser considerada ainda mais radical do que a de Brehm e Horn, na medida em que o autor defende, explicitamente, que seu modelo de perigo como *“tentativa imprudente”* não se caracteriza *“por la contrariedad objetiva al deber de cuidado, sino por la infracción subjetiva de tal deber”*. Assim, *“la caracterización propia de los delitos de peligro abstracto es, para Schünemann, la de una tentativa imprudente incluso inidónea”*. Isto significa que, mesmo um agente que tome todas as cautelas objetivamente necessárias para afastar qualquer possibilidade de lesão ao bem jurídico, deverá ser punido, caso ele, segundo seu próprio ponto de vista, não tivesse pleno e prévio conhecimento de que o bem jurídico estava efetivamente excluído de qualquer risco<sup>404</sup>.

Schünemann também se destaca por ser um dos principais defensores do tratamento diferenciado às várias espécies de crime de perigo abstrato identificadas na legislação. São criações suas as figuras dos *“delitos de perigo abstrato com bem jurídico intermédio espiritualizado”* e dos delitos que tipificam *“ações em massa”*, concepções estas que acabaram sendo acolhidas por inúmeros autores e que hoje já fazem parte do repertório conceitual de um *“direito penal moderno”*. Com a primeira figura, Schünemann refere-se exatamente àqueles tipos penais relacionados a bens jurídicos verdadeiramente coletivos, que, em razão de seu alto grau de indeterminação e espiritualização, não podem ter sua afetação concreta demonstrada em cada caso individual. Assim, embora eles sejam mais propriamente lesados do que postos em perigo pela prática das condutas incriminadas, a forma de incriminação mais eficiente para protegê-los seria a dos crimes de perigo abstrato, onde se

<sup>403</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 215-220.

<sup>404</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 223-224. Na visão particular de Hoyer, a punição nesses casos de tentativa inidônea de crimes imprudentes estaria justificada em razão do perigo que uma avaliação equivocada da situação de risco pelo agente, por si só, já representa para o bem jurídico. Desta forma, *“el castigo de comportamientos concretamente no peligrosos – incluso tentativas inidóneas de poner en peligro – no origina necesariamente ‘injusticias’, ya que éstos no dejan de ser merecedores de punición en la medida que afectan a la seguridad de un bien jurídico”* (MENDOZA BUERGO, Blanca. Ob. cit., p. 228-229).

dispensa qualquer demonstração do resultado lesivo ou perigoso da ação em relação ao bem jurídico<sup>405</sup>. Com a segunda figura, Schünemann se refere àquelas condutas cuja incriminação não está baseada na afetação do bem jurídico no caso concreto, e nem mesmo em geral, mas que não podem ser toleradas em razão do risco que representam para o funcionamento de um específico âmbito do sistema social, caso sejam copiadas por um número elevado de pessoas. O objetivo da incriminação das “ações em massa”, portanto, não é o de prevenir perigos específicos, mas sim o de uniformizar os comportamentos dos indivíduos que participam de determinados âmbitos sociais, de “*automatizar los comportamientos de masa a través de rígidas reglas con una función de organización primaria, de modo que en estos delitos se anuda la pena a la mera infracción de la regla por razones ‘didácticas’*”<sup>406</sup>.

Esse caminho da estandarização do comportamento em determinados âmbitos sociais, que em Schünemann serve para justificar uma das formas de aparição dos delitos de perigo abstrato (as ações em massa), em Günther Jakobs será usado como argumento principal para admitir incriminações independentemente de qualquer criação de perigo. Para este último autor, “*los delitos de peligro abstracto están formulados como delitos de desobediencia, es decir, se exige al sujeto a la norma que obedezca aún cuando esté descartada la puesta en peligro concreto*”<sup>407</sup>. Ao seu ver, não há nada de problemático nesse tipo de tratamento formal dispensado pelo legislador, desde que a obediência à norma enquanto tal seja efetivamente necessária para a organização de determinado âmbito social. Assim, se a testemunha mente em juízo acerca de sua idade, ainda que tal fato não tenha qualquer importância para o processo em si, o fato é penalmente relevante, na medida em que “*el mero ejercitar la obediencia tiene aún sentido, a pesar de la evidente falta de peligrosidad, cuando hay que ejercitar en la observancia de la regla*”. Nesses casos, é a observância da regra o que constitui a própria essência de determinado âmbito social, que simplesmente desapareceria caso fosse relegado a cada indivíduo aferir, no caso concreto, se a violação da norma representa ou não um incremento do risco para o bem jurídico<sup>408</sup>.

---

<sup>405</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 52-53.

<sup>406</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 56.

<sup>407</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução para o espanhol de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 212-213.

<sup>408</sup> Para demonstrar isso, Jakobs lança mão de outro exemplo: “*Si los conductores, en las ciudades, se pararan a pensar en cada ocasión si merece la pena detenerse ante el semáforo en rojo, dejaría de haber un tráfico rodado fluido a la vez que seguro*” (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução para o espanhol de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2.

Em outros casos, contudo, onde a incriminação não esteja especificamente baseada na necessidade de se exercitar a observância da norma ou quando o bem jurídico individual não tenha sido substituído por um outro mais abstrato que o represente (crimes com bem jurídico intermédio espiritualizado), entende Jakobs que pode ser necessário “*enriquecerse el tipo mediante el requisito no descrito de una imprudencia – sin consecuencias – en relación con el bien protegido*”. Isso seria importante, principalmente, quando existirem outras figuras típicas de lesão ou perigo concreto ao mesmo bem jurídico punidas com pena inferior àquela cominada no tipo de perigo abstrato, hipótese em que o mencionado processo de “enriquecimento” seria útil para “*equilibrar el marco penal y la cantidad de injusto*”<sup>409</sup>. No final das contas, o que faz o autor é inverter a lógica com que trabalha a maior parte da doutrina hoje: ao invés de tomar os delitos de periculosidade (ou de idoneidade) como regra em relação à qual as meras desobediências seriam exceções, Jakobs parte da premissa de que os delitos de perigo abstrato são puras desobediências que, eventualmente, podem ser restringidas para evitar graves contradições internas do ordenamento jurídico.

O mais extremado representante dessa linha neoformalista, contudo, é Dietrich Kratsch. Partindo da idéia de que a tarefa protetiva confiada pela constituição ao direito penal é “omnicomprensiva”, defende o autor que uma eficaz proteção dos bens jurídicos só existirá “*cuando en la lucha contra el injusto es eliminado cualquier azar y las correspondientes regulaciones son completas y sin lagunas*”. Para atingir tal objetivo preventivista, concebe o direito penal como um “*sistema de dirección o regulación (‘Steuerungssystem’) de conductas*”, cujo funcionamento independe de qualquer resultado causal e, logo, azaroso. A técnica legislativa dos crimes de perigo abstrato seria especialmente importante para o correto funcionamento desse sistema na medida em que nela prescinde-se de qualquer relação real ou mesmo potencial entre a ação do autor e um objeto individual da ação. Sendo assim, a análise legislativa acerca da necessidade de incriminação, bem como o próprio juízo de aplicação da norma, não deve se basear em qualidades da ação concretamente realizada, mas apenas em cálculos estatísticos sobre o risco que condutas como esta representam para o bem jurídico em geral. O fato de algum objeto da ação haver ou não ingressado no raio de intervenção da conduta e, mais ainda, a circunstância dele haver sido lesionado ou não é algo totalmente dependente do azar e, como tal, não deve ser levado em consideração para fins preventivos.

---

ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 213). O mesmo raciocínio valeria, aliás, para os casos de bagatela (nos crimes de lesão) e para os chamados crimes de acumulação.

<sup>409</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução para o espanhol de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 213-214.

Só dessa forma, acredita o autor, seria possível afastar por completo o risco de lesão ao bem jurídico, removendo-se qualquer lacuna na atuação protetiva do direito penal<sup>410</sup>.

Posicionamentos assim entusiasmados com a edição de tipos de perigo abstrato não são exclusividade daqueles que restringem o conteúdo do injusto a um puro desvalor da ação, seja ele entendido como pura externalização de uma vontade contrária à norma, seja já visto como uma desobediência enriquecida por um juízo de periculosidade *ex ante*. Também autores que alegam trabalhar com concepções fundadas no desvalor do resultado podem ser entusiastas extremados dessa forma de manifestação expansiva do poder punitivo. É o que ocorre, por exemplo, com a proposta formulada por Jürgen Wolter.

Wolter defende abertamente a progressiva substituição dos delitos de lesão e de perigo concreto por delitos de perigo abstrato nas suas mais variadas formas de apresentação. No entanto, ao mesmo tempo em que defende uma tal “modernização do direito penal”, acredita o autor que a forma mais eficaz de se construir esse “direito penal do risco” é evitando a criação de perigos e lesões objetivas, muito mais do que a simples externalização de intenções contrárias à norma incriminadora. Por isso, propõe ele um protótipo de injusto fundado em algo mais do que o mero desvalor da ação<sup>411</sup>.

De acordo com a proposta original de Wolter, o injusto penal seria formado em três estágios, de acordo com o grau de concretização do risco para o bem jurídico. O primeiro estágio – do desvalor da ação – seria exigido em todo e qualquer injusto penal e corresponde à própria realização da ação proibida, ou seja, à violação formal da regra de proibição contida na norma incriminadora. A este primeiro estágio se seguiria um segundo, a que ele denomina de “desvalor de periculosidade” ou “desvalor de resultado primário” e que consiste na criação, ao menos imprudente, de um risco juridicamente desvalorado e adequado para lesionar o bem jurídico. Tal risco não se confundiria com aquele que compõe o terceiro estágio do injusto, o “desvalor de resultado secundário”, eis que, diferentemente deste, é avaliado desde um ponto de vista *ex ante*; mas tão pouco pode ser incluído no próprio desvalor da ação, uma vez que não se restringe a uma simples característica objetiva desta, mas constitui já um estado de coisas dela separado.

Ainda de acordo com Wolter, a realização do terceiro estágio (desvalor de resultado secundário) seria exigida somente para os delitos de resultado de lesão e de perigo concreto, enquanto que a mera existência do primeiro estágio (desvalor da ação) seria, como regra,

---

<sup>410</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 287-291.

<sup>411</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 166.

insuficiente para a caracterização de qualquer injusto. O verdadeiro protótipo de injusto para um “direito penal do risco” eficaz, portanto, estaria num meio termo entre esses dois estágios, ou seja, naquilo que o autor denomina de “desvalor de periculosidade” ou “desvalor de resultado primário”. A periculosidade aferida nesse estágio, contudo, não deve ser confundida com a “*mera peligrosidad supuesta de la acción, en el sentido de que la acción concreta pertenece a la ‘clase’ de acciones reputadas peligrosas por el legislador y, por ello, descrita en un tipo delictivo*”. Ao contrário, trata-se da “*creación, como consecuencia o efecto de la acción, de un serio peligro ex ante de lesión del bien jurídico (a diferenciar del peligro de lesión como resultado de los delitos de peligro concreto, a juzgar ex post)*”<sup>412</sup>.

É a partir desse modelo de injusto, constituído pela combinação do desvalor da ação com o desvalor de resultado primário, que Wolter buscará, não apenas classificar as diferentes formas de tipificação usadas pelo legislador, como também estimular a progressiva substituição dos delitos de resultado por “*delitos de emprendimiento improprios dolosos o imprudentes*” ou, como ele próprio os denomina, “*delitos de lesión potencial*”<sup>413</sup>. Nesse linha, o autor propõe uma subdivisão da categoria dos delitos de perigo abstrato nos seguintes termos:

1. O primeiro subgrupo com o qual trabalha Wolter é o dos “*crimes de perigo abstrato propios*”, assim entendidos aqueles que, excepcionalmente, estariam fundados no puro desvalor da ação, independentemente de qualquer criação de “desvalor de periculosidade” ou de “resultado primário”. Dentre eles inclui o autor as chamadas “ações em massa”, de que seria exemplo o delito de embriaguez ao volante, e os delitos baseados na falta de autorização administrativa para agir (“*Prüfstellendelikye*”), que seriam a regra entre os crimes ambientais e econômicos. Nesses casos, ainda que a proteção de bens jurídicos concretos não faça parte do “*contenido inmediato de la norma*”, a incriminação pode ser considerada legítima, na medida em que seja possível estabelecer uma “*relación mediata*” entre a conduta proibida e “*considerables puestas en peligro o lesiones de bienes como la vida, la integridad etc*”. Ou seja, para que possa ser admitida no rol dos crimes de perigo abstrato próprios, a incriminação

<sup>412</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 179. É também por conta dessa peculiar construção – de um “desvalor do resultado primário” que não está situado, nem na ação, nem no resultado propriamente dito – que a doutrina diverge quanto à concepção de injusto adotada por Wolter. Meyer, por exemplo, identifica na proposta de Wolter uma tentativa de demonstrar a existência de resultado ao menos em alguns crimes de perigo abstrato, enquanto que Martin toma suas idéias como base para exigir, em todo e qualquer delito, inclusive nos de perigo abstrato, a ocorrência de um resultado, ainda que aferido desde um juízo *ex ante* (MENDOZA BUERGO, Blanca. Ob. cit., p. 165, nota 262)

<sup>413</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 169.



deve submeter-se a um processo de enriquecimento que torne evidente seu “*claro contenido criminal*”. Ao contrário, incriminações que não satisfaçam o “princípio da certeza”, ou seja, cuja relação entre a ação proibida e a afetação do bem jurídico não seja de tal modo evidente, devem ser “*eliminadas del ámbito del injusto criminal y, si acaso, ser convertidas en infracciones administrativas*”<sup>414</sup>.

2. O segundo subgrupo, denominado de “*crimes de perigo abstrato impróprios*”, trata exatamente daquelas figuras típicas que, mesmo não sendo expressas em relação à exigência de um “desvalor de resultado primário” (ou “desvalor de periculosidade”), só se aperfeiçoam quando “*el juez, como observador objetivo, (...) realizando una prognosis objetivo-posterior, tomando como punto de referencia el momento en el que el autor acaba su acción (ex ante)*”, pode concluir que a conduta praticada era idônea para produzir uma situação objetiva de perigo para o bem jurídico. Aqui, não se trata mais de uma avaliação em tese, acerca do vínculo que determinada classe de condutas geralmente guarda com a afetação de bens jurídicos, tal como ocorre nos crimes de perigo abstrato próprios, mas sim de uma avaliação da periculosidade daquela conduta em concreto. Como a exigência desse desvalor de periculosidade não vem expressa nos delitos de perigo abstrato impróprios, Wolter reconhece que a viabilidade de uma tal interpretação restritiva de tipos baseados na mera realização da conduta deve ser avaliada de acordo com a estrutura de cada tipo específico, de modo que acaba acatando a proposta de Schröder “*de que una interpretación limitadora debe ser admisible [somente] allí donde el tipo sirva a la protección de determinados objetos concretados, respecto a los que se pueda determinar con seguridad en el caso individual si han sido realmente puestos en peligro*”<sup>415</sup>.

3. Ao lado desses dois grandes subgrupos, Wolter ainda trabalha com uma ampla variedade de crimes de perigo abstrato, como os “delitos de perigo ou lesão potencial”, que correspondem ao que usualmente se denomina de delitos de idoneidade ou aptidão, assim entendidos aqueles em que já vem expressa no próprio tipo a exigência de que a conduta se mostre idônea, no caso concreto, para a afetação lesiva ou perigosa do bem jurídico, e os “delitos com bem jurídico intermédio espiritualizado”, que têm sua lesividade avaliada, não em função de bens jurídicos individuais, mas sim em razão do risco que a conduta proibida

---

<sup>414</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 170-173.

<sup>415</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 173-175.

representa para algum ente ou instituição com existência autônoma, de modo que o desvalor de resultado nesse caso seria mais propriamente um “desvalor de resultado mediatizado”<sup>416</sup>.

Muito mais restritiva do que a de Wolter, é a proposta desenvolvida por Jörg Martin, que enxerga no risco desaprovado de produção de uma lesão o próprio resultado dos delitos de perigo abstrato (e não apenas um “*desvalor de resultado primário*”). Assim, o injusto dos crimes de perigo abstrato não se limita ao simples desvalor da ação, assim entendido como a mera vontade contrária à lei. A este se soma a necessária “*creación de un riesgo de lesión del bien jurídico protegido*”, que é uma situação real destacada da ação, ainda que avaliada desde uma perspectiva estritamente *ex ante*. Uma conclusão como essa é possível, segundo o autor, desde que se reconheça, por um lado, que “*la peligrosidad de la acción no es solo motivo del legislador, sino que también representa un elemento material de la punibilidad*”, e, por outro lado, que o resultado jurídico-penal não depende sempre e necessariamente de “*modificaciones perceptibles en el mundo exterior*”, bastando que possa “*separarse lógica, así como espacial y temporalmente de la acción*”<sup>417</sup>. Dessa forma, exigindo também para os crimes de perigo abstrato a ocorrência de um resultado, ainda que avaliado desde uma perspectiva *ex ante*, Martin opõe-se fortemente àquelas construções doutrinárias tradicionais que restringem a interpretação dos crimes de perigo abstrato à mera tipicidade formal, confundindo-se, na maioria das vezes, com a simples desobediência.

Essa proposta de Martin, de designar, nos crimes de perigo abstrato, de desvalor do resultado a avaliação *ex ante* acerca da periculosidade da conduta, é bem ilustrativa de como os conceitos podem ser manipulados, a ponto de já não se saber ao certo a que se referem no final das contas. Realmente, na medida em que o mesmo juízo de periculosidade (*ex ante*) é denominado por alguns de desvalor da ação (Meyer e Hirsch, por exemplo) e por outros de desvalor do resultado (Martin), torna-se difícil precisar os significados das palavras; e o modelo classificatório sugerido por Mendoza Buergo, baseado no conteúdo do injusto atribuído por cada autor aos delitos de perigo abstrato, vai se revelando cada vez mais insuficiente.

Mesmo entre aqueles autores que trabalham os delitos de perigo abstrato como injustos formados pelo desvalor do resultado, não há uniformidade de tratamento conceitual. Para uns (Schröder), o desvalor do resultado – exigido apenas em algumas espécies de crimes de perigo abstrato – seria aquele efeito causal da ação que representa uma situação de perigo

<sup>416</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 175.

<sup>417</sup> MARTIN, Jörg. *Apud* MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 188-189.

concreto para o bem jurídico. Para outros (Wolter), o desvalor do resultado se desdobraria em dois momentos: o desvalor de resultado primário, equivalente ao desvalor de periculosidade de que tratam Meyer e Hirsch, e o desvalor de resultado secundário, somente exigido para a caracterização dos delitos de perigo concreto. Já para Martin, o desvalor do resultado dos crimes de perigo abstrato seria sempre, em qualquer hipótese, equivalente ao desvalor da ação de Meyer. A situação se complica ainda mais quando se inclui nesse debate a proposta de Urs Kindhäuser, que trata o perigo como uma hipótese *sui generis* de dano, de modo que todas as formas de incriminação existentes no direito penal consistiriam, em última análise, em delitos de resultado de lesão.

Segundo a concepção de Kindhäuser, haveria uma grave contradição entre aqueles autores que, partindo do “paradigma do ataque”, admitem a incriminação de condutas apenas perigosas. O raciocínio de que parte o autor é simples: se a norma se legitima materialmente pelo fim de evitar lesões a bens jurídicos e se, nos delitos de perigo, o tipo se aperfeiçoa independentemente da ocorrência de qualquer lesão, então “*el círculo de los comportamientos prohibidos sería mayor que el de los contrarios al fin de la norma*” e a parte excedente estaria sendo punida sem qualquer fundamento. De fato, mesmo que fosse possível afirmar, de antemão e com absoluta certeza, que todas as condutas *ex ante* perigosas conduzem, no final das contas, a um resultado lesivo *ex post*, não faria sentido criminalizar meras colocações do bem jurídico em perigo. Se o que se quer, efetivamente, é proteger o bem jurídico de lesões, então basta castigar as condutas lesivas, pois, para esse fim específico, “*las normas de peligro son superfluas*”<sup>418</sup>.

Para superar esse impasse, Kindhäuser propõe o abandono do próprio “paradigma do ataque”, segundo o qual o poder punitivo só poderia ser legitimamente exercitado para o fim específico de proteger bens jurídicos de lesões. Segundo lhe parece, essa não é uma conclusão necessária. Uma vez que se tome o bem jurídico como um meio para o desenvolvimento pessoal, é possível concluir que sua utilidade não é diminuída apenas quando ele é substancialmente lesado, mas também quando a pessoa não possa dele dispor de forma ótima, ou seja, livre de preocupações acerca de uma possível lesão no caso de vir a ser utilizado desta ou daquela forma. “*La disposición de bienes sin peligro*”, dirá Kindhäuser, constitui por si só um valor, “*distinto del valor de la integridad sustancial, pero igualmente merecedor de*

---

<sup>418</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 113-116.

*protección*”<sup>419</sup>. Dito em outras palavras, a conduta que representa um perigo para o bem jurídico não deve ser entendida como um estágio prévio ao de lesão, mas já como uma espécie de “*daño sui generis con lesividad propia e independiente*”<sup>420</sup>.

Dentro do modelo proposto por Kindhäuser, a distinção entre perigo concreto e perigo abstrato se daria, fundamentalmente, em razão de quais condições para a manutenção da livre disponibilidade do bem são afetadas pela conduta do agente. Assim, pode-se falar em crime de perigo concreto quando a conduta do agente, por já ter saído de seu poder de controle, afeta a capacidade da vítima de garantir, por si mesma, a livre disposição do bem jurídico. Neste caso, fala o autor em “*aguda indefensión del bien*”, cuja integridade fica na total “*dependencia de influjos heterónomos*”. Já no caso dos delitos de perigo abstrato, a conduta do agente não afeta a capacidade da própria vítima assegurar, autonomamente, a integridade do bem, mas sim “*condiciones de seguridad heterónomas que son imprescindibles para una disposición despreocupada de los bienes*”. Ou seja, acredita o autor que, em razão das próprias características da sociedade contemporânea, os indivíduos encontram-se, muitas vezes, incapacitados de garantir o livre gozo dos bens necessários ao seu desenvolvimento pessoal (segurança autônoma), razão pela qual o direito compensaria essa limitação através de “*medidas precautorias necesarias para la disposición sin peligros sobre los bienes en el marco de lo socialmente adecuado*” (segurança heterônoma). É exatamente a conduta individual que atente contra estas medidas preventivas heterônomas, diminuindo a segurança das potenciais vítimas, abstratamente consideradas, acerca da possibilidade de livre gozo dos bens jurídicos a elas relacionados (como as normas penais relacionadas ao tráfego viário, por exemplo), o que caracterizaria, para Kindhäuser, o crime de perigo abstrato<sup>421</sup>.

A idéia de segurança, desta maneira, seja ela autônoma (a cargo da própria vítima) ou heterônoma (a cargo do Estado), assume um lugar de destaque na teoria dos delitos de perigo defendida por Kindhäuser. O fim das normas que incriminam condutas perigosas, segundo sua concepção, e ao contrário do que reza o paradigma do ataque, não é o de prevenir lesões a bens jurídicos, mas sim o de preservar a confiança dos indivíduos na segurança de que podem gozar de seus bens de forma despreocupada. Exatamente por isso, aliás, é que o fato do resultado lesivo ou perigoso ao bem jurídico vir ou não a ocorrer no caso concreto é absolutamente irrelevante para a caracterização do injusto, pois o que interessa para a

<sup>419</sup> KINDHÄUSER, Urs Konrad. *Apud* MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 119.

<sup>420</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 119.

<sup>421</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 119-122.

configuração normativa é somente o efeito que a conduta produz na confiança da vítima e essa existirá independentemente de qualquer desdobramento causal sobre o bem jurídico. Assim, por entender o abalo da confiança, por si só, como um dano *sui generis* à pessoa, com lesividade própria, Kindhäuser acredita poder escapar da crítica que ele próprio formulara contra os autores que, baseando-se no paradigma do ataque, defendem a punição de condutas meramente perigosas e não lesivas<sup>422</sup>.

#### 5.1.4. Avaliação crítica do debate e tomada de posição

A breve revisão que acabamos de fazer das incontáveis propostas explicativas dos delitos de perigo abstrato não é exaustiva e nem era esse o nosso propósito. As nuances envolvendo essa discussão são tantas que insistir numa descrição mais pormenorizada só serviria para exaurir a paciência do leitor, sem nunca esgotar o tema. No entanto, a partir do pouco que foi visto, já é possível perceber como as inovações doutrinárias sobre o assunto raramente são suficientes para romper definitivamente o critério puramente formal adotado pela doutrina tradicional para explicar os delitos de perigo abstrato.

Ainda que o critério da periculosidade seja adotado pela maioria dos autores na atualidade, ele raramente vale para todas as formas de aparição dos delitos de perigo abstrato. Para muitos, a periculosidade da conduta só é exigida quando expressamente descrita no tipo legal, tal como se dá nos tipos de perigo abstrato-concreto de que falava Schröder. Outros tantos admitem a expansão dessa avaliação acerca da concreta capacidade lesiva da conduta para tipos que não exijam essa circunstância expressamente, o que, em todo caso, dependeria das peculiaridades de cada tipo legal e, principalmente, da natureza mais ou menos difusa do bem jurídico a ele vinculado. A substituição dessa análise casuística por critérios baseados na violação do dever de cuidado, em analogia aos delitos imprudentes, tampouco garante, por si só, que puras desobediências sejam elevadas à categoria de crimes de perigo abstrato, pois muitos são os autores que acabam deduzindo a violação do dever de cuidado da mera realização da conduta formalmente proibida, sem maiores indagações sobre se, naquele caso concreto, a ação praticada se mostrava apta a lesionar um eventual bem jurídico que, ao acaso, viesse a ingressar no raio de ação do autor.

Mesmo a peculiar proposta de Kindhäuser não está livre de críticas, pois a substituição do perigo ao bem jurídico original pelo dano *sui generis* à sua segurança nada mais representa

---

<sup>422</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 126-127.

do que uma simples “*troca de etiquetas*”<sup>423</sup>. Por meio desse artifício, Kindhäuser tenta superar o problema da carência de lesividade nos delitos de perigo, mas não consegue ocultar a evidência de que condutas só podem ser consideradas lesivas à segurança das pessoas enquanto representem algum risco de lesão para bens jurídicos de verdade. Afinal, diante de condutas que não representem qualquer risco de lesão, nenhuma pessoa racional se preocuparia com a preservação de sua segurança. Em outras palavras, a segurança não tem existência autônoma; ela está sempre relacionada a situações reais de perigo de lesão para bens jurídicos.

A solução para todos estes problemas estaria, segundo a opinião de Mendoza Buergo, na adoção de um tratamento rigorosamente unitário para os delitos de perigo abstrato, exigindo-se sempre e em qualquer hipótese “*que el comportamiento muestre en concreto una peligrosidad desde una perspectiva ex ante*”<sup>424</sup>. Para a autora, o mais importante nessa discussão não é onde, no final das contas, será inserido esse requisito adicional exigido pelos tipos de perigo abstrato: se no desvalor (objetivo) da ação ou no desvalor (potencial ou primário) do resultado<sup>425</sup>. O que de fato importa, “*en cualquier caso, y con independencia de su inclusión en el desvalor de acción o en el de resultado*”, é insistir na “*defensa de la exigencia de la peligrosidad objetiva de la conducta como presupuesto necesario para su relevancia penal*”<sup>426</sup>.

Um dos caminhos possíveis e que parece a Mendoza Buergo ser o mais apropriado para assegurar esse tratamento unitário dos delitos de perigo abstrato é o de estender também a eles a primeira fase do juízo de imputação objetiva, enriquecendo o tipo penal com uma avaliação normativa acerca do que a conduta realizada representa em termos de criação ou incremento de risco não permitido para o bem jurídico<sup>427</sup>. Sua proposta, nesse sentido, se aproxima daquela defendida por Wolfgang Frisch, que toma esse critério da criação do risco proibido não como a primeira fase de um juízo de imputação escalonado, tal como tratado

<sup>423</sup> HIRSCH, Hans-Joachim. *Apud* MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 133, nota 195.

<sup>424</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 387.

<sup>425</sup> Ainda que, na opinião pessoal da autora, o desvalor objetivo de periculosidade forme “*parte, en la mayoría de los presupuestos, del propio desvalor de la conducta, ya que estos delitos no presuponen la efectiva puesta en peligro de un bien jurídico, ni su injusto incluye, en la mayoría de los casos, la producción de un resultado, aunque no hay mayor inconveniente en considerarlo como un desvalor potencial de resultado, para afianzar la exigencia de algo más que la mera realización de la acción típica*” (MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 404).

<sup>426</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 404-405.

<sup>427</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 442.

pela doutrina majoritária, mas sim como um “*elemento nuclear de la conducta típica de los delitos de resultado*”<sup>428</sup>.

Diferentemente de Frisch, contudo, a autora espanhola não vê razão para limitar esse elemento nuclear da conduta típica (a periculosidade) apenas aos delitos de resultado. Afinal, se a criação do risco é avaliada segundo um ponto de vista *ex ante*, ou seja, prévio à ocorrência do resultado, então não há por quê restringir sua exigência aos delitos dependentes de um resultado externo separável da ação. Ao contrário, acredita Mendoza Buergo que esse componente da potencialidade lesiva da conduta, que representa a criação do risco proibido no caso concreto, deve ser generalizado para todas as figuras típicas, tornando-se “*parte integrante de una teoría de la definición y configuración de la conducta típicamente relevante y así, del injusto*”<sup>429</sup>. Com isso, acredita ela ser possível “*igualar el tratamiento de la determinación y comprobación judicial del injusto objetivo (primer nivel de imputación) de los delitos de peligro abstracto con todos los demás*”, rejeitando-se, por completo, qualquer possibilidade de incriminação baseada exclusivamente na mera violação formal da norma<sup>430</sup>.

Na medida em que se “*leve a sério*” a exigência do requisito da periculosidade para todo e qualquer delito de perigo abstrato, Mendoza Buergo acredita que muitas das novas espécies de crimes de perigo abstrato que vêm sendo identificadas pela doutrina podem ser declaradas inconstitucionais, por violação aos princípios da lesividade e da culpabilidade, ou, no mínimo, reinterpretadas na forma de um legítimo delito de periculosidade<sup>431</sup>. Isso valeria, de modo geral, para os delitos de perigo abstrato “puro”, assim entendidos aqueles baseados na mera presunção de perigo ou no perigo como simples motivo do legislador, mas também se aplicaria às hipóteses de ações em massa, aos delitos fundados na ausência ou infração de uma autorização administrativa e aos delitos de acumulação. Em todos esses casos, a impossibilidade ou inexigibilidade típica de se demonstrar a periculosidade da conduta concreta e isoladamente realizada tornaria a incriminação ilegítima.

---

<sup>428</sup> FRISCH, Wolfgang. La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático. In: FRISCH, Wolfgang e ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: *B de f*, 2006. p. 49.

<sup>429</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 445-450.

<sup>430</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 453.

<sup>431</sup> Essa seria a denominação preferida da autora, pois evidencia a característica fundamental que deve estar presente em todo e qualquer delito de perigo abstrato. Não obstante, Mendoza Buergo prefere manter a nomenclatura já difundida dos “delitos de perigo abstrato”, em função da dificuldade de se impor “*una nueva denominación y clasificación cuando existe una ya muy consolidada en la que los referentes básicos están asentados, aunque no del todo claros y, precisamente por ello, un cambio puramente nominativo puede producir más confusión*” (MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 37).

No Brasil, Pierpaolo Cruz Bottini segue esse mesmo caminho de conferir aos crimes de perigo abstrato tratamento unitário a partir do reconhecimento da periculosidade como elemento típico de todo e qualquer injusto penal<sup>432</sup>. Citando expressamente Mendoza Buergo, Bottini acredita que, a partir do desenvolvimento da teoria da imputação objetiva, “*o risco (...) passou a ser definido como elemento central da conduta típica, em qualquer espécie delitiva*”, sendo a periculosidade *ex ante* da conduta o “*substrato mínimo*” no caminho da concretização dos riscos em efetivas lesões ao bem jurídico. Nesse sentido, entende Bottini que “*não existe diferença qualitativa entre os crimes de perigo abstrato, os crimes de perigo concreto e os crimes de lesão, pois os três estão atrelados ao mesmo fundamento valorativo, que é a periculosidade*”. “*A distinção entre estas espécies típicas*”, concluirá ele, “*não está no aspecto material, mas na atualidade ou na intensidade do risco que apresentam*”: enquanto os delitos de perigo abstrato representam “*o limite inicial da atuação do direito penal, o patamar mínimo diante do qual o aparato repressor pode atuar*”, os delitos de lesão seriam o ápice da afetação do bem jurídico, momento em que o poder punitivo teria autorização para intervir com o máximo vigor<sup>433</sup>.

O requisito da periculosidade, portanto, como “*substrato mínimo*” do injusto, não seria uma característica exclusiva dos delitos de perigo abstrato, mas o ponto inicial de avaliação da afetação do bem jurídico, sem o qual já não seria mais legítima a intervenção do direito penal. Por isso, mesmo os delitos de lesão ou de perigo concreto “*também têm seu injusto inicial atrelado à periculosidade ex ante da ação*”. A diferença entre eles e os delitos de perigo abstrato é que, naqueles, há o ingresso de algum bem jurídico no raio da ação

---

<sup>432</sup> Na verdade, é com base exatamente na distinção entre teorias unitárias e diferenciadoras (chamadas pelo autor de dualistas) que Bottini classifica as variadas teorias explicativas dos crimes de perigo abstrato. Tal classificação apresenta um rendimento melhor do que aquela proposta por Mendoza Buergo, com base no conteúdo do injusto, mas também não está livre de críticas, na medida em que vários autores geralmente incluídos no rol dos que defendem concepções unitárias de perigo abstrato não são assim tão rigorosos na exigência da periculosidade como um requisito comum para todos os delitos de perigo abstrato, sustentando essa idéia apenas como uma alternativa político-criminal ao direito posto. Seria esta, por exemplo, a posição defendida por TORÍO LOPEZ, Angel (Los delitos del peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstrato. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, t. XXXV, n. 1, p. 825-847, jan./abr.1981.) e CEREZO MIR, José (*Derecho penal: parte general*. São Paulo: RT, 2007. p. 500), ambos arrolados por Bottini como representantes da corrente unitária. Além do mais, nem todos aqueles que defendem um tratamento unitário para os crimes de perigo abstrato elegem o requisito da periculosidade como critério unificador de todas as figuras típicas assim classificadas (Kindhäuser, por exemplo, acredita que o critério que identifica todos os crimes de perigo abstrato é a lesão *sui generis* da segurança heterônoma). A classificação de Bottini, portanto, como é por ele mesmo reconhecido, só se aplica àquelas propostas baseadas, em maior ou menor grau, na periculosidade da ação.

<sup>433</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 222-223. Mais à frente, parafraseando Maqueda Abreu, o autor ilustrará seu raciocínio da seguinte forma: “*Os delitos de lesão caracterizam-se como a fase final de um continuum quantitativo desenhado pelas diferentes técnicas de tipificação, com início nos delitos de perigo abstrato, e intermediada pelos delitos de perigo concreto*” (Ob. cit., p. 252).



perigosa, produzindo-se um resultado de perigo ou de lesão, conforme o caso. Já nos delitos de perigo abstrato essa aproximação do bem jurídico não é exigida pelo tipo, bastando a existência de uma ou mais vítimas em potencial<sup>434</sup>.

Essa construção teórica, de atrelar a estrutura do tipo penal à periculosidade, acredita Bottini, “*pode ser aplicada dentro do marco legal do direito positivo brasileiro, sem acarretar problemas de ordem estrutural e sem conseqüências assistemáticas que exijam alterações legislativas*”. O tratamento conferido à tentativa inidônea pelo ordenamento brasileiro (art. 17, do Código Penal) seria, na opinião do autor, prova suficiente de que a potencialidade lesiva da conduta é condição *sine qua non* para a reação penal:

“A atipicidade nestes contextos [de crime impossível] decorre justamente da ausência de capacidade, mesmo abstrata, de a ação causar uma lesão aos bens resguardados, o que reforça a tese de que a periculosidade *ex ante* é fundamento basilar de qualquer conduta que mereça a atenção penal. A impossibilidade de consumação, no caso, não se refere apenas aos delitos de resultado, mas trata, em uma interpretação teleológica, da capacidade de ameaça concreta ou potencial aos bens tutelados pela norma que define o crime. Logo, mesmo os delitos de perigo abstrato devem ser perpetrados com meios idôneos e contra objetos próprios, ou seja, têm de apresentar periculosidade, do contrário não serão punidos”<sup>435</sup>.

Juliana Cabral, de forma mais restritiva, extrai do mesmo dispositivo do Código Penal que trata da impunibilidade dos crimes impossíveis a conclusão de que, ao menos no Brasil, não poderia haver incriminação legítima sem a ocorrência de um efetivo perigo concreto para o bem jurídico. Em sua opinião, o mencionado art. 17 teria a capacidade hermenêutica de excluir do âmbito da intervenção punitiva, tanto aquelas hipóteses em que, já desde um ponto de vista *ex ante*, mostrar-se-iam inidôneas para afetar um bem jurídico, quanto aquelas outras em que a análise *ex post* revelasse que nenhum bem foi, ao final, efetivamente posto em perigo concreto. Disso resultaria que qualquer incriminação na forma de perigo abstrato deveria ser declarada inconstitucional, a menos que fosse possível demonstrar, em cada caso submetido a julgamento, a efetiva ocorrência de um perigo concreto para o bem jurídico. Ou seja, a proposta de Cabral é pura e simplesmente no sentido de equiparar os delitos de perigo abstrato aos delitos de perigo concreto, o que teria respaldo, segundo ela, não só na redação do art. 17, do Código Penal, mas na própria Constituição da República<sup>436</sup>.

<sup>434</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 251.

<sup>435</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 222-223.

<sup>436</sup> “*Em suma, devemos e podemos eliminar do nosso ordenamento jurídico a presunção de perigo característica da tipificação de perigo abstrato por meio do método hermenêutico tópico-retórico apto a, realizando uma interpretação conforme a Constituição, declarar a inconstitucionalidade parcial dos tipos penais originalmente concebidos como de perigo abstrato, para, sem redução de texto, excluir das suas hipóteses de incidência os casos nos quais não tenha havido a efetiva ocorrência do perigo concreto, em razão da sua inconstitucionalidade por violação aos princípios da intervenção mínima, proporcionalidade, presunção de*

De nossa parte, ainda que concordemos com as premissas de que parte Juliana Cabral, no sentido de conferir ao direito penal uma interpretação o mais restritiva possível em relação ao exercício do poder punitivo, não vemos como acompanhá-la na idéia de simplesmente igualar o conteúdo de injusto dos delitos de perigo abstrato e de perigo concreto. Afinal, conforme reconhecido por Nilo Batista no próprio prefácio da obra de Cabral: “*não há objetivamente condições para banir do direito penal, hoje no Brasil, toda criminalização por perigo abstrato*”<sup>437</sup>.

De fato, ainda que o argumento positivista normativo da validade das incriminações pela simples razão delas formalmente existirem não nos impressione, há que se ter os pés no chão no momento de exercitar a criatividade e propor ao direito penal interpretações que possam, de alguma forma, serem acolhidas pela doutrina e aplicadas pelos profissionais do direito. Tendo isso em mente, é importante não perder de vista que boa parte, senão mesmo a maioria, dos fatos submetidos a julgamento diariamente perante as cortes brasileiras estão tipificados na forma de crimes de perigo abstrato: tráfico de drogas, porte ilegal de armas, crimes contra as relações de consumo, contra o meio ambiente, contra o sistema financeiro e a ordem econômica etc. Por isso, sustentar a simples inconstitucionalidade de toda e qualquer incriminação nesses moldes significaria, na prática, defender a imediata abolição do sistema penal.

A princípio, não temos maiores divergências de fundo com as propostas abolicionistas<sup>438</sup>. No entanto, acreditamos, juntamente com Zaffaroni<sup>439</sup>, que esse ideal emancipatório, em direção a uma sociedade livre de coerções violentas, deve ser perseguido de forma paulatina, sem radicalismos, sob pena dos espaços vazios criados pela extinção do direito penal serem imediatamente ocupados pelo Estado de polícia, que estará, então, livre de qualquer tipo de controle formal por parte do Estado de direito.

O próprio Zaffaroni, vale lembrar, em momento algum chega ao ponto de sustentar, como o faz Cabral, a pura e simples inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato. Bem ao contrário, a leitura de seus numerosos escritos, muitos deles em parceria com autores

---

*inocência e ofensividade, todos inerentes ao estado democrático de direito constitucionalmente garantido*” (CABRAL, Juliana. *Os tipos de perigo e a pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 172 e ss).

<sup>437</sup> BATISTA, Nilo. Prefácio à obra de CABRAL, Juliana. *Os tipos de perigo e a pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 12.

<sup>438</sup> O que expressamente já admitimos em outra oportunidade: JOFFILY, Tiago. *Direito e compaixão: discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 180.

<sup>439</sup> Vide, em especial: *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

brasileiros, dá a impressão de que ele acolhe a proposta original de Rabl, que vê os crimes de perigo abstrato como presunções *iuris tantum* de perigo concreto<sup>440</sup>.

O grande problema da presunção relativa do resultado perigoso, ao nosso ver, não está na violação do princípio da presunção de inocência, tal como sustentado pela maioria da doutrina<sup>441</sup>, mas sim no fato de que a discussão sobre a ocorrência, ou não, de um resultado de perigo concreto só faz sentido naquelas hipóteses em que o tipo penal exige o efetivo ingresso de algum bem jurídico no raio de ação do autor. Uma vez que se reconheça que é exatamente a ausência dessa circunstância o que caracteriza os tipos de perigo abstrato, então, o recurso à inversão do ônus da prova parece perder toda e qualquer serventia.

Tome-se como exemplo o delito de perigo abstrato de expor à venda produtos medicinais adulterados, previsto no art. 273, § 1º, do Código Penal. A conduta ali tipificada só importará em perigo concreto, presumido ou não, na medida em que tal produto for, pelo menos, adquirido por alguma pessoa. Antes disso, é impossível afirmar, ou mesmo presumir, a ocorrência de um perigo concreto para a saúde de quem quer que seja. Inverter o ônus da prova nesses casos conduziria a uma situação insustentável: ou nenhum réu conseguiria

---

<sup>440</sup> Assim, enquanto no Tratado, traduzido e adaptado para o direito brasileiro pela pena de Nilo Batista, Zaffaroni defende que “*devem ser banidas do direito penal presunções juris et de jure, que, por definição, servem para dar por certo aquilo que é falso ou ignorado, isto é, para considerar que existiu ofensa ao bem jurídico quando não existiu ou não sabemos que existiu*” (ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 2 v. V. II, t. I: Teoria do Delito. Introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. p. 224); no Manual, publicado a quatro mãos com Pierangeli, os autores consentirão expressamente com a idéia de inversão do ônus da prova nos delitos de perigo abstrato: “*não há tipos de perigo concreto e de perigo abstrato – ao menos em sentido estrito –, mas apenas tipos em que se exige a prova efetiva do perigo submetido ao bem jurídico, enquanto noutros há uma inversão do ônus da prova, pois o perigo é presumido com a realização da conduta, até que o contrário não seja provado, circunstância cuja prova cabe ao acusado. Trata-se de uma classificação com maior relevância processual do que penal ‘de fundo’*” (ZAFFARONI, E. Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 561). No final das contas, a conclusão a que se chega é a de que, embora prefira trabalhar com um único conceito de perigo – perigo concreto –, Zaffaroni admite como defensável a proposta doutrinária do perigo abstrato como presunção *iuris tantum* de perigo, cuja ocorrência deve ser submetida a debate no curso do processo. Na doutrina brasileira, adota expressamente a teoria da presunção relativa do perigo: REALE Jr., Miguel. *Instituições de Direito Penal*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 277.

<sup>441</sup> Os autores costumam criticar a teoria da presunção relativa do perigo por violar o princípio da presunção da inocência, uma vez que, desta forma, se estaria transferindo para o réu o ônus de provar a não ocorrência de algo que compõe o próprio injusto do qual está sendo acusado. Ainda que isso não deixe de ter um fundo de verdade, o fato é que as alternativas geralmente apresentadas pelos críticos são muito menos respeitadas dos direitos e garantias fundamentais do que a simples inversão do ônus da prova do perigo concreto. Na maior parte das vezes, a solução apontada como correta é no sentido de esvaziar os crimes de perigo abstrato de qualquer conteúdo lesivo, de modo que a prova do perigo, no final das contas, não é produzida nem pela acusação, nem pela defesa, com evidentes prejuízos para o réu. Em outros casos, substitui-se a prova do resultado perigoso por uma mera avaliação *ex ante* acerca da potencialidade lesiva da conduta, o que também não parece colocar o réu numa situação melhor do que aquela em que ele estaria caso lhe fosse ao menos permitido demonstrar a inexistência de perigo concreto no fato submetido a julgamento. Por fim, vale lembrar que, a inversão do ônus da prova do perigo, caso admitida, não seria propriamente uma novidade no direito penal. Também no exame da culpabilidade, o sistema está baseado numa presunção *iuris tantum*, vez que, como regra, a responsabilidade individual depende apenas do potencial conhecimento da ilicitude do fato, circunstância esta que é presumida pelo direito, mas que pode ser refutada caso a caso.

afastar a presunção legislativa, por total ausência de bens jurídicos determinados para serem submetidos à prova em contrário, ou todos seriam indistintamente absolvidos pela simples demonstração de que, naquele caso específico, nenhum bem jurídico ingressou em seu raio de ação. Neste último caso, a adoção da tese da presunção *iuris tantum* de perigo concreto transformaria o ingresso de alguma pessoa no estabelecimento comercial ou mesmo o eventual interesse desta pessoa por aquele medicamento específico em algo determinante para a ocorrência do delito. Dependendo do rigor do julgador, poder-se-ia chegar ao extremo de tornar a efetiva compra do remédio por um ou mais consumidores como condição indispensável para a existência de crime, pois só a partir desse momento se poderia afirmar que a saúde teria sido efetivamente exposta a um perigo concreto.

Este mesmo raciocínio poderia ser estendido a boa parte dos delitos de perigo abstrato, tais como o de tráfico de drogas e de porte ilegal de armas: na medida em que nenhuma pessoa tenha se dirigido à boca de fumo em plena atividade comercial ou cruzado o caminho do pistoleiro, não haveria que se falar em crime, pois nenhum bem jurídico foi efetivamente exposto a uma situação de “perigo próximo” à lesão, tal como exigido pelos delitos de perigo concreto.

Alguns autores brasileiros, tentarão contornar esse problema por meio da ampliação, quer do conceito de perigo concreto, quer daquilo que se entende por bem jurídico, acreditando que, desta maneira, seria possível afastar do ordenamento jurídico qualquer incriminação na forma de perigo abstrato. Alice Bianchini, p. ex., segue claramente a primeira linha, ao defender um conceito de “*perigo concreto indeterminado*”, cuja ocorrência “*não implica a necessidade de se apresentar uma vítima concreta, bastando que a conduta tenha aptidão de causar dano a pessoa ou ao patrimônio alheio*”<sup>442</sup>. Já Damásio de Jesus seria adepto da segunda estratégia, consistente na substituição dos bens jurídicos efetivamente ameaçados pela conduta típica por entes sem qualquer expressão no mundo real, com o que se termina transformando delitos de perigo abstrato (a bens jurídicos reais) em delito de lesão (a bens jurídicos ideais). Assim, por exemplo, no crime de embriaguez ao volante, “*ainda que nenhum indivíduo da coletividade venha a ser exposto a perigo*”, entende Jesus que há crime de lesão, e não de simples perigo abstrato, na medida em que ocorra um “*rebaixamento do nível de segurança do tráfego*”<sup>443</sup>.

---

<sup>442</sup> Ainda segundo a autora, essa idéia de “*perigo concreto indeterminado*” corresponderia ao que “*na doutrina alemã é chamado de perigo abstrato/concreto*” (BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 69).

<sup>443</sup> JESUS, Damásio de. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 8 e 23.

Por meio dessas artimanhas dogmáticas, contudo, não se está propriamente solucionando, senão apenas camuflando, o problema da legitimidade dos crimes de perigo abstrato, pois a simples troca de etiquetas – chamar de perigo concreto o que todos entendem por perigo abstrato ou de lesão aquilo que todos classificam como perigo – não resolve o problema de fundo<sup>444</sup>, que pode ser resumido na seguinte indagação: como explicar a afetação de um bem jurídico com existência real a partir de tipos legais que dispensam qualquer contato ou mesmo aproximação entre ele e a conduta proibida?

Segundo entendemos, uma resposta adequada para essa indagação não pode ser obtida, nem por meio da redução hermenêutica dos delitos de perigo abstrato a delitos de perigo concreto, nem pela adoção do critério da periculosidade como conteúdo mínimo do injusto penal. No primeiro caso, o que se faz é simplesmente negar a existência de diferenças estruturais entre os delitos de perigo concreto e os delitos de perigo abstrato, de modo que a indagação inicial perde todo o sentido. No segundo caso, evita-se o enfrentamento da questão por meio da flexibilização do princípio da lesividade, que já não exige a afetação do bem jurídico para a caracterização do injusto, contentando-se com a simples potencialidade lesiva da conduta. Assim, enquanto a primeira estratégia leva a sério o princípio da lesividade, negando vigência a qualquer delito de perigo abstrato; a segunda estratégia legitima essa forma de incriminação ao preço da descaracterização completa daquele princípio. A primeira solução é fiel a uma concepção dualista rigorosa do injusto, mas acaba descolando-se da realidade, na medida em que a maioria dos fatos pelos quais são condenadas as pessoas atualmente estão tipificados na forma de delitos de perigo abstrato. A segunda solução preserva a vigência dos diferentes tipos legais, mas acaba abrindo mão exatamente daquilo que permite distinguir os fatos socialmente graves das meras desobediências à norma, o que seja: a afetação do bem jurídico.

Nossa opinião é a de que existe uma forma de conciliar o princípio da lesividade – entendido como a efetiva afetação da esfera de existência de terceiros – com, pelo menos, algumas das modalidades de delitos de perigo abstrato em vigor. Essa conciliação é possível na medida em que se consiga identificar no tipo legal desses delitos uma transformação do mundo externo que importe na restrição da esfera de existência livre e autônoma de um número indeterminável de pessoas. Assim, ainda que nenhum bem jurídico específico tenha

---

<sup>444</sup> Nesse ponto, assiste inteira razão a Luís Greco, quando afirma que “*nossos críticos do perigo abstrato só conseguem ser tão radicais porque trabalham com um conceito de perigo concreto bem mais amplo, bem menos severo, do que o proposto pela doutrina alemã*”, de modo que “*grande parte daquilo que a doutrina dominante pode, no máximo, considerar crime de perigo abstrato*” acaba sendo por eles “*elevado à categoria de perigo concreto e tornada legítima*” (in *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 101).


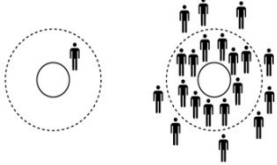

ingressado no raio de perigo criado pela ação típica, são admissíveis incriminações na forma de perigo abstrato se a conduta proibida transformar a realidade no entorno do autor de tal forma que nenhuma outra pessoa possa dele se aproximar sem colocar em perigo concreto algum trecho de sua existência elevado à categoria de bem jurídico pelo legislador.

O foco da atenção nos delitos de perigo abstrato, portanto, não é a afetação danosa ou perigosa de um bem jurídico específico, mas a transformação do âmbito social onde a livre disponibilidade desse bem pelo seu titular tem lugar. De fato, de nada valeria afirmar que todos são titulares de bens jurídicos se não se lhes assegurasse, igualmente, a existência de espaços onde tais bens possam ser livremente desfrutados. No caso do delito de exposição à venda de produtos medicinais adulterados, por exemplo, o tipo penal limita-se a descrever a conduta de expor à venda um produto potencialmente perigoso para a saúde, visto que adulterado em suas qualidades terapêuticas. Ainda assim, o injusto penal não existe em função da mera prática da conduta potencialmente perigosa, independentemente de qualquer resultado externo. Na verdade, a prática da conduta típica transforma de forma relevante o entorno do autor do delito, atingindo a esfera de liberdade de todos aqueles que com ele se relacionam. Onde antes se podia circular livremente, sem riscos à saúde de um número indeterminado de pessoas, agora já não se tem igual liberdade, de modo que todos aqueles que quiserem resguardar sua saúde do agir estratégico do autor, terão que exercer seus direitos de consumidor em outros estabelecimentos comerciais. Por outro lado, aqueles que, inadvertidamente, vierem a adquirir o medicamento adulterado já terão ultrapassado a linha que divide o perigo abstrato do perigo concreto e estarão com sua saúde exposta a uma situação de perigo próximo à lesão.

Assim, pode-se dizer que diferença entre os crimes de perigo abstrato e os de perigo concreto reside no fato de, nestes últimos, o tipo penal exigir uma repercussão direta da conduta incriminada sobre o bem jurídico de uma ou mais pessoas, enquanto que, nos primeiros, a repercussão da conduta sobre o bem jurídico se dá apenas indiretamente, na forma de uma limitação dos espaços onde a livre circulação dos demais pode ocorrer sem que sua esfera de existência fique exposta a situações de perigo próximo à lesão. Em qualquer dessas formas típicas, no entanto, é perfeitamente possível identificar a existência de um conflito intersubjetivo, resultado dos efeitos perlocucionários que a ação de um provoca sobre a esfera de existência de todos os demais que com ele se relacionam socialmente.

O seguinte quadro talvez seja útil para ilustrar o que estamos tentando dizer. Nele, representamos graficamente o conteúdo do injusto em cada uma das modalidades de delito

(de lesão, de perigo concreto e de perigo abstrato), conforme a intensidade e a forma de afetação do bem jurídico.

Crimes de lesão	Crimes de perigo concreto	Crimes de perigo abstrato
		
- Bens jurídicos individuais (ex: homicídio).	- Bens jurídicos individuais (ex: periclitação à vida ou saúde); - Falsos bens jurídicos coletivos (ex: incêndio).	- Falsos bens jurídicos coletivos (ex: crimes de trânsito); - Verdadeiros bens jurídicos coletivos (ex: crimes ambientais).

O desenho que ilustra a primeira coluna do quadro explicita como a conduta típica dos delitos de lesão deve atingir em cheio a esfera de existência da pessoa representada pelo bem jurídico, danificando-o. Nestes casos, não basta que algum bem jurídico ingresse no raio de ação da conduta típica, sendo necessário, ao menos para a consumação delitiva, que a conduta proibida o atinja em cheio. Como nos crimes de lesão o legislador exige sempre a afetação de um número determinado de bens jurídicos, cujo dano deve ser demonstrado no processo, essa forma de incriminação não se presta aos conflitos que envolvam bens jurídicos coletivos, verdadeiros ou falsos, vez que, nesses casos, a amplitude e difusão das pessoas afetadas impede a verificação do resultado danoso exigido pelo tipo.

Na segunda coluna, estão representados os delitos de perigo concreto, cujo aperfeiçoamento dispensa a efetiva lesão do bem jurídico, mas exige que este tenha ingressado no raio de ação do autor, de modo que a transformação externa causada pela conduta represente para ele um perigo próximo à lesão. Neste caso, a proximidade de um ou mais interlocutores do epicentro do âmbito de perigo criado pelo autor é tamanha que o fato deles saírem ilesos após a prática da conduta proibida só pode ser explicado como pura obra do acaso ou, segundo a “teoria normativa do resultado de perigo” de Schönemann, como um resultado em cuja ocorrência ninguém poderia confiar.

Por também dependerem da demonstração de uma situação real de perigo para o bem jurídico, estes delitos de perigo concreto, da mesma forma que os delitos de lesão, se ajustam, preferencialmente, a condutas que afetem bens jurídicos individuais, como é o caso do delito

de periclitacoo à vida ou saúde, previsto no art. 132, do Código Penal. Nada obstante, há no ordenamento jurídico brasileiro alguns tipos penais que, excepcionalmente, conferem tratamento de crime de perigo concreto a condutas dirigidas a um número indeterminado de bens jurídicos individuais, tratados de forma unitária pelo legislador por meio da criao de falsos bens coletivos. É o caso do crime de perigo comum de incêndio, previsto no art. 250, do Código Penal, onde a pluralidade de vítimas individuais é substituída pelo conceito de incolumidade pública, sem qualquer expressão autnoma no mundo real. Vale notar, contudo, que a indeterminabilidade das vítimas nos crimes de perigo ao mesmo tempo comum e concreto é apenas relativa, eis que, *ex post factum*, será sempre possível determinar quem estava e quem não estava no raio de perigo criado pela conduta. Aos olhos do legislador, no entanto, essa individualizao das vítimas não  necessária para o aperfeiçoamento dos delitos de perigo comum, bastando a constatao de que a conduta do autor dirigia-se a um número indeterminado de pessoas e que, após sua execuo, muitos dos que estavam em seu entorno de fato tiveram sua esfera de existência exposta a um perigo próximo à lesão.

A última coluna retrata exatamente aqueles delitos cuja compatibilizao com o princípio da lesividade revela-se mais problemática, na medida em que nenhum bem jurídico precisa sequer ingressar no raio de perigo criado pela aço para que ocorra o aperfeiçoamento do injusto. No entanto, conforme representado no desenho acima, parece-nos que essa circunstância não deve significar, necessariamente, que a conduta incriminada não produz nenhum efeito prejudicial sobre a esfera de existência dos demais.

Segundo nosso ponto de vista, as condutas praticadas na forma de crimes de perigo abstrato podem inaugurar conflitos intersubjetivos graves na medida em que criam no mundo da vida clares onde o estabelecimento de uma comunicao válida com vistas ao consenso já não é mais possível. Nestes casos, o que ocorre é a prática de uma aço de tal modo espaçosa por parte do agente que todos os demais interlocutores são obrigados a dele se distanciar, privando-se do livre gozo de seus bens jurídicos naquele tempo/espaço egoisticamente ocupado pelo autor do delito. Assim, embora o tipo não exija uma direta lesão ou colocao em perigo do bem jurídico, não há dúvida de que este é indiretamente afetado pela conduta proibida, na medida em que já não pode ser igualmente desfrutado por seu titular.

Andrew von Hirsch e Wolfgang Wohlers trabalham com um critério interessante para aferir a relevncia de uma conduta típica a despeito do ingresso de algum bem jurídico no raio de perigo por ela criado. Segundo eles, a característica da periculosidade, exigida em alguns



delitos de perigo abstrato<sup>445</sup>, reside na capacidade da conduta de conduzir a situações que “*ya no son controlables por el autor y que sin más, sólo con que el correspondiente objeto material entre en el ámbito de actuación del autor, pueden tener como consecuencia un peligro concreto y, dado el caso, también un menoscabo*”<sup>446</sup>. Assim, é a partir do momento em que o sujeito perde o controle sobre os desdobramentos causais de sua ação que se pode dizer que ele criou um risco proibido de lesão para o bem jurídico.

Partindo de uma concepção preventivista do direito penal, von Hirsch/ Wohlers enxergam a perda do controle sobre os efeitos da ação como um momento ou qualidade desta, e não como uma transformação do mundo externo dela destacado, razão pela qual continuam trabalhando com a idéia de periculosidade como um complemento do desvalor da ação. A conduta do sujeito seria penalmente relevante na medida em que ele não é mais capaz de controlá-la, independentemente de qualquer repercussão que esse descontrole possa ter sobre bens jurídicos de terceiros.

Do nosso ponto de vista, contudo, parece que é somente porque a prática de uma conduta assim incontrolável repercute no entorno do agente, transformando-o, que se pode afirmar que eventuais bens jurídicos que ali venham a ingressar estarão automaticamente expostos a uma situação de perigo concreto e, conforme o caso, de lesão propriamente dita. O fato de não haver nenhum bem jurídico nas proximidades do autor no momento exato da conduta não significa que sua ação não transforme o mundo externo de forma relevante para o direito penal. Bem ao contrário, é exatamente em razão da ocorrência de transformações externas que se pode afirmar que o âmbito de livre gozo dos bens jurídicos de todos aqueles que convivem com o autor foi efetivamente afetado pela prática da conduta proibida, satisfazendo o princípio da lesividade.

A figura do tornado ou redemoinho, sugerida por Tatiana Vargas Pinto, ilustra bem o nosso ponto de vista:

“Lo importante es que efectivamente se pierda el dominio de la situación concreta de un modo relevante para el bien jurídico-penal. Se manifiesta como un estado tal que, sin exigir que un bien ingrese en el ámbito de riesgo de un comportamiento peligroso, puede ‘alcanzar’ a cualquiera que se le acerque. Tal situación se puede graficar como una especie de ‘tornado’, ‘huracán’, ‘remolino’ que perturba una situación de estabilidad que a la norma penal interesa

<sup>445</sup> Seguindo a corrente majoritária na doutrina alemã, de tratar de forma diferenciada os crimes de perigo abstrato, de acordo com as peculiaridades de sua estrutura típica, os autores subdividem essa categoria aglutinadora mais ampla em três categorias básicas: (i) delitos preparatórios; (ii) delitos cumulativos; e (iii) delitos de periculosidade concreta. O requisito da periculosidade no caso concreto, na opinião dos autores, seria exigência somente desta última categoria de delitos.

<sup>446</sup> HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito: sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 290.

tutelar o tiene por fin. Esta turbación no exige la presencia de algún bien jurídico-penal individual. El riesgo por la pérdida de control de otras consecuencias puede afectar esos otros bienes, pero no son el fin directo de esta clase de normas penales. Esta situación de incontrolabilidad representa una situación de riesgo en sí misma relevante. Es una perturbación suficiente, un peligro real, que se desvalora como tal y que no se conecta con otros resultados para su tutela penal, ni se supone de la sola realización de una conducta. La situación descrita no necesita mantenerse en el tiempo, basta que se haya producido un momento siquiera. Se trata de un momento de descontrol del agente suficiente para exponer al bien jurídico-penal a una amenaza efectiva”<sup>447</sup>.

A prática de uma conduta dotada de periculosidade em um contexto social, portanto, cria uma situação de perigo para todos aqueles que convivem com o autor, formando como que um clarão de perigo, um espaço onde a existência plena das demais pessoas já não é mais possível, em razão do comportamento egoísta adotado pelo agente. A figura do furacão é bastante ilustrativa, pois representa exatamente aquela situação de perigo que existe no mundo externo e que pode não chegar a afetar diretamente bem jurídico individual algum, caso as pessoas estejam devidamente alertadas quanto a essa situação e adotem as cautelas necessárias para se manterem fora de seu raio de alcance. De qualquer forma, durante o período de ocorrência do furacão, as pessoas têm seu campo de liberdade restringido, uma vez que ficam obrigadas a não se dirigirem à área de risco, sob pena de terem sua integridade física e patrimonial lesionadas ou, ao menos, expostas a um perigo próximo de lesão.

A nosso ver, situação análoga ocorreria nos crimes de perigo abstrato, com a diferença nada desprezível de que, nestes casos, o clarão de perigo é criado por uma pessoa, e não por um fenômeno da natureza. Assim, ao perder o controle sobre os efeitos de seus atos, criando uma situação de perigo que pode afetar a esfera de existência de qualquer pessoa que venha a ingressar nesse trecho da realidade, o sujeito inaugura um conflito com todos aqueles que estão à sua volta e que têm seu espaço de ação ilocucionária diminuído pela identificação de

---

<sup>447</sup> VARGAS PINTO, Tatiana. *Delitos de peligro abstracto y resultado*: determinación de la incertidumbre penalmente relevante. Navarra: Thomson Aranzadi, 2007. p. 393-394. Da mesma forma que nós, a autora chilena também não se satisfaz com o critério da periculosidade como mera qualidade da ação desvalorada, exigindo a presença do desvalor do resultado para a conformação de todo e qualquer injusto penal: “*Han de quedar fuera del orden penal, no sólo conductas de mera desobediencia, sino también aquellas que se basen en la mera peligrosidad del comportamiento. Según los postulados que aquí se acogen, el solo desvalor de la conducta no es suficiente para justificar una reacción penal. (...) Las nuevas formas de incriminación parecen explicarse siempre por la necesidad de prevención aunque no afecten bienes jurídico-penales, bastando que pudieran hacerlo. Las necesidades preventivas parecen justificarlo todo. Pero ¿es de este modo cómo procede el Derecho penal? ¿Hasta qué punto se legitima una prohibición penal sobre la base de la prevención sin pretender anular la libertad? Son relevantes criterios de necesidad, pero también de merecimiento. Tanto el principio del hecho como el de culpabilidad son logros penales, que no pueden renunciarse sin perjuicio del individuo y sus derechos. Pero, junto con la infracción de estos principios, la sanción indiscriminada de conductas que impliquen desobediencias, actos preparatorios o la consideración de cualidades personales del agente, recarga excesivamente el aparato punitivo del Estado (colapso del sistema). De allí que el recurso penal se justifique únicamente cuando se trate de comportamientos que alteren en forma grave situaciones fundamentales para la vida de relación social y siempre que no existan otras formas de reacción que puedan restablecer el orden alterado*” (Ob. cit., p. 403-404).

um interlocutor espaçoso, que age de forma perlocucionária em grande escala, dirigindo-se a um número indeterminado de pessoas. Como o tipo penal se satisfaz com a alteração do mundo externo, independentemente da ocorrência desse perigo próximo de lesão para o bem jurídico, o injusto se aperfeiçoa já no momento em que a conduta típica sai da esfera de controle do agente, criando no entorno uma situação objetiva de perigo que repercutirá inexoravelmente sobre a esfera de existência de todos aqueles que convivam com o autor.

Segundo entendemos, portanto, o que ocorre nos delitos de perigo abstrato é uma afetação *sui generis* (ou indireta) do bem jurídico, que obriga seus titulares a se espremerem ao redor do raio de perigo inaugurado pelo autor do delito. Como tais efeitos não podem ser direcionados a pessoas determinadas, mas atinge de forma indistinta todos aqueles que estão no entorno da ação, essa estrutura típica só vale para descrever conflitos intersubjetivos envolvendo bens jurídicos coletivos, sejam eles falsos ou verdadeiros.

No caso de falsos bens jurídicos, de que é exemplo o delito de embriaguez ao volante, o raio de perigo criado pela conduta proibida afeta de forma indistinta a vida e a integridade física de um número indeterminado de pessoas, que já não podem circular livremente ao lado do autor do delito sem expor a um perigo próximo à lesão seus bens jurídicos mais caros. Nestes casos, ainda que o bem jurídico violado pela conduta só tenha existência real quando individualmente considerado, a transformação do mundo externo provocada pela ação típica acaba repercutindo sobre a esfera de existência de um sem número de pessoas, o que leva muitos autores à falsa conclusão de que estamos diante de bens jurídicos verdadeiramente coletivos.

Ainda no caso do delito de embriaguez ao volante, para que se possa afirmar a existência de uma situação objetiva de perigo, da qual as demais pessoas sejam obrigadas a se afastar para preservar sua integridade individual, não basta a simples constatação de que a conduta é, em tese, perigosa, eis que extrapolado o limite máximo de concentração de álcool no sangue autorizado em lei. Tampouco é suficiente a mera constatação da potencialidade lesiva da conduta em concreto, consistente na afetação dos reflexos daquele sujeito específico. Mais do que a prática de uma ação desvalorada, o aperfeiçoamento do injusto pressupõe a transformação da realidade circundante, por meio da criação daquela espécie de furacão ou redemoinho de que fala Vargas Pinto, o que só ocorre quando o agente efetivamente perde o controle da condução do veículo, ainda que por curto espaço de tempo<sup>448</sup>.

---

<sup>448</sup> Em idêntico sentido, Vargas Pinto, ainda que analisando a legislação chilena sobre o assunto: “*si empleamos el clásico ejemplo de conducción de vehículos en estado de ebriedad o bajo los efectos del alcohol o las drogas, la sola conducción con determinados niveles de alcohol u otras sustancias sicotrópicas o estupefacientes no es*

Feitos esses esclarecimentos, a discussão em torno da constitucionalidade, ou não, da incriminação da conduta de conduzir veículo automotor sob a influência de álcool ou drogas ganha outros contornos. De um lado, não parece correta a interpretação que vem sendo acolhida pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal<sup>449</sup>, no sentido de que, para o aperfeiçoamento do tipo do art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro, bastaria a simples constatação de que o sujeito conduzia o veículo com concentração de álcool no sangue superior ao estabelecido em lei (presunção absoluta de perigo). De outro lado, tampouco parece correta a afirmativa de parte da doutrina no sentido de que a incriminação, para ser constitucional, deveria aderir ao modelo dos delitos de perigo concreto, sob pena de violação ao princípio da lesividade. Como já vimos, grande parte das incriminações hoje existentes em nosso ordenamento jurídico segue a estrutura dos delitos de perigo abstrato, sem que nenhum autor sustente coerentemente a inconstitucionalidade de todos esses tipos penais<sup>450</sup>. Segundo nosso entendimento, a incriminação da conduta de conduzir veículo automotor sob o efeito de álcool ou drogas pode vir expressa tanto na forma de perigo concreto, quanto na forma de perigo abstrato, segundo a decisão política do legislador. Nessa última hipótese, contudo, para

---

*suficiente para atribuir responsabilidad penal. La atribución de esta conducta al tipo del artículo 115 A de la Ley 18290 con relación al artículo 196 E y 196 C de la misma ley constituye el primer nivel de determinación de la responsabilidad penal. Se trata de la constatación de su tipicidad, con base en la valoración de una peligrosidad general de la conducta. Además de ese nivel de alcohol o del consumo de drogas, es necesario que las sustancias afasten las facultades del sujeto, pues su influencia es relativa. Una conducción semejante es peligrosa en concreto, al superar los límites del riesgo permitido. Interpretación que se condice con el inciso primero del artículo 115 B, que permite al tribunal considerar todos los medios de prueba para establecer el 'estado general' del conductor 'en relación con el control de sus sentidos'. Sin embargo, aunque supere psoniveles de riesgo permitido, puede ser que no se afecte la seguridad del tráfico rodado si el conductor toma medidas adecuadas para ello, como una conducción lenta por calles sin mucho tránsito, respetando todas las demás reglas del tránsito. Para afectar el bien tutelado es necesario que el conductor cree con su conducta una situación de descontrol, al dejar de ser segura la dirección que realiza. Así, la pérdida de control del vehículo ha de ser concreción de la infracción del deber que el agente tenía que cumplir. De este modo, la falta de control del vehículo no debe ser concreción, por ejemplo, de la pérdida de un neumático, de alguna otra falla técnica o de la acción de un tercero” (VARGAS PINTO, Tatiana. *Delitos de peligro abstrato y resultado: determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 433).*

<sup>449</sup> Eis o precedente: “HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO TIPO PENAL POR TRATAR-SE DE CRIME DE PERIGO ABSTRATO. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - A objetividade jurídica do delito tipificado na mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas. II - Mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado. Precedente. III – No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime. IV – Por opção legislativa, não se faz necessária a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal. V – Ordem denegada” (HC 109269/ MG, 2ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 27/09/2011, publicado no DJe-195, de 11-10-2011).

<sup>450</sup> O entendimento de Juliana Cabral, exposto mais acima, é uma das poucas (talvez a única) e honrosas exceções a essa regra.

que se possa falar propriamente em perigo abstrato para o bem jurídico é preciso demonstrar que a forma como o autor conduzia o veículo criava uma situação de perigo real para toda e qualquer pessoa que com ele viesse a cruzar. É preciso ocorrer aquilo que muitos julgadores acertadamente denominam de “condução anormal do veículo”<sup>451</sup>. Exatamente por isso, aliás, é que as prisões efetuadas a partir de blitzes apelidadas de “Lei Seca” não bastam para a demonstração da ocorrência do delito, pois, a partir de abordagens aleatórias, não é possível constatar qualquer anormalidade na condução que demonstre a efetiva ocorrência do perigo difuso, do “redemoinho” de perigo que caracteriza o desvalor do resultado nos crimes de perigo abstrato.

Esse mesmo raciocínio vale para todos os demais tipos penais estruturados na forma de crimes de perigo abstrato. Incriminações desse tipo só serão legítimas na medida em que a conduta do agente importe numa transformação tal da realidade que qualquer pessoa que dele venha a se aproximar fique imediatamente exposta aos efeitos perigosos de sua conduta, independentemente da realização de qualquer outro ato, seja do próprio agente, seja de terceiros. Por isso, fatos que, por si só, não sejam capazes de afetar bens jurídicos (delitos de acumulação) ou fatos que ainda dependem da prática de alguma conduta posterior para a transformação perigosa da realidade circundante (delitos de atentado) não preenchem os requisitos materiais mínimos de um injusto constitucionalmente fundado. Nesses casos, ainda não tendo sido criado o redemoinho que exterioriza a situação de perigo difuso para um número indeterminado de pessoas, impossível falar-se em incriminação legítima.

É verdade que, com relação a algumas figuras típicas, a avaliação acerca da perda, ou não, do poder de controle do agente sobre os efeitos de sua conduta dependerá de uma análise mais aprofundada de todas as circunstâncias do caso concreto. Para a ocorrência do delito de tráfico de drogas, por exemplo, nem sempre se exige que o autor do delito já tenha praticado atos de venda ou que esteja expondo a(s) substância(s) entorpecente(s) para a compra imediata de qualquer pessoa que se mostre interessada<sup>452</sup>. Nada obstante, em função do

---

<sup>451</sup> Nesse sentido, vale conferir o acórdão da 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferido à unanimidade no julgamento dos Embargos infringentes e de nulidade nº 0070365-62.2009.8.19.0001, em 23.08.2011, tendo por relator o Des. Nildson Araújo da Cruz. Neste caso, como em todos os demais encontrados, no entanto, o requisito da “direção anormal” é identificado como prova da existência de perigo concreto à segurança viária, e não de perigo difuso a um número indeterminável de pessoas, tal como por nós sustentado nesta tese.

<sup>452</sup> Não entraremos, aqui, na discussão – em tudo pertinente, diga-se – acerca da ilegitimidade da incriminação do tráfico de drogas, haja vista a autonomia daqueles que adquirem a substância entorpecente para colocar em perigo ou mesmo lesionar sua própria saúde. Tampouco se pretende, no texto, respaldar a política de combate ao consumo de drogas por meio da criminalização de sua venda, o que já se demonstrou claramente contraproducente. Nosso propósito, nesse ponto específico, é muito mais pragmático e baseia-se no fato de que as pessoas são efetivamente processadas e condenadas pela prática do delito de tráfico de drogas no Brasil, não

conjunto de elementos objetivos e subjetivos presentes em cada caso concreto, será possível avaliar se e em que medida a conduta do agente contribui para a transformação do mundo externo, criando uma situação de perigo de tal forma descontrolada que qualquer pessoa pode acabar sendo por ela atingida, acaso venha a ingressar em seu raio de ação. Assim, a conduta de ter drogas em depósito, por exemplo, pode, ou não, representar um resultado de perigo abstrato na forma por nós concebida, tudo dependendo da quantidade e qualidade das drogas em questão, das condições e do local em que o sujeito opera, dos instrumentos e da matéria prima por ele utilizados no fabrico e endolação, da quantidade de dinheiro movimentada, dos aparatos tecnológicos de comunicação e armamentos utilizados para a comercialização etc. Se, diante das circunstâncias do caso concreto, se puder concluir que a conduta do acusado contribuía para a existência da situação de perigo difuso consistente no funcionamento do complexo e intrincado sistema de produção e distribuição de drogas ilícitas, então, pode-se dizer que a incriminação é válida por satisfazer o princípio da lesividade. Se, ao contrário, as circunstâncias do caso concreto não permitirem antever de que forma aquela conduta já importa numa transformação da realidade externa capaz de colocar em perigo concreto toda e qualquer pessoa que venha a se aproximar de seu raio de interferência, então a conduta deverá ser reputada materialmente atípica, por não afetar, nem mesmo de forma indireta, o bem jurídico vinculado à norma<sup>453</sup>.

Noutros casos, o risco envolvendo a realização da conduta típica é de tal forma elevado que fica difícil imaginar como a simples prática da conduta incriminada não possa representar já uma transformação do mundo externo capaz de afetar gravemente todas as pessoas no entorno do agente. É o caso, por exemplo, do delito previsto no art. 22, da Lei 6.453/ 77, que tipifica a conduta de “*possuir, adquirir, transferir, transportar, guardar ou trazer consigo material nuclear, sem a necessária autorização*”. Ao contrário do que muitos sustentam, contudo, o único fundamento válido para uma incriminação nesses termos não reside na violação dos requisitos administrativos exigidos para a prática de uma atividade potencialmente perigosa, mas sim na evidência de que a simples existência de material nuclear em determinada localidade já transforma radicalmente a esfera de liberdade de todos que por ali transitam, sendo praticamente impossível imaginar uma hipótese em que tal tipo de conduta não fuja ao poder de controle do agente.

---

havendo a menor indicação de que essa situação possa ser alterada num espaço curto de tempo, por mais desajável que isso seja.

<sup>453</sup> De igual opinião: VARGAS PINTO, Tatiana. *Delitos de peligro abstracto y resultado: determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 394.

Ainda assim, mesmo nos casos de condutas extremamente perigosas, o debate acerca dos efeitos provocados pela ação típica sobre a esfera de existência de terceiros não pode ser excluído do processo, nem tampouco transferida sua demonstração para a defesa do acusado, por meio da inversão do ônus da prova. Se, em determinados casos excepcionais, a formação do redemoinho de perigo é de tal forma evidente que a ninguém pareceria pertinente exigir do órgão de acusação a demonstração de sua ocorrência, em todas as demais situações, em compensação, havendo a menor dúvida de que aquela ação especificamente praticada tenha representado algum prejuízo, ainda que indireto, para outras pessoas, o debate em torno dos efeitos causais da ação sobre o entorno do autor torna-se indispensável para o devido processo legal, dependendo uma eventual condenação da efetiva demonstração de que a conduta praticada, não apenas era dotada de periculosidade, como também que ela contribuiu eficazmente para a alteração da realidade fática de forma prejudicial aos demais.

Muitas vezes, essas distintas formas de avaliar o conteúdo desvalorado de um ilícito penal – desvalor *ex ante* da conduta e desvalor *ex post* do resultado – não levarão necessariamente a resultados práticos distintos. No delito previsto no art. 14, da Lei nº 10.826/03, por exemplo, a exigência de que a arma de fogo portada de forma ilegal esteja devidamente municada é uma conclusão imposta, tanto pelo juízo *ex ante* de periculosidade, quanto pelo juízo *ex post* de efetiva criação de uma zona de perigo para terceiros, caso se entenda que a simples circulação de pessoas armadas em via pública já constitui, por si só, uma situação de perigo que não pode ser inteiramente controlada pelo autor do delito. Afinal, seja por qual ângulo for, *ex ante* ou *ex post*, o porte de uma arma desmunicada nunca poderá ser considerado uma conduta cujos efeitos fogem inteiramente do controle do agente. Uma ação nesses termos, portanto, não é, nem potencialmente lesiva, nem criadora de uma situação externa que force os demais atores sociais a se afastar do raio de ação do autor.

Em outros casos, contudo, a exigência do desvalor do resultado na forma de uma transformação perigosa do mundo externo forçará interpretações muito mais restritivas dos tipos legais do que aquelas admitidas por uma concepção de injusto fundada na mera periculosidade da ação. O delito de embriaguez ao volante, há pouco referido, é exemplo claro disso. A ação de conduzir veículo automotor com alta concentração de álcool no sangue é potencialmente lesiva (ou dotada de periculosidade em concreto), mas isso não satisfaz o critério da transformação externa da realidade objetiva, que só ocorre quando o bêbado passa a conduzir o veículo de forma efetivamente anômala.

A insistência numa concepção dualista rigorosa do injusto, mesmo diante de crimes de perigo abstrato, por outro lado, ajuda a explicitar quão frágil é o fundamento de validade de

muitas dessas incriminações. Assim, embora não possamos descartar de plano a validade da incriminação de condutas anteriores à efetiva colocação de produtos potencialmente lesivos ao alcance de terceiros, tal como ocorre, por exemplo, no ato de ter em depósito armas, drogas ou produtos medicinais adulterados, a exigência da formação do redemoinho de perigo para o aperfeiçoamento do injusto restringe as possíveis justificativas para a edição de tipos penais como estes a uma única hipótese: a convicção do legislador de que, mesmo quando ainda não disponibilizado a terceiros, a mera existência desse tipo de material sempre representa um âmbito de risco para os demais, visto que, a qualquer momento, pode vir a atingir a esfera de proteção de um número indeterminável de pessoas. Até que medida esse tipo de raciocínio resiste a uma análise crítica diante de um auditório qualificado é algo que só pode ser respondido em uma investigação autônoma. Uma coisa, no entanto, é certa: somente um modelo de injusto rigorosamente comprometido com o desvalor do resultado é capaz de expor o problema da legitimidade dos delitos de perigo abstrato de forma tão clara.

Esse ganho hermenêutico proporcionado pelo modelo explicativo dos delitos de perigo abstrato ora proposto, conforme já dito, não se restringe aos tipos penais vinculados a falsos bens jurídicos coletivos. Também nos casos envolvendo bens jurídicos verdadeiramente coletivos é possível explicar como se dá a violação do princípio da lesividade mesmo diante de tipos penais que não fazem qualquer referência ao ingresso de terceiros no raio de ação do autor. O importante, em todo e qualquer caso, é ter em mente o vínculo que o bem jurídico, qualquer que seja ele, deve manter com a esfera de existência de pessoas concretas, sejam elas tomadas isoladamente ou como um grupo de indivíduos indistinguíveis. Assim, mesmo diante de bens jurídicos coletivos com pouco grau de institucionalização, onde o fato bruto subjacente ainda possa ser identificado de forma evidente, como é o caso do meio ambiente, o efeito da ação típica relevante para o direito penal não deve ser reduzido à mera alteração física sofrida pelo bem em si (a destruição da flora ou fauna, a poluição da atmosfera, etc). O que, de fato, importa são as repercussões dessa alteração física do bem jurídico sobre a esfera de existência de todas as demais pessoas indistintamente.

Por isso, não nos parece problemático afirmar que nos crimes de poluição (art. 54), de pesca predatória (art. 34) ou de desflorestamento (art. 38), por exemplo, todos previstos na Lei nº 9.605/ 98, a estrutura típica segue aquela mesma lógica de uma afetação indireta da esfera de existência das pessoas, na forma de um redemoinho de perigo, onde o ingresso de terceiros sempre ocorrerá ao preço de ver lesionada ou, ao menos, posta em perigo concreto as condições pessoais mínimas para o exercício do agir comunicativo. Nesse sentido, ainda que o tipo penal fale em “*destruir ou danificar floresta*”, o delito ambiental não deve ser



classificado entre os de dano propriamente dito, pois a repercussão externa da conduta típica sobre a esfera de existência das demais pessoas não se dá na forma de uma lesão, mas sim como uma restrição do espaço onde o ser humano pode existir de forma minimamente sadia.

Na verdade, a única peculiaridade dos delitos ambientais em relação aos demais crimes de perigo abstrato é que a transformação externa que afeta a esfera de existência das demais pessoas recai sobre trechos da realidade especialmente valorizados em nossa cultura, cujo vínculo com a sadia qualidade de vida de todos é reconhecido pela própria Constituição da República, em seu art. 225, *caput*. O redemoinho de perigo, por assim dizer, é formado exatamente pela degradação dos recursos naturais, culturais ou artísticos dos quais depende a existência humana.

Desta forma, independentemente do grau de afetação do meio ambiente exigido pelo respectivo tipo penal, as pessoas serão sempre atingidas pelo delito ambiental na forma de um perigo abstrato, ou seja, em função das restrições que aquela transformação da realidade impõe à sadia qualidade de vida de todos. Diante da clareira aberta na floresta, da extinção de uma espécie da fauna, da degradação da qualidade do ar, restam às pessoas apenas duas alternativas: ou se comprimem nas áreas ainda não (tão) degradadas, ou expõem sua vida e saúde a perigos concretos de lesão.

Mesmo naqueles tipos penais em que, excepcionalmente, o legislador condiciona a existência do delito ambiental à ocorrência de dano ou de perigo concreto de dano à saúde humana, como é o caso do art. 54, da Lei nº 9.605/ 98<sup>454</sup>, o que fundamenta a incriminação não é a afetação da saúde desta ou daquela pessoa individualmente, mas sim o decréscimo na qualidade de vida de todos provocado por um ato de poluição grave ao ponto de atingir diretamente – e não apenas por via reflexa – a saúde de alguns. A lesão ou o perigo concreto de lesão à esfera de existência de pessoas individuais é, neste caso, apenas um parâmetro para avaliar a gravidade das transformações externas e, por conseguinte, o perigo que elas representam para a existência sadia de todas as demais pessoas, indistintamente. Não há dúvidas de que, assim agindo, o legislador acaba por transformar aquele delito ambiental específico em um crime de perigo concreto; mas o perigo próximo à lesão neste caso já não se refere ao bem jurídico verdadeiramente coletivo (meio ambiente), e sim ao bem jurídico individual (saúde) de um número mais ou menos amplo de pessoas.

---

<sup>454</sup> “Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora; Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.

Por fim, vale dizer que a definição de perigo abstrato que ora defendemos é aplicável também, sem maiores inconvenientes, àqueles tipos penais referidos a bens jurídicos coletivos que, por já terem passado por muitos e sucessivos processos de institucionalização, apresentam um alto grau de abstração, como seria o caso, por exemplo, dos delitos de moeda falsa, com relação à fé pública, e de falso testemunho, com relação à administração da justiça.

Já vimos no capítulo anterior (item 4.2, *supra*) em que medida incriminações como estas, fundadas na afetação de fatos institucionais altamente espiritualizados, a ponto de serem confundidos com meras funções, podem ser excepcionalmente admitidas em um Estado democrático de direito, de modo que não cabe aqui voltar a esse assunto. A questão que se coloca agora é a seguinte: qual estrutura típica devem assumir tais delitos para que seja possível afirmar a efetiva ocorrência de afetação do bem jurídico ou, em outras palavras, como aferir o desvalor do resultado em crimes relacionados a bens jurídicos verdadeiramente coletivos com alto grau de abstração?

Na opinião de Hefendehl, a resposta a essa indagação não pode ser dada com base em nenhuma das estruturas típicas tradicionalmente reconhecidas pela doutrina. Para este autor, a impossibilidade conceitual, fática e jurídica de dividir bens jurídicos verdadeiramente coletivos (independentemente de seu grau de abstração) em partes e adscrever cada uma delas a indivíduos diversos inviabilizaria o estabelecimento de qualquer “*causalidade lesiva real entre ação típica e bem jurídico*”, razão por que seria impróprio falar na ocorrência, seja de um dano, seja de um perigo (concreto ou abstrato) para tais bens<sup>455</sup>. De fato, uma vez que se tome os bens jurídicos verdadeiramente coletivos como entes com existência completamente desgarrada da esfera de existência das pessoas de carne e osso, fica realmente difícil explicar como uma conduta individual pode lesionar ou colocar em perigo, próximo ou distante, trechos da realidade sem qualquer expressão tangível, como a fé pública ou a administração da justiça. Afinal, a colocação em circulação de moeda falsa, por exemplo, lesa ou coloca em perigo a fé pública (ou a confiança que todos compartilham no curso forçado da moeda, para usar a definição do próprio Hefendehl)? No caso de colocar em perigo, esse perigo seria próximo ou distante da lesão? Mais do que isso, como demonstrar o ingresso da fé pública (*rectius* da confiança de todos) – assim, abstratamente considerada – no raio de ação do autor?

Conforme denunciado por Hefendehl, a maioria dos autores se aproveita da confusão existente entre verdadeiros e falsos bens jurídicos coletivos para sustentar a aplicação da

---

<sup>455</sup> HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 73.

estrutura dos delitos de perigo abstrato – que seria própria “*das situações de risco para um número indeterminado de indivíduos*” – também aos casos de afronta a bens verdadeiramente difusos<sup>456</sup>. Essa é uma solução que serve bem aos interesses daqueles que, fundando o injusto dos delitos de perigo abstrato exclusivamente no desvalor da ação, buscam se livrar do pesado ônus de demonstrar de que maneira uma ação individual pode afetar causalmente bens jurídicos tão espiritualizados quanto a fé pública ou a administração da justiça. Assim, se para a caracterização do delito de falso testemunho, por exemplo, basta a realização da conduta proibida, então pouco importa a discussão em torno de como se dá a afetação do bem jurídico neste caso específico. Ainda que se exija, no âmbito do desvalor da ação, que a conduta seja idônea para afetar a administração da justiça – v.g, por meio da demonstração de que a falsa declaração recai sobre ponto relevante do litígio –, isso ainda não é suficiente para explicar de que forma o bem jurídico em questão poderia ser atingido pela ação típica, de modo a justificar a decisão legislativa de incriminá-la<sup>457</sup>. O recurso à estrutura dos delitos de perigo abstrato seria, nesse sentido, somente uma estratégia para fugir das exigências impostas pelo princípio da lesividade, pois, no fundo no fundo, ninguém sabe dizer ao certo como os bens jurídicos verdadeiramente coletivos são afetados<sup>458</sup>.

Embora a crítica dirigida por Hefendehl à doutrina majoritária seja, em certa medida, pertinente, parece-nos que a incongruência por ele apontada entre a estrutura dos delitos de perigo abstrato e a incriminação de violações a bens jurídicos verdadeiramente coletivos não é de todo incontornável.

No que pertine aos delitos envolvendo bens jurídicos coletivos com baixo grau de abstração – como é o caso do meio ambiente –, já demonstramos mais acima como é possível explicar a estrutura típica dos crimes de perigo abstrato de modo a compatibilizar seu uso com esse tipo de afetação da esfera de existência de um número indeterminável de pessoas. Resta

<sup>456</sup> HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 72.

<sup>457</sup> Nesse sentido, ainda a crítica de Hefendehl: “*É analiticamente correto que se diga que, na tutela de bens coletivos, o desvalor do ato se ponha num primeiro plano em relação ao desvalor do resultado. Essa afirmativa se refere, contudo, apenas ao plano do tipo. O bem jurídico continua a ser o ponto de partida da incriminação. Isso significa que ainda é necessário demonstrar a conexão de idoneidade da proibição para proteger o referido bem*” (HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 72).

<sup>458</sup> Para Hefendehl, nem a lesão nem o perigo concreto, e tampouco o perigo abstrato, seriam suficientes para explicar em que medida bens jurídicos verdadeiramente coletivos são afetados por condutas individuais. É por isso que ele propõe a identificação de algum tipo de “*equivalente material*”, que cumpra o papel da causalidade real entre ação típica e bem jurídico nesses casos. Em sua opinião, “*a idéia de cumulação, desenvolvida com base nos delitos ambientais e de corrupção, representa tal equivalente*” (HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 73).

agora, esclarecer como aquela mesma metáfora do tornado ou redemoinho serve para representar a afetação indireta de bens jurídicos tão abstratos quanto a fé pública ou a administração da justiça.

Para isso, é preciso lembrar mais uma vez que tais fatos institucionais não têm existência desgarrada das pessoas que os instituíram, sendo elevados à condição de bem jurídico apenas para evidenciar que muitos são os aspectos da vida social sem os quais a plena existência de qualquer ser humano seria simplesmente impossível. Quando se pratica uma conduta que atenta contra esses aspectos da vida social, portanto, o que se está atingindo, em última instância, não é este ou aquele *status* social propriamente dito, mas sim os indivíduos que dele se valem para o exercício pleno de suas capacidades comunicativas.

De novo, a figura do clarão aberto pelo tornado ou redemoinho criado pelo agir espaçoso do autor é ilustrativa de como esse tipo de crime, mesmo tomando bens jurídicos altamente espiritualizados como objeto de referência, afetam a esfera de existência de todos indistintamente. É que, diante da crescente complexidade da sociedade em que vivemos, onde os vínculos intersubjetivos assumem, cada dia mais, um caráter anônimo, a confiança recíproca de que depende a existência do agir comunicativo precisa, muitas vezes, de uma contribuição normativa estatal que assegure a todos os participantes de determinados sistemas especializados o caráter ilocucionário dos atos de fala de seus incontáveis interlocutores. Assim, no sistema de trocas baseado no dinheiro, por exemplo, a garantia estatal de que todo papel-moeda em circulação em determinado território tem curso forçado e equivale ao valor nele expresso permite aos indivíduos negociar sem que seja necessário conhecer pessoalmente a outra parte. Da mesma forma, num processo judicial, a garantia normativa de que os testemunhos colhidos correspondem ao relato sincero daqueles que os prestaram permite que todos os que venham a ser atingidos direta ou indiretamente pela decisão ao final prolatada aceitem como verdadeiros os fatos nos quais ela se baseou.

Esses artifícios, embora não sejam necessários no mundo da vida, uma vez que infinito o tempo para que as confianças se estabeleçam entre as pessoas e os consensos possam ser obtidos exclusivamente com base no agir comunicativo, passam a desempenhar uma função relevante na medida em que a sociedade vai se tornando mais complexa e se estruturando em sistemas especializados. No entanto, é fundamental não esquecer de uma coisa: esses reforços normativos de que se vale o direito para reproduzir artificialmente a confiança recíproca que é construída no mundo da vida de forma espontânea e demorada não têm valor autônomo para fins jurídico-penais. Ao contrário, a única coisa que importa ao direito penal no momento de verificar a idoneidade de determinada incriminação é o grau de

afetação produzido pela conduta típica sobre a esfera de existência das pessoas ou, em outras palavras, sobre suas reais capacidades comunicativas.

Por isso, os crimes de moeda falsa ou de falso testemunho não devem ser compreendidos como afetações lesivas ou perigosas da própria fé pública ou da administração da justiça como entes autônomos, mas sim como embaraços reais para o exercício do agir comunicativo de cada uma das pessoas que compõem o grupo social, ainda que ninguém chegue efetivamente a ingressar no raio de interferência da ação proibida. Assim, ao colocar em circulação moeda falsa ou ao prestar em juízo informações que sabe falsas, o sujeito altera a realidade social de uma forma que já não controla, pois todos aqueles que vierem a ter contato com os efeitos de sua ação acabarão tendo sua esfera de existência exposta a um perigo próximo à lesão ou, até mesmo, lesionada. É o que ocorre, por exemplo, quando alguém que age ilocucionariamente no mercado, por confiar que todos se comportam de igual forma, acaba recebendo dinheiro falso anteriormente posto em circulação por alguém que buscava, estrategicamente, uma situação de vantagem pessoal em detrimento dos demais; ou daquele que se submete aos efeitos coercitivos de uma decisão judicial por acreditar, erroneamente, que ela se baseia em fatos comprovadamente ocorridos, e não em falsas declarações prestadas por pessoas que deliberadamente não observaram a norma legal que reafirma a necessidade de que o modelo ilocucionário de ação seja adotado nesse específico âmbito do convívio social. É claro que a norma incriminadora nesses casos, ao assumir a estrutura de delitos de perigo abstrato, não exige que esse contato direto, lesivo ou concretamente perigoso, entre o autor e alguma vítima determinada chegue efetivamente a ocorrer. Para o aperfeiçoamento do delito, basta que os efeitos perlocucionários da conduta realizada já tenham saído da esfera de controle do agente, de modo que, podendo atingir qualquer pessoa que com eles venha a se deparar, acabe representando uma limitação na esfera de livre determinação de todos indistintamente. Trata-se, como já dito anteriormente em relação dos delitos ambientais, de uma afetação indireta ou *sui generis* do bem jurídico (*rectius*, das pessoas). Embora ninguém precise ser diretamente lesionado ou posto em perigo, é imprescindível que a conduta típica importe numa transformação do mundo externo que embarace, naquele tempo/espaço, o pleno exercício do agir comunicativo.

Vistas as coisas dessa forma, fica mais fácil compreender por que meras violações do comando legal não são suficientes para justificar incriminações dessa natureza. O que importa, no fundo, não é a observância incondicional, por parte do agente, do dever de se comportar de forma comunicativamente válida, mas sim a verificação, na prática, de se o seu comportamento perlocucionário prejudicou, em maior ou menor medida, o agir ilocucionário

de todos os demais. É por isso que a falsificação grosseira ou a mentira que recai sobre aspecto irrelevante para o julgamento da causa não são suficientes para a caracterização dos delitos de moeda falsa e de falso testemunho, respectivamente. Embora não se questione o caráter perlocucionário dessas condutas, a verdade é que elas não produzem no mundo externo transformações capazes de prejudicar a esfera de existência de quem quer que seja, não representando qualquer embaraço ao agir comunicativo dos demais.

Concluindo, podemos dizer que, ao contrário do entendimento que vem se consolidando entre os autores que seguem o funcionalismo teleológico, a diferença entre perigo concreto e perigo abstrato não está no momento em que se analisa a afetação do bem jurídico: *ex ante* para os delitos de perigo abstrato e *ex post* para os delitos de perigo concreto. Afinal, como bem assinala Zaffaroni, todo perigo com existência real provém de uma conduta perigosa *ex ante* e produz um resultado perigoso *ex post*. Do contrário, não se trata propriamente de um perigo, senão de uma expectativa de perigo, o que, de modo algum, pode satisfazer o princípio da ofensividade. Para nós, portanto, tanto o perigo concreto, quanto o perigo abstrato, pressupõem a ocorrência de uma ação e de um resultado desvalorados, os quais devem ser analisados *ex ante* e *ex post*, respectivamente. Exatamente por isso, aliás, é que defendemos num momento anterior dessa tese (item 4.3, *supra*) a inteira aplicabilidade dos critérios de imputação objetiva, seja o da criação do risco, seja o de sua realização no resultado, a todos os delitos indistintamente, inclusive aos de perigo abstrato.

Em nossa opinião, o que efetivamente distingue as situações de perigo concreto das situações de perigo abstrato é a forma e a intensidade da afetação do bem jurídico. Enquanto no perigo concreto as pessoas são atingidas diretamente pela conduta típica, sofrendo na própria pele as conseqüências lesivas ou perigosas do agir estratégico do autor, no perigo abstrato elas são afetadas por via transversa, na forma de uma limitação do espaço que dispõem para o exercício pleno de sua existência, livre de qualquer risco para seus bens jurídicos. Como esses efeitos não podem ser dirigidos especificamente a nenhuma pessoa em particular, atingindo indistintamente todos aqueles que convivem com o autor, a estrutura típica dos delitos de perigo abstrato só se aplica aos conflitos intersubjetivos envolvendo bens jurídicos coletivos, sejam eles falsos ou verdadeiros.

## 5.2. O (desvalor de) resultado e os crimes tentados

Se uma revisão completa da teoria dos delitos de perigo abstrato não é o objetivo dessa tese, muito menos será uma análise exaustiva acerca da teoria da tentativa. Nosso propósito

neste último apartado, antes da conclusão final, limita-se a apontar qual, dentre os fundamentos geralmente utilizados para justificar a punição da tentativa, é o que melhor se ajusta à concepção dualista rigorosa de injusto por nós adotada. Outros pontos afetos à teoria da tentativa serão abordados somente de forma reflexa, e na estrita medida em que se revelem indispensáveis para a fundamentação de nosso ponto de vista.

### 5.2.1. Fundamentos de punibilidade da tentativa

O problema do fundamento de punibilidade da tentativa é, segundo Stratenwerth, um dos pontos mais discutidos e controvertidos de toda a dogmática jurídico-penal, exatamente por tocar no âmago da discussão acerca do conteúdo do injusto. Em sua opinião, “*en ningún otro punto ha repercutido tanto como en éste la contraposición entre teorías del delito objetivas y subjetivas*”<sup>459</sup>.

De fato, mesmo nos tempos mais antigos, antes da própria idéia de tentativa ganhar os contornos doutrinários pelos quais a conhecemos hoje<sup>460</sup>, a decisão no sentido da punição, ou não, de atos anteriores àqueles expressamente definidos como crime sempre esteve diretamente vinculada à noção de injusto de que se partia.

Na Roma antiga, por exemplo, a figura da tentativa não era conhecida. A prática de atos que representassem estágios iniciais de condutas incriminadas podia receber dois tratamentos distintos: nos crimes privados, onde o dano é que dava medida à pena, a tentativa permanecia impune, pois nela não há dano efetivo, mas apenas perigo de dano; já nos crimes públicos, o simples início da execução já era muitas vezes punido como crime autônomo, de modo que a tentativa acabava equiparada ao crime perfeito, recebendo punição igual à deste<sup>461</sup>.

Foi apenas por influência da filosofia grega que o aspecto volitivo da ação (*voluntas*) ganhou importância no direito romano tardio em detrimento do resultado (*exitus*), o que contribuiu para que se passasse a exigir punição de qualquer vontade externa contrária ao direito já como uma completa realização do injusto, igualando-se os atos preparatórios à

<sup>459</sup> STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Manuel Cancio Meliá e Marcelo Sancinetti. Madrid: Thomson Civitas, 2005. 2 t. T. I: El hecho punible. p. 279.

<sup>460</sup> De acordo com o relato unânime dos autores, a tentativa é uma construção doutrinária recente, não tendo antecedentes no direito dos povos antigos. Assim, por exemplo, na literatura nacional: BRUNO, Aníbal. *Derecho Penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. II: Fato Punível. p. 236; e, na literatura estrangeira: MEZGER, Edmund. *Derecho Penal (Libro de Estudio): parte general*. Tradução para o espanhol de Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1957. p. 276.

<sup>461</sup> BRUNO, Aníbal. *Derecho Penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. II: Fato Punível. pp. 236-237.

própria figura do delito perfeito<sup>462</sup>. Embora a distinção entre delito perfeito e imperfeito tenha chegado a existir no direito romano, isso só ocorreu numa fase mais avançada e, assim mesmo, “*por via indireta, considerando-se atenuante o fato de não haver o agente consumado seu crime*”. Uma noção precisa do que seria a tentativa, em contraposição aos atos preparatórios, de um lado, e à consumação, de outro, nunca chegou a ser desenvolvida pelos romanos<sup>463</sup>.

Os primeiros esboços de um tratamento verdadeiramente dogmático do fenômeno da tentativa surgiram na Itália medieval, por obra dos glosadores, que, a pretexto de interpretarem os textos romanos, terminaram elaborando uma nova doutrina a respeito do tema. A partir do conceito de *conatus*, a tentativa foi definida como “*um momento no caminho do crime*”; segundo a fórmula de Gandino: “*cogitare, agere, sed non perficere*”. A partir daí deram-se os primeiros passos para estabelecer uma linha distintiva entre atos meramente preparatórios (impuníveis), atos executórios (punidos de forma atenuada) e consumação delitiva (punida de forma plena)<sup>464</sup>.

Os ensinamentos dos glossadores e dos pós-glossadores exerceram enorme influência sobre vários Estados europeus nos séculos que se seguiram e serviram de base para a elaboração da *Constitutio Criminalis Carolina*, ordenação redigida a mando de Carlos V para regular o processo criminal do Sacro Império Romano-Germânico<sup>465</sup>. Nela, uma primeira definição legal de tentativa foi assim estabelecida no art. 178:

“Item se alguém se abalçar a alguma malfetoria por actos inequívocos que para a consumação della sejam próprios, sendo a consumação da dita malfetoria impedida por outros meios contra a vontade do malfetor, tal vontade perversa, de que, como ficou dito,

<sup>462</sup> MEZGER, Edmund. *Derecho Penal (Libro de Estudio)*: parte general. Tradução para o espanhol de Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1957. p. 276.

<sup>463</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. II: Fato Punível. p. 237.

<sup>464</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. II: Fato Punível. p. 237.

<sup>465</sup> Conforme explicação de Jescheck, a influência da obra dos glossadores e pós-glossadores da Itália medieval sobre o direito penal alemão seu deu “*como consecuencia de la acogida de los Derechos de las ciudades de Itália del norte y numerosas tradiciones lombardas [que] no estaban muy alejadas de las necesidades político-jurídicas y del sentimiento jurídico de los alemanes, y que desde el siglo XIII fue llevado a la práctica en Alemania a través de la Administración de Justicia de la Iglesia. Los motivos de la recepción residieron en la decadencia del sistema jurídico alemán, basada en la creencia de que el Derecho romano, a causa de la posición del Sacro Imperio Romano como continuad del Derecho del antiguo Imperio sería el legítimo ‘Derecho imperial’; en el alto tratamiento científico del material jurídico por parte de los juristas italianos (ante todo, por Albertus Gandinus, Tractatus de maleficiis, 1298); y en el surgimiento de una generación de juristas canónicos y seculares que se formaron en las Facultades de Derecho del norte de Italia (Bolonia, Pavia, Padua) con anterioridad, e incluso tiempo después, en la fundación de las primeras universidades centroeuropeas (Praga 1348, Cracovia 1364, Viena 1365, Heidelberg 1386 y Colonia 1388)*” (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. 5. ed., cor. e amp. por Thomas Weigend. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Colmares, 2002. p. 99-100).



algun acto se seguir, será criminalmente punida; mas a punição será em certos casos mais severa do que em outros (...)<sup>466</sup>.

De acordo com Costa e Silva, essa definição de tentativa adotada pela *mater Carolinae* teria servido de inspiração direta para o art. 2º do Código Penal napoleônico de 1810, que assim dispunha<sup>467</sup>:

“Toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs, et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le crime même”<sup>468</sup>.

O critério do início da execução (“*commencement d'exécution*”), consagrado pelo Código Penal francês, por sua vez, “*se espalhou pela quase totalidade das legislações do velho e do novo mundo*”<sup>469</sup>, retornando ao direito penal alemão por meio do Código Prussiano de 1851, o qual serviria de base, mais tarde, para a elaboração do Código imperial de 1871<sup>470</sup>. A redação original do §43 do Código Penal alemão dá conta dessa influência:

“Quien haya manifestado la resolución de cometer un crimen o delito, mediante acciones que contienen un principio de ejecución de ese crimen o delito, será castigado por tentativa, si el crimen o delito proyectado no ha llegado a la consumación.  
La tentativa de un delito será castigada, sin embargo, sólo en los casos en los cuales la ley lo determina expresamente”<sup>471</sup>.

Diferentemente do Código Penal francês, e do próprio Código prussiano que lhe servira de base, contudo, o Código Penal alemão de 1871 voltou à concepção dos glossadores e do Direito comum, “*segundo a qual a tentativa deve ser punida menos rigorosamente do que o crime consumado*”<sup>472</sup>.

<sup>466</sup> Apud COSTA E SILVA, Antônio José da. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930. 2 v. V. I. p. 64.

<sup>467</sup> COSTA E SILVA, Antônio José da. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930. 2 v. V. I. p. 65.

<sup>468</sup> Texto original disponível em: <[http://ledroitcriminel.free.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/code\\_penal\\_1810/code\\_penal\\_1810\\_1.htm](http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1810/code_penal_1810_1.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2012. Tradução livre: “*Toda tentativa de crime que se tenha manifestado por meio de atos exteriores e que seja seguida por um começo de execução, interrompido ou não consumado por circunstâncias fortuitas ou independentes da vontade do agente, será considerada como a realização do próprio crime*”.

<sup>469</sup> COSTA E SILVA, Antônio José da. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930. 2 v. V. I. p. 65.

<sup>470</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003. 2 t. T. I. p. 316.

<sup>471</sup> Apud MEZGER, Edmund. *Derecho Penal (Libro de Estudio)*: parte general. Tradução para o espanhol de Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1957. p. 278.

<sup>472</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003. 2 t. T. I. p. 317. De acordo com a redação original do §44: “*Se o crime consumado for punido com a pena de morte ou de reclusão perpétua, a tentativa será punida com a de três anos de reclusão no mínimo, e o condenado poderá, além disso, ser posto sob a vigilância policial. A pena de prisão perpétua em*

Por detrás dessa intensa codificação que marcou o século XIX existia um acalorado debate doutrinário acerca dos fundamentos de punibilidade da tentativa, e as muitas idas e vindas legislativas, ora no sentido da punição igualada entre tentativa e delito consumado, ora no sentido de uma punição diferenciada, são prova inequívoca disso. Tampouco era inocente o uso de expressões como “*início da execução*” ou “*manifestação da resolução de cometer um crime*”, constantes dos dispositivos legais anteriormente citados. Por meio delas, concepções absolutamente diferentes de tentativa – e, em última análise, de injusto penal – buscavam oficializar-se<sup>473</sup>.

A questão que ocupava o centro das discussões à época, no entanto, era aquela relativa à punição, ou não, do chamado crime impossível, e foi justamente no âmbito desse debate que se desenvolveram as duas principais teorias sobre o fundamento de punibilidade da tentativa: uma objetiva e outra subjetiva<sup>474</sup>.

Segundo nos informa von Liszt<sup>475</sup> o debate teria sido instaurado por Feuerbach, que, a partir da 4ª edição de seu Tratado (datada de 1808), passaria a defender expressamente a impunidade das hipóteses de tentativa inidônea:

“Es imposible que una acción sea antijurídica sin chocar con el derecho externo, pues sólo es una acción (exterior) que lesiona o pone en peligro al derecho. La sola intención antijurídica no proporciona a una acción ninguna característica de antijuridicidad. Quien habla de participación en el crimen con un veneno falso o del homicidio de un cadáver o similares, confunde lo moral con lo jurídico, los fundamentos de la policía de seguridad con el derecho a la pena, y debería también declarar culpable de una tentativa a cualquier bávaro que vaya a una capilla en peregrinación a rezar por la muerte de su vecino. La Ordenanza Carolina (art. 178) exige ‘trabajos sensibles que para la ejecución del entuerto puedan servir’<sup>476</sup>.”

---

*fortaleza será substituída por pena da mesma natureza não inferior a três anos. Nos outros casos, a pena poderá ser reduzida ao quarto do mínimo da pena de prisão ou de multa aplicável ao crime ou delito consumado. Se, em virtude dessa disposição, a reclusão ficar reduzida a menos de um ano, converter-se-á essa pena na de encarceramento nos termos do art. 21” (Apud LISZT, Franz von. Ob. cit., p. 411).*

<sup>473</sup> A redação do art. 178 da Ordenação Carolina anteriormente citado é um bom exemplo disso. Apegando-se à expressão “*actos inequívocos que para a consumação della sejam próprios*”, Feuerbach via ali uma clara manifestação da teoria objetiva (FEUERBACH, Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução de Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 66); enquanto que, para Jescheck, o texto, que também falava de “*vontade perversa, de que (...) algum acto se seguir*”, estaria certamente fundando a punição da tentativa naquilo que seria mais tarde a pedra de toque da teoria subjetiva, o que seja, a vontade criminal do autor (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. 5. ed., cor. e amp. por Thomas Weigend. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Colmares, 2002. p. 551).

<sup>474</sup> MEZGER, Edmund. *Derecho Penal (Libro de Estudio)*: parte general. Tradução para o espanhol de Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1957. p. 277.

<sup>475</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003. 2 t. T. I. p. 325.

<sup>476</sup> FEUERBACH, Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução de Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 66.

Não por outro motivo, Feuerbach é apontado como o precursor da *teoria objetiva da tentativa*, que se caracteriza exatamente por fundar a punição desta na efetiva criação de uma situação de perigo para o bem jurídico<sup>477</sup>, extraíndo daí as seguintes conseqüências práticas: (i) distinção entre atos preparatórios e executórios, sendo apenas os últimos puníveis; (ii) não punibilidade das situações de crime impossível; e (iii) atenuação obrigatória da pena nos casos de delitos tentados<sup>478</sup>.

Discípulo de Feuerbach, e também adepto da teoria objetiva, Mittermayer chegou a desenvolver um critério para distinguir as hipóteses em que a tentativa seria absolutamente inidônea e, portanto, impunível, daquelas em que a inidoneidade do meio empregado ou do objeto visado seriam apenas relativas, autorizando a punição do agente:

“(...) a tentativa era absolutamente impossível, quando o ato, atentos os meios empregados e em relação ao objeto da agressão, em caso algum podia conduzir ao fim desejado (tentativa de morte com uma pistola descarregada ou contra um cadáver), e considerava-se a tentativa como relativamente impossível, quando o meio escolhido ou o objeto da agressão era em tese apropriado, mas, no caso dado, apresentava-se inadequado, em razão de circunstâncias especiais (tentativa de morte com uma pistola que rebenta no momento da descarga, ou contra alguém que se acha protegido por uma cota de malhas)”<sup>479</sup>.

De acordo com essa concepção original, a distinção entre inidoneidade absoluta e relativa deveria ser realizada desde um ponto de vista *ex post factum*, de modo que: não se tendo alcançado o resultado lesivo, mas havendo sido produzida uma situação de perigo próximo para o bem jurídico, a hipótese seria de inidoneidade apenas relativa dos meios (ou do objeto), motivo por que a tentativa seria punível; por outro lado, não se tendo produzido, nem o resultado lesivo, nem ao menos uma situação de perigo concreto para o bem jurídico a hipótese passaria a ser de inidoneidade absoluta e, logo, impassível de qualquer punição<sup>480</sup>.

<sup>477</sup> Nas palavras do próprio Feuerbach: “*una acción externa intencionalmente dirigida a la producción de un crimen (emprendimiento criminal, conatus delinquendi en sentido amplio) ya constituye por sí misma una infracción y será penada, siendo objetivamente peligrosa*” (FEUERBACH, Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução de Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 65). **Grifo nosso.**

<sup>478</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed., cor. e amp. por Thomas Weigend. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Colmares, 2002. p. 551.

<sup>479</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003. 2 t. T. I. p. 325.

<sup>480</sup> Contemporâneo de Mittermayer, Carrara era o principal representante dessa corrente na Itália do século XIX e também condicionava a punição da tentativa à ocorrência de um perigo concreto, e não apenas potencial, para o bem jurídico: “*Os delitos imperfeitos não podem (...), por sua natureza, apresentar o elemento do dano imediato que seria peculiar a cada qual deles, mas um dano imediato inferior ou mesmo nulo. Não obstante isso, são politicamente imputáveis, porque, enquanto surge, também neles, bem evidente, o dano mediato, as funções do dano imediato, que neles falta, são supridas pelo perigo sofrido pela sociedade ou pelo cidadão atacado. O conceito de que a base da imputabilidade da tentativa é o perigo sofrido pelo direito remonta a Grócio (...). E se diz perigo sofrido, para distingui-lo de um perigo de mera previsão, do qual não emerge razão legítima de imputação*” (CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas/SP: LZN Editora, 2002. 2 v. V. I. p. 252-253).

Em oposição a essa corrente, os adeptos da *teoria subjetiva da tentativa* – formulada por Tittmann e desenvolvida por von Buri – não admitiam qualquer tipo de diferenciação entre situações de inidoneidade absoluta e relativa. Para eles, toda e qualquer hipótese de tentativa estaria sempre assentada “*sobre um erro relativo às conseqüências da ação, isto é, sobre a suposição (errônea) de que uma ação inadequada para a produção de um resultado representado não o é*”<sup>481</sup>. Sendo assim, a simples circunstância do crime não se ter consumado por circunstâncias alheias à vontade do agente já seria demonstração mais do que suficiente da inidoneidade causal (absoluta ou relativa, tanto faz) da ação em relação ao resultado esperado. Em outras palavras: após o desenrolar causal dos fatos, não há que se falar em perigo se o bem jurídico permanece absolutamente íntegro<sup>482</sup>.

A inexistência de perigo para o bem jurídico, por outro lado, em nada prejudicaria a punição do agente segundo a teoria subjetiva, uma vez que o fundamento de punibilidade da tentativa – qualquer que seja o grau de inidoneidade do meio eleito ou do objeto visado – reside única e exclusivamente na externalização da vontade contrária ao direito por meio de uma ação que, aos olhos do próprio agente, pareça idônea para produzir o resultado proibido. A existência de perigo concreto (ou mesmo potencial) para o bem jurídico é, desta forma, absolutamente dispensável para os seguidores dessa corrente.

As conseqüências práticas de uma teoria como esta, fundada exclusivamente no aspecto subjetivo da ação, eram diametralmente opostas àquelas esperadas de uma teoria objetiva. Segundo Jescheck, uma interpretação conseqüente da teoria subjetiva deveria conduzir a pelo menos três conclusões: (i) igual punição das formas tentadas e consumadas de delito; (ii) punibilidade da tentativa absolutamente inidônea; e (iii) extensão do âmbito da tentativa punível aos atos preparatórios<sup>483</sup>.

Conforme amplamente reconhecido pelos autores alemães, a teoria que prevaleceu na doutrina e na jurisprudência daquele país durante praticamente todo o século XIX foi a objetiva<sup>484</sup>. O entendimento que predominava era o de que o §43 do Código imperial, ao adotar o critério do *início da execução*, de origem francesa, ao punir de forma diferenciada a

<sup>481</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003. 2 t. T. I. pp. 325-326.

<sup>482</sup> De forma jocosa, von Hippel refutava essa conclusão, argumentando que, a prevalecer tal raciocínio, então dever-se-ia considerar que, dos soldados que foram a guerra, só teriam sido expostos a uma situação de perigo os que efetivamente tombaram mortos, e não também os que, por sorte, retornaram ilesos.

<sup>483</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. 5. ed., cor. e amp. por Thomas Weigend. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Colmares, 2002. p. 552.

<sup>484</sup> Por todos, vide o relato insuspeito de Jescheck, que, definitivamente, não guarda qualquer simpatia pela teoria objetiva da tentativa: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. 5. ed., cor. e amp. por Thomas Weigend. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Colmares, 2002. p. 551.

tentativa e o crime consumado e ao fixar uma definição de tentativa literalmente idêntica à do Código prussiano de 1851<sup>485</sup>, só poderia ter se filiado à teoria objetiva da tentativa, que, ademais, era a teoria adotada de forma pacífica pela jurisprudência do Superior Tribunal prussiano.

Com a reunificação alemã, finalizada no ano de 1871, o Tribunal imperial inicialmente seguiu esse entendimento majoritário, decidindo as questões versando sobre tentativa com base na teoria objetiva. A partir do ano de 1880, contudo, por influência de um de seus integrantes (von Buri), o Tribunal alterou o entendimento até então adotado e passou a usar a teoria subjetiva para justificar a punibilidade da tentativa em casos como o de aborto em que se utilizara meio absolutamente inidôneo (RGStr. 1º, 439) ou de outro praticado em mulher que apenas imaginava estar grávida (RGStr. 8º, 198)<sup>486</sup>. A linha de separação entre atos preparatórios e executórios também se esfumou quando o *Reichsgericht* decidiu que a simples elaboração de um documento falso, com vistas a ser utilizado somente mais tarde para fins enganosos, já constituiria, por si só, uma tentativa de estelionato (RGStr. 51, 341)<sup>487</sup>.

A influência dessas decisões sobre a jurisprudência dos Tribunais locais e também sobre a doutrina foi logo sentida. Em seu Tratado, cuja 1ª edição surgiu no ano seguinte à mudança de orientação do Tribunal imperial, por exemplo, Franz von Liszt apresenta aquela que Welzel mais tarde denominaria de “*nova teoria objetiva*” da tentativa, em contraposição à “*antiga teoria objetiva*” de Mittermayer<sup>488</sup>. Ambas as teorias (a antiga e a nova) fundam a punição da tentativa no perigo que a ação representa para o bem jurídico, sendo concordes igualmente em relação à impunidade da tentativa absolutamente inidônea. Diversamente da antiga, contudo, a nova teoria objetiva defendida por von Liszt – ou *teoria da periculosidade*, como acabou ficando conhecida – não faz depender a punição da tentativa da efetiva ocorrência de um perigo concreto para o bem jurídico. Para ela, a tentativa será perigosa – e, por conseguinte, punível – quando a “*possibilidade iminente da realização do resultado*” puder ser constatada *ex ante*, segundo a fórmula de uma “*prognóse póstuma*” que tome “*em consideração (...) as circunstâncias salientes ou conhecidas do agente no momento da ação* –

<sup>485</sup> O §31 do Código Penal prussiano, que não foi repetido pelo Código imperial, expressamente excluía a punibilidade, tanto dos atos preparatórios, quanto da tentativa absolutamente inidônea (Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. 5. ed., cor. e amp. por Thomas Weigend. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Colmares, 2002. p. 551).

<sup>486</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003. 2 t. T. I. p. 326; MEZGER, Edmund. *Derecho Penal (Libro de Estudio)*: parte general. Tradução para o espanhol de Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1957. p. 286.

<sup>487</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. 5. ed., cor. e amp. por Thomas Weigend. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Colmares, 2002. p. 552.

<sup>488</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*: parte general. 11. ed. Tradução para o espanhol de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 265.

*momento a que o julgador deve remontar-se – e não as circunstâncias que só posteriormente foram descobertas*”. Da mesma forma, somente quando, à vista desse juízo de avaliação *ex ante*, a conduta do agente se mostre completamente inadequada para produzir o resultado é que a tentativa estará isenta de pena por não ser, em nenhuma medida, perigosa. Por meio desse ajuste, acredita von Liszt ser possível compatibilizar a teoria objetiva com os resultados encontrados pelo *Reichsgericht* em seus últimos julgados. “*A tentativa de aborto por parte de uma mulher que não está grávida*”, por exemplo, “*bem pode ser criminosa, se a existência da gravidez não parece [a priori] plenamente excluída*”. Da mesma maneira, “*criminosa tentativa de morte contra uma criança que nasceu morta é de todo possível, se a morte não está [no momento da realização da ação] inteiramente fora de dúvida*”<sup>489</sup>.

Um número reduzido de autores, por outro lado, não se deixou influenciar pela mudança de entendimento da Corte imperial, preferindo manter-se fiel às premissas objetivistas<sup>490</sup>. A *teoria da ausência de tipo*, idealizada por Frank e desenvolvida por Beling, é um bom exemplo de como parte da doutrina alemã conseguiu, de forma criativa, resistir aos crescentes influxos subjetivistas.

Apegada à fórmula do início da execução (*commencement d'exécution*), que àquela época ainda habitava o §43 do Código Penal alemão, essa teoria definia a tentativa como um estágio inicial dos fatos objetivamente descritos no delito-tipo, que só não chega a se consumir em razão da não ocorrência temporal de certos fatores causais exigidos pelo legislador. Nesse sentido, a tentativa é um delito que ainda não se consumou, mas que, evidentemente, poderia vir a se consumir, pois, do contrário, a ação praticada não poderia ser considerada o início daquela descrita no tipo, mas sim uma outra, totalmente diferente desta. Assim, por exemplo, “*el que subtrae su propia cosa de poder de otro, no comienza, por cierto, a 'subtraer una cosa ajena'*”, já que, nunca, em hipótese alguma, o desenrolar causal de sua ação poderia levar à consumação do delito de furto. Pouco importa, nesse contexto, o momento em que se dá a avaliação acerca da inidoneidade do objeto sobre o qual recai a conduta, se *ex ante* ou *ex post*. A questão, a bem da verdade, estaria mal colocada pela doutrina, quando fala em inidoneidade absoluta (ou relativa) do meio (ou do objeto), uma vez que o problema não é de incongruência causal, mas sim de absoluta ausência de um dos

<sup>489</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003. 2 t. T. I. p. 328.

<sup>490</sup> Segundo o relato de Beling, teria havido resistência também por parte de alguns Tribunais locais, como os de Hamburgo e de Hamm, que, mesmo após a mudança de orientação do Tribunal imperial, continuaram aplicando a teoria objetiva da tentativa (BELING, Ernest von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*. Tradução para o espanhol de Sebastián Soler. Buenos Aires: Librería El foro, 2002. p. 138).

elementos exigidos pelo delito-tipo, o caráter alheio da coisa subtraída<sup>491</sup>. O raciocínio vale, tanto para a inidoneidade absoluta do objeto, quanto também do meio, ou, até mesmo, de especial qualidade exigida do sujeito: aquele que usa de meios superticiosos (p. ex., rezas) para assassinar seu desafeto não inicia a ação de matar descrita no delito-tipo de homicídio, visto que ali só estão descritas condutas objetivamente capazes de provocar o evento morte; aquele que dá remédio abortivo a mulher não grávida não inicia a ação de provocar aborto, visto que esse resultado exigido pelo tipo pressupõe a existência do embarço; por fim, aquele que, não sendo funcionário público, desfalca o erário não pratica crime de peculato, visto que essa especial qualidade do agente é condição para a existência do delito, seja na forma consumada, seja na forma tentada. O equívoco da teoria subjetiva estaria justamente em querer suprir a ausência de parte do conteúdo típico (até então, puramente objetivo) pela mera vontade do agente, como se fosse possível criar mentalmente os fatos de cuja ocorrência depende diretamente a existência do crime. Segundo a avaliação de Beling, esse tipo de raciocínio é de todo insustentável e *“proviene de la época en la cual no se sabía distinguir la antijuridicidad de la culpabilidad, considerándose antijurídica toda acción proveniente de un querer malo”*<sup>492</sup>.

Apesar das severas críticas, a jurisprudência alemã não voltou atrás em sua guinada subjetivista. Bem ao contrário, essa tendência apenas se fortaleceu ao longo do século XX, na medida em que algumas reformas legislativas iam sendo realizadas, exatamente para ajustar o Código Penal aos ditames da teoria subjetiva. No ano de 1939, por exemplo, no auge do Estado nacional-socialista, o então §44 do Código Penal foi alterado para substituir a regra da atenuação obrigatória nos casos de tentativa – própria da teoria objetiva – pela regra da atenuação apenas facultativa, mais condizente (embora não inteiramente) com o ponto de vista subjetivo<sup>493</sup>.

Uma explicação plausível para a adoção da regra da atenuação facultativa durante esse período está na *teoria do autor*, defendida por vários dos penalistas que colaboraram com o regime nazista<sup>494</sup>. Tal teoria tomava por base a periculosidade do autor para determinar a

<sup>491</sup> BELING, Ernest von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*. Tradução para o espanhol de Sebastián Soler. Buenos Aires: Librería El foro, 2002. p. 136.

<sup>492</sup> BELING, Ernest von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*. Tradução para o espanhol de Sebastián Soler. Buenos Aires: Librería El foro, 2002. p. 137.

<sup>493</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán: parte general*. 11. ed. Tradução para o espanhol de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 261.

<sup>494</sup> Assim, por exemplo, Bockelmann, Kohlrausch e Lange, todos referidos por Jescheck como adeptos da teoria do autor (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed., cor. e amp. por Thomas Weigend. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Colmares, 2002. p. 553) e citados por Vogel como alguns dos destacados penalistas que elaboraram e colaboraram com o direito penal nacional-socialista (*Apud* MUÑOZ CONDE, Francisco. Notas bibliográficas: Una nueva imagen de la historia

necessidade de pena nas hipóteses de crime impossível. Assim, dependendo dos traços pessoais do agente, mesmo quando em termos puramente objetivos não fosse possível determinar a existência de qualquer perigo para o bem jurídico, a punição da tentativa idônea apenas na representação do sujeito poderia se justificar em face dos objetivos político-criminais de prevenção especial perseguidos.

Mas a guinada subjetivista do direito penal alemão em matéria de tentativa não pode ser circunscrita ao período de exceção representado pelo Estado nazista. Muitos anos após a retomada democrática, por ocasião da ampla reforma realizada na Parte Geral, que passou a vigorar a partir 1975, o tratamento dispensado pelo legislador alemão ao tema deixou ainda mais evidente sua adesão à vertente subjetiva:

“§ 22. Definición

Intenta un hecho penal quien de acuerdo con su representac

§ 23. Punibilidad de la tentativa

(1) La tentativa de un crimen es siempre punible; la tentativa de un hecho solo es punible cuando la ley expresamente lo determina.

(2) La tentativa pue

(§ 49 inciso 1).

, entonces el tribunal puede prescindir de pena o disminuir la pena conforme a su facultad discrecional (§ 49 inciso 2)<sup>495</sup>.

Para a maioria dos autores alemães, o tratamento legal atualmente dispensado ao tema da tentativa não seria próprio de uma teoria subjetiva pura da tentativa, mas sim de alguma das muitas construções ecléticas (ou mistas) existentes na doutrina. Na avaliação de Jescheck, por exemplo, um destacado representante da corrente que é hoje majoritária naquele país, a *teoria da impressão* – que ele classifica como mista – seria a que melhor explicaria a opção legislativa de punir as hipóteses de crime impossível, de um lado, e permitir ao juiz que deixe de aplicar pena nos casos de tentativa burda, de outro. Segundo essa teoria, a punibilidade da tentativa não estaria fundada exclusivamente na “*voluntad puesta en marcha frente a la norma de comportamiento*”; junto a esse aspecto subjetivo seria necessário também uma afetação da “*confianza de la colectividad en la validez del Ordenamiento jurídico y el sentimiento de seguridad jurídica, pudiéndose menoscabar así la paz jurídica*”. Assim, como nos casos de extrema irracionalidade na avaliação do agente acerca da inidoneidade dos meios por ele eleitos (v.g., pedir aos deuses pela morte de seu desafeto) a ação seria incapaz de

---

contemporánea del Derecho penal alemán. *Revista Penal*, n. 24, pp. 247-263, 2009. Disponível em: <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/413/403>>. Acesso em: 13 out. 2011. p. 262).

<sup>495</sup> Tradução para o espanhol de Claudia López Díaz. Texto integral disponível em: <[http://www.juareztares.com/textos/leis/cp\\_de\\_es.pdf](http://www.juareztares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2012.



impressionar a coletividade, a punição da tentativa poderia ser dispensada pelo julgador, visto que a confiança geral na vigência da norma não teria sofrido qualquer abalo significativo<sup>496</sup>.

De nossa parte, contudo, parece que essa propensão a excluir a teoria da impressão do rol das que adotam um ponto de vista eminentemente subjetivista não se justifica, a não ser como estratégia para livrar-se da pecha de autoritária. E isso por vários motivos.

Primeiro, porque, a rigor, nenhuma das teorias até aqui analisadas pode ser classificada como puramente objetiva ou puramente subjetiva. As teorias objetivas, por exemplo, não dispensam o concurso do elemento volitivo para fundamentar a punição da tentativa. A mera produção de uma situação objetivamente classificável como perigosa nunca será considerada como início da execução de um crime se não tiver sido provocada pela externalização de uma vontade contrária ao direito. Nesse sentido, todas as teorias objetivas da tentativa são, em certa medida, também subjetivas. Da mesma forma, a teoria subjetiva, embora alegue fundar-se exclusivamente na vontade criminosa do agente, nunca chegou a ser aplicada de forma absolutamente rigorosa e conseqüente por quem quer que fosse. Mesmo quando o Tribunal imperial estava sob a direta influência de von Buri, suas decisões negavam aplicação à teoria subjetiva em pelo menos duas situações: a) *“la falta objetiva de una condición personal del autor, requerida por el tipo legal, no pued*

*: RGStr, 8, 198-200”*; e b) *“el empleo de medios supersticiosos no puede justificar un castigo por tentativa: RGStr. 33, 321”*<sup>497</sup>.

Segundo, porque a teoria da impressão não chega a inovar aquilo que há muito já vinha sendo decidido pela jurisprudência alemã dominante e cujo posicionamento sempre foi classificado como de clara adesão à teoria subjetiva, qual seja: redução apenas facultativa da pena nos casos de tentativa, punição da tentativa inidônea como regra e não punição da tentativa fantasiosa ou burda.

Por último, porque, ao acrescentar ao elemento subjetivo do autor do delito uma avaliação igualmente subjetiva – só que muito mais abstrata e difícil de precisar –, consistente na afetação da confiança coletiva acerca da vigência da norma e do sentimento geral de segurança jurídica, a teoria da impressão não se afasta do paradigma subjetista. Pelo contrário

---

<sup>496</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed., cor. e amp. por Thomas Weigend. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Colmares, 2002. p. 552-553. Em igual sentido: ROXIN, Claus. *Problemas fundamentales de derecho penal*. Tradução de Ana Paula Natscheradetz. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993. p. 296.

<sup>497</sup> MEZGER, Edmund. *Derecho Penal (Libro de Estudio): parte general*. Tradução para o espanhol de Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1957. p. 286.

ela o aprofunda ainda mais, legitimando a punição de “*todas las manifestaciones de voluntad que atermoricen al aparato estatal, por más que, objetivamente, resulten inocuas*”<sup>498</sup>.

### 5.2.2. Análise do debate à luz do ordenamento jurídico brasileiro

A breve retrospectiva acima empreendida acerca do surgimento e da evolução das diversas teorias que tentam fundamentar a punibilidade da tentativa não deve ser entendida como um puro e simples culto à dogmática germânica. Conforme se verá neste tópico, a história da punição da tentativa em nosso ordenamento jurídico tem a mesma origem do direito alemão, mas seu desdobramento seguiu caminhos inteiramente diferentes daquele, de modo que, nesse particular, é especialmente imprópria a simples escolha de uma dentre as muitas teorias existentes para, a partir dela, e com total desconsideração da realidade brasileira, tentar legitimar a punição desta ou daquela forma de manifestação do delito.

Segundo reconhecido pelo principal revisor do anteprojeto que deu origem ao Código Penal de 1940, o tratamento dispensado pelo legislador brasileiro ao tema da tentativa vem seguindo a “*boa companhia de Feuerbach, Mittermayer e Carrara*” desde o Código republicano de 1890. Nas palavras de Hungria, o art. 14 do Código de 1940 “*é, no fundo, uma reprodução do parág. único do art. 14 do Código de 90*”<sup>499</sup>, sendo certo que ambos teriam encampado abertamente a teoria objetiva ou realística da tentativa:

“Segundo a teoria realística, decididamente aceita pelo nosso Código, não é concebível o crime sem que haja uma atuação voluntária, acarretando, pelo menos, uma situação de perigo, uma probabilidade de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Enquanto não atinge esse *minimum* de atuação objetiva, a vontade criminosa, do ponto de vista jurídico-penal, *non est de hoc* mundo. (...)”

O Código brasileiro não pactuou com a teoria subjetiva ou voluntarística, que se satisfaz com a exteriorização da vontade inequivocamente dirigida ao crime; nem com a teoria sintomática (preconizada pela ‘escola positiva’), que se contenta com a manifestada periculosidade subjetiva. Se nenhum bem jurídico é efetivamente ameaçado, o projeto criminoso, ainda que perceptível ab externo, exaure-se, afinal de contas, na esfera do pensamento, e *pensiero non paga gabella*”<sup>500</sup>.

Ainda de acordo com Hungria, a expressão “*iniciada a execução*” – constante do texto original do art. 12, do Código Penal de 1940, e que foi mantida na redação do art. 14,

<sup>498</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel e VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho Penal*: parte General. 5. ed. Valência: Tirant lo blanch, 1999. p. 713, nota de rodapé nº 7. Exatamente por conta disso, os autores acreditam que a teoria da impressão, “*frente a las teorías puramente subjetivas, representa sólo un correctivo insignificante*”, não merecendo, assim, uma classificação autônoma.

<sup>499</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 9 v. V. I, t. II. p. 98-99.

<sup>500</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 9 v. V. I, t. II. p. 75-76.

inciso II, após a reforma de 1984 – teria o mesmo significado do conceito francês de “*commencement d’exécution*”, que, como já visto, também serviu de inspiração para o texto original do Código Imperial alemão<sup>501</sup>. A simples inclusão dessa expressão no ordenamento jurídico pátrio, segundo sua opinião, já seria suficiente para afirmar a incondicional adesão do legislador à teoria objetiva, segundo a qual “*não há tentativa punível onde não há possibilidade de ‘começo de execução’ (ou, o que vale o mesmo: o de periculosidade objetiva), ou desde que inexistente o bem jurídico que se cuidou atingir*”<sup>502</sup>.

Ocorre, no entanto, que o legislador brasileiro teria ido ainda mais longe na consagração da teoria objetiva. Ao inserir no art. 14, do Código de 1890, a regra da não punibilidade da tentativa absolutamente inidônea, bem como ao repetir tal previsão nos Códigos seguintes, acabou-se por oficializar, no Brasil, a adesão à corrente objetiva, tornando praticamente inviável, por outro lado, qualquer concessão às concepções subjetivistas<sup>503</sup>. De

<sup>501</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 9 v. V. I, t. II. p. 100. A bem da verdade, o critério do começo da execução já está presente em nosso ordenamento jurídico desde o Código Imperial de 1830, cujo art. 2º assim definia a tentativa: “*Julgar-se-ha crime ou delicto: (...) 2º A tentativa do crime, quando fôr manifestada por actos exteriores e principio de execução, que não teve effeito por circunstancias independentes da vontade do delinqüente. Não será punida a tentativa de crime ao qual não esteja imposta maior pena que a de dous mezes de prisão simples, ou de desterro para fora da comarca.*” (cf. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004. p. 237). No Código Republicano de 1890, a exigência do início da execução ganhou ainda mais destaque no art. 10, que expressamente declarava insuficiente a mera manifestação exterior da vontade contrária à norma, salvo se prevista como crime autônomo pelo legislador: “*A resolução de commetter crime, manifestada por actos exteriores, que não constituirem começo de execução, não é sujeita á acção penal, salvo si constituir crime especificado na lei*” (Ob. cit., p. 274).

<sup>502</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 9 v. V. I, t. II. p. 100.

<sup>503</sup> Essa concessão até existiu durante determinado período de nossa história, ainda que de forma secundária ou complementar, conforme reconhecido pelo próprio Hungria: “*Como observa a Exposição de motivos do ministro Campos, o Código [de 1940] fez uma concessão à teoria sintomática ou positivística, que sobrepõe a periculosidade do agente à real periclitacão do bem jurídico penalmente protegido. Embora tivesse condicionado a aplicação da medida de segurança, do mesmo modo que a da pena, à prática de fato previsto como crime, permite o Código, por exceção, no caso da tentativa inadequada ou crime impossível, quando reconhecida a periculosidade do agente, seja este submetido a liberdade vigiada (arts. 76, parág. único, e 94, nº III, combinados com o art. 76, nº II). Foi uma solução acertada. O critério sintomático não pode ter senão uma importância secundária ou complementar. A periculosidade subjetiva, como já acentuamos mais de uma vez, é um critério informativo ou justificativo da medida de segurança e não da pena, e por si mesmo não pode constituir elemento do crime: é imprescindível à existência deste uma situação de fato que concretize, no mínimo, um efetivo perigo de lesão a um bem jurídico, pois, de outro modo, a justiça penal passaria a exercer-se num terreno de dilatado arbítrio*” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 9 v. V. I, t. II. p. 103-104). Em que pese o aval dado por Hungria a essa combinação inusitada de concepções teóricas absolutamente antagônicas, a verdade é que a admissão do critério sintomático em nosso ordenamento representou evidente retrocesso autoritário em relação ao tratamento anteriormente conferido pelo Código de 1890. Como bem percebido por Zaffaroni/ Pierangeli, de nada vale eliminar o arbítrio pela porta da frente do sistema punitivo e readmiti-lo, com outro nome, pela porta de trás. Na verdade, essa concessão pretensamente “*secundária ou complementar*” ao positivismo biológico acabava minando o Estado de direito de forma ainda mais grave, pois o fato de “*aceitarmos a possibilidade de aplicação de medida de segurança em caso de tentativa inidônea, afirmando a um só tempo não ser ela típica, significa abrir a comporta terrível – e sempre rejeitada no Direito Penal pátrio – ao estado perigoso sem delicto, o que é repudiado em qualquer Estado de Direito e é inconstitucional, tanto no caso da tentativa inidônea como em qualquer outra hipótese. Na análise particular do problema não podemos perder a visão da totalidade da teoria do Direito Penal, porque, se*

fato, diante de uma redação como a do art. 17, do Código Penal atualmente em vigor (“*Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime*”), fica difícil sustentar que toda e qualquer manifestação de vontade contrária à norma, independentemente do perigo que represente para o bem jurídico, possa ser validamente punida em nosso ordenamento. Some-se a isso o fato do direito positivo brasileiro sempre ter previsto, para as hipóteses de tentativa, penas reduzidas em relação ao crime consumado<sup>504</sup> e ficará fácil compreender a razão pela qual as teorias subjetivas, tão em moda no direito penal alemão, nunca chegaram a grassar em nossa doutrina e jurisprudência.

Por aqui, a discussão em torno do tema circunscreve-se àquela antiga divergência inaugurada por von Liszt em relação a Mittermayer e que consiste em estabelecer qual o melhor critério (*ex ante* ou *ex post*) para verificar o início do perigo para o bem jurídico e, com isso, definir o que se deve entender por meio ou objeto relativamente inidôneos.

De acordo com Hungria, essa divergência é antiga também no Brasil e teria sido explicitada já por ocasião da Conferência de Criminologia ocorrida na cidade do Rio de Janeiro em 1936, ocasião em que se debateu o Projeto Sá Pereira-Morais-Bulhões. Naquela oportunidade, Galdino Siqueira teria defendido a tese de von Liszt, no sentido da punibilidade da tentativa quando, malgrado a inidoneidade do meio ou a impropriedade do objeto, “*as circunstâncias conhecidas pelo agente no momento da ação não excluíam a possibilidade de consumação do crime*”. Por esta via, como já dito anteriormente, von Liszt chegava a defender a punibilidade da tentativa de aborto por parte de mulher não grávida, desde que, “*no momento em que se comete o fato, a existência da gravidez podia parecer verossímil*”. O próprio Hungria, por sua vez, seguia a concepção original de Mittermayer, condicionando a

---

*assim agirmos, faremos desaparecer as garantias mais elementares da nossa Ciência, trabalhosamente conquistadas ao longo e ao largo de sua história. Hoje, não é admissível fugir do problema afirmando simplesmente que, na tentativa inidônea, o Código fez ‘uma concessão à teoria subjetiva’. Porquanto, em realidade, não foi feita uma concessão à teoria subjetiva, mas sim à teoria sintomática do pior positivismo”* (ZAFFARONI, E. Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 76-77). Felizmente, essa é uma página virada na história do direito penal brasileiro, vez que, com a reforma de 1984, abandonou-se definitivamente o sistema duplo-binário, excluindo-se qualquer possibilidade jurídica de imposição de medida de segurança por fato lícito.

<sup>504</sup> A tradição remonta ao Código Imperial de 1830, cujo art. 34 dispunha que: “*A tentativa, á que não estiver imposta pena especial, será punida com as mesmas penas do crime, menos a terça parte em cada uns dos graus. Se a pena fôr de morte, impor-se-ha ao culpado de tentativa no mesmo gráo a de galés perpetuas. Se fôr de galés perpetuas, ou de prisão perpetua com trabalho, ou sem elle, impôr-se-ha a de galés por vinte annos. Se fôr de banimento, impôr-se-ha a de desterro para fóra do Imperio por vinte annos. Se fôr do degredo, ou desterro perpetuo impôr-se-ha a de degredo, ou desterro por vinte annos*” (cf. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004. p. 241).

punibilidade da tentativa sempre à ocorrência de um perigo concreto para o bem jurídico<sup>505</sup>. Em sua opinião, a fórmula de von Liszt, defendida por Galdino Siqueira no Brasil, não resolveria coisa alguma, pois “*é claro que [a]o agente, se se trata de um homem normal,*” a idoneidade do meio usado ou do objeto visado sempre parecerá verossímil. Não fora assim, “*isto é, se [ele] tivesse conhecido, por qualquer circunstância, a impossibilidade do evento, não teria empreendido a ação, pois, de outro modo, não seria um homem normal, mas um insensato, um desequilibrado psíquico*”<sup>506</sup>.

A essa objeção de Hungria poder-se-ia retrucar afirmando que, no final das contas, o que interessa à prognose póstuma já não é mais o juízo de avaliação do próprio agente sobre a idoneidade, ou não, dos meios por ele escolhidos ou do objeto por ele visado – como era aparentemente trabalhado por von Liszt<sup>507</sup> –, mas sim o juízo de avaliação que um terceiro imparcial faria em seu lugar à vista das circunstâncias, não apenas conhecidas, mas principalmente conhecíveis no momento da ação. Ou seja, a prognose póstuma não deve ser uma avaliação subjetiva, mas sim objetiva, no sentido de que “*parte dos dados conhecidos por um observador objetivo, por um homem prudente, cuidadoso – e não apenas por um homem médio – pertencente ao círculo social em que se encontra o autor*”. Exatamente por isso, importam para esse juízo *ex ante*, não apenas os dados efetivamente conhecidos, mas também aqueles que seriam alcançados pelo tal homem prudente caso viesse a ocupar o lugar do autor do delito. Ademais, quando, excepcionalmente, o autor do delito for dotado de conhecimentos especiais (p. ex., aquele que usa uma réplica de arma de fogo como meio para matar seu desafeto de susto porque sabe que ele é cardíaco), então, “*a doutrina dominante exige a inclusão dos conhecimentos especiais na prognose póstuma objetiva: o homem*

<sup>505</sup> Nas palavras do autor: “*Dá-se inidoneidade relativa do meio quando este, embora normalmente capaz de produzir o evento intencionado, falha no caso concreto, por uma circunstância acidental na sua utilização. Exemplo: um indivíduo visa ao seu adversário com um revólver e dá ao gatilho, mas a arma nega fogo. Ocorre a inidoneidade relativa do objeto: a) quando uma condição acidental do próprio objeto neutraliza a eficiência do meio empregado no ataque; b) quando presente o objeto na fase incoativa da ação, vem a ausentar-se no momento do ataque. Exemplos: Tício desfecha um tiro contra Mevio, mas o projétil é interrompido no seu curso por uma cigarreira metálica que a vítima traz consigo; Caio, penetrando no quarto de Semprônio, a quem tenciona matar, dispara vários tiros sobre a cama em que o supõe deitado, mas que ele, na realidade, causal ou propositadamente, abandonara momentos antes. Em tais casos, não há por que excluir a tentativa punível: o bem jurídico não só existia, como correu sério perigo, não se consumando o crime por circunstância alheia à vontade do agente, isto é, o desarranjo acidental da arma, a interferência causal de uma força neutralizadora ou a ausência sucessiva do objeto*” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 9 v. V. I, t. II. p. 100).

<sup>506</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 9 v. V. I, t. II. p. 101-102, em especial a nota de rodapé nº 28.

<sup>507</sup> Liszt falava em “*circunstâncias notórias ou conhecidas do agente*” e exatamente por conta disso chegava ao ponto de defender a punição da tentativa de aborto realizada em mulher não grávida, caso a ausência da gravidez não constituísse fato notório ou de prévio conhecimento do autor (LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Hígino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003. 2 t. T. I. p. 328).

*prudente de que se parte deve ser dotado dos conhecimentos especiais de que porventura dispuser o autor*”<sup>508</sup>.

O problema é que, mesmo que se adote o ponto de vista de um observador cuidadoso, tal como definido pelo critério da prognose póstuma objetiva, não se conseguirá afastar completamente a punibilidade de condutas por meio das quais o bem jurídico não pode, em hipótese alguma, chegar a ser lesionado. Tome-se o exemplo apresentado por Zaffaroni/Pierangeli, do sujeito que, com *animus necandi*, desfere uma punhalada no peito de alguém que usava uma espessa placa de aço camuflada sob suas vestes. *Ex ante*, a partir dos conhecimentos que o autor detinha ou mesmo de outros que fossem acessíveis por parte de um observador cuidadoso, seria impossível prever que a conduta do agente era, no caso concreto<sup>509</sup>, inidônea para produzir o evento morte. Ainda assim, “ninguém pode afirmar, em momento algum, dispondo dos mesmos elementos de juízo que o autor, ainda que procedendo criteriosamente, que um punhal pode atravessar uma placa de aço de respeitável espessura”<sup>510</sup>. Em termos puramente objetivos, portanto, a conduta realizada era inteiramente incapaz de afetar o bem jurídico, de forma que uma eventual responsabilização penal nesse caso teria que partir de outros fundamentos – quem sabe o da má impressão que uma ação como essa pode causar sobre o ânimo das demais pessoas –, mas nunca do perigo (sequer potencial) criado para o bem jurídico<sup>511</sup>.

<sup>508</sup> GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 25-27. Ao que parece, o próprio von Hippel, discípulo de Liszt, já no início do século passado, teria corrigido a formulação original de seu mestre para esclarecer que a tentativa será considerada perigosa – e, assim, punível – “cuando una persona prudente, con los conocimientos del autor y además los de un observador objetivo en el momento del hecho (ex ante), habría considerado no improbable, es decir, adecuada, la consumación” (Cf. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução para o espanhol de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 860).

<sup>509</sup> É importante ressaltar que, muitas vezes, a menção aos termos *ex ante* e *ex post* pela doutrina brasileira não se refere ao caráter prospectivo ou retrospectivo do juízo de avaliação da idoneidade da tentativa, mas sim ao caráter mais ou menos abstrato dessa avaliação. Nesse sentido, diz-se que o juízo é *ex post* se ele toma em consideração, não apenas as características da conduta abstratamente considerada, mas também sua capacidade lesiva naquele caso concreto; de outro lado, o juízo é *ex ante* quando se limita a uma avaliação da idoneidade da conduta em tese em relação ao resultado típico esperado. É exatamente a essa distinção que Fragoso se refere quando afirma que “a inidoneidade do meio deve ser sempre aferida *ex post*, em face do caso concreto” e que “o meio normalmente inidôneo pode ser, excepcionalmente, idôneo”, como, por exemplo, no caso em que se coloca em prática o plano de “matar de susto uma pessoa cardíaca” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 248). Tal distinção, contudo, só tem sentido para aqueles que defendem a prognose póstuma como critério legítimo para a avaliação da idoneidade da tentativa. Para os que fazem depender a punibilidade da tentativa da ocorrência de um perigo concreto para o bem jurídico, aferido retrospectivamente, será sempre preciso avaliar a idoneidade dos meios eleitos em relação ao objeto visado a partir do caso concreto, de modo que a distinção entre os diferentes usos do binômio *ex ante/ex post* torna-se despicenda.

<sup>510</sup> ZAFFARONI, E. Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 91.

<sup>511</sup> Curiosamente, apesar de se declararem filiados à teoria objetiva da tentativa, Zaffaroni/Pierangeli acabam defendendo – nessa obra específica – o recurso incondicional da prognose póstuma e a consequente punibilidade

Para evitar esse tipo de inconveniente, Kalil recorre à doutrina italiana mais recente para exigir que o juízo *ex ante* acerca da periculosidade (ou idoneidade) da conduta seja feito “*a base totale*”, e não “*a base parziale*”, como seria de costume. A diferença entre esses dois tipos de abordagem – explica ele com esteio em Mantovani – estaria na amplitude da base de dados à qual poderia recorrer o julgador no momento de realizar a prognose póstuma objetiva. No juízo *ex ante* “*a base parziale*” leva-se em conta somente aquelas circunstâncias que pareciam verossímeis no momento da ação (fossem elas conhecidas ou não do agente). Já no juízo *ex ante* “*a base totale*” leva-se “*em conta todas as circunstâncias existentes, conhecidas ou não do agente, verossímeis ou inverossímeis para o homem médio, ordinárias ou extraordinárias*”<sup>512</sup>.

Os efeitos práticos da adoção deste ou daquele modo de se realizar a prognose, afirma o autor, podem ser diametralmente opostos, conforme o caso concreto. Na hipótese de uma tentativa de homicídio praticada com emprego de uma arma de fogo que apresentava defeito oculto e que, portanto, não podia ser disparada, por exemplo, o meio será considerado apenas relativamente inidôneo – e, logo, punível – se o critério de avaliação adotado for o *ex ante* “*a base parziale*”; ao passo que terá que ser declarado absolutamente inidôneo – e, logo, impunível – se o critério adotado for o *ex ante* “*a base totale*”. Com isso, uma vez ampliada a base de dados do juízo *ex ante* para abranger todas as circunstâncias objetivamente existentes no momento da ação, acredita o autor ser possível evitar os inconvenientes de um juízo *ex post* – o qual, em sua opinião, seria logicamente incompatível com a abordagem probabilística que caracteriza qualquer análise de idoneidade –, sem que se corra o risco de punir alguém criminalmente em razão da prática de uma conduta inteiramente inofensiva no caso concreto<sup>513</sup>.

---

da tentativa sequer potencialmente perigosa, caso a circunstância que afasta qualquer possibilidade de lesão ao bem jurídico (o uso da placa de aço, no exemplo citado) não seja notória ou seja desconhecida pelo agente: “*ex post podemos dizer que, embora, geralmente, uma punhalada no peito seja idônea para matar um homem, no caso em concreto pode não o ter sido porque a vítima usava uma couraça, mas com isto não podemos dizer se a tentativa foi idônea ou inidônea, porque estamos falando ex post, e não ex ante, que é como ela nos interessa. Ex ante, o que nos interessa fixar é se o autor sabia ou era notório que o sujeito passivo levava essa proteção, caso em que o seu erro terá sido crasso e sua tentativa inidônea. (...) Distinto é o caso em que o autor desconhecia ou não era notória a circunstância, quando, com os mesmo elementos de juízo que o autor e com bom critério, o terceiro teria percebido um perigo para o bem juridicamente tutelado. Nesta hipótese a tentativa será idônea*” (ZAFFARONI, E. Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 91). A ressalva feita quanto ao posicionamento restringir-se à obra em apreço é especialmente relevante em relação a Zaffaroni, cujo entendimento sustentado em seu Tratado, conforme teremos oportunidade de ver mais à frente, é absolutamente diferente daquele constante da obra que assina em conjunto com Pierangeli.

<sup>512</sup> KALIL, José Arthur di Spirito. *Do crime impossível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 98.

<sup>513</sup> KALIL, José Arthur di Spirito. *Do crime impossível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 105.

No entanto, ao inserir-se no juízo *ex ante* “*todas as circunstâncias existentes, conhecidas ou não do agente, verossímeis ou inverossímeis para o homem médio, ordinárias ou extraordinárias*”, na forma defendida por Kalil, não se está fazendo outra coisa senão transformando a prognose póstuma objetiva num juízo *ex post* de avaliação do perigo concreto da conduta. Afinal, de que outra maneira, senão a partir de uma abordagem retrospectiva, seria possível abarcar todas as circunstâncias existentes em determinado espaço de tempo, inclusive as imponderáveis? De fato, somente a partir do desenrolar causal dos fatos é possível saber que a vítima trazia uma placa de aço no peito; que a arma de fogo era excepcionalmente inútil; ou mesmo que a dose de veneno utilizada (o exemplo, agora, é nosso), embora suficiente para matar um elefante, não produziria efeito naquela pessoa específica em razão de uma mutação genética rara de que ela era portadora.

É por isso que alguns autores brasileiros, como Reale Jr., preferem manter, ainda hoje, o entendimento original da teoria objetiva, condicionando a punibilidade da tentativa à efetiva afetação do bem jurídico: “*a ação, para ser relevante, deve atingir o sujeito passivo, gerando uma situação de perigo ao bem jurídico tutelado*”<sup>514</sup>. A inidoneidade que afasta a punibilidade da tentativa, por carência de perigo ao bem jurídico, portanto, “*não deve ser examinada ex ante, por prognose póstuma*”<sup>515</sup>. Ao contrário, ela (a inidoneidade) há de ser sempre real e sua aferição só pode ser feita à vista de “*uma concreta atividade executiva*”, com todas as peculiaridades reveladas por aquele específico desenrolar causal. Assim, para o professor paulista, a única diferenciação satisfatória entre os conceitos de inidoneidade absoluta e de inidoneidade relativa é a seguinte<sup>516</sup>:

“se concretamente os meios ou o objeto eram inidôneos à consecução do resultado antes de se iniciar a ação executória, o crime é impossível; se os meios ou o objeto tornam-se inidôneos concomitantemente ou após o início da execução, tipifica-se uma tentativa do crime que se pretendia cometer, pois essa inidoneidade posterior ao princípio da execução atua como obstáculo que interfere no processo de execução, impedindo que consuma a ação delituosa.

Trata-se de um corolário do conceito de tentativa como não-consumação de um delito, que se inicia através da utilização de meios idôneos voltados a objeto material próprio, em virtude de razão alheia à vontade do agente. Esta causa independente do querer do agente, para que se configure a tentativa, deve ser posterior ao início da execução, transformando o meio que era idôneo em inidôneo, ou o objeto que era próprio em impróprio.

A alteração da idoneidade em inidoneidade, de propriedade em impropriedade após iniciado o processo de execução é a razão alheia à vontade do agente que constitui dado integrante da forma tentada típica.

Se anteriormente ao início do processo de execução o meio era inidôneo, ou impróprio o objeto, não ocorre tentativa típica, pois a razão que impossibilita a consumação é preexistente, não havendo, como é de se exigir, a interferência de um caso fortuito que evite a consumação de uma ação capaz de consumir o delito.

<sup>514</sup> REALE Jr., Miguel. *Instituições de Direito Penal*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 289.

<sup>515</sup> REALE Jr., Miguel. *Instituições de Direito Penal*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 304.

<sup>516</sup> REALE Jr., Miguel. *Instituições de Direito Penal*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 306.



Concilia-se, portanto, a compreensão do crime impossível como ausência de tipo, com um critério para determinação de quando a inidoneidade é relevante para se configurar a atipicidade como tentativa da ação malsucedida”.

Com isso, pode-se dizer, juntamente com Reale Jr., que todo crime tentado é constituído por um processo de execução que em algum momento se revela inidôneo. Se a inidoneidade que torna impossível a consumação preexiste ao momento do início da fase executória do crime (momento da prática da conduta<sup>517</sup>), então, pode-se dizer que ela é absoluta, pouco importando se essa circunstância era, ou não, do conhecimento prévio do agente ou de um observador cuidadoso que venha a substituí-lo. Neste caso, inexistindo sequer início de uma execução idônea, não há que se falar em tentativa, sendo a conduta atípica mesmo. De outro lado, se à vista de todo o ocorrido não se tem notícia de qualquer circunstância anterior ao início da execução que tornasse a consumação delitiva impossível, então pode-se dizer que a inidoneidade superveniente do meio ou a impropriedade superveniente do objeto, em razão de alguma peculiaridade na forma de realização da conduta ou no próprio desenrolar causal, é apenas relativa, não excluindo a tipicidade dos fatos, e sim reforçando-a na forma de um crime tentado.

### 5.2.3. A tentativa como crime de perigo

Uma vez que se adote a teoria objetiva da tentativa, em qualquer de suas vertentes, não há como deixar de reconhecer que os crimes tentados são, de certa forma, também crimes de perigo<sup>518</sup>, com a diferença de que, neles, o dolo não se restringe à simples colocação do bem jurídico numa situação de risco, abrangendo também a produção de um resultado lesivo, que só não se efetiva por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Estabelecida essa correlação – entre tentativa e perigo –, resta saber qual a intensidade do perigo exigido pelo tipo legal da tentativa para que seja satisfeito o princípio da ofensividade.

---

<sup>517</sup> Não entraremos aqui na discussão sobre se a conduta que inicia a execução do crime deve, necessariamente, corresponder àquela descrita no tipo legal ou se pode ser outra imediatamente anterior a ela, segundo o plano do autor, vez que quanto a isso existe um número ainda maior de teorias e a análise de cada uma delas nesse momento somente serviria para desviar o foco da investigação.

<sup>518</sup> Nesse sentido, expressamente, Zaffaroni, quando afirma que a essência da tentativa “*no difere sustancialmente a la de un delito doloso de peligro (...). Es decir, tentativa y delito de peligro, como programación general y específica respectivamente, forman parte de la misma categoría de anticipaciones punitivas por peligro de lesión, lo que implica, a la vez, que sea ese ámbito de peligro – y no otro – el único que puede habilitar el ejercicio de poder punitivo*” (ZAFFARONI, E. Raúl. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2005. p. 809).

Nesse ponto, parece inevitável traçar um paralelo entre as diferentes concepções de perigo abstrato analisadas anteriormente (item 5.1, *supra*) e as diversas teorias da tentativa que acabamos de apresentar (itens 5.2.1 e 5.2.2, *supra*).

Para aqueles que conceituam o perigo abstrato como a criação de um risco *ex ante* para o bem jurídico, na forma de um desvalor objetivo da ação, reconhecer a existência de tentativa punível em hipóteses em que nenhum perigo concreto chegou a ocorrer não representa qualquer inconveniente. Afinal, se o princípio da ofensividade pode ser satisfeito com a mera potencialidade lesiva (ou periculosidade) da conduta no caso dos delitos de perigo abstrato, nada impede que esse mesmo raciocínio seja utilizado também para definir o fundamento de punibilidade dos crimes tentados. Assim vistas as coisas, a única diferença entre um crime de perigo abstrato e um crime tentado diz respeito ao conteúdo subjetivo do injusto: no primeiro, o agente tem por objetivo a simples realização da conduta potencialmente perigosa, enquanto que, no segundo, ele visa atingir o bem jurídico de forma lesiva ou perigosa, mas este resultado não se realiza por circunstâncias alheias à sua vontade. Em termos puramente objetivos, contudo, ambas modalidades delitivas apresentam igual conteúdo, qual seja: a idoneidade (*ex ante*) da ação para produzir resultados lesivos.

Em posição diametralmente oposta a esta estão aqueles que consideram absolutamente inválidas as incriminações de perigo abstrato, exigindo a efetiva afetação do bem jurídico, ao menos na forma de um perigo concreto, como condição mínima para a existência de todo e qualquer injusto penal. Para essa corrente, não sendo a mera potencialidade lesiva da conduta condição suficiente para satisfazer o princípio da ofensividade, impossível adotá-la como critério legítimo para distinguir as hipóteses de tentativa punível e impunível. O raciocínio é simples: se o crime tentado é uma das maneiras pelas quais se manifesta o injusto penal, então também nesse caso o bem jurídico tem que ter sido exposto a algum perigo concreto, o que só pode ser aferido a partir de um juízo *ex post factum*. É essa, por exemplo, a opinião de Zaffaroni, para quem:

“Toda conflictividad típica que no requiera la lesión de un bien jurídico básico – siempre que, por supuesto, sea constitucional – representa una anticipación punitiva que obliga a precisar la proximidad del peligro, atendiendo tanto a la circunstancia concreta de la acción como a la finalidad del agente. Esto implica que, cualquiera sea la lesión a la que quiere anticiparse la programación criminalizante, ésta no puede extenderse – en la tentativa ni en el delito de peligro – más allá del ámbito circunscripto por el peligro de lesión, sino en violación del art. 19 constitucional que consagra el principio de libertad negativa o de reserva. Por esta razón quedan excluidos los cursos de acción que solo revelan una posibilidad de afectación abstracta, en los que no se hace más que usar un discurso pretendidamente tutelar de bienes jurídicos para habilitar el ejercicio del poder punitivo en razón de meras desobediencias administrativas o de criterios de moral subjetiva. La creación artificiosa de bienes jurídicos públicos que no simbolizan más que desobediencia a la autoridad (traquilidad pública, paz pública, clima favorable al derecho, etc.), permitió la legitimación de tentativas de delitos de

perigo que no importan peligros reales para el núcleo central de bienes jurídicos, lo que constituye una imputación en violación al presupuesto de lesividad por lesión o por peligro de la primera regla de la tipicidad conglobante, que impide imputar objetivamente la acción que no expresa una conflictividad lesiva. Consecuentemente, en los casos en que no hay conflictividad lesiva ni por lesión ni por peligro para el núcleo de bienes jurídicos básicos, el autor no está obligado a dar explicación de su hecho ni la autoridad tiene facultades para requerirla, lo que excluye a la tentativa de peligro del ámbito penalmente prohibido<sup>519</sup>.

De nossa parte, não nos parece que o requisito da conflitividade – com que trabalha Zaffaroni e que é por nós inteiramente acolhido – seja de todo incompatível com a incriminação de condutas na forma de delitos de perigo abstrato. Conforme visto anteriormente (item 5.1.4, *supra*), acreditamos que, ao menos em algumas figuras típicas, é perfeitamente possível demonstrar como a esfera de existência das demais pessoas é afetada mesmo quando nenhum bem jurídico tenha efetivamente ingressado no raio de ação do autor. Nada obstante, parece-nos que assiste inteira razão ao penalista argentino quando afirma, especificamente no que tange aos delitos tentados, que não há conflitividade sem a efetiva produção de uma situação de perigo concreto para o bem jurídico.

Para entender por que a estrutura dos delitos de perigo abstrato é suficiente para indicar a existência de conflito em determinadas situações envolvendo bens jurídicos coletivos mas não serve para determinar o momento a partir do qual a tentativa passa a ser punível, é preciso retomar o quadro comparativo de página 205.

Ali, defendemos que a estrutura dos delitos de perigo abstrato só é compatível com hipóteses de afetação de bens jurídicos coletivos, sejam eles verdadeiros ou falsos. Por outro lado, as incriminações na forma de lesão ou perigo concreto de lesão são típicas de situações envolvendo bens jurídicos individuais ou pertencentes a um número determinado de pessoas<sup>520</sup>, pois somente nesses casos é possível aferir o efetivo ingresso do(s) objeto(s) visado(s) no raio de ação do sujeito.

Assim, ao contrário do que vem sustentando parcela cada vez maior da doutrina, o injusto dos crimes de perigo abstrato não é, para nós, um estágio prévio em relação às outras formas de aparição do injusto (lesão e perigo concreto). Em outras palavras, o que caracteriza o perigo como abstrato não é propriamente a maior distância havida entre a conduta e o bem jurídico, mas sim a forma como esta conduta interfere na esfera de existência de um número

<sup>519</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2005. p. 809-810.

<sup>520</sup> A exceção seriam os crimes de perigo ao mesmo tempo comum e concreto, como o de incêndio, por exemplo. No entanto, como já tivemos oportunidade de ver (p. 206), a indeterminabilidade das vítimas nesses casos é apenas aparente, eis que, *ex post factum*, será sempre possível determinar quem estava e quem não estava no raio de perigo criado pela conduta. Assim, a determinabilidade do número de pessoas afetadas pela conduta é, no final das contas, uma característica inafastável de todo e qualquer crime de perigo concreto, mesmo quando ele seja, ao mesmo tempo, classificado como crime de perigo comum.

indeterminado de pessoas, afetando, de maneira peculiar, bens jurídicos que servem indistintamente a todos.

Desta forma, condutas que visam afetar bens jurídicos de pessoas determinadas não têm as mesmas propriedades daquelas dirigidas a toda a coletividade indistintamente. Quando alguém realiza uma ação, visando com isso lesionar ou colocar em perigo bem jurídico de pessoa determinada, sua conduta só adquire relevância jurídico-penal na medida em que esse bem jurídico específico entre no raio de ação do autor. A existência de bens jurídicos fora do espectro de interferência da conduta, neste caso, é absolutamente irrelevante para a caracterização do injusto, que está fundado na existência de uma situação de conflito entre autor e vítima determinados, e não nos efeitos difusos que a ação daquele produz sobre todos os que estão ao seu redor.

A situação muda quando a tipificação da conduta tem por base os efeitos que esta produz sobre a esfera de existência de um número indeterminável de pessoas. Neste caso, não toma o legislador como fundamento da incriminação o perigo efetivamente criado em relação a esta ou aquela vítima particular, mas sim as restrições que a prática de uma conduta absolutamente incontrolável pelo autor impõe a todos aqueles que estão à sua volta. A lógica, aqui, se inverte: ainda que alguma pessoa venha a ingressar no raio de perigo criado pelo autor, essa circunstância é irrelevante para a caracterização do crime de perigo abstrato, que existe precisamente em razão das consequências perlocucionárias que a conduta provoca sobre a esfera de existência de toda a coletividade indistintamente.

O seguinte exemplo talvez seja útil para melhor explicar nosso ponto de vista. Um homicida invade a casa de seu desafeto com a intenção de matá-lo e, munido de uma arma de fogo, efetua disparos contra o leito vazio, uma vez que a vítima acabara de se levantar para ir ao banheiro. Nesta hipótese, em que pese as opiniões em contrário, não parece razoável afirmar a existência de perigo próximo à lesão para a vida da vítima, que em momento algum chegou a ingressar no raio de perigo criado pelo disparo (ninguém esperaria, nestas condições, que o resultado morte pudesse de fato ocorrer). Desta forma, tomando-se por base o bem jurídico individual vida, não há como falar-se em início da execução de um delito de homicídio, vez que a punibilidade da tentativa depende da efetiva colocação do bem jurídico em perigo, circunstância esta que em momento algum existiu. Pode haver, na hipótese, a ocorrência de outro delito subsidiário – o de disparo de arma de fogo em local habitado (art. 15, da Lei nº 10.826/ 03) –, que toma como objeto de referência não a vida desta ou daquela pessoa determinada, mas sim a vida e integridade física de todos os que circulam por aquele local indistintamente e que têm sua liberdade de ação restringida pela criação de uma situação

de perigo que já não é mais controlada pelo autor e que pode, a qualquer momento, vir a atingi-los, caso não adotem medidas protetivas adequadas (como a de se esconder até que os disparos cessem).

Assim, pode-se dizer que a lógica usada pelo legislador muda conforme a estrutura típica adotada para cada modalidade delitiva: nos crimes de lesão e de perigo concreto, o objeto de referência da norma é sempre uma (ou mais) pessoa(s) determinada(s), de modo que a avaliação acerca do início do perigo para o bem jurídico só pode ter por base os efeitos que a conduta produz sobre a esfera de existência do(s) indivíduo(s) visado(s); já nos crimes de perigo abstrato, o objeto de referência da norma é um grupo indistinguível de pessoas, cuja afetação só pode ser aferida na forma de uma limitação do espaço onde elas podem exercer plenamente suas capacidades comunicativas.

Uma vez aceita essa distinção, fica fácil compreender por que o conteúdo material dos tipos de perigo abstrato não pode ser explicado como um primeiro estágio de afetação do bem jurídico, uma simples etapa na realização de todo e qualquer crime, seja ele de lesão ou de perigo. Na verdade, as incriminações na forma de perigo abstrato representam uma maneira peculiar de afetação a que estão suscetíveis apenas os bens jurídicos coletivos, afetação esta que não passa de abstrata a concreta ou de perigosa a lesiva, conforme se aproxime, casualmente, de algum bem jurídico individual. Nesse sentido, pode-se dizer que o conteúdo mínimo de um injusto penal depende sempre da natureza, individual ou coletiva, do bem jurídico afetado. Tratando-se de bem jurídico individual, só há conflitividade a partir do momento em que aquela(s) pessoa(s) determinada(s) ingressa(m) no raio de ação do autor, ficando exposta(s) a um perigo próximo à lesão. Tratando-se, por outro lado, de bem jurídico coletivo, há conflitividade na medida em que, independentemente do ingresso de terceiros em seu raio de ação, a perda do controle do agente sobre os efeitos perniciosos de sua conduta represente, por si só, uma transformação da esfera de existência de um número indeterminável de pessoas.

Isto posto, sendo o perigo, em sua forma abstrata ou concreta, a expressão mínima da conflitividade que fundamenta a existência do injusto penal, podemos concluir que, em nenhuma hipótese, se poderá admitir a existência de tentativa sem que se tenha criado, ao menos, uma situação de perigo para o bem jurídico. Como nos crimes de perigo – abstrato ou concreto, tanto faz –, a ocorrência do resultado perigoso já importa na própria consumação delitiva, então não há como admitir-se a punibilidade da tentativa nesses casos, uma vez que, não tendo o crime se consumado, não há ainda situação de perigo (leia-se, conflito) capaz de justificar a intervenção punitiva estatal.

Por outro lado, a diferença qualitativa que existe entre as hipóteses de perigo abstrato e de perigo concreto impede que se lance mão da estrutura típica daquela modalidade delitiva para fundamentar a punição da tentativa no caso de crimes referidos a bens jurídicos individuais, como é caso dos delitos de lesão e de perigo concreto.

Uma vez aceita a existência dessa diferença qualitativa, e não apenas quantitativa, entre perigo concreto e perigo abstrato, é possível extrair algumas conclusões relevantes acerca da punibilidade da tentativa. A primeira delas, é a de que os delitos de perigo abstrato não admitem tentativa, pois não há nenhuma outra forma de afetação de bens jurídicos coletivos prévia àquela efetivamente exigida para a consumação desta específica modalidade delitiva. A segunda, é a de que os delitos de perigo concreto tampouco admitem tentativa, pois não há nenhuma outra forma de afetação de bens jurídicos individuais prévia àquela efetivamente exigida para a consumação desta específica modalidade delitiva. Por fim, concluimos que a punibilidade da tentativa nos delitos de lesão depende sempre da realização de um perigo concreto, pois esta é a única forma possível de aferir a afetação perigosa de bens jurídicos individuais.

## 6. CONCLUSÃO

Ao final dessa longa empreitada, parece-nos que ao menos algumas conclusões podem ser extraídas.

A primeira, e talvez a mais importante, é a de que o tema escolhido para a tese ora defendida é indubitavelmente um dos grandes problemas ainda em aberto na dogmática jurídico-penal, dialogando com praticamente todas as categorias que compõem a teoria do delito. Exatamente por isso, aliás, é que qualquer abordagem que se pretendesse exaustiva do assunto seria simplesmente impossível de ser realizada no curto espaço de tempo reservado ao desenvolvimento de uma tese de doutorado.

A indefinição dessa discussão em torno do conteúdo do injusto penal, que passa simplesmente despercebida pela grande maioria dos penalistas brasileiros, repercute de forma clara na imprecisão de muitos dos conceitos largamente utilizados pela doutrina, acerca dos quais muitos autores não têm mais do que uma vaga idéia acerca do que significam.

O conceito de resultado no direito penal é apenas um exemplo, embora bastante significativo, dessa indefinição. Em que pese seja corrente a afirmativa de que todo e qualquer crime deve, necessariamente, produzir um resultado jurídico, consistente na afetação danosa ou perigosa do bem jurídico vinculado ao tipo penal, poucos são os autores que, de fato, se preocupam em entender – quanto mais explicar – em que consiste, no final das contas, esse tal resultado jurídico. O próprio conceito de bem jurídico, após quase dois séculos de seu surgimento, segue sendo uma noção em aberto para o direito penal, de modo que sua colocação no centro da teoria do delito pode não passar de um mero argumento retórico, caso não se faça um esforço teórico efetivo no sentido de dar-lhe concretude.

O mesmo raciocínio vale para os princípios constitucionais do direito penal, como o da lesividade, que, apesar de amplamente invocado pela doutrina, acaba sendo muitas vezes mitigado ou mesmo ignorado no momento de interpretação dos diversos tipos legais em vigor. Nesse sentido, é realmente raro encontrar autores que, declarando fidelidade àquele princípio, consigam (ou, pelo menos, tentem) manter coerência com os seus pressupostos. O tratamento errático e superficial dispensado aos crimes de perigo e, em especial, aos crimes de perigo abstrato pela doutrina brasileira é, quanto a isso, ilustrativo. Praticamente todos os penalistas pátrios concordam com a afirmativa de que não pode haver crime sem ofensa a bem jurídico. Por outro lado, pode-se contar nos dedos de uma mão aqueles que tentam, de forma rigorosa, compatibilizar a existência de crimes de perigo abstrato com a exigência de lesividade constitucionalmente formulada.

Em última análise, não seria despropositado afirmar que, para grande parte da doutrina, o conceito material de injusto permanece sendo um ilustre desconhecido. Poucos são os que se arriscam a apontar qual seria o fundamento, no final das contas, da tipificação de uma conduta humana como proibida para fins penais.

Determinados a não contribuir com essa tradição, todo o esforço que realizamos ao longo da presente tese foi no sentido de construir um discurso teórico minimamente coerente. Não para racionalizar o poder punitivo, o que nos parece, não apenas impossível, mas perverso mesmo. Mas sim para fortalecer o discurso crítico, mostrando que é possível conciliar uma proposta político criminal de redução progressiva do poder punitivo com a persistência, ao menos por ora, de crimes de perigo abstrato, desde que estes sejam expressão da afetação, ainda que indireta, de um número indeterminável de pessoas.

Esse esforço de conciliação entre teoria e *práxis* é, segundo nos parece, imprescindível para preservar, na máxima medida possível, os princípios liberais que há alguns séculos informam o direito penal e que, hoje, se encontram em grave risco de supressão por parte das propostas político-criminais fundadas na idéia de proteção de riscos (funcionalismo teleológico) ou, o que é pior, de preservação do sistema jurídico por ele mesmo, sem mais (funcionalismo sistêmico).

Embora não discordemos que o melhor, em termos político-criminais, fosse simplesmente excluir do sistema punitivo a figura dos crimes de perigo abstrato, ou de qualquer outro em que se dispense a efetiva afetação (danosa ou perigosa) do bem jurídico, a verdade é que, na prática, ninguém consegue sustentar esse ponto de vista teórico, de modo que as condenações acabam ocorrendo sem qualquer respaldo técnico jurídico, pela simples subsunção formal da conduta praticada àquela descrita no tipo legal.

Foi exatamente para evitar que isso siga ocorrendo que ousamos, ao longo da tese, reformular de modo criativo – quiçá inovador – alguns conceitos básicos da teoria do delito, bem como apresentar novas soluções para problemas antigos (ou nem tão novos assim), visando, com isso, contribuir para o discurso de resistência do delito penal liberal frente às transformações defendidas pelos novos gestores do risco.

Para atingir tal objetivo, remontamos aos primórdios da dogmática jurídico-penal, onde já se fazia presente o persistente debate entre objetivistas e subjetivistas em torno do conteúdo do injusto penal.

Percebendo que o debate não poderia ser resolvido em termos puramente dogmáticos, haja vista a diversidade de pontos de vista filosóficos e político-criminais existentes, buscamos, então, apresentar nossa própria concepção de Estado e sociedade, valendo-nos,



para isso, da teoria de Habermas, a partir da qual reafirmamos nossa crença na viabilidade, fática e valorativa, de um modelo de solução de conflitos intersubjetivos, mesmo daqueles mais graves, baseado no livre entendimento entre os afetados.

Como esse padrão comunicativo prevalente no mundo da vida não encontra nas sociedades complexas em que vivemos o tempo necessário para resolver todos os conflitos de fato existentes, não há, hoje, como impedir, ao menos por completo, a interferência sistêmica do poder punitivo sobre eles. Isso, contudo, não impede que o direito penal cumpra sua função de charneira, restringindo os influxos punitivista do Estado apenas às hipóteses de grave afetação da esfera de existência do outro, pois é somente nesses casos que se pode dizer que existe um conflito real também no mundo da vida, e não apenas um ruído a perturbar o bom funcionamento dos sistemas econômico e político administrativo.

Estabelecida essa premissa teórica, avançamos com a tese em direção às propostas de reformulação dos conceitos jurídicos de que falamos anteriormente: ação, bem jurídico, resultado. Todas essas noções foram revisitadas a partir do modelo de sociedade adotado como paradigma. Em análise retrospectiva, parece-nos que essa colaboração entre a filosofia da sociedade de Habermas e a teoria crítica da pena apresentou bons resultados e pode render ainda muitos frutos positivos para um direito penal que se quer libertário. A partir dela, tentamos (e acreditamos que conseguimos) desenvolver conceitos jurídico-penais, a um só tempo, consistentes e comprometidos com o Estado democrático de direito.

Além disso, o modelo explicativo da sociedade proposto por Habermas foi fundamental para o sucesso que acreditamos ter alcançado na demonstração da nossa hipótese principal, qual seja, a de que não pode haver injusto sem a concorrência, tanto do desvalor da ação, quanto do desvalor do resultado. O próprio conceito de ação social com que trabalha Habermas, ao nosso juízo, já seria fundamento suficiente para demonstrar que condutas humanas dirigidas a fins puramente instrumentais (ou cibernéticos, como queria Welzel) não podem interessar ao direito penal. Afinal, sem a presença de um interlocutor, não há conflito real sobre o qual intervir. A exigência típica de um resultado (causal ou jurídico, dá no mesmo), consistente na afetação efetiva do bem jurídico, vem apenas reafirmar ou qualificar aquilo que já decorre do próprio conceito de ação: não há injusto – e, por conseguinte, crime – sem a ocorrência de um resultado externo que represente a afetação do outro no mundo real.

Ainda que pudéssemos chegar a essa mesma conclusão por outros caminhos, como o faz com sucesso Zaffaroni, parece-nos que o uso dos conceitos desenvolvidos e disseminados por Habermas ajuda a compreender – ao menos para todos aqueles que já estão a eles familiarizados – a idéia fundamental de que o poder punitivo não é algo a ser estimulado, mas

sim algo a ser contido, de modo a preservar o mundo da vida das investidas colonizadoras do sistema econômico e político administrativo. Se isso for de fato assim, então a obra de Habermas, tantas vezes tachada de eurocêntrica, poderá ser dado uso verdadeiramente emancipatório, servindo de ponte para fazer chegar aos países centrais as teorias libertárias que vêm sendo construídas e difundidas por importantes penalistas e criminólogos críticos latinoamericanos.

Por fim, uma última conclusão. Os inúmeros riscos que assumimos ao nos enveredarmos por temas controvertidos como o dos crimes de perigo abstrato e dos crimes tentados valeram definitivamente à pena. Não é que tenhamos saído dali ilesos – e a arguição da banca examinadora seguramente comprovará isso de forma evidente. Mas acreditamos ter conseguido, ao menos, apresentar ao debate acadêmico propostas consistentes, a partir das quais, esperamos, seja possível levar adiante a discussão sobre pontos fundamentais do direito penal.

## REFERÊNCIAS

- AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 117-158.
- APEL, Karl-Otto. A Ética do discurso diante da problemática jurídica e política: as próprias diferenças de racionalidade entre moralidade, direito e política podem ser justificadas normativa e racionalmente pela ética do discurso? In MOREIRA, Luiz (Org.). *Com Habermas, contra Habermas*. São Paulo: Landy editora, 2004. Cap. III, p. 105-143.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARRETO, Tobias. Algumas idéias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: \_\_\_\_\_. *Menores e loucos em direito criminal*. 3 ed. Recife: Typographia Central, 1886. Apêndice. p. 124-145.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BAUMANN, Jürgen. *Derecho Penal: conceptos fundamentales y sistema*. Tradução para o espanhol de Conrado Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1973.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 2010. 315 f. Tese (Livre-Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- BELING, Ernest von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*. Tradução para o espanhol de Sebastián Soler. Buenos Aires: Libreria El foro, 2002.
- BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2002.
- BLOTTA, Vitor. *Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.
- BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip. *Not just deserts: a republican theory of criminal justice*. New York: Oxford, 1998.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. II: Fato Punível.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Madrid: Trotta, 2006.

CABRAL, Juliana. *Os tipos de perigo e a pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas/SP: LZN Editora, 2002. 2 v. V. I.

CARVALHO, Érika Mendes de. A técnica dos valores-limite e os delitos de perigo abstrato. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 19, n. 228, p. 14-15, nov. 2011.

CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: RT, 2007.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho Penal: parte General*. 5. ed. Valência: Tirant lo blanch, 1999.

COSTA E SILVA, Antônio José da. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930. 2 v. V. I.

DIAS, Augusto Silva. “*Delicta in Se*” e “*Delicta Mere Prohibita*”: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

FEUERBACH, Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução de Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

\_\_\_\_\_. *Lições de direito penal: parte especial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. 2 v. V. II.

FRISCH, Wolfgang. La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático. In: FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: *B de f*, 2006. p. 1-60.

FROESTAD, Jan e SHEARING, Clifford. O Modelo Zwelethemba de Resolução de conflitos. In: SLAKMON, C., De Vitto, R. e GOMES PINTO, R. (orgs). *Justiça Restaurativa*. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 79-123.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Tradução de José Carlos Gobbi Pagliuca. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1-180.

\_\_\_\_\_. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*. Boston: Beacon Press, 1983. 2 v. V. 1: Reason and the rationalization of society.

\_\_\_\_\_. *The theory of communicative action*. Boston: Beacon Press, 1984. 2 v. V. 2: Lifeworld and system. A critique of functionalist reason.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v. V. I.

\_\_\_\_\_. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2004.

HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.15-24.

HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 57-75.

HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito: sobre los critérios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 285-308.

HIRSCH, Hans Joachim. Los conceptos de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado o sobre el estado de cosas”. In: \_\_\_\_\_. *Derecho Penal: obras completas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003. t. III. p. 233-258.

\_\_\_\_\_. Sistemática y límites de los delitos de peligro. *Revista Latinoamericana de Derecho*, Ciudad de México, ano V, n. 9-10, jan./dez. 2008, p. 157-181. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/9/cnt/cnt5.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2012.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 9 v. V. I, t. II.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. 9 v. V. IX.

HULSMAN, Louk. Alternativas à justiça criminal. In: PASSETTI, Edson (Coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 35-68.

JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Tradução para o espanhol de Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.

\_\_\_\_\_. *Derecho Penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução para o espanhol de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

\_\_\_\_\_. *Sociedade, norma e pessoa*. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria da pena e o suicídio e homicídio a pedido*. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Tradução para o espanhol de Manuel Cancio Meliá. Mendoza: Cuyo, 2004.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed., cor. e amp. por Thomas Weigend. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Colmares, 2002.

JESUS, Damásio de. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

JOFFILY, Tiago. *Direito e compaixão: discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

KALIL, José Arthur di Spirito. *Do crime impossível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Tradução para o espanhol de Henrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1977.

LAURENZO COPELLO, Patrícia. *El resultado en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003. 2 t. T. I.

LOBATO, José Danilo Tavares. *Direito penal ambiental e seus fundamentos: parte geral*. Curitiba: Juruá, 2011.

LUBENOW, Jorge Adriano. *A categoria de esfera pública em Jürgen Habermas*. 2007. 220 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2007.

LUNA, Everardo da Cunha. *O resultado no direito penal*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

MAIA, Antônio Cavalcanti. *Jürgen Habermas: filósofo do direito*. Renovar: Rio de Janeiro, 2008.

MENDONZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001.

MERKEL, Adolf. *Derecho Penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Pedro Dorado Montero. Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2006.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal (Libro de Estudio): parte general*. Tradução para o espanhol de Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1957.

MILL, John S. *Sobre a liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1991.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Buenos Aires: B de f, 2002.

\_\_\_\_\_. Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminologia*, Granada, n. 05-05, p. 01-19, out. 2003. Disponível em: <<http://criminet.urg.es/recpc>>. Acesso em: 13 out. 2011.

\_\_\_\_\_. Límites del normativismo en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminologia*, Granada, n. 07-18, p. 01-24, dez. 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 25 mar. 2011.

MUNÕZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo*. Tradução de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. Notas bibliográficas: Una nueva imagen de la historia contemporánea del Derecho penal alemán. *Revista Penal*, n. 24, pp. 247-263, 2009. Disponível em: <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/413/403>>. Acesso em: 13 out. 2011.

NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 2006.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique *et al.* *Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri, SP: Manole, 2003.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta*. 2. ed. São Paulo: RT, 1968.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 8. ed. São Paulo: RT, 2008.

REALE Jr., Miguel. *Instituições de Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REESE-SHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. Tradução de Vilmar Schneider. Petrópolis: Vozes, 2008.

REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Bogotá: Temis, 1996.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula Natscheradetz. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993.

\_\_\_\_\_. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Derecho penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. 2 t. T. I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito.

\_\_\_\_\_. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 443-458.

\_\_\_\_\_. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 179-209.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1999.

SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991.

\_\_\_\_\_. Principio de disminución del riesgo versus relevância del disvalor de resultado en la teoría del ilícito. In \_\_\_\_\_ (Comp.). *Causalidad, riesgo e imputación: 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009. p. 549-571.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHLEIDER, Tobías. *Acción y resultado: un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. Nuevas tendencias en los delitos de peligro abstracto. *Revista de derecho de penal*, Buenos Aires, n. 2, p. 119-124, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 25-56.



SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*. Tradução para o espanhol de A. Doménech. Buenos Aires: Paidós, 1997.

\_\_\_\_\_. *Consciência e linguagem*. Tradução de Plínio Junqueira Smith. Martins Fontes: São Paulo, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2011.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Manuel Cancio Meliá e Marcelo Sancinetti. Madrid: Thomson Civitas, 2005. 2 t. T. I: El hecho punible.

\_\_\_\_\_. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el derecho penal*. Tradução de Marcelo A. Sancinetti e Patrícia S. Ziffer. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

SUMMERER, Kolis. Apuntes sobre la relación entre causalidad y imputación. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, nº 2, p. 259-302, 2010.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TORÍO LÓPEZ, Angel. Los delitos del peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, t. XXXV, n. 1, p. 825-847, jan./abr.1981.

VARGAS PINTO, Tatiana. *Delitos de peligro abstracto y resultado: determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2007.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2. ed. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán: parte general*. 11. ed. Tradução para o espanhol de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

\_\_\_\_\_. *O novo sistema jurídico-penal: introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal: parte geral*. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFe, 1976.

ZAFFARONI, E. Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

\_\_\_\_\_. *et al. Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 2 v. V. I: Teoria Geral do Direito Penal.

\_\_\_\_\_. *et al. Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 2 v. V. II, t. I: Teoria do Delito. Introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade.

\_\_\_\_\_. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2005.

\_\_\_\_\_ e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

\_\_\_\_\_ e PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: RT, 2010.

ZIELINSKI, Diehart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Tradução para o espanhol de Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990.