Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito (FADUSP)
Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia (DPM)

Crimes de perigo abstrato e a questão da tentativa: limites da
antecipação da tutela penal

Candidata: **Catherine Ruriko Sato**

Orientador: Prof. Titular Renato de Mello Jorge Silveira

São Paulo

2012

CATHERINE RURIKO SATO

**Crimes de perigo abstrato e a questão da tentativa: limites da
antecipação da tutela penal**

Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito, sob orientação do Prof. Titular Renato de Mello Jorge Silveira.

FACULDADE DE DIREITO DA USP

SÃO PAULO

2012

Autorizo a reprodução e divulgação parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Sato, Catherine Ruriko

S266c Crimes de perigo abstrato e a questão da tentativa : limites da antecipação da tutela penal / Catherine Ruriko Sato. -- São Paulo : C. R. Sato, 2012.

223 f. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2012.

Orientador: Prof. Renato de Mello Jorge Silveira.

Inclui referências bibliográficas.

Nome: SATO, Catherine Ruriko

Título: Crimes de perigo abstrato e a questão da tentativa: limites da antecipação da tutela penal

Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito, sob orientação do Prof. Titular Renato de Mello Jorge Silveira.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

A Deus, pela temperança.

Aos meus pais, por me mostrarem o poder silencioso de uma vida digna.

RESUMO:

Esta dissertação busca estabelecer limites ao Direito Penal na questão da tentativa de crimes de perigo abstrato. Esse estudo refere-se ao complexo tema dos limites do Direito Penal e seus importantes resultados. O tema é abordado de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, incluindo um breve estudo sobre a natureza do perigo, a teoria do bem jurídico e as diversas teorias de interpretação dogmática dos crimes de perigo abstrato. Como resultado, foi detectada a necessidade de um estudo combinado da estrutura do bem jurídico e da avaliação dogmática dos crimes de perigo abstrato para se tratar do tema da legitimidade.

Palavras-chave: Crime de perigo abstrato, tentativa, limites do Direito Penal e legitimidade.

ABSTRACT:

This dissertation intends to stabilish limits to Criminal Law in the matter of abstract crime of danger attempted. This essay refers to the complex theme of Criminal Law in Risk Society's limits and its important outcomes. The approach is based on an analysis of Criminal Law legitimacy according to the Brazilian Law, including, a brief study on the nature of danger, the legally protected interest and the several theories of abstract crime of danger dogmatic interpretations. As a result, it was detected the need for a combined study of the Rechtsgut (legally protected interest) structure and the dogmatic evaluation of abstract crime of danger to treat the legitimacy issue.

KEYWORDS: Abstract crime of danger, attempt, Criminal Law Limits, Legitimacy.

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL E O BEM JURÍDICO: LIMITES DE LEGITIMIDADE	11
2.1. CONTEXTUALIZAÇÃO DA TENDÊNCIA DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL: A SOCIEDADE DE RISCO DE ULRICH BECK.	11
2.2. ROXIN E SUA PROPOSTA DE RELAÇÃO ENTRE POLÍTICA CRIMINAL E DOGMÁTICA.....	20
2.3. A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS COMO MISSÃO DO DIREITO PENAL:	29
2.4. CORRENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE A TEORIA DO BEM JURÍDICO	34
2.5. A CRISE DA TEORIA DO BEM JURÍDICO:	49
2.6. HIPÓTESE DE SOLUÇÃO DA CRISE: RECURSO AO HARM-OFFENSE PRINCIPLE.	56
2.6.1. Possibilidade de aproximação entre “interest” e “bem jurídico”?	61
2.6.2. Correntes doutrinárias sobre as relações entre o harm principle e a teoria do bem jurídico.....	64
2.6.3. Relações entre harm principle e os pontos de crise da teoria do bem jurídico:	69
2.6.4. A possível relação da questão de crimes sem bem jurídico e o offense principle.....	73
3. ANÁLISE DOGMÁTICA DA TENTATIVA E DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO COMO INSTRUMENTOS DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL	76
3. 1. A ANÁLISE DO PERIGO NO DIREITO PENAL.....	76
3.1. 1. As teorias objetivas para conceituar o perigo	77
3.1.2. As teorias subjetivas do perigo.....	79
3.1.3. Teorias mistas do perigo	80
3.1.4. A busca por um conceito normativo de perigo.....	82
3.1.5. Juízo de perigo.....	85
3.1.6. A tutela jurídico-penal do perigo de dano, justificada pelo harm principle:	88
3.1.7. Relevância penal do perigo	91
3.2. A QUESTÃO DO DESVALOR DA AÇÃO E DO RESULTADO NA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL:	93
3.2.1. Da importância do conceito de ação.....	93
3.2.2. Das teorias sobre o desvalor da ação e do resultado:.....	97
3.2.3. Tentativa e crimes de perigo abstrato, de acordo com as teorias do injusto.	101
3.4. DA TENTATIVA	107
3.4.1. A punição da tentativa como marco do Direito Penal Moderno	107
3.4.2. O fundamento da punição da tentativa.	111
3.4.3. Da impunidade dos atos preparatórios: limite da antecipação da tutela penal	116
3.4.3.1. A possibilidade da transformação de atos preparatórios em crimes autônomos	123
3.5. DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.....	125
3.5.1. Conceito dos crimes de perigo:.....	125

3.5.2. <i>Propostas de análise da legitimidade do crime de perigo abstrato, através do estudo de suas diversas interpretações dogmáticas de sua estrutura.</i>	128
3.5.2.1. Primeiro grupo: teses de Stübel, Binding e Kindhäuser.	129
3.5.2.2. Segundo grupo: teses de Wolter, Martin e Schröder e Rabl.	131
3.5.2.3. Terceiro grupo: teses de Cramer, Volz, Rudolphi	134
3.5.2.4. Quarto grupo: teses de Jakobs e Müssig	140
3.5.2.5. Quinto Grupo: Teses de Berz, Graul, Kratzsch, Otto.....	141
3.5.2.6. Sexto grupo: Projeto Alternativo Alemão e uso de cláusula de infração mínima.....	143
3.5.2.7. Sétimo grupo: Teses de Meyer, Hirsch, Zieschang, Torío, Cerezo Bustos, Mendonza Buergo, Gallas e Mir Puig.	144
3.5.6. <i>Classificação das criminalizações do perigo na Common Law:</i>	150
3.5.7. <i>O princípio da precaução como legitimação dos crimes de perigo abstrato</i>	153
4. DA TENTATIVA DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO	159
4.1. TEORIAS QUE NEGAM A TENTATIVA NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.	161
4.2. TEORIAS DEFENSORAS DA TENTATIVA NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.	162
4.3. CRÍTICA ÀS TEORIAS EXPANSIONISTAS BASEADAS EM FINS PREVENTIVO-GERAIS.....	164
4.3.1. <i>Questionamento da identificação do tipo subjetivo do delito com fins preventivo-gerais como justificativa para a expansão da tutela penal.</i>	169
4.4. QUESTIONAMENTO DA LEGITIMIDADE DA TENTATIVA NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.....	174
4.4.1. <i>Técnicas de criminalização de condutas quanto ao parâmetro da ofensividade: bem jurídico e objeto jurídico</i>	176
4.4.2. <i>Questão da tutela do bem jurídico difuso através do tipo penal:</i>	179
4.5. A QUESTÃO DA INIDONEIDADE E A TENTATIVA EM CRIMES DE PERIGO ABSTRATO	189
4.5.1. <i>A tentativa inidônea no Código Penal Brasileiro: vedação da punição de condutas inidôneas.</i>	190
4.5.2. <i>Questionamentos da legitimidade dos crimes de perigo abstrato</i>	193
4.5.3. <i>Questão da inidoneidade da tentativa inacabada de crimes de perigo abstrato</i>	202
5. CONCLUSÕES	207
6.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	209

1. Introdução.

A antecipação da tutela penal é um tema bastante complexo por se tratar da mudança de paradigma da intervenção do Direito Penal. Inicialmente, a tutela penal era voltada a crimes de resultado de dano, sendo esse o modelo central dos estudos dogmáticos. Quando se passou a considerar o bem jurídico como algo real, diverso do direito subjetivo e do interesse, foi possível também começar a análise da questão do perigo. Até hoje se mantém a polêmica a natureza do perigo, embora sua tutela seja um dos mais férteis temas para o fomento de legislações penais, principalmente, quando desperte grande sentimento de insegurança.

O perigo, contudo, não se adéqua perfeitamente ao modelo dogmático criado para crimes de resultado de dano. É sensível a falta de consenso quanto aos conceitos norteadores dessa discussão, sendo necessário, para abordá-la o estudo e análise crítica desses pressupostos, chegando-se a conclusões parciais, as quais levarão a uma conclusão coerente. Tal dificuldade é bastante perceptível na definição de crimes de perigo abstrato, no tema da diferenciação entre atos executórios e preparatórios e, evidentemente, do próprio bem jurídico e de sua exposição a perigo. Sem a análise dos pressupostos, não seria possível qualquer conclusão racional, já que a própria dogmática jurídico-penal encontra-se em um momento de reconstrução, diante dos novos desafios impostos pela sociedade de risco.

Essa tensão no campo da dogmática reflete-se no questionamento dos limites da legitimidade da antecipação da tutela penal, com base na teoria do bem jurídico.

O tema da tentativa nos crimes de perigo abstrato trata dos limites da antecipação da tutela penal legítima.

No Primeiro Capítulo desse estudo, faz-se uma abordagem da temática dos parâmetros de legitimidade da intervenção penal, partindo da teoria do bem jurídico, suas possíveis aproximações com o *harm principle*, chegando a analisar as opções trazidas por seus críticos extremados. Já no Capítulo Segundo, segue-se para a abordagem dogmática da antecipação da tutela penal. Inicia-se pelo desenvolvimento da teoria da natureza do perigo, a qual será absorvida pela teoria do injusto. Depois, analisam-se especificamente dois dos principais instrumentos da tendência de antecipação da tutela penal: a tentativa e os crimes de perigo abstrato. No Terceiro Capítulo, finalmente, questionam-se sobre os limites da legitimidade da tentativa em crimes de perigo abstrato no Direito Penal Brasileiro.

2. Antecipação da tutela penal e o bem jurídico: limites de legitimidade

A tentativa nos crimes de perigo abstrato refere-se ao tratamento jurídico-penal de situações de perigo, através da antecipação da tutela penal. Para se questionar sobre a legitimidade dos instrumentos dogmáticos que deslocam a tutela penal do dano para o perigo, certas abordagens preliminares são necessárias. Inicialmente, deve-se perquirir sobre os motivos político-criminais que levam ao surgimento de tais tendências. Depois da aferição da pertinência desses motivos, deve-se questionar quanto aos parâmetros da legitimidade.

2.1. Contextualização da tendência de antecipação da tutela penal: a sociedade de risco de Ulrich Beck.

A sociedade atual¹ vem sendo caracterizada pelos avanços tecnológicos e econômicos acompanhados do risco como fenômeno social estrutural, originado das decisões de outros cidadãos, nos processos de produção técnica.

Tem-se, portanto, uma sociedade complexa, com grande interdependência entre os indivíduos. Essa complexidade leva à necessidade de condutas positivas de terceiros, para proteção de bens individuais.

Tal quadro foi chamado por Ulrich Beck² de “sociedade de risco”. Essa concepção retrata o abandono do paradigma do conceito sociológico de sociedade industrial, devido ao o surgimento de novos riscos, trazidos pela modernização, os quais seriam fruto das mesmas causas do progresso. Seriam generalizados, sem que seja possível determinar seus alvos. Tanto ricos quanto pobres, mais cedo ou mais tarde, seriam afetados por seus efeitos. Apresentariam o “efeito bumerang”, isto é, da mesma forma que esse instrumento volta para onde foi lançado, também os riscos acabariam voltando contra seus próprios produtores. Assim sendo, nem mesmo os próprios atores da modernização estariam seguros de seus resultados. Não haveria, portanto, nesse novo quadro social, a mesma

---

¹SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal, aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: RT, 2002, pp. 27-64.

²BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 2002, pp. 43-46.

dialética existente na sociedade industrial, estabelecida entre as classes sociais, entre o possuir e o não-possuir.

Beck enfatiza o desconhecimento da sociedade sobre os riscos, já que foram produzidos mediante a racionalidade técnico-científica, que sempre os tratou como efeitos secundários. A partir desse fato, conclui que essa nova realidade acaba por questionar a própria metodologia das ciências técnicas. Essas têm seus modelos estruturados no século XIX e, portanto, não seriam capazes de apresentar um controle dos novos riscos, principalmente, porque acabam confundindo os problemas da sociedade atual com os da sociedade industrial. Além disso, a própria essência do risco, como algo que ainda não produziu seus efeitos, mas aguarda na latente possibilidade de fazê-lo, torna o problema da conscientização da população seja ainda mais grave. Defende que a especulação da existência ou não de riscos, deveria ser difundida.

Acredita que os opositores dessa configuração da sociedade, negam a sua existência por medo de aceitá-la. Justificam sua posição pela incapacidade de comprovação material da existência da ameaça. Afirma-se que, não existindo qualquer resultado materialístico, os riscos existem somente em um plano abstrato, isto é, seria possível negá-los através da interpretação dos dados. Beck acredita que tal reação seria um mecanismo psicológico, tido como tentativa de manutenção de segurança da sociedade.

Nesse contexto, surge um novo tipo de criminalidade, com traços peculiares como as organizações criminosas. Essa “criminalidade moderna”³ teria como características específicas, a ausência de vítimas individuais; difícil identificação dos danos; proteção de bens jurídicos supraindividuais; uso de novo *modus operandi*.

Beck⁴ classifica dois tipos de modernização. Durante o período industrial, do século XIX, haveria a “simples”, na qual seria possível a atribuição dos resultados a determinadas ações humanas. E, na segunda fase, a “modernidade reflexiva” haveria a constatação da criação de riscos trazida pelo desenvolvimento econômico e tecnológico. Relaciona os tipos de modernidade com as fases do processo de modernização, a flexibilidade e a

---

³ HASSEMER, Winfred. Perspectivas de uma moderna política criminal. in **RBCCrim**, n.8, out-dez 1994, pp.41-45. Sobre as características da nova criminalidade, explica que as novas vítimas seriam o próprio Estado ou a comunidade. Também, como consequência da dificuldade de se determinar os danos das condutas, indica que somente sua moldura consegue ser descrita. Assim, o tipo seria preenchido, posteriormente, pela Administração. Esse processo é chamado por Hassemer de "acessoriedade administrativa". Já sobre bens jurídicos que seriam protegidos, os supra-individuais, são vistos por ele como "universais, vagos, genéricos". Em relação ao novo *modus operandi*, para ele, seriam crimes "civis", nos quais não haveria "sangue". Além de serem marcados por: "internacionalidade", "profissionalidade", com divisão de trabalho e criminosos especializados e proteção contra a investigação policial.

⁴BECK, Ulrich - GIDDENS, Anthony - LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética, na ordem social moderna**. São Paulo:UNESP, 1997, p. 12.

reflexão. A primeira refere-se ao embate entre o antigo modelo da sociedade industrial e os novos riscos trazidos pela modernização. Dessa forma, ocorre a passagem para o modelo da sociedade de risco, dada a despreocupação com as possíveis consequências da modernização. A conscientização sobre os seus efeitos só viria com a segunda fase, caracterizada pelo questionamento dos fundamentos de segurança, cálculo e político das instituições, inclusive, daquelas capazes de conter o medo e a insegurança.

Dessa forma, a dimensão subjetiva⁵ dessa nova sociedade apresentaria o medo como o sentimento principal. Haveria uma forte experiência do mal⁶, como elemento da existência, dado pelas guerras mundiais do século XX e diversos conflitos locais. Além disso, a sociedade encontra-se em contínua aceleração, como efeito do avanço das telecomunicações, permitindo a expansão da informação, não, necessariamente, fidedigna. Somam-se a tudo isso as mudanças sociais, éticas e culturais.

Dessa forma, cria-se um quadro que leva à tendência de uma reação desproporcional da população com relação aos novos riscos, marcada pelo medo. Tal reação fomenta a tendência de antecipação de tutela penal. Seria interessante analisar a sua progressão ao longo do fenômeno descrito por Beck, ‘modernização simples - modernização reflexiva’.

O medo, chamado de ‘tremores existenciais’⁷, sempre teria acompanhado a natureza humana. Segundo a interpretação freudiana⁸, as fontes do medo parecem ser sempre as mesmas: a inexorabilidade da decadência do corpo humano, as fontes externas e as relações com outros homens. Por trás desses medos, estaria a ameaça do fim, sendo a morte o seu arquétipo. Essa consciência da existência do fim é peculiar da condição do humano: enquanto a mente do Homem acredita-se vocacionada para a eternidade, o seu corpo é ostensivamente e incuravelmente efêmero.

---

⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal, aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: RT, 2002, pp. 27-64.

⁶ Bauman (**Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.174) trata dessa sensação da sociedade atual, “(...) estamos retornando das viagens com a perda de nossas ilusões, mas não de nossos temores. Tentamos exorcizar os nossos medos e fracassos, tendo apenas aumentado no curso da tentativa a soma total dos horrores que clamam por ser confrontados e afastados. O mais horripilante dos medos adicionados é o de ser capaz de evitar a condição de estar com medo ou escapar dela. Agora sem otimismo inicial, temos medo de que as catástrofes que atormentaram nossos ancestrais não apenas tendam a se repetir, mas também sejam inescapáveis”.

⁷ BAUMAN, Zigmunt. **Life infragments: Essays on postmodern morality**. Oxford-Cambridge: Blackwell, 1995, pp.105-6.

⁸ FREUD, Zigmund. Civilization and its Discontents, p.14 apud BAUMAN. **Life infragments: Essays on postmodern morality**. Oxford-Cambridge: Blackwell, 1995, p.105.

Para que a vida com a presença desses tremores existenciais torne-se suportável, segundo Bauman⁹, criaram-se estratégias, as quais levam à mudança de foco do inexorável para o administrável. Busca-se, por esse processo, adiar o enfrentamento daquela questão existencial mais profunda.

O próprio Iluminismo teria sido uma tentativa de “livrar os homens do medo e de investi-los na posição de senhores.” Assim, seu objetivo “era o desencantamento do mundo. Sua meta era dissolver os mitos e substituir a imaginação pelo saber”¹⁰. Assim, o desenvolvimento científico, da mesma forma como havia sido empregada a magia anteriormente, foi um meio para o Homem aplacar o medo¹¹, através da explicação. Já que, “Do medo o homem presume estar livre quando não há nada mais de desconhecido”.¹² Assim, a partir do Iluminismo, deixa-se de crer que a Natureza fosse controlada por Deus, isto é, fosse algo intangível ao domínio humano, como se fosse um ente capaz de escolher entre a bondade e a maldade. Ela passa a ser percebida como um objeto propício ao estudo e à dominação. Contudo, o controle da natureza, nunca foi alcançado, já que era um objeto “inerte, desprovida de propósito, rebelde, insensível e indiferente às aspirações humanas”¹³.

Essa percepção de impotência leva ao “(...) descontentamento extrínseco com a ciência como um dos muitos meios de produção que não soube realizar as expectativas que dela se tinham no sentido de mitigar a calamidade geral.” Esse resultado desastroso vem da ideia da modernização através da Razão instrumental¹⁴, como um processo contínuo, que

⁹ BAUMAN, Zigmunt. **Life infragments: Essays on postmodern morality**. Oxford-Cambridge: Blackwell, 1995, p.106.

¹⁰ ADORNO, Theodor W. & HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1985, p.20.

¹¹ É muito interessante a atualidade de tal relação medo-tecnologia em um artigo de SCHMIDT, Eric & COHEN, Jared. Tecnologia para combater o medo. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, p.L3, 23 de jul. de 2012. Nesse artigo, os autores, executivos da empresa Google, apresentam certa tecnologia (*crowdsourcing*) para auxiliar a denúncia anônima na cidade de Juarez, México, a qual sofre uma série de crimes violentos. De acordo com eles, tal tecnologia permitiria que as informações sobre os crimes chegassem às mãos corretas, sem que a população precise “confiar em uma só pessoa ou instituição”. Concluem que a “tecnologia é apenas a ferramenta (...) não podemos deixar que o medo nos impeça de inovar”. Parece, contudo, que o medo não impede a criação de tais tecnologias, ao contrário, é seu catalisador.

¹² ADORNO, Theodor W., & HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1985, p.29.

¹³ BAUMAN, Zigmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.111.

¹⁴ Habermas (**O Discurso Filosófico da Modernidade: doze lições**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.170) defende que “Com o conceito de “razão instrumental” Adorno e Horkheimer querem acertar as contas com um entendimento calculador que usurpou o lugar da razão. Esse conceito deve, ao mesmo tempo, lembrar que a racionalidade com respeito a fins, empertigada de totalidade, estreita a diferença entre aquilo que pretende ter validade e aquilo que é útil para a autoconservação, demolindo, assim aquela barreira entre validade e poder(...) A razão, enquanto razão instrumental, assimilou-se ao poder e renunciou, desse modo a sua força crítica (...) denuncia o esclarecimento que se tornou totalitário com os meios do próprio esclarecimento.”.

ultrapassaria os obstáculos, tidos como temporários. Portanto, a percepção da necessidade de refrear os excessos e respeitar limites naturais não foi uma questão abordada pelos “cálculos instrumentais-rationais”.

Silva Sánchez caracteriza a sociedade pós-industrial como de “objetiva insegurança”¹⁵. A aplicação das inovações técnicas estimula essa realidade, através do desconhecimento de seus efeitos e, inclusive, do tempo que demorarão a emergir. A própria Ciência não considera mais a possibilidade de conhecer e neutralizar os novos riscos. Preocupa-se, agora, somente com as decisões humanas determinantes de sua distribuição. Assim, a sociedade atual é caracterizada pela quebra do paradigma de previsibilidade dos efeitos das condutas.

Essa incapacidade da tecnologia de garantir uma segurança total livre de qualquer medo produz uma grande incerteza. Esse sentimento ainda é combinado com a convicção de que a segurança total poderia existir, assim, “a frustração das esperanças acrescenta ao dano da insegurança o insulto da impotência – e canaliza a ansiedade para um desejo de localizar e punir os culpados”.¹⁶

Bauman¹⁷ conceitua essa tendência como de “pânico de segurança”. Ela seria proveniente dessa dificuldade das instituições humanas em trazerem a total segurança como fazem crer ser possível. Essa sensação parece acabar sendo canalizada para a maldade de outros seres humanos. Assim, responsabiliza-se o outro, sempre diferente e distante de si próprio, por eventos como os desastres naturais e a fragilidade do corpo humano, os quais estão muito além de seu controle. Dessa forma, a sociedade ilude-se ao pensar ser possível ao Homem prever e dominar as consequências catastróficas tanto de desastres naturais quanto da saúde humana. Seria uma espécie de interpretação da realidade, que impediria de se diagnosticar efetivamente que a real incapacidade de determinar padrões de previsibilidade de efeitos das condutas.

Além disso, Bauman ainda traz a questão do círculo-vicioso do medo. Essa sensação passaria a crescer e intensificar-se por si mesma, sem quase nenhum estímulo. Assim, as próprias ações defensivas, como a segurança privada, acabam por indicar o caos e, ao invés de produzir uma sensação de segurança, apenas confirmam a insegurança.

---

¹⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, **Direito Penal Supra-Individual, Interesses difusos**. São Paulo: RT, 2003, p.30.

¹⁶ BAUMAN, Zigmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.171.

¹⁷ BAUMAN, Zigmunt. **Postmodernity and its discontents**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, pp.150-1.

De modo diverso de Beck, para Bauman¹⁸ os medos pós-modernos diferenciam-se dos demais pelo “desacoplamento entre as ações inspiradas pelo medo e os tremores existenciais.”. De acordo com essa interpretação, o Homem tem projetado o medo causado por sua própria efemeridade em outras situações, sem qualquer nexo com a causa principal.

Assim, projetam-se esses tremores existenciais, de origem profunda e de difícil, senão, impossível, abordagem, para situações distantes das origens reais do problema. Esse mecanismo acaba tornando inócua qualquer estratégia de defesa, por mais honesta que seja, já que elas se voltariam para essas áreas não geradoras dos tremores existenciais. Parece que se transfere a preocupação por segurança existencial para o domínio da proteção dos seus corpos e suas extensões. É, portanto, nesse domínio que apareceriam as diversas tentativas de controle¹⁹.

O mal-estar do mundo pós-moderno estaria, portanto, nas angústias, aflições de uma sociedade que oferece ao indivíduo cada vez mais liberdade em troca de cada vez menos segurança. Em outras palavras, “os descontentamentos pós-modernos seriam as aflições e sofrimentos de homens e mulheres pós-modernos, aturdidos pela escassez de sentido, porosidade dos limites, incongruência das sequencias, volubilidade da lógica e fragilidade das autoridades.”²⁰. Dessa forma, os medos pós-modernos nascem do excesso de liberdade, ao invés da opressão, como na Modernidade.

Assim, a Humanidade volta para a mesma posição inicial, que levou ao desenvolvimento da Era Moderna: a confusão e o medo, diante da grande disparidade entre o desafio da vida humana e a insignificância das ferramentas e recursos disponíveis ao Homem. Bauman²¹ acaba por concluir que o temor é resultado da falta de controle, de capacidade para se lidar com os novos desafios. Conclui que o “medo é outro nome que damos a nossa indefensabilidade”.

---

¹⁸ BAUMAN, Zigmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.174.

¹⁹ Os conceitos sobre a ansiedade são bastantes esclarecedores do estado descrito por Bauman. Assim, Legall (**A ansiedade e a angústia**. Lisboa: Estampa, 1978, pp. 9-29.) define ansiedade como o estado da afetividade, resultante da previsão de um perigo próximo, bem determinado. Há três tipos de ansiedade: a de objeto, ligada a objetos; a expectativa ansiosa (seria uma tendência de se esperar sempre uma catástrofe) e a ansiedade do inconsciente (angústia fóbica, que surge de sentimentos recalcados, que se fixa em um objeto casual, por exemplo, fobia de aranhas). A expectativa ansiosa é um tipo de ansiedade fundamental, ligada ao próprio sujeito, que passa a buscar sua origem em causas ou objetos externos. O medo é um tipo de percepção de um perigo presente ou de qualquer outro modo, devidamente anunciado. O pavor é um tipo de medo ampliado pelo fato de se tratar de uma reação a um perigo imprevisível. Sendo assim, a ansiedade seria algo difuso, com um objeto pressentido e temido. Já o medo sempre teria um objeto localizado.

²⁰ BAUMAN, Zigmunt. **Postmodernity and its discontents**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, pp.156-7.

²¹ BAUMAN, Zigmunt **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.125.

Diante dessa caracterização dos aspectos objetivos e subjetivos da modernidade reflexiva, fica evidente a dificuldade das instituições sociais de cumprirem a missão de controle social.

Beck²² já indica que as instituições sociais que poderiam conter os efeitos subjetivos negativos do processo de modernização acabam entrando em crise diante da sociedade de risco, pois apresentam dificuldade para lidar com as suas novas exigências.

O Direito não deixa de ser uma dessas instituições sociais afetadas. Ele, em si, já traz um ato simbólico de força, sendo a “forma por excelência do discurso atuante, capaz, por sua força, de produzir efeitos.”²³ O que se tem denominado Direito Penal Simbólico seria a utilização deturpada dessa função simbólica. Busca-se manter essa sensação de eficácia do ordenamento jurídico penal através de uma intensa criação de novos tipos penais, agravamento de penas e limitação de garantias individuais. O Legislador busca “aquietar a sociedade, em geral, e certos segmentos sociais em particular”²⁴. Mas, é evidente que essa “eficácia quase mágica” também estaria limitada pelas condições sociais, já que ela exerce-se “na medida e só na medida em que o direito é socialmente reconhecido e depara com um acordo, mesmo tácito e parcial, porque responde, pelo menos na aparência, a necessidades e interesses reais”.

Esse Direito Penal simbólico é resultado da eleição²⁵ do ramo do Direito mais invasivo, o Direito Penal, como um modo de controle social, aparentemente capaz de evitar esses riscos. Surgiria, assim, para o Direito Penal uma nova missão na sociedade de risco, a qual para ser executada, impõe a flexibilização de certos princípios clássicos²⁶. Os demais ramos do Direito²⁷ foram considerados insuficientes para conter a angústia trazida pela inexistência de uma ética moral mínima²⁸, que impede a previsibilidade da conduta do

²²BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Barcelona : Paidós, 2002, p. 46.

²³GIDDENS, Anthony. **Sociologia: uma breve introdução**. Rio de Janeiro: Zahar, 1984, p.237.

²⁴FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, , fasc.2, abril-junho de 1996, ano 6, p.183.

²⁵FARIA COSTA, José. **O Perigo em Direito Penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)**. Coimbra: Coimbra, 1992, pp. 25-44.

²⁶MACHADO, Marta. **Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005, pp. 95-6. Além da diferença entre o tratamento do risco que ameaçam os bens transindividuais e dos individuais, há a dificuldade de se identificar o nexo causal entre o perigo aos bens jurídicos e ações de "agentes difusos e causas indeterminadas, originando de condutas massivamente praticadas ou decorrentes de acidentes em organizações complexas", assim como a própria culpabilidade, já que os riscos seriam "efeitos colaterais imprevisíveis de ações positivamente valoradas".

²⁷SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal, aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: RT, 2002, pp. 27-64.

²⁸Habermas(**O Discurso Filosófico da Modernidade: doze lições**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp.159-160) descreve a perda de parâmetro de valores pelo Direito, estimulado pela modernidade, baseada na razão instrumental, acabando por permitir a Ciência empírica preponderasse: “A própria razão destrói a

outro. Assim, a inexistência de sanções da moral, acaba por trazer o aumento da intervenção do Direito Penal, já que a própria sociedade não traz mais o discernimento entre o bem e o mal. Tal tendência leva à intensificação de normas paternalistas e do moralismo jurídico.²⁹

Ao se analisar os diversos ordenamentos jurídicos, é evidente esse uso exagerado da tutela penal, baseando-se, principalmente em sua função ético-social³⁰. Seria um meio de satisfação das necessidades que o indivíduo apresenta por ser membro da sociedade, talvez uma forma de desvio de atenção das questões existenciais mais profundas, para outras que, teoricamente, seriam administráveis.

Mas, segundo Cuesta Pastor, a própria função simbólica do Direito Penal será prejudicada pela deturpação de seu uso. Se a população tem a sensação de que sua insegurança é resolvida pela mera criminalização de condutas ou enrijecimento de penas, cria-se um sistema de criminalização baseado na casuística e em critérios irracionais, enfraquecendo-se, dessa forma, a legitimidade da intervenção penal.

Além disso, esse tipo de atividade legiferante acaba, por si só, ampliando a sensação de caos procedente das efetivas atividades criminosas. Fica a aparência de absoluta imprescindibilidade de uma reação poderosa, unicamente possível pelo Estado, e, necessariamente através de seu ramo mais violento às liberdades do cidadão, o Direito

---

humanidade que tornou possível (...) o processo de esclarecimento se deve, desde o começo, ao impulso da autoconservação, que mutila a razão, visto que a reclama apenas nas formas de dominação racional com respeito a fins da natureza e dos impulsos, justamente como razão instrumental. (...) Horkheimer e Adorno querem mostrar mais adiante que a razão foi expulsa da moral e do direito, pois com a decomposição das imagens religiosas e metafísicas do mundo, todo critério normativo perdera seu crédito em face da autoridade da ciência que é a única que restou”.

²⁹ Seher (La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.85-88.) classifica em dois sentidos as normas penais paternalistas, quanto aos seus fins ou quanto a sua forma. Pode apresentar uma aparência formal de paternalismo, mas esconder um fim autoritário, como a proibição de viagens ao estrangeiro buscando o controle da população. Ainda pode apresentar a própria finalidade como paternalista. Mas, deve-se sempre pensar se há respeito à vontade do indivíduo. Um paternalismo duro é aquele que não respeita a vontade do agente. Por outro lado, o paternalismo brando levaria em consideração sua vontade. Ao se referirem às pessoas capazes de sua culpabilidade, tais normas possibilitam medidas para determinar a voluntariedade de suas decisões e legitimam intervenções em se tratando de incapazes.

Já o moralismo apresentaria uma nova faceta nesse novo setor do Direito Penal, de crimes sem vítimas e que dificilmente podem ser identificados com interesses subjetivos, a partir da proteção de representações morais, sem preocupação com a relação autor-vítima, mas com a tutela de valores por si só. O moralismo estrito tende à proteção de uma ordem moral, assumida como objetivamente correta. A lesão a essa ordem seria um mal por si só. Já o conservadorismo moral busca a manutenção dos valores morais tradicionais. De acordo com essa visão, a proteção do tradicional seria um valor autônomo.

³⁰ CUESTA PASTOR. **Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico**. Granada: Comares, 2002, pp.30-7.

Penal³¹. Dessa forma, a partir dessa sensação de pânico social, pôde-se legitimar o Estado e as intervenções penais mais intrusivas na sociedade contemporânea. Seria mais um exemplo do círculo-vicioso do medo, descrito por Bauman.

O Direito Penal Simbólico parece não se importar com a questão da eficiência da tutela penal, mas apenas com a aparência do controle social. Silva Sánchez³² entende que a opção pelo Direito Penal estaria ligada à recepção positiva de tal recurso pela opinião pública, fazendo com que a população confie no funcionamento do ordenamento jurídico, isto é, estaria relacionada com a teoria da prevenção geral. Mas, Silva Sánchez adverte que tal eficiência seria aparente, incidindo apenas nos sentimentos de insegurança dos indivíduos, inclusive, questiona até que ponto a mudança do modelo de direito não estaria condicionada pela aparição de um modelo de indivíduo com uma sensação hipertrofiada de insegurança. Nesse caso, acredita que poderia levar o Direito Penal a transformar-se em um mecanismo simbólico e instrumental, baseado na prevenção geral, de pura aparência de eficiência, sendo, portanto, ineficiente em sua missão preventiva.

Hassemer³³ defende que o Direito Penal não seria capaz de executar a função que lhe foi atribuída pela sociedade de risco. Essa ineficácia seria resultado da inadequação do aparato penal em relação a essas novas necessidades. Assim, o Legislador, mesmo consciente da inépcia dos instrumentos clássicos penais, diante dessa nova criminalidade, acaba os mantendo, fingindo estar atacando o problema real da criminalidade. Essa ideia de 'função simbólica do Direito Penal' acaba transmitindo a ele próprio a ineficácia dessa estratégia. Assim, o Direito Penal passa a ser visto como um meio de controle social fracassado.

---

³¹ Tavares (Mito e ideologia: objetos não manifestos do sistema penal. in **Direito e Psicanálise**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.161-172.) todo o sistema penal estaria ligado ao mito da proteção do bem jurídico e da ideologia da repressão, vinculada à pena, como garantia da ordem. A pena estaria legada a um fator ideológico de sedimentação do sistema. Os dois elementos estariam presentes tanto no Estado moderno quanto nas ditaduras. Haveria a criação tanto de um mito, a proteção de bens jurídicos, como de um monstro, a criminalidade invencível. Tavares entende que a necessidade de se enfrentar o monstro levaria à justificação da violência do sistema de poder contra o indivíduo. Considera que a política criminal seria apenas uma falácia, mero discurso garantista diante de uma legislação autoritária. Conclui pela impossibilidade de limitação do poder, mesmo sem qualquer dissimulação quanto aos elementos de composição de tal mito. Acredita que as normas penais no Estado moderno seriam completamente sem embasamento empírico, já que o bem jurídico não passa de figura de linguagem, sem capacidade crítica. Tavares traz uma visão pessimista do sistema penal, o qual seria um instrumento capaz de sustentar um poder autoritário dentro do Estado Democrático. Busca a negação do mito para que ele não seja mais aceito, permitindo que o indivíduo evolua para o auto-reconhecimento, livre de um sistema autoritário.

³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004, pp.53-55.

³³ HASSEMER, Winfred. Perspectivas de uma moderna política criminal. in **RBCCrim**, n.8, out-dez 1994, pp. 45-8.

2.2. Roxin e sua proposta de relação entre Política Criminal e Dogmática.

É bastante discutida a relação entre o contexto social e o modelo de intervenção penal escolhido pelo Estado, através do conceito de política criminal. Roxin³⁴ define política criminal como a eleição das sanções preventivo-especiais mais eficazes para a prevenção do delito e do conjunto dos aspectos fundamentais, que, segundo a Constituição e o Código Penal, devam presidir a fixação e o desenvolvimento dos pressupostos da pena. Assim, também os elementos limitadores do Direito Penal, como o princípio da legalidade, seriam parte da política criminal do Estado de Direito.

Roxin entende que a política criminal deva buscar combater o crime nos limites de um Estado de Direito. Os componentes limitadores da reação pertencem, portanto, à política criminal e à dogmática, devendo ser tão proveitosos como preventivos. Conclui que a dogmática penal baseada em considerações político-criminais tem como objetivo fundamental, mas, não único, a limitação da pena.

Propõe um método próprio para essa análise³⁵. Esse seria diferente daquele proposto por von Liszt em *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, o qual afirma a contraposição entre os princípios empíricos e o método jurídico de construção e ordenação sistemático-conceitual dos pressupostos do delito. De acordo com essa teoria, a política criminal seria a tarefa social do direito penal através de métodos racionais do combate à criminalidade, já a tarefa jurídica seria a função liberal garantista de assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual. Assim, a finalidade do Direito Penal nortearia a política criminal, sendo o ordenamento jurídico instrumento de garantias do réu. Conclui que o objetivo dos esforços sistemáticos seria estranho à política criminal, devendo opor-se a ela. Von Liszt enfatiza a importância da sistematização pelo seu efeito de coerência e de garantia da segurança jurídica.

---

³⁴ ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal**. Valencia: tirant lo blanch, 2000, p.31, 73. Encontra cinco formas de expressão da política criminal. Em primeiro lugar, o princípio básico do *nullum crimen sine lege* rege a tipicidade para a interpretação dos elementos típicos em particular. Em segundo lugar, a própria teoria da imputação objetiva seria um meio para delimitação típica dos crimes de resultado, a conduta de resultado seria uma realização de um risco não permitido pelo tipo, o qual se estrutura para proteger o indivíduo e a sociedade dos riscos inadmissíveis para o Direito Penal. Em terceiro lugar, com as causas de justificação seriam uma expressão de política criminal, na medida em que se trate da impunidade de comportamentos típicos. Assim, sua tarefa seria a adequada limitação da responsabilidade da conduta típica. Já em quarto lugar, a categoria delitiva de responsabilidade apresenta como maior limite da pena o princípio da culpabilidade. Finalmente, em quinto lugar, os direitos fundamentais também devem influir na necessidade de pena e excluir o castigo no âmbito do tolerável através de um ponto de vista preventivo, sendo um tipo de causa de exclusão de responsabilidade.

³⁵ ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp.2-9.

Roxin critica esse posicionamento por eliminar qualquer discussão sobre o “sistema correto”. Além disso, a dicotomia lisztiana impediria a entrada de qualquer inspiração de política criminal no sistema dogmático, Roxin acredita que seria melhor uma decisão adequada ao caso concreto do que uma coerente ao sistema, possibilitando a correção de soluções dogmático-conceituais, por meio de considerações de política criminal. Diante desse quadro, Roxin propõe sua concepção sistemática, a qual busca sistematizar todas as estruturas de acordo com a política criminal.

1.2.1. A imprescindibilidade da base empírica.

A questão de limites para a antecipação da tutela penal induz o estudioso a buscar traçar critérios capazes de restringir tal tendência de expansão, buscando garantir sua legitimidade. Além do estudo da possibilidade de autocontenção da dogmática penal, questiona-se sobre a possibilidade de limites externos para as próprias categorias dogmáticas.

Silva Sánchez³⁶ trata da incidência de limites externos, em particular ontológicos, ao recurso à Política Criminal como fundamentador das categorias de dogmática. Há poucas críticas em relação a esse método, principalmente, porque, na prática, sempre foi aplicado um pensamento semelhante, através de axiomas incontestáveis, de fundo ontológico, apesar da inexistência de sistematização metodológica.

Entende política criminal como consequencialismo, identificando-a com uma orientação do sistema do Direito Penal aos efeitos empíricos de sua aplicação, isto é, seria relacionada com a ideia de que o Direito Penal devesse orientar-se aos fins da pena. Seria um conceito de racionalidade instrumental deliberada. Com esse conceito de teleologia, exclui-se outro, que entenderia que o Direito Penal não teria apenas fins instrumentais de controle, mas que também teria como finalidade a realização de determinados valores, a racionalidade valorativa.

Critica dois pontos da teoria de Roxin: por um lado, o modo de aproximação aos valores que, junto com as consequências empíricas, definem a finalidade do sistema; por outro lado, o critério de articulações da concretização de tais valores e da obtenção de efeitos empíricos.

---

³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Política Criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre el contenido y límites. in ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, pp. 95-158.

A aproximação dos valores dar-se-ia através de perspectivas principialistas, com base no jusnaturalismo da Ilustração, contudo, aceita que tal principialismo não excluiria uma fundamentação instrumental do Direito Penal. Além disso, esse principialismo, baseado no individualismo, estaria debilitando-se como ponderação de princípios em algumas de suas modernas reconstruções até ao ponto de reduzir-se a uma pura referência procedimental.

Em qualquer caso, ao se aceitar que os valores são apreendidos a partir de uma perspectiva principialista, Silva Sánchez indica a tensão entre a concretização desses valores e a obtenção dos efeitos instrumentais, isto é, do conflito entre principialismo e consequencialismo. A solução de tal conflito colocaria o Direito Penal em um ponto de progressiva restrição, conforme o minimalismo da Escola de Frankfurt³⁷.

Não parece ser essa a opinião de Roxin³⁸. Ele acredita que o objetivo da Escola de Frankfurt de limitação do Direito Penal a um “direito penal básico”, orientado de forma prioritária à tutela individual frente aos crimes lesivos, seria fruto dos velhos princípios ideológicos europeus. Tais princípios buscam a defesa dos elementos do Estado de Direito limitadores da pena próprios do instrumental dogmático tradicional frente à desmesurada criminalização antecipada para tutelar dos riscos sociais derivados da moderna tecnologia. Roxin afasta-se dessa tese, ao endossar o argumento de que o Direito Penal não deve retroceder diante da luta contra os riscos que seriam mais perigosos para o indivíduo e a sociedade que a criminalidade clássica. Mas, concorda que a Legislação penal que trata desses novos riscos seja pouco satisfatória. Falta-lhe um exame mais atento das possibilidades de controle de natureza não penal a respeito dos danos que se ameaçam produzir.

---

³⁷ Deve-se lembrar da caracterização da Escola de Frankfurt feita por Schünemann (Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. In **Revista Peruana de Ciencias Penales**, n.5, jan-jun de 1995, pp.237-277), baseando-se, principalmente, na sua defesa da teoria do bem jurídico monista-individual, denominada como pessoal. Outro ponto, seria a crítica aos crimes de perigo abstrato com a qual não concorda, já que esses crimes poderiam ser pouco invasivos da liberdade dos indivíduos, se houver uma tipificação adequada da conduta. Por fim, trata da perspectiva individualista difundida pela Escola, sem considerar as necessidades de investigação e intervenção no novo contexto social, principalmente, com o crime organizado. É interessante, por outro lado, a crítica de Hassemer (História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra in **RBCCrim**, ano 2, n.6, ab-jul de 1994, pp.36-71) ao Direito Penal Funcionalista. Critica o campo de atuação da Política Criminal, considerado muito amplo. O Direito Penal Funcionalista já não teria mais relação com o Direito Penal voltado para as consequências, que se opõe à Dogmática abstrata, depurada de base empírica. Tal constatação também valeria para a teoria do bem jurídico que era tida como um limite para a criminalização, passando a ser entendida como fundamento de tutela penal.

³⁸ ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal**. Valencia: tirant lo blanch, 2000, p.90.

Acredita que deveria haver um desenvolvimento dogmático, principalmente em relação aos crimes de perigo abstrato, além de buscar controlar a tendência de desconsideração das diferenças entre atos preparatórios, tentativa e consumação.

Roxin também diverge da Escola de Frankfurt na questão da capacidade de rendimento da dogmática penal clássica, entende que ela teria se colocado em um beco sem saída de um Direito Penal Básico, já que não aceita uma dogmática fundamentada político criminalmente.

Silva Sánchez³⁹ estabelece que a política criminal da qual Roxin parte é a estabelecida pontual e parcialmente no conjunto de normas jurídicas positivas, mas também toma como critério decisório os princípios que podem ser derivados do ordenamento jurídico e, em absoluto, as representações pessoais valorativas do intérprete, ainda que se reconheça em certos aspectos uma ampla liberdade.

Já a teoria funcionalista de Jakobs⁴⁰ leva em consideração a função da normatividade jurídica. Assim, seria possível a confirmação da identidade normativa da sociedade através do Direito Penal, já que a sociedade dar-se-ia por meio de normas. A sociedade seria a construção de um contexto de comunicação, o qual poderia ser configurado de modo diverso do que está no caso concreto. Assim, a identidade da sociedade seria determinada por meio das regras de configuração. O contexto de comunicação deveria ser capaz de manter sua configuração frente a modelos divergentes.

Jakobs⁴¹ parte de uma concepção kantiana para a normatização da sociedade. Entende que o Direito seria um sinônimo das regulações que aparecem na administração de indivíduos inteligentes. Em termos kantianos, tanto haveria o *homo phaenomenon*, o ser sensorial como tal e como aparece no mundo da experiência, como *homo noumenon*, o ser racional ideal, cujo código não é outra coisa senão a descrição do conteúdo da liberdade, a ordem com base no dever e no direito. Tal ser racional seria capaz de compreender a necessidade do código e concretizar o conteúdo dos deveres e direitos, mediante o uso do imperativo categórico, baseado na razão prática. Com base nessa diferenciação, Jakobs entende a sociedade como sistema de comunicação dos indivíduos com sua própria consciência. O mundo normativo seria um sistema próprio diferente do mundo ordenado

---

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Política Criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre el contenido y límites. in ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, pp. 95-158.

⁴⁰ JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona em uma teoria de um derecho penal funcional. in JAKOBS, Günther. **Bases para uma teoria funcional del derecho penal**. Lima: Palestra, 2000, pp.19-52.

⁴¹ JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Madrid: Civitas, 2003, pp.15-47.

pela ideia de satisfação e insatisfação do indivíduo. Ele decidiria autonomamente quais são os processos do mundo dos sentidos que seriam relevantes para o mundo normativo, assim como seu significado. Esse desenvolvimento dos conceitos jurídicos a partir de seu caráter normativo é a ideia da normativização, aplicada a certos elementos da imputação.

Para Jakobs, essa confirmação da identidade da sociedade não pode ser apreendida empiricamente. Com esse método somente seria possível apreender o delito, o processo e sua relação. Mas, a questão da confirmação da identidade somente poderia ser compreendida como consequência do processo; não, como seu significado. Assim, todas as normas que, conforme a concepção da sociedade não puderem ser entendidas como dadas previamente, isto é, as que forem leis produzidas, não, reveladas, careceriam de uma força genuína para se autoestabilizarem. A vigência dessas normas deveria ser garantida por meio da sanção, imposta através de um procedimento formal. Essa sanção seria capaz de contradizer o projeto de mundo do infrator da norma, a não vigência da norma, demonstrando que a afirmação do infrator é irrelevante.

A divergência quanto à funcionalização em Roxin e Jakobs apareceria⁴² no momento em que se estabelecem os limites da mesma. A proposta limitadora de Roxin, chamada dualista, acaba reconhecendo muito mais limites ontológicos para a elaboração funcionalista do que os originados na adoção de princípios do iluminismo europeu. Já Jakobs acredita que o jurista carece de limites na elaboração das regras de imputação que determinam a reconstrução normativista dos conceitos. Em todo caso, Silva Sánchez afirma que os limites operam de modo imanente e encontram-se na constituição ou a autocompreensão do respectivo modelo social. Conclui que Jakobs deveria aceitar, pelo menos, um limite ontológico, da circulação hermenêutica de processos de conhecimento humano, isto é, os seus próprios preconceitos para formular suas regras de imputação.

Para Roxin⁴³, Jakobs sustenta uma prevenção geral positiva, a qual busca a estabilização social orientada à manutenção do sistema através do exercício de fidelidade ao Direito. Jakobs não buscaria qualquer tipo de efeito sobre a consciência coletiva, mas a mera imposição da pena já seria um fim em si mesmo, o próprio restabelecimento da identidade social. A concepção de Jakobs seria aberta e indiferente ao conteúdo, sendo que a função da pena e da dogmática seria independente da concreta Constituição e da

---

⁴²SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Política Criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre el contenido y límites. in ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, pp. 95-158.

⁴³ ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal**. Valencia: tirant lo blanch, 2000, pp.51-55.

legislação, podendo conectar-se com um sistema liberal, coletivo ou totalitário. Cada um desses sistemas poderia ser estabilizado, de modo diverso, pelo Direito Penal. Compartilha, entretanto, a intenção de Jakobs de explicar o Direito Penal com base na legislação alemã contemporânea.

Roxin adverte que, na elaboração de Jakobs, estaria ausente a tendência político-criminal orientada para a reforma e em seu lugar aparece a descrição sistemática das respectivas relações. Roxin, por outro lado, defende um funcionalismo voltado para a política criminal baseada nos concretos conteúdos da velha Ilustração europeia, desde que acolhidos pela Constituição e legislação penal vigente.

Silva Sánchez⁴⁴ afirma que o tratamento funcionalista dos valores, permite a sua compreensão como produto da lógica de autoconservação do sistema, cujo concreto conteúdo seria o derivado dessa lógica. Não encontra em tais valores um conflito com a perspectiva estritamente consequencialista. Essa perspectiva acaba integrando os valores, na medida em que isso responde à constituição ou autocompreensão da sociedade. Conclui que uma aproximação aos valores de referência estaria relacionada ao consequencialismo. Rejeita a tese da funcionalização *per se* instrumentalizar ou anular o indivíduo, através de um modelo reacionário ou totalitário.

A questão levantada por Silva Sánchez é se a partir das perspectivas do pensamento da Ilustração, seria possível chegar às conclusões díspares do funcionalismo sobre atribuição de conteúdo aos valores. Assim, entende contraditória a renúncia à ontologia de valores por meio da defesa de uma lógica objetiva funcionalista de valores. Seriam dois modelos de racionalidade contrapostos cujas derivações também poderiam ser diversas. Indica, contudo, que poderiam ser compatíveis, embora tenham apresentado conclusões distintas, como se dá com o conceito pessoal do bem jurídico e os crimes de perigo abstrato⁴⁵. Não aceita que Jakobs esteja baseado apenas na pura racionalidade instrumental, enquanto Roxin apresente um sistema orientado por valores. Contudo, o modelo de Roxin não definiria, em termos exclusivamente consequencialistas, a prevenção eficaz do delito, integrando a ela a Política Criminal valorativa.

---

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Política Criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre el contenido y límites. in ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, pp. 95-158.

⁴⁵ Roxin (Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. **RBCCrim**, 35, julho-setembro de 2001, ano 9, p.16) acredita que a controvérsia sobre a legitimidade ou não dos crimes de perigo abstrato, deve ser analisada através de investigações, análises e avaliações político-criminais dos perigos decorrentes de determinado comportamento para com um bem jurídico concreto. Dá grande importância às ciências empíricas para essa análise.

Schünemann⁴⁶ considera um erro criminalizar-se a mera lesão à norma, considerando o sistema de Jakobs circular. Esse sistema de penas e normas seria dado inversamente, ele partiria da premissa de que a pena não teria finalidade, para chegar às consequências dogmático-penais. Mas, não conseguiria apreender as consequências dogmático-penais mais complexas, eliminando qualquer ponte, como a desenhada por Roxin, entre Direito Penal e Política Criminal. Conclui que em uma justiça que alcança seu fim com sua mera existência, não haveria lugar para a política criminal, no sentido de controle de persecução de fins demonstráveis empiricamente. Conclui que se todos os conceitos do sistema jurídico só deveriam ser retirados do próprio sistema jurídico, sem tratar das verdades do mundo natural, sem conexão com os fins sociais concretos, acabaria por determinar a criação circular de conceitos jurídicos. Assim, um sistema normativista, livre de empirismo, trabalharia com conceitos vazios, os quais poderiam ser preenchidos arbitrariamente com conteúdo decisionista.

Crítica também a dogmática ontologista, baseada no conceito causal naturalista, através da teoria da equivalência, impossibilitando a diferenciação entre os graus de importância dos cursos causais, permitindo a punibilidade da tentativa inidônea, diante da impossibilidade de se verificar a diferença entre tentativas perigosas e não perigosas, com base na teoria subjetiva da tentativa, que acaba dando maior destaque ao desvalor da ação.

Para Silva Sánchez, Roxin e Schünemann⁴⁷ encontram limites externos para a construção normativa. Na postura de Roxin, haveria um limite adicional através da renúncia à dupla funcionalização praticada por Jakobs. Em Jakobs as categorias aparecem, em primeiro lugar, funcionalizadas através das perspectivas dos fins do Direito Penal. Além disso, aparecem monopolizados por uma prevenção de integração, entendida principalmente como funcional-sistêmica. Roxin também aceita a funcionalização das categorias de acordo com os fins do Direito Penal, mas determina limites externos para a prevenção. Silva Sánchez conclui que os valores político-criminais não se conceberiam estritamente como funcionais, ainda que não seja possível a recondução ao monismo individualista dos autores de Frankfurt. O modelo de política criminal de Roxin não seria minimalista nem quanto aos critérios de lesividade nem quanto aos de imputação, não sendo possível caracterizar sua adesão ao clássico pensamento de princípios europeus,

---

⁴⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. in **Revista de Derecho Penal**, n.15, outubro de 2005, pp.127-142.

⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Política Criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre el contenido y límites. in ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, pp. 95-158.

mas, também não se pode classificar o pensamento de Roxin como semelhante ao de Jakobs.

Sobre a existência de limites na construção jurídica, Silva Sánchez⁴⁸ indica duas possibilidades. A primeira, da teoria de Jakobs, seria dos limites próprios da linguagem, tida como uma reconstrução social da realidade da lógica formal, além daqueles conhecimentos empíricos das ciências naturais e sociais. Já para Roxin, o limite estaria na existência de uma realidade permanente que pode opor-se a uma pretendida imputação através de perspectivas funcionalistas, na constituição da “matéria”.

Silva Sánchez considera inegável que a elaboração jurídica não possa contradizer as estruturas do ser. Da “matéria” ou da natureza das coisas seria possível obter limites para a construção jurídica, contudo, entende que essa realidade não passaria de uma representação da realidade, contaminada com os preconceitos pessoais de necessidade de imputação. Nesse caso, conclui pela possibilidade de um fenômeno de circularidade: o juízo social de imputação baseia-se em uma determinada concepção sobre como distribuir os ônus sobre os indivíduos no modelo social correspondente. Tal juízo seria, portanto, limitado pela configuração da realidade.

Além disso, nesse juízo descritivo, haveria também um juízo ideal da realidade para uma imputação de acordo com o critério geral de distribuição dos ônus. Por isso, não se tem qualquer garantia acerca do êxito de certo nível de interssubjetividade nessa representação da realidade, a qual não deve aparecer entrelaçada por um consenso sobre as necessidades sociais de imputação. Esse consenso poderia ser variável historicamente e não ser muito diferente do que Jakobs define como constituição social, a qual também traria uma relatividade espaço-temporal.

Silva Sánchez enfatiza que o postulado teórico sistêmico nega qualquer efeito do empirismo, já que trata como “naturalismo” qualquer referência a dados empíricos e não reconhece pretensões que lhe dotem de um conteúdo concreto extraído das valorações derivadas das necessidades sociais de estabilização do sistema o que pode entrar em contradição com a mesma.

Já Schünemann⁴⁹ interpreta o pensamento de Roxin como uma retomada do pensamento neokantiano, cujo objetivo seria captar, ordenar e concretizar o Direito

---

⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Política Criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre el contenido y límites. in ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, pp. 111-158.

⁴⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal. **ADPCP**, t.XLIV, fasc. III, sept-dic, 1991, pp.693-713.

vigente, não, qualquer ordenamento jurídico hipotético. Assim, deveriam ser estudadas as opções de política-criminal tomadas em concreto, explicitadas total e parcialmente no conjunto de normas positivas. Tal decisão básica consistiria na missão de proteção de bens jurídicos através da influência geral e especial preventiva no comportamento humano, assim, a missão do Direito Penal seria evitar comportamentos danosos.

Cabe, portanto, questionar sobre a atual tendência de política criminal originada na sociedade de risco. Roxin⁵⁰ percebe na Alemanha até 1975, um afastamento da fundamentação filosófica e teológica do Direito Penal, criando uma concepção secular e pragmática, como instrumento de domínio e controle social, através da fundamentação do conceito de direito material do delito no princípio da lesividade social, das teorias da prevenção da pena e quanto à posição jurídica do acusado, através da culpabilidade como limite da pena, pôde-se assegurar os direitos fundamentais ao réu, mesmo com as teorias preventivas.

A partir de 1975, preponderam as orientações preventivas, busca-se cada vez mais a prevenção geral asseguradora do que um conceito material de delito, para a proteção predominante da sociedade ao invés do indivíduo. Surgem, portanto, leis especiais tutelando bens jurídicos difusos, como as referentes ao Direito Penal Econômico, meio ambiente, engenharia genética, tráfico de drogas e crime organizado. Têm-se tipos penais que descrevem situações de perigo abstrato, muito anteriores ao dano.

Roxin indica o predomínio da teoria da prevenção geral positiva, a qual busca a manutenção do ordenamento jurídico, através da fidelidade a ele, diante da dificuldade de harmonização da tendência de minimização de riscos e a do fim de correção individual ou ressocializante da pena.

Pretende que seu método possa tratar das lacunas deixadas tanto pelo Legislador como pela ausência interpretação concretizadora da doutrina e da jurisprudência baseada em um modelo ontológico, considerando apenas certas estruturas legais eternas ou um modelo sistemático descritivo do *status quo*.

Diante de tal tendência de política criminal, que busca a segurança da sociedade, através da prevenção de riscos, ao invés do dano, incentivada pelo aspecto subjetivo exacerbado da sociedade de risco, tem-se um forte movimento de antecipação da tutela penal. Nesse caso, é necessário que se considerem os limites de legitimidade de tal técnica

---

⁵⁰ ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal**. Valencia: tirant lo blanch, 2000, pp.20-35.

jurídico-penal, principalmente, considerando-se os limites empíricos para tal definição⁵¹. E, para perseguir tal objetivo, devem ser considerados os parâmetros de aferição da legitimidade da tutela penal.

2.3. A proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal:

O questionamento sobre os limites da antecipação da tutela penal acaba conduzindo à discussão sobre a legitimidade da própria intervenção penal. Sendo a missão do Direito Penal⁵² a proteção de bens jurídicos através da influência geral e especial preventiva no comportamento humano, isto é, evitar comportamentos danosos, deve-se questionar sobre o conceito de bem jurídico para tratar da legitimidade da tutela penal.

A ideia de bem jurídico⁵³ estaria relacionada com o contratualismo. Os cidadãos, sendo titulares da soberania, somente repassariam o poder de intervenção jurídico-penal ao Legislador, quando fosse necessário para o êxito de uma vida em comunidade livre e pacífica, sendo a tutela penal o último recurso. Busca-se, dessa forma, equilibrar a necessidade de proteção estatal com a liberdade civil.

Schünemann⁵⁴ indica que a primeira fase da teoria do bem jurídico vai de Beccaria a Birnbaum. Nela, há uma preocupação, mesmo que baseada em argumentos diferentes, com a limitação do arbítrio do Legislador para a criminalização.

Beccaria, baseando-se no contrato social, reconhece como delito o que fosse contrário à tranquilidade e a paz pública. Já Kant parece não trazer qualquer limitação específica ao Direito Penal. A liberdade da vontade de cada um pode coexistir com a liberdade de todos, através de uma lei geral, propondo expressamente a intervenção como resposta a qualquer lesão ao Direito e à Moral.

Também Feuerbach⁵⁵, em seu tratado de 1801, baseia o rol de direitos subjetivos no contratualismo. Parte da ideia kantiana⁵⁶ de que o excesso da liberdade de um indivíduo

⁵¹ Para maiores detalhes, em referência, principalmente, à questão de bens jurídicos difusos, vide Cap. 4.4.2.

⁵² SCHÜNEMANN, Bernd. La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal. **ADPCP**, t.XLIV, fasc. III, sept-dic, 1991, pp.693-713.

⁵³ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp.9-36.

⁵⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. in HEFENDEHL, Roland- HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp., pp.197-226.

⁵⁵ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Bien jurídico y sistema del delito**. Buenos Aires: Euros, pp.11-80.

lesionaria o direito de outro e seria uma conduta também contrária ao Estado. A partir dessa noção, tem-se uma teoria do delito secularizada, concebendo como a lesão de um direito subjetivo alheio, o qual se apresentaria como um conceito embrionário de bem jurídico. Tal conceituação de delito já traria uma grande limitação à intervenção penal, impedindo delitos contra a religião e moral, mas pouco limita o poder de polícia estatal. Seria uma expressão do Direito Penal Liberal, com enaltecimento da liberdade.

Apenas com Birnbaum⁵⁷, em 1834, define-se o crime como lesão de bens, opondo-se à ideia de Feuerbach. Tais bens seriam pré-jurídicos, empíricos, dados pela natureza ou pela sociedade burguesa.

O bem jurídico assim caracterizado seria o objeto do direito. Se fosse lesionado, o direito permaneceria incólume. Esse conceito seria capaz de legitimar a punição de condutas que não destruam completamente o objeto, já que demarcaria a diferença entre direito subjetivo e objeto corporificado. Dessa forma, passa a ser possível distinguir resultado de dano e de perigo; como também a tentativa, da consumação. Além disso, Birnbaum relaciona o bem a uma pessoa, seu titular⁵⁸, concretizando-se o que antes estava, apenas, na esfera espiritual como direito subjetivo.

Já a partir de Binding⁵⁹, tem-se uma nova fase, marcada pelo positivismo jurídico, defendendo uma teoria objetiva da interpretação. Segundo essa visão, o Direito Penal seria formado por normas deduzidas da lei penal e conceitualmente anteriores a ela, consistentes em um imperativo. O delito seria a lesão a essa norma imperativa que fundamenta os deveres de atuar e omitir e ao direito subjetivo do Estado de mandar. Não seria, portanto, algo natural, que vá além do Direito; nem pré-jurídico, mas mera criação do Legislador. No bem jurídico concretizar-se-ia a lesão ao direito subjetivo do Estado; e, portanto,

---

⁵⁶D'AVILA, Fábio. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa de bens jurídicos. In D'AVILA, Fábio. **Ofensividade em Direito Penal: Escrito sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.63. Feuerbach seria muito influenciado por Kant. Apenas permitindo o Direito Penal como tutela de direitos subjetivos, sem a possibilidade de proteção de bens transcendentais. Apenas traz a ideia de danosidade social indiretamente como violação de um direito subjetivo. "Socialmente danosa é a conduta que desorganiza a ordem posta pelo contrato, violando direitos individuais ou do Estado como pessoa moral, erigidos a partir de uma ação individualista." D'Avila considera que o crime não seria capaz de violar o direito subjetivo, mas apenas seu objeto. Seria ele que expressaria o desvalor do crime.

⁵⁷FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Bien jurídico y sistema del delito**. Buenos Aires: Euros, pp.11-80.

⁵⁸Schünemann (El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. in HEFENDEHL, Roland- HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p.207.) conclui que Birnbaum não consegue diferenciar de modo satisfatório os bens do indivíduo e da coletividade, com resquícios de lesão às ideias religiosas comuns, semelhantes aos delitos contra a "tranquilidade pública" de Beccaria.

⁵⁹FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Bien jurídico y sistema del delito**. Buenos Aires: Euros, pp.11-80.

também uma infração ao dever de obediência. Daí surge a ideia de delito como violação do dever jurídico. Segundo essa teoria, toda norma traria um bem jurídico. Assim, toda desobediência à norma seria uma lesão ao bem jurídico contido na norma⁶⁰. Tentava, portanto, retirar da interpretação do direito positivo os bens jurídicos e sua extensão, reduzindo-o a uma diretriz normativa⁶¹.

Von Liszt⁶², o grande opositor de Binding, interpreta o Direito como ordenação organizada da sociedade, expressa em um sistema de normas coercitivas, garantidoras da consecução de fins comuns, isto é, da defesa dos interesses da vida humana⁶³. Define, portanto, os bens jurídicos como interesses vitais do indivíduo ou da comunidade. Conclui que a ordem jurídica apenas reconheceria os interesses, já existentes, protegendo-os da intromissão arbitrária do Estado. Essa tese busca garantir a liberdade⁶⁴ dos indivíduos, porém a limita, através da demarcação das esferas de ação, amparando certos interesses e rechaçando outros, para garantia da paz social.

---

⁶⁰ Amelung (O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. in GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.117-158) defende que houve uma série de más interpretações na identificação do conceito de bem jurídico com a lei. Adverte que, apesar de Schaffstein defender a equivalência entre lesão a um bem jurídico àquela realizada a um direito, havia certos adeptos do nacional-socialismo que aceitaram o conceito de bem jurídico. Além disso, acredita que as interpretações errôneas da Escola de Kiel, nacional-socialista, ainda repercutem.

⁶¹ Binding (Die Normen und ihre Übertretung, t.I, 1890, pp. 340, 353 apud SCHÜNEMANN, Bernd. La teoría de la protección del bien jurídico como base del Derecho Penal en la época de la globalización. in **Obras, t.II**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pp.65-83) buscou definir o conceito de bem jurídico, querendo investigar o principal bem do ordenamento jurídico, somente baseando-se no exame do Direito Positivo, delimitando sua extensão mediante os objetos que o legislador considere significativos para uma vida sã em comum e que, por isso, justifiquem a intervenção penal. Essa definição nega um conteúdo conceitual que norteie a interpretação da norma penal e concebe bem jurídico como resultado de uma decisão legislativa, como *ratio legis*.

⁶² LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal: tomo II**. Madrid: Reus, 1999, pp.5-11.

⁶³ Para Amelung (O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. in GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.117-158.), Von Liszt estaria equivocado ao entender os bens jurídicos de modo uniforme, há uma diversidade de objetos, sendo que o traço comum seria a valoração constitutiva desses bens. A teoria do bem jurídico baseia a legitimidade da norma penal, com base na proteção de um algo que esteja por trás dela. Impede-se, assim, o despotismo e o moralismo. Segundo o primeiro, tem-se a obediência por si só e, no segundo, a tutela de normas morais. A teoria do bem jurídico não indica a finalidade das normas de comportamento, mas apenas exige delas uma utilidade exterior.

⁶⁴ Essa mesma ideia de bem jurídico como expressão da liberdade mantém-se na doutrina contemporânea. Para Kindhäuser (Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal. In KINDHÄUSER, Urs. **Teoría de las normas y sistemática del delito**. Lima: Ara, 2008, pp.41-61.), o valor dos bens jurídicos irradia-se da possibilidade da liberdade em sua disposição. Quando essa liberdade for lesada, tem-se a restrição do valor dos bens jurídicos. Diante dessa premissa, procura defender que também a variação das condições para sua utilização e, não somente a modificação de sua substância, pode diminuir o valor do bem jurídico.

Já Welzel⁶⁵ entende a tutela de bens jurídicos como um tipo de manutenção dos valores sociais. Essa “eticização do Direito Penal” foi muito criticada. Hoje, contudo, tem-se que essa aproximação da ética seria um modo de embasar a legitimidade penal na realidade social.

Müssig⁶⁶ considera que essa relação entre os valores da ação e bens jurídicos não seria clara, impossibilitando a justificativa da proteção de bens jurídicos com base na realidade social de modo convincente.

O próprio Welzel altera sua teoria após 1945, no que se refere à aproximação entre Direito Penal e Ética, restando apenas a referência à relevância social da ética. Deixa para trás a compreensão do Estado e da sociedade como uma unidade superior pré-existente, já que esse tipo de pensamento não poderia existir em uma sociedade pluralista. Para Müssig, o pensamento de Welzel seria um tipo de testemunho de seu tempo, o qual entendia a modernidade social como um fenômeno de decomposição espiritual, diante da mudança constante de valores e a fragmentação dos estilos de vida na sociedade moderna de massas.

Já Kaufmann⁶⁷ teria conseguido definir o plano teórico-normativo da relação existente entre bens jurídicos, valores da ação e normas. Seria um escalonamento de valores, primeiro a ordem social, através da criação valorativa do grupo de bens jurídicos. Depois, estaria a valoração das condutas lesivas aos bens jurídicos. No terceiro escalão, estaria a norma, fonte da validade. Este último seria o decisivo para o embasamento empírico da concepção de bem jurídico. Nesse caso, o elemento teleológico seria somado ao axiológico, assim, a norma vincularia a algo. Kaufmann entende que existe uma relação subjetiva que determine a efetividade social na tomada de decisão dos destinatários da norma. Seria um avanço tratar do sentido social da normatividade, isto é, da concretização do dever na realidade social. Sua contribuição seria essencial para uma teoria do bem jurídico que busca demonstrar sua dimensão social prática.

Armin Kaufmann tem como pressupostos concepções ônticas da ação e do sujeito. Essa concepção é diversa da welzeniana, a qual sempre se referiu ao direito como realidade

---

⁶⁵WELZEL, Hans. ZStW 58 (1939), p. 491; FS Kohlrausch, 1944, p.101; e Das Deutsche Strafrecht, 1969, pp. 1 e SS apud MÜSSIG. Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, ano 2, n.4, set/dez 2001, n.14, p.161.

⁶⁶ MÜSSIG. Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, ano 2, n.4, set/dez 2001, p. 161.

⁶⁷ KAUFMANN, Armin. Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, apud MÜSSIG. Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, ano 2, n.4, set/dez 2001, p. 164, n. 36.

social, o que permite que a ação welzeniana seja um tipo de uma unidade de concepção do Direito Penal e da teoria social. Kaufmann rompe essa unidade tentando reconstruir a realidade social exclusivamente através da perspectiva de um conceito ontológico de ação, como estrutura apriorística. Essa interpretação da ação exclui o seu sentido social, presente no direito⁶⁸.

Schünemann⁶⁹, ao analisar esse desenvolvimento histórico, conclui pela existência de pouca divergência entre as teorias quanto à impossibilidade de total arbítrio do Legislador para tipificação criminal e à necessidade de constatação de dano social, marcado pela lesão a bens jurídicos. Mas, chama atenção⁷⁰ para a incapacidade de definição satisfatória do conceito, por meio de termos como “bem” de Birnbaum ou da criação de termos como “dano social” de Beccaria ou “bem jurídico” de Binding. Enquanto que Hassemer⁷¹ acaba por concluir que a teoria do bem jurídico acaba parecendo sempre defasada em relação ao desenvolvimento do Direito Penal. A própria sociedade moderna ampliaria as possibilidades de atividade, com a multiplicação dos casos de lesão.

Considera-se⁷² também, com base na evolução histórica da teoria, que o auge do modelo pensado na Ilustração encontrar-se-ia na previsão constitucional do princípio da lesividade, como limitador do Direito Penal, tornando-se também um parâmetro de constitucionalidade.

---

⁶⁸ Müssig (Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, ano 2, n.4, set/dez 2001, pp. 165-7) critica a teoria de Kaufmann, por entender que a relevância constitutiva do Direito para a configuração da sociedade não pode ser apreendida da teoria das normas de Kaufmann, já que a interpretação da norma como imperativo falha ao não abarcar as condições de existência de contatos sociais: o contato social necessitaria de um contexto que torne possível compreender as ações. Porém, Kaufmann limita a perspectiva do sentido social da normatividade à análise da determinação individual da conduta, deixando para segundo plano o significado social. Müssig conclui que nessa concepção, a sociedade só pode ser reconstruída como uma aglomeração sem sentido e sem relação entre as pessoas, dessa forma, desapareceria a multidimensionalidade e funcionalidade do Direito.

⁶⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. in HEFENDEHL, Roland- HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madri:Marcial Pons, 2007, p.207.

⁷⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. La teoría de la protección del bien jurídico como base del Derecho Penal em la época de la globalización. in **Obras, t.II**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pp.65-83.

⁷¹ HASSEMER, Winfred. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. in GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.15-24.

⁷² ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.179-209.

Segundo D'Ávila⁷³, o princípio da ofensividade expressaria a ideologia do Estado. O Estado Brasileiro, laico, plural e multicultural, adota o princípio da ofensividade como limite positivo para criminalização de condutas, sendo uma exigência constitucional para determinar a legitimidade do crime.

2.4. Correntes doutrinárias sobre a teoria do bem jurídico

A atual doutrina pode ser dividida em três grandes correntes sobre a questão do bem jurídico: a monista, a dualista e a corrente detratora da teoria.

Hassemer é tido como responsável pela sistematização do conceito de bem jurídico crítico⁷⁴, capaz de restringir a discricionariedade do Legislador, isto é, do bem jurídico em seu sentido negativo. Defende⁷⁵ que o Direito Penal deveria tutelar os elementos pessoais, permitindo, assim, a realização de sua tarefa de imputação de um crime a uma pessoa; em vez da segurança geral ou diminuição de danos sociais. Não abre mão da sua tradição liberal, embora aceite uma adequação às novas condições sociais, através da funcionalização dos interesses da sociedade e do Estado a partir do indivíduo. Define, portanto, bem jurídico como um interesse humano que necessitaria da tutela penal por ser um ponto de tensão entre o indivíduo, sociedade e Estado. Limita, por exemplo, a proteção de instituições até o ponto em que haja a proteção de indivíduos, mas, não apresenta qualquer premissa para que se determine sobre o merecimento de pena, apenas seria um direcionador da escolha do objeto de proteção penal.

---

⁷³ D'ÁVILA, Fábio. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa de bens jurídicos. In D'ÁVILA, Fábio **Ofensividade em Direito Penal: Escrito sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp.57 - 79. Seria uma norma constitucional de caráter duplo, isto é, seria tanto regra como princípio, impedindo a restrição do núcleo identificador da norma, embora, determine que sua aplicação seja feita por ponderação. No mesmo sentido, Prado (**Bem jurídico-penal e constituição**. São Paulo: RT, 2009, pp.57, 69.) Sobre o princípio da ofensividade, defende que, no Direito Brasileiro, estaria implicitamente protegido no art. 1, III, dignidade da pessoa humana; corroborado pelos art. 4, II, prevalência dos direitos humanos, 5º, caput, inviolabilidade do direito à liberdade e art. 5, XLVI, individualização da pena, da Constituição Brasileira. Vincula-se também ao princípio da igualdade, art. 5, caput que veda o mesmo tratamento ao culpável e inculpável.

⁷⁴ Roxin(¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal? in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p.444, n.1) indica Hassemer como um dos mais importantes teóricos do bem jurídico, principalmente em sua monografia *Theorie und Soziologie des Verbrechens Ansatz zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, 1973.

⁷⁵ HASSEMER, Winfred. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. in GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.15-24.

Assim, mesmo que o bem jurídico seja um conceito aberto⁷⁶, permitindo escolhas do Legislador, traria argumentos para aplicar o Direito Penal e elaborar uma Política Criminal clara, controlável e centralizada no indivíduo, a qual deve ser vinculada a princípios que justifiquem e baseiem suas decisões em função da tutela de interesses humanos dignos de proteção⁷⁷.

O objetivo da teoria personalista⁷⁸ seria a funcionalização dos interesses gerais em relação aos da pessoa, deduzindo os bens sociais e estatais a partir daqueles pessoais. Os interesses gerais, portanto, somente poderiam ser reconhecidos na medida em que sirvam para os interesses pessoais, isto é, desde que indiretamente também o sejam da pessoa, embora sejam indisponíveis ao indivíduo. Por exemplo, a pessoa somente poderia realizar os seus interesses dentro de uma sociedade e de suas instituições, o que justificaria a proteção de seu correto funcionamento.

Dessa forma, Hassemer⁷⁹ cria uma hierarquia de bens jurídicos, considerando os pessoais mais relevantes que os coletivos. Essa última categoria determinaria a antecipação da tutela penal, a qual exige que seja excepcional. Além disso, dá ênfase aos valores sociais para que se determine a frequência da lesão de interesses, o grau de necessidade do bem lesionado e a intensidade da ameaça da lesão percebida socialmente. O Legislador não teria obrigação em reproduzir esses valores, mas não os pode ignorar, concluindo que não se deveria questionar a tutela penal nesses campos, mesmo que o interesse individual seja meramente indireto.

Na doutrina brasileira, também Tavares⁸⁰ apresenta uma teoria do bem jurídico centrada na pessoa humana, isto é, aceita apenas bens jurídicos pessoais e,

---

⁷⁶ HASSEMER, Winfred & MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1989, pp.106-113.

⁷⁷ Müssig (Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. **Revista Ibero-Americana de Ciencias Penais**, ano 2, n.4, set/dez 2001, pp. 168-170) critica o conceito de bem jurídico de Hassemer ao ser dissolvido nos processos de constituição da criminalização social, tendendo a converter-se em uma mera descrição afirmativa da experiência valorativa social. A descrição feita por Hassemer dos processos sociais na base da criminalização formal, em princípio, não seria mais que uma descrição da origem social da norma, entendendo-os como processos comunicativos de imputação de um comportamento não valoroso, embora não trate da determinação do bem jurídico no plano da comunicação sem fazer referência ao sentido comunicacional da normatividade.

⁷⁸ HASSEMER, Winfred & MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1989, pp.106-113. Sobre a antecipação da tutela penal, “Quanto mais passos se tiver que dar para, legitimado por um interesse humano, intervir com uma ameaça penal, tanto mais cuidadoso deve-se ser em relação ao “se” e ao “como” da ameaça penal”.

⁷⁹ HASSEMER, Winfred. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. in GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.22.

⁸⁰ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp.110, 197-202, 212.

excepcionalmente, também difusos, desde que, no caso concreto, apresentem também ofensa a um bem individual, empiricamente constatável. O conceito de bem jurídico faria referência a um valor, algo real, vinculado à proteção da pessoa. Dessa forma, Tavares defende o bem jurídico como um delimitador da norma penal, sendo assim, não seria legítima a justificativa de uma norma penal baseada em um suposto dever geral de obediência. Conclui que somente seria legítima a norma penal se houver referência a um determinado resultado de dano ou de perigo a um bem jurídico.

Já a teoria dualista, não cria essa hierarquização entre os bens individuais e coletivos.

Um dos conhecidos defensores da teoria dualista, Roxin⁸¹ define bens jurídicos como condições individuais para a coexistência, incluindo as instituições estatais destinadas para esse fim, como o sistema monetário e tributário. Seriam circunstâncias reais, não apenas elementos portadores de sentido, embora não seja necessária sua existência concreta, apenas exige-se que integrem a realidade empírica. Esse conceito seria diverso daquele pessoal, já que também pode ser aplicado para os difusos.

Aceita⁸², contudo, em dois casos a superação dos limites do princípio personalista da tutela de bens jurídicos. O primeiro caso seria o da tutela da base vital de gerações futuras, com base na teoria de Schünemann, o qual estende o contrato social às gerações vindouras, conforme a Constituição alemã. Já o segundo caso, que se refere à proteção da natureza, seria mais complexo, pois se permite a tutela à natureza por si só, sem qualquer relação com o indivíduo, a qual seria justificada pelo sentimento de solidariedade com as demais criaturas, como compensação pelo potencial destrutivo das atividades humanas.

Segundo Roxin, essas duas exceções, apesar de não afetarem de modo direto as condições de vida das pessoas de hoje, apresentariam ligações estreitas com seus interesses e necessidades. Não representariam, portanto, qualquer enfraquecimento à teoria do bem jurídico.

Apesar de tais explicações, é evidente a dificuldade de se legitimar a tutela penal de uma conduta que não fere diretamente qualquer bem jurídico, mas cuja punição parece ser

---

⁸¹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp.9-36.

⁸² ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.179-209.

tida como necessária pela sociedade, buscando-se evitar a antiga confusão entre Direito e Moral, como no exemplo dado por Greco⁸³ do caso da crueldade com os animais.

Também Schünemann⁸⁴ dá ênfase aos bens difusos, principalmente ao meio ambiente. Critica⁸⁵, por outro lado, os bens jurídicos coletivos aparentes, casos em que haveria um tratamento coletivo, sem existir uma classe de bens materiais. Tal conceito acabaria sendo usado para legitimar tipos penais controvertidos, como no campo do Direito Penal Econômico e Ambiental. Sua grande crítica, no que se refere a esses bens, está na ausência de estabelecimento de limites para a punibilidade, já que seriam legitimados pela simples ideia de cumulação de lesões⁸⁶. Prefere a criação de bens jurídicos intermediários (*Zwischenrechtsgut*), casos em que o Legislador interpõe uma instituição para cumprir sua definitiva tarefa de proteção.

Já Tiedemann⁸⁷, apresenta um dualismo mais extremado, sem traçar qualquer necessidade de vinculação entre bens individuais e coletivos. Sua teoria origina-se na análise da lesividade social da criminalidade econômica. Depara-se com extensas tarefas interventivas e deveres de proteção na Ordem Econômica, mesmo que de caráter ético-social, exigidas pelo Estado Social. A partir da constatação da importância da preservação da incolumidade da Ordem Econômica como um objeto valioso, passa a defender que os bens coletivos apresentam valores autônomos, não reconduzíveis a direitos individuais.

---

⁸³ GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais in **Liberdades**, n.3, jan-abril de 2010, pp. 47-59. Prefere sustentar que, no caso do crime de crueldade de animais, estar-se-ia tutelando a proibição de dominação do outro, como um tipo de princípio do Estado de Direito. Somente seria possível essa afirmação para proteção de animais que tivessem uma mínima autodeterminação, pois, somente esses poderiam ser tidos como valores intrínsecos, isto é, por si mesmos, sem relação com o Homem. Acaba chegando a uma conclusão muito semelhante a de Roxin, preferindo a flexibilização do conceito de bem jurídico, para não cair na tutela de funções do ordenamento jurídico.

⁸⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. La teoría de la protección del bien jurídico como base del Derecho Penal en la época de la globalización. in **Obras, t.II**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pp.65-83.

⁸⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. in HEFENDEHL, Roland- HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.197-226.

⁸⁶ Roxin (Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.179-209) desconsidera a construção do crime de cumulação. Prefere que se entenda a existência de uma lesão ao bem jurídico coletivo em cada ação individual. O mesmo se dá já nos bens jurídicos individuais, já que se considera a existência de lesão mesmo no caso de resultados muito limitados.

⁸⁷ Greco (Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato. in Greco, Luís. **Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, n. 7-8, p. 5.) indica como principais obras, *Wirtschaftskriminalität als Problem der Gesetzgebung in das Verbrechen in der Wirtschaft*, 1972; *Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?* in *Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentages*, 1991, p.50; *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, pp. 106 e *Verfassungsrecht und Strafrecht*, 199.

Defende, ainda, a função do Direito Penal de pioneirismo, isto é, contribuir para sedimentar valores sociais. Conforme esse pensamento, o princípio da subsidiariedade não significaria que a sanção criminal seria a mais gravosa, apenas representaria a busca por um meio idôneo para proteger o bem jurídico, mesmo que esse seja o penal, antes dos demais controles sociais.

Tiedemann renuncia a causalidade como ponto fundamental para a construção do tipo penal, sendo suficiente para punição a mera prática da conduta, aceitando também as regras processuais para facilitação da prova. Em relação aos bens jurídicos difusos, considera bastante difícil a aplicação dos conceitos de dano e de perigo, sendo mais adequado entender que haveria mera violação de dever nesses delitos, colocando o desvalor da ação em evidência, como crimes de mera conduta.

Já Kratzsch⁸⁸, busca a proteção total dos bens jurídicos através da abordagem do Direito Penal como um meio de distribuição de deveres e competências, questionando o papel do agente, vítima, juiz. Defende o uso de crimes de perigo abstrato, os quais seriam independentes dos cursos causais e da imprevisibilidade do acaso. Esse tipo de regulamentação retira o juízo de perigo da conduta da responsabilidade do agente, pois já teria sido realizada pelo Legislador.

Hefendehl⁸⁹ considera que a teoria pessoal do bem jurídico refere-se ao modelo de Direito Penal Clássico, selecionando apenas os bens jurídicos da classe dominante como importantes. Não questiona a tutela de bens individuais pertencentes a todas as pessoas, apenas daqueles exclusivos a certos grupos sociais atribuídos de acordo com as relações de propriedade e da ordem econômica.

Entende que, ao se partir do conceito de danosidade social, para aferir a legitimidade da intervenção penal, deve-se dar maior relevância à teoria social do bem jurídico. Com esse mesmo fundamento, ele aceita os delitos de violação de deveres⁹⁰, desde que esteja presente o dano ao bem jurídico.

---

⁸⁸ Greco (Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato. in Greco, Luís. **Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, n. 25 e 27, p. 7) indica como principais obras, Verhaltenssteuerung und Organization im Strafrecht, 1985, pp. 5, 119, 200 e ss; Prävention und Unrecht - Eine Replik in GA, 1989, pp. 49 e ss e Prinzipien der Konkretisierung von abstrakten Gefährungsdelikten, JuS 1994, pp. 372 e ss.

⁸⁹ HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. in **RBCCRIM**, n. 87, ano 18, nov-dez de 2010, pp.103-120.

⁹⁰ Wolhlers (Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e da una angloamericana. in FIANDACA, Giovanni & FRANCOLINI, Giovanni. **Sulla legittimazione del diritto penale: culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto**. Torino: G. Giappichelli, 2008, pp.126-152.) critica Hefendehl por abrir uma exceção à teoria do bem jurídico, legitimando proteções às convenções culturais

Divide os bens jurídicos coletivos quanto a sua estrutura e titularidade, apesar de entender que não existiria bem jurídico coletivo inato, dificultando o questionamento da legitimidade desses bens. Cria, ainda, uma hierarquização entre os bens jurídicos, sendo que a importância do bem jurídico aumentaria proporcionalmente de acordo com a proximidade de relação com o indivíduo. Segundo Hefendehl, haveria três tipos de bens jurídicos. O primeiro tipo seria de proteção do Estado, isto é, os tipos de dispositivos penais indispensáveis para que o funcionamento estatal, sendo o próprio Estado seu titular. O segundo que tutelam os recursos estatais, como o pagamento dos impostos ou o trabalho da polícia, referindo-se tanto aos recursos ambientais como aos estatais, os quais decorrem dos cidadãos. E, por fim, o bem jurídico coletivo marcado pela não exclusividade de gozo, não distributividade e não rivalidade do consumo. Essa última classe seria revestida por uma dimensão da confiança⁹¹ da população na vigência da ordem jurídica. Hefendehl⁹² entende confiança como o contrário da vigência fática da norma. Diferencia a confiança na vigência da norma, como característica da prevenção geral positiva e uma finalidade da pena, daquela tida como bem jurídico. Seria, portanto, mero aspecto do bem jurídico; não, uma totalidade.

A confiança poderia ser combinada a qualquer bem jurídico, contudo, haveria os bens jurídicos que tradicionalmente trazem a noção de confiança. Refere-se, nesse último caso, a bens essenciais à sociedade, sendo estruturados para se autodefenderem. Assim, a violação no caso concreto, seria entendida pela sociedade como uma exceção à regra. Dá como exemplo o caso de uso de dinheiro falso, no qual, mesmo com sua consumação, tem-se a manutenção da fé pública.

---

profundamente radicadas, mas sem indicar critérios para as selecionar, apenas indica a Constituição como base para a análise dessas convenções, sem desenvolver essa teoria.

⁹¹ Roxin (Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.199) critica os crimes de confiança criados por Hefendehl. Esses delitos apresentariam diversos problemas como a dificuldade de se apresentar a lesão à confiança no caso concreto. Além disso, considera bastante inadequada a localização do dano do bem jurídico na mente dos cidadãos. Deveria haver a tutela da funcionalidade desses sistemas complexos, não, a confiança nessa funcionalidade.

⁹² Hefendehl (De largo aliento: el concepto de bien jurídico: O que há sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico. in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 459-475.) considera desnecessário que todas as informações sejam conhecidas pelo público como requisito para a violação da confiança. Mesmo se os atos fossem ocultos ou se a população não mais confiasse na incorruptibilidade do aparato administrativo poderia existir lesão a esse bem jurídico, já que a confiança é essencialmente contra-fática. Critica a capacidade do serviço como alternativa trazida pela doutrina ao conceito de confiança. Nesse caso, haveria uma lesão ao bem jurídico coletivo em cada lesão pontual, sem que o sistema, em sua totalidade, seja abalado, o que seria fictício, já que os bens jurídicos coletivos funcionais realizariam sua missão de modo “elástico”.

A confiança é conceituada como algo real, espiritualizado, a qual pode ser lesionada. Essa lesão pode ser, inclusive, mensurada como fizeram as pesquisas sobre a prevenção geral positiva. Hefendehl entende o elemento “confiança” como um limitador da tutela penal, já que não seria um mero estado fático da pessoa, um diagnóstico psicológico.

Na doutrina nacional, também Bechara⁹³ prefere uma concepção social do bem jurídico, a qual, guardando o referencial individual, manifeste-se menos materializado nos planos ontológico e naturalístico. Defende, contudo, que a realidade social traria o fundamento do bem jurídico, entendendo-se o indivíduo como um ser social em uma realidade comunicativa determinada, sem que o entenda como um *a priori* valorado. Prefere entender o bem jurídico como um interesse, vínculo que ligaria o indivíduo a um objeto, sendo assim, teria uma perspectiva relacional. Define-o como uma “síntese normativa dessas relações sociais, tendo a Constituição como filtro negativo de legitimidade”. Critica a posição que limita o conceito de bens jurídicos apenas aos interesses vinculados à concretização da liberdade do desenvolvimento do cidadão como dignos de tutela, já que tal posição poderia dificultar a adoção da tutela penal em vários casos em que não seja possível tal vinculação direta. Admite, no entanto, sua necessidade para limitação da antecipação da tutela penal. Adverte que qualquer espécie de exceção à teoria do bem jurídico causaria uma ruptura do sistema, o que levaria ao alargamento da intervenção penal.

Já Greco⁹⁴, cria dois critérios para tratar da legitimidade de um bem jurídico coletivo. O primeiro seria a impossibilidade de se criar um bem jurídico tão amplo que abarcasse também a soma dos individuais. E, a segunda seria a vedação da legitimação dos bens jurídicos coletivos com base em danos remotos, como nos crimes econômicos, cujo dano ao componente supraindividual apenas dá-se indiretamente. A própria teoria da imputação objetiva poderia ser usada como um meio para limitar a criminalização com base em danos remotos, já que esses não são objetivamente imputáveis às condutas criminalizadas.

---

⁹³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal**. Tese de Livre-Docência - Universidade de São Paulo, 2010, pp. 371-383.

⁹⁴ GRECO, Luís. Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato. in GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.51-55.

Amelung⁹⁵ pretende interpretar o bem jurídico segundo a teoria dos sistemas. Nesse caso, haveria a criação de uma escala hierárquica de proteção desses bens jurídicos, através, por exemplo, da pena aplicada para cada crime, nos casos de ponderação de deveres. Dessa forma, poder-se-ia entender a teoria do bem jurídico como um “esquema geral de desenvolvimento sociocultural”.

Crítica a atribuição de titulares aos bens jurídicos, por entendê-la mera ficção, baseada na teoria do interesse de von Liszt. Mesmo a noção de bem jurídico individual seria um efeito da adoção dessa ficção, já que nenhum indivíduo teria se pronunciado pela adoção de tal bem como seu. Esse raciocínio ficaria ainda mais evidente quando se refere a um bem coletivo, pois, nesse caso, refere-se a uma presunção da possível resposta de valoração dos indivíduos pertencentes a ela. Apesar disso, Amelung defende primazia às teorias pessoais do bem jurídico, isto é, colocando os bens individuais com prioridade sobre os coletivos, quando se tratar de direitos fundamentais.

Ao tentar fazer uma análise do bem jurídico baseada na teoria dos sistemas, acredita que o conceito de bem jurídico seria um meio pelo qual se fariam as relações com os demais planos de argumentação relevantes para o Direito Penal, como a Constituição, princípio da proporcionalidade e a discussão político-jurídica. O conceito de bem jurídico, portanto, seria um tipo de ligação entre política e dogmática, complementar ao direito positivo.

Defende que para se discutir sobre o objeto a ser protegido pela norma penal, não se pode usar o termo “bem jurídico”. Esse conceito, segundo ele, representaria a conclusão do processo que se busca iniciar: referir-se-ia a algo tido como um bem, digno de ser protegido pelo Direito Penal. E, portanto, para se tratar sobre esse juízo seletivo do legislador penal, o qual antecede o próprio conceito de bem jurídico, dever-se-ia criar uma teoria política do Direito Penal, evitando-se a tautologia de se buscar desenvolver a teoria da criação do bem jurídico, a partir do próprio bem jurídico, ainda inexistente.

Amelung encontra uma ligação frágil entre política criminal e o bem jurídico na sua fundamentação constitucional, através das teorias pessoais do bem jurídico, as quais priorizam o valor da pessoa acima dos demais. Contudo, critica a imposição dessa limitação, por não ser respeitada nem por seus adeptos, principalmente na possibilidade de

---

⁹⁵ AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. in GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.117-158.

relação indireta com a pessoa e o bem coletivo, como se dá nos crimes tributários, ambientais, entre outros.

Acredita que o nada dito pelo conceito de bem jurídico, permitiria qualquer valoração, tornando desnecessária sua reconstrução em razão de cada norma jurídica. Além disso, diante de uma sociedade pluralista e multicultural não se pode legitimar os bens com base em valorações extralegais. A ideia de bem como objeto valorado somente apreende de forma satisfatória o conceito de bem jurídico, quando o objeto passa a ser separado do próprio observador. Essa separação dar-se-ia somente com a teoria dualista do injusto. Dessa forma, diferenciando a ação do resultado, houve a distinção da moralidade dos demais objetos tutelados pela norma penal, já que, enquanto os demais bens jurídicos sofriam lesões, resultados das condutas; a moralidade apenas poderia ser analisada com base no desvalor da ação, tornando-se incoerente com a teoria dualista⁹⁶.

A terceira corrente é a dos críticos da noção do bem jurídico. De forma geral, entendem que essa teoria não mais seria adequada ao novo contexto social.

Stratenwerth⁹⁷ pretende superar o conceito de bem jurídico⁹⁸. Critica a ideia de bens jurídicos coletivos como pressupostos para a satisfação de necessidades individuais. Não considera importante a ligação dos bens coletivos aos direitos individuais, prefere a observância de convicções valorativas gerais.

As convicções valorativas gerais⁹⁹ seriam parte de um consenso normativo básico sobre o qual se fundamentam as sociedades¹⁰⁰, um ponto de referência da identidade social.

---

⁹⁶ Para considerações sobre a teoria do injusto, vide cap.4.

⁹⁷ STRATENWERTH, Günter. La criminalización em los delitos contra bienes jurídicos colectivos in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.365- 372.

⁹⁸ Wohlers (Las jornadas desde la perspectiva de um escéptico del bien jurídico. in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 403-408) dá certa razão a Stratenwerth que chega a entender o bem jurídico como uma falácia naturalista, pois permitiria que as concepções valorativas de parcela da população representada no Congresso sejam tuteladas com ares de legitimidade pelo Direito Penal.

⁹⁹ Wohlers (Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e da una angloamericana. in FIANDACA, Giovanni & FRANCOLINI, Giovanni. **Sulla legittimazione del diritto penale: culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto.** Torino: G. Giappichelli, 2008, pp.126-152.) questiona sobre a possibilidade de uma função crítica da teoria dos crimes de mera conduta de Stratenwerth. Critica a inexistência de critérios para se diferenciar as convenções particulares das sociais, permitindo que essa escolha fique ao critério do Legislador, possibilitando que esse grupo determine de modo vinculante as concessões de valores. Acredita que essa não era a intenção de Stratenwerth, que apenas buscava liberar a discussões da norma do dogma do bem jurídico, para que a legitimidade do Direito Penal seja baseada de modo racional. Wohlers questiona se certos comportamentos podem ser punidos somente porque não concordam com certos valores.

Acredita que o sistema de normas e valores representativos do consenso básico estaria conectado à tradição cultural de cada comunidade, o qual não poderia ser universal. Para Stratenwerth, portanto, somente deveria haver delitos de conduta, os quais tutelariam esse consenso básico coletivo substituindo o conceito de bem jurídico.

Já para Wohlers¹⁰¹, é evidente a dificuldade de se criminalizar com base nas convenções de valor, diante da possibilidade de exclusão de valores de outros grupos, retirando desses indivíduos o *status* de pessoa. Para que se mantenha a racionalidade no Direito Penal, evitando qualquer resquício da ideia de vingança estatal, a análise dessa questão deve ser feita com base na política criminal, possibilitando a crítica das escolhas do Legislador. Conclui que a teoria do bem jurídico nem sozinha nem combinada com os critérios de justa imputação colocaria fim à arbitrariedade político-criminal do Legislador. Essa questão somente poderia ser respondida com o recurso a elementos externos ao Direito Penal.

Segundo ele, o bem jurídico manter-se-ia como o ponto de partida para se legitimar as normas penais. Mas, a legitimidade de uma norma penal não poderia ser justificada apenas pela existência de um bem jurídico protegido pela norma. O determinante seria o nexo entre o comportamento em questão e o *quid* protegido. A própria estrutura do delito seria capaz de desenvolver um critério mais rico de conteúdo substancial e, portanto, de capacidade informativa a respeito de simples considerações sobre a hierarquia valorativa de um dado bem jurídico, sendo mais ou menos digno de tutela penal.

Hirsch¹⁰² também critica a teoria do bem jurídico, por não o considerar como ente *a priori* ao trabalho legislativo. Assim, nenhum interesse da coletividade, por sua natureza, pode pretender proteção penal; e, portanto, não vincularia o Legislador. Dessa forma, o

---

¹⁰⁰ Roxin (Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.203) discorda da posição de Stratenwerth. Para Roxin, a maior controvérsia presente em uma sociedade multicultural e liberal estaria precisamente nos comportamentos. Somente por meio da teoria do bem jurídico, haveria um argumento racional para essas questões. Roxin, até mesmo, acredita que a teoria do bem jurídico seria suficiente para impedir a violação de direitos humanos fundamentais com base na convicção popular.

¹⁰¹ WOHLERS, Wolfgang. Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e da una angloamericana. in FIANDACA, Giovanni & FRANCOLINI, Giovanni. **Sulla legittimazione del diritto penale: culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto**. Torino: G. Giappichelli, 2008, pp.126-152.

¹⁰² Roxin (¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal? in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.454-6) apresenta Hans Joachim Hirsch como um crítico da teoria liberal do bem jurídico, o qual não aceita um conceito pré-determinado de bem jurídico.

bem jurídico só seria útil para determinar o que é ou não juridicamente relevante, o que não concerne ao Direito Penal. Para impor limites ao Legislador, acaba recorrendo ao princípio da proporcionalidade e ao da subsidiariedade.

Müssig¹⁰³ busca determinar a legitimidade do objeto de proteção da norma penal através da teoria dos sistemas de Luhmann. Segundo essa teoria, o Direito Penal serviria para a estabilização contrafática¹⁰⁴ das expectativas de condutas relevantes para o conjunto da sociedade. Ele determinaria e formalizaria as condições para aplicar uma sanção jurídico-penal como reação determinada pela sociedade frente a uma violação da norma. Assim, o Direito Penal garante a vigência da norma e, até mesmo, do próprio Direito como estrutura da sociedade. Dessa forma, o conceito de Direito Penal de natureza sociológica conduz para a teoria da prevenção geral positiva.

De acordo com essa teoria, não seria possível realizar afirmações sobre o conteúdo do Direito Penal. Sua missão seria meramente formal, isto é, a teoria da prevenção geral positiva determinaria como pressupostos o Direito e a configuração da sociedade no sentido de que só esses determinam o alcance e o conteúdo do Direito Penal.

Defende que o significado social do injusto jurídico-penal não poderia se captar completamente com base, apenas, na lesão ao bem jurídico, mas deveria ser entendido como violação da norma. O decisivo não seria o ataque externo, acessível aos sentidos, a um bem jurídico, mas o significado comunicativo da conduta, como contraprojeto a respeito do modelo de orientação do conteúdo da norma. Dessa forma, a problemática da legitimação do Direito Penal, isto é, a questão acerca do ordenamento jurídico-penal faria referência à configuração concreta da sociedade.

---

¹⁰³ MÜSSIG, Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. **Revista Ibero-Americana de Ciencias Penais**, ano 2, n.4, set/dez 2001, pp.157-191.

¹⁰⁴ Para Luhmann (El derecho como sistema social. In GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.). **Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación**. Granada: Comares, 2005, pp.69-85) o Direito trata de expectativas normativas que se mantêm mesmo em caso de conflito, isto é, possuem estabilidade contra-fática. Possui a função de solucionar conflitos. Trabalha com um código binário, que contenha o valor positivo (legal) ou negativo (ilegal). A auto-regulação do sistema refere-se à possibilidade do Direito ajustar suas reações a seu próprio estado, o qual pode mudar ainda que os interesses externos não mudem. Mas, o sistema deve abrir-se às irritações que perturbem sua prática habitual. Adverte que Direito somente poderia ser concebido como um sistema social, se for levado em consideração que esse sistema é um subsistema da sociedade, entre outros subsistemas. Devem ser evitadas as afirmações de conexão entre Direito e Sociedade. Na verdade, ele está dentro da sociedade, sendo um sistema diferenciado dentro dela. Assim, ele está sempre ocupado com a auto-reprodução do sistema social e dele mesmo. O Direito, portanto, cumpre uma função para a sociedade e também participa da criação da realidade social. O Direito continua dependendo de seu entorno, aliás, a artificial diferenciação funcional somente evidencia essa dependência. Como sistema fechado, ele será completamente autônomo no que se refere às suas operações. Portanto, é uma distinção feita em relação às operações; não, no que se refere às instituições.

Crítica a doutrina do bem jurídico por não captar essa conexão constitutiva entre o Direito e a configuração concreta da sociedade, além de ameaçar cortar do início tal conexão ao vincular a problemática da legitimação às consequências externas da conduta, isto é, às modificações no conjunto de bens. Assim, a sociedade ficaria atomizada pela doutrina do bem jurídico como coleção de bens. Müssig acredita que essa visão impede que se perceba que o Direito faz referência primariamente às interações sociais.

Müssig pretende que se encontrem outros critérios de legitimação no plano comunicativo constitutivos da sociedade e do Direito Penal, busca uma reformulação institucional da problemática da legitimação jurídico-penal.

A legitimação material das normas jurídico-penais particulares seria um questionamento crítico do sistema do Direito Penal através de uma perspectiva social de conjunto; isto é, a determinação do conteúdo de tais normas refletiria a identidade e configuração da sociedade. O ponto de partida da legitimação material seria a norma de conduta, a qual deve ser considerada como parte integrante da configuração da sociedade. Os critérios de racionalidade da questão de legitimação e de política criminal constituiriam o padrão básico da perspectiva da legitimação e de conflito relevante para o Direito Penal.

Conclui que os critérios materiais de identidade social não estariam previamente dados: seria o resultado das autodescrições da sociedade em cada um de seus diferenciados subsistemas e nos diversos processos das questões públicas, isto é, a questão da legitimidade material dos tipos penais seria parte integrante da teoria reflexiva do sistema jurídico. Dá grande importância aos princípios constitucionais constituintes de um padrão básico decisivo, que se refere ao estabelecimento da perspectiva de conflito e de definição jurídico-penalmente relevante.

Müssig não acredita que a reformulação institucional da problemática da legitimação jurídico-penal possa sacrificar a pretensão liberal de uma política criminal humanista em nome de imperativos sistêmicos. Essa suspeita basear-se-ia no falacioso caráter liberal do modelo de proteção de bens através do Direito Penal. Lembra que tal teoria, voltada para a eliminação de riscos, que fundamentou o Direito Penal do autor nacional-socialista¹⁰⁵.

---

¹⁰⁵ D'AVILA, Fábio. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa de bens jurídicos. In D'AVILA, Fábio. **Ofensividade em Direito Penal: Escrito sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.67. Segundo o autor, a própria Escola de Kiel, a qual fundamenta na violação de dever o conceito de crime, aceita o bem jurídico, embora tenha-o como "indesejado legado liberal-individualista". Buscava-se criar um bem jurídico supra-individual representando dos valores da Alemanha nazista.

Defende que a legitimação de tipos penais orientados para a proteção dos chamados bens jurídicos universais vincular-se-iam à função social de complexos sistemas sociais ou instituições, isto é, seriam expectativas de conduta referidas também simultaneamente às instituições ou à conformação de sistemas parciais complexos da sociedade, as quais recebem seu específico sentido através dessas conexões sociais tematicamente diferenciadas ou globais, como bens jurídicos universais. A determinação da função dessas normas de conduta não seria menos concreta do que as demais referentes às relações de interação direta, já que se trata da configuração concreta da sociedade complexa.

Por fim, deve-se fazer uma menção especial ao pensamento de Jakobs, dada a sua peculiaridade.

Jakobs¹⁰⁶, diferente dos demais, chega a redefinir a estrutura de todo o Direito Penal, não só do instituto do bem jurídico¹⁰⁷. Nessa empreitada parte de uma visão funcionalista¹⁰⁸ baseada em Hegel e Luhmann, afastando-se da visão clássica, segundo a qual ou o Direito Penal protege bens jurídicos ou evita danos a terceiros (*harm principle*). Já para o funcionalismo normativista, a conduta deve ser vista com ênfase em sua função social, somente seriam tuteladas as normas essenciais à sociedade, assegurando, portanto, sua vigência.

O funcionalismo-normativista critica a posição liberal de basear a legitimidade da punição na proteção de bens¹⁰⁹, já que não aceita a pré-existência de bens ao Direito. Para a teoria de Jakobs, o Direito Penal garante às pessoas a incolumidade de seus bens. Essa tutela é focada na relação entre pessoas, não nos bens em si mesmos, já que o Direito seria

---

¹⁰⁶ Schünemann (La teoría de la protección del bien jurídico como base del Derecho Penal en la época de la globalización. in **Obras**, t.II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pp.65-83) interpreta a definição do normativismo livre de empirismo de Jakobs como tautológica, já que as questões sobre autoria definem-se de acordo com o conceito de competência. Entende que Jakobs define o desconhecido com algo ainda mais desconhecido, e, deste modo, chegaria a meras soluções aparentes.

¹⁰⁷ Roxin (Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.179-209) entende que inclusive Jakobs acaba defendendo também a tutela de bens jurídicos, além da vigência da norma, quando afirma que não seria suficiente ao agente atribuir fato como erro seu, mas que essa certeza normativa apenas deve ser considerada se estiver alicerçada cognitivamente, sem a possibilidade de que o cidadão torne-se vítima ao fazer uso de seus direitos.

¹⁰⁸ WITTIG, Petra. Teoría del bien jurídico, *harm principle* y delimitación de ámbitos de responsabilidad in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.341-362.

¹⁰⁹ Jakobs (¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? in MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord). **El Funcionalismo en derecho penal**. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 2003, pp.39-56.) argumenta que a pena nunca recompõe um bem jurídico lesionado. As normas são a estrutura da sociedade. Elas se referem às relações entre as pessoas, são um assunto social e sua estabilização é a estabilização da sociedade. Assim, o delito será a desautorização da norma. A conduta criminosa seria a negação da estrutura da sociedade, já a pena, a marginalização dessa negação.

uma relação entre pessoas. Dessa forma, proteger-se-ia a norma penal, representação do bem, dos ataques de outros. O Direito Penal garantiria, dessa forma, a vigência da norma, não, a proteção de bens jurídicos.

Segundo Jakobs¹¹⁰, a teoria pessoal do bem jurídico não se apoia na sociedade, mas no indivíduo. Critica esse pressuposto, já que a teoria do contrato social do bem jurídico deveria levar em consideração que os indivíduos que celebram um contrato apenas teriam uma preparação suficiente para tal, diante da herança do processo de socialização, devendo-se antepor a eles a sociedade. Além disso, não aceita a funcionalização de todos os bens jurídicos a partir do ser individual, o que levaria à perda de controle das condições de estabilização da sociedade. Jakobs sugere que, se for mantida uma teoria de bens, deveriam ser reconhecidos os bens sociais, isto é, aquelas instituições sociais e estatais, irrenunciáveis para a subsistência da sociedade, embora se deva verificar em que medida esses bens necessitam de tutela penal.

Dirige suas críticas também ao conceito de titulares de bens jurídicos, já que a mera posse de algo não teria qualquer significado jurídico, o qual só surge diante do tratamento da titularidade de um direito. Prefere entender que a pessoa seria definida pela sua posição na sociedade, não por ser titular de um bem, entendendo que qualquer conflito entre pessoas seria, em sua essência, um conflito social. Essa interpretação seria diferente da teoria de bens, a qual entende o crime como uma conduta contra outro sujeito.

Jakobs¹¹¹, contudo, defende a necessidade do filtro da danosidade social, o qual permite a existência tanto de normas criadoras de bens jurídicos (delitos especiais e de mão própria) como de normas protetoras da paz pública. Assim, o enfoque não estaria no que seria desvalioso por si só; mas, na danosidade social. Segundo esse panorama, até mesmo o conceito de que o Direito Penal somente deveria proteger as condições essenciais para a existência da sociedade seria pouco proveitoso. Nele, não se encontraria qualquer relação com o subsistema social ou qualquer elenco *numerus clausus* das condições de existência. Critica a imagem da sociedade como sujeitos possuidores de bens, por ser incompleta, sem considerar os demais deveres positivos diversos do dever de não lesionar os bens.

---

¹¹⁰ JAKOBS, Günther. ¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho Penal. In JAKOBS, Günther - POLAINO NAVARRETE, Polaino – POLAINO-ORTS, Miguel. **Bien jurídico, vigência de la norma y daño social**, Lima: Ara, 2010, pp.13-23.

¹¹¹ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1995, pp.58-61, 168-177, 388-409.

O dano social¹¹² seria a contradição entre a pessoa competente e a instituição social, mesmo que essa seja apenas uma norma. Jakobs nega a possibilidade de se relacionar todas as instituições com bens já existentes. Conclui que a proteção de instituições representaria a proteção de normas, as quais devem ser compatíveis entre si, já que com a contradição das orientações normativas não existiria sociedade. Essas instituições positivas teriam como conteúdo a produção de algo, que pode vir a ser entendido como um bem, o que permite que se conclua que o Direito Penal garantiria a produção de bens.

Diante das críticas sobre a falta de um parâmetro de legitimidade das normas, Jakobs observa que a teoria da proteção da sociedade nunca afirmou que considera legítima de *per se* a proteção das normas, isto é, das instituições com base em deveres positivos. Defende a caracterização do que chama de “espírito do tempo”, referindo-se a características estáveis de certa cultura, voltado a sua conservação e incremento. Assim, para que o Direito seja um determinador da sociedade, esse espírito concebido enfaticamente pela realidade do presente, deve ser preservado.

Discorda da possibilidade de análise desse “espírito do tempo” com base em postulados político-jurídicos, já que o espírito deveria ser vinculado com o factível, embora chegue ao direito principalmente, no acoplamento entre o sistema político e o jurídico. Assim, diante de uma decisão difícil dentro do sistema político, deve ser evocada a imagem desse espírito e sua observância, o mesmo deveria dar-se no momento de interpretar as leis e de aperfeiçoar os direitos, no sistema jurídico.

Jakobs¹¹³ conclui que não seria o Direito Penal o responsável por qualquer tendência autoritária. Na verdade, em um Estado com restrição de liberdades, essa tendência estaria espalhada por diversos setores, sendo o Direito Penal incapaz de impedir qualquer mudança de valores políticos.

Diante da exposição dessas três grandes correntes dogmáticas, fica bastante claro que o panorama atual da Dogmática penal é de redefinição de institutos e questionamento dos pilares do Direito Penal Liberal. A própria função e legitimidade da tutela penal, pontos fundamentais para a manutenção do ordenamento jurídico, vem sendo analisadas no contexto da sociedade de risco.

---

¹¹² JAKOBS, Günther. ¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho Penal. In JAKOBS, Günther - POLAINO NAVARRETE, Polaino – POLAINO-ORTS, Miguel. **Bien jurídico, vigência de la norma y daño social**, Lima: Ara, 2010, pp.13-23.

¹¹³ JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona em uma teoria de um derecho penal funcional. in JAKOBS, Günther. **Bases para uma teoria funcional del derecho penal**. Lima: Palestra, 2000,p.33.

É interessante que se destaque tratar de um processo de desenvolvimento da teoria. Nesse estágio, não se deve ainda acatar totalmente qualquer posição. Mas, seria irresponsável não se observar com cautela as posturas mais críticas ao conceito de bem jurídico, como a de Jakobs, diante da brecha que essas teorias abrem para a criminalização de condutas sem vinculação necessária a bens jurídicos. Essa quebra da limitação do Legislador não parece ser a melhor posição para ser defendida em um país como o Brasil, diante de sua redemocratização recente. A mera possibilidade de se reabrir portas para o autoritarismo, por si só, basta para justificar essa advertência.

2.5. A crise da teoria do bem jurídico:

A questão do bem jurídico é hoje alvo de severas críticas buscando sua desqualificação como parâmetro de legitimidade da tutela penal. Essa crise da teoria do bem jurídico concentra-se em dois pontos: a espiritualização do conceito de bem jurídico e a função crítica da teoria.

A teoria do bem jurídico atualmente encontra-se em intenso processo de redefinição. O conceito criado no Liberalismo não parece resolver de modo adequado e satisfatório os novos desafios impostos pela sociedade atual, diante de seu grande desenvolvimento tecnológico e o seu viés pluralista.

Essa crise transparece nos casos em que se questiona a legitimidade para a punição de condutas lesivas de bens difusos¹¹⁴. Nesses bens, critica-se a abstração do conceito ou a titularidade difusa por poderem levar a uma tutela fortemente antecipada, muito distante de uma conduta lesiva. E, para justificá-la, os ordenamentos jurídicos recorrem a duas tendências: ou a flexibilização do conceito tradicional de bens jurídicos ou a tutela de funções.

Há ainda outros questionamentos à corrente dualista. As novas realidades sociais tuteladas pelo Direito penal, tais como a economia e o meio ambiente, descaracterizariam o sistema penal no que se refere aos princípios da tipicidade, subsidiariedade e

---

¹¹⁴ Salomão (A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal. São Paulo: RT, 2001, pp.173.) acredita que a maior questão crítica da teoria do bem jurídico difuso estaria no caso em que não houvesse qualquer referência a um indivíduo determinado, sendo um resquício da teoria de Feuerbach que vincula bem jurídico a um direito subjetivo. Os valores superindividuais sempre existiram, mas o Estado Social permite uma expansão desse tipo de valor em relação ao Estado Liberal. Nesse tipo de Estado há a crescente intervenção do Estado para que corrija as desigualdades sociais.

fragmentariedade. Os tipos penais tornar-se-iam uma expressão de casuísmos¹¹⁵, no lugar da síntese que imediatamente represente os fatos que levem à lesividade social. Enfim, ao se recorrer aos tipos penais pós-modernos, pouco confiáveis, com gigantescos objetos de tutela, deixar-se-ia de tutelar bens para se tutelar *rationes*.

Já Müssig¹¹⁶, ao tratar da expansão da tutela penal como um movimento que busca a flexibilização de liberdades fundamentais para garantir efetividade na luta contra criminalidade, conclui que a falta de argumentos para se deslegitimar o movimento de antecipação da tutela penal através da teoria do bem jurídico, vem da desconexão entre o conceito de bem jurídico da teoria social, propondo, inclusive, a superação da teoria.

Hefendehl¹¹⁷, por outro lado, não concorda com as críticas à espiritualização do bem jurídico. A alternativa ao ideal não seria o material, mas o real, isto é, também os objetos psico-intelectuais podem ser lesionados, já que também eles estariam expostos à influência da causalidade.

Também Schünemann¹¹⁸ defende os bens jurídicos difusos, principalmente, no que se refere à função de legitimar os tipos penais. Não aceita os questionamentos sobre danos insignificantes, com efeito múltiplo, por ser um problema já conhecido nos delitos contra a propriedade, sem que nunca se questionasse a sua legitimidade. Os casos em que haja crimes de bagatela ou de pouca ofensibilidade poderiam ser resolvidos, meramente com o estabelecimento de limites no campo da punibilidade, através da criação de bens intermediários¹¹⁹, independentes de acumulação.

Já o segundo ponto da crise da teoria do bem jurídico seria a discussão sobre a possibilidade e aplicabilidade das funções atribuídas pela doutrina à teoria do bem jurídico como pauta de legitimidade do Direito Penal no Estado Democrático de Direito.

---

¹¹⁵ Moccia (Dalla tutela di beni alla tutela di funziioini: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberalli in **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, vol.38, 1995, pp. 343-374.) afirma que parte da doutrina, por outro lado, defende que, ao se buscar uma dita maior eficiência, colocou-se em xeque o princípio do bem jurídico para se tutelar as funções do ordenamento jurídico. A admissão do “bem-ratio” traz a seguinte incoerência: o tipo penal seria adequado à função, mas distante da efetiva lesão a um bem jurídico. Há também a posição que prefere flexibilizar o conceito de bem jurídico, ao se defrontar com os bens difusos. Essa corrente é criticada por permitir a criação de bens fictícios.

¹¹⁶ MÜSSIG, Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, ano 2, n.4, set/dez 2001, pp.157-191.

¹¹⁷ HEFENDEHL, Holand. Las jornadas desde la perspectiva de um partidário del bien jurídico. in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 409-414.

¹¹⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. La teoría de la protección del bien jurídico como base del Derecho Penal em la época de la globalización. in **Obras, t.II**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pp.65-83.

¹¹⁹ Para maiores detalhes dos bens jurídicos intermediários, vide cap.5.

Hassemer¹²⁰ divide em dois períodos a teoria do bem jurídico. Desde sua origem até seu próprio trabalho, haveria uma preocupação com a função de descriminalização. Buscava-se exigir que o Legislador demonstrasse o substrato empírico, o bem jurídico ameaçado na conduta criminalizada. Não será visto, portanto, como um imperativo de criminalização determinado na Constituição, diante da ampla margem de discricionariedade que o Legislador infraconstitucional na determinação da criminalização da conduta; logo, o conceito de bem jurídico não seria capaz de fundamentar sozinho¹²¹ o merecimento de pena.

Já o segundo período, seria o da fundamentação do Direito Penal pelo conceito de bem jurídico. Essa tendência aparece no Direito Penal secundário, cujos crimes apresentam vítima diluída, através também de crimes de perigo abstrato. Hassemer percebe uma diluição do conceito de bem jurídico, através da busca de proteção de instituições sociais ou unidades funcionais valiosas. Analisa de forma crítica esses bens jurídicos, os quais parecem impossibilitar qualquer função restritiva, diante de sua fraca descrição.

Hassemer¹²² conclui que o bem jurídico deve ser um conceito limitador¹²³ da tutela penal, não, legitimador. Schünemann¹²⁴, por outro lado, defende que se o conceito de bem jurídico não fosse usado para o ambicioso fim de delimitar constitucionalmente a legislação penal, cumpriria um importante papel na determinação da estrutura delitiva,

---

¹²⁰ HASSEMER, Winfred. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. in GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.15-24.

¹²¹ MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal.** Dissertação de Mestrado - Universidade de São Paulo, 2003, pp.59-61. Acredita que o princípio da proporcionalidade no Direito Penal deveria ser relacionado com o controle limitativo do poder de punir. Assim, a liberdade seria a regra, sendo as restrições exceção. O princípio da proporcionalidade seria derivado do critério democrático da legitimidade do direito, vinculando substancialmente o setor das normas sancionadoras, o que acarreta certas normas restritivas de liberdade, justificando sua funcionalidade para gerar mais liberdade que sacrificá-la.

¹²² HASSEMER, Winfred. ¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 95-104.

¹²³ No mesmo sentido, Costa (**Proteção ambiental, Direito Penal e Direito Administrativo.** Tese de doutorado – Universidade de São Paulo, 2007, pp.20-21,141.) defende que o conceito de bem jurídico deve ser fortalecido como limite material do injusto, principalmente no Direito Penal Secundário. A possibilidade de absorção de novos bens jurídico, segundo rigorosos critérios, impediria que o direito penal torne-se obsoleto. Aceita essa possibilidade de desenvolvimento apenas nos casos em que os bens jurídicos representem condições essenciais para o desenvolvimento da pessoa. Dessa forma, conclui que sua função seria a de limitação da tutela penal. Conclui que a preocupação material dos princípios, conceitos e garantias fundamentais do direito penal seria essencial para a sua legitimidade em um Estado democrático, isto é, deve ser “formal e materialmente limitado, já que implica em uma grave ingerência em direitos fundamentais individuais”.

¹²⁴ Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, pp.19 e ss. apud SCHÜNEMAN. **Obras, t.II.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, n.6, p. 68.

como também permitiria a análise das ações típicas lesivas ao bem jurídico. Portanto, determinação do bem jurídico protegido não se daria no final do processo de interpretação, como uma forma de “etiqueta final”, mas dirigiria a interpretação da matéria de proibição, impedindo limitações desnecessárias da liberdade dos cidadãos.

Schünemann propõe, portanto, o bem jurídico como fundamento da estrutura do delito, o qual indicaria as bases para toda a interpretação. No mesmo sentido, Silveira¹²⁵ entende o bem jurídico como “critério central da valoração do fato punível, quer na colocada avaliação do desvalor da ação e do resultado”.

Roxin¹²⁶ defende que o bem jurídico seria um ponto central para a Ciência do Direito exercer a seletividade de comportamentos a serem penalizados, justificando as escolhas de condutas até mesmo do Legislador legitimado democraticamente. Haveria, portanto, uma falha de justificação em uma hipotética criminalização de situações incômodas como a “crítica veemente a um governo, a prática de convicções religiosas forâneas ou um comportamento privado que se afaste da norma civil”. Assume¹²⁷, contudo, a dificuldade de se verificar a função crítica na teoria do bem jurídico, sendo que nenhuma das concepções anteriores teria sido capaz de criar um conceito limitativo. Roxin pretende construir hoje um conceito de bem jurídico que imponha limites ao Legislador, recorrendo à Constituição, além da concepção de política criminal, porém, adverte que o Tribunal Constitucional Alemão não foi capaz de utilizar esse conceito como limitador nem de encontrar uma vinculação constitucional do Legislador a ele. O Tribunal Constitucional Alemão apenas busca a idoneidade da lei e sua necessária existência para perseguir qualquer finalidade legítima e adequada, de acordo com o princípio da proporcionalidade, sem tratar da existência do bem jurídico.

Seu conceito crítico de bem jurídico traria a exclusão de uma série de circunstâncias como do moralismo puro, do paternalismo duro (casos em que não há a intervenção sobre o bem jurídico de outra pessoa), de tabus, negação de fatos históricos, quando nem o indivíduo nem a coletividade seriam lesados. Também a mera ofensa, em

¹²⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos da adequação social em Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp.31-55.

¹²⁶ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.9.

¹²⁷ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.179-209. Von Humboldt, em sua obra *Ideen zu einem Versuch, die Grezen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*, é citado como um dos responsáveis pela limitação estatal para criminalizar apenas condutas que possibilitem a segurança da sociedade. Seria ele uma das inspirações de Stuart Mill, para determiná-lo como única finalidade do Direito Penal prevenir os danos a outros. Assim, esses autores e, não, o Iluminismo o responsável por criar o conceito limitativo de bem jurídico.

uma sociedade pluralista, deveria ser suportada. Somente aceita¹²⁸ a criminalização de condutas causadoras de sentimentos de ameaça, para que se assegure uma sociedade livre de medo.

Frisch¹²⁹, da mesma forma, não se convence da função crítica do bem jurídico, dada a sua conceituação vaga e a necessidade de conexão com a tutela de estado das coisas, cuja valoração estaria ligada à ideia de interesses legítimos. Seria contraditória a defesa de uma função limitadora, diante a possibilidade da constante ampliação de objetos a serem entendidos como bem jurídico. Tal função somente seria possível se houvesse uma pauta valorativa pré-determinada. Mas, o conceito atual de bem jurídico não seria suficiente para pautar a seleção, já que apenas as funções contrárias à “Constituição de direitos e liberdades” poderiam ser excluídas. O conceito de bem jurídico, portanto, seria altamente relativo e dificilmente poder-se-ia identificá-lo apenas com uma conceituação genérica como as condições de existência e desenvolvimento dos indivíduos.

Além disso, coloca em dúvida a crítica quanto à legitimidade de tipos próximos às convicções e sentimentos morais pela falta de conexão com a teoria do bem jurídico. Entende que essa abolição poderia ser baseada em outros fundamentos, como mudanças morais ou antropológicas; e, não, necessariamente, na teoria dos bens jurídicos. Recorda que mesmo os defensores dessa função crítica abrem exceções a esse parâmetro, interpretando-os como crimes contra a paz pública ou de mera conduta. Essa solução já seria suficiente, segundo Frisch, para colocar em dúvida uma possível limitação a partir do bem jurídico.

Frisch prefere analisar o bem jurídico como o consenso resultante de representações morais básicas profundamente interiorizadas e compartilhadas pela coletividade. Essa percepção seria fixada por instrumentos prévios ao Direito Penal. Tal conclusão teria sua validade observada na inutilidade em se questionar a legitimidade de certa realidade, já extensamente regulamentada por outros ramos do ordenamento jurídico, como bem jurídico. Sendo assim, o espaço para deliberação do penalista sobre a condição de bem jurídico seria limitado, já que apenas haveria essa desautorização do reconhecimento extra-penal em casos em que essa avaliação fosse comprovadamente insustentável. Mas,

---

¹²⁸ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp.9-36.

¹²⁹ FRISCH, Wolfgang. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación em el contexto de la legitimación de la pena estatal. in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 309-339.

aconselha que se atue sob essa prerrogativa de forma cautelosa, já que a Constituição e as prerrogativas de avaliação do Legislador seriam muito amplas. Prefere indicar que o trabalho do penalista enfoque em questões de coordenação com os demais ramos jurídicos, isto é, perquirir sobre a dignidade penal deve ser algo suficientemente importante para basear a limitação da liberdade individual, principalmente, em uma sociedade formada por cidadãos autônomos.

Já Wohlers¹³⁰, um crítico da teoria, nega a possibilidade da teoria do bem jurídico, por si só, ser tratada como um parâmetro de justiça das decisões. O potencial crítico e sistemático não viria pré-determinado através do conceito de bem jurídico, mas depende dos parâmetros externos a essa teoria. Além disso, não vê resultados claros nem na visão constitucional da teoria do bem jurídico, nem em uma teoria do bem jurídico enriquecida teórico-socialmente, a qual questiona apenas a coerência com a racionalidade de cada entorno social. A legitimidade do delito estaria na relação entre o comportamento tipificado e o próprio bem jurídico.

A conclusão de Hefendehl¹³¹ não é muito distante de Wohlers, apesar de partir da premissa da defesa do bem jurídico como fundamento e limite da tutela penal. Ele também admite a complementação do bem jurídico por outros princípios do Direito Penal, mesmo que apenas em seu aspecto material, através de um crescente estudo dos “Mediating principles”, os limitadores da punição, como o princípio da proporcionalidade, subsidiariedade, tolerância, difusão da responsabilidade; mas, também dos “Extending Principles”, os ampliadores da punição. Essa urgência nesse enfoque tem o intuito de limitar a tutela penal diante da crescente funcionalização do Direito Penal, principalmente, na luta contra os inimigos.

Na doutrina nacional, Bechara¹³² afirma que o bem jurídico deve ser entendido como um dos critérios de legitimidade da tutela penal, já que seria possível encontrar em todas as normas penais um bem jurídico, desde que se utilize de sua forma retórica. Alerta que a atribuição de um papel referencial ao bem jurídico impediria sua função crítica.

---

¹³⁰ WOHLERS, Wolfgang. Las jornadas desde la perspectiva de um escéptico del bien jurídico. in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 403-408.

¹³¹ HEFENDEHL, Roland. De largo aliento: el concepto de bien jurídico: O que há sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico. in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 459-475.

¹³² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.** Tese de Livre -Docência - Universidade de São Paulo, 2010, pp. 371-383.

Aconselha a integração de outros elementos valorativos, além do bem jurídico, tais como o princípio da intervenção penal mínima, a proporcionalidade e a ofensividade. Sendo o bem jurídico como síntese normativa de um interesse, apenas ofereceria um critério negativo de limitação da intervenção penal.

Conclui que o conceito de bem jurídico não seria suficiente para legitimar o direito penal, servindo-lhe apenas como critério negativo. Critica as posições que tratam do bem jurídico como um referencial realístico ou ontológico, por dificultarem o entendimento do delito como algo comunicacional e normativo. Aceita a desmaterialização do bem jurídico, desde que mantenha seu referencial pessoal, subsistindo como um critério axiológico negativo de legitimidade. Acredita que, a partir dessa inversão metodológica, seja possível a função crítica do bem jurídico, desde que associada a outros princípios e elementos fundamentais para a tutela penal, permitindo-se, ao menos, permite que se estabeleçam bases para negar tal natureza.

Parte da doutrina recorre ao conceito material de crime¹³³ e à questão do merecimento da pena para limitar a tutela penal como critério adicional à teoria de bem jurídico.

Kuhlen¹³⁴ questiona sobre a legitimação da tutela penal com base em um conceito material de delito, pré-jurídico, independente do Direito Penal. Analisa o conceito material de crime de Frisch¹³⁵, o qual permitiria que se analisasse a questão dos limites do Direito Penal no âmbito da dogmática, fora da política criminal. A dogmática forneceria um conceito científico, seguro; enquanto que a concepção extraída da política criminal parece ser entendida por ele como algo inseguro, dependente das relações intersubjetivas e de considerações teleológicas.

¹³³ Mayer (Strafrecht, AT, 1953 apud NAUCKE, Wolfgang. O alcance do Direito Penal Retributivo em Kant. in GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 54. n. 7, p. 78) define o conceito material de crime como “lesão insuportável à ordem jurídico-moral”.

¹³⁴ KUHLEN, Lothar. ¿Es posible limitar el Derecho Penal por meio de um concepto material de delito? in **El sistema integral del Derecho Penal : delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.129-152.

¹³⁵ O conceito de Frisch (An der Grenzen des Strafrechts. in KÜPER/WELP(ed). Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels. 1993, pp. 69 e ss apud KUHLEN. ¿Es posible limitar el Derecho Penal por médio de um concepto material de delito? in **El sistema integral del Derecho Penal : delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004 n.4, p.130) teria relação com o merecimento de pena, considerando que apenas seriam delitos materiais as condutas, cuja punição adequada seria a pena criminal, tida como uma reação dotada de valor declarativo, transmitindo a ideia de que se quebrou de modo especialmente grave a norma. Assim, somente as ações que apresentassem elevado desvalor da ação e do resultado poderiam ser consideradas como delito, no sentido material. Deveria, portanto, haver uma ofensa grave a certos bens jurídicos especialmente importantes, através de uma decisão qualificada contra as pretensões desses bens.

Kuhlen conclui que um conceito material de delito dependeria de uma conceituação de pena, mas ainda que a compreensão da pena seja a de uma intromissão jurídica associada a uma reprovação ético-social especialmente grave, indica como necessárias outras considerações limitativas desse conceito, as quais não foram trazidas por Frisch. Tendo como base a definição de Frisch, Kuhlen conclui que o merecimento de pena de uma conduta deve estar vinculada à relevância do bem jurídico violado, mas tal finalidade pode ser impedida pela dificuldade em se determinar a hierarquia entre os objetos de tutela.

Também Naucke¹³⁶ trata da teoria absoluta da pena em associação com o conceito material de crime, para limitar a intervenção penal. Acredita ser possível um conceito material de delito crítico, como o de uma conduta merecedora de retribuição, o qual deveria ser determinado de forma independente do Direito Positivo, enfocando-se na política criminal e na filosofia kantiana.

No caso da teoria kantiana não haveria identificação do conceito material do crime com a lei penal, parece existir uma densidade material ao conceito de crime através do tratamento da gravidade da conduta. Assim, não haveria teoria absoluta da pena sem um conceito bem delimitado de delito. Naucke propõe uma teoria mista com dois setores do Direito Penal. Um, retributivo, de extensão limitada, cuja pena não teria qualquer finalidade; e outro setor, bastante amplo, voltado para e com base em finalidades. Conclui que somente haverá necessidade inafastável da pena a ser aplicada à conduta inadequada, quando for retributiva.

2.6. Hipótese de solução da crise: recurso ao harm-offense principle.

Diante da atual crise da teoria do bem jurídico, buscam-se novos parâmetros para a legitimidade da intervenção penal para, ao menos, contribuir com a evolução do conceito de ofesividade. Entre essas possíveis vertentes para a legitimidade da intervenção penal, tem-se o *harm principle*.

Stuart Mill¹³⁷, ao conceber o *harm principle*¹³⁸, limita a legitimidade do exercício

¹³⁶ NAUCKE, Wolfgang. O alcance do Direito Penal Retributivo em Kant. in GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.77-100.

¹³⁷ HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y “el principio del daño” in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.38-52.

¹³⁸ VERNON, Richard. **John Stuart Mill and Pornography: beyond the harm principle**. In *Ethics*, v.106, apr.1996, pp.621-632. Vernon sustenta que Mill defenderia duas possíveis interpretações para esse princípio. A forma usual, a qual trata da adequação da lei. E, outra, a qual perquire da finalidade e objetivo da lei, isto é,

do poder estatal coercivo somente aos casos de prevenção de danos contra terceiros. Essa restrição deve-se à existência de efeitos externos nesse tipo de conduta, tornando-a relevante para os interesses da sociedade. As demais condutas, cujo efeito limita-se à pessoa do agente, não poderiam ser objeto de qualquer tipo de limitação heterônoma. O indivíduo seria, portanto, soberano sobre si mesmo, impedindo criminalizações, por exemplo, de prostituição, homossexualismo e consumo de álcool.

Já Joel Feinberg¹³⁹, tido como uma das figuras centrais para a sistematização do *harm principle*, apresenta-o como abreviação de uma ideia mais complexa, que inclui juízos morais e ponderação de valores de diversos tipos.

Defenderia¹⁴⁰ inicialmente, somente a possibilidade da criminalização de condutas com efeitos externos ao indivíduo (*harmful to others*). Posteriormente, desenvolve também outros critérios de legitimação. Traz os conceitos de “efeito ofensivo inerente à conduta” (*offense to others*), rechaçando o paternalismo (*legal paternalism*) e a proteção legal das tradições morais (*legal moralism*), permitindo que somente as condições de convivência social, enquanto interesses primordiais do indivíduo, deveriam ser protegidas de ingerências externas, buscando a otimização das esferas de liberdade de todos. Cada cidadão, portanto, por meio do *harm principle*, teria ampla liberdade para perseguir seus desejos e fins, desde que não prejudique os demais.

O conceito de dano (*harm*)¹⁴¹ é, evidentemente, parte integrante da própria definição do princípio. Tanto é assim que, geralmente, os crimes legitimados pelo *harm principle* têm, como um dos elementos do tipo, o próprio dano justificador de sua

---

excluindo as leis ilegítimas. A leitura usual, diante da dificuldade do conceito de “*harm*” parece não se adequar ao liberalismo de Mill. Se todas as ações do indivíduo pudessem afetar outro, há uma grande dificuldade em se aproveitar a liberdade. Assim, criou-se um mito de que Mill restringiria o conceito de dano, o que, segundo Vernon, não teria ocorrido. Acredita que se deve questionar o seu conceito de direito subjetivo. Mill defenderia que ter direito é ter algo, cuja posse, deva ser defendida pela sociedade, além de também defender outras liberdades. Assim, haveria dois tipos de ações lesivas aos outros, uma relacionada à usurpação, intromissão em seus direitos; e, outra, relacionada às perdas ou danos injustificados aos direitos individuais. Deve-se questionar se o dano seria prevenido sem violar os direitos do agente.

¹³⁹ FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of the Criminal Law, v. 1, Harm to Others**. New York: Oxford University Press, 1984, p.32.

¹⁴⁰ HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y “el principio del daño” in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang (ed), **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p.39.

¹⁴¹ Holtug (The harm principle. in **Ethical Theory and Moral Practice**. v.5, n.4. dez de 2002, pp. 357, 359.) defende que o Estado somente poderia intervir na conduta de um indivíduo, contra sua vontade, no caso de um aumento de risco para os demais. Somente seria justificável a intervenção coerciva sobre alguém para prevenir uma lesão. Haveria conceitos *ex post* e *ex ante* do *harm* principal. De acordo com uma visão *ex post*, a intervenção somente seria justificável se, de fato, preveniu o dano. De acordo com uma visão *ex ante*, somente seria legítima se prevenisse ou reduzisse o risco. A visão *ex ante* é a majoritariamente defendida.

criminalização¹⁴².

Feinberg¹⁴³ distingue três sentidos de dano. O primeiro seria um sentido amplo, o qual se refere ao objeto da conduta, sem fazer menção do interesse da vítima naquele objeto. O importante seria que as coisas danificadas sejam objeto de especial valor para o ser humano ou alguma função em um organismo ou mecanismo mais complexo, composto por outras peças. O segundo significado de dano seria o de retrocesso ou decadência (*setback*) de um interesse. Nesse caso, entende-se configurado o dano com a degeneração do estado do interesse como resultado de uma conduta humana. O terceiro sentido do dano é o de um comportamento injusto (*wrong*), isto é, injustificável e inescusável, violador do direito e do interesse de outro.

O dano seria, portanto, composto¹⁴⁴ de dois elementos: uma séria violação de um direito da vítima (um *wrong* para a vítima) e certo efeito deletério desse interesse¹⁴⁵. O conceito de dano¹⁴⁶, portanto, é relativo, isto é, é influenciado pelo *status* anterior do interesse, suas direções de movimentação e o seu *momentum*. A pessoa teria um emaranhado de interesses, os quais se complementam e reforçam-se mutuamente, assegurando com isso as condições essenciais do bem-estar e possibilitando, ao mesmo tempo, a consecução de fins vitais de ordem superior. Acredita que para que o Legislador possa definir os interesses a serem tutelados deve partir de seus próprios, tentando objetivá-los, para que consiga atingir o modelo chamado de *pessoa standart*¹⁴⁷.

¹⁴² SIMESTER, Andrew & HIRSCH, Andrew von. Remote harms and Non-constitutive Crimes in **Criminal Justice Ethics**, v.28, n.1, may 2009, pp.89-107.

¹⁴³ FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of the Criminal Law, v. 1, Harm to Others**. New York: Oxford University Press, 1984, pp.32-34.

¹⁴⁴ Idem, pp. 52-55.

¹⁴⁵ HOLTUG, Nils. The harm principle. in **Ethical Theory and Moral Practice**. v.5, n.4. dez de 2002, pp. 357-389. Para evitar a arbitrariedade na determinação do conceito de *harm*, Holtug recorre às teorias de bem-estar. Aparentemente, somente caberia o dano se houvesse diminuição suficiente do bem-estar do indivíduo. Assim, se sempre existe a possibilidade de que a conduta de alguém lesione outro, se for adicionada a noção de quantidade e qualidade do risco, aumenta-se a restrição à intervenção estatal. Considera aceitável a possibilidade de equivalência entre a soma do pequeno dano causado a muitas pessoas (mesmo que haja diferentes níveis de dano entre elas) e um dano relevante a um só indivíduo.

¹⁴⁶ FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of the Criminal Law, v. 1, Harm to Others**. New York: Oxford University Press, 1984, p.54.

¹⁴⁷ Ao mesmo tempo, Seher (La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. In HEFENDEHL, Roland – HIRSCH, Andrew von -WOHLERS, Wolfgang (ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p.79) entende que todo interesse surge de um querer individual. Argumento esse que poderia ser interpretado como um individualismo arcaico. De qualquer modo, o interesse é entendido como um grande obstáculo à arbitrariedade do Legislador, já que o realmente querido não pode, nunca, ser substituído pela decisão objetiva do Estado sobre o que seria melhor para o indivíduo. Porém, em casos em que houver conflito de interesses entre indivíduos, faltam critérios para que se determine o que deve ser merecedor de proteção, isto é, o que deveria prevalecer. Esses critérios devem desenvolver-se em uma teoria que apresenta uma hierarquização de interesses. Essa necessidade de hierarquização acaba atrapalhando o convívio social em uma sociedade livre e pluralista.

Sendo assim, tem-se que o *harm principle*, ao contrário da teoria do bem jurídico, concentra-se na efetiva produção do dano a um terceiro. Não busca a definição substancial do objeto de proteção, apenas questiona sobre os limites da atuação do Estado sobre a liberdade do indivíduo¹⁴⁸.

Joseph Raz¹⁴⁹, em sua obra *The Morality of Freedom*, define *harm principle* de modo diferente, baseado na autonomia. Segundo esse conceito a liberdade positiva deve ser promovida, garantindo às pessoas um leque de condições necessárias para a vida autônoma, as quais devem ser providas pelo Estado. De acordo com Raz, o dano configura-se com a diminuição do leque de possibilidades, às quais alguém deve ter direito, tendo-se como parâmetro o *status quo ante*. No entanto, a definição dessas possibilidades estaria baseada na Teoria da Justiça. Essa definição, portanto, não seria fundamentada no *harm principle*.

Raz parece propor um desafio¹⁵⁰ para as correntes anti-perfeccionistas da teoria liberal política, a partir de sua visão do liberalismo baseada em premissas morais. Apresenta sua teoria como liberal, devido ao destaque dado à autonomia, tida como um bem intrínseco ao Homem. Porém, tal liberdade seria válida somente quando exercida em busca de finalidades morais.

Enquanto a postura neutra do Estado em relação à vida privada dos indivíduos é uma reivindicação dos liberais, Raz acredita que o objetivo da ação política seria encorajar e facilitar as condutas desejáveis e desestimular as indesejáveis. Assim, propõe que não se retorne ao utilitarismo, mas que se desenvolva uma moralidade política da liberdade. Pretende construir uma teoria da moralidade política com premissas perfeccionistas, as quais não considera antiliberais¹⁵¹.

¹⁴⁸ Bobbio (**Liberalismo y Democracia**. México:Fondo de Cultura Económica, 2000, p.71-74.) afirma que a liberdade por Mill defendida é a negativa, conforme a tradição do pensamento liberal. Para atingi-la formula o *harm principle*, o qual permite a restrição da liberdade dos indivíduos, delineando o âmbito no qual os indivíduos possam atuar sem encontrar obstáculos no poder do Estado, isto é, as esferas privadas e públicas. Assim, apenas as ações externas (seriam as que a satisfação do interesse de um indivíduo pode interferir no de outro.)podem ser objeto de intervenção estatal. Assim, o liberalismo de Mill revela-se uma doutrina anti-paternalista (paternalista é a teoria política que permitiria ao Estado a intervenção na esfera interior do indivíduo, para o proteger de suas inclinações e impulsos), como a de Locke e Kant.

¹⁴⁹ HOLTUG, Nils. The harm principle in **Ethical Theory and Moral Practice**, v.5, n.4, dez de 2002, p.384.

¹⁵⁰ GEORGE, Robert P. The unorthodox Liberalism of Joseph Raz in **The Review of Politics**, v.53, n.4 autumn, 1991, pp.652-671. Adverte que a teoria liberal mais conhecida é a anti-perfeccionista, como a apresentada por Rawls na *A Theory of Justice* uma tese anti-perfeccionista que será seguida por Robert Nozick, Ronald Dworkin, Bruce Ackerman e David Richards. Essa concepção requer que o governo ou mantenha-se neutro sobre questões controversas sobre a moral do cidadão ou proíbe que o Estado aja com base em ideais de moral.

¹⁵¹ Para George (The unorthodox Liberalism of Joseph Raz in **The Review of Politics**, v.53, n.4 autumn, 1991, pp.653.), Raz defende que apenas certas coisas seriam intrinsecamente valiosas. Segundo a teoria de Raz, os valores, inclusive os valores intrínsecos, são razões para a ação. Eles não são redutíveis a desejos. Os

Nessa teoria, o *harm principle* também seria uma limitação para o Poder Estatal¹⁵². Mas, já que nega qualquer possibilidade de neutralidade, Raz interpreta-o de modo diferente do argumento liberal. O princípio do dano é entendido como um princípio da autonomia¹⁵³ interpretado de modo perfeccionista, isto é, seu valor intrínseco está atrelado à moralidade da conduta. Se o *harm principle* for vinculado à autonomia perfeccionista, ter-se-ia dificuldade¹⁵⁴ de impedir intervenção penal às condutas imorais inofensivas a outros. Mas, Raz repele tal conclusão¹⁵⁵, criando uma incoerência em sua teoria.

Fica evidente que a aplicação do *harm principle* traz certas dificuldades, pelo fato de ser um princípio. Assim, seu significado não é unívoco na doutrina. As teses não-perfeccionistas representam o conceito tradicional liberal muito semelhante à teoria pessoal do bem jurídico, ao menos no que se refere ao conceito de “interesse” que deve ser protegido do dano. Já as teses não-perfeccionistas poderiam justificar a intervenção penal em casos de conduta imorais inofensivas, permitindo uma expansão da intervenção penal indesejada, diante da vinculação do princípio do dano às escolhas morais do indivíduo.

É bastante relevante, no sistema romano-germânico, a tendência paternalista na antecipação da tutela penal. A partir da relação cada vez mais distante entre a conduta e o dano ao bem jurídico, acaba-se criando espaço para a confusão entre risco ao bem jurídico

---

desejos são dependentes da razão. É essa característica dos desejos que fundamenta um desejo razoável de não ter os seus desejos falsos satisfeitos. As demais, teriam um valor instrumental, isto é, relativo, se utilizadas para obtenção das de valor absoluto. Apesar da autonomia ser entendida como um valor intrínseco, referindo-se à possibilidade de escolha na forma de condução da vida individual, ela nem sempre será valiosa, se orientada a algo mau ou vazio. Nesse caso, é justificável a intervenção estatal para impedir que esses falsos desejos sejam satisfeitos e outros podem ter razão para frustrar ou até ajudar a reformar esses desejos.

¹⁵² SARDUSKI, Wojciech. Joseph Raz on Liberal Neutrality and the harm principle in **Oxford Journal of Legal Studies**, v.10, n.1, spring, 1990, p.130.

¹⁵³ GEORGE, Robert P. The unorthodox Liberalism of Joseph Raz in **The Review of Politics**, v.53, n.4 autumn, 1991, pp. 664, 666, 670. O valor da autonomia é condicional às escolhas boas ou ruins feitas pelo indivíduo. Deve-ser ter em mente que a autonomia é uma condição para a prática da razoabilidade. A perfeição intrínseca da autonomia estaria localizada no exercício da razão que torna possível, mas não, nela própria. George entende como sinônimas a noção de “autonomia pessoal” de Raz e a idéia kantiana de “moral autônoma” não haverá qualquer diferenciação.

¹⁵⁴ SARDUSKI, Wojciech. Joseph Raz on Liberal Neutrality and the harm principle in **Oxford Journal of Legal Studies**, v.10, n.1, spring, 1990, p.130.

¹⁵⁵ O *harm principle* pode ser defendido a partir do princípio da autonomia, já que os meios usados para a interferência coerciva violam a autonomia do indivíduo. Segundo Raz (**The morality of Freedom** pp.418-9, apud GEORGE, Robert P. GEORGE, Robert P. The unorthodox Liberalism of Joseph Raz in **The Review of Politics**, v.53, n.4 autumn, 1991, n.36, p.663), a coerção sempre expressa uma relação de dominação e desrespeito. As sanções criminais seriam uma invasão à autonomia individual global e indiscriminante, já que a pena de prisão impede quase todos os objetivos autônomos. Outras formas de coerção podem ser menos severas, mas também invadem a autonomia do indivíduo. Além disso, não se pode afirmar com certeza que essa punição somente se referirá às escolhas repugnantes do indivíduo. Parece que toda a intervenção penal seria “global e indiscriminante”, não sendo um argumento suficiente para evitar a criminalização de condutas imorais, servindo, apenas como um meio para evitar a pena de prisão.

e a punição entre condutas imorais inofensivas, principalmente, com base na punição da violação de deveres em crimes de perigo abstrato.

Pode ser que a teoria do bem jurídico venha a ser beneficiada a partir do desenvolvimento do conceito de autonomia não-perfeccionista, inspirado pela teoria já desenvolvida sobre o tema para o *harm principle*. Talvez, a partir de tal estudo, possam ser traçados critérios para a dignidade penal das condições para o livre desenvolvimento do indivíduo cada vez mais livres de tendências paternalistas na tutela penal, fomentando a autonomia do indivíduo.

2.6.1. Possibilidade de aproximação entre “interest” e “bem jurídico”?

Diante da pretensa crise da teoria do bem jurídico, têm-se buscado diretrizes diversas para os seus desdobramentos posteriores ou possibilidades de substituição, inclusive, através da aproximação entre o conceito de bem jurídico e *interest*.

Feinberg conceitua o dano utilizando como parâmetro o *status* do interesse. Conceitua¹⁵⁶ os interesses de bem-estar como aqueles que promoveriam o bem em uma pessoa, independente de suas crenças ou vontades. Seriam meios para que se alcancem outros bens-finais. Nesse caso, a diferença entre desejo e interesse em relação aos bens de bem-estar dependerá da análise dos bens-finais. Esses últimos aparecem muito ligados à ideia de desejos, pois se referem às possíveis realizações futuras. Feinberg, buscando padronizar, os interesses a serem protegidos pelo Direito Penal, utiliza-se de uma pessoa-padrão¹⁵⁷, semelhante à figura do homem médio. Dessa forma, pôde criar a presunção de

---

¹⁵⁶ FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of the Criminal Law, v. 1, Harm to Others**. New York: Oxford University Press, 1984, pp.42-45, 189. Não aceita a equivalência entre desejos e interesses. Afirma que tanto os interesses como os desejos são tipicamente voltados às coisas externadas, não aos estados internos de satisfação. Alguns dos desejos não são estáveis e duráveis para se tornarem um interesse. Quando tais desejos são frustrados, não se sofre dano, isto é, não haverá afetação dos interesses do indivíduo, apenas, desapontamento. Lista como características do conceito de interesse, a referência às esperanças e expectativas; apresentaria valor próprio, não sendo um mero meio para o alcance de outros interesses pré-existentes. Assim, o objeto não pode ser desejado somente porque permitirá que outro objetivo seja alcançado. Uma terceira característica, que nem sempre é inteiramente verdadeira, é a de que o objetivo possa ser alcançado através do trabalho humano. Os interesses de bem-estar seriam os que permitem que se atinja e mantenha o nível mínimo de saúde física e mental, de recursos materiais mínimos e liberdade política, sem os quais não seria possível atingir os objetivos finais. Eles são condições mínimas, estáveis e duráveis. Seriam instrumentais. Por fim, haveria os interesses finais, que seriam fins em si mesmos, isto é, sem valor instrumental. Afirma que os objetivos finais não podem ser protegidos pelo direito. De modo geral, aqueles que invadem os objetivos finais de outros, sem danificar os interesses de bem-estar alheios, estão apenas exercitando sua própria liberdade ou agem imoralmente, mas de forma sutil, tornando o direito incapaz de atuar

¹⁵⁷ Francolini (Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice in FIANDACA, Giovanni & FRANCOLINI, Giovanni.

que todos possuem os mesmos interesses, sendo legítimo que se imponha um dever geral de não-interferência.

A proteção legal desses interesses¹⁵⁸ foi dividida em certas categorias: “*interests of personality*” (interesses da personalidade), que seriam aqueles relacionados à ausência de contatos corporais danosos, liberdade de ir e vir e tranquilidade; “*interests of property*” (interesses na propriedade), que se refere à exclusividade da posse e propriedade e da ausência de dano, “*interests of reputation*” (interesses na reputação), “*interests of domestic relations*” (interesses nas relações familiares), solidariedade familiar e fidelidade matrimonial, “*interests in privacy*” (interesses na personalidade), referentes ao direito de estar só e do resguardo informações íntimas.

É possível relacionar os objetos de interesses enumerados por Feinberg e os bens jurídicos legitimados pela teoria personalista do bem jurídico¹⁵⁹, como os que se apresentam no Código Penal Brasileiro, “Título I - Dos crimes contra a pessoa”, “Título II- Dos crimes contra o patrimônio”, “Título VII – Dos crimes contra a família”. Além disso, há certa relação com a dita primeira geração dos direitos humanos, cuja tutela estatal negativa foi defendida pelo Liberalismo¹⁶⁰.

Feinberg também justificaria a intervenção penal em relação aos interesses públicos. Divide-os em dois tipos: os relacionados à comunidade (paz pública, saúde, segurança dos inimigos externos) e aqueles referentes ao Estado, gerados nas diversas atividades de governo. Esses interesses seriam tutelados pelos chamados “*impersonal crimes*” (crimes impessoais), como os contra a Ordem Tributária. Ambos pertenceriam aos cidadãos, mas o dano a esses interesses não seria sentido da mesma forma que os interesses mais próximos ao indivíduo.

Sulla legittimazione del diritto penale: culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto. Torino: G. Giappichelli, 2008, p.19) acredita que a sugestão de Feinberg de submeter a escolha do interesse à aprovação de pessoas racionais coloca a racionalidade como um conceito superior, jusnaturalístico, determinado pela maioria, cuja escolha é bastante criticável em uma sociedade pluralista.

¹⁵⁸ FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of the Criminal Law, v. 1, Harm to Others**. New York: Oxford University Press, 1984, pp.61-64.

¹⁵⁹ Wohlers(Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e da una angloamericana. in FIANDACA, Giovanni & FRANCOLINI, Giovanni. **Sulla legittimazione del diritto penale: culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto**. Torino: G. Giappichelli, 2008, pp.126-8) diferencia “bem jurídico” de “interesse”. O bem jurídico seria o *quid* ao qual o interesse refere-se. Assim, os bens jurídicos serviriam para a defesa dos interesses individuais e supra-individuais, sendo apenas bens jurídicos aqueles suscetíveis de lesões, mesmo que não sejam corpóreos.

¹⁶⁰ Bobbio (**Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, 2000, pp.488-9) ensina que: “O significado tradicional de liberdade (...) era aquele relacionado à faculdade de se fazer ou não; fazer determinadas coisas não impedido por normas vinculantes, era a liberdade entendida como não-impedimento, ou a *liberdade negativa*. A esfera da liberdade coincidia com a esfera dos comportamentos não-regulados, e portanto lícitos ou indiferentes(...)”

A questão da titularidade do direito ao interesse aparece¹⁶¹ já no conceito de dano de Feinberg, cujo caráter binário exige tanto uma lesão de um interesse, como a violação ao direito do titular do interesse, o indivíduo. Dessa forma, torna-se evidente a relação entre a teoria de Feinberg e a teoria personalista do bem jurídico de Hassemer, inclusive no que se refere aos interesses públicos e os bens jurídicos coletivos ou difusos.

Hassemer¹⁶², apesar de sustentar um conceito pessoal de bem jurídico, também não impede a existência de bens jurídicos coletivos ou estatais, apenas funcionaliza (instrumentaliza) esses bens para a pessoa, assim, somente poderiam ser aceitos com a condição de servirem aos interesses do homem (individuais)¹⁶³. Por exemplo, o meio ambiente não seria um bem jurídico por si só, mas somente como meio para as necessidades de vida e saúde do indivíduo.

Em Feinberg, a mesma relação necessária entre os bens coletivos e os bens individuais dos cidadãos concretos, está presente tanto nos interesses relacionados à comunidade como ao Estado. Ambos teriam o indivíduo concreto como titular, capaz de sentir os efeitos de condutas danosas a esses interesses, porém, parece que esse conceito de interesse de Feinberg não é capaz de traçar as características daqueles interesses ou bens jurídicos que apresentem dignidade penal, isto é, cuja tutela legitime a intervenção penal.

Para Wohlers¹⁶⁴, bem jurídico não se confundiria com o interesse a que ele se refere, já que os bens jurídicos seriam os suscetíveis de lesões, mesmo que não corpóreos. Não sendo possível sua comparação com o interesse, ente ideal.

Também Roxin¹⁶⁵ critica a aproximação entre bem jurídico e o conceito de interesse, por não trazer qualquer critério que permita reconhecer quais os bens jurídicos

---

¹⁶¹ FRANCOLINI, Giovanni. Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice in FIANDACA, Giovanni & FRANCOLINI, Giovanni. **Sulla legittimazione del diritto penale: culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto**. Torino: G. Giappichelli, 2008, p. 16.

¹⁶² HASSEMER, Winfred. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico, in **Doctrina Penal, teoría y práctica en las Ciencias Penales**, n.45 a 48, ano 12, 1989, pp. 282-3.

¹⁶³ Greco (“Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In **RBCCRIM**, V.49, julho-agosto de 2004, p.105) acredita que a Escola de Frankfurt, para não aceitar bens genuinamente coletivos, acaba por estender o conceito de referência a bens individuais, aceitando que essa seja meramente indireta, chegando-se a diferenciar-se apenas terminologicamente da teoria dualista.

¹⁶⁴ WOHLERS, Wolfgang. Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e da una angloamericana. in FIANDACA, Giovanni & FRANCOLINI, Giovanni. **Sulla legittimazione del diritto penale: culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto**. Torino: G. Giappichelli, 2008, pp.126-152.

¹⁶⁵ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.179-209.

merecedores de tutela penal. Além disso, não seria o interesse, mas o bem objeto do interesse que deveria ser tutelado de violações. Entende que essa teoria não difere muito da aproximação entre bem e direito subjetivo, aconselhando também sua rejeição.

No mesmo sentido, Silveira¹⁶⁶ repudia possível substituição do conceito de bem jurídico pelo *harm principle*, “repudia-se tal colocação, especialmente pela maior concretude de molduras vistas na tentativa de elucidação do bem jurídico, ao menos na atual cultura romanística”. Somente aceita o *harm principle* como um tipo de recurso acessório à teoria do bem jurídico.

Amelung¹⁶⁷ considera que já a própria caracterização de titulares do bem jurídico seria uma ficção desnecessária, partindo da aproximação da teoria de von Liszt, baseada na tutela de interesses vitais do indivíduo ou da comunidade, pré-existentes à ordem jurídica¹⁶⁸. Tal teoria partiria de presunções, já que nem o próprio indivíduo teria escolhido o bem atribuído a si próprio; e, muito menos, a sociedade. Portanto, Amelung parece não considerar produtiva tal aproximação.

2.6.2. Correntes doutrinárias sobre as relações entre o *harm principle* e a teoria do bem jurídico

Hirsch¹⁶⁹ acredita que a combinação da teoria do bem jurídico alemã com o *harm principle* pode trazer grandes esclarecimentos, principalmente através do conceito de *harm to others*, colocando-se a ingerência nos recursos de outro, como um limitador e construtor do conceito de bem jurídico.

Entende dano como uma lesão de um recurso¹⁷⁰ ao qual uma pessoa tem uma pretensão ou um direito. Nesse conceito defende a existência de contribuições diferentes

¹⁶⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos da adequação social em Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp.31-55.

¹⁶⁷ AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. in GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.117-158.

¹⁶⁸ LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal: tomo II**. Madrid: Reus, 1999, pp.5-11.

¹⁶⁹ HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y “el principio del daño” in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang (ed), **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.42-43.

¹⁷⁰ HIRSCH, Andrew von. I concetti di “danno” e “molestia” come criteri politico-criminale nell’ambito della dottrina penalistica angloamericana in FIANDACA, Giovanni & FRANCOLINI, Giovanni. **Sulla legittimazione del diritto penale: culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto**. Torino: G. Giappichelli, 2008, pp.33-34. Sobre o conceito de recurso afirma que sua teoria apresentaria também elementos normativos; não, apenas, descritivos.

aspectos da discussão alemã sobre o bem jurídico, fazendo uma comparação entre o conceito de “interesse” e o de bem jurídico¹⁷¹.

Na Alemanha, Hirsch percebe uma ampliação do conceito de *harm to others*¹⁷², renunciando a vinculação aos interesses individuais. Assim, seriam passíveis de reconhecimento como bens jurídicos, inclusive entidades puramente fáticas ou relações funcionais. Adverte, porém, que o bem jurídico não seria um fenômeno da esfera do ser, isto é, não se pode desistir de sua descrição normativa.

Se o dano puder ser considerado como uma lesão aos interesses de outro, torna-se evidente o caráter individualista desse princípio, embora Hirsch entenda que o princípio também aceita a criminalização de condutas coletivamente lesivas, sem que se considere que o bem jurídico coletivo como a mera soma dos bens jurídicos individuais, sendo necessário que se vincule à proteção da qualidade de vida dos seres humanos.

Feinberg utiliza o termo *setback*, o qual traz a ideia de sempre existir uma redução na qualidade de vida, para caracterizar o *harm*. Já Hirsch¹⁷³ prefere o termo “interferência”, referindo-se aos casos em que não haja sinais tangíveis da própria violação. Refere-se a um direito de exclusividade, vinculado aos valores fundamentais, como o direito à *privacy*, mas, sobretudo, à dignidade pessoal. E o interesse à garantia do bem-estar pessoal permaneceria um dos interesses cruciais ao *harm principle*. Além disso, Hirsch sugere que entender dano como interferência em um recurso poderia surtir efeitos no conceito de dano coletivo, como a evasão fiscal.

---

¹⁷¹ Hirsch (HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y “el principio del daño” in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang (ed), **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p.50.) conceitua interesse como um recurso, cuja integridade é um direito do indivíduo. Recurso, por sua vez, seria o meio ou capacidade que, em um caso normal, possui um determinado valor para a manutenção de uma certa condição de qualidade de vida. Além disso, Hirsch entende que recurso não deve ser algo material, isto é, não limita o conceito a uma visão naturalística. Deve ser definido como meio ou capacidade, sendo que as capacidades devem ser entendidas como potencialidades, não como objetos materiais. Além disso, o recurso deve determinar certo valor para a qualidade de vida. O relevante não é, portanto, se o recurso pode melhorar o bem estar de uma pessoa concreta, mas sim, se esses recursos em circunstâncias habituais favorecem a qualidade de vida de uma pessoa comum.

¹⁷² HIRSCH, Andrew von. HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y “el principio del daño” in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang (ed), **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p.44.

¹⁷³ HIRSCH, Andrew von. I concetti di “danno” e “molestia” come criteri politico-criminale nell’ambito della dottrina penalistica angloamericana in FIANDACA, Giovanni & FRANCOLINI, Giovanni. **Sulla legittimazione del diritto penale: culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto**. Torino: G. Giappichelli, 2008, pp.29-42.

Conclui que se não existe um *harm to others* na conduta, a teoria do bem jurídico não poderia a legitimar, embora fosse adequada ao *legal paternalism*¹⁷⁴ e *offense principle*.

De modo contrário, Seher¹⁷⁵ limita o *harm principle* como apenas uma boa alternativa terminológica para a teoria pessoal do bem jurídico. Há, porém, casos de crimes fora do Direito Penal nuclear que seriam legitimados pelo princípio do dano, os quais não poderiam ser entendidos como uma lesão a interesses. Dá como exemplo os crimes de perigo abstrato, os quais poderiam ser legitimados apenas com base na prevenção de dano a terceiros.

Conclui que o princípio da ofensividade e o *harm principle* trariam uma boa fundamentação para a criminalização, sem, contudo, indicar uma razão suficiente para a pena. Para Seher, essa falta de argumento seria o problema da teoria do bem jurídico como fundamentação para a criminalização. Além disso, tais princípios também não dão critérios para solução de conflitos de interesses, isto é, não definem qual deva prevalecer. Tal lacuna é causada pela dificuldade em se determinar em uma sociedade livre e pluralista a hierarquia de interesses.

Kahlo¹⁷⁶ repele a possibilidade de evolução da teoria do bem jurídico a partir do estudo do *harm principle*. Não aceita o dano a terceiros como razão necessária e suficiente para a criminalização de condutas. Considera o posicionamento de Feinberg cientificamente inconsistente, já que teria se baseado nas convicções e representações morais predominantes na sociedade, sem se referir aos pressupostos de Mill, seu ponto de

---

¹⁷⁴ Hirsch (HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y “el principio del daño” in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang (ed), **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 47-48.) relaciona a autonomia e a proibição de criminalização de condutas auto-lesivas, portanto, quanto mais se acentue no direito a autonomia, menos espaço terão as proibições de índole paternalista. Um dos principais pontos de discussão seria a legitimidade de tais criminalizações para os casos em que pudesse haver prevenção de graves danos sem grande limitação da autonomia, como no uso de cinto de segurança em automóveis. Há grandes questionamentos quanto à margem de legitimidade das normas de conduta paternalista. O seu fundamento poderia se basear na proteção das possibilidades futuras de sobrevivência de uma pessoa frente a sua própria negligência. Mas, em qualquer caso, a justificação de normas penais fundadas no paternalismo depende decididamente da gravidade e irreparabilidade das auto-lesões, da intensidade e duração temporal da intervenção assim como a coerência e aparente racionalidade dos motivos que possa ter o agente para realizar sua conduta. A grande questão de discussão é se todos os recursos seriam de livre disposição pelo indivíduo.

¹⁷⁵ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada em principios y el concepto de bien jurídico. in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p.73

¹⁷⁶ KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva em Derecho Penal. in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p.54-56.

partida, cuja vinculação levá-lo-ia, necessariamente, à escolha de uma teoria ética, como a de Kant ou Rawls.

Além disso, como o *harm principle* é entendido por Feinberg como mais um entre os pressupostos que outorgam legitimidade à criminalização, termina por perder, ao menos em parte, seu potencial crítico, permitindo a livre aceitação pela teoria de Feinberg dos delitos do meio ambiente e de perigo abstrato.

Discorda de Hirsch sobre a possibilidade de equiparação entre *harm principle* e bem jurídico. O bem jurídico seria um elemento constitutivo da liberdade pessoal, enquanto o *harm principle* trataria de estados lesivos, somente a parte positiva desse conceito pode ser equiparada à teoria do bem jurídico, isto é, a noção de “interesse”. E, esse próprio conceito, além de se retornar a Birnbaum, deve ser mais desenvolvido para, desse modo, superar a difusa imagem de uma lesividade social abstrata (*harm to others*) e viabilizar a sua função crítica.

Kahlo trata do conceito de bem jurídico como relacional, uma relação positiva, entre uma realidade e um sujeito. Essa relação estaria substancialmente orientada à realização de uma liberdade externa da pessoa, enquanto sujeito de direito, isto é, sua autonomia. Tais características devem ser respeitadas pelo Estado-Legislador na definição de condutas dignas de pena. As leis penais devem, portanto, estar vinculadas ao indivíduo.

Também Francolini¹⁷⁷ entende que, apesar de Feinberg buscar solucionar os pontos controversos da obra de Mill, não conseguiu criar um *harm principle* como delimitador da tutela penal. Esse princípio apenas permite que todos interesses, com exceção dos malvados ou funestos, possam invocar a tutela do Estado. Encontra certo ranço de jusnaturalismo na exclusão desses interesses malvados e funestos, referindo-se a sua “qualidade moral intrínseca”, além disso, na aplicação pelo Legislador do *harm principle* deveria haver uma série de juízos morais, os “*mediating maxims*”¹⁷⁸. Também Fiandaca¹⁷⁹ vê na qualidade moral dos interesses, o próprio ponto de partida do *harm principle*. Esse

---

¹⁷⁷ FRANCOLINI, Giovanni. Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice in FIANDACA, Giovanni & FRANCOLINI, Giovanni. **Sulla legittimazione del diritto penale: culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto**. Torino: G. Giappichelli, 2008, pp. 14-27.

¹⁷⁸ Feinberg (*The Moral Limits of the Criminal Law, v. 1, Harm to Others*. New York: Oxford University Press, 1984, p.187) usa o termo “mediating maxim” como um quadro que será preenchido depois com diferentes significados do termo “harm”, para guiar a aplicação do princípio limitador de liberdade em contextos fáticos diversos e em condições de incerteza e para maximizar a justiça para se determinar os limites morais. Seriam guias para a aplicação do harm principle em situações delicadas.

¹⁷⁹ FIANDACA, Giovanni. **Diritto penale, tipi di morale e tipi de democrazia**. in FIANDACA, Giovanni & FRANCOLINI, Giovanni. **Sulla legittimazione del diritto penale: culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto**. Torino: G. Giappichelli, 2008, pp.153-164.

“mínimo ético” a ser protegido semelhante ao da teoria de Hart, pressupõe que a sobrevivência do gênero humano seria um valor ético-social irrenunciável, assim, o Direito e a Moral teriam um conteúdo que garantiriam as condições essenciais da vida em comum. Essas regras mínimas éticas seriam as necessárias para evitar a anarquia, tais como aquelas que tutelem a vida, integridade física, patrimônio, o funcionamento das instituições e da economia.

Fiandaca conclui que a determinação da legitimidade estaria sempre permeada por juízos de valor e ideológicos. O próprio princípio do dano depende de valorações ideológicas, referentes à teoria da justiça, para a definição dos interesses. Acredita que seria melhor que essas posições fossem externadas, possibilitando uma discussão racional dos juízos de valor, com base na democracia participativa de Habermas.

Também Wohlers¹⁸⁰ admite que seria equivocado afirmar que as normas penais não podem ser usadas para a proteção de valores, já que na base de todo tipo penal, haveria um juízo de valor do Legislador. Acredita que a teoria do bem jurídico, nem sozinha nem combinada com critérios de justa imputação, não poderia, por si só, limitar a arbitrariedade político-criminal legislativa. Essa questão somente poderá ser respondida com o recurso a elementos externos do direito penal. E, também na teoria do *harm-offense principle* manteria essa possibilidade de discricionariedade político-criminal, principalmente no que se refere ao *remote harm*.

Aceita, contudo, a possibilidade de exclusão de interesses não merecedores de tutela por si mesmos ou porque o nexo causal entre a conduta e sua possível lesão não é fruto de uma imputação justa. Apesar disso, mantém o bem jurídico como o ponto de partida para se legitimar as normas penais, devendo-se tratar preponderantemente sobre o nexo entre o comportamento em questão e o *quid* protegido através da própria estrutura do delito.

Diante da coincidência de contextos filosóficos liberais em que tanto a teoria do bem jurídico individual como a do *harm principle*, podem-se encontrar semelhanças entre elas. Ambas referem-se a interesses individuais, sem vinculação aos sociais. Porém, o *harm principle* preocupa-se com os “estados lesivos”, os “efeitos externos”, enfim, com o resultado da conduta. Já a teoria do bem jurídico questiona sobre a legitimidade da intervenção penal em relação ao objeto a ser protegido. Busca questionar a relevância de

---

¹⁸⁰ WOHLERS, Wolfgang. Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e da una angloamericana. in FIANDACA & FRANCOLINI. **Sulla legittimazione del diritto penale: culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto**. Torino: G. Giappichelli, 2008, pp.126-152.

certo bem para justificar o recurso à esfera penal. Evidentemente, essa questão é mais complexa, sendo que o próprio Feinberg não ousa retirá-la do domínio da Teoria da Justiça.

Aparentemente, a aplicação do *harm principle* na esfera penal poderia trazer uma contribuição para o desenvolvimento da função crítica da teoria do bem jurídico, já que se volta para o questionamento dos efeitos externos das condutas. Mas, parece que não foi esse o caminho adotado pela doutrina anglo-saxã. O princípio do dano acaba sendo utilizado para legitimar os movimentos de expansão, sob o mero argumento de se tratarem da prevenção de dano, com efeito similar ao que a teoria de Kindhäuser.¹⁸¹

O próprio Feinberg¹⁸² adverte para essa possibilidade em casos em que pareça haver certo dano insignificante a um interesse público, como a segurança pública (*general security*). Nesse caso, para evitar essa atuação ilegítima penal, sugere a avaliação do grau do dano causado pela conduta. Parece que melhor seria a aplicação limitada da teoria do *harm principle*, como um critério complementar para aferição do desvalor do resultado, do que como sucedâneo da teoria do bem jurídico.

2.6.3. Relações entre harm principle e os pontos de crise da teoria do bem jurídico:

É interessante questionar as contribuições do *harm principle* para a teoria do bem jurídico em seus principais pontos controvertidos, a tutela de bens jurídicos difusos e sua função crítica.

Feinberg¹⁸³, ao tratar de danos ao meio ambiente, traz o conceito de “dano público”, esse seria o relacionado a um bem possuído por indivíduos indeterminados ou a um interesse comum ou largamente compartilhado por todos. Entende que a maioria das ações e das práticas tidas como contrárias ao interesse público causam pouco ou nenhum dano público, o qual dependeria da repetição em massa de tais condutas. O Legislador, ao aplicar o *harm principle*, deveria adquirir a melhor informação empírica sobre a

¹⁸¹ KINDHAÜSER, Urs. **Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal**. In KINDHAÜSER, Urs. **Teoría de las normas y sistemática del delito**. Lima: Ara, 2008, pp.41-61. Os crimes de perigo abstrato podem ser utilizados para tutelar a “segurança”. Assim, sendo a segurança um bem jurídico referente a uma pluralidade de pessoas, pode-se entender que os crimes de perigo abstrato, apesar de se referirem a um injusto menos grave ao indivíduo, cumulativamente, podem se configurar em uma lesão importante.

¹⁸² FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of the Criminal Law, v. 1, Harm to Others**. New York: Oxford University Press, 1984, p.222.

¹⁸³ FEINBERG, Joel. Environmental pollution & the threshold of harm. in **The Hastings Center Report**, v. 14, n.3, jun. 1984, pp. 27-31.

possibilidade das pessoas agirem conforme a conduta proibida, tendo, dessa forma um juízo sobre a necessidade de tal criminalização. Feinberg parece tratar de estudos empíricos sobre a prevenção geral, isto é, dos efeitos da criminalização da conduta no comportamento dos indivíduos.

Dá como exemplo de dano público cumulativo, a poluição do ar e da água, já que qualquer ação individual levaria a uma aproximação do limite configurador do dano coletivo, isto é, cada contribuição ao dano de poluição seria inofensiva por si só, mas aproxima a concentração de poluentes do limite máximo permitido. Quando essas contribuições chegam ao limite, tornam-se “danos públicos”, violando interesses vitais compartilhados por quase todos.

Acredita que a solução seria a elaboração de um aparato legislativo, restando ao Direito Penal, apenas como acessório para garantir a autoridade das regulamentações administrativas¹⁸⁴.

Feinberg adverte sobre a necessidade de descrição precisa da conduta causadora do dano para que haja adequação ao *harm principle*, porém, no caso do dano público, o Legislador desconhece o nexos de causalidade. Essa característica dificulta a limitação da arbitrariedade, permitindo condutas pouco definidas, “*vacuosness*”, que podem se referir a situações em que o dano público já tenha sido produzido, “*legislation overkill*”.

Hirsch¹⁸⁵ entende que seria difícil a interpretação da tutela ao meio ambiente como proteção do interesse das pessoas, já que tanto dificultaria a proteção ao meio ambiente em lugares remotos como não se conseguiria legitimar a tutela da sobrevivência das espécies como “recurso relevante para a qualidade de vida das pessoas”. Conclui que tanto a teoria do bem jurídico como a do *harm principle* não encontrariam uma justificativa aceitável para a tutela dos bens jurídicos difusos. Também Stratenwerth¹⁸⁶ parece compartilhar dessa mesma opinião, já que, na origem, o *harm principle* baseia-se na função do Estado de servir ao bem-estar do indivíduo. Dessa forma, defende que o *harm principle* e a teoria pessoal do bem jurídico aplicam-se apenas quando o indivíduo é referência para identificação dos seus interesses relevantes. Conclui que nenhum dos dois seria adequado

---

¹⁸⁴ FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of the Criminal Law, v. 1, Harm to Others**. New York: Oxford University Press, 1984, pp. 227-232.

¹⁸⁵ HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y “el principio del daño” in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang (ed), **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p.51.

¹⁸⁶ STRATENWERTH, Günter. La criminalización em los delitos contra bienes jurídicos colectivos. in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.365-372.

para tratar de objetivos supraindividuais, permitindo a relação entre a identidade e o coletivo, como ocorre para os adeptos de uma religião ou filosofia.

Conclui que se os bens jurídicos coletivos seriam pressupostos para a satisfação das necessidades individuais, a comunidade não poderia ser vista somente como um limite necessário da liberdade, mas deveria ser entendida como ponto de referência da identidade social. Acredita, até mesmo, que o conceito de bem jurídico coletivo seria dispensável, se houver a proteção da lei de interesses individuais mais ou menos consolidados em uma pluralidade de sujeitos, mas, no caso de decisões normativas básicas, referentes a todos como coletividade, seria melhor sua discussão sem qualquer referência ao conceito de bem jurídico.

O *harm principle*, portanto, justificaria a tutela do meio ambiente através do conceito de “dano público cumulativo”, desvinculando-se da ideia de interesse individual, passando a tratar de interesse público. Dessa forma, essa teoria forneceria um forte critério para a fundamentação da intervenção penal, porém, não traria qualquer parâmetro para sua limitação. O próprio Feinberg¹⁸⁷ reconhece que, apesar de o *harm principle* poder fundamentar a intervenção penal para os problemas multidimensionais, em sua mera formulação, ele não oferece um guia para políticas públicas. Esse princípio não trata do sopesamento entre os possíveis conflitos de valores que poderiam surgir ao se tutelar o meio ambiente, como os valores da proteção ambiental, crescimento econômico, justiça regional, consideração igualitária de interesses competitivos, máximas de justiça, custos de administração, prevenção sem inflexibilidade, entre outros.

Além disso, afirma que o conceito de “interesse público” seria tão vago que acaba sendo usado para ampliar o *harm principle* para justificar a punibilidade de condutas que seriam inofensivas para terceiros, em casos com certo grau de violação a esse tipo de interesse, como a Segurança (*general security*). Assim sendo, Feinberg parece admitir que a teoria do *harm principle*, por si só, não apresentaria aparato teórico para se caracterizar a delimitação de uma tutela penal específica, permitindo, sua expansão desmesurada.

O segundo questionamento a ser feito sobre o rendimento da aproximação *harm principle* e a teoria do bem jurídico é em relação à função crítica ou limitadora. Hassemer¹⁸⁸ define essa função como a necessidade do Legislador explicitar um substrato empírico, justamente os bens jurídicos, como fundamento para criminalizar condutas. Não

¹⁸⁷ FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of the Criminal Law, v. 1, Harm to Others**. New York: Oxford University Press, 1984, p.222, 232.

¹⁸⁸ HASSEMER, Winfred. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico, in **Doctrina Penal, teoría y práctica en las Ciencias Penales**, n.45 a 48, ano 12, 1989, pp. 277-9.

apresentaria, contudo, parâmetros absolutos para se identificar a legitimidade das normas penais. Esse juízo de justificação da intervenção penal seria mais complexo do que meramente buscar-se um bem jurídico a ser protegido em um tipo penal dado, variando conforme o contexto histórico da legislação penal.

Assim, defende que a ameaça ao bem jurídico seria um requisito necessário, mas não suficiente para a criminalização da conduta. Ele deve ser sopesado com o princípio da subsidiariedade, danosidade social, tolerância, humanidade, dignidade humana e os próprios fundamentos dogmáticos do Direito Penal.

Feinberg¹⁸⁹ também aborda a dificuldade de sopesamento dos interesses conflitantes presentes na criminalização das condutas humanas, como um juízo necessário para a legitimidade das leis penais. De um lado, tem-se o interesse na liberdade e, de outro, a necessidade de normas penais. Feinberg explica esse conflito a partir da possível oposição entre as normas jurídicas, que limitam as opções de conduta do indivíduo; e um conceito de liberdade que seria mais amplo, quanto mais abrangente for o leque de opções de conduta. Esse conflito de interesses deve ser considerado pelo Legislador, já que a norma penal apenas pode restringir a liberdade diante da possibilidade de prevenção de um dano maior.

Feinberg deixa bem claro que o *harm principle* não traz qualquer critério para o sopesamento dos interesses, apenas, fundamenta a punição de um possível dano a um interesse, realizado por meio de uma conduta humana.

Feinberg resolveria essa lacuna trazida pelo *harm principle*, através de uma possível hierarquização de interesses para a solução do conflito¹⁹⁰. Para tanto, analisa se um dano a certo interesse desencadeará efeitos para os demais interesses pessoais, isto é, busca questionar o quanto um interesse seria vital, dando maior preponderância para os interesses de bem-estar, além de questionar sua vinculação a um interesse público e sua qualidade moral intrínseca. Não chega a criar uma escala de valores morais, pela impossibilidade de um parâmetro de moralidade objetivo. Assim, não busca qualquer referencial no próprio *harm principle*, mas recorre à Teoria da Justiça¹⁹¹.

¹⁸⁹ **Harm to Others The Moral Limits of the Criminal Law, v. 1, Harm to Others.** New York: Oxford University Press, 1984, pp.202-214.

¹⁹⁰ Dworking(**Taking rights seriously.** Cambridge: Harvard University, 2001, p.149), ao tratar do conflito de interesses, afirma que é evidente a necessidade da fusão entre a teoria da justiça (*theory of moral rights against the State*) e o Direito para se chegar a meios para solucioná-los.

¹⁹¹ Como exemplo, pode-se citar Rawls (**Uma teoria da Justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.38). Ele constrói uma Teoria da Justiça como equidade. Nesse caso, “(...)na justiça como equidade, (...) os desejos e aspirações individuais são restringidos desde o início pelos princípios da justiça que especificam os limites que os sistemas humanos de objetivos devem respeitar. Podemos expressar essa idéia dizendo que na justiça

2.6.4. A possível relação da questão de crimes sem bem jurídico e o *offense principle*

Há outro entrave para a teoria do bem jurídico em certas criminalizações que são tidas como “justas”, porém, parece não ser possível a identificação de qualquer bem jurídico protegido, os chamados “crimes sem bem jurídico”¹⁹².

Tal questão apreça estar relacionada ao *offense principle*, segundo o qual seria possível a criminalização de condutas que despertassem em outros uma série de sentimentos indesejados¹⁹³, impossíveis de serem ignoradas pelos cidadãos.

Feinberg¹⁹⁴ define ofensa como um tipo de afronta dos sentidos, um sentimento de aversão, vergonha, irritação ou humilhação, seria um mal, mesmo que não fosse danoso. As vítimas da ofensa seriam atingidas por comportamentos injustos (*wrong*) e, por esse motivo, já se teria a justificativa da intervenção penal. Assim, o *offense principle*¹⁹⁵ é tido por Feinberg como uma justificativa legítima da tutela penal, diversa do *harm principle*.

---

como equidade o conceito de justo precede o do bem.”. Assim, o sistema social justo “define o âmbito dentro do qual os indivíduos devem criar seus objetivos, e serve de estrutura de direitos e oportunidades e meios de satisfação, dentro da qual e pela qual pode procurar alcançar seus fins”. Os interesses sem valor seriam os que exigirem a “violação da justiça”.

¹⁹² Cf. MOCCIA, Sergio. **Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali** in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, vol.38, 1995, pp. 343-374.

¹⁹³ Andrew von Hirsch (The offense principle in Criminal Law: affront to sensibility or wrongdoing in **The King's College Law Journal**, v.11, 2000, pp.78-89,) traz uma série de teorias fundamentadoras do *offense principle*. Schwartz traz a tese da ofensa como dano psicológico. O comportamento ofensivo não traz qualquer dano físico, mas psicológico nas vítimas, tornando-se adequado ao *harm principle*, possibilitando a criminalização das condutas. Outra tese seria a “broken windows” de Wilson e Kelling, a qual não considera a conduta ofensiva como danosa intrinsecamente, porém, aceita que comportamentos ofensivos podem levar a um dano, se não forem reprimidos. Acredita-se que a tolerância de comportamentos ofensivos em uma vizinhança causa a decadência local, a saída dos residentes mais respeitáveis e o aumento de crimes patrimoniais e violência. Nesse caso, o principal problema seria a distância da conduta proibida e o dano principal, que seria a indução de condutas criminosas para terceiros. Hirsch questiona sobre a legitimidade da punição de condutas inofensivas de um certo grupo de pessoas baseada na possibilidade de vinculação com um possível comportamento danoso de outros, podendo gerar tanto a intensificação da marginalização de certos grupos como a indevida expansão da intervenção penal.

¹⁹⁴ FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of the Criminal Law, v. 2, Offense to Others**. New York: Oxford University Press, 1985, p.49.

¹⁹⁵ Andrew von Hirsch (I concetti di “danno” e “molestia” come criteri politico-criminale nell’ambito della dottrina penalistica angloamericana in FIANDACA, Giovanni & FRANCOLINI, Giovanni. **Sulla legittimazione del diritto penale: culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto**. Torino: G. Giappichelli, 2008, pp.29-42.) trata da tese de Hörnle, a qual buscou justificar o princípio da ofensa através da Constituição alemã e de seu catálogo de direitos. Assim, poderia haver criminalização nos casos em que haja invasão de interesses com aparato constitucional. Hirsch afirma que, nesse caso, esse princípio

E, para impedir a justificativa de qualquer criminalização, criou também parâmetros restritivos, os “*mediating maxim*¹⁹⁶”, *personal importance* (quanto mais importante para o agente for a conduta ofensiva, mais razoável ela será.), *social value* (quanto maior for o valor social da conduta, mais será razoável), *free expression* (Feinberg resguarda substancialmente a liberdade de expressão, mas ressalva que, em certos casos, o seu modo de expressão pode torná-la ofensiva), *alternative opportunities* (quanto maior as alternativas de lugar e tempo para se realizar as condutas de modo igualmente satisfatório, menos razoável será a conduta), *malice and spite* (se o objetivo da conduta foi ofender, motivado por rancor e ódio, a conduta será inaceitável), *nature of locality* (referência aos costumes locais).

Hirsch¹⁹⁷ acredita que o principal problema da teoria de Feinberg estaria na equivalência entre ofensa e afronta à sensibilidade. Se a ofensa for entendida meramente como desagradar outros, haveria uma expansão injustificada da intervenção penal. Hirsch sugere apenas três casos em que a ofensa tenha dignidade penal, na invasão de privacidade, nos casos insulto, analisados de acordo com as convenções sociais e também para “*unwarrented pre-emption*”, tipos de casos de perturbação da paz pública, os quais seriam conformes ao *harm principle*, já que tutelam a tranquilidade dos demais. Se forem aceitas outras razões para a criminalização, essas deveriam ser explícitas e submetidas à avaliação pública.

Conclui¹⁹⁸ que tal conceito, por si só, não seria uma boa alternativa para legitimar a norma penal. Também para Seher¹⁹⁹, seria questionável a legitimidade da intervenção penal baseada nas ofensas, as quais não atingiriam aspectos centrais da vida do indivíduo.

---

será dependente das normas positivadas e há diversas constituições que não apresentam um grande rol de interesses relevantes positivados. E, mesmo na Alemanha, identifica outras críticas a sua teoria. As garantias constitucionais são garantias de liberdade, usar essas garantias para legitimar as criminalizações desnaturaria sua própria finalidade. Seria possível legitimar os tipos penais com base no princípio da ofensa, se houver referência aos grandes valores constitucionais, como a dignidade humana. Já para violações menores, como a injúria, refere-se à liberdade humana. Nessa concepção, não haveria espaço para os princípios mediadores, como o da adequação social da conduta. Acredita, ainda, que a tese de Hörnle dificulta a proporcionalidade das penas em relação à conduta. Como não aceita a legitimidade da tutela penal com base em qualquer outro princípio, que não o da ofensa, não consegue diferenciá-la do dano, permitindo que nesses casos seja aplicada uma pena mais grave.

¹⁹⁶ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law, v. 2, Offense to Others*. New York: Oxford University Press, 1985, p.44.

¹⁹⁷ HIRSCH, Andrew von. The offense principle in Criminal Law: affront to sensibility or wrongdoing in *The King's College Law Journal*, v.11, 2000, pp.78-89.

¹⁹⁸ HIRSCH, Andrew von. I concetti di “danno” e “molestia” come criteri politico-criminale nell’ambito della dottrina penalistica angloamericana in FIANDACA, Giovanni & FRANCOLINI, Giovanni. *Sulla legittimazione del diritto penale: culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*. Torino: G. Giappichelli, 2008, pp.29-42.

Parece não ser uma boa alternativa a escolha do *offense principle* para justificar a antecipação da tutela penal, já que permite a criminalização de ofensas, estados prévios ao dano, aparentemente, sem possibilidade de limitação.

---

¹⁹⁹ SEHER, Gehard. La legitimación de normas penales basada em principios y el concepto de bien jurídico. in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p.83.

3. Análise dogmática da tentativa e dos crimes de perigo abstrato como instrumentos de antecipação da tutela penal

A antecipação da tutela penal é um instrumento utilizado, principalmente para o contexto da sociedade de risco, visando maior eficácia na tutela penal. Tanto os crimes de perigo, quanto o instituto da tentativa²⁰⁰ são manifestações dessa tendência.

A tentativa pune a exposição ao perigo do bem jurídico, juntamente com a vontade de se chegar à consumação do delito²⁰¹; logo, permite uma intervenção penal anterior ao dano ao bem jurídico. Já os crimes de perigo abstrato, permitem a punição de condutas, prescindindo da comprovação da exposição ao perigo do bem jurídico.

Essa tendência de antecipação da tutela penal já era bastante comum nos regimes totalitários europeus da década de 30, principalmente na Espanha, Itália e Alemanha. Eles incorporaram parte da teoria subjetiva do injusto²⁰², criando um Direito Penal do perigo e da vontade, substituindo o Direito Penal da lesão. Nesse contexto, o crime seria legitimado pela infração do dever de fidelidade do indivíduo à comunidade, deixando de haver grande relevância da distinção entre a tentativa e a consumação.²⁰³

3. 1. A análise do perigo no Direito Penal

O próprio conceito de perigo para o Direito Penal é objeto de controvérsia doutrinária. Além das teses tradicionais sobre o tema, de base ontológica, as quais se dividem em objetivas e subjetivas, há as teses mais recentes, com enfoque normativista, que, de forma crítica, trazem uma nova abordagem sobre o tema.

O perigo para a legislação brasileira, já na “Exposição de Motivos do Código Penal de 1940”, é apresentado como uma categoria de resultado do crime, juntamente com o

²⁰⁰ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Enjuiciamiento del peligro, tentativa y delitos de peligro** in Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, v. 5, n. 9, set. 1999, pp. 415.

²⁰¹ REALE Jr, Miguel. **Instituições de Direito Penal, Parte Geral, v. I**. São Paulo: Forense, 2004, p. 281.

²⁰² TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte, Del Rey, 2000, pp.152-3. A teoria subjetiva do injusto refere-se à atribuição a uma determinada pessoa do injusto, o que dá maior relevância ao desvalor do ato. Ela surge com os partidários do neokantismo e outros autores anteriores. Mas, é retomada pelo finalismo. Ele subordina a estrutura do injusto ao conceito final da ação e dá à norma penal a função de proteger valores ético-sociais. Assim, a própria ação torna-se elemento essencial do injusto.

²⁰³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel. **El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999, p.30.

dano, mesmo que não coincida, cronologicamente, com a ação ou omissão, isto é, o perigo é entendido como um trecho da realidade²⁰⁴.

3.1. 1. As teorias objetivas para conceituar o perigo

O tratamento do tema de “perigo” no Direito Penal, no século XVIII, baseava-se em um conceito objetivo, que, segundo Reale Júnior²⁰⁵, nada mais é que um dano possível, o qual, pelas circunstâncias supervenientes, não se concretiza.

Apesar de Stübel ter sido o primeiro a se referir à ação perigosa como aquela que contém a probabilidade de um resultado lesivo para o Direito, foram von Kries e von Rohland²⁰⁶ os defensores efetivos da noção objetiva do perigo. Escriva Gregori enumera as duas características essenciais do perigo: a probabilidade de um acontecimento e o caráter danoso do mesmo. Conceitua possibilidade objetiva como determinar se certas circunstâncias indeterminadas pudessem produzir o resultado.

Rocco²⁰⁷ equipara o “perigo” a “dano possível” ou “potencial”, mas deixa bastante claro que na própria percepção do perigo deveria existir um juízo subjetivo, cujo pressuposto seria a previsibilidade do dano, possibilitando a sua existência objetiva. Assim, busca harmonizar a natureza objetiva e subjetiva do fenômeno, embora faça uma distinção quanto ao perigo subjetivo (produto de um juízo de validade particular, apenas referindo-se a quem o profere) e o objetivo (vindo da coletividade, geral).

A teoria objetiva ainda influencia diversos penalistas atuais, como Faria Costa²⁰⁸. Esse autor, ao indicar sua concepção sobre perigo, destaca que essa noção está no real construído. Seria um estágio em que se pudesse prever como possível um dano ou violação do bem jurídico. A base da sua noção de perigo encontra-se no pensamento de von Rohland e de Binding, baseado na probabilidade do acontecimento e em seu potencial danificador. Não concorda com a ideia de ver o perigo como mera possibilidade, já que

²⁰⁴HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, vol. I, tomo II**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, pp.13-14.

²⁰⁵REALE JÚNIOR, Miguel. **Dos estados de necessidade**. São Paulo: José Bushatsky, 1971, p. 59.

²⁰⁶VON ROHLAND. Die Gefahr im Strafrecht. Dorpat, 1886, pp. 1, 8, 13, 87, apud ESCRIVA GREGORI, José Maria. **La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal. Barcelona: Bosch, 1976**, p.51.

²⁰⁷ROCCO, Arturo. **Opere giuridiche, L’oggetto del reato e della tutela penal, Contributo alle teoria generali del reato e della pena**. Roma: Foro Romano, 1932, pp. 302-3.

²⁰⁸FARIA COSTA, José Francisco de . **O Perigo em Direito Penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)**. Coimbra: Coimbra, 1992, pp. 579-91. Diferencia, ainda, perigo, de risco e sorte: o perigo seria a incerteza diante do resultado negativo. A sorte seria a incerteza diante do resultado positivo. E o risco seria assumir a possibilidade de existência tanto de um resultado positivo quanto de um negativo.

não pode ser regido por "registros da generalidade", o que impede que seja medido por escalas de gradação. Esse tipo de mensuração somente seria possível através da gradação de um dos elementos da situação fática. Conclui que o perigo seria um conceito "normativo e relacional, cuja concreta determinação se faz interessadamente e em primeira linha" como um critério para imputação objetiva.

Escritor Gregori²⁰⁹ indica como tendência dos trabalhos apresentados no colóquio preparatório do X Congresso Internacional de Direito Penal a teoria objetiva.

Há duas vertentes da teoria objetiva²¹⁰. A primeira relaciona o perigo com a ação, invoca uma aproximação com a teoria da causalidade adequada²¹¹, através do emprego comum da probabilidade²¹². Também contribui para essa relação, a negação da causalidade em relação ao resultado lesivo de ações que *ex ante* não são perigosas. A corrente é criticada por usar como parâmetro todas as circunstâncias conhecidas ou possíveis de se conhecer pelo agente no momento da ação, vinculando o conceito objetivo de perigo com impressões pessoais do sujeito, tal ligação acabaria levando a uma confusão entre os conceitos de culpa e perigo. A segunda corrente relaciona o perigo com o resultado, acompanhando o desenvolvimento da teoria do bem jurídico. Ao se abandonar o conceito formal e espiritual de bem jurídico, característico do positivismo e do neokantismo, passa-se a buscar um conceito real de bem jurídico, permitindo que se analise o crime como a

²⁰⁹ ESCRIBA GREGORI, **La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1976, pp. 58- 62, tendo como base o Rapport sobre los delitos de peligro, in **Revue Internationale de Droit Pénal**, n. 1 e 2, 1969, pp. 35-7, 216 e ss; 244, 330, 338, 360-1.

²¹⁰ MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina. **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**. Universidad Complutense Madrid: Madrid, 1993, pp. 56-87.

²¹¹ Taipa de Carvalho (**Direito Penal: Parte Geral, questões fundamentais, Teoria Geral do Crime**. Coimbra: Coimbra, 2008, pp.301-318.) define como objetivo da teoria da causalidade adequada, criada por Von Kries no século XIX, a restrição da imputação de resultado a partir da eleição entre as possíveis causas de ação, daquela mais relevante para produção do resultado, segundo as regras da experiência. Taipa de Carvalho interpreta-a como um tipo de teoria da adequação social, já que utiliza-se do critério objetivo-social no lugar do conceito científico-natural de causa, normatizando esse conceito. Acredita que ela deixa de ser uma teoria da causalidade. Como críticas à teoria aponta a existência de especiais conhecimentos do agente (a qual poderia ser deixada de lado, apenas buscando-se uma imputação do resultado à conduta, sem tratar da idéia de objetividade.), imputaria o resultado mesmo que a conduta do terceiro não fosse previsível (aceitaria um nexo causal em abstrato, defendido pelos finalistas, reduzindo o ilícito ao desvalor da ação. Acredita que o caráter de previsibilidade da conduta do terceiro apenas pode ser prevista com base na própria experiência social) e que não permitiria excluir as condutas em caso de risco permitido (não aceita tal crítica pelo fato das condutas permitidas potencialmente causadoras do resultado não permitido.).

²¹² MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina. **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**. Universidad Complutense Madrid: Madrid, 1993, pp. 56-87. Essa corrente define o perigo como característica da ação. Assim, não é possível a individualização do resultado nos crimes de perigo, somente a probabilidade de ocorrência de um resultado lesivo pode ser analisada, enquanto que a teoria da adequação refere-se à aplicação de um juízo de probabilidade em uma relação de causalidade. Esse uso é explicado pela impossibilidade de conhecimento de todas as leis da natureza e de todas as circunstâncias somente baseado no juízo de necessidade. Mas, como isso é impossível deve-se averiguar a probabilidade da ocorrência de um resultado.

lesão ou exposição de perigo a um bem jurídico, do qual se exclui a referência a uma ordem metafísica de valores ou da realidade normativa.

3.1.2. As teorias subjetivas do perigo

Essa corrente é defendida por Janka, Von Buri e Finger.²¹³ Eles veem o perigo como uma ideia, um temor de um dano. Esse sentimento não seria adequado ao mundo do ser, onde apenas haveria certezas, isto é, o perigo não existe objetivamente²¹⁴, assim, se não houve um resultado lesivo é porque não havia possibilidade dessa produção. Essa corrente²¹⁵ também não aceita sequer o conceito de probabilidade, o qual traduz a incapacidade do Homem de verificar todas as circunstâncias que possam levar a um fenômeno, que acaba por originar tal temor de um dano provável.

Finger²¹⁶ defende que não existe a possibilidade autêntica em um mundo dominado pelo princípio da necessidade, formando o conceito de necessidade como reflexo do mundo real. Assim, o perigo seria uma imprecisão de ordem subjetiva, isto é, só existiria na mente. Von Buri²¹⁷ critica o perigo objetivo, já que nenhuma ação, em si mesma, pode ser considerada como perigosa. Ela depende das circunstâncias que a cercam, se essas condições não existirem, a periculosidade só pode ser algo imaginado. Mas, mesmo que elas houvessem existido, o perigo poderia não ter sido produzido na realidade. Assim, refere-se á periculosidade da ação como algo diverso da produção de determinado perigo. Appel²¹⁸ apesar de defender a teoria subjetiva, afirma que não falta ao juízo de perigo certo conteúdo objetivo, através da análise do perigo com base nas normas da experiência.

---

²¹³HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. V...cit, p. 372.

²¹⁴ESCRIVA GREGORI, José Maria. **La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1976, p. 47.

²¹⁵SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-Individual, Interesses difusos**. São Paulo: RT, 2003, p. 92.

²¹⁶Cf. FINGER, **Der Begriff der Gefahr und seine Anwendung im Strafrecht**, Praga, 1889, p.69, apud ESCRIVA GREGORI, José Maria. **La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1976, p. 48.

²¹⁷Cf. VON BURI. Über den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch, in *Der Gerichtssaal*, vol. XL, 1888, pp. 503 e ss, apud. ESCRIVA GREGORI, José Maria. **La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1976, p. 49.

²¹⁸Cf. APPEL. *Die Verbrechen der Gefährdung von Leib und Leben nach deutschen Recht*, Köln, 1931, p.11, apud ESCRIVA GREGORI, José Maria. **La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1976, p. 50.

Escriva Gregori concorda com a teoria que vincula a concepção subjetivista de perigo e a teoria de equivalência de condições. Busch²¹⁹ é um expoente dessa corrente. Defende que a teoria da equivalência das condições²²⁰ pressupõe a eliminação dos conceitos de possibilidade e probabilidade, pois o princípio da necessidade supõe a eliminação da sorte, além disso, a teoria da equivalência de condições suporia um menosprezo ao conhecimento empírico, como fonte única de conhecimento objetivo.

Pereira²²¹ critica nas teorias subjetivas, a confusão entre juízo de perigo e o próprio perigo e sua identificação com o erro. Para o autor, a incerteza diante do curso dos acontecimentos não é mero produto da limitação da mente humana. Defender tal afirmação coincide com a teoria causal determinista, a qual propõe que todos os acontecimentos estariam predispostos.

3.1.3. Teorias mistas do perigo

Nas teorias mistas, exploram-se os pontos em comum entre a objetiva e a subjetiva²²². Ambas trazem uma relação de causalidade²²³, embora a identidade entre causa e condição seja um dos postulados da teoria subjetiva do perigo, ela é mais coerente com a teoria objetiva. Como outros pontos de identidade, há a observação da realidade para classificar a ação como perigosa, além da vinculação da subjetividade ou objetividade do juízo com a pessoa que o emite.

²¹⁹Cf. BUSCH. *Gefahr und Gefährdungsvorsatz in der Dogmatik des modern Strafrechts*. Leipzig, 1897, p. 11, n. 3, apud ESCRIVA GREGORI, José Maria. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1976, p. 50.

²²⁰ TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Direito Penal: Parte Geral, questões fundamentais, Teoria Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra, 2008, pp.301-318. A teoria da equivalência das condições surge com Julius Glaser, no século XVIII, sendo desenvolvida por Von Buri. Trata do critério científico-natural da causa, isto é, uma ação seria causa de um resultado sempre que sem ela, o resultado não ocorreria, o que relaciona-se com a *conditio sine qua non*. Essa teoria seia muito importante para se excluir ações que não sejam relevantes para o resultado. Mas, muitas vezes, mesmo que não haja essa relação causal deve-se imputar o resultado à conduta como nos casos das causas paralelas de conduta (quando ou nenhuma de duas condutas gerou o resultado ou quando ambas em conjunto geraram-no) ou no caso dos crimes de omissão imprópria. A principal crítica refere-se ao alargamento excessivo do círculo de imputação do resultado à ação, e, portanto, de imputação do resultado ao agente. Assim, essa teoria acaba por igualar todas as condições sem determinar critérios para se distinguir as mais relevantes em termos normativo-jurídicos. Os seus defensores afirmavam que a relevância devia ser determinada pela existência ou não de culpa, porém seus críticos afirmavam que o problema da imputação objetiva deve ser tratado no âmbito da teoria do ilícito.

²²¹ PEREIRA, Rui Carlos. *O dolo de perigo, contribuição para a dogmática da imputação objetiva nos crimes de perigo concreto*. Lisboa: Lex, 1995, pp.20-21.

²²²ESCRIVA GREGORI, José Maria. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1976, p. 54.

²²³ROCCO, Arturo. *Opere giuridiche , L'oggetto del reato e della tutela penale, Contributo alle teoria generali del reato e della pena*. Roma: Foro Romano, 1932, pp. 302-3.

Para Mezger²²⁴, o perigo seria um conceito baseado na experiência geral, que traduz um temor fundado da lesão ao bem jurídico. Não poderia ser meramente subjetivo, pois, dependendo de quem o julgar pode adotar um critério objetivo (no caso do magistrado) ou subjetivo (no caso do agente). Além disso, permite a flexibilização dos conceitos de perigo, conforme a variação dos conhecimentos da experiência.

Poder-se-ia mencionar outros tantos autores, como Oppenheim²²⁵ que defende a probabilidade ou possibilidade como algo subjetivo, dependente do conhecimento das condições necessárias para produção de resultado, enquanto que a própria situação seria algo objetivo. Já Polaino Navarrete²²⁶, refere-se ao aspecto objetivo, que seria o conhecimento experimental, necessário para o juízo cognitivo; e um subjetivo, referente ao cálculo do resultado lesivo. Petrocelli²²⁷ afirma que o elemento objetivo do perigo refere-se à relação de causalidade; enquanto que o subjetivo seria o juízo que relaciona tal fator com o resultado devido, estabelecendo a possibilidade relevante de produção do próprio resultado. Barbero Santos²²⁸ entende perigo como a probabilidade de lesão a um bem jurídico.

Hungria²²⁹ diz que a sensação de perigo é sempre subjetiva, dada pela probabilidade do dano, porém, a situação à qual o objeto é exposto é sempre objetiva. Nesse caso, há um raciocínio de perigo é sempre silogístico: há uma premissa maior, os parâmetros dados pela experiência; e uma menor, o conhecimento das circunstâncias. Sendo assim, há perigo quando, diante das regras da experiência, possa-se esperar que surja dano da situação fática. Segundo Silveira, a atividade só pode ser considerada perigosa mediante um juízo de perigo que a entenda como tal e, não, meramente pela sua própria natureza.²³⁰

---

²²⁴MEZGER. Tratado de Derecho Penal, I. 1955, pp 252-3 apud ESCRIVA GREGORI, José Maria. **La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1976, pp. 54-5.

²²⁵OPPENHEIM. *Die Objekte des Verbrechens*. Basel, 1894, p. 208, apud ESCRIVA GREGORI, José Maria. **La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1976, p. 56.

²²⁶POLAINO NAVARRETE. La omisión del deber de socorro, Exégesis y comentario del artículo 489 bis del Código Penal in Revista de la Universidad de Madrid, 1959, III, p.426, apud. ESCRIVA GREGORI. **La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1976, p. 57.

²²⁷PETROCELLI. La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica. Padova, 1940, apud ESCRIVA GREGORI, José Maria. **La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1976, p. 57.

²²⁸BARBERO SANTOS. Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto in Separata del Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1973, p. 493, apud ESCRIVA GREGORI. **La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1976, pp. 61.

²²⁹HUNGRIA, Nelson, **Comentário ao Código Penal, vol. I, tomo V**, Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 373.

²³⁰SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-Individual, Interesses difusos**. São Paul: RT, 2003, p.93

3.1.4. A busca por um conceito normativo de perigo

A doutrina passa a buscar critérios objetivos, para que se possa configurar o perigo concreto, afastando-se das teorias causais naturalistas, de base meramente ontológica.

Já pode ser considerado um indicativo dessa busca a tese ontológica de Horn²³¹, a qual funda a teoria científico-natural do resultado de perigo. Segundo ela, somente haveria perigo concreto quando o resultado lesivo tivesse deixado de ocorrer por alguma razão incompreensível, de acordo com as demais leis causais. Define perigo²³² como um estado das coisas que, conforme a lei da experiência, seria a causa da lesão. Horn busca um conceito axiológico de perigo que provoque um sentimento de injusto semelhante ao da lesão, porém, sua explicação causalista, baseada nas leis de causalidade e impossibilidade excluiria qualquer possibilidade de um juízo valorativo. Para Schünemann²³³, a existência ou não do perigo não pode depender da explicação sobre a causa da não produção do resultado, mas se era possível confiar na produção de um resultado. Considera a visão de Horn por demais baseada na teoria causal-monista, o que impediria a análise do conceito de perigo, como configurado na vida moderna.

Wolter²³⁴ com sua teoria normativa do resultado de perigo chega a conclusões semelhantes. Segundo essa teoria, todas as circunstâncias que abram possibilidade de salvamento excluiriam o perigo, mesmo as extraordinárias. Ele somente existirá²³⁵ se outra circunstância extraordinária impedisse a conduta salvadora. Mas, é bastante criticada porque a própria existência das circunstâncias de salvamento também seria imprevisível ao agente, assim como da circunstância extraordinária que as impeça.

Roxin critica essa teoria, pelo seu caráter restritivo do conceito de perigo concreto, já que exige uma investigação posterior exaustiva para poder configurar o perigo. Além disso, crê que o próprio parâmetro das leis causais não seria sempre convincente. Já

²³¹ HORN. Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, p.161. apud ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General.t.1: Fundamentos. La estructura de La teoría del delito.** Madrid: Civitas, 1997, p. 404.

²³² HORN. Gefährdungsdelikte, 1973, pp. 144 e ss apud RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 49. n.104, p.51

²³³ SCHÜNEMANN. JA, 1975, 796 apud RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p.53

²³⁴ WOLTER. Zurechnung, 1981, p. 219, JuS 1978, 748 e ss. apud RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 49. n.106, p.51.

²³⁵ WOLTER. Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafta System, 1981, pp.223 e ss apud ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General.t.1: Fundamentos. La estructura de La teoría del delito.** Madrid: Civitas, 1997, p.406, n.197 a 199.

Schünemann²³⁶ critica a proposta de Wolter, principalmente no que se refere à admissão de todas as circunstâncias como causa de salvamento, excludentes do perigo, permitindo a relativização das exigências valorativas e do princípio de segurança. Se as excepcionais qualidades da potencial vítima não forem de conhecimento do autor deveriam ter o tratamento de qualquer outra circunstância causal não previsível. Aceita exclusão do perigo concreto somente aquelas que possam ser conhecidas *ex ante*.

O conceito normativo de perigo, cujo significado funcional só se entende dentro da estrutura de cada tipo, rechaçando os conceitos causais naturalistas, só começa a ser cogitado com von Hippel²³⁷, embora sua elaboração somente tenha se dado com Schünemann e Demuth.

Schünemann²³⁸ destacou que o conceito-chave do perigo está na consideração da causa salvamento como aquela que impediria o resultado danoso. O perigo surge quando a causa de salvamento vem de fatores atípicos, os quais não podem ter o desfecho controlado pelo agir humano. Defende que a função do conceito de perigo concreto consiste em valorar as causas salvadoras e não levar em consideração aquelas cuja intervenção não se possa confiar conforme a estrita ordem do âmbito vital afetado. A partir desse princípio de confiança no sentido amplo, propõe o conceito do perigo normativo. Suas bases estariam tanto na ação típica como no objeto de bem jurídico individual também típico, cuja exposição ao perigo questiona-se. Assim, o perigo seria uma consequência adequada da ação, que aparece como uma possibilidade imediata, diferente das teorias ontológicas, propõe que o grau de probabilidade deve apresentar no próprio tipo fatores para essa constatação. Considera, também, que as causas salvadoras referem-se a um desenrolar anormal do curso causal, que não deve ser considerado para excluir a responsabilidade dos crimes de perigo concreto. Somente excluiriam a imputabilidade aqueles meios salvadores domináveis pelo agente, os quais fossem capazes de excluir a periculosidade da ação, não, a causalidade. Não seriam consideradas as circunstâncias anormais, como conhecimentos especiais da vítima e circunstâncias afortunadas.

---

²³⁶SCHÜNEMANN. JA, 1975, 795 apud RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 49. n.106, p.53.

²³⁷VON HIPPEL. ZStW ,75, 1963, apud RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p.53.

²³⁸SCHÜNEMANN. JA, 1975, 795 apud RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 49. n.106, p.53.

Roxin filia-se à teoria normativa do resultado de perigo de Schünemann²³⁹, principalmente devido à possibilidade de responsabilidade penal, em todas aquelas circunstâncias que expressem extrema destreza da vítima ou circunstâncias inesperadas.

Demuth²⁴⁰ entende o perigo como crise aguda do bem jurídico, dada no momento em que tenha ultrapassado a possibilidade de se evitar o dano com segurança, segundo medidas defensivas normais. Elabora²⁴¹ seu conceito de perigo a partir do resultado de perigo e seu aspecto valorativo. O resultado de perigo teria tanto uma função interpretativa como de filtro de seleção das ações especialmente aptas para lesionar bens jurídicos. Além disso, seria um modo de prevenção geral de condutas e de adiantamento da proteção de bens jurídicos.

Essas funções somente poderiam ser cumpridas se o sentimento do perigo criasse uma sensação semelhante à lesão, tanto para a sociedade, como para o próprio autor. Tal sentimento surge quando o perigo represente uma realidade social, na forma de uma crise aguda ao bem jurídico, através da sensação de ameaça. No ponto de vista valorativo, ela se daria quando já não se pudesse mais evitar o dano por meio de medidas preventivas e as possíveis causas salvadoras, seriam apenas produto da eventualidade, determinando a insegurança. O critério valorativo seria a normalidade das causas salvadoras, sua dominabilidade ou não, através do ponto de vista da confiança. Demuth define o perigo como uma situação que representa uma ameaça exteriorizada para um bem jurídico já não controlável pelos meios normais, gerando um sentimento de insegurança.

Cramer²⁴² entende que o perigo concreto seria uma situação em que não se possa mais, com segurança, evitar o dano, relegando à eventualidade a sua produção. Nesse caso, o tipo deve exigir um resultado de perigo concreto, incidindo a ação sobre a segurança do bem jurídico determinado. Para Kindhäuser²⁴³, o conceito de perigo seria normativo, referindo-se à possibilidade de um acontecimento indesejável por um observador. Também significaria a incapacidade física, psíquica ou cognitiva de poder evitar intencionalmente a

²³⁹ SCHÜNEMANN, Moderne Tendenzen in der Dogmatik Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA, 1975, pp. 793 e ss apud ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General.t.1: Fundamentos. La estructura de La teoría del delito.** Madrid: Civitas, 1997, n.193, p.405.

²⁴⁰ DEMUTH. Der normative Gefahr Begriff. 1980, pp. 197 e ss apud ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General.t.1: Fundamentos. La estructura de La teoría del delito.** Madrid: Civitas, 1997, p.406, n.197.

²⁴¹ DEMUTH. Gefahrbegriff, 1980, 184 e ss, ZStW ,75, 1963 apud RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, n.118, p.54.

²⁴² CRAMER. Straßenverkehrsrecht, I, 2ª, 1977, 716, ss; SCHONKE, SCHRODER, StGB, 24ª, 1991, n.5, §306 apud RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 49. n.106, p.53, p.55.

²⁴³ KINDHÄUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal. In KINDHÄUSER, Urs. **Teoría de las normas y sistemática del delito.** Lima: Ara, 2008, pp.41-61.

produção de um dano quando se executa um comportamento. Dessa forma, o perigo seria a insegurança consciente.

3.1.5. Juízo de perigo

A possibilidade de reconhecer uma situação ou ação requer sempre um juízo. Esse será sempre dificultado pelo problema gnosiológico em si e pelo cálculo acerca da produção ou não de um acontecimento.

Há divergência²⁴⁴ quanto às circunstâncias que devem ser levadas em conta para se realizar o juízo de perigo. Uma das correntes defende que devem ser considerados os fatos conhecidos pelo autor. Essa postura favoreceria aqueles que sempre têm falta de atenção e não conduziria a um conceito geral de perigo, já que se consideram individualmente os conhecimentos dos agentes. Uma segunda postura leva em conta os dados que são de conhecimento do “homem médio”. Mas, mesmo os conhecimentos do “homem médio” podem resultar insuficientes para determinado conhecimento da situação, sendo necessário o parecer de um perito. Assim, passa-se a exigir o *plus* de conhecimentos que o autor pudesse ter. A quarta corrente tenta sanar os defeitos das anteriores, através da consideração de todos os fatos acessíveis ao conhecimento humano no momento da ação, ainda que se tenham descoberto pelo autor depois de sua ocorrência.

Outro ponto importante do juízo de perigo é o tempo do juízo: o momento em que o julgador deve se colocar para julgar; e o momento em que se deve entender a existência de um perigo.

Segundo Mendez Rodrigues²⁴⁵, a adoção do momento *ex post* para o juízo de perigo é consequência lógica da definição objetiva do conceito de perigo de sua necessária atribuição ao resultado. Assim, devem ser consideradas todas as circunstâncias, independente do momento no qual elas se tenham produzido. Critica o modelo *ex ante*, que

²⁴⁴ESCRIVA GREGORI, José Maria. **La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1976, pp. 9-14, 75-90, 103.

²⁴⁵A tese de Angioni (**Il pericolo come elemento della fattispecie penale**. Sassari: Chiarella, 1984 apud MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina. **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**. Madrid: Universidad Complutense Madrid, 1993, pp. 102-117) traria a dificuldade em se admitir na base do juízo todas as circunstâncias inclusive as posteriores ao fato típico e a referência a um momento anterior ao resultado. Também a possibilidade de introdução de circunstâncias futuras à ação na análise do perigo é crítica pela autora, já que até mesmo o próprio Angioni admite a complexidade de tal juízo, o qual permitiria infinitas considerações de probabilidade futuras. Ele recomendaria que o juiz levasse em consideração todas as circunstâncias da situação, mas, por serem prováveis, não deveriam servir como parâmetro do juízo. Afirmção que é contraditória, pois a função dos parâmetros do juízo é justamente fornecer critérios ao julgador para realizar a avaliação sobre o perigo.

defende a relevância das circunstâncias que eram reconhecíveis no momento do fato, ficando-se muito vinculado ao juízo do agente, dificultando a análise pelo juiz, situado *ex post* da situação.

Indica como um modo intermediário entre esses dois juízos seria o de Angioni de base ontológica total *ex ante*, o qual defende a consideração de todas as circunstâncias, mas com a condição de terem se realizado em um momento anterior ao resultado lesivo.

Essa tese parte da necessidade do juízo de perigo ser prognóstico, vinculado à periculosidade da ação, desconsiderando o desfecho dos acontecimentos. Dessa forma, não se desconsiderariam circunstâncias relevantes que ocorreram após o momento da ação, como se dá na análise *ex ante*. Angioni acredita que essa abstração pode desfigurá-lo, deixando de ser objetivo.

Sobre o juízo *ex post*, acredita que ou se consideram todas as circunstâncias, inclusive após o fato típico ou faz-se uma abstração consciente e voluntária de certas características. Adverte que depois de realizada essa abstração, surgiria algo diverso da realidade, já que não se deve considerar o resultado produzido, sendo um juízo formal do perigo. Para Angioni, o problema do juízo *ex post* é a inexistência de espaço para a probabilidade. Considera como uma condição insuperável o resultado lesivo, pois não se pode deixar de considerar perigosa uma conduta que tenha causado dano. Mendez Rodriguez interpreta nessa postura o objetivo mediato do legislador de prevenção de resultados lesivos.

Schröder²⁴⁶ questiona sobre a conveniência de considerar todas as circunstâncias, quando a avaliação da situação levasse ao juízo de impossibilidade do resultado, mas acontecimentos posteriores levem a crer que os pressupostos do resultado estivessem presentes, ainda que esse mesmo juízo não fosse o do momento da ação. Acredita que se deve realizar o juízo com base na experiência geral, mesmo com a possibilidade de erro. Assim, os crimes de perigo concreto acabam por adotar a teoria da *conditio sine qua non*, o qual determina que se prove a existência de todas as circunstâncias necessárias para a ação.

Para Mendez Rodrigues, alguns autores retiram da tese de Schröder conclusões além daquelas que esse autor pretendia. Considera que, não só o resultado comprova a periculosidade da ação, mas também a inexistência dele comprovaria a ausência de periculosidade. Schröder busca trazer mais objetividade ao juízo tradicional *ex ante* de

---

²⁴⁶ SCHRÖDER. Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, in ZStW, 1969 apud MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina. **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**. Madrid: Universidad Complutense Madrid, 1993, n. 122-3, p.107

perigo, a partir da consideração das circunstâncias que se produziram após o fato típico. Essa associação acabaria confundindo seus intérpretes.

Há também a teoria ontológica de Horn. Segundo ele, o perigo sendo elemento dos tipos penais, deve ser determinado posteriormente à ação. Horn usa dois tipos de leis causais para realizar o juízo de perigo, as abstratas (regras da experiência, que podem não ser válidas, diante de circunstâncias impeditivas, posteriores à ação); e as concretas (que traz a verificação se um fato ocasionou, na realidade, um resultado, segundo uma determinada lei de causalidade abstrata, sempre que nesse caso concreto não houvesse outras circunstâncias que tenham condicionado o resultado e que não estivessem incluídas na lei abstrata).

Mendez Rodriguez acredita que o principal problema de Horn seria o de determinar o grau de concretização da regra da experiência. Deve-se recorrer à base ontológica para se determinar a regra de experiência, mas essa base traria a inexistência da lesão. E, se ele afirma que os fatos ocorridos seriam decorrentes de uma lei de impossibilidade, suas premissas são contraditórias. Essa inconsistência fica evidente diante de sua conceituação dos crimes de dano como os coerentes com as regras da experiência enquanto os de perigo, relacionados à probabilidade de um resultado de lesão. Mendez Rodrigues conclui que a postura *ex post* não é frutífera devido à referência que sempre é feita ao resultado de dano, embora sempre se parta de premissas contrárias.

Schünemann também constrói a relação de perigo de um modo parecido com o de Angioni, isto é, uma ação perigosa com resultado lesivo hipotético ou provável. Constrói a base do juízo conforme a causalidade adequada, através da periculosidade da ação. Ela somente seria eliminada através dos meios de salvamento gerais, e, não, através dos conhecimentos especiais da vítima ou por circunstâncias do acaso. Essa eliminação também seria uma abstração da situação real. Mendez Rodrigues critica essa tese. Com a inclusão da causalidade adequada que traz o critério da previsibilidade, retorna a confusão entre objetividade e subjetividade. O juízo baseado na causalidade adequada trata-se de um juízo de acordo com a perspectiva do autor, que não pode ser averiguado por um espectador objetivo *ex post*. Confunde-se, portanto, o juízo sobre a culpa e sobre um elemento objetivo. Além disso, cria-se a dificuldade de se classificar as circunstâncias entre extraordinárias e previsíveis

Para os autores do relatório italiano da reunião preparatória do X Congresso Internacional de Direito Penal²⁴⁷, quando a periculosidade estiver vinculada com a conduta, haverá um juízo *ex ante*, no momento da conduta, considerando as circunstâncias conhecidas ou que poderiam ser conhecidas pelo autor, não abrangendo as circunstâncias concomitantes ou posteriores que o autor não conhecia ou não podia conhecer.

Escriva Gregori entende que se deve proceder de modo diferente quando se vai apreciar uma situação produzida como consequência da conduta. Defende que, no resultado, deve-se ter como parâmetro os conhecimentos de toda ordem. Nesse caso, a maior concreção do juízo permite falar de perigo concreto, permitindo que a distinção entre abstrato e concreto seja dada pelo próprio juízo. Além disso, defende que quando se trata de julgar, não se deve recortar o campo de conhecimentos, tanto de ordem fática como nomológica. Seria diferente julgar a periculosidade da ação de analisar o conhecimento do agente. Permite, inclusive, que se trate o caso de acordo com os conhecimentos empíricos da época do julgamento. Conclui que a lesão causada pela ação ou situação perigosa, é prova da existência de uma situação perigosa anterior, contudo tal juízo não tem relação com a possibilidade da responsabilidade ser afastada pela inexistência de dolo ou culpa.

3.1.6. A tutela jurídico-penal do perigo de dano, justificada pelo harm principle:

Buscam-se na Common Law, através do *harm principle*, argumentos para se solucionar as questões da legitimidade da tutela penal, principalmente, nos casos de sua antecipação. É bastante apropriado, portanto, que se trate de suas possíveis contribuições ao tema da configuração do perigo.

Para Feinberg²⁴⁸, a aplicação do *harm principle* como critério de criminalização de condutas deve ser baseada em generalizações empíricas sobre os efeitos possíveis de ações perigosas sobre interesses tutelados. Aceita²⁴⁹ que o risco de consequências danosas possa ser comparado ao dano efetivo, admitindo, inclusive as formas de crimes de perigo abstrato. Justifica essa posição pela abertura trazida pelo risco para a possibilidade de

²⁴⁷ ESCRIVA GREGORI, José Maria. **La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1976, pp. 9-14 e 75-90.

²⁴⁸ FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of the Criminal Law, v. 1, Harm to Others**. New York: Oxford University Press, 1984, pp.190-3.

²⁴⁹ HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y “el principio del daño” in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang (ed), **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p.40.

danos futuros, para cuja análise será determinante a probabilidade e a gravidade do eventual dano a produzir²⁵⁰.

Nos casos em que haja uma probabilidade de dano um pouco maior do que o limite da insignificância, até cerca de 50%, não seria razoável²⁵¹ a aplicação da coerção estatal. Sendo assim, pequenas interferências, bem no limite do que se possa considerar dano, não seriam suficientes para uma coerção legal baseada no *harm principle*. Seria uma expressão da máxima, *De minimis non curat lex*. Assim, o próprio *harm principle* já sugere que a intervenção penal sobre o mínimo causará mais dano do que prevenirá. Feinberg vincula essa conclusão a uma filosofia moral utilitarista geral, a qual busca que cidadãos e Legislador maximizem os benefícios e minimizem os danos.

Haveria, portanto, uma proporção inversa entre magnitude e probabilidade do dano: quanto mais provável o dano, menor deve ser sua magnitude para justificar a coerção. Porém, quanto maior o dano, menor sua probabilidade para identificar a necessidade da intervenção penal. O composto de magnitude e probabilidade, segundo Feinberg, constituiria o risco. Além disso, pondera um terceiro fator, o valor da conduta perigosa para o agente, para os terceiros afetados por ela e para a sociedade em geral. Assim, acredita que quanto maior a utilidade social do ato ou atividade em questão, maior deve ser o risco de dano para que sua punição seja justificável.

Segundo Simester e Hirsch²⁵², muitas ofensas de perigo podem ser adequadas ao *harm principle* se consideradas como uma antecipação de tutela. Assim, se o dano final não ocorrer, a criminalização não será legítima, já que a análise de padrões de dano é apenas probabilística. Portanto, o juízo de legitimidade desses crimes está vinculado à maior ou menor probabilidade de dano. Além disso, a antijuridicidade da conduta também deve ser analisada de acordo com a reprovabilidade dos riscos gerados pela conduta do agente, classificados de acordo com o método do “*standart harm analysis*” (padrões para análises de dano). Dessa forma, somente as condutas que originem riscos inaceitáveis poderiam ser criminalizadas de acordo com o *harm principle*. Porém, não chegam a

---

²⁵⁰ Alldridge (**The moral limits of the crime of Money laundering** in Buffalo Criminal Law Review, v.5:1,2001, pp.279-319) analisa a lei inglesa e do país de Gales sobre a lavagem de dinheiro, no que se refere a sua legitimidade em relação ao *harm principle*. Os argumentos econômicos legitimadores dessa criminalização sugerem que certa lavagem de dinheiro criaria condições para certo efeito econômico. Assim, esse risco deve ser quantificado e provado. Sem a prova do risco, não haveria fundamento para a punição, diante da inexistência de dano.

²⁵¹ FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of the Criminal Law, v. 1, Harm to Others**. New York: Oxford University Press, 1984, pp.190-3.

²⁵² SIMESTER, Andrew & HIRSCH, Andrew von. Remote harms and Non-constitutive Crimes in **Criminal Justice Ethics**, v.28, n.1, may 2009, pp.93, 94.

dispensar o critério do *harm principle* em relação aos efeitos dessas condutas, impedindo a punição dos atos preparatórios na tentativa desses crimes. Essa restrição à intervenção penal deve-se à dificuldade de se traçar o nexo de causalidade entre os atos preparatórios e o dano final, ficando suscetível a diversas contingências.

Consideram que os casos de perigo concreto, analisados *ex ante*, não trariam qualquer contribuição para o “*standart harm analysis*”, bastando, para esses casos, uma ponderação entre a gravidade do dano possível e a adequação da conduta perigosa proibida. Dão maior importância para o perigo abstrato, quando as condutas apenas geram risco se houver certas contingências, embora a proibição mantenha-se vigente, mesmo quando essas condições estiverem ausentes e o agente esteja consciente disso.

Justificam esses crimes pela necessidade prática. Provar que as condutas eram inofensivas pode causar dificuldades intransponíveis para a aplicação da lei, seriam mais eficazes na prevenção de riscos, inclusive, do perigo concreto. Além disso, veem uma grande utilidade nesses crimes para a gestão de riscos. Como esses crimes pré-determinam as condutas apropriadas para evitar o dano, isentam o agente da responsabilidade sobre juízos referentes às condições existentes em determinada situação concreta, inclusive de perigo concreto. Evitariam que a tendência humana de julgamentos errôneos e ilusórios sobre as condições de uma situação provoquem o dano. Assim, os agentes bem-intencionados não seriam punidos baseados meramente em um mau julgamento, porém, também limitam as opções daqueles cujas avaliações de risco são corretas²⁵³.

Acrescentam aos argumentos a favor da expansão da tutela penal a proteção não só ao interesse, mas ao “direito de não ser lesionado”²⁵⁴.

Percebe-se que o *harm principle* apenas limita a antecipação da tutela penal, no que se refere à vedação da punição de atos preparatórios em crimes de perigo, tal como é a regra geral no sistema romano-germânico.

---

²⁵³ Para evitar esse tipo de problema, Simester e Hirsch (Remote harms and Non-constitutive Crimes in **Criminal Justice Ethics**, v.28, n.1, may 2009, p. 96.) indicam diversos caminhos. Um deles seria a questão das obrigações cooperativas entre os participantes de atividades mútuas. Dividem os crimes de perigo abstrato que tutelam os participantes de uma atividade e os que protegem terceiros. As regras de proteção interna referem-se à necessidade de proteção recíproca. Mas, as que se referem a um esquema de proteção recíproca de todos legitimam sua coercividade inclusive para os de habilidade superior. Nesse caso, todos os participantes têm interesse na eficácia do esquema e o interesse fundamenta a responsabilidade de todos. Porém, se o fundamento daquele crime for sua utilidade para o próprio agente, haverá uma regulamentação paternalista. A conduta do agente que tenha habilidades superiores capazes de tornar inofensiva a conduta proibida seria má e egoísta, principalmente, em casos em que se regulamentam atividades de interação com os demais, como o trânsito.

²⁵⁴ De certa forma, referem-se à idéia de direito à segurança, de modo semelhante ao previsto por Kindhäuser (Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal. In KINDHÄUSER, Urs. **Teoría de las normas y sistemática del delito**. Lima:Ara, 2008, pp.41-61).

3.1.7. Relevância penal do perigo

Há diferença entre perigo normal, ou risco permitido, e aquele relevante para o Direito Penal. São consideradas permitidas atividades perigosas, mas cuja prática possa ser classificada como adequada.²⁵⁵ Já Hungria destacava a controvérsia na doutrina quanto ao grau em que o perigo passa a ser penalmente relevante²⁵⁶.

Faria da Costa²⁵⁷ assume a possibilidade da incerteza no campo do Direito Penal, desde que seja possível controlar a gradação da mesma. Distingue uma situação de incerteza de uma de risco. Na primeira, de cada decisão tomada podem surgir vários resultados; enquanto que, na segunda, pode-se determinar a probabilidade da ocorrência de cada resultado. Para analisar o perigo, devem-se descartar todas as situações de determinação absoluta e as de indeterminação absoluta. Define uma situação de risco como aquela em que a produção do resultado desvalioso tivesse mais da metade da probabilidade de acontecer. Mas, questiona sobre a existência de uma situação de risco, se houvesse menos da metade da probabilidade de se concretizar. Nesse caso, haveria uma ampliação da punibilidade, que será legítima desde que se dê dentro de um mínimo de determinação.

Exige uma "possibilidade relevante" da produção do resultado para determinar a existência de uma situação penalmente relevante de perigo. Conclui que o perigo seria sempre um "juízo relacional", isto é, só existiria perigo diante do referencial, o bem jurídico. Dessa forma, apenas o juízo em concreto pelo intérprete-aplicador das circunstâncias é que tornaria verdadeiramente relevante a existência de uma situação perigosa. Assim, o resultado de perigo, diferente do crime de dano, se solidificaria certo tempo após a realização da ação e, não, no momento da violação.

Conclui que a situação de perigo só ganharia contornos com a ideia de duração. Isso se dá pela necessidade de ser tido como um elemento do tipo, tendo portanto, necessariamente, a característica de continuidade. Além disso, o perigo só seria penalmente

²⁵⁵ESCRIVA GREGORI, José Maria. **La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1976, p.63.

²⁵⁶HUNGRIA, Nelson. **Comentário ao Código Penal, vol. I, V** Rio de Janeiro, Forense, 1958, pp.375-6. Menciona que Finger, Rocco e Florian defendem que a mera possibilidade de existência do dano já torna o perigo suficientemente relevante. Rocco afirma que para a consumação dos delitos de perigo ou de ameaça basta o efeito direto e imediato de um perigo. Já Rohland, Von Hippel, Belling, Löffler, Hafter, Massari, Antolisei, Janitti di Guyana exigiam a necessidade de se considerar como parâmetro para se calcular a probabilidade de dano as normas da experiência. Somente Merkel e von Kries exigem “notável possibilidade”. Para Grispigni, o perigo só pode ter importância prática se a possibilidade para sua efetivação for importante. Löffler afirma que certos perigos são aceitáveis para a vida cotidiana e, por isso, irrelevantes para o Direito Penal.

²⁵⁷FARIA COSTA, José Francisco de . **O Perigo em Direito Penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)**. Coimbra: Coimbra, 1992, pp. 591-602.

relevante quando fosse presente, embora o intérprete-julgador sempre analise situações ocorridas no passado, deve analisá-las como se fosse presente. Esse seria o critério da prognose póstuma, que segue a ideia de probabilidade. Defende a necessidade de se pensar no conteúdo e intencionalidade das regras da experiência, que representam um critério fundamental para a definição do perigo jurídico-penalmente relevante. As regras de experiência seriam uma espécie de elo entre o caso concreto e a norma abstrata. Elas seriam parte do "saber comum", pertencente a qualquer "homem avisado".

Já Welzel²⁵⁸ trata do conceito de perigo criando o conceito de “risco permitido”, no âmbito dos crimes culposos. De acordo com ele, certas atividades essenciais, apesar de causar certo risco aos bens protegidos, são permitidas. São consideradas legítimas, ainda que o perigo se materialize, desde que se respeitem as medidas de segurança necessárias. O risco permitido figurava como uma das causas de exclusão do injusto, indicando ausência do desvalor da ação.

Também a teoria funcional teleológica²⁵⁹ do ilícito permite que a imputação objetiva somente considere como típica a realização de um risco não permitido dentro do alcance do tipo. Assim, limita-se a atuação do Direito Penal para a defesa do indivíduo e da sociedade de riscos intoleráveis. A possibilidade de definição do que seria tido como intolerável permite a abertura da dogmática para considerações político-criminais e empíricas, trazendo a multidisciplinaridade para permitir a interpretação jurídico-penal do tipo.

O conceito de risco permitido seria definido de acordo com a interpretação de cada tipo penal, com o auxílio da política criminal, excluindo a possibilidade de conceitos apriorísticos sobre o risco, se ele não estiver previamente determinado na lei penal, deve ser considerado a partir de investigações empíricas. Diante disso, Roxin considera que a controvérsia sobre a legitimidade dos crimes de perigo abstrato só pode ser discutida tendo-se em mente a exposição ao perigo de um bem jurídico concreto, através de considerações empíricas e político-criminais, não sendo possível uma análise em bloco, levando à negação ou aceitação de toda essa categoria de crimes.

---

²⁵⁸ WELZEL, Hans. Culpa e delitos de circulação: sobre a Dogmática dos Crimes Culposos in **Revista de Direito Penal**, jul-set de 1971, pp.13-43.

²⁵⁹ ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. in GRECO, Luís – NETTO, Fernando Gama de Miranda. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 78-82.

3.2. A questão do desvalor da ação e do resultado na antecipação da tutela penal:

Na antecipação da tutela penal, criminalizam-se condutas perigosas a bens jurídicos. Já a teoria do injusto foi criada tendo-se como modelo o crime de dano, cabendo questionar sobre a adequação dos instrumentos de antecipação da tutela penal e a teoria do injusto.

3.2.1. Da importância do conceito de ação

A importância do conceito de ação deriva da própria configuração do Direito Penal do Fato. De acordo com ele²⁶⁰, a punibilidade vincula-se a uma ação concreta descrita tipicamente e a sanção representa só a resposta de um fato individual, sem qualquer relação com a condução da vida do autor ou aos perigos que no futuro se esperam do mesmo. Em contraposição a ele, tem-se o Direito Penal do Autor, o qual consistiria na vinculação da pena à personalidade do autor, isto é, o modo de ser do cidadão seria o objeto da censura legal.

O princípio liberal do *nullum crimen nulla poena sine lege* favorece mais um direito penal do fato. A necessária taxatividade do tipo penal parece ser muito mais adequada à descrição de condutas do que à punição da personalidade do agente.

Encontra-se na doutrina²⁶¹ um vasto desenvolvimento sobre o conceito de ação. Para os fins limitados desse estudo, buscou-se dar ênfase à apenas aos que trariam efeitos para o desenvolvimento da teoria do desvalor da ação, em relação ao tema da tentativa nos crimes de perigo abstrato.

Para Welzel²⁶², toda ação humana seria uma atividade final, dada a capacidade humana de previsibilidade das consequências de sua conduta, permitindo dirigir a ação para determinado fim. Conclui que a vontade consciente de certo fim regeria o acontecer causal. Esse direcionamento inicia-se na esfera do pensamento com a antecipação do fim e

²⁶⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas, 1997, pp.176-184.

²⁶¹ Polaino Navarrete (¿Qué queda del concepto de acción em la dogmática atual? Sobre la naturaleza y función del concepto de acción em Derecho Penal. In GARCÍA VALDÉS, Carlos et alli (coord). **Estudios Penales em homenaje a Enrique Gimbernat**. Madrid: Edisofer, 2008, pp. 1487-1518.) indica como principais conceitos de ação o causal, o neoclássico, o social, o finalista, o negativo, o adstritivo, o pessoal de Roxin, o relacional, o intencional, e o conceito de ação como resultado evitável de Jakobs.

²⁶² WELZEL, Hans. **Derecho Penal aleman: parte general**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 39.

a escolha dos meios para alcançá-lo, culminando na realização da ação, conforme o plano do agente²⁶³.

Roxin²⁶⁴ afirma que os conceitos de ação anteriores ao finalismo podem ser considerados como voltados apenas à lei penal, sem qualquer consequência prática. Já o conceito de ação finalista, não seria uma abstração dos tipos penais, busca apreender a essência pré-existente do ser, vinculando o legislador ao seu conceito de ação pré-jurídico. O conceito de Roxin, no entanto, analisa a ação como uma manifestação da personalidade do sujeito, submetida ao controle do ego, sendo, portanto, possível a imputação ao agente, como centro anímico-espiritual da ação.

Não aceita a tese welzeniana da finalidade como um conceito ontológico da mesma forma que a causalidade. Para Roxin, haveria apenas conteúdos de significação social dos fenômenos jurídicos, os quais não podem ser entendidos como domínios causais.

Acredita que o conceito de ação finalista também admitiria a ideia de sentido, o qual pode ser determinado apenas pelo ordenamento jurídico, sem que exista a necessidade do recurso do domínio causal para entender o sentido das circunstâncias fáticas. Ao se permitir esses elementos de sentido, perder-se-ia a sua fundamentação de pré-existência ontológica, tornando-o um conceito jurídico-normativo.

Na teoria de Roxin, a finalidade da ação depende daquela determinada no tipo, isto é, os elementos de significação relevantes seriam escolhidos unicamente pelo legislador. A pena deveria ser aplicada levando-se em conta o conhecimento que o autor teria da danosidade social de sua conduta²⁶⁵.

---

²⁶³ Zielinski (**Disvalor de acción y disvalor de resultado em el concepto de ilícito: análisis de la estructura de la fundamentación del ilícito**. Buenos Aires: Hammurabi, 1990, pp.83-90) critica o conceito de ação final, por buscar um conceito ontológico de ação e sua consequência à teoria do ilícito, isto é, a de que a ação previamente dada seria o substrato para a valoração do ilícito e da culpabilidade. Assim, permitiria a separação da análise da finalidade da ação e da consciência do ilícito. Segundo ele, não existiria um conceito pré-jurídico de ação. Ele deve ser construído pelo Direito, por razões de conveniência. Sua crítica baseia-se na filosofia neokantiana, que propõe como método, segundo o qual, o próprio estudo criaria o objeto científico. Assim, o fundamento ontológico não existiria, apesar da referência ao conhecimento empírico que é trazida ao conceito de ação, para que haja o tratamento do tema pelo Direito, é essencial o estabelecimento de seu fundamento e, com base nele, criar a regulamentação jurídica.

²⁶⁴ ROXIN, Claus. Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação. in ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Lisboa:Veja, 1998, pp. 91-142.

²⁶⁵ Zielinski (**Disvalor de acción y disvalor de resultado em el concepto de ilícito: análisis de la estructura de la fundamentación del ilícito**. Buenos Aires: Hammurabi, 1990, p.91)critica Roxin, pois entende que ele não chega a abordar de modo correto a questão. Segundo ele, Welzel defende que a dimensão de sentido não está desligada da finalidade da ação. Acredita que o mundo social seria mais complexo do que o abarcado pelo Direito. Diversos tipos penais são pré-jurídicos, sendo que o Direito apenas os acolhe. Roxin limitar-se-ia a buscar a finalidade juridicamente determinante nos tipos legais, já que, não estaria claro na tese finalista se deveria ser abarcado o sentido total social de ação, sua danosidade social ou somente o sentido parcial. Entende que o sentido e valoração da ação devem ser interpretados de modo teleológico. Não

Jakobs²⁶⁶ possui uma posição peculiar quanto ao conceito de ação, não permitindo o estabelecimento da diferença entre sujeito e ação. Se tanto no conceito causal de ação como no final, há necessidade da voluntariedade, não importaria sua origem. Esse pressuposto também traz consequências ao sujeito da imputação, o qual não poderia distanciar-se de sua vontade. Constrói, com base na teoria dos sistemas de Luhmann²⁶⁷, seu método de imputação. Identifica o próprio sujeito de certa conduta como um sistema de estrutura psicofísica, da qual à teoria do injusto somente interessa o *output* na forma de atos voluntários (para a teoria causal) ou de atos dirigidos (para a teoria finalista). Os impulsos, quando não exteriorizados, não são *output*, mas permanecem internamente ao sistema sujeito da imputação. Assim, o domínio de si próprio não seria ação, já que se tivesse sido movido por seus impulsos, atuaria. Jakobs encontra um erro na análise do conceito penal de ação. Deveria haver uma preocupação com o agente, com a definição de mundo exterior, e de como se pode vincular a conformação do mundo exterior com o agente (imputação). Essa exclusão do controle de impulsos do conceito de ação vem da tentativa de se formular a classe de expectativas penalmente relevantes e de suas garantias no contato social. E, portanto, não pode ser universal, mas específico para cada sociedade.

---

permite, portanto, a separação entre finalidade relevante para a ação e finalidade para culpabilidade. Para Zielinski, essa posição levaria à perda da separação entre ilícito e culpabilidade.

²⁶⁶ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1995, pp. 168-177.

²⁶⁷ Para Luhmann (El derecho como sistema social. In GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.). **Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación**. Granada: Comares, 2005, pp.69-85) o Direito somente pode ser concebido como um sistema social se for levado em consideração que esse sistema é um dos subsistema da sociedade, entre outros subsistemas. Há duas inovações a serem usadas em uma sociologia do Direito, fundamentada teoricamente. A primeira seria a teoria da diferenciação dos sistemas. A diferenciação permite estabelecer relações sistema/entorno. E o pressuposto de que essa diferenciação somente será possível através de uma cláusula auto-referencial dos sistemas, que permite distinguir suas operações do entorno. Assim, pode-se entender o caráter social do Direito e os aspectos reflexivos do próprio sistema jurídico. Devem ser evitadas as afirmações de conexão entre Direito e Sociedade. Na verdade, ele está dentro da sociedade, sendo um sistema diferenciado dentro dela. Assim, ele está sempre ocupado com a auto-reprodução (um sistema autopoietico é o que produz e reproduz seus próprios elementos mediante a interação de seus elementos) do sistema social e dele mesmo. O Direito, portanto, cumpre uma função para a sociedade e também participa da criação da realidade social. O Direito continua dependendo de seu entorno, aliás, a artificial diferenciação funcional somente evidencia essa dependência. Assim, a diferenciação produz maior complexidade das relações entre o sistema e seu entorno. Como sistema fechado, ele será completamente autônomo no que se refere às suas operações. Portanto, é uma distinção feita em relação às operações, não no que se refere às instituições. O Direito trata de expectativas normativas que se mantém mesmo em caso de conflito, isto é, possuem estabilidade contra-fática. Possui a função de solucionar conflitos. Trabalha com um código binário, que contenha o valor positivo (legal) ou negativo (ilegal). A auto-regulação do sistema refere-se à possibilidade do Direito ajustar suas reações a seu próprio estado, o qual pode mudar ainda que os interesses externos não mudem. Mas, o sistema deve abrir-se às irritações que perturbem a prática habitual. Mas, ela não pode ser muito ampla. A estabilidade do Direito deve ser entendida como algo completamente temporal.

Assim, Jakobs²⁶⁸ prefere um esquema social de interpretação da ação, através de um processo comunicativo, no qual tanto seria relevante o emissor como o receptor da mensagem. Defende que a representação subjetiva do resultado apenas seria relevante no plano da comunicação se estiver baseada em um esquema de interpretação comunicativamente relevante, isto é, quando a ação for entendida como uma condição determinante para o curso causal, gerando um risco não permitido. Critica a ideia do finalismo de analisar a antecipação psicológica de cursos causais na imputação penal, acredita que a vinculação da conduta e do nexa causal apenas pode ser dada com base em um esquema de interpretação, cuja configuração determinante deriva da constituição da sociedade, ao invés de um esquema exclusivamente individual.

Entende que a expressão do sentido jurídico-penal relevante de uma ação injusta não estaria na manifestação do agente sobre o modo de configuração da sociedade, mas refere-se a sua falta de reconhecimento da norma impeditiva da ação, por desconhecê-la ou pretender lesioná-la, não reconhecendo a vigência da norma. Engloba no conceito de ação a questão da evitabilidade individual e da culpabilidade. A evitabilidade individual seria um aspecto objetivo, isto é, deveria ser analisada tendo-se como parâmetro um cidadão perfeito. Tal análise permitiria entender o dolo como um indício da falta de motivação para cumprir a norma. Já a culpabilidade seria um pressuposto para a capacidade de lesar a norma de comportamento, sendo a ação uma assunção culpável de competência para lesão da vigência da norma. Conclui que o conceito de ação como um esquema social interpretativo seria material em sua relação com cada sociedade.

Já Gallas²⁶⁹ nega qualquer possibilidade de um conceito natural de ação, defendendo o tratamento da questão como de imputação jurídico-penal. Descarta qualquer critério pré-jurídico na conformação do Direito, criando ele mesmo a matéria social a que se refere²⁷⁰. Assim, a ação não seria socialmente relevante como movimento corporal, mas como um sistema interpretativo do acontecimento social, isto é, seria um esquema parcial interpretativo do injusto. De outro lado, não cabe à imputação penal considerar os aspectos psicológicos, referentes aos impulsos de cada indivíduo, já que deve tutelar contatos

---

²⁶⁸ JAKOBS, Günther. El concepto jurídico-penal de acción. **Estudios de Derecho Penal**. Madrid: Civitas / UAM, 1997, pp.101-125.

²⁶⁹ GALLAS. ZStW, 97, pp 1ss, 8, ss apud JAKOBS, Günther. **Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1995, n.62 p.169.

²⁷⁰ Jakobs (**Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1995, n.62, p.170) acredita que essa posição, de total exclusão de todos os aspectos pré-jurídicos, seria exagerada.

sociais, inclusive os anônimos, impedindo qualquer parâmetro de previsibilidade de reação do agente para a vítima.

3.2.2. Das teorias sobre o desvalor da ação e do resultado:

Para Welzel, o injusto não se esgotaria com o resultado, lesão ao bem jurídico, desligado da pessoa do autor²⁷¹, entendendo a ação antijurídica como obra de um agente determinado. Defende que a antijuridicidade seria a desaprovação de uma conduta em relação a certo autor. Vincula a análise do injusto em relação ao agente, configurando o “injusto pessoal”.

Reforça que o injusto nunca poderia ser caracterizado somente pela lesão ao bem jurídico. O resultado somente teria relevância penal dentro de uma ação pessoalmente antijurídica, isto é, dentro do desvalor da ação. O desvalor pessoal da ação seria o desvalor de todos os delitos do Direito Penal. O resultado seria um elemento carente de independência em diversos tipos, como os de resultado e de perigo. O desvalor de resultado poderia faltar em um fato concreto, desde que haja o desvalor da ação, como o caso da tentativa inidônea, dos crimes tentados ou de crimes de perigo abstrato, formas de antecipação da tutela penal²⁷².

Tal teoria traria uma importante contribuição para a questão da tentativa²⁷³, já que ao colocar o homem no centro da tipicidade e da ilicitude, permitiria o desenvolvimento da imputação jurídico-penal, a partir do desvalor da ação.

Atualmente, há duas teorias sobre o conceito subjetivista do desvalor da ação: a monista e a dualista. A monista-subjetiva pretende que o injusto do crime consumado estaria baseado somente no desvalor da ação, sendo o resultado condição objetiva de punibilidade, enquanto que, segundo a dualista-subjetiva, deve-se entender o injusto composto pelo desvalor da ação e do resultado.

A concepção monista-subjetiva de Kaufmann²⁷⁴ chega a uma concepção de desvalor da ação entendido subjetivamente como desvalor da intenção. Assim, bastava que

²⁷¹ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. Santiago: Editorial jurídica de Chile. 1997, pp.74-77.

²⁷² HIRSCH, Hans Joachim. Los conceptos de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado o sobre el estado de cosas” in **Derecho Penal: Obras Completas. Libro Homenaje. t. III**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, n. 5, p.235.

²⁷³ ROXIN, Claus. Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação. pp. 91-142. in ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Lisboa:Veja, 1998.

²⁷⁴ Hans Joachim Hirsch (Los conceptos de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado o sobre el estado de cosas” in **Derecho Penal: Obras Completas. Libro Homenaje. t. III**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, n.14, p.238) traz os demais adeptos dessa corrente: ZIELINSK, Diethart. **Alternativ-Kommentar StGB**.

o autor entendesse que possuía todas as circunstâncias para o fato criminoso, enquanto o resultado ficaria dependente da causalidade.

Dentre os seguidores dessa corrente, pode-se dar destaque a Zielinski. Segundo esse autor, o conteúdo do ilícito seria idêntico ao da ação. O desvalor da ação, portanto, constituiria o ilícito. O resultado, como ofensa ao bem jurídico, apenas seria um fato juridicamente indesejado, o qual pode vir a ser um ilícito, se for proveniente de uma ação ilícita, não de uma mera causalidade. O desvalor do resultado somente serviria para determinar a intensidade do ilícito, podendo ser mero auxiliar ao do desvalor da ação ou ser analisado de modo autônomo.

Zielinski²⁷⁵, partindo do princípio da lesividade, conclui que o juízo jurídico de desvalor alcança só as ações ilícitas que provoquem efetivamente perturbação do estado da ordem jurídica. Assim, poderia haver menor punição às ações sem resultado, pois a finalidade desenvolvida por elas não seria perigosa para o bem jurídico, sendo que somente seriam perigosas as finalidades com poder de resultado, bastando sua proibição para proteção de bens jurídicos. Tal capacidade de produção do resultado da finalidade deveria ser analisada *ex post*.

Segundo esse autor, muitas vezes, a justificação da inexistência de resultado estaria relacionada à ação, nos casos em que houvesse uma incapacidade da condução final ou deficiência da vontade. Afirma a pouca relevância do resultado para determinar qualquer conclusão sobre o desvalor da ação, já que, até mesmo, uma sucessão de fatos inesperados poderia levar ao resultado. O resultado seria reduzido a um indício do desvalor da ação. A capacidade de resultado da ação seria um juízo *ex ante*, realizado por um terceiro observador. Se tal juízo for negativo, seria entendida como incapaz de resultado, tal qual pode ocorrer com a tentativa.

Considera que a finalidade da ação conteria todas as condições de capacidade do resultado, o qual seria, portanto, efeito da intensidade criminal na realização daquela finalidade. Conclui que o desvalor de resultado como finalidade estaria contido no desvalor da ação, sendo incapaz de intensificá-lo.

Permite a consideração do desvalor de resultado como um elemento autônomo, quando a periculosidade da conduta seja imprevisível para a finalidade, isto é, em caso de

---

1990, HORN. **Konkrete Gefährdungsdelikte**. 1973, STRUENSEE. **Festschrift für Armin Kauffmann**. 1986, SCHAFFSTEIN. GA. 1975, SUÁREZ MONTES. **Festschrift für Welzel**. SANCINETTI. **Subjektive Unrechtsbegründung**. 1995, HOYER. **Strafrechtsdogmatik nach Armin Kauffmann**.

²⁷⁵ ZIELINSKI, Diethart. El resultado em el concepto final de ilícito in **Doctrina Penal**, año 11, n.41-44, 1988, p.286.

ignorância do agente. Nesse caso, poderia o desvalor do resultado intensificar o ilícito penal, através de um objeto de análise diversa do desvalor da ação. Enquanto o desvalor da ação analisa o ato final como tal, o juízo de desvalor do resultado refere-se à capacidade de resultado do ato final, considerada objetivamente.

A posição da teoria monista tem sido amplamente criticada²⁷⁶, já que se limita a reprovar a resolução ativa do agente, sem fazer referência ao que efetivamente causou. Tal teoria parece transpor diretamente a valoração moral, dada pela intenção, para o Direito. Segundo Hirsch, qualquer consideração meramente subjetiva parece desconsiderar a necessidade de exteriorização do fato para permitir a intervenção do Direito, isto é, deixa-se de considerar o princípio do fato, que limita a atuação do Direito somente ao que for exteriorizado.

A Escola de Bonn, fundada por Welzel, contribuiu para essa tendência subjetivista, que acabaria por desconsiderar o princípio do fato, essencial para o Direito Penal Democrático. Apesar de nunca ter sido essa intenção desse penalista²⁷⁷, o qual visava somente afirmar que o ilícito penal não seria formado unicamente pelo desvalor do resultado.

Hirsch considera que o resultado é subestimado ao entendê-lo como originado apenas na causalidade, já que deveria ser entendido como, ao menos, esperado. Esse argumento não poderia ser considerado como absoluto nem mesmo na tentativa, quando o agente pode não ter empregado suficiente energia e precaução para avaliar os fatores contrários, isto é, a incapacidade de consumação da conduta típica é efeito da forma de atuação do agente, sendo, portanto, imputável a ele.

Stratenwerth²⁷⁸, ao analisar essa posição, aceita que todo plano humano seja passível de falhas, por qualquer imprevisão na relação de causalidade, o que levaria à limitação de proibição às ações, não se estendendo à produção efetiva de resultado. Mas, desse raciocínio considera absurda a conclusão de que o agente não teria qualquer relação com o resultado, já que ele mesmo o produz. Além disso, considera que o resultado poderia influenciar na questão da culpabilidade, dependendo de seu conceito. Se for entendida como mera intenção do agente, a qual encerra a sua análise na irresponsabilidade

²⁷⁶HIRSCH, Hans Joachim. Los conceptos de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado o sobre el estado de cosas” in **Derecho Penal: Obras Completas. Libro Homenaje. t. III**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pp.239-241.

²⁷⁷WELZEL, Hans. **Das Deutch Strafrecht** apud HIRSCH, Hans Joachim. Los conceptos de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado o sobre el estado de cosas” in **Derecho Penal: Obras Completas. Libro Homenaje. t. III**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, n. 24, p.242.

²⁷⁸STRATENWERTH, Günter. **Disvalor de acción y disvalor de resultado em Derecho Penal**. Buenos Aires: Hamurabi, 2006, pp. 68-70.

exteriorizada na conduta, não haveria qualquer efeito do resultado sobre sua análise. Mas, se a culpabilidade referir-se ao fato em sua totalidade, deve abranger a ofensa ao bem jurídico protegido pela norma.

Hirsch²⁷⁹ também nega a possibilidade de se considerar o desvalor de resultado como um conceito adjacente ao desvalor da ação, levando em consideração elementos complementares. Adverte que o desvalor da ação foi criado para impedir que a mera relação de causalidade de um resultado não seja suficiente para a existência da ação, mas demonstrar que para tal, devem ser exigidos certos requisitos, como a voluntariedade na ação e a aptidão objetiva. Acredita que o conceito de desvalor da ação deva estender-se até o resultado, sem se limitarem à tentativa, integrando-se as circunstâncias do caso concreto à ação.

Já a doutrina dominante baseia-se em um conceito dualista-subjetivo do injusto. Essa corrente defende a impossibilidade de se especificar a conduta delituosa somente a partir da intenção do agente, pois seria desconsiderada a diferença entre a ação real adequada à intenção e aquela representada de modo errôneo. A ação real, além do seu aspecto subjetivo, a intenção, deve ser constituída pela expressão da vontade através da realidade objetiva, questionando-se sobre o papel do desvalor do resultado.

Gallas²⁸⁰ propõe que o desvalor da ação não possa se basear somente no desvalor da intenção, deve-se também considerar a oportunidade real da realização do resultado, a partir de um juízo *ex ante* sobre a existência dos elementos objetivos da atividade. Já o desvalor do resultado existiria autonomamente ao desvalor da ação no crime de resultado doloso.

Já a teoria funcional do ilícito de Roxin²⁸¹ deve ser relacionada à teoria da imputação objetiva²⁸², a qual analisa o ilícito com base na função do direito penal, de “defender o indivíduo e a sociedade contra riscos sociopoliticamente intoleráveis”. Essa

---

²⁷⁹ HIRSCH, Hans Joachim. Los conceptos de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado o sobre el estado de cosas” in **Derecho Penal: Obras Completas. Libro Homenaje. t. III**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pp.233-258.

²⁸⁰ GALLAS. Festschrift für Bockelmann, pp. 155,159 apud HIRSCH, Hans Joachim. Los conceptos de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado o sobre el estado de cosas” in **Derecho Penal: Obras Completas. Libro Homenaje. t. III**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, n. 26, p.244.

²⁸¹ ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. in GRECO, Luís & NETTO, Fernando Gama de Miranda. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 81-82.

²⁸² Roxin (Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. in GRECO, Luís & NETTO, Fernando Gama de Miranda. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 104) resume a teoria da imputação objetiva, “um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação, quando o risco se realiza de modo concreto e resultado se encontra dentro do alcance do tipo”.

teoria conceitua a ação típica como a realização de um risco não permitido dentro do alcance do tipo. O próprio tipo não seria mais visto, como no causalismo ou no finalismo, como “um dado prévio ontológico”, mas como “produto da valoração legislativa”, influenciado pela Política Criminal. O risco passa a ter um papel central na própria teoria do delito, admitindo conhecimentos político-criminais e empíricos, obrigando a dogmática a recorrer a essas novas informações.

Compreende o injusto penal como a lesão ou exposição ao perigo de bens jurídicos, como desvalor do resultado, de acordo com a proposta de missão do Direito Penal de tutela de bens jurídicos²⁸³, sem a proteção total de bens jurídicos, somente será necessária a proteção de riscos não permitidos. Dessa forma, Roxin acaba por colocar o risco não permitido como elemento central do injusto. A causalidade do resultado e a finalidade seriam condições necessárias do injusto, mas não suficientes. Roxin busca um giro do “ôntico ao normativo”, isto é, busca retirar o centro da análise dos conceitos do ser, causalidade e finalidade, para tratar do risco permitido, a ser decidido normativamente.

Assim, a análise do risco não permitido permeará tanto o desvalor da ação como o do resultado²⁸⁴. A ação seria relevante por permitir a criação do risco não permitido, já o resultado apresentaria o próprio risco criado.

3.2.3. Tentativa e crimes de perigo abstrato, de acordo com as teorias do injusto.

A opção quanto à teoria do injusto influencia as estruturas dogmáticas e, conseqüentemente, seu juízo de legitimidade. Tal relação interessa, para os fins desse estudo, aos institutos de antecipação da tutela penal.

Inicialmente, deve-se questionar como é tratada a tentativa de acordo com as diversas teorias do injusto.

Para Zielinski²⁸⁵, cada ação ilícita teria um do juízo de valor próprio, de acordo com a violação de determinada norma. Assim, se tentativa e consumação teriam valores próprios, cada uma dessas ações ilícitas teria violado norma diversa²⁸⁶. O ilícito da

²⁸³ ROXIN, Claus. Proteção de bens jurídicos e liberdade individual na encruzilhada da dogmática jurídico-penal in ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp 37-61.

²⁸⁴ CAMARGO, Antonio Luís Chaves de. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, pp.142-3.

²⁸⁵ ZIELINSKI, Diethart. El resultado em el concepto final de ilícito. in **Doctrina Penal**, año 11, n.41-44, 1988, pp.289-293.

²⁸⁶ Polaino Navarrete (El injusto de la tentativa em el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado. in **Revista Poder Judicial**, n. 72, 2003, n.16,

tentativa refere-se ao ato final valorado de modo negativo, tendente à violação do bem jurídico, permitindo a punição tanto de tentativas idôneas como inidôneas. O ilícito da consumação é igualmente o ato final valorado de modo negativo, desde que seja capaz de resultado. Essa capacidade resulta de circunstâncias objetivas, sem qualquer relação com o ato final. Assim, “ato final capaz de resultado” refere-se a uma realidade maior do que o ato final em si, sendo esse o objeto do juízo de valor e da norma. Essas circunstâncias somente podem estar referidas na norma, se fizerem parte da relação de finalidade. A idoneidade do resultado não é conteúdo do ato, mas uma previsão acerca de suas consequências previsíveis. Assim, os elementos do ilícito não poderiam, portanto, ser objeto da norma, pois ela somente pode impedir atos finais.

As normas jurídicas regulamentariam a conduta humana, através da criação de deveres, cujo não cumprimento constitui o desvalor da ação. Não haveria qualquer relação, portanto, entre o desvalor de resultado e o ilícito, já que não há relação entre o desvalor da ação e do resultado. Assim, apesar da identidade do objeto da norma punitiva do crime consumado e do tentado, elas não seriam idênticas. A norma da tentativa seria geral, enquanto a de consumação, especial, aplicada se um observador objetivo considerasse a conduta como idônea para produzir resultado. A capacidade de resultado seria mera condição da norma especial.

Conclui que se o desvalor do resultado for irrelevante para o ilícito, não haveria sentido na diferenciação entre o crime consumado e o tentado, embora aceite o interesse sobre a questão da completude da execução, pois o ordenamento jurídico também estaria interessado na proteção de bens jurídicos. Dessa forma, apenas o ato acabado apresentaria completo desvalor da ação, enquanto que a tentativa inacabada conteria um desvalor de ação não realizado completamente. Defende, portanto, a distinção entre tentativa acabada e inacabada, no lugar da diferenciação entre crime tentado e consumado.

Defende²⁸⁷ que a importância do desvalor do resultado ficaria evidente na variação do conteúdo do injusto de acordo com a existência da consumação ou da tentativa,

---

p.68.)indica que não se pode desconsiderar que o delito consumado ou tentado é, em primeiro lugar, uma infração jurídica. Sempre será uma violação da norma, a frustração da expectativa normativa. Esse esquema pode ser aplicado tanto para a tentativa como para o delito consumado, o que leva, portanto à conclusão da autonomia entre esses dois institutos. Assim, a tentativa não seria um conceito subordinado normativamente à consumação. Somente se pode afirmar que haveria uma gradação objetiva do injusto penal, sendo que, o máximo será alcançado com a consumação do delito. Conclui que o injusto da tentativa estaria baseado tanto na violação da norma como na concreta exposição ao perigo do bem jurídico. Assim, o injusto da tentativa e a tentativa de se realizar um injusto seriam a mesma coisa.

²⁸⁷ HIRSCH. Hans Joachim. Los conceptos de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado o sobre el estado de cosas” in **Derecho Penal: Obras Completas. Libro Homenaje. t. III**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pp. 244-5.

principalmente, da tentativa inidônea. Discorda da posição da maioria dos ordenamentos jurídicos do mundo, os quais impedem a punição de atos objetivamente não perigosos *ex ante*. Destaca que o resultado não seria mera causalidade, mas fruto do controle do curso causal pelo agente, sendo o efeito esperado daquele curso causal. Além disso, considerar a tentativa acabada como referência para o desvalor da ação seria uma visão incompleta, já que as próprias circunstâncias em que a ação se dá, sendo necessárias para a conformação do tipo penal, devem ser abrangidas pelo dolo, tornando-se propriedade da ação. Afirma que a norma de proibição já seria lesionada no começo da tentativa, sendo o restante dos atos de execução somente a progressão do injusto que deve seguir até a consumação. Uma separação total entre injusto antes e depois da tentativa acabada deixa de considerar que o fim principal do ordenamento jurídico é a proteção de bens jurídicos, buscando, primordialmente, evitar a consumação dos delitos.

Hirsch questiona se o pleno desvalor da ação do delito de resultado doloso já estaria na tentativa acabada idônea, isto é, dirigida pela vontade do agente, adequada para a produção de resultado. Acredita que, por sua própria natureza, uma ação consumada é diversa daquela tentada, já que o desvalor do resultado seria efeito material do desvalor da ação. Defende que o desvalor da ação prolonga-se até a consumação requerida pelo tipo, dependendo, portanto, de cada tipo específico para poder ser determinado. Assim, todos os elementos do tipo abrangidos pela vontade fazem parte do desvalor da ação, inclusive as circunstâncias da execução e o próprio resultado, já que somente através da execução é possível determinar-se a intenção do agente.

Stratenwerth²⁸⁸ critica a relação feita por Zielinski entre a importância dada à produção do resultado e na necessidade de pena, já que as circunstâncias que determinam a necessidade da pena estariam fora do ilícito, podendo deixá-lo em evidência, mas não o fundamentar. Além disso, seria contraditória a afirmação de Zielinski de que o resultado seria a manifestação da desatenção à proibição da norma com o seu próprio pressuposto de inexistência de relação entre o desvalor do resultado e o ato final. Não seria coerente afirmar que o resultado é sempre mero produto da causalidade, se somente a sua produção manifeste o crime cometido. Além disso, Zielinski aprofundaria tal contradição ao permitir, no crime culposos, baseado na contrariedade do dever, que a culpa seja castigada de acordo com a medida do resultado produzido. Afirma que considerar também o resultado do crime culposos para graduar a pena seria uma contradição, já que Zielinski

---

²⁸⁸ ZIELINSKI, Diethart. El resultado em el concepto final de ilícito. in **Doctrina Penal**, año 11, n.41-44, 1988, pp.300-313.

teria defendido que a questão da gradação da pena ou do tipo de pena somente seria definida pelo ilícito da ação e pela culpabilidade, sem se considerar o resultado.

A existência do desvalor de resultado em crimes de perigo abstrato é discutível na doutrina. Tal discussão intensifica-se quando tratada no âmbito da teoria do injusto.

Zielinski²⁸⁹ justifica a ausência de desvalor do resultado nos crimes de perigo abstrato, entendendo-os baseados em uma vontade contrária ao ordenamento jurídico, sendo a sua análise baseada na periculosidade geral para o ordenamento jurídico, vinculado à finalidade. Tal juízo é diferente da periculosidade concreta para determinado objeto jurídico, fruto de um juízo prognóstico objetivo de resultado da ação. Em qualquer caso, desliga o juízo de periculosidade do resultado, preferindo um juízo prognóstico, antes do fato.

De outro lado, Stratenwerth²⁹⁰ critica a teoria do ilícito meramente subjetivo. Ela seria um produto das tentativas de combater os riscos provenientes dos avanços tecnológicos da sociedade pós-moderna. Nega a possibilidade de proteção sem o recurso a uma teoria do tipo objetivo, chegando-se, por exemplo, ao extremo de se defender a tentativa inidônea como um tipo autônomo punível. Quem busca a fundamentação da punição da mera exposição ao perigo ou do crime culposos sem resultado, através da teoria subjetiva, confunde resultado exterior na ação típica (no sentido da contraposição entre delitos de atividade e resultado) com o resultado da teoria do ilícito que seria apenas a concretização do desvalor da ação. O primeiro pode ser deixado de lado em grande parte do Direito Penal, mas, o segundo, não.

Já Jakobs²⁹¹ percebe o aspecto crítico do injusto nos crimes de perigo abstrato, aceitando-os apenas em certos casos em que se dê a materialização do resultado, independente da consumação, isto é, se ao final da conduta, houvesse outro crime. Dessa forma, a própria tipicidade penal ficaria dependente retroativamente da materialização do resultado, a qual indicaria que a conduta era digna de uma sanção criminal. Acredita que se houvesse o pressuposto da necessidade do dano ou, pelo menos, de sua proximidade ao

²⁸⁹ ZIELINSKI, Diethart. El resultado en el concepto final de ilícito. in **Doctrina Penal**, año 11, n.41-44, 1988, p.309.

²⁹⁰ STRATENWERTH, Günter. **Disvalor de acción y disvalor de resultado em Derecho Penal**. Buenos Aires: Hamurabi, 2006, pp.85-89.

²⁹¹ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1995, pp. 168-177, 404-409. Esse tipo de posicionamento entende o comportamento do agente de *per se* merecedor de pena, mas somente quando estiver adicionado o resultado, ele será digno de pena. Deveria haver a distinção entre política criminal e o merecimento de pena. Antes da função do tipo penal de contribuir na resolução de um conflito não existe qualquer tarefa dogmática e, portanto, determinar o que se deve castigar, sem se considerar o tipo penal. O que não deve ser castigado, não é merecedor de pena.

juízo de injusto, somente seria possível a punição quando o agente pudesse perceber o risco concreto, ainda que a lei aceite o abstrato. Nesses casos, a necessidade da materialização do resultado condiciona o injusto ou, pelo menos, a tipicidade penal do injusto.

Também cabe para os fins desse estudo, a análise do injusto nos crimes culposos, diante das iniciativas de aproximação entre eles e os crimes de perigo abstrato.²⁹²

Para Welzel²⁹³, a missão do Direito Penal seria indicar condutas permitidas ao cidadão. Essa permissão de fazer é o ponto central da teoria do crime culposos welzeniana, já que será acompanhada por deveres de cuidado. Welzel retoma o pensamento de Engisch²⁹⁴, que relaciona o conceito de cuidado objetivo com a antijuridicidade.

Na teoria welzeniana, o cuidado objetivo fez com que a ação assumisse o centro da teoria do injusto, ficando o desvalor do resultado em segundo plano. Segundo Welzel, o elemento essencial dos crimes culposos estaria na ação, não no resultado. Assim, o tipo desses crimes traria uma definição aberta, cabendo ao juiz complementar o tipo, diante impossibilidade de se descrever, através de fórmulas gerais precisamente o cuidado objetivo. O intérprete deveria realizar um juízo de causalidade adequada, o qual permitiria a demonstração da produção pela ação de riscos não socialmente adequados para bens jurídicos. Já o grau de cuidado que um agente deveria ter empregado pode ser determinado apenas através do aspecto subjetivo. Conclui que não o dever, mas apenas a reprovabilidade da violação do dever, será limitada pelos elementos subjetivos da falta de previsibilidade subjetiva.

Por outro lado, não aceita as posições que entendem o desvalor do resultado como mera condição de punibilidade dos crimes culposos, entendendo-o como mero elemento do acaso. Welzel defende que se deva agregar o desvalor do resultado ao desvalor da ação, apesar de serem independentes. A negligência da ação deve, portanto, estar materializada no resultado. Dessa forma, Welzel impediria a criminalização de condutas meramente violadoras do dever de cuidado, já que essas somente adquiririam dignidade penal a partir do desvalor do resultado, mesmo que seja um resultado de perigo que ultrapassasse o limite permitido determinado através de deveres de cuidado.

---

²⁹² Segundo Welzel (**Derecho Penal Aleman**. Santiago: Editorial jurídica de Chile. 1997, p.223.) a realização parcial de um delito culposos é tida como uma exposição ao perigo culpável de bens jurídicos.

²⁹³ WELZEL, Hans. Culpa e delitos de circulação: sobre a Dogmática dos Crimes Culposos in **Revista de Direito Penal**, jul-set de 1971, pp.13-43.

²⁹⁴ ENGISCH. Untersuchungen über Vorzatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, pp.276 e ss apud WELZEL, Hans. Culpa e delitos de circulação: sobre a Dogmática dos Crimes Culposos. **Revista de Direito Penal**, jul-set de 1971, pp.13-43.

Segundo Welzel²⁹⁵, portanto, a exigência do resultado na conduta culposa garantiria uma seleção mais adequada entre as condutas contrárias ao dever, garantindo dignidade penal através do resultado, fundamento material do injusto penal.

Já os crimes culposos de perigo seriam mais complexos por apresentarem uma dupla análise de perigo. A ação que contraria o cuidado já traria um perigo aos bens jurídicos, de acordo com um juízo razoável, o qual deveria ser realizado no momento da conduta. Depois, o perigo novamente seria analisado no que se refere ao resultado. Welzel propõe uma análise no momento em que o bem jurídico entra no âmbito de influência da ação.

Roxin²⁹⁶ propõe, com base em sua teoria do ilícito centrada no risco permitido, um novo procedimento para determinar a existência do crime. Deveria haver o exame da conduta que não se poderia imputar ao agente como violação do dever de acordo com os princípios do risco permitido, a qual deve ser comparada com a conduta concreta do agente para que se possa determinar se houve aumento de probabilidade de produção do resultado em comparação ao risco permitido para que se possa punir como crime culposos.

A partir desse procedimento, pretende Roxin que a criação do risco não permitido faça com que a “balança se incline a favor da proteção de bens jurídicos e que resulte negligente a produção do resultado”, porém adverte que se não for possível, pelo estado da ciência, aferir o aumento de risco com segurança, havendo violação dos deveres de cuidado, haverá o crime culposos, diante do resultado lesivo aos bens jurídicos.

Considera corretas as relações ente violação do dever e o resultado, realizadas pelas teorias finalistas, na medida em que a violação ao dever não tenha dado origem a um risco não permitido. Assim, as teorias do nexos causal entendiam os casos de ausência de incremento do risco como inexistência de relação entre o dever violado e o resultado. Roxin esclarece que esse “nexo” nada mais seria do que o incremento de risco não permitido. Afirma, portanto, que não se deve analisar qualquer hipotético processo causal, mas apenas questionar se a conduta conforme os deveres legais traria uma diminuição do risco. Essa questão deve ser tomada de acordo com informações científicas e experimentais.

---

²⁹⁵ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán: Libro Primero: La conducta punible y su autor**. Santiago: jurídica del Chile, 1997, pp.162-5.

²⁹⁶ ROXIN, Claus. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. in ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Veja, 1998, pp. 260-1, 268-9.

3.4. Da tentativa

A tentativa é um instrumento de antecipação da tutela penal, portanto, baseado na tutela do perigo ao bem jurídico. Para tratar de sua legitimidade, cabe questionar sobre o desenvolvimento do instituto e de seus fundamentos.

3.4.1. A punição da tentativa como marco do Direito Penal Moderno

Haveria consumação²⁹⁷ quando houvesse completa identidade entre a esfera material do crime e a deliberação interna do autor. Já a tentativa seria a interrupção do *iter criminis*, após o início da execução, sem que se chegue à consumação do crime. Hungria explica tal processo de desenvolvimento do delito, como sendo iniciado com a *nuda cogitatio*, a mera ideia de praticá-lo, passa à preparação; depois, à execução, chegando à consumação.

Através da tentativa, a lei penal estende-se para os fatos em que o agente completou todo o *iter criminis*, mas não obteve êxito, dada uma circunstância fora de seu domínio causal.²⁹⁸ A teoria das etapas do delito, o *iter criminis*, examina a progressão da conduta delitiva segundo a medida da realização da vontade do autor, julgando sua conduta de acordo com o estágio final alcançado²⁹⁹. Como o Legislador busca a incriminação da consumação da ação típica, a conduta prévia não seria abarcada pelos tipos penais e somente poderia ser punível através de causas especiais de extensão da punibilidade, como a da tentativa.

Em muitos tipos, porém, não se tem a estrutura de uma consumação, esperando-se que o autor não alcance o fim idealizado. Dessa forma, a classificação de uma mesma conduta variará de acordo com o tipo penal sob análise, podendo encaixar-se como de consumação, execução ou ato preparatório.

O conceito de tentativa surge no Direito Penal quando se passa a dar mais ênfase à ideia voluntarista para determinar a imputação, deixando-se o antigo parâmetro da

²⁹⁷ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, V. I, tomo II. Rio de Janeiro:Forense, 1958, p. 75.

²⁹⁸ PIERANGELLI, José Henrique. **Um pequeno estudo sobre a tentativa** in *Justitia*, vol. 89, ano XXXVII, 2º trimestre de 1975, pp.323-4.

²⁹⁹ MAURACH, Reinhart – GÖSSEL, Karl Heinz- ZIPF, Heinz. **Derecho Penal: parte general - 2: formas de aparición del delito y las suas consecuencias jurídicas del hecho**. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, 1995, pp. 3-55. No§ 22 do StGB, diz-se que a tentativa seria o início imediato da execução de um delito, o que para Maurach permite que se subentenda a idéia de crime como um desenvolvimento progressivo e temporal-final de um acontecimento, o qual reconhece estágios prévios da realização de um delito como suscetíveis de punibilidade. Sua punição seria uma decisão de política criminal.

ocorrência do resultado.³⁰⁰ Esse conceito seria, portanto, um indicador da tendência da desvinculação da responsabilidade de um necessário resultado no Direito Penal.

O reconhecimento da tentativa apenas deu-se, a rigor, nos séculos XIV e XV³⁰¹. No direito romano, esse tipo de conduta era visto como uma mera expressão de uma vontade que não alcançou o êxito do resultado e, portanto, deveria permanecer impune³⁰².

O início da tutela penal da tentativa já foi associado ao afluxo urbano. Esse fator levaria a uma série de consequências novas, como a perda de laços da vizinhança e o consequente anonimato, o que levaria à necessidade de uma proteção penal antecipada para tutelar o monarca e os valores que dele mais proximamente decorressem. Em um momento posterior, tem-se o movimento antagônico: houve a equiparação entre a tentativa e os atos consumados, baseando-se na perturbação à paz pública provocada pela exteriorização da vontade criminosa. Faria da Costa lembra que, mesmo neste caso, a tentativa não será punida com base na mera exteriorização da vontade, já que o ato somente passa a ter dignidade penal diante da equiparação artificiosa à consumação, o que lhe conferiria um êxito fictício como resultado material.

Já a posição intermediária, isto é, a punibilidade de atos prévios à consumação, vinculado ao tipo, apresenta-se como uma garantia do Estado de Direito³⁰³. Nos regimes autoritários, houve a eliminação de qualquer tipo de garantia similar de seus sistemas jurídico-penais. Sem as amarras do tipo, cessa de existir a necessidade de distinção entre os respectivos estados particulares do delito e de submissão da lei penal a suas etapas prévias. Pode-se, até mesmo, trazer a prevenção de uma atitude interna pura ou substituir o conteúdo objetivo do ilícito por elementos subjetivos ou de autoria, assim como foi realizado pelo nacional-socialismo. Essa inexistência de garantias acaba sendo reforçada pela existência de cláusulas gerais no tipo, como o caso do “são sentimento popular”, segundo §2 do StGB da época.

Fica claro que a tentativa vinculada ao tipo é um avanço da dogmática penal. Embora permita a desvinculação da responsabilidade do agente do resultado, já apresenta

³⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELLI, José Henrique. **Da tentativa (Doutrina e Jurisprudência)**. São Paulo: RT, 1995, p.16.

³⁰¹ HIS. Das strafrecht des deutschen Mittelalters, I. Neudruck der Ausgabe 1920, Aalen: Scientia, 1964 e RÜPING. Grundriss des Strafrechtsgeschichte. München: Beck, 1981 apud FARIA COSTA, José Francisco de. **Tentativa e dolo eventual ou da relevância da negação em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra, 1995, n. 8, p.8.

³⁰² FARIA DA COSTA, José Francisco. Tentativa e dolo eventual: ou da relevância da negação em Direito Penal. Coimbra: Coimbra, 1995, pp.6-10, 12-13.

³⁰³ MAURACH, Reinhart - GÖSSEL, Karl Heinz- ZIPF, Heinz. **Derecho Penal: parte general - 2: formas de aparición del delito y las sias consecuencias jurídicas del hecho**. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, 1995, pp. 7-8.

uma natureza limitadora, diante da vinculação da punição ao tipo. Sendo assim, têm-se como garantia que apenas seriam punidas os atos executórios referentes a certa conduta típica e, não, qualquer conduta arbitrariamente determinada. Além disso, pode-se analisar o tratamento jurídico-penal da tentativa de acordo com a relevância dada ao desvalor da ação na teoria do delito³⁰⁴. Tal é essa vinculação que os defensores de sua preponderância, através da teoria monista, aceitam, inclusive, sua equiparação à consumação.

Já o Código Penal de 1940³⁰⁵ do Brasil trouxe a teoria objetiva ou realística³⁰⁶, impedindo a punição dos atos preparatórios. Porém, mesclava a teoria objetiva com a sintomática, já que determinava a medida de segurança para aqueles que fossem "autores do ajuste, instigação ou auxílio para a prática de crimes", da mesma forma que deixava impune a tentativa inidônea, impondo somente a medida de segurança. Graças à Reforma de 1984³⁰⁷, houve o fim do sistema duplo binário. Assim, optou-se somente pela teoria objetiva³⁰⁸. Já o Código Penal de 1969, revogado pela Lei 6578 de 10/10/1978, permitia,

---

³⁰⁴ Silveira (**Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**, São Paulo: RT, 2006, p.90) faz uma correlação entre a tentativa e as teorias monista e dualista do injusto: "Genericamente, tem-se aceito que no Brasil (...), a regra para a punição da tentativa se dá com bases objetivas. A partir disso, pode-se explicar o injusto a partir de um conceito objetivo monista ou dualista. Pelo primeiro, conforme o princípio da lesividade, vincula-se tanto o legislador, quanto o intérprete da lei. A tentativa há de ser, pois, punida desde que se sobressaia uma conexão real entre conduta e resultado (lesão ou perigo ao bem jurídico), vislumbrando-se, unicamente, um desvalor da ação. O comportamento dualista, d'outra sorte, é explicado por um desvalor de resultado, evidenciando, pois, que a ação deve provocar uma situação de perigo indicadora de probabilidade de lesão ao bem jurídico. Para a resposta de qual perigo está a se tratar, alguns o entendem concreto, enquanto outros até aceitam abstrato. Novamente, aqui, as teses *ex ante* e *ex post* vão dar o norte da aplicação penal. Qualquer que seja o aceito, entretanto, o real elemento distintivo entre tentativa e os crimes de perigo é outro. Naquela, dá-se real e fático dolo de lesão, enquanto no segundo, não." Da mesma forma, Serrano-Piedecasas (Fundamento da punibilidade da tentativa in **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, ano 1, 2004, p.78) defende que "(...) a principal diferença entre a tentativa e os delitos de perigo surge da limitação subjetiva derivada da exigência do dolo de lesão na tentativa. Com efeito, nela, o tipo subjetivo deve dar-se plenamente com o mesmo conteúdo e da mesma forma que a exigida para a punibilidade do delito consumado".

³⁰⁵ A redação original do art. 12 do Decreto-Lei 2848/ 1940:

Art. 12. Diz-se o crime:

Tentativa

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma, por circunstâncias alheias à vontade do agente.

³⁰⁶ SEMER, Marcelo. **Crime impossível e a proteção aos bens jurídicos**. São Paulo:Malheiros, 2002, pp.29-30.

³⁰⁷ A Lei 7.209/1984, deu nova redação ao art. 14.

Art. 14 - Diz-se o crime:

Tentativa

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

³⁰⁸ Convém citar um exemplo de aplicação da teoria objetiva, na jurisprudência: "PENAL PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO PRATICADO CONTRA A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. CÁRTULA OBJETO DE FURTO. ART. 171, §3º, DO CP. TENTATIVA. PERIGO REAL. AUTORIA E MATERIALIDADE. CRIME IMPOSSÍVEL. MEROS ATOS PREPARATÓRIOS. NÃO VERIFICAÇÃO. COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTES. ART. 62, INCISOS I E II, DO CP. CONCOMITÂNCIA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 444, DO E. STJ. PENA BASE. REDIMENSIONAMENTO. PRESCRIÇÃO. (AC Nº 0000681-65.2002.4.03.6115/SP, relatora Desembargadora Federal CECILIA MELLO, 2ª. Turma, TRF 3ª. Região, 13/12/2011)

em caso de excepcional gravidade, aplicar a pena do crime consumado em um caso de tentativa. Mas, essa concepção foi retificada, pela Lei 6016 de 31/12/1973, restabelecendo a proporcionalidade da pena, com uma obrigatória diminuição, em caso de crime tentado.

O Código Penal Espanhol³⁰⁹, acompanhando o Código Penal francês de 1810, afirma³¹⁰ que estaria iniciada a tentativa a partir dos atos de execução. No Código Rocco, em seu art. 56³¹¹, Farré Trepas percebe um caráter autoritário fascista, já que se garante parte da segurança do Estado frente ao indivíduo para se justificar a inexistência de distinção de atos preparatórios e executivos, castigando-se qualquer manifestação de vontade dirigida de forma inequívoca para a consumação do delito³¹².

I - Corréu que ao tentar sacar a quantia de R\$ 17.000,00 (dezesete mil reais), decorrente do engodo precedentemente acertado com o apelante, restou preso em flagrante em virtude da desconfiança por parte do gerente da agência da Caixa Econômica Federal da cidade de Pirassununga-SP, que verificou que a cártula apresentada para depósito era objeto de furto e estava com ordem de sustação.(...).

V - Não há falar em crime impossível, porquanto a guia de depósito preenchida erroneamente não a desqualifica nem a desnatura como tal, vale dizer, ainda assim, excluída a incorreção, ela cumpre os fins a que se presta, eis que não se trata de meio totalmente ineficaz, ou ainda de objeto não totalmente inidôneo ou impróprio.

VI - O Código Penal brasileiro adotou a Teoria Objetiva temperada a qual exige, para a exclusão da tipicidade, a impropriedade absoluta, sob pena de responsabilização pela tentativa quando verificada a relativa inidoneidade do meio ou do objeto, que é o caso dos autos.

VII - Quando o bem jurídico corre perigo real existe risco objetivo, não vindo a se consumir o delito por um mero detalhe, alheio à vontade dos executores, não se sustentando a tese de meros atos preparatórios, porquanto a concretização dos atos de execução é mais que evidente, principalmente à vista de que o cheque a ser descontado foi apresentado ao banco, vale dizer, a empresa pública somente não foi lesada por um lapso na autoria.(...)"

³⁰⁹ **Artículo 16.**

1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.

3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.

³¹⁰ FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011, pp. 167-9.

³¹¹ Art. 56 - Delitto tentato

Chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica. Il colpevole di delitto tentato è punito: con la reclusione da ventiquattro a trenta anni, se dalla legge è stabilita per il delitto la pena di morte (1); con la reclusione non inferiore a dodici anni, se la pena stabilita è l'ergastolo; e negli altri casi, con la pena stabilita per il delitto, diminuita da un terzo a due terzi.

Se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora questi costituiscano per sè un reato diverso.

Se volontariamente impedisce l'evento, soggiace alla pena stabilita per il delitto tentato, diminuita da un terzo alla metà.

³¹² ROXIN, Claus. **Fundamentos político-criminales del Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, pp.429-432. Defende que o legislador alemão teria restringido bastante a punibilidade da tentativa, com o termo iniciar imediatamente, incluindo as condutas que estão imediatamente antes da realização do tipo

O conceito de tentativa seria, portanto, relativo diante da dificuldade de determinação dos limites do punível. Deve-se levar em consideração a existência de uma fase intermediária entre a fase de cogitação e a de consumação, de nomeada por alguns de “resoluções manifestadas”³¹³, através de uma confissão sem a intenção de realizá-lo ou de uma sugestão que ocorrerá determinado crime. Essa ocorre antes dos atos preparatórios. A distinção entre atos preparatórios e de execução é um dos problemas mais críticos do Direito Penal.

3.4.2. O fundamento da punição da tentativa.

Para que se permita a expansão da tutela penal anterior à consumação, é necessário que se desenvolva uma teoria coerente, capaz de fundamentá-la através de critérios seguros. Há grande divergência doutrinária quanto à fundamentação da tentativa³¹⁴, podendo-se agrupar as diversas teses em, basicamente, três grupos: as objetivas, as subjetivas e as mistas³¹⁵.

---

penal, sem a inclusão de outras fases intermediárias. O restante seria mera conduta preparatória. Essas apenas seriam punidas para os crimes mais graves ou naqueles em que haja diversas pessoas participando. Seriam delitos graves para a legislação alemã os com pena mínima maior que 1 ano. Para os delitos menos graves apenas pune-se a tentativa em caso de previsão legal.

³¹³ Pierangelli (Um pequeno estudo sobre a tentativa. in **Justitia**, vol. 89, ano XXXVII, 2º trimestre de 1975, p. 324) atribui essa nomeação a Jimenez Súa.

³¹⁴ Cancio Meliá (Consideraciones sobre una regulación común europea de la tentativa in **RBCCrIm**, vol.51, novembro-dezembro de 2004, pp.190-206.) verifica que o processo de harmonização dos ordenamentos jurídicos penais europeus deve-se concentrar na Parte Geral, com normas gerais e comuns, já que as particularidades nacionais encontram-se na Parte Especial. O tema da tentativa é um dos centrais para que esse processo se desenvolva, já que delimita a esfera de liberdade do indivíduo e o âmbito de punibilidade. Conclui que o tema essencial está na tensão entre o começo objetivo da conduta e os elementos subjetivos que acompanham a exteriorização da mesma. Retoma a reflexão de que somente "princípios orientadores" podem levar à harmonização. Seria nessa tensão que se encontrariam os verdadeiros princípios comuns europeus. Seriam eles: o princípio de responsabilidade subjetiva, o princípio da culpabilidade. Fica claro que esse princípio limitador de responsabilidade é importante no tema da tentativa, tão marcado pela subjetividade. Outro princípio também relacionado ao tema, mas limitador dos aspectos objetivos seria o da cognitionis poena nemo partitur, isto é, não pode haver punição da cognição, para tal, deve haver alguma forma de exteriorização. Poder-se-ia questionar o interesse desse último princípio no tema da tentativa, já que todos os ordenamentos exigem uma manifestação para poder punir a tentativa. Mas, diante de uma análise mais profunda, percebe-se que a semelhança da é simplista.

³¹⁵ O fundamento da pena da tentativa para Jakobs (El desistimiento como modificación del hecho. in **JAKOBS, Günther. Estudios de Derecho Penal**. Madrid:Civitas, 1997, pp. 325-7.) estaria em já existir nela algo de consumado. Ao menos a culpabilidade própria da tentativa já estaria consumada. Esse algo já consumado depende de cada teoria, mas Jakobs aponta a possibilidade de se entender como consumada a objetiva exposição de perigo ao bem jurídico ou a manifestação do dolo na conduta. Conclui, por meio dessas observações que o injusto não pode estar baseado apenas na lesão de bens, mas na quebra da vigência da norma, o significado da conduta que excede o risco permitido. O Direito Penal vincula-se à conduta que excede o risco permitido, já que as normas proíbem um comportamento semelhante. Mas, também a tentativa supera o risco permitido e, por isso, o especificamente contrário ao Direito Penal reside homogeneamente, tanto no caso de consumação como de tentativa no quebramento da vigência da norma, ambas de modo completo.

As teorias objetivas são aquelas que se referem à periculosidade da conduta em relação ao bem jurídico. Há certas teorias que recorrem ao grau de periculosidade da tentativa para descartar os casos em que não caberia pena.

Maurach³¹⁶ diferencia dois tipos de teorias. Haveria a teoria objetiva mais antiga, defendida por Feuerbach, a qual buscava diferenciar entre uma tentativa absoluta e uma relativamente inidônea. A primeira não seria merecedora de pena, pois se refere à tentativa de um crime impossível, no que se refere à inadequação do objeto da ação; enquanto que a relativamente inidônea seria objetivamente perigosa e, por isso, merecedora de pena, isto é, aquela que referir-se a meios ineficazes. Já para a teoria mais nova seria uma criação de von Liszt e von Hippel, somente seria perigosa a tentativa de modo objetivo-concreto. A tentativa não seria perigosa se uma análise objetiva *ex post* só reconhecesse uma perspectiva de êxito muito reduzida. Assim, a concepção do autor não é decisiva, nem o resultado prático, mas somente a valoração do juiz, o qual deve adotar a posição de um observador imparcial anterior à ocorrência do fato.

Von Hippel³¹⁷ defende que o fundamento da punição da tentativa está em seu perigo concreto. A não perigosa não deveria, portanto, ser punida. Essa análise é feita com base em um juízo objetivo no momento do fato, de acordo com todas as circunstâncias cognoscíveis, sendo mais independente e ajustável ao caso concreto do que a teoria antiga. Permite a aplicação da teoria da causalidade adequada na tentativa, impedindo que nexos causais imprevisíveis sejam punidos, referindo-se a conhecimentos técnicos, possibilitando a prova pericial para identificar a tentativa como perigosa³¹⁸.

Suas consequências político-criminais seriam³¹⁹: a definição o princípio da impunidade dos atos preparatórios, dada a sua distância da lesão ao bem jurídico; a punição menos severa da tentativa, com base na menor gravidade da exposição de perigo; e a impunidade da tentativa inidônea, não perigosa. Essa teoria é criticada pela impossibilidade da análise do perigo determinar os limites entre tentativa e atos preparatórios. Há, ainda, a falta de um conceito normativo de perigo, que impediria que se caísse na responsabilidade objetiva no Direito Penal.

---

³¹⁶ MAURACH, Reinhart - GÖSSEL, Karl Heinz - ZIPF, Heinz. **Derecho Penal: parte general - 2: formas de aparición del delito y las suas consecuencias jurídicas del hecho**. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, 1995, pp.52-54.

³¹⁷ VON HIPPEL, Roberto. **Manuale di Diritto Penale**. Napoli: Eugenio Jovene, 1936, pp. 216-8, 222-6. Afirma que a preparação, tentativa e consumação tem em comum o dolo direto ao evento, a diferença estaria no campo objetivo. Na preparação, o grau de perigo relativamente muito remoto, seria capaz de distingui-la dos atos de execução.

³¹⁸ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal: parte general, I, el hecho punible**. Madrid: Edersa, p.213.

³¹⁹ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal, Parte General**. Barcelona: PPU, 1995, pp.352-84.

Atualmente, certos reflexos dessa teoria podem ser encontrados na dogmática penal. O próprio Roxin³²⁰ admite ter-se inspirado nessa teoria para configurar a teoria da imputação objetiva, principalmente, no que se refere à conceituação do injusto da tentativa como a criação de um risco não permitido, apesar de não ser esse o direito vigente alemão, o qual pune tentativas não perigosas.

Apesar de tal teoria ser atualmente a predominante, não obteve sucesso no século XIX³²¹. Fracassou diante da teoria da causalidade, como se deu em um célebre julgamento do Tribunal Supremo Prussiano, em 24/05/1880, RG, 1 439, tratando sobre o crime de §31 do Código penal de 1851, aborto frustrado diante do emprego de meios inidôneos, afirmou ser punível toda espécie de tentativa. Entendeu-se que diante da inexistência de resultado, seria impossível distinguir entre as condições mais ou menos importantes, sendo todas inidôneas. Concluiu-se que qualquer tentativa deveria ser punida, qualquer que fosse a causa de sua ausência de perigo.

Por fim, o Tribunal acabou por criar um conceito de perigo mais abstrato e amplo do que a teoria objetiva. A tentativa, portanto, não colocaria em perigo o bem jurídico concreto, mas a paz pública, através da atuação da vontade contrária ao direito. Maurach-Gössel-Zipf entendem que o grande fundamento desse julgamento seria o perigo abstrato da tentativa, isto é, a tentativa inidônea seria merecedora de pena, diante da rebeldia contra o ordenamento jurídico. Em tal julgamento, fica bastante clara a possibilidade de justificação da antecipação da tutela penal com base na rebeldia contra o ordenamento jurídico, dificultando a imposição de limites.

Atualmente, ainda existem as teorias que relacionam a tentativa aos tipos de crime de perigo³²². Haveria aquelas que equiparam a estrutura da tentativa ao crime de perigo abstrato. Em ambos, haveria a ação desvinculada do resultado, sendo possível, até mesmo, a punição da tentativa inidônea. A tentativa seria outro meio de se punir atos voluntários, prévios à afetação do bem jurídico, quando fosse possível e exigível sua evitabilidade, sem se referir à criação de risco no caso concreto. A questão centra-se na idoneidade da conduta para levar à lesão, segundo as regras da experiência. Critica-se essa teoria, por não permitir

---

³²⁰ ROXIN, Claus. Acerca de la punibilidad de la tentativa inidônea in **Revista Latinoamericana de Derecho**, año V, n. 9-10, enero-diciembre de 2008, pp. 289-307.

³²¹ MAURACH, Reinhart - GÖSSEL, Karl Heinz - ZIPF, Heinz . **Derecho Penal: parte general - 2: formas de aparición del delito y las suas consecuencias jurídicas del hecho**. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, 1995, pp.52-54.

³²² GUERRERO AGRIPINO, Luís Felipe. Aspectos sistemáticos y político-criminales de la tentativa. Comentarios sobre su regulación en México y América Latina in **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, janeiro-junho, 2005, pp. 69-112.

categorias de perigo, além da necessidade do conhecimento do autor para a determinação *ex ante*.

Já para segunda corrente, que a relaciona com os crimes de perigo concreto, o perigo seria uma possibilidade de alcançar o resultado, de acordo com as relações de causalidade, através de uma perspectiva *ex ante* para determinar a periculosidade da ação. Haveria diferença entre a da tentativa e os crimes de perigo concreto só no que se refere ao dolo. Há críticas a essa posição, baseadas nos fins de prevenção geral, já que não se levariam em consideração as circunstâncias que não dependam do autor. Considera-se, também, um excesso julgar o perigo, sem que se considerem os critérios do tipo, assim como, classificar atos preparatórios como atos de execução.

A teoria da falta de tipo³²³ ou Teoria objetivo-formal, representada por Dohna, Mezger, Liszt-Schmidt, afirma que só existiria a tentativa quando falta o resultado, um elemento do tipo. O começo da execução seria dado com o começo da ação descrita no tipo. Baseia-se na teoria de Beling que diferencia o núcleo do tipo, ação típica que marca a execução, enquanto que as ações preparatórias estariam na zona periférica³²⁴.

Já a teoria objetivo-material³²⁵ busca um critério material para que se determine objetivamente o início daquele campo prévio à consumação, devendo-se levar em conta o plano do autor para se determinar quando inicia o campo prévio, em que se inicia a consumação³²⁶. Porém, deve-se avaliá-lo do ponto de vista objetivo, através da imediata exposição ao perigo e a imediatidade temporal. Critica-se muito essa ampliação, já que permite a punição de atos preparatórios. Também a Teoria dos atos intermediários tenta a ampliação do núcleo típico, punindo as ações que levem a um início imediato da realização do tipo, isto é, quando não for necessária qualquer etapa intermediária para que se dê a fase decisiva do fato. Baseia-se no fato de que não ser necessário qualquer ato intermediário para que se dê a ação e na proximidade temporal (início imediato da realização do tipo, a partir do ato praticado). É criticada por ser muito matemática, distanciada do Direito Penal.

---

³²³SERRANO-PIEDRECASAS, José Ramón. Fundamento da punibilidade da tentativa in **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, ano 1, 2004, p.55.

³²⁴GUERRERO AGRIPINO, Luís Felipe. Aspectos sistemáticos y político-criminales de la tentativa. Comentarios sobre su regulación en México y América Latina in **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, n. 18, janeiro-junho, 2005, p.87.

³²⁵MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal, Parte General**. Barcelona: PPU, 1995, pp.364-8.

³²⁶GUERRERO AGRIPINO, Luís Felipe. Aspectos sistemáticos y político-criminales de la tentativa. Comentarios sobre su regulación en México y América Latina in **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, n. 18, janeiro-junho, 2005, p.88.

As teorias subjetivas³²⁷ fundamentam a pena nas fases anteriores à consumação da vontade contrária ao direito. Isso seria explicado pelo direcionamento da vontade para a lesão, enquanto ela se manifeste externamente. Tiveram grande repercussão na Alemanha, devido a Welzel. Se mantidas na forma pura, suas consequências seriam: uma tendência de ampliação da esfera dos atos executivos, com a redução do âmbito dos atos preparatórios impunes, dada a manifestação da vontade, desde o início da ação; punição equivalente à da consumação para a tentativa; e, a punição da tentativa absolutamente inidônea.

No Código Penal Militar, há a equiparação da punição da tentativa e do crime consumado, conforme o art. 30, parágrafo único, “em caso de excepcional gravidade”, a ser avaliado pelo juiz. Assim, a chamada “tentativa grave” pode ser apontada como um exemplo de consequência da aplicação das teorias subjetivas³²⁸.

As teorias que dão maior relevância às condições subjetivas do ilícito³²⁹ ganham maior ênfase com o neokantismo, cujo conceito de delito é definido a partir de perspectivas valorativas, as quais fundamentariam o Direito Penal. Assim, valorizam-se os elementos subjetivos do tipo da tentativa, que poderiam substituir os objetivos, já que o autor afetaria a validade da norma jurídica. Essa tese é criticada, pois impede que também se avalie a tipicidade subjetiva no delito consumado; e, a objetiva, na tentativa, levando à equiparação da antijuridicidade do delito tentado e do consumado.

A teoria final da ação³³⁰ indica uma solução por meio da teoria do desvalor da ação, sem tratar do resultado de uma relação causal. De acordo com ela³³¹, a natureza jurídica da tentativa estaria relacionada com o conceito de norma como ordem para um sujeito à observação da conduta tida valorizada pelo ordenamento jurídico. Desse modo, tanto a tentativa idônea como a inidônea violariam esse imperativo.

---

³²⁷ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal, Parte General**. Barcelona: PPU, 1995, p.355.

³²⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico...**, n.70, p. 86.

³²⁹ SERRANO-PIEDCASAS, José Ramón. Fundamento da punibilidade da tentativa in **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, ano 1, 2004, p.56-58.

³³⁰ Welzel (**Derecho Penal alemán: parte general**, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 39) entende toda ação humana como uma atividade final. Isso se deve à possibilidade do Homem prever, baseado no nexo de causalidade, as consequências de sua atividade. Pode, portando, dirigi-la para determinado fim. É a vontade consciente do fim que rege o acontecer causal. Esse direcionamento causal é determinado em duas etapas. A primeira estaria na esfera do pensamento (com a antecipação do fim e a escolha dos meios para o alcançar), onde se considerariam os efeitos concomitantes indesejados que devem ser afastados. A segunda estaria no mundo real, na realização da ação, conforme o plano do agente.

³³¹ GUERRERO AGRIPINO, Luís Felipe. Aspectos sistemáticos y político-criminales de la tentativa. Comentarios sobre su regulación en México y América Latina in **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, n. 18, janeiro-junho, 2005, pp.95-96.

Welzel³³² critica as teorias objetivas por apresentarem um enfoque acentuado no desvalor jurídico da lesão jurídico. Já as teorias subjetivas seriam mais adequadas por considerarem o ordenamento jurídico, em um sentido amplo como o poder espiritual caracterizador da vida do povo. Seriam lesadas a realidade e validade desse poder espiritual através de condutas idôneas para realizar um delito, não as meramente preparatórias. Assim, quanto mais idônea for a tentativa, mais intensa seria a energia delitiva. Nos casos em que não houver qualquer base real para a tentativa, como no delito putativo, não acredita que essa vontade pudesse comover a realidade do direito como poder espiritual.

As teorias mistas³³³, apesar de considerarem a vontade delitiva como base para o castigo, usam exigências objetivas para limitá-la³³⁴. Entre elas, está a "teoria da impressão", a qual se baseia na impressão causada pela conduta sobre a sociedade, isto é, avalia-se sua capacidade de causar a sensação de um ato ilícito, capaz de abalar o sentimento de segurança da sociedade. É criticada por ser fundamentada na prevenção geral, baseada na lesão do sentimento de segurança, sem que haja um suporte objetivo para tal sentimento. Além disso, usa como critérios para sua aferição termos imprecisos, como "impressão de generalidade", "sentimento do povo"³³⁵.

3.4.3. Da impunidade dos atos preparatórios: limite da antecipação da tutela penal

A vedação da punição de atos preparatórios busca limitar o poder de punir do Estado,³³⁶ conforme o ideário do Liberalismo, o qual priorizava a segurança jurídica,

³³² WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. Santiago: Editorial jurídica de Chile. 1997, pp. 227-8.

³³³ Guerrero Agripino (Aspectos sistemáticos y político-criminales de la tentativa. Comentarios sobre su regulación en México y América Latina in **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, n. 18, janeiro-junho, 2005, pp. 99-101.) também menciona a Teoria dualista, de Schmidhäuser e a Teoria do Autor, de Lange. Para Schmidhäuser, o conteúdo formal dos elementos do tipo leva a uma aplicação material justa e razoável da pena. O dolo não seria parte da ação nem do injusto. Ele não equivale à vontade, a qual seria um elemento do injusto. A consciência do fato estaria na culpabilidade. O injusto só contém a vontade se for exteriorizado. Enquanto a tentativa contém os desvalores do fim e da periculosidade do autor. A vontade acaba sendo decisiva para os fatos que atacam o bem jurídico, pois implicaria um caráter ameaçador, já que decide a direção da conduta. Apresenta como fundamento para a punição da tentativa a possibilidade de reincidência até que se consiga consumir o fato como razão de política criminal, embora, não determine os parâmetros para fazer esse juízo. E, por fim, a Teoria do Autor, de Lange apresenta a periculosidade do autor, como justificação da punição da tentativa. Não se analisa só a lesão ou exposição ao perigo, mas, sim, a ideia perigosa do autor, fundamento para a punibilidade de atos prévios à consumação.

³³⁴ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal, Parte General**. Barcelona: PPU, 1995, p.356.

³³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELLI, José Henrique. **Da tentativa, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 34-9.

³³⁶ FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., pp.254-5.

evitando a arbitrariedade. Busca-se a defesa do indivíduo da intervenção do Estado. Farré Trepát³³⁷ exalta que a própria distinção entre Moral e Direito realizada pelo Iluminismo impede que a esfera interna do indivíduo seja afetada, sendo que o Direito ocupa-se somente com os atos exteriorizados, tornando-se impuníveis os pensamentos e resoluções delitivas.

Veda-se a punição da preparação por ser entendida como a conduta que instala as condições prévias do delito planejado, excedendo o mero planejamento, observando-se o tipo a ser buscado, sem que simbolize a realização da vontade delitiva. Sendo assim, não seria possível produzir uma prova vinculando esses atos e a vontade delitiva³³⁸. Além disso, confia-se que haverá a desistência por motivos morais ou obstáculos externos impedindo a própria tentativa.

Há diversas teorias para distinguir atos executórios e preparatórios. As teorias negativas afirmam que essa distinção seria prescindível, já que se trataria de algo impossível de se determinar. Essas teorias são criticadas³³⁹ por ignorarem a norma penal que impõe a vedação da punição dos atos preparatórios. Há ainda a teoria subjetivista pura, a qual considera como parâmetro para a determinação do proibido o próprio agente, ao invés do intérprete-julgador. Ambas são criticadas pela chamada "univocidade dos atos da tentativa", isto é, negam a possibilidade de um terceiro observador determinar-lhes sua finalidade.

Já as demais teorias subjetivas baseiam-se na periculosidade do autor ou na vontade contrária ao Direito. A teoria subjetiva extrema³⁴⁰ defende que já haveria execução no caso da identificação da intenção antijurídica nas ações do sujeito, seria a “vontade

³³⁷ Idem, p.168.

³³⁸ MAURACH, Reinhart - GÖSSEL, Karl Heinz - ZIPF, Heinz. **Derecho Penal: parte general - 2: formas de aparición del delito y las sias consecuencias jurídicas del hecho**. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, 1995, pp. 7-8.

³³⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl - PIERANGELLI, José Henrique. **Da tentativa, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 44-56.

³⁴⁰ Carrara (Teoría de la tentativa y la complicidad p.224 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011. n. 260, p.225) trata da univocidade do ato, sob o ponto de vista ontológico, como critério para diferenciar preparação de tentativa. Assim, também Silvela (DP, p.180 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011. n.261, p.225) e Saldaña (Adiciones, III, p.57 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011. n.262, p.225), Quintano(Comentatrios, p.54 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011. n.263, p.225) e Puig Peña (PG, p. 253 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011. n.264, p.225). Von Buri defendeu-a ocasionalmente.(GS, 19 (1867), p.71 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011. p.175).

objetivada”³⁴¹. Farré Trepát adverte que essa teoria permite a punição de meros desejos, já que permite a punição de uma conduta muito próxima ou muito distante da ação típica.

Já a teoria do *dolus-ex-re*³⁴², além da exteriorização da vontade, exige que da atividade realizada deva extrair-se não só a vontade de cometer um crime, mas a identificação de qual crime buscava-se cometer. Se não for possível identificação desse crime, essa ação permanecerá impune. A posição de Bockelmann³⁴³ também é subjetiva, pois considera essencial saber se o agente tomou a última e transcendente posição sobre a conduta típica. Deve-se considerar o momento em que termina o domínio moral da situação pelo agente, quando não pode mais mudar a decisão de realizar o delito. Até esse momento, Bockelmann acredita haver meramente preparação impunível, o impulso decisivo de vontade converteria o fato em tentativa.

Há, ainda, a teoria baseada na firmeza da resolução³⁴⁴, baseando-se no plano do autor, deve-se aferir a vontade firme de se cometer o delito. A teoria subjetiva extrema, contudo, defende que o próprio autor deva determinar se sua vontade é firme. Essa teoria é amplamente criticada, diante de sua evidente dificuldade probatória, além de permitir que o agente determine quando sua conduta deve ser punível, enquanto outros³⁴⁵ buscam critérios objetivos para defini-la.

³⁴¹ FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., pp174-5

³⁴² Foi defendida por Hälschner (System des preussisches Strafrechts, I, 1858, p. 183 e Das gemeine Deutsche Strafrecht, p.355 e ss apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 32, p.176), Köhler (Studien aus dem Strafrecht, I, 1890, p.9, apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011.,n.33, p.176), von Buri (GS, 19 (1867), p.62 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011.,n.34, p.176) e Delaquis (Der untaugliche Versuch, p.206 e ss apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011.,n.35, p.176), Gómez de la Serna (Elementos, p.28 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n.265, p.225), Pacheco (El Código Penal, p. 93 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n.266,p.225), De Vizmanos-Álvarez (Comentarios, p. 24 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 267, p. 225), Groizard (El Código Penal, p. 78 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 268, p. 225) e Viada (Código Penal, p.35 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011. n. 269,p.225).

³⁴³ JZ, 1954 e 1955 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 77, p.185

³⁴⁴ Essa teoria foi defendida por von Bar (Gesetz und Schuld, II pp.504 e 514 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n.45, p.179), Hälschner (Lehrbuch, I, p.342 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n.46, p.179), Senf (GS, 67 (1906), pp.305 e ss apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 47, p.179) e Redslob (Versuch und Vorbereitung, pp.152 e 160 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 48, p.179).

³⁴⁵ Klee (Die Grenze zwischen Versuch und Vorbereitung, p.289 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n.55, p.180) afirma que para

Uma terceira posição seria a que se refere tanto à personalidade do autor como às circunstâncias do fato, defendida por Waiblinger³⁴⁶. Acredita ser uma vantagem que uma mesma ação possa ser considerada para um autor um ato preparatório e, para outro, executivo. Além disso, tem como resultado indesejado a impossibilidade de se afirmar com segurança que o autor houvesse modificado a sua resolução. Essa teoria permite uma ampliação dos atos executórios e também a tipificação autônoma de atos preparatórios. Acaba-se, até mesmo, por diluir a distinção objetiva entre eles.

A teoria objetiva³⁴⁷, inicialmente, era formal, já que seu critério seria a realização parcial da conduta prescrita no tipo. Porém, há atos que apresentam grande dificuldade em sua classificação, pois não marcam tão claramente o início da execução. Embora esse critério observe o princípio da legalidade e da segurança jurídica, por ser tão limitador, acaba não abrangendo atos que são considerados como de início da execução, que já tornam a situação ameaçadora. Dessa forma, essa tese nunca foi adotada pela jurisprudência brasileira.³⁴⁸ Foi majoritária na Alemanha, dada a segurança jurídica que oferece.

---

se interpretar a vontade do autor, deve-se pautar por um observador objetivo. Trata-se de fazer um juízo de probabilidade sobre a firmeza da resolução do autor, capaz de consumir o crime, o qual deve ser feito com base na experiência geral. Também von Bar (Gesetz und Schuld, II, p.514 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 59, p.181) defende essa teoria. Hall (GS, 110, (1937), pp. 115 e ss apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 60, p.181) afirma que dependerá da análise do juiz da possibilidade de desistência voluntária do autor, para que se determine os atos preparatórios.

³⁴⁶ ZStW, 69 (1957), pp.121 e ss apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 67, p.183

³⁴⁷ Teoria objetivo-formal é representada Belling (Die Lehre vom Verbrechen, p.246 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011.,n. 90, p.189), von Liszt (Tratado, III, p.129 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011, n. 91, p.189), Gerland (Deutsches Reichstrafrecht, pp.132 e ss apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 92, p.189), Olshausen (Kommentar zum StGB, §43, Anm 14. apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 93, p.189), Walchenfeld (Lehrbuch des deutschen Strafrecht apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011, n. 94, p.189), von Hippel (pp. 397 e ss. apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011.,n. 95, p.189), von Liszt/Schmid (A.T., pp.182 E 305 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011.,n. 96, p.189), M.E. Mayer (A.T., p. 351 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 97, p.189), Dohna (Der aufau, p. 56 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011.,n. 98, p.189), Antón Oneca (DP, p.410 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011.,n.272, p.226), Rodríguez Devesa (DP, p. 783 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011.,n. 273, p.226) e Cerezo (Lo Objetivo, pp. 19 e 22 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011.,n. 274, p. 225).

³⁴⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl & PIERANGELLI, José Henrique. **Da tentativa, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 48-50.

A terceira teoria é a chamada "material-objetiva". Ela seria um alargamento da teoria objetiva, incluindo na tentativa aqueles atos naturalmente integrantes da conduta típica. Com essa imprecisão, foi necessária a criação de uma nova condição, a de que o ato leve diretamente à realização da conduta típica, sem a necessidade de qualquer ato posterior, isto é, a ideia de "perigo imediato". Von Hippel³⁴⁹ afirma que mesmo os atos preparatórios mais distantes já expõem ao perigo o bem jurídico. Rebatendo esse argumento, os defensores dessa teoria apenas tratam sobre a necessidade de certo grau de perigo³⁵⁰ relevante para configurar a tentativa. Já Sauer³⁵¹ e Spendel³⁵² acreditam que se trata de um perigo concreto para o bem jurídico. Para Farré Trepát, apesar de o perigo ser bastante útil para fundamentar a tentativa, não parece ser o melhor critério para embasar essa diferenciação, dada a dificuldade de se considerar o marco da relevância do perigo. Além disso, existem ações que, mesmo típicas, não apresentam um suficiente grau de perigo ao bem jurídico, como nos crimes de perigo abstrato. Por último, considera necessária a avaliação do plano do autor. Parece ser essa teoria que vem sendo cada vez mais adotada pela jurisprudência brasileira.³⁵³

³⁴⁹ AT, p. 400. apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n.132, p. 198

³⁵⁰ Exige-se um perigo direto Klee (Die Grenze zwischen Versuch und Virbereitung, p. 292 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 135, p.199), sério ou um algo grau de periculosidade (SAUER, DP, pp. 166 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011.,n. 138, p. 199). Além desses, também defendem essa teoria Maurach (Derecho Penal, p. 422, até a 3ª edição de 1965 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011.,n. 140, p. 199), von Hippel (Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch, 1966, p. 26 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 141, p.199). Ferrer Sama (Comentarios, p. 56 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011.,n. 278, p.227) e Luzón Domingo (El derecho penal, p. 38 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011.,n. 279, p. 227) também referem-se ao perigo ou um risco eminente para um bem jurídico como um ato de execução.

³⁵¹ DP, pp. 166 e ss. apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 133, p. 198.

³⁵² Zur Neubegründung, Stock-Festschrift, p.106 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011.,n. 133, p. 198

³⁵³ De acordo com o Informativo de jurisprudência do STJ n. 404, disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>: ROUBO. TENTATIVA. PREPARAÇÃO. A polícia, informada de que a quadrilha preparava-se para roubar um banco, passou a monitorar seus integrantes mediante escuta telefônica, o que revelou todos os detalhes do planejamento do crime. No dia avançado para o cometimento do delito, após seguir os membros do grupo até a porta da agência bancária, ali efetuou as prisões. Denunciado por tentativa de roubo circunstanciado e formação de quadrilha, o ora paciente, um dos autores do crime, alega, entre outros, a atipicidade da conduta, visto que não se ultrapassou a fase dos atos preparatórios. Contudo, essa pretensão esbarra na impossibilidade de revolvimento das provas em sede de habeas corpus, considerado o fato de que o Tribunal de origem, de forma fundamentada, concluiu pelo início dos atos executórios do crime, que só não se consumou em razão da pronta intervenção policial. Anote-se que, embora se reconheça o prestígio da teoria objetivo-formal no Direito Penal, segundo a doutrina, qualquer teoria pode revelar contornos diferenciados quando confrontada com o caso concreto. Com esses

Há a teoria que vincula a execução à noção de ataque a um bem jurídico protegido³⁵⁴. Farré Trepát considera essa solução como inadequada, pois haveria uma limitação excessivamente restritiva, já que se coloca como critério para os atos executivos a possibilidade de legítima defesa.

As teorias objetivo-materiais³⁵⁵ seriam aquelas que partem da ação típica, mas não encontram no tipo os critérios para diferenciar preparação e execução, baseando-se nas teorias da causalidade. Os representantes dessas teorias chegam praticamente aos mesmos resultados da teoria objetivo formal, mas basearam-se em razões materiais. Certos autores queriam distinguir causa de condição, determinando que os atos executivos fossem causas; enquanto os atos preparatórios, meras condições. Binding³⁵⁶ diferencia condição de causa, para separar preparação de execução. Mas, acredita que uma causa nunca pode ser considerada como condição, devendo ter algo qualitativamente distinto. Farré Trepát indica que a doutrina acabou refutando essas distinções, afirmando que todas as condições teriam

---

fundamentos, a Turma concedeu parcialmente a ordem, apenas para, conforme precedentes, redimensionar a pena aplicada ao paciente. HC 112.639-RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 25/8/2009.

No mesmo sentido:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TIPICIDADE. FURTO QUALIFICADO. AGENTES QUE, DEPOIS DE ARROMBADA A PORTA DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL, ATINGIDO O PÁTIO E HAVIDA A APODERAÇÃO DOS BENS CUJA SUBTRAÇÃO PRETENDIA-SE, TÊM SEU INTENTO INTERROMPIDO PELA ATIVIDADE POLICIAL. TENTATIVA CONFIGURADA. SUPERAÇÃO DAS FASES DE COGITAÇÃO E PREPARAÇÃO DO DELITO. PARECER MINISTERIAL PELO PROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO PROVIDO, DETERMINANDO-SE O RETORNO DOS AUTOS À INSTÂNCIA DE ORIGEM PARA QUE DÊ CONTINUIDADE AO EXAME DA AÇÃO PENAL, SUPERADO O PONTO AQUI DEFINIDO, COM A FIXAÇÃO DA APENAÇÃO.

1. Se, na cronografia do fato, a última fase alcançada ultrapassar meros atos de cogitação ou de preparação do delito, há de se dar relevo criminal ao fato e apenar seus agentes pelo crime, ao menos em sua forma tentada.

2. Na hipótese, arrombada a porta do estabelecimento comercial-vítima, atingido o seu interior e havida a apoderação do bem (embora não cessada a clandestinidade), a subtração - elementar do furto simples - não se concluiu, mas o arrombamento, componente do tipo derivado furto qualificado, sim e o crime só não foi finalizado porque obstado pela intervenção policial tempestiva.

(...)(REsp 1178317/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 13/12/2010).

³⁵⁴KÖHLER (Deutsches Strafrecht, pp. 447 e ss apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 146, p. 200), MAYER (AT, pp. 351-2, n. 29 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 147, p. 200), TREPLING (ZStW, 76, (1964), p.461 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 148, p. 200), LÜSCH (Der Anfang der Ausführung, pp. 37 e ss apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 149, p. 200) e GIESE (Zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, p. 45 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011, n. 150, p. 200). Mayer, Lüscher e Giese acreditam que o ataque ao bem jurídico pode ser configurado em casos em que caiba legítima defesa.

³⁵⁵FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., p.193.

³⁵⁶BINDING. Normen, II, v.1, p.493 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 110, p.193

o mesmo valor causal. Além disso, essa teoria praticamente apenas legitima a punição do último ato executivo, sendo muito restritiva.

As teorias mistas trazem uma combinação de elementos objetivos e subjetivos. Elas partiriam das teorias objetivo-materiais, acrescentando a elas um caráter subjetivo, derivado do plano do autor. Franck³⁵⁷ afirmaria que existiria já um princípio de execução em todos os momentos de atividade, em virtude de sua necessária conexão com a ação típica. Marcam uma ampliação das ações executivas em relação à teoria formal, mas Farré Trepát critica essa corrente por afirmar que também ela não traz um critério preciso de diferenciação, já que existem ações preparatórias necessariamente ligadas às ações típicas.

Também Welzel³⁵⁸ parte da teoria objetivo-material, mas com análise do plano do autor. A punibilidade da conduta³⁵⁹ teria seu marco inicial quando o agente comesse uma ação insuportável do ponto de vista ético-social. Fundamenta tal escolha no desvalor da ação, o qual se inicia com o início da realização da ação típica.

Já Schönke-Schröder³⁶⁰ partem do conceito de perigo concreto, presente em ações executivas, considerando o plano do autor. Grande acolhida teve o critério do perigo direto ao bem jurídico protegido, após a entrada em vigor do §22 do StGB³⁶¹.

³⁵⁷ FRANCK. StGB, §43, Amn. II,2,b apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011.,n. 121, p.196. Também a seguiram Kohlrausch/Lange (StGB,§43, II, 4 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011.,n. 126, p. 197) e Mayer (AT, 1953, p. 284 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011.n. 127, p. 197.). Uma forma muito semelhante foi a de von Hippel (AT, p. 408 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011.n. 128, p.197), que substituiu conexão necessária por direta, para dar maior precisão. Viada (Codigo Penal, pp.34 e ss apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 277, p.227) precedeu Franck, afirmando que seriam os atos executivos aqueles que se referem necessariamente ao delito. Baumann (AT, p. 523 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 159, p. 204) completa a fórmula de Frank, dizendo que se deve avaliar a conduta através de um espectador objetivo, o qual conheça o plano do agente. Assim, será executiva a ação tida como um desenvolvimento natural da ação conforme o plano do agente.

³⁵⁸ Welzel, Hans. AT, p. 190 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 171 p. 205

³⁵⁹ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. Santiago: Editorial jurídica de Chile. 1997, pp.221-231.

³⁶⁰ SCHÖNKE-SCHRÖDER. StGB,§43,n.10 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 161, p.205. Da mesma forma que BUSCH (StGB,§43,n.14 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011.,n. 162, p.205), Oehler (Der Zweckmoment, p.118 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011.,n. 163, p.205), Mezger/Blei (AT, p. 246 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 164, p.205), Hall (GS, 110 (1938), p.110 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011.,n. 165, p.205), Lackner-Masen (StGB,§43,n.16 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 166, p.205) e Dreher (StGB,§43,n.1 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011.,n. 169, p.205).

³⁶¹ Nesse sentido, Eser (SCHÖNKE-SHRÖDER, StGB, §22, n.42 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011.,n. 215, p. 217), Blei (JA,

Roxin³⁶², ao analisar o §22 do StGB, entende que seria tentativa quando o agente “põe em movimento a realização do tipo, com base na sua representação do fato.”. Essa definição apresentaria tanto os elementos objetivos como subjetivos de uma possível teoria individual-objetiva. Assim, ela orientar-se-ia sempre pelas concepções individuais do agente, delimitado do ponto de vista objetivo.

3.4.3.1. A possibilidade da transformação de atos preparatórios em crimes autônomos

Zaffaroni e Pierangeli³⁶³ indicam que, geralmente, não é levada em consideração a mera expressão do desejo de realizar a conduta delitiva, isto é, a preparação. Porém, advertem para o fato de que o Legislador pode considerar os atos preparatórios como relevantes penalmente. Para tal fim, tanto pode realizar uma extensão do proibido para os atos preparatórios, o que seria uma mera exceção da regra do art. 14, II do CP; como também pode criar tipos independentes para esses atos preparatórios. Quando se criminaliza o ato preparatório como tipo independente, criam-se delitos completos. Já quando se vincula sua punição a certo tipo, nunca esse delito poderá concorrer com o tentado ou consumado, sendo punido apenas se não extrapolar "o conteúdo do injusto da tentativa ou da consumação"³⁶⁴. Apresentam como exemplos, do primeiro tipo de crime, o art. 152 do CPM (conspiração para prática de motim). Já do segundo, apresenta como exemplos os art. 253 ("possuir substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação"); 291("fabricar, adquirir, fornecer a título oneroso

---

1976, p.103 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 216, p.217), Dreher (StGB, §22, n.11 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., 217, p. 217), D.Meyer (JUS, 1973, p.23 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n.218, p.217), Otto (NJW, 1976, p.579 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 219, p. 217), Roxin (JUS, 1973, p.330 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 220, p.217, Maurach-Festschrift, pp.213 e ss e ROXIN-STREE-ZIPF, Einführung, p.16 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 220, p.217), Tiedemann (JR, 1973, p.412 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n.221, p.217) , J. Meyer (ZStW, 87 (1975), p. 607 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 222, p.217), Jescheck (Tratado, II, p. 707 apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 223, p.217) e Lackner (StGB, §22, n. 1, b apud FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011., n. 224, p. 217).

³⁶² ROXIN, Claus. Resolução do facto e começo da execução da tentativa. in ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Veja, 1998, pp.302-5.

³⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELLI, José Henrique. **Da tentativa, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 13-26.

³⁶⁴ Idem, p.15

ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à fabricação da moeda") e 294 ("fabricar, adquirir, fornecer, possuir ou guardar objeto especialmente destinado à falsificação de qualquer dos papéis referidos no artigo anterior") do CP. Nesses casos, esses crimes são absorvidos, pelos de explosão e falsificação. Outro exemplo seria o do crime previsto no art. 288 ("quadrilha ou bando"), o qual concorre com os demais tipos penais, praticados em quadrilha ou bando. Isso seria explicado dado a necessidade da reunião em quadrilha ou bando visar a prática de mais de um crime, tutelando, assim, um número maior de bens jurídicos. A criminalização de atos preparatórios permitiria, ao menos, a vinculação àquela conduta típica, tendo certo grau de segurança jurídica, o que não seria atingido por uma extensão da regra de tentativa, para também abranger a punição de atos preparatórios.

Já Welzel³⁶⁵ adverte que os atos preparatórios não poderiam ser punidos pelo seu insuficiente conteúdo delitivo e falta de univocidade de sentido. Mas, já faz referência às possíveis exceções, tanto para casos de instrumentos perigosos para delitos, nas mãos de agentes perigosos como nas tipificações autônomas. Sobre a transformação de atos de tentativa em tipos autônomos, Faria Costa³⁶⁶ afirma que transformar as espécies de tentativa tanto em "crimes de mera atividade ou pura desobediência", quanto em "delitos de atentado ou de empreendimento" seria "constrangedoramente formal". Para que se desse a justificação de tais tipificações, seria necessário um fundamento material para a punibilidade, através do alargamento da proteção do bem jurídico, fundamentando-se na tutela de zonas de proteção descentralizadas do núcleo principal, o próprio bem jurídico. Também Moccia estabeleceria a tentativa como limite para a antecipação da tutela penal, considerando a referência remota à ofensa ao bem jurídico, presente nos atos preparatórios, insuficiente para legitimar a tutela penal³⁶⁷. Da mesma forma, Jakobs³⁶⁸ entende que a punição de uma conduta planejada, representa a punição pelo perigo de danos futuros, típica regulação de Direito Penal do Inimigo.

---

³⁶⁵ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. Santiago: Editorial jurídica de Chile. 1997, pp.221-231.

³⁶⁶ FARIA COSTA, José Francisco de . **O Perigo em Direito Penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)**. Coimbra: Coimbra, 1992, p.51-2, n. 76, p. 52.

³⁶⁷ MOCCIA, Sergio. **Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica**. Napoli: Scientifiche italiane, 1992, p.188.

³⁶⁸ Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. in JAKOBS, Günther - CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 44.

3.5. Dos crimes de perigo abstrato

Os crimes de perigo abstrato são instrumentos de antecipação da tutela penal, devendo ser também analisados quanto a sua estrutura para se tratar da sua legitimidade.

3.5.1. Conceito dos crimes de perigo:

Binding³⁶⁹, primeiro a tratar dos crimes de perigo, define delito como infração de uma norma jurídica, sendo suas espécies a proibição de lesão, de perigo e simples proibições. Igualava os dois últimos tipos às tentativas dos crimes de dano. Somente com Rocco,³⁷⁰ diferenciou-se a tentativa dos crimes de dano dos crimes de perigo, a partir da caracterização do dolo específico de perigo.

Os crimes de perigo apresentam uma subdivisão clássica entre perigo concreto e abstrato. Os primeiros se caracterizariam pelo perigo como elemento do tipo. Caberia ao juiz, no caso concreto, verificar se foi criado risco ao bem jurídico. Já os crimes de perigo abstrato seriam um conceito residual, em relação aos de dano ou de perigo concreto. Dessa forma, as divergências quanto à definição dos crimes de perigo concreto acabam influenciando diretamente a dos crimes de perigo abstrato, havendo certa confusão na distinção das duas categorias.³⁷¹

A partir do X Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, Schröder³⁷² cria os crimes de perigo abstrato-concreto. Em certos tipos, haveria elementos de exposição de perigo imprecisos na lei, os quais deveriam ser interpretados pelo magistrado

³⁶⁹ Cf. Die Normen und ihre Übertretung, I. Leipzig: Felix Meiner, 1922, p.368, apud HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, vol. V**, p.380.

³⁷⁰ Rocco (*Opere giuridiche, L'oggetto del reato e della tutela penale, Contributo alle teorie generali del reato e della pena*. Roma: Foro Romano, 1932, n. 112, p. 325, 328.) Criou cinco espécies de delitos: o de dano (referente a lesões a um interesse tutelado pelo Direito Penal); o de agressão (delitos de mera conduta), o de preparação (considerados inadmissíveis, pois tutelariam atos preparatórios), de perigo abstrato (que também considera inadmissíveis, pois, haveria a mera tutela da possibilidade de perigo) e os de perigo concreto (a consumação refere-se a um perigo direto e imediato a um bem jurídico, semelhantes aos delitos formais). Hungria (HUNGRIA, Nelson, **Comentário ao Código Penal, vol. I, tomos V**, Rio de Janeiro, Forense, 1958, pp.382-3) diferencia esses dois tipos de crimes. Para ele, os crimes dolosos de perigo consumam-se com o próprio perigo, havendo o dolo específico. Já os formais, exaurem-se com o dano, sendo necessária a presença do dolo de dano.

³⁷¹ MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina. **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**. Madrid: Universidad Complutense Madrid, 1993, p.132.

³⁷² Abstrakte-konkrete Gefährdungsdelikte? in JZ, 1967, 522 apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001, pp. 152-164..

no caso concreto, embora se mantenham como crimes de perigo abstrato, pois não seria necessário o resultado de perigo³⁷³.

Giusino³⁷⁴ afirma que Schröder, acompanhado por parte da doutrina italiana, defende que o juízo de perigo deveria levar em consideração todas as circunstâncias do agente, no momento da ação, além dos parâmetros normativos para que avaliação do perigo. Dessa forma, haveria avaliações *ex ante* e *ex post* do perigo. Esses crimes seriam abstratos, dada a impossibilidade de o julgador levar em conta todas as circunstâncias da ação; e, também concretos, diante da análise do julgador de cada caso específico.

Volz³⁷⁵ tomou a iniciativa, após os questionamentos de Schröder no X Congresso Internacional de Direito Penal, de buscar uma nova formulação do perigo para tais crimes. Ele não aceita a ideia de presunção do perigo, pois parte da premissa de que a antijuridicidade é voltada para uma conduta humana. Da mesma forma, não seria compatível com esse conceito a punibilidade de condutas que não apresentem o estado de crise ao bem jurídico. Ele adota a teoria do risco permitido, que aceita a exposição ao perigo do bem jurídico, dentro dos parâmetros tidos como adequados para a sociedade de risco. Faz uma relação entre critérios de imputação objetiva e crimes de perigo abstrato, ao afirmar que o juízo de desvalor sobre a ação deve ocorrer na assunção de risco pelo autor. Basta, portanto, uma situação *ex ante* desvalorada. Dessa posição surge o conceito de mera conduta perigosa.

Outra inovação encontra-se no conceito de juízo de desvalor de Wolter. Adota uma perspectiva *ex post* da situação, ao aplicar os critérios de imputação objetiva, chegaria a avaliar se houve um risco concreto ao bem jurídico, isto é, a periculosidade da conduta e, não, apenas o desvalor da ação. Já Gallo, na década de 70, propõe uma subdivisão dos delitos de perigo concreto. Para ele, algumas vezes, o perigo nesses crimes é avaliado

³⁷³ MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina. **Los delitos de peligro y sus tecnicas de tipificacion**. Madrid:Universidad Complutense Madrid. 1993, pp. 190-2. Mendez Rodriguez adverte para uma contradição nos crimes de perigo abstrato-concretos. Havendo a análise da idoneidade da conduta para ocasionar um dano a um determinado bem jurídico, com uma combinação de elementos abstratos e concretos, os parâmetros dos crimes originais teriam uma vigência parcial. Só se manteria o crime de perigo abstrato-concreto no caso de, após a subsunção da conduta, sob os elementos de ambas as categorias de perigo, tenha-se a manutenção do núcleo essencial dessas. Conclui da análise da teoria de Schröder que em qualquer tipo que apareça uma referência à idoneidade da conduta, é feita uma relação com a teoria da geral e abstrata periculosidade. E, quando se refere ao "perigo" como elemento do tipo, faz-se um juízo de causalidade adequada, usada nos crimes de perigo concreto. Além disso, parece não haver uma diferenciação do perigo, de acordo com o elemento do tipo que qualifica. Mas, como contribuição para o tema da teoria, fica a demonstração de que, a inexistência de referência expressa ao perigo no tipo não leva, necessariamente, a um caso de crime de perigo abstrato.

³⁷⁴ GIUSINO, Manfredi Parodi. **I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale**. Milano:Giuffrè,1990, pp.245-9.

³⁷⁵ VOLZ. *Unrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte*, Göttingen, 1968 apud **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**, São Paulo: RT, 2006, pp.134-5.

somente em relação à conduta. Assim, seria melhor a classificação em: “perigo concreto-concreto” e “perigo abstrato-concreto”³⁷⁶.

Mas, somente com Gallas, na Reforma Penal Alemã, surge uma nova classificação, através da aproximação entre os conceitos de crimes de perigo concreto e abstrato. Nos de perigo concreto, seria necessário ao juiz analisar todas as circunstâncias do caso. Por exclusão, os que não exigissem esse juízo serão os de perigo abstrato. Mas, nesses últimos, somente haveria desvalor da ação através da colocação do bem jurídico em perigo no caso concreto. Dessa forma, os crimes abstrato-concretos estariam muito mais assemelhados aos de perigo abstrato. Surge, então, a nova classificação com crimes de mera atividade perigosa, (os antigos crimes de perigo abstrato) cuja consumação é determinada pela própria ação; e de resultado perigoso, (para os crimes de perigo concreto) que necessita de uma análise *ex post*.³⁷⁷

Houve, portanto, uma evolução no estudo dos crimes de perigo. A doutrina europeia passa a analisar os crimes de perigo a partir da dicotomia entre os de mera conduta e de resultado. Os crimes de perigo concreto passaram a ser entendidos como crimes de resultado perigoso, havendo tanto o desvalor da ação, como de resultado³⁷⁸. Neles, dada a necessidade de prova da existência da exposição ao perigo, o momento da análise do perigo é uma discussão de grande relevância, que apresenta divergência na doutrina³⁷⁹. Enquanto os de perigo abstrato foram comparados aos de mera conduta³⁸⁰.

A semelhança entre os crimes de perigo abstrato e os de mera conduta estaria em seu momento consumativo, o qual se dá através da realização da conduta típica, desconsiderando-se o resultado.³⁸¹ Mas, nem sempre há perfeita relação entre os crimes de

³⁷⁶ I reati di pericolo in Foro Penale, 1969, apud SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. **Direito Penal Supra-Individual, Interesses difusos**. São Paul: RT, 2003, p. 100.

³⁷⁷ Abstrakte und Konkrete Gefährdung, Festschrift für Ernst Heinitz. Berlin, 1972, apud SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-Individual, Interesses difusos**. São Paul: RT, 2003, pp. 101-2.

³⁷⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**, São Paulo: RT, 2006, pp.127-8.

³⁷⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-Individual, Interesses difusos**. São Paul: RT, 2003, pp.102-7.

³⁸⁰ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes de mera conduta**. São Paulo: RT, 1975, p. 64. O crime de mera conduta seria “aquele em que a ação ou a omissão basta para constituir o elemento material (objetivo) da figura típica penal”. Embora semelhante ao crime formal, há diferenças importantes entre eles. Os crimes de mera conduta presumem um dano ou perigo a um bem jurídico, enquanto que os formais pressupõem um resultado concreto de dano ou perigo. Assim, nos crimes de mera conduta, a consumação é dada pela ação do autor, sem se considerar o seu resultado. Havia certa corrente doutrinária que não aceitava os crimes de mera conduta, somente os formais, porque seriam tipos de crimes de “conduta e resultado”; e, outra, que os classificava como espécie de crimes formais. Hoje, são tidos como uma espécie de crime autônoma.

³⁸¹ Jescheck (**Tratado de Derecho Penal, parte general**. Granada: Comares, 2002, p.283), consideram os crimes de perigo abstrato como de mera conduta, pois a punibilidade estaria baseada na periculosidade geral da ação típica, para determinados bens jurídicos.

perigo abstrato e os de mera conduta perigosa. Muitas vezes não podem ser tidos como crimes de mera conduta ou pode ser que a periculosidade tenha valor autônomo, diverso do da ação³⁸².

3.5.2. Propostas de análise da legitimidade do crime de perigo abstrato, através do estudo de suas diversas interpretações dogmáticas de sua estrutura.

Há uma série de interpretações dogmáticas dos crimes de perigo abstrato, diante da complexidade do tema, sem que se possa indicar uma teoria aceita de modo dominante. Para permitir a sistematização da análise, buscou-se uma classificação das teorias já existentes.

Rodríguez Montañes³⁸³ divide as teorias sobre os crimes de perigo abstrato em três grupos, de acordo com a fundamentação: na periculosidade geral, no perigo abstrato e em critérios mistos. Na teoria da periculosidade geral, pune-se as condutas de certa classe de ações, a qual frequentemente produz lesões para os bens jurídicos, isto é, baseia-se em um juízo de probabilidade estatística de perigo no caso concreto, sem referência no tipo.

Já na teoria da periculosidade abstrata, busca-se caracterizar no tipo condições mínimas indicativas como causas de possíveis eventos lesivos, estabelecendo-se a presunção de que todo o comportamento típico possui uma relevância lesiva, criando o perigo abstrato. A inexistência de perigo no caso concreto é absolutamente irrelevante para a consumação do crime.

Já Mendonza Buergo³⁸⁴, divide as diversas teorias em sete grupos, de acordo com os critérios para a análise dos crimes de perigo abstrato. Será utilizada a mesma classificação da autora, pela possibilidade de uma análise minuciosa das teorias.

---

³⁸² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**, São Paulo: RT, 2006, pp.126-7, 133-141.

³⁸³ RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, pp.281-292. Questiona a relação com o princípio da lesividade ou da exigência do conteúdo material do injusto. A punição de uma conduta baseada na periculosidade abstrata ou geral, sem o ser no caso concreto, ofenderia a exigência real de eficácia lesiva da ação como pressuposto da antijuridicidade material, sem que exista desvalor do resultado ou da ação. O fato da periculosidade não ser abarcada pelo dolo ou pela imprudência, sendo irrelevante o erro do autor sobre a mesma, seria uma violação do princípio da responsabilidade subjetiva, além da inexistência de desvalor subjetivo fundamentador do injusto.

³⁸⁴ MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001. , pp. 91-338.

3.5.2.1. Primeiro grupo: teses de Stübel, Binding e Kindhäuser.

No primeiro grupo³⁸⁵, estariam a teoria de Stübel (Teoria das ações perigosas como verdadeiras lesões de direitos), a de Binding (Teoria de dano específico, da perturbação da segurança na existência); e a de Kindhäuser³⁸⁶ (Teoria da lesão das necessárias condições da segurança para a tranquila disposição dos bens).

Stübel³⁸⁷ não restringe ao resultado a prova da periculosidade da ação, diante de sua dependência de circunstâncias causais da ação perigosa, sendo produto do acaso. Aceita a relevância penal de ações perigosas como lesões a direitos.

Binding³⁸⁸ amplia a missão do Direito Penal além da tutela de direitos subjetivos, para aceitá-la para o conjunto de condições de uma vida jurídica sã, as quais seriam lesadas através do perigo. Binding³⁸⁹, portanto, entende o perigo como lesão *sui generis*, seu núcleo seria uma lesão específica ao bem jurídico na sua existência segura, sem fazer qualquer relação com a ideia de uma condição ou estado prévio da lesão. Cria, portanto, uma autonomia das proibições do por em perigo em relação às de lesão, os quais teriam um injusto específico. Dessa forma, nunca seria necessária a presunção do perigo, pois ele sempre ocorreria, sendo que havendo a aplicação incompleta dos meios para expor ao perigo, ter-se-ia a tentativa.

---

³⁸⁵ Pode-se perceber certa semelhança entre esse grupo e a tese de Bechara (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal**. Tese de Livre-Docência na Universidade de São Paulo, 2010, pp.227-267.). Ela defende que seria um resquício da perspectiva causal-naturalista buscar um objeto quantificável para se entender o conceito de dano quando, na verdade, somente haveria um potencial de lesão ao interesse tutelado sobre tal coisa. Sendo assim, conclui pela impossibilidade de utilização do objeto material para averiguar a ofensividade nesses crimes. A teoria da danosidade social teria buscado acabar com tal inconsistência, situando o dano na coletividade, mas desconsideraria o indivíduo e seu interesse no livre desenvolvimento social. Acredita que os bens jurídicos supraindividuais seriam a síntese normativa de uma série de expectativas públicas e privadas em conflito. Dessa forma, admite a possibilidade de delitos de lesão em bens jurídicos difusos. Assim, por não possuírem um substrato material depende do grau de concretização em um contexto pré-positivado, devendo existir um esforço contínuo nesse sentido, evitando a tutela de meros objetivos de organização política, social ou econômica, assim como permitir que bens jurídicos tenham potencial crítico para limitar a tutela penal.

³⁸⁶ KINDHÄUSER. *Gerfährdung als Straftat, Rechts-theoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungdelikte*, Frankfurt a. M., p.166, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001. , pp.112-146.

³⁸⁷ STÜBEL. *Ueber gefährliche Handlungen, als für sich bestehende Verbrechen, Zur Berichtigung der Lehre von verschuldeten Verbrechen, nebst Vorschlägen zur gesetzlichen Bestimmung über die Bestrafung der ersten in Narch CrimR, VIII, 1826, pp. 236-323, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001, pp.91-95.*

³⁸⁸ Die Normen, pp. 353-6, 364, 368 e ss, 390-7, 408, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001. , pp. 95-112.

³⁸⁹ Normen I, 2ª., 1890, pp. 381 ss apud RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p.298.

Binding defende que para a exposição ao perigo³⁹⁰ de um bem, o objeto da ação deveria entrar no raio de ação do meio perigoso, o que ficaria a critério da causalidade. Para a prevenção de tal exposição de perigo tal conduta perigosa deveria ser criminalizada. Assim, as técnicas de tipificação para proibir as ações perigosas, seriam um meio para inibir ações idôneas para a exposição de perigo, na forma de tentativas acabadas de perigo.

O juízo de perigo da conduta deve ser *ex ante*³⁹¹, sendo essa análise o dolo específico de perigo. Portanto, o dolo refere-se tanto à criação do perigo, como à idoneidade da ação perigosa. Não permite, porém, delitos de perigo baseados na mera periculosidade geral de uma determinada classe de comportamento, já que se permitiria a criminalização de condutas inofensivas. Sugere que sejam considerados como meras infrações de desobediência, sendo apenas delitos formais, baseados na contrariedade à norma de comportamento. Propõe, por fim, que essas sejam eliminadas do Direito Penal, e sejam incluídas num futuro direito sancionador de polícia.

Já Kindhäuser³⁹² avalia que a maioria dos crimes de perigo teria seu conteúdo de injusto muito inexpressivo ou, inclusive, ilegítimo, para ser punido com a sanção criminal. Defende que o injusto dos crimes de perigo abstrato deveria ser autônomo ao de lesão. Conforme sua teoria, se os crimes de perigo concreto definem condutas em que o dano seja iminente, cuja efetiva realização somente dependeria da causalidade; já os crimes de perigo abstrato deveriam ser condutas em que haveria todas as condições para o perigo de um bem no raio de incidência de efeitos da conduta.

³⁹⁰ BINDING. Normen I, 2ª., 1890, pp. 381 ss apud RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, pp.297-9.

³⁹¹ Die Normen, pp. 353-6, 364, 368 e ss, 390-7, 408, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001. , pp. 104-6.

³⁹² Para Kindhäuser, (Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal. In KINDHAÜSER, Urs. **Teoría de las normas y sistemática del delito**. Lima:Ara, 2008, pp.41-61) a questão mais importante é a da fundamentação do injusto dos crimes de perigo, pois todos têm o ponto em comum de não produzirem qualquer lesão ao bem jurídico. O Direito é o único meio de controle social apto para resolver de forma aceitável os conflitos. O efeito dessa substituição dá-se pela crescente jurisdicização da sociedade, aumentando a importância do Direito Penal como forma de reação aos comportamentos desviantes, tornando o aspecto fragmentário do Direito Penal como uma característica não vinculante. Além disso, os riscos da sociedade atual, a chamada sociedade de risco, geram uma série de inseguranças que somente podem ser controladas pela sociedade como um todo. Vê que o Direito Penal tem sido usado como uma arma multi-uso para a segurança social. Através do Direito Civil e do Direito Público, também se podem criar meios para o controle social. Sendo evidente que com os instrumentos de Direito Público pode-se gerar uma segurança consideravelmente maior. Refere-se à inexistência de renúncia ao Direito Penal, entendido por ele, como o ramo jurídico que permite a constatação por um processo formal da responsabilidade por lesões de normas e submissão dos responsáveis às sanções de perda de dinheiro ou de liberdade. Não parece haver qualquer rejeição ao Direito das infrações administrativas, que pune apenas com sanções patrimoniais. Já o Direito Penal, em sentido estrito, parece ser visto de outra forma, já que une à sanção uma reprovação ético-social e pode oferecer ao autor a possibilidade de uma pena privativa de liberdade.

No caso de perigo concreto, haveria prejuízo ao titular do bem jurídico quando dependa apenas da causalidade para a configuração do dano. Já com o perigo abstrato, os bens não poderiam ser utilizados racionalmente como meio de livre desenvolvimento, por não ser suficientemente segura a inexistência do dano. Seria possível também, por meio deles, a tutelar a Segurança³⁹³, como bem jurídico difuso, o qual poderia fundamentar delitos cumulativos, contudo, não pretende criar um super-bem jurídico ou transformar os crimes de perigo em crimes de dano. A segurança seria um mero critério para se avaliar a disposição racional de um bem, principalmente daqueles institucionais, os quais não podem ser lesados, apenas poderiam ser tutelados por meio da manutenção de suas condições, evitando-se sua perturbação³⁹⁴. Mas, em nenhum caso, admite que a pena nos crimes de perigo abstrato esteja ligada a fins de prevenção geral, embora incentive a transposição de todos os crimes de perigo abstrato no Direito Administrativo.

3.5.2.2. Segundo grupo: teses de Wolter, Martin e Schröder e Rabl.

Seria um grupo de teorias que tratam do desvalor de resultado nos crimes de perigo abstrato, como a de Wolter (Desvalor da periculosidade como desvalor de resultado primário nos crimes de perigo abstrato impróprios); Martin; Schröder e a de Rabl.

Wolter³⁹⁵ exige, além do desvalor da conduta, um injusto de resultado primário, consistente na criação, ao menos culposa, de um risco juridicamente desvalorado e

³⁹³ A Tese de Hoyer (JA 1990, pp. 185 e ss apud RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 308-9) seria bastante próxima a de Kindhäuser. Hoyer entende que seria necessário proibir, sem exceções, certas condutas para não deixar o bem jurídico para a competência de julgamento do autor: o fundamento de punição nos crimes de perigo abstrato seria o risco de erro do agente. Assim, as condutas perigosas em abstrato ofenderiam a segurança do bem jurídico de forma mais intensa quanto maior for o risco de erro do agente.

Também a Tese de Herzog (Gesellschaftliche Unsicherheit, 1991 apud RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 309-311) trata de um direito fundamental da segurança, concebe os crimes de perigo como uma antecipação da tutela penal frente a insegurança social, sem outorgar, como faz Kindhäuser, uma genuína lesividade aos crimes de perigo abstrato. A origem dos crimes de perigo abstrato estariam na insegurança social e nas necessidades de segurança e prevenção da essência do Estado que surgem nos momentos históricos marcados por profundas transformações. Nesses momentos, a sociedade espera que o Direito Penal restabeleça a ordem. Mas, a antecipação da tutela penal, através do Direito Penal de Risco, não parece ser justificada apenas na necessidade antropológica pela segurança. O Direito Penal passa a ser um regulador das condutas de risco. O desvalor do injusto é substituído pelo direcionamento de condutas e os bens jurídicos por funções, servindo como instrumento da política. Tal opção pode ser desastrosa quando as decisões políticas não empregam critérios penalmente relevantes, mas políticos.

³⁹⁴ Roxin (**Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas, 1997, pp.409-410.) entende que a concepção de Kindhäuser é bastante próxima daquela que os assemelha à violação dos deveres de cuidado.

³⁹⁵ WOLTER. Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem. Berlin: Duncker & Humblot, 1981, pp. 24-27, 33, 37, 48, 69, 73, 75-6, 80 e ss,

adequado para lesionar o bem jurídico, separado da ação, analisado *ex ante*, equiparável ao injusto de resultado secundário, julgado *ex post*.

Propõe a classificação dos crimes de perigo abstrato como culposos, desde que a ação delitiva não possa ser punida como uma desobediência ao Direito, sendo necessária a real possibilidade de lesão ou exposição ao perigo do bem jurídico, chamada por ele de desvalor de resultado primário ou desvalor de periculosidade. A tentativa perfeita de um dano seria o protótipo do injusto de um comportamento perigoso. Por outro lado, não desconsidera o “risco”, definido por ele como a relação objetiva entre ação e resultado, a qual não precisaria estar relacionada com a culpabilidade e o dolo. Assim, constituem o injusto, o desvalor da ação, periculosidade e resultado.

Junto com a estrutura e a fundamentação do injusto, Wolter aborda o seu conceito de imputação objetiva, buscando uma teoria que trate da imputação de danos e riscos, permitindo o afastamento, em *lege ferenda*, dos delitos de resultado, para dar mais ênfase para os delitos de mera conduta impróprios dolosos ou culposos, inclusive, de tentativas culposas³⁹⁶ ou a criação de delitos de risco com causalidade potencial geral, permitindo-se prova de inidoneidade. Já os delitos de perigo abstrato³⁹⁷, são classificados por ele em

---

106, 183 e ss, 205 e ss, 249 e ss, 277-9, 296, 303, 308-9, 319-20, 323-6, 329, 356, 361, apud MENDONZA BUERGO, Blanca, **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto. Granada: Comares, 2001.**, pp. 164-188.

³⁹⁶ Há grande resistência doutrinária às tentativas culposas. Romeo Casabona (**Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo, Granada: Comares, 2005.**, p.78), apesar de concordar com a grande aproximação dogmática e de injusto material entre os crimes de conduta perigosa e os culposos, discorda da interpretação dos crimes de perigo abstrato como tentativas culposas. Afirma que English (Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit. Berlin: Otto Liebmann, 1930, pp.404 e ss, apud ROMEO CASABONA, Carlos María. **Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo, Granada: Comares, 2005.**, p. 79) levantou a identidade entre dolo de perigo e culpa consciente. Não haveria entre eles diferença do ponto de vista subjetivo. Só haveria no ponto de vista objetivo, no que se refere à produção ou não do resultado. Assim, nos casos em que houver dolo de perigo puro, haveria a mesma estrutura dos crimes com culpa consciente, no que se refere ao momento de representação do perigo e de confiança fundada na não produção do resultado lesivo. Seriam, em ambos os casos, atuações culposas, sem resultado lesivo. Os crimes de perigo seriam tentativas dos culposos. Essa identificação poderia levar à conclusão de que os crimes culposos incompletos poderiam ser punidos como crimes dolosos de perigo, já que ambos estão equiparados no âmbito subjetivo. Ou, ao contrário, se esse fato doloso pode ser equiparado a um culposo tentado, deveria ser impunível. Romeo Casabona considera ambos os resultados absurdos. Cada um desses institutos jurídicos tem seu âmbito próprio de aplicação. Os crimes culposos de perigo, que exigem um resultado de perigo concreto, possuem estrutura idêntica aos de resultado material. Também em relação aos crimes culposos de mera conduta, não teriam qualquer ponto diferenciador no aspecto objetivo, já que não há também não exigem qualquer resultado, como nos crimes de perigo abstrato. Assim, a diferença entre eles deve ser dada pelo âmbito subjetivo.

Também Mir Puig (**Derecho Penal, Parte General. Barcelona: PPU, 1995, p.369**) afirma que a tentativa requer um elemento subjetivo do injusto que se costuma denominar como resolução de consumir o delito. Portanto, é impossível uma tentativa culposa relativa ao tipo positivo, mas permanece a tentativa com a suposição culposa de que ocorreriam os pressupostos de uma causa de justificação ou com o desconhecimento culposo da proibição.

³⁹⁷ WOLTER. Zurechnung, 1981, pp. 276 e ss, 319 e ss apud RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, pp.337-341

duas categorias. Os próprios não admitem qualquer restrição típica, devendo ser aplicados em seu teor literal, com fins didáticos, sem a necessidade de uma concreta exposição ao perigo do bem jurídico, o qual seria apenas motivação do Legislador, como “ações em massa”. As necessidades de controle e vigilância passam, portanto, ao primeiro plano. Wolter busca sua revalorização, limitando-os através da descrição típica precisa das condutas e de uma relação com bens jurídicos essenciais ou através da elaboração de “crimes com sistema de provas”, isto é, os quais permitam a comprovação de sua aptidão lesiva. Já nos impróprios, haveria um caráter individual, sendo imprescindível a concreta exposição ao perigo ou periculosidade dos bens jurídicos de grande valor, para que se evite uma lesão aos princípios da culpabilidade e do próprio injusto penal. Para limitá-los, cria um critério dualista: a conduta poderia ser realizada de modo imprudente, criando real periculosidade ao bem jurídico; ou doloso, com periculosidade pressuposta equivocadamente.

Martin³⁹⁸, baseado nos postulados de Wolter, qualifica o risco juridicamente proibido como resultado dos delitos de perigo abstrato. Assim, além da conduta típica seria necessária a criação de um risco de lesão ao bem jurídico protegido, seu fundamento material para a punibilidade, por meio de uma perspectiva *ex ante*. Considera como resultado somente aquele risco específico abarcado pela norma, mesmo que esse possa estar separado da ação lógica, espacial e temporalmente.

Já a tese de Schröder³⁹⁹ admite uma presunção relativa nos crimes de perigo abstrato, admitindo prova da inocorrência do perigo no caso concreto. A presunção seria justificada pela periculosidade da conduta, a qual, em certos casos, permitiria a prova em contrário. A proposta de Schröder, contudo, não se aplica a todas as categorias de crimes de perigo abstrato, somente àquelas cuja conduta prevista no tipo penal seja caracterizada pela periculosidade geral. Não caberia aos casos em que o perigo abstrato protege a coletividade ou quando não for bastante claro o objeto do tipo penal, já que tais casos

³⁹⁸ MARTIN. Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen, Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsgogmatik und zum Umweltvölkerrecht, Freiburg, i. Br, pp. 82-87, 93, 98 e ss, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001. pp. 188-191..

³⁹⁹ SCHRÖDER. Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht. ZStW, 81, 1969, pp.7 e ss apud D`AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios, contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico**. Coimbra: Coimbra, 2005, pp.112-5. Critica-se essa teoria, dada a impossibilidade da inversão do ônus da prova sem que haja a lesão ao princípio do *in dubio pro reo*. Ou se transformaria a inexistência de ofensa em uma causa de exclusão de ilicitude. Também não admite a transferência para o magistrado da determinação do perigo, no caso concreto, pois, haveria, então, crimes de perigo concreto, ao invés de abstrato. D`Avila não concorda com os critérios de Schröder, para determinar os crimes de perigo que impedem a prova em contrário. Acredita que meras dificuldades práticas ou motivos políticos-criminais, não são suficientes para determinara a legitimidade desses crimes.

impediriam essa prova de inidoneidade. Assim, Schröder⁴⁰⁰ aceita as presunções de periculosidade como legítimas, desde que se admita a prova em contrário como forma de evitar que os crimes de perigo abstrato tornem-se delitos de mera obediência, o que caracterizaria a atipicidade das condutas inofensivas. Para Roxin, tal posicionamento seria insustentável, pois inverteria a presunção *in dubio pro reo*, além de converter os crimes de perigo abstrato em concreto⁴⁰¹.

Por outro lado, Rabl⁴⁰² não requer a produção do perigo no caso concreto, exige um determinado resultado, concebido como uma modificação do mundo exterior, mesmo nos delitos de mera atividade. Permite, portanto, que a presunção do perigo possa ser combatida no processo, já que nos crimes de perigo abstrato, o perigo concreto seria um elemento típico não escrito⁴⁰³, isto é, uma presunção do Legislador, a qual deve ser provada. Não identifica a quem caberia o ônus da prova. No que se refere ao tipo subjetivo, acredita não ser necessário que o autor concentre sua ação em relação especificamente a certo bem jurídico, basta que tenha consciência de que age de modo perigoso aos bens jurídicos, de modo geral.

3.5.2.3. Terceiro grupo: teses de Cramer, Volz, Rudolphi

No terceiro grupo, estariam Cramer, Volz e Rudolphi, os quais defenderiam a assunção do risco e contrariedade do dever como conteúdo do injusto dos delitos de perigo abstrato.

Volz⁴⁰⁴ é responsável pela efetiva subjetivação do injusto nos delitos de perigo abstrato. Fundamenta⁴⁰⁵ o injusto na culpabilidade, com base na assunção do risco, a partir da infração do dever de conduta, para justificar o desvalor da ação e do critério do incremento do risco. Se não houver incremento de risco, a presunção de perigo feita pelo

⁴⁰⁰ SCHRÖDER. ZStW, 81, 1969, pp. 14 e ss. apud Rodríguez Montañés, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 317-8.

⁴⁰¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal...**, pp. 404-411.

⁴⁰² RABL. Der Gefährdungsvorsatz Strafrechtliche Abhandlungen, Leipzig, Breslau-Neukirch, 1933, pp. 15-22, 59 e ss, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001, pp. 147-152.

⁴⁰³ RABL. Gefährdungsvorsatz, 1933, pp. 9 e ss apud RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 316-7.

⁴⁰⁴ VOLZ. Unrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte, Göttingen, 1968, pp. 23, 33-35, 103 e ss., 143-7, 167-189, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001, pp. 203-8.

⁴⁰⁵ VOLZ. Unrecht und Schuld, 1968, pp. 103 e ss apud RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 326-329

Legislador não se confirmaria, inexistindo a violação do dever de conduta. Não se exige um prognóstico do perigo, basta ao injusto a assunção de risco⁴⁰⁶, mesmo que o autor não a realize de modo consciente, já que ela faria parte do próprio significado social da ação perigosa e da proteção ao bem jurídico. Trata, ainda, de formas de exclusão de periculosidade que seriam medidas aplicadas pelo agente para buscar dirimir todo o perigo de forma consciente, não assumindo, portanto, qualquer risco.

Rudolphi⁴⁰⁷ segue Volz, pois considera como injusto a assunção do risco, embora trate da limitação⁴⁰⁸ do seu âmbito de aplicação, exigindo um mínimo de injusto material na forma de desvalor da ação, devendo haver a exigência de, ao menos, imprudência em relação com o fato desvalorado na lesão ou exposição ao perigo do bem jurídico.

Já Cramer⁴⁰⁹ destaca que além dos crimes de perigo abstrato, há institutos como o da tentativa e os crimes de mera conduta, que também não exigem nem o resultado de

---

⁴⁰⁶ Brito (**Crimes de perigo e teoria da imputação objetiva**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, pp.225-325.) adota a corrente da teoria da imputação objetiva que trata de determinar se as características da conduta do agente correspondem à descrita no tipo, buscando uma teoria normativa de adequação típica. Sua escolha permite que se trate dos crimes de perigo abstrato, já que não existe, nesses delitos, o resultado destacado da conduta. Essa teoria permitiria que se delimite as condutas proibidas e as lícitas, limitando a importância do resultado, pois apenas trata da criação do risco não permitido. Brito aceita o uso de crimes de perigo toda vez em que houver um valor jurídico penal a ser tutelado. No caso concreto, pode ser aplicada a teoria da imputação objetiva, levando em consideração o conhecimento e as capacidades dos falantes antes e depois da tomada de decisão, restringindo o número de condutas no âmbito de proteção da norma. Ao se constatar que o comportamento estaria no âmbito de proteção da norma, aplicam-se critérios com referência ao tipo imputado. A conexão entre o descumprimento do dever de cuidado e o evento previsto como típico e a insignificância da ofensa seriam critérios políticos que atuam como excludentes contrafáticos de imputação, sempre que não houver interesse político-criminal da restauração das expectativas.

Brito, para criar tal relação parte da vertente da teoria da imputação objetiva focada na ação, com base nas teorias de Jakobs e Frisch, ao invés de baseada no resultado, como faz Roxin. Parece mais adequada a posição de Schünemann (Consideraciones sobre la imputación objetiva, p.234 apud CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação objetiva e Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, n. 152, p.82), que afasta tal debate, ao entender que “a realização do tipo se produz com a concorrência de ambos aspectos. O mesmo se dá com a avaliação *ex ante* e *ex post* (...).

⁴⁰⁷ RUDOLPHI. Inhalt und Funktion des Handlungsunwetes im Rahmen der personalen Unrechtslehre in Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe, 1972, pp.59-60, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001. , pp.208-9.

⁴⁰⁸ RUDOLPHI. Maurach-Fs, 1972, pp.59 e ss apud RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 332.

⁴⁰⁹ MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001. , pp. 192-6. Para Mendonza Buergo, a existência de muitos pontos controversos no pensamento de Cramer, como no que se refere à tentativa inidônea, a razão de sua punição e o paralelo com os delitos de perigo abstrato. Não aceita a equiparação entre o perigo na tentativa inidônea e nos crimes de perigo abstrato. Na tentativa inidônea supõe-se a periculosidade do autor e, não, da ação em si mesma. Também crê que não seria defensável justificar a punição da tentativa inidônea no ataque que representa o comportamento do autor e no perigo de que ele venha tentar novamente. Buergo defende que sempre se deve considerar se a conduta, nos delitos de perigo abstrato, possa conduzir a um delito efetivo ou a uma lesão. Também ressalta que, quando se for fazer um paralelo entre tentativa idônea e inidônea; e crimes de perigo concreto e abstrato; deve-se ter em mente que, entre as classes de tentativas, as diferenças baseiam-se em dados objetivos; enquanto que entre as de crimes de perigo, baseiam-se nos diferentes

lesão nem o de perigo, baseados na segurança, embora não tratem de um ataque real ao bem jurídico. Assim, seria uma presunção da periculosidade ao bem jurídico, com base na periculosidade do autor concretizada no ataque ao bem jurídico.

Considera o perigo abstrato uma fase prévia do concreto, sendo semelhante à punibilidade da tentativa inidônea baseada na existência de um ataque a um interesse jurídico protegido. Cramer coloca alguns limites mínimos para esses delitos, excluindo tanto as ações que nunca pudessem lesionar qualquer interesse jurídico protegido, como aquelas sem relevância penal. Não questiona a punição de ações individuais inofensivas, já que a potencial periculosidade da conduta é um juízo geral, suficiente para fundamentar a punição desses crimes. Seria possível uma interpretação restritiva, para os crimes que protegem bens jurídicos individuais, aceitando, até mesmo, a punibilidade de ações em massa, totalmente inofensivas, no caso concreto.

3.5.2.3.1 Aproximação dos crimes culposos: teses de Horn, Brehm, Schünemann, Roxin, Silva Sánchez, Rodriguez Montañés, Corcoy

Horn⁴¹⁰ e Brehm⁴¹¹ convertem os crimes de perigo abstrato em infrações do cuidado devido, como crimes culposos, sem resultado⁴¹².

Horn⁴¹³ apresenta uma relação entre a conduta e a integridade do bem jurídico, através da infração de um dever jurídico de cuidado, referindo-se à lesão do bem jurídico

---

requisitos típicos e na diferente perspectiva que tem lugar os juízos de perigo. Em nenhum momento refere-se a uma graduação da probabilidade de lesão, como quer Cramer. A probabilidade de lesão pode ser igual *ex ante*, mas a diferença está na comprovação dos concretos, que se dá *ex post*. O paralelo proposto carece da referida identidade estrutural e no que se refere à noção de periculosidade.

⁴¹⁰ HORN. Konkrete Gefährdungsdelikte. 1973, pp.28, 94 e ss. apud ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 408, n. 213.

⁴¹¹ BREHM. Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts. 1973, pp.126 e ss apud ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 408, n. 213.

⁴¹² D'Ávila (D'AVILA, Fábio. Ofensividade e ilícito penal ambiental. in D'AVILA, Fábio. **Ofensividade em Direito Penal: Escrito sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp.105-127.) acredita que uma aproximação entre crimes de perigo abstrato e culposos pode ser benéfica para ambos, já que na idéia de cuidado-de-perigo haveria tanto desvalor de resultado de perigo como de ação, sendo necessária, inclusive, a análise dos efeitos da conduta sobre o objeto jurídico. Assim, o conteúdo material do ilícito não pode estar baseado somente no desvalor da ação, principalmente, porque, nos crimes culposos, o desvalor não se centra na ação, mas no resultado. Se for aplicado o critério do desvalor pela violação de um dever de conduta, haveria maior esvaziamento no desvalor material de resultado, que poderia levar à criminalização de qualquer conduta. Prefere uma análise do cuidado-de-perigo. Já no caso dos delitos cumulativos, não haveria qualquer idéia de periculosidade geral ou abstrata para fundamentá-los, criminalizam-se condutas inofensivas ao bem jurídico tutelado pela norma, que tonar-se-iam lesivas, quando analisadas conjuntamente com as demais realizadas por terceiros. Considera esse conceito inaceitável.

ou ao concreto perigo para o mesmo. Seriam, portanto, crimes culposos específicos que se diferenciam dos demais, por não exigir a concreta produção de uma lesão ao bem jurídico. Para Horn, é melhor a interpretação desses delitos como de mera conduta perigosa, isto é, delitos que descrevem determinadas condutas, violadoras do dever de cuidado em relação à produção de uma lesão a determinado bem jurídico, mas que independem dela para sua punição, aceitando, inclusive, a punição de condutas sem relação expressa com a lesão de um bem jurídico, como meras infrações do dever de cuidado, desde que a norma deixe evidente a existência de relação com o bem jurídico. Mas, adverte que a verificação da violação do dever objetivo de cuidado deve ser analisada em cada caso concreto.

Brehm⁴¹⁴ exige o juízo da idoneidade da conduta em concreto, afastando o perigo como mera motivação do Legislador, tendo como parâmetro os cuidados de um homem médio, somado aos conhecimentos especiais do autor. Propõe uma interpretação corretiva desses tipos penais, convertendo-os em tipos culposos, exigindo que a antijuridicidade da conduta, não se esgote na contrariedade à norma penal. Acredita que, com tais correções, permite-se analisar se o agente poderia ter atuado conforme o dever, no que se refere à culpabilidade. Assim, nos delitos de perigo abstrato, com a característica da aptidão, o agente deve saber que a conduta era idônea para a lesão, a qual não seria exigida, entendendo-se os crimes de perigo abstrato como tentativas culposas.

Muito próxima à tese de Brehm é a de Schünemann⁴¹⁵, o qual também recorre à tese da tentativa culposa, como infração de um dever de cuidado para caracterizar os crimes de perigo abstrato. Para Schünemann⁴¹⁶, o problema básico dos crimes de perigo abstrato estaria na falta do desvalor da exposição ao perigo, sendo inadequado ao princípio da culpabilidade. Essa questão não ficaria resolvida com a mera referência às infrações ao dever objetivo de cuidado, já que a norma de cuidado formulada *ex ante* pode ser

---

⁴¹³HORN. Konkrete Gefährdungsdelikte. 1973, pp.22-23, 28, 94 apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto. Granada: Comares, 2001.**, pp. 211-5.

⁴¹⁴BREHM. Inhalt und Funktion des Handlungsunwetes im Rahmen der personalen Unrechtslehre in Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag: Karlsruhe, 1972, pp. 89-97, 106, 119, 125-7, 131, 134-140, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto. Granada: Comares, 2001**, pp.215-223.

⁴¹⁵SCHÜNEMANN. JA, 1975, 798 RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004**, p. 332-6.

⁴¹⁶Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit – und Gefährdungsdelikts, in JA, 1975, pp. 797-8, 797-8, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto. Granada: Comares, 2001**, pp.223-9..

considerada sem sentido, *ex post*. Defende⁴¹⁷ uma imputação subjetiva para determinar essas tentativas culposas, abrangendo, também, os casos de inidoneidade. Assim, haveria punição se o agente deixasse de tomar todas as medidas necessárias a sua disposição, mesmo que, objetivamente, o risco seja ausente, embora considere⁴¹⁸ a punição de condutas inofensivas ao bem jurídico tutelado, um tipo de ilícito ficto.

Roxin⁴¹⁹ prefere analisar o perigo como mero motivo do Legislador nesses tipos penais⁴²⁰. Divide sua análise entre os clássicos crimes de perigo abstrato, ações em massa e aqueles que tutelem um bem jurídico espiritualizado. Prefere as teses de Horn e Brehm que convertem os crimes de perigo abstrato em infrações do cuidado devido, voltadas à punição pelo perigo de resultado. Concorde com a tese de Schünemann⁴²¹ de criação das tentativas culposas por meio de uma imputação subjetiva⁴²². Já no que se refere às ações em massa, aceita a punição mesmo em caso de inexistência de perigo, diante dos fins preventivos gerais (didáticos). E, por fim, para os delitos com bem jurídico espiritualizado, aceita que o desvalor da ação fundamentaria a punibilidade. Somente as infrações mínimas poderiam ter interpretação restritiva.

---

⁴¹⁷ SCHÜNEMANN. Moderne Tendenzen in der Dogmatik Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte. in JA, 1975, p. 798 apud ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas, 1997,, p.408, n.217.

⁴¹⁸ SCHÜNEMANN. Moderne Tendenzen in der Dogmatik Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA, 1975, p. 798 apud D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade...cit.**, pp. 122-4.

⁴¹⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas, 1997, pp.409-410.

⁴²⁰ Jakobs (Kriminalisierung im Vorfeld iner Rechtsgursverletzung in ZStW 97(1985), pp751 e ss apud ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas, 1997, p.407, n.204) considera que em grande parte não seriam legítimas em um Estado liberal as incriminações em estado prévio de lesões ou os crimes de perigo abstrato. No caso da conduta descrita nesses últimos, somente seria perigosa se fosse seguida de nova conduta criminosa ou somente o seria de modo bastante restrito.

⁴²¹ SCHÜNEMANN. Moderne Tendenzen in der Dogmatik Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA, 1975, p. 798 apud ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas, 1997, n.217 e p.408.

⁴²² Frisch (An Grenzen des Strafrechts, Stree/Wessels-FS, 1993, p.93 apud ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas, 1997, p.408) acredita que devem ser substituídos por “delitos de aptitud”, esses acentuam a concreta aptidão *ex ante* da conduta para provocar os resultados que busca evitar. Sobre os crimes de perigo abstrato, Frisch (Umweltstrafrecht in Deutschland und Österreich, 1994, pp. 149 e ss apud KUHLEN, Lothar. ¿Es posible limitar el Derecho Penal por médio de um concepto material de delito? in **El sistema integral del Derecho Penal : delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, n.33, p.136) não se pronuncia de modo categórico como opositor a eles. Sua exposição consiste em defender que os crimes de perigo abstrato devessem ser considerados como crimes de aptidão, que levariam à exclusão da pena nos casos de inidoneidade da conduta. As infrações de autorização seriam os casos em que a conduta apresenta-se por si mesma como perigosa, também naqueles casos em que a conduta deveria ser autorizada, mas a autoridade administrativa, por falta de informação, limita as possibilidades de coordenação das condutas, possibilitando a ofensa aos bens jurídicos. Sobre os procedimentos criminais, o autor alerta que se escolheu esse tipo de jurisdição para casos muito heterogênicos, causando a crescente bagatização injustificada de certas infrações às normas, em especial, quando se pode verificar o resultado de lesão.

Silva Sánchez⁴²³ entende os crimes de perigo abstrato como delitos de perigo real, caracterizados por uma periculosidade analisada *ex ante*, mesmo que não exista um resultado concreto de perigo aos bens jurídicos, já que seriam crimes de mera atividade de perigo. Levariam a uma antecipação da tutela penal, punindo-se uma imprudência sem resultado concreto de perigo ao bem jurídico, baseando-se na infração de dever de cuidado. No tipo subjetivo desses crimes, exige que o dolo abarque o risco *ex ante* para o bem jurídico. Mas, no caso de um erro sobre esse juízo de perigo, entende haver um crime culposos.

Para Rodríguez Montañés⁴²⁴ deve-se analisar a periculosidade *ex ante*, com base na antijuridicidade material, dando-se um tratamento diferenciado quanto ao tipo de bem jurídico tutelado, sendo que a produção ou não do resultado de perigo seria, portanto, irrelevante. Os bens jurídicos individuais permitem a criação de uma estrutura paralela a dos crimes de perigo concreto, sendo semelhantes à tentativa imprudente. Já os bens jurídicos difusos não relacionados com bens individuais, chamados por Schünemann de bens jurídicos intermediários espiritualizados, tendem a ser ofendidos com a repetição de condutas individuais, que não respeitam as regras básicas de funcionamento do sistema. Dada essa natureza do bem jurídico, seria difícil determinar o grau de ofensividade de cada conduta, preferindo-se a tipificação por meio de crimes de perigo abstrato, tutelando um bem jurídico intermediário representativo. Nesse caso, não haveria a antecipação da tutela penal, mas apenas a proteção de outros bens, sendo, portanto, legítimos, já que formalmente, seriam crimes de dano. No caso dos bens difusos indiretamente ligados aos bens jurídicos individuais, entende a efetiva periculosidade da conduta como infração do dever de cuidado, semelhantes a crimes culposos sem resultado ou tentativas imprudentes. Requer que tipo subjetivo dos crimes de perigo abstrato seja doloso ou de culpa consciente, sendo necessário o conhecimento do dever de cuidado a ser violado, apesar de somente aceitar a imprudência em relação ao bem jurídico mediato.

Corcoy⁴²⁵, a partir de uma teoria normativa do perigo, indica a relevância da conduta do sujeito, no que se refere à infração do cuidado devido. Dessa forma, o injusto objetivo pressupõe, em todo caso, a criação ou falta de controle de um risco grave para um

⁴²³ WELZEL. Derecho de la Circulación, 1993, 149 e ss apud RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, n. 270, p.336

⁴²⁴ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, pp.351-397.

⁴²⁵ CORCOY. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos**. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 40-49, 53, 143 e ss, 200-218, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001. , pp.245-253.

bem jurídico, de acordo com um juízo *ex ante* de lesão ou perigo, doloso ou culposos. Esse perigo *ex ante*, permitiria uma comparação entre os crimes de perigo abstrato e a tentativa inidônea. Corcoy conclui pela autonomia dos crimes de perigo abstrato e sua total compatibilidade com o princípio da ofensividade.

Já Faria Costa⁴²⁶ acredita que a legitimidade dos crimes de perigo abstrato não estaria baseada na proteção de bens jurídicos. Responde o problema da legitimação através da existência de duas esferas de proteção no Direito Penal, uma que busca proteger os bens jurídicos, outra, que garante o cumprimento dos deveres. Esses seriam os chamados cuidados-de-perigo, ao quais existem para impedir os resultados danosos das condutas tidas como perigosas. Tal entendimento traria a legitimação da intervenção do Direito Penal de forma mais adequada à sociedade de risco. Adverte⁴²⁷ para a necessidade de um delineamento da relação de cuidado-de-perigo, sendo necessária uma grande riqueza de detalhes na conduta tipificada.

3.5.2.4. Quarto grupo: teses de Jakobs e Müssig

Para Jakobs⁴²⁸, os crimes de perigo abstrato seriam um recurso para organizar as condutas, num âmbito social padronizado, em que existem as esferas de organização pré-determinadas. Considera que a antecipação da punibilidade nesse caso não é maior do que a da tentativa acabada. Seriam condutas baseadas na perturbação social, a qual poderia ser

⁴²⁶ FARIA COSTA, José Francisco de . **O Perigo em Direito Penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)**. Coimbra: Coimbra, 1992, pp. 25 a 44.

⁴²⁷ FARIA COSTA, José Francisco de . **O Perigo em Direito Penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)**. Coimbra: Coimbra, 1992, pp.645-6. Sobre a ideia de necessidade de intervenção preventiva do Direito Penal, propõe a seguinte análise: a diferenciação entre penas e medidas de segurança. Essas últimas partem da periculosidade futura do agente, com uma finalidade prospectiva. Se fosse aceito que os crimes de perigo abstrato apresentavam um caráter preventivo, estar-se-ia, de certo modo, equiparando-os às medidas de segurança. É claro que tal equiparação não resiste diante de uma análise mais profunda, já que, embora ambos visem proteger os bens jurídicos, a pena aplicada aos crimes de perigo abstrato visa os imputáveis, enquanto que as medidas de segurança visa inimputáveis perigosos.

⁴²⁸ JAKOBS, Günther. *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zuchnungslehre*, Berlin, 1991., 2/25a, 25b, 6/8; Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung in ZStW 97, 1985, pp. 762-9, 784, 922; Die Fahrlässigkeitsdelikt, Deutsche Strafrechtliche Landsreferate zum IX. Int. Kongress für Rechtsvergleichung in ZStW 86, 1974, p.39-40; La Imputación objetiva en Derecho Penal, Madrid, 1996, pp. 85 e ss, 125-9, Sociedad, norma y persona en una teoría de derecho penal funcional, Madrid, 1996, pp. 44 e ss, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001, pp.258-273.

gerada mesmo antes de causar um dano ao bem jurídico⁴²⁹, nos casos em que o autor abandona irreversivelmente seu papel ou quando se dá um fato perturbador da paz jurídica.

Critica a utilização de crimes de perigo abstrato para se proteger as próprias condições para a existência do bem ou da instituição. Esse tipo de busca pela totalização da proteção ao bem jurídico singular, pois esses também levam à minimização da liberdade e da intimidade. Não aceita a ideia de proteção de um bem no âmbito prévio para legitimar tais crimes. O limite entre bens jurídicos como unidades de funcionamento e bens no âmbito prévio seria bastante tênue, já que também esse âmbito prévio ligar-se-ia no contexto à função. Considera essas diferenciações inócuas, já que levariam às mesmas consequências em relação à legitimidade das condutas.

Também Müssig⁴³⁰ considera que os crimes de perigo abstrato positivam e garantem determinadas expectativas de comportamento como parte integrante ou como estrutura de um específico complexo normativo institucionalizado. Considera esses crimes como a normatização de âmbitos de organização, cuja concreta formalização é dada pelos "standarts". Nega a possibilidade de se levar em conta a ausência do resultado negativo, como também da inidoneidade da ação concreta, somente analisa a realização da conduta típica. Admite que os crimes de perigo abstrato estariam formulados como crimes de desobediência, reconhecendo um problema na relação dessa posição com a liberdade individual. Assim, faz com que a sociedade seja uma grande organização, regulamentada e formalizada, impondo, portanto, fortes exigências para a legitimação, cujo ponto de partida da legitimação material da norma de comportamento estaria em sua função social, a qual seria a garantia da estrutura de um complexo normativo, ainda que identifique como grande problema da legitimação, o recurso à sanção penal.

3.5.2.5. *Quinto Grupo: Teses de Berz, Graul, Kratzsch, Otto*

No quinto grupo, estariam as que aceitam a mera desobediência do preceito legal em crimes de perigo abstrato, como a teoria como lesão da pretensão de respeito (validade)

⁴²⁹ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1995, pp.58-61, 168-177, 388-409. Jakobs, ao se referir a um bem jurídico penal, trata da validade fática das normas, as quais garantem a expectativa do respeito aos bens, aos papéis sociais e à paz pública. A validade da norma é ofendida, quando pelo comportamento do autor coloca-se evidente a falta de respeito à norma.

⁴³⁰ MÜSSIG, Bernd. Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, Frankfurt a. M., 1994, pp. 140 e ss, 196-208, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001, pp. 273-5.

do bem jurídico e periculosidade da mera realização da ação típica (como Berz e Graul); além das que defendem a otimização da proteção dos bens jurídicos, pela consolidação do Direito Penal do Risco, através dos crimes de perigo abstrato (Kratzsch e Otto).

Berz⁴³¹, ao tratar da criminalização de condutas inidôneas, defende que essa questão deva ser analisada com base no princípio da proteção dos bens jurídicos, cuja lesão seria configurada apenas com a exteriorização da vontade dirigida à lesão ou exposição ao perigo, como se dá na teoria subjetiva da tentativa. Uma interpretação que vincule ao resultado concreto seria contrária aos princípios do Direito Penal, já que as peculiaridades típicas desses delitos impõem certa modificação dos pressupostos para a punibilidade. Desaconselha que se baseie a atuação no próprio julgamento da situação por parte do autor, já que esses crimes são um tipo de regras gerais de cuidado, cuja lesão está baseada no desvalor da ação, baseado na prática da conduta com culpa ou dolo. Apenas não haveria desvalor da ação⁴³² quando o autor saiba da inidoneidade de sua conduta, com segurança, diante das circunstâncias externas e verificáveis, embora ressalve que a assunção de risco dependa do agente.

Já Graul⁴³³ não defende a constante aproximação entre crimes de perigo abstrato e culposos, o que garantiria sempre o desvalor da ação. Apesar dessa vantagem prática, não se pode considerar a infração ao dever de cuidado com base na mera realização da conduta, sem a análise do caso concreto. Não será sempre que se poderá falar de um desvalor da conduta material, no sentido de ofensividade aos bens jurídicos.

Kratzsch⁴³⁴ defende que somente haveria uma proteção eficaz quando houver a eliminação de qualquer componente de risco; através de regulações completas, sem lacunas. Na concepção do Direito Penal, como sistema de regulação do risco, as lesões que ameaçam aos bens devem ser contrapostas a um sistema de regras que o tente eliminar. Por outro lado, mantém uma noção sobre o injusto que parte da premissa da desnecessidade da possibilidade real de prejuízo ou afetação do bem jurídico como sua condição necessária.

---

⁴³¹BERZ. Tatbestandsverwirklichung und materieller Rechtsgüterschutz. München, 1986, pp.101-117, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto. Granada: Comares, 2001**, pp. 277-283..

⁴³²BERZ. Tatbestandsverwirklichung, 1986, pp.110 e ss apud RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. **Delitos de peligro dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 344-5

⁴³³GRAUL. Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen in Strafrecht. Berlin, 1991, pp. 356-362, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto. Granada: Comares, 2001**, pp. 284-6.

⁴³⁴KRATZSCH. Verhaltensteuerung und Organisation im Strafrecht. Berlin, München, 1985., pp. 5, 110-9, 188, 218, 274, 271, 278, 283 e ss., 298, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto. Granada: Comares, 2001**, pp. 287-295.

Haveria a ampliação do espectro dos tipos delitivos criados, principalmente como crimes de perigo abstrato ou de pura atividade, que não pressupõem uma real possibilidade de lesão ao bem jurídico. Nega a ausência da tipicidade, pela comprovação da inexistência do perigo, no caso concreto, já que poderia justificar a não aplicação da norma, em casos em que haveria uma concreta necessidade de proteção.

Interpreta as normas de perigo abstrato, como regulamentação de relações causais, dependentes do acaso, cuja tarefa seria evitar a exposição do perigo de bens que, como relações causais individuais, não seriam passíveis de controle. Apesar de justificar esses tipos penais pela existência de uma perturbação global, pretende dar um conteúdo material ao injusto, a partir da análise do estado avançado, o qual apenas dependeria do acaso para a perturbação do bem. Esse perigo abstrato de produção do resultado é um desvalor de resultado, medido e fixado no tipo adequado ao Direito Penal de risco, servindo as normas penais para a conservação preventiva dos bens jurídicos, intervindo em um momento em que o bem ameaçado pudesse ser conservado, com base nos juízos de perigo, determinados pelos tipos penais.

Para Otto⁴³⁵, os crimes de perigo abstrato seriam um autêntico adiantamento da proteção de bens jurídicos individuais, através do controle do acaso ou para prevenir uma conduta perigosa. A problemática desses delitos residiria na questão do limite da proteção adiantada e da punibilidade, quando a conduta era inofensiva objetiva e subjetivamente, no caso concreto. Questiona a tutela antecipada de bens jurídicos supraindividuais, limitando-a para garantir a proteção de instituições e organizações, que possibilitem o desenvolvimento pessoal. De outro modo, essas infrações seriam meras desobediências normativas, não merecedoras de tutela penal.

3.5.2.6. Sexto grupo: Projeto Alternativo Alemão e uso de cláusula de infração mínima

No sexto grupo, posiciona⁴³⁶ a proposta de limitação dos crimes de perigo abstrato, através da periculosidade, como proposta do Projeto Alternativo Alemão e o uso das cláusulas de exclusão de infrações mínimas ou bagatelares.

⁴³⁵OTTO, Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts. in ZStW 96, 1984, pp. 363 e ss.; Personales Unrecht, Schuld und Strafe. in ZStW 87, 1975, pp. 563, MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto. Granada: Comares, 2001.** , pp. 296-300.

⁴³⁶Mendonza Buergo (**Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto. Granada: Comares, 2001,** pp.300-9.) acredita que, com a formulação negativa do Projeto Alternativo Alemão, não se permite determinar se o juízo de periculosidade tem como parâmetro um observador

O Projeto Alternativo Alemão é mencionado por trazer alguns crimes que se baseiam na previsibilidade *ex ante* do perigo, através da aproximação entre os crimes de perigo abstrato e os culposos. Esses novos tipos trazem cláusulas negativas, como "sem que, no momento da ação, possa ser excluída uma lesão à vida ou integridade das pessoas". Essa cláusula evitaria os problemas político-criminais dos crimes de perigo abstrato, renunciando ao suposto componente causal e ao elemento aleatório, referente à ausência ou presença, no momento da ação, do objeto jurídico. Busca evitar a lesão ao princípio da culpabilidade, principalmente, no que se refere às condutas inofensivas, no caso concreto, como causa de exclusão de responsabilidade.

Já a Lei alemã da Reforma Penal de 1980 incluiu o §326 no CP alemão. Essa cláusula traz a possibilidade de exclusão da punibilidade de se jogar resíduos perigosos no meio ambiente, se não houver efeitos prejudiciais, dada a quantidade dos resíduos. A doutrina chamou-a de cláusula de bagatela, que dá maior relevância à significação objetiva do que à subjetiva.

3.5.2.7. *Sétimo grupo: Teses de Meyer, Hirsch, Zieschang, Torío, Cerezo Bustos, Mendonza Buergo, Gallas⁴³⁷ e Mir Puig.*

Na última categoria, estariam as de que impõem a exigência do desvalor de periculosidade *ex ante* da ação nos crimes de perigo abstrato. Seriam teorias “materializadoras”, pois consideram inadequada a punição de condutas inofensivas no caso concreto⁴³⁸.

---

objetivo, no momento da ação. Se a resposta for positiva, a formulação negativa do Projeto amplia a responsabilidade, que existiria em casos como de mínima possibilidade ou em que haja desconhecimento da periculosidade da ação. Acredita que essa ampliação da responsabilidade, que pressupõe a fórmula negativa, deveria ser limitada para proteção de bens como a vida, a integridade física ou a saúde.

⁴³⁷ Conforme classificação de Rodríguez Montañés (**Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, pp.343-4).

⁴³⁸ Ferreira (FERREIRA, José Eduardo de Almeida Leonel. **Tipicidade e crimes de perigo abstrato**. Tese de doutorado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006, pp.140-168) também parece estar próximo a essa corrente. Defende uma relação entre crimes de perigo abstrato e crimes culposos, ao afirmar que, em ambos, haveria uma conduta infratora de uma norma de cuidado. Nos crimes de perigo abstrato, basta que se pratique uma ação com probabilidade de causar um dano, conforme um juízo *ex ante*. Nesses crimes, nem se pode afirmar a existência constante de um dolo de perigo, embora haja a intenção de causar um dano, nem sempre o autor tem a consciência de que aquela atitude causaria um dano ou, até mesmo, infratora de uma norma de cuidado. Poderia haver um dolo de perigo ou uma inobservância de cuidado de perigo. Discorda da tese de crimes de perigo abstrato como tentativas imprudentes, entendendo-a como apenas uma desobediência de proibição, como as de Schunemann, Wohlers, Wolter. Acredita que tal identificação não afastaria a necessidade de se identificar o perigo no resultado dos crimes de perigo abstrato. Sempre haveria um desvalor na conduta criminalizada, o qual deve ser encontrado na relação entre ação/prognóstico de lesão. Assim, o desvalor seria satisfeito “com a exteriorização da idoneidade lesiva

Gallas⁴³⁹ usa o conceito de bem jurídico para estabelecer limites entre o crime de perigo abstrato e o estágio prévio de lesão ao bem jurídico. Assim, haveria uma identificação entre os crimes de perigo abstrato e a periculosidade geral de conduta, em oposição à causação de um resultado real de pôr-em-perigo, nos crimes de perigo concreto. No primeiro caso, deve haver uma análise *ex ante*, em conformidade com o desvalor da ação⁴⁴⁰. Mas, também seria importante a verificação de uma periculosidade geral em um momento posterior, com base em todas as circunstâncias do caso concreto. Assim, a periculosidade *ex ante* deveria ser incorporada ao injusto pela via interpretativa, sem remeter-se à imprudência⁴⁴¹.

Meyer⁴⁴² afirma que os crimes de perigo abstrato, não se referem à exposição ao perigo de um bem, mas, a uma ação perigosa, baseada em um injusto de periculosidade. Defende que os crimes de perigo abstrato devem demonstrar a relação com a tutela de bens jurídicos na própria conduta típica, já que ela aparece como uma possível causa para a lesão do bem jurídico protegido. Apesar de apresentar semelhança com as teorias que privilegiam o paralelo com crimes culposos, não considera correta sua aplicação geral, já que apenas haveria transferência a eles às críticas feitas aos crimes culposos. Considera necessária a imputação objetiva do desvalor da periculosidade, pois o autor deve conhecer a periculosidade de sua ação, já como imputação subjetiva, bastaria a culpa.

Hirsch⁴⁴³ cria uma distinção entre perigo e periculosidade, para tratar dos crimes de perigo concreto e abstrato. O perigo seria baseado em um prognóstico voltado para as circunstâncias objetivas cognoscíveis da situação espaço-temporal do bem jurídico, requerendo um juízo competente, inclusive uma análise de um especialista. Já à

---

substanciadora de uma contradição a essa carga axiológica”. Propõe, portanto, a mudança da nomenclatura de crimes de perigo abstrato para crimes de potencial lesivo. No mesmo sentido, Costa (COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção ambiental, Direito Penal e Direito Administrativo**. Tese de doutorado – Universidade de São Paulo, 2007, n.220, p.62.) afirma que os crimes de perigo abstrato ainda tem sua legitimidade bastante contestada, devendo ter sua aplicação limitada no Direito Penal por critérios materiais.

⁴³⁹ GALLAS. Abstrakte und konkrete Gefährdung. in Heintz-FS, pp.180-3. apud D’ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios, contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 145

⁴⁴⁰ Silveira (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo:RT, 2006, p.84.) também entende que, em crimes de perigo abstrato, apenas haveria desvalor da ação, recomendando que, para evitar a quebra do “princípio constitucional da lesividade”, haveria a “necessidade essencial, se rever todas as bases ontológicas da incriminação de perigo abstrato, com o intuito de referendar seu conceito.”

⁴⁴¹ GALLAS, **Heintz-Fs**, 1972., 181 e ss apud RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. Delitos de peligro...cit, pp.343-4.

⁴⁴² MEYER.Die Gefährlichkeitsdelikte, Ein Beitrag zur Dogmatik der abstrakten Gefährdungsdelikte unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts. München:Hamburg, 1949, pp. 4, 179 e ss, 194-6, 207-9, 210-3, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001 , pp.311-5..

⁴⁴³ HIRSCH, Hans-Joachim. Peligro y peligrosidad. in **ADPCP**, v.XLIX, fasc. II, 1996, pp.509-528.

periculosidade bastaria o prognóstico de um terceiro inteligente colocado na posição do agente e de seu mesmo círculo. Defende que a diferença entre os crimes de perigo concreto e abstrato baseia-se nos conceitos de perigo e periculosidade. A colocação do objeto em perigo seria algo transitório, que somente os crimes de perigo concreto ocasionariam, sendo esses os verdadeiros crimes de perigo. Os crimes de perigo abstrato seriam os crimes de periculosidade, isto é, o perigo seria mera característica da ação, analisado *ex ante*.

Já Zieschang⁴⁴⁴, conceitua crimes de periculosidade concreta como os que apresentam uma potencial exposição ao perigo, os quais se esgotam na realização da ação, sendo crimes de conduta concretamente perigosa, sem exigência de resultado de perigo concreto ou da presença de um objeto do bem jurídico na esfera da ação. Já os crimes de perigo potencial exigem a produção causal de uma situação ou estado concretamente perigoso. Recomenda a restrição do uso de crimes de periculosidade abstrata, pois, muitas vezes, seriam crimes de desobediência. Propõe o uso de crimes de periculosidade concreta e de exposição ao perigo potencial.

Cerezo⁴⁴⁵ aceita a admissão de provas que caracterizem a inofensividade da conduta típica, já que haveria um tratamento igualitário entre crimes de perigo abstrato e concreto, isto é, possibilita a inversão do ônus da prova. Também nega as teorias que exigem a prova da periculosidade *ex ante* da conduta, o que levaria a aceitação de todas elas como crimes de aptidão, sendo favorável à exclusão das condutas que tenham pouca relevância ético-social. Considera a conduta perigosa, se o resultado não for absolutamente improvável, sem exigência da prova de sua possibilidade.

Bustos⁴⁴⁶ é contrário à atribuição do perigo como *ratio legis* e que supõe a tipificação de ações com independência da existência do perigo, já que transforma os crimes de perigo abstrato em meros atos de indisciplina social. Critica a presunção da periculosidade da ação como técnica para a criminalização de condutas, pois esvaziaria o injusto de tal crime. Defende como limite tácito dos tipos de perigo a verificação, no caso concreto, da relação da probabilidade do desvalor, no qual o perigo consiste, através de

---

⁴⁴⁴ZIESCHANG. Die Gefährdungsdelikte. Berlin, 1998, pp.53-61, 64 e ss., 101, 210,380 e ss, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001, pp. 320-5.

⁴⁴⁵CEREZO. Curso de Derecho Penal español, Parte General, Teoría jurídica del delito, II. Madrid: Tecnos, 1998, pp.111, 115-6, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001 , pp.332-4.

⁴⁴⁶BUSTOS. Control Social y sistema penal, Barcelona: PPU, 1987, pp. 325, 328-9, 331, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001 , pp. 334-5.

critérios científicos, possibilitando as necessárias correções, que podem fazer da ação típica um conceito mais restrito.

Torío López⁴⁴⁷ indica três tipos de crimes de perigo abstrato. Inicialmente, trata daqueles sem bem jurídico digno de proteção jurídico-penal como proibições ético-religiosas ou ético-sociais. O segundo grupo seria o dos ilícitos administrativos criminalizados. E, o terceiro refere-se aos crimes de perigo hipotético, sendo necessária a realização de uma ação idônea para produzir perigo a um bem jurídico.

O tipo nos crimes de perigo abstrato seria um meio para se neutralizar ações perigosas desvalorizadas pelo Direito Penal. Inicialmente, haveria uma análise meramente formal da tipicidade, garantindo a segurança jurídica. Depois, seria necessário garantir que a ação seja adequada para criar o perigo ao bem jurídico. Essa fase não se dá nos crimes de perigo abstrato baseados em infrações administrativas ou ético-sociais, somente se dá nos crimes de perigo hipotético. Nos delitos de perigo, estaria excluída a tipicidade no caso de impossibilidade de contato entre o objeto e ação e quando o autor adota medidas que excluam de antemão a possibilidade de perigo concreto. No caso de exclusão de possibilidade de contato, haveria algo como a tentativa inidônea por inexistência ou ausência de objeto material.

Não haveria determinação do grau de perigo da ação para que seja considerada típica, nem tampouco a periculosidade da ação abstratamente considerada para o bem jurídico, prefere que se siga a teoria do fim do tipo, a qual apenas entende como objetivamente imputáveis os nexos causais que a norma pretende proibir, isto é, unicamente as previstas como perigosas aos bens jurídicos. Dessa forma, acaba-se por restringir a responsabilização pelo resultado de modo apenas valorativo. É essencial nos crimes de perigo hipotético a valoração do caso individual, não uma presunção de periculosidade geral.

Mendonza Buergo⁴⁴⁸ destaca as teorias que visam o enriquecimento da antijuridicidade dos crimes de perigo abstrato por evitar a punição de condutas inofensivas, mas as mais adequadas seriam as que baseiem a legitimação da intervenção penal somente para ações que ponham em perigo real o objeto tutelado. Tal paradigma impede a punição de condutas inofensivas, do ponto de vista material ao bem jurídico, o que leva à limitação da responsabilidade penal. Apoia as teses de Binding, Wolter, Martin, Meyer, Hirsch e

---

⁴⁴⁷ TORIO LOPEZ, Angel. Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto). in **ADPCP**, tomo XXV, fasc. II-III, mayo-diciembre de 1981, pp.825-847.

⁴⁴⁸ MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001, pp. 335-8.

Zieschang, assim como aquelas que defendem certa aproximação dos crimes de perigo culposos, alinhadas com as que defendem o uso da imputação objetiva nesses crimes. Acredita que quanto mais formal for a postura mais se aumentará o recurso a critérios materializadores e limitadores da responsabilidade, defendendo as teorias que exigem um juízo de perigo *ex ante*, para caracterizar o injusto seriam as mais promissoras.

Mir Puig⁴⁴⁹ defende a identidade entre os crimes de perigo abstrato e a tentativa inidônea. A tentativa inidônea seria perigosa *ex ante*⁴⁵⁰, para o espectador objetivo situado no lugar do autor, sem perceber a inidoneidade da conduta. Tal idoneidade *ex ante* refere-se à periculosidade estatística do fato, isto é, seria desnecessário um concreto bem jurídico em perigo, bastando a periculosidade típica da conduta. Já a periculosidade objetiva, exigida para a punição de uma tentativa inidônea, refere-se à possibilidade de consumação da conduta, em outras circunstâncias. Por fim, Mir Puig mescla os dois julgamentos, dizendo que a conduta deve parecer, ao homem médio, *ex ante* perigosa, como estatisticamente deva produzir o resultado.

Alcácer Guirao⁴⁵¹ critica essa posição, afirmando que a inidoneidade é um conceito baseado em um juízo *ex post*, isto é, seriam, desde o início, incapazes de produzir resultado. Já os delitos de perigo abstrato seriam uma técnica legislativa para tipificar condutas que o legislador presume estatisticamente perigosas, sem que se exija a demonstração de perigo no caso concreto, isto é, o perigo não passaria de um "mero motivo do legislador". Critica Mir Puig por não considerar as diferenças entre o conceito de perigo *ex ante* e o estatístico, já que trata sempre da perspectiva *ex ante*, embora use as definições da periculosidade abstrata. Alcácer Guirao busca diferenciá-los. A periculosidade abstrata empregaria um juízo baseado na abstração, exigindo poucos dados para o juízo; a periculosidade objetiva *ex ante* é um julgamento de fatos concretos. É um juízo concreto em relação ao número de circunstâncias da realidade fática que contempla; e um juízo abstrato, quanto ao ponto de vista aplicado para a contemplação.

Alcácer Guirao indica outra interpretação da postura de Mir Puig. De acordo com ela, poder-se-ia afirmar que o autor não abandona a exigência de uma periculosidade objetiva *ex ante*, como fundamento da punição da tentativa inidônea, sendo a referência à

---

⁴⁴⁹ MIR PUIG, Santiago. Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal, in **Manuales de Formación Continuada, Problemas específicos de la aplicación del Código Penal**, n.4. Madrid: Consejo Geral del Poder Judicial, 1999, pp. 34-42.

⁴⁵⁰ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas, 1997, pp. 375-6.

⁴⁵¹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Enjuiciamiento del peligro, tentativa y delitos de peligro in **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, v. 5, n. 9, set. 1999, pp. 439- 64.

periculosidade abstrata como um caráter posterior, baseado na exigência de um desvalor de resultado. Tal interpretação seria também adequada à teoria da imputação objetiva, segundo a qual tanto o desvalor de ação como o de resultado passariam a ser entendidos em função do perigo. O desvalor da ação estaria associado à periculosidade *ex ante*, já que as normas de conduta só podem proibir ações no momento da atuação do agente, conforme o julgamento de um espectador objetivo. O desvalor de resultado seria vinculado à perspectiva *ex post* do perigo, diante dos fins próprios da norma de sanção, permitindo-se ponderar os interesses preventivos, de confirmação da vigência da norma de conduta, o que levaria à imposição da sanção. Conclui que o binômio *ex ante*\ *ex post* acaba por determinar o conteúdo do injusto, desvalor de ação e desvalor de resultado.

Assim, a reinterpretação de sua postura sobre a tentativa inidônea e os delitos de perigo abstrato torna-se plausível. Enquanto o desvalor da ação da tentativa inidônea consiste na periculosidade objetiva *ex ante* da conduta; o desvalor do resultado consistiria na periculosidade estatística, comprovada *ex post*. Alcácer Guirao afirma que tal desvalor de resultado, refere-se a um resultado em sentido ideal de lesão ou exposição ao perigo *ex post*, a uma compreensão estrutural, uma nova ordenação sistemática, que nada acrescenta ao desvalor de ação no tocante ao grau de perigo. Não se trata, portanto, de nenhuma exigência material posterior.

Alcácer Guirao⁴⁵² conclui que sempre que se admitam para ambas as figuras um julgamento da periculosidade baseado na perspectiva objetiva *ex ante*, haverá uma identidade estrutural entre o tipo objetivo da tentativa inidônea e os delitos de perigo abstrato. Equiparação que também será material, já que ambas as figuras representariam um progresso da punição, frente ao delito consumado, como limite mínimo para o merecimento de pena, baseado na proteção preventiva de bens jurídicos, respeitando os princípios garantísticos limitadores da intervenção punitiva como o de lesividade e intervenção mínima. Dita identidade estrutural levaria à impossibilidade de estabelecer e punir a tentativa dos crimes de perigo abstrato, com base em considerações materiais.

---

⁴⁵² ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Enjuiciamiento del peligro, tentativa y delitos de peligro in **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, v. 5, n. 9, set. 1999, p. 456.

3.5.6. Classificação das criminalizações do perigo na *Common Law*:

É interessante tratar da antecipação da tutela penal na *Common Law*, fonte das atuais inspirações para tratar da legitimidade da intervenção da tutela penal, através da análise do *harm principle*.

Na *Common Law*, há, principalmente, dois tipos de crimes de perigo. As “*inchoate offenses*”, as quais criminalizam a incitação, isto é, a participação; conspiração e tentativa de cometer um crime. E as “*non-constitutive offenses*”, as quais são baseadas no risco de se causar dano⁴⁵³. Há quatro tipos⁴⁵⁴ de “*non-constitutive offenses*”. O primeiro é o “*endangerment*” (de perigo), aqueles que criam um risco de dano. O segundo e terceiro seriam espécies das “*prophylactic offenses*”⁴⁵⁵, as “*conjunctive harm cases*”⁴⁵⁶, referem-se a condutas criminalizadas por causarem algum dano colateral e as “*mediating intervention cases*”⁴⁵⁷, baseados na opção pela conduta proibida. Nesse último caso, as condutas tidas

⁴⁵³ Husak (**Overcriminalization: The limits of Criminal Law**. New York: Oxford University Press, 2007, pp. 159-177, apud SIMESTER, Andrew & HIRSCH, Andrew von. Remote harms and Non-constitutive Crimes in **Criminal Justice Ethics**, v.28, n.1, may 2009, n.3, p.89) expõe quatro princípios suplementares para o limite da legitimidade da criminalização dos crimes “*non-constitutive*”. O primeiro refere-se à necessidade do crime estar relacionado à redução substancial do risco. Segundo, que a proibição devesse, realmente, diminuir a probabilidade da ocorrência do risco. Obviamente, em um caso de um risco mínimo não parece provável a sua proibição, mas, até mesmo esse, pode ser suficiente para criminalização em caso do dano possível ser grave e a conduta seja injusta. O terceiro ponto é o requerimento da consumação do dano: o dano deve ser de tal seriedade e tipo que ele próprio seja qualificado para proibição, nos mesmos parâmetros do *harm principle*.

⁴⁵⁴ SIMESTER, Andrew & HIRSCH, Andrew von. Remote harms and Non-constitutive Crimes in **Criminal Justice Ethics**, v.28, n.1, may 2009, p.93.

⁴⁵⁵ Simester e Hirsch (Remote harms and Non-constitutive Crimes in **Criminal Justice Ethics**, v.28, n.1, may 2009, p.97.) definem crimes profiláticos são as condutas que aumentariam o risco de um dano posterior, através da violação de uma prescrição legítima. O risco, porém, surgirá apenas através de condutas humanas futuras do próprio agente ou de outros. Da mesma forma que os tradicionais “*inchoate offenses*” que não tratam do dano, mas de fases anteriores voltadas a ele. Muitas vezes, essas condutas são tratadas como caso de concurso de pessoas, como se houvesse um liame entre elas. Elas são *ad hoc*, não proibindo condutas de modo geral. Seria um meio de informar os cidadãos sobre suas responsabilidades. O problema dessa opção é que a conduta proibida não é má intrinsecamente.

⁴⁵⁶ Simester e Hirsch (Remote harms and Non-constitutive Crimes in **Criminal Justice Ethics**, v.28, n.1, may 2009, pp.102-4) tratam de danos cumulativos, nos casos em que a conduta somente será danosa se somada a diversas outras. Assim, a conduta isoladamente é sempre inofensiva. Já que o dano causado é coletivo, então, a conduta individual recebe também o caráter de injusta da conduta coletiva. A questão da obrigação de submissão, complacência não foi resolvida. Haveria necessidade de desistência coletiva daquela conduta. Acreditam na necessidade de diferenciação entre os papéis sociais dos autores. Mas esse não parece ser sempre um critério exato para determinar a contribuição dos agentes nos danos cumulativos, já que parece depender do caso concreto. Por exemplo, parece ser mais significativo o quanto o especialista coloca de seu interesse, tempo e recursos na atividade perigosa. Mas, essa regra parece não ser aplicada para os casos em que a atividade não seja lucrativa.

Acabam por defender a necessidade da distribuição diferenciada da responsabilidade de acordo com a regulamentação que certo papel social receba da ordem jurídica.

⁴⁵⁷ Simester e Hirsch (Remote harms and Non-constitutive Crimes in **Criminal Justice Ethics**, v.28, n.1, may 2009, p.99) tratam das “*mediating interventions*” referem-se aos casos em que o risco será intermediado pela escolha independente de uma outra pessoa. A conduta proibida inofensiva, mas pode incentivar que o agente realize uma outra conduta perigosa. O problema desse tipo de criminalização é que a conduta do

como antijurídicas, independentemente do dano que causem⁴⁵⁸. Também as “*inchoate offenses*” trariam um tipo de “mal” autônomo ao dano, permitindo-se, inclusive a punição de tentativas impossíveis, especialmente as “radicalmente impossíveis”, tidas no Brasil como imaginárias. Nesse caso, por não existir sequer a ameaça de dano, aconselham sua descriminalização. Promovem, por outro lado, a criminalização de condutas intrinsecamente imorais, independentemente do dano ou de condutas profiláticas visando certo mal remoto; mesmo que a maioria desses crimes refira-se a *mala prohibita*, condutas não pré-juridicamente reprováveis, isto é, injustas.

Seher⁴⁵⁹ considera o *harm principle* como uma boa alternativa terminológica para a teoria pessoal do bem jurídico. Adverte que é mais complexo demonstrar a vinculação desse princípio aos crimes de perigo abstrato. Dá como exemplo as condutas de emissões de poluentes, as quais não chegam a violar interesses de terceiros, por si próprias; somente após diversas outras condutas semelhantes, pode haver um efeito, talvez décadas depois da ação individual tipificada. Conclui⁴⁶⁰ que a teoria do bem jurídico não oferece qualquer conclusão interessante para o tema dos crimes de perigo abstrato, sendo que esses tipos devem ser pensados de acordo com o *harm principle*, baseando-se sua legitimação como prevenção de dano a terceiros. Além disso, seria bastante complexa a prova da causalidade dessas condutas típicas e esses possíveis danos. De acordo com esses pressupostos, Seher defende a punição daquelas condutas que sejam graves o suficiente com considerável probabilidade de causar dano às pessoas.

Simester e Hirsch⁴⁶¹ não negam a aplicação do *harm principle* para legitimar os casos de perigo, mas sugerem sua reformulação, com o acréscimo do questionamento da

---

agente é inofensiva e ele não deveria responder pela conduta perigosa de um terceiro. É um tipo de crime paternalista, que não respeita o agente moral, capaz de deliberação e de domínio próprio. Não consideram esse tipo de criminalização legítima. Deve haver algo mais para legitimar essa criminalização, um tipo de “*normative involvement*”. Referem-se a casos de participação como incitação. Mas, apreço que não há uma fórmula geral capaz de abarcar todos os casos de conexão entre as condutas, sendo, esse tipo de criminalização anti-liberal. Casos de encorajamento e imitação – seriam maus exemplos, atos imorais.

⁴⁵⁸ Segundo Simester e Hirsch, (Remote harms and Non-constitutive Crimes in **Criminal Justice Ethics**, v.28, n.1, may 2009, p.104.) *Harm-independent Wrongs* são crimes que são mais condutas imorais do que danosas. Esses crimes representam um mal autônomo ao dano.

⁴⁵⁹ SEHER, Gehard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. In HEFENDEHL, Roland – HIRSCH, Andrew von-WOHLERS, Wolfgang (ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p.81.

⁴⁶⁰ SEHER, Gehard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. In HEFENDEHL, Roland – HIRSCH, Andrew von-WOHLERS, Wolfgang (ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p.82.

⁴⁶¹ SIMESTER, Andrew & HIRSCH, Andrew von. Remote harms and Non-constitutive Crimes in **Criminal Justice Ethics**, v.28, n.1, may 2009, p.90.

antijuridicidade da conduta. Se a conduta for injusta e a sua permissão levar ao dano, então, não se pode excluir a intervenção do Direito penal de plano. Mas, passam a criar novos princípios para limitar a legitimidade nos “*non-constitutive offenses*”. Asseveram que qualquer ato, para ser criminalizado, deveria ser injusto. Esse princípio origina-se da própria natureza de instituição condenatória do Direito Penal. Assim, qualquer julgamento formal de culpa deveria ser criado com base em uma violação de norma, a qual deveria ser tratada antes da culpabilidade, isto é, a antijuridicidade é pressuposto da reprovação pessoal.

Husak⁴⁶² introduz como critério limitador da legitimidade a intenção de causar o dano final, chegando a propor um princípio de culpabilidade, isto é, o indivíduo somente poderia ser responsabilizado pelo risco se de alguma forma, fosse culpável pela conduta danosa. Simester e Hirsch consideram essa proposta errônea. A questão não seria de culpabilidade, mas de responsabilidade, isto é, não se refere à reprovação moral, mas jurídica. Além disso, acreditam que também o momento dos juízos de legitimidade e culpabilidade sejam diferentes. Os de culpabilidade são sempre *ex post*, enquanto que os de legitimidade devem ser dados *ex ante*, isto é, deve-se considerar a fundamentação da criminalização da conduta. Acreditam que os limites da legitimidade do Estado devem estar baseados em razões da moral comum, não em novos requisitos como o princípio da culpabilidade de Husak. Advertem que, sob a justificativa de se prevenir um dano, pode-se chegar a criar proibições ilegítimas, punindo riscos que não poderiam ser previstos nem mesmo por uma pessoa racional.

Percebe-se que também na *Common Law* há a discussão sobre a possibilidade de limitação desses tipos punitivos, sem transparecer, até o momento, um consenso de critérios para limitação.

O *harm principle* parece não trazer grandes obstáculos para a legitimação dos crimes de perigo abstrato, pois os considera como meios eficazes para a prevenção de um possível dano, mesmo que sejam condutas distantes de um dano efetivo, desde que esse risco venha justificado por regras de probabilidade. É interessante que a única ressalva doutrinária feita à intervenção penal para esses casos é a restrição da punição da tentativa somente para atos que tragam algum risco ao bem jurídico, isto é, tentativas idôneas.

---

⁴⁶² **Overcriminalization: The limits of Criminal Law.** New York: Oxford University Press, 2007, pp. 159-177, apud SIMESTER, Andrew & HIRSCH, Andrew von. Remote harms and Non-constitutive Crimes in *Criminal Justice Ethics*, v.28, n.1, may 2009, n.3, p.89.

3.5.7. O princípio da precaução como legitimação dos crimes de perigo abstrato

O princípio da precaução vem como resposta aos riscos⁴⁶³ provenientes do desenvolvimento tecnológico, os quais seriam efeitos secundários de atividades permitidas. Essas atividades teriam objetivos benéficos ao ser humano, mas, devido às condições de grande complexidade em que se desenvolvem, acabam sendo caracterizados por sua imprevisibilidade ou desconhecimento absoluto sobre seus eventuais efeitos a médio ou longo prazo.

Surge na década de setenta do século XX, buscando colocar o meio ambiente no centro das políticas públicas, na Declaração final da Conferência de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972. Na Alemanha, em 1976 nasce como princípio positivo, diante do problema de certos poluentes químicos, que mesmo em baixas concentrações poderiam causar efeitos imprevisíveis⁴⁶⁴. Esse princípio somente se aplicaria para as situações em que os danos eventuais seriam graves ou irreversíveis em um contexto de incerteza científica. Não se parte de uma absoluta falta de previsão do futuro, já que é necessária a verificação dos aspectos potencialmente perigosos derivados de um fenômeno sem que a avaliação científica consiga determinar a existência do risco.

Diante da incerteza e desconhecimento⁴⁶⁵ dos eventuais efeitos diretos ou colaterais de atividades que possam vir a causar riscos, não cabem medidas diretas de prevenção, diante da dificuldade de estabelecimento de limites de risco permitido. A aversão às inseguranças que produzem as incertezas a respeito dos novos riscos está relacionada com a busca de proteção e controle, inclusive, frente aos riscos não conhecidos, mas somente intuídos.

O princípio da precaução está diretamente ligado com a sociedade de risco, pois busca antecipar o perigo imprevisto e desconhecido e, portanto, indomável. É um paradigma de máxima antecipação, já que visa a atuação em um momento muito

⁴⁶³ MENDONZA, Blanca. Principio de precaución, Derecho Penal Del Riesgo y delitos de peligro in ROMEO CASABONA, Carlos María (ed). **Principio de precaución, biotecnología y derecho**. Granada: Bilbao, 2004, pp.435-473.

⁴⁶⁴ CORTINA, Adela. Fundamentos filosóficos del principio de precaución in ROMEO CASABONA, Carlos María (ed). **Principio de precaución, biotecnología y derecho**. Granada: Bilbao, 2004, pp.3-16.

⁴⁶⁵ Romeo Casabona (**Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo**. Granada: Comares, 2005, pp.90-121.) afirma que o Direito Penal Clássico não conseguia garantir a inexistência de risco ao bem jurídico, surgindo o conceito de risco permitido. Esse permitiria a prevenção por ser conhecido e mensurável. Assim, trabalhava-se com o princípio da previsibilidade. Mas, o risco da sociedade pós-industrial é imprevisível e imensurável, já que a própria tecnologia desconhece sua extensão. Nesse contexto, deve-se adequar à incerteza do risco, o dano incalculável e um possível nexo causal entre eles, através de cálculos de probabilidade.

antecipado para evitar que surjam eventuais fatores desencadeadores de riscos, hipotéticas causas de consequências lesivas, de eventual alcance massivo e provavelmente irreversível.

Não se busca atuar para combater perigos, mas é uma ideia de atuar para impedir riscos. Deve haver uma avaliação científica de probabilidade do risco, produzindo uma suspeita fundada ou razoável, não pode ser algo meramente arbitrário, para pressionar a opinião pública para uma posição de protecionismo.

A nova dimensão qualitativa dos riscos e, sobretudo, a maneira de enfrentá-los e gerir têm repercutido no Direito Penal, para a conformação da política criminal e as questões de dogmática. Tem-se requerido que o Direito Penal seja a instância gestora dos riscos por ser o local onde se dão as questões de segurança.

Mendonza Buergo⁴⁶⁶, ao comparar a responsabilidade penal baseada no princípio da previsibilidade e no princípio da precaução, conclui que, nesse primeiro modelo, seria necessário o conhecimento e a previsibilidade baseada em nexos causais suficientemente estabelecidos. Já no caso do princípio da precaução como parâmetro penal, propõem-se a proibição penal de comportamentos e a exigência de responsabilização sem as vincular à possibilidade de lesão da conduta, havendo, inclusive a possibilidade da inversão do ônus da prova.

Pondera que a função da segurança no Direito Moderno está relacionada com os mecanismos que garantem a liberdade, com seus específicos riscos, e a necessidade de assegurar os bens jurídicos. A segurança, contudo, não pode ser tida como valor absoluto, contudo, com o acolhimento do princípio da precaução para legitimar o Direito Penal, sendo difícil restringir a expansão do Direito Penal. Com sua aplicação, há um enfraquecimento do princípio da causalidade para limitar a atuação estatal.

Assim, a aplicação do princípio da precaução como legitimador do Direito Penal traz em si uma forte limitação à liberdade. Há uma clara tensão entre a tendência de antecipação da tutela penal e a utilização do instrumento penal como *ultima ratio* para

---

⁴⁶⁶ Zaccai-Missa (ZACCAI, Edwin & MISSA Jean Noel (Eds). Le principe de precaution. Signification et consequences. Université de Bruxelles, 2000, p.111 apud CORTINA, Adela. Fundamentos filosóficos del principio de precaución in ROMEO CASABONA, Carlos María (ed). **Principio de precaución, biotecnología y derecho**. Granada: Bilbao, 2004, p.5) concluem que o princípio da precaução consiste em não esperar o elemento da prova absoluta de uma relação de causa e efeito de elementos suficientemente sérios incitem a pensar que uma substância ou atividade qualquer poderia ter consequências danosas irreversíveis para a saúde ou para o meio ambiente e, portanto, não sustentáveis. Já Bourg-Schlegel (BOURG, Dominique & SCHLEGEL Jean-Louis. Parer aux risques de Demaib. Le Principe de Précaution. Paris :Seuil, 2001, p.140 apud CORTINA, Adela. Fundamentos filosóficos del principio de precaución in ROMEO CASABONA, Carlos María (ed). **Principio de precaución, biotecnología y derecho**. Granada: Bilbao, 2004, p.5) afirmam que, no caso de ameaças graves e irreversíveis para o domínio do meio ambiente, não se deve esperar a certeza científica para atuar, justamente, o princípio incita a atuar se não houver certeza das ameaças e de sua amplitude.

reprimir os comportamentos claramente lesivos aos interesses de maior importância aos indivíduos e à sociedade, realizados de modo culpável.

Diante dessas consequências do princípio da precaução, não parece ser o Direito Penal o campo correto para sua aplicação. Para as atividades sobre as quais paira uma suspeita de lesividade, o adequado parece ser uma política de gestão de riscos que adote o princípio da precaução é uma proibição ou moratória, na ordem administrativa, tanto no âmbito nacional quanto no internacional. O controle de atividades que não possuam a sua inocuidade assegurada deveriam ser tratadas no âmbito de políticas públicas, formuladas com o auxílio de Comissões Científicas e técnicas independentes, buscando condições de controlar e atuar de modo preventivo frente a elas. O Direito Penal não é o modo de controle social que possua a primeira função de garantia de segurança em todas as ordens, mas somente pode assegurar os bens jurídicos mais importantes diante dos comportamentos mais agressivos. Assim, a segurança é uma preocupação primordial de outros ramos jurídicos, principalmente do Direito Administrativo.

Romeo Casabona⁴⁶⁷ defende a aplicação auxiliar do princípio de precaução para estabelecer a periculosidade de uma ação concreta. De acordo com essa teoria, o princípio de precaução serviria ao juiz como meio para que ele capte a periculosidade da ação, sob outra perspectiva. Assim, poderia contribuir para a criação de um mecanismo de imputação, nos casos dos crimes de perigo abstrato e abstrato-concreto, baseando-se na desnecessidade de se imputar determinado resultado, e, portanto, um nexo causal. Logo, poderia ajudar a construir uma ação perigosa sem o uso do critério da previsibilidade, mas com semelhantes pressupostos de segurança jurídica, baseados na imposição de prescrições de conduta. O princípio da legalidade, portanto, poderia ser um freio a sua aplicação, a menos que haja uma remissão no tipo penal a uma norma extra-penal, a qual determine os pressupostos da atividade ou a necessidade de licença prévia para sua prática. A periculosidade da ação resultaria da contravenção das normas ou medidas de segurança ou no desrespeito à autorização expressa da Administração.

---

⁴⁶⁷ ROMEO CASABONA, Carlos. Aportaciones del principio de precaución al derecho penal. Congreso Internacional de la Facultad de Derecho de la UNED, in *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: UNED, 2001, pp. 92-93, apud BOTTINI, Pierpaolo. **Crimes de perigo abstrato e o princípio da precaução na sociedade de risco**. Tese de doutorado - Universidade de São Paulo, 2006, p.213.

Mendonza Buergo⁴⁶⁸ aceita o princípio da precaução para legitimar os crimes de perigo abstrato, principalmente, quando a hipótese da periculosidade for fundada no saber científico conhecido para tutela de bens jurídicos importantes. Seria adequada sua aplicação aos delitos de periculosidade ou abstrato-concretos, permitindo a ampliação da noção de idoneidade ou aptidão requerida por esses tipos. Poderiam ser consideradas típicas as condutas, sem a comprovação plena de sua idoneidade, bastando certos indícios científicos. No ponto de vista subjetivo, bastaria o conhecimento profano da periculosidade da conduta, sem ser necessário um conhecimento profundo técnico e científico. Também Sola Reche⁴⁶⁹ defenderia que a fundamentação da legitimidade dos crimes de perigo abstrato está na periculosidade *ex ante*, em relação a um determinado bem jurídico. Esse autor admite tipos penais apenas com riscos indiciários, também se baseando no princípio da proteção aos bens jurídicos, pois a inofensividade da conduta não estaria provada.

Bottini⁴⁷⁰ afirma que o princípio da precaução leva à aplicação dos crimes de perigo abstrato, os quais não trazem na norma penal qualquer referência ao resultado externo da conduta típica. Adverte que essa possibilidade formal de uso, não legitima qualquer delito de perigo abstrato, sendo necessária a análise junto aos demais princípios do Direito Penal. Defende que esses três autores têm em comum a presunção da periculosidade no tipo objetivo dos crimes de precaução. Adverte que com o uso do princípio da precaução haveria a possibilidade de tipificação de qualquer conduta arbitrariamente. Isso se deve à impossibilidade de determinação do bem jurídico protegido, já que, diferente do que ocorre na prevenção, não há qualquer previsibilidade dos efeitos que seriam causados por essas condutas; e, nem, dos bens jurídicos que poderiam ser expostos ao perigo ou lesados. Além disso, a ausência de normas que permitam identificar os efeitos das condutas também impediriam o afastamento da idoneidade da conduta por ausência de periculosidade *ex ante*.

Afirma que as teses de Romeo Casabona e Mendonza Buergo não prosperariam em um sistema penal funcional, baseado pela dignidade da pessoa, no qual a periculosidade é

---

⁴⁶⁸ MENDONZA, Blanca. Principio de precaución, Derecho Penal Del Riesgo y delitos de peligro in ROMEO CASABONA, Carlos María (ed). **Principio de precaución, biotecnología y derecho**. Granada: Bilbao, 2004, pp.435-473.

⁴⁶⁹ SOLA RECHE. Principio de precaución y tipicidad penal in ROMEO CASABONA (ed.). Principio de precaución, biotecnología y derecho. Granada: Bilbao, 2004, pp.471, 487, apud BOTTINI, Pierpaolo. **Crimes de perigo abstrato e o princípio da precaução na sociedade de risco**. Tese de doutorado - Universidade de São Paulo, 2006, p.214.

⁴⁷⁰ BOTTINI, Pierpaolo. **Crimes de perigo abstrato e o princípio da precaução na sociedade de risco**. Tese de doutorado - Universidade de São Paulo, 2006, pp.205-243.

determinada pela perspectiva nomológica e ontológica⁴⁷¹, já que levariam a um juízo arbitrário do gestor de riscos. Também seria afetada a perspectiva ontológica, *ex ante*, de avaliação do risco da conduta, pois inexistem critérios científicos para determinar os efeitos da conduta. Assim, a presunção refutável da periculosidade acabará por aceitar, o que contraria o princípio do *in dubio pro reo*, havendo inversão do ônus da prova, isto é, cabe ao agente demonstrar que a ação era inofensiva, o que seria impossível, já que não se sabe a extensão dos efeitos da conduta. Propõe que os crimes de perigo abstrato, base do direito penal da precaução, sejam fundamentados na periculosidade a bens jurídicos relevantes, determinando uma interpretação teleológica dos tipos penais. Seria essa também a tipicidade material, que não pode ser substituída por uma presunção, que possibilitaria a criação arbitrária de tipos penais.

Questiona a adequação do Direito Penal de precaução ao Estado Democrático de Direito. Defende que o princípio da lesividade seria violado, pois haveria a proteção de bens jurídicos coletivos sem referente individual; ou, também, a existência de presunção, que equivaleria a uma mera declaração formal de valor. Indica que o princípio da fragmentariedade também seria quebrado, já que se usa a pena para inibir qualquer conduta, levando à banalização do Direito Penal. Além disso, há dificuldade de adequação dos crimes de perigo abstrato, diante do princípio da proporcionalidade, baseado na importância do bem jurídico tutelado. Isso se deve à impossibilidade de se determinar as consequências da conduta e os próprios bens jurídicos protegidos. Adverte para a inaceitabilidade do conceito de probabilidade hipotética para o Direito Penal. E, como o Direito Penal de precaução basear-se-ia em indícios de perigo, o princípio da subsidiariedade seria quebrado.

Diante do exposto, percebe-se que o princípio da precaução quebra a lógica do sistema baseado na previsibilidade de dano, isto é, no perigo ao bem jurídico, passando-se a criminalizar condutas em que exista a mera suspeita de perigo. Tal fundamentação para criminalização de condutas impede qualquer forma de limitação da intervenção penal. Diante da impossibilidade de qualquer limitação racional a essa antecipação da tutela

---

⁴⁷¹ BOTTINI, Pierpaolo. **Crimes de perigo abstrato e o princípio da precaução na sociedade de risco**. Tese de doutorado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006, pp.223-235. A perspectiva nomológica baseia-se nos conhecimentos científicos e estatísticos do risco que garantem a previsibilidade dos efeitos da conduta. Já a ontológica, seria a avaliação do risco na realidade, levando em conta as circunstâncias da conduta.

penal, tem razão Bottini⁴⁷² ao indicar o princípio da precaução seria mais adequado, como gestor de riscos, para outros ramos do Direito, como o Administrativo.

---

⁴⁷² BOTTINI, Pierpaolo. **Crimes de perigo abstrato e o princípio da precaução na sociedade de risco**. Tese de doutorado - Universidade de São Paulo, 2006, pp.230-5.

4. Da tentativa dos crimes de perigo abstrato

A questão da tentativa em crimes de perigo abstrato é bastante controvertida. Não se insere naqueles casos em que há um consenso doutrinário pela sua inadmissibilidade, como Antolisei⁴⁷³ bem elencou, referindo-se à vedação da tentativa nos crimes culposos, diante da ausência de tipo subjetivo doloso; nas contravenções, vedação essa também existente no art. 4 do Decreto-Lei 3688 de 1941; com também nos crimes de atentado.

É possível indicar como fator de tal discussão, a proximidade dos crimes de perigo abstrato aos crimes de mera conduta, em relação aos quais também é duvidosa a existência da tentativa, como bem demonstrou Acale Sánchez⁴⁷⁴, reconhecendo três correntes sobre a questão. A primeira seria a dos que negam qualquer outra punição do *iter criminis*, que não seja a consumação⁴⁷⁵; a que permite a tentativa inacabada⁴⁷⁶; e, a corrente mais expansiva, a qual aceita a punição de todas as etapas do *iter criminis*, sem qualquer limitação⁴⁷⁷.

Já a própria Acale Sánchez defende que essa análise deva se basear nas peculiaridades de cada tipo penal, não com base apenas em uma análise geral dessa espécie delitiva. Aceita como medida político-criminal para proteção de bens jurídicos essenciais⁴⁷⁸ a disposição do Código Espanhol⁴⁷⁹ que permite a punição de atos

⁴⁷³ ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale: Parte Speciale, I**. Milano: Giuffrè, 1977, p.29.

⁴⁷⁴ ACALE SÁNCHEZ, Maria. **El tipo de injusto em los delitos de mera actividad**. Granada: Comares, 2000, pp.298-315.

⁴⁷⁵ ACALE SÁNCHEZ, Maria. **El tipo de injusto em los delitos de mera actividad**. Granada: Comares, 2000, p. 300, n. 605. Seriam exemplos dessa corrente: QUITANO RIPOLLÉS, **Delito formal**, p. 587; RODRÍGUEZ MORULLO, **Comentarios al Código Penal, t.I**, p.106; FERRER SAMA, **Comentarios al Código Penal, t.I**, Murcia, 1948, p.64, CUELLO CALÓN, **Derecho Penal, Parte General, t. I**, Barcelona, 1981, p. 579; QUINTERO OLIVARES, **Comentario al art. 15**, in QUINTERO OLIVARES (coord), **Comentarios al nuevo Código Penal**, p.117.

⁴⁷⁶ ACALE SÁNCHEZ, Maria. **El tipo de injusto em los delitos de mera actividad**. Granada: Comares, 2000, p. 300, n. 606. De acordo com ela, admitem a tentativa inacabada: LUZÓN PEÑA, **Curso de Derecho Penal, t.I**, p.306, FARRÉ TREPAT, **La tentativa del delito: doctrina y jurisprudencia**, Barcelona, 1986, p.204.

⁴⁷⁷ ACALE SÁNCHEZ, Maria. **El tipo de injusto em los delitos de mera actividad**. Granada: Comares, 2000, p. 300, n. 607. Seguiriam essa corrente, segundo a autora: SILVA SÁNCHEZ, **Consideraciones sobre el delito del art. 340bis a) 1º del Código Penal (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)**, p. 164, CÓRDOBA RODA, **Comentarios al Código Penal, t. III**, p. 1252.

⁴⁷⁸ Também o Direito Penal Brasileiro considera “o ajuste, a determinação, o auxílio” como atos preparatórios, de acordo com o art. 31 do CP.

⁴⁷⁹ “Artículo 17: (...)

3. La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la Ley.”

“Artículo 18: (...)

2. La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea.

Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.”

preparatórios, especificamente nos casos de induzimento, instigação ou auxílio (provocación, proposición e a conspiración) dos tipos arrolados taxativamente. Porém, questiona os casos nos quais haveria evidente confusão entre atos de execução e preparatórios de crimes de mera conduta, ampliando-se de forma considerável a tutela penal, caso do art. 313.1 do Código Espanhol, crime de *imigraciones ilegales*. Nesse caso, haveria a consumação com a mera conduta de facilitação do trabalho dos imigrantes ilegais, isto é, a participação, ato preparatório, seria considerada como consumação do crime.

Já Alcácer Guirao⁴⁸⁰ entende que a impossibilidade da tentativa em crimes de mera conduta estaria ligada à defesa da teoria objetivo-formal, pois somente haveria a tentativa com o início da execução do verbo típico, confundindo-se tentativa e consumação. Admite que parece inadequada uma tentativa idônea acabada em crimes de mera conduta. Se a tentativa acabada for a produção de todo o necessário para a consumação, essa somente será possível se o plano do agente for tomado como parâmetro. Maiores dúvidas haveria no caso da tentativa inacabada inidônea, principalmente, por aqueles que defendem a teoria objetivo-formal. Conclui que deve ser realizada uma análise da estrutura dos tipos concretos, sendo aceita a tentativa inacabada para os tipos penais que pudessem ser fragmentados em diversos atos.

A questão da tentativa nos crimes de perigo abstrato foi abordada pela doutrina de modo semelhante, chegando-se, inclusive, a conclusões extremas, ou admitindo-a irrestritamente ou vedando-a, até mesmo para os crimes de perigo concreto.

Antes de tratar sobre a legitimidade dessa punição, cabe a indicação das referidas correntes doutrinárias.

Ainda afirma que se faz referência expressa a certos títulos, nos seguintes artigos: art. 141 (homicídio e suas formas), 151 (crime de lesões), 168 (crimes contra a liberdade), 269 (crimes contra o patrimônio e contra a Ordem Sócio-Econômica), 304(refere-se aos art. 301 a 303, receptação e lavagem), 373(tráfico ilícito de entorpecentes), 477(crimes contra a Constituição), 488(crimes contra a Coroa), 519(crimes contra o exercício de direitos fundamentais), 548(crimes contra a Ordem Pública), 553(crimes contra funcionários públicos), 578(terrorismo), 585(crimes de traição) e 615(crimes de guerra).

⁴⁸⁰ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Tentativa y formas de autoría: sobre el comienzo de la realización típica**. Madrid: Edisofer, 2001, pp.94-107.

4.1. Teorias que negam a tentativa nos crimes de perigo abstrato.

Hungria⁴⁸¹ considera impossível a existência de tentativa em crimes de perigo abstrato, pois, essa seria caracterizada pelo perigo de dano ou de maior dano, o que se surgir, ainda que remotamente, levaria à consumação do mesmo. Assim, qualquer ato anterior à formação do documento, seria mero ato preparatório ou inadequado para expor o bem jurídico ao perigo. Além disso, a tentativa de crimes de perigo abstrato unissubsistentes⁴⁸² não seria possível. Também Soler⁴⁸³ afirma que, geralmente, a tentativa é tida como impune, por se tratar de crime de perigo abstrato.

Welzel⁴⁸⁴ indica que nos crimes de mera atividade haveria uma equiparação entre tentativa e consumação. Assim, a tentativa de empreender, isto é, a tentativa da tentativa seria impune. Conclui que o mesmo dar-se-ia com a tentativa de meros delitos preparatórios, modalidade de crimes de perigo abstrato.

Na doutrina portuguesa, Almeida Fonseca⁴⁸⁵ permitiria a tentativa nos crimes de empreendimento, mas não nos crimes de perigo, tanto concreto como abstrato. Segundo ele, a consumação seria indiferente para a realização do tipo nos crimes de perigo, assim, a tentativa já seria a própria consumação do delito. Já nos crimes de empreendimento e de perigo com dolo de dano, havendo a possibilidade de previsão de resultado, caberia a tentativa. Não admite, contudo, a tentativa nos crimes de perigo, pois ela necessita de dolo de dano, o que é diverso de dolo de perigo.

Palma⁴⁸⁶, ao questionar sobre a relação entre tentativa e os crimes de perigo, conclui pela necessidade de se estabelecer como pressuposto da discussão a natureza jurídica da tentativa, isto é, entendê-la como mera forma de antecipação da tutela penal ou um ilícito com materialidade própria diante da relação entre o evento projetado e o dano. Aceita a segunda opção, concluindo que não haveria justificativa, ante o princípio da ofensividade, em conceber tentativas de certos crimes de perigo que corresponderiam a uma dupla antecipação da tutela penal.

---

⁴⁸¹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. vol. IX, Rio de Janeiro: Forense, 1959, n. 31-a, p. 264.

⁴⁸² HUNGRIA, Nelson. **Comentário ao Código Penal**. vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 384.

⁴⁸³ SOLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino**. tomo V, Buenos Aires: TEA, 1973, pp.367-8.

⁴⁸⁴ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. Santiago: Editorial jurídica de Chile. 1997, p. 231.

⁴⁸⁵ ALMEIDA FONSECA, Jorge Carlos de. **Crimes de empreendimento e tentativa**. Coimbra: Almedina, 1986, pp.73-78.

⁴⁸⁶ PALMA, Maria Fernanda. **Da “tentativa possível” em Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2006, pp.89-92, 126-7, 159-161.

Ao se fazer uma analogia entre tentativa nos crimes de perigo abstrato e nos de mera conduta, caberia a menção de certos autores. Pimentel⁴⁸⁷ entende que nos crimes de mera conduta haveria uma ofensa presumida, de dano ou de perigo, logo, a razão de punir estaria na própria conduta, não, no resultado. Nesses crimes, a simples conduta caracterizaria o crime, sem qualquer resultado, sem a possibilidade de tentativa, apenas de consumação ou atos atípicos.

Também segundo Findaca e Musco⁴⁸⁸, a tentativa não seria admissível nos crimes de consumação antecipada e nos crimes de atentado, já que, nesses modelos, a tentativa equivale à consumação. Além disso, seria sem sentido imaginar “atos dirigidos de modo inequívoco” a “atos dirigidos de modo inequívoco”. No caso dos crimes de perigo, Fiandaca adere à corrente contrária à tentativa, por entendê-la uma extensão excessiva dos limites da punibilidade, punindo-se o perigo do perigo.

Manzini⁴⁸⁹ também não vê a possibilidade de tentativa em delitos de perigo abstrato. Crê que, se não houver a completude da conduta, não há perigo para o bem jurídico e, se houver, haveria a consumação do mesmo. Assim, antes da consumação, haveria apenas atos preparatórios, não, tentativa.

4.2. Teorias defensoras da tentativa nos crimes de perigo abstrato.

Na doutrina nacional, Magalhães Noronha⁴⁹⁰ entende que no crime de perigo é possível a tentativa, desde que apresente um *iter*, compor-se de fases, suscetível, portanto, de fracionamento. Também Marques⁴⁹¹ acredita ser admissível tentativa nos crimes de perigo, baseado no mesmo fundamento. Zaffaroni e Pierangeli⁴⁹² afirmam que a legislação brasileira admite a tentativa em todos os crimes, inclusive os crimes de perigo e os denominados crimes de “pura atividade”. Nesses últimos, a tentativa seria possível,

⁴⁸⁷ Pimentel (**Crimes de mera conduta**. Tese de livre docência apresentada à Universidade de São Paulo, 1959, p. 65, 107, 113-4, 177-9.) diferencia os crimes de mera conduta dos formais. Define o crime formal seria aquele em que o dano ou o perigo constitutivo do crime tornar-se-ia realidade com o desencadear da conduta, isto é, o resultado que a lei considera relevante se dá com a conduta, seria um crime de resultado. Nos casos em que o resultado dá-se com a conduta, não seria possível a tentativa, como no caso da falsificação de um documento público.

⁴⁸⁸ FIANDACA, Giovanni & MUSCO, Enzo. **Derecho penal: parte general**. Bogotá: Temis, pp.471-3.

⁴⁸⁹ MANZINI, Vincenzo. **Trattato de Diritto Penale Italiano**. v.6, Torino: Fratelli Bocca, 1915, p.189.

⁴⁹⁰ MAGALHÃES NORONHA, E. **Direito Penal: introdução e parte geral**, v.1. Saraiva: São Paulo, 1993 p. 126.

⁴⁹¹ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal, II**. Campinas: Bookseller, 1997, p. 377.

⁴⁹² ZAFFARONI, Eugênio-PIERANGELLI, José Henrique. **Da tentativa...cit.**, pp. 16-23.

desconsiderando-se a teoria formal-objetiva. Somente abrem exceção para os crimes dolosos que se desenvolvem em um ato só, sem *iter criminis*, os chamados unissubsistentes, desde que se respeite o plano concreto do autor. No mesmo sentido, Noronha⁴⁹³ aceita a tentativa nos crimes de perigo, desde que apresentem um *iter criminis* fracionável.

Na doutrina italiana, Vaninni⁴⁹⁴ defende que, nos crimes de perigo abstrato, o perigo é presumido pela norma, podendo nem existir minimamente. Nesse caso, a tentativa não se referiria a um ato executivo capaz de consumir o delito, isto é, bastaria uma análise formal, visando à consumação. Adverte, contudo, que nos crimes de perigo abstrato, se for provada a inexistência de perigo ao bem jurídico, derrubando a presunção de periculosidade da conduta, haveria tentativa inidônea.

Discorda de Rocco⁴⁹⁵ que entende como insuficiente o perigo de perigo para a intervenção penal, já no caso de tentativa de crimes de perigo concreto. Vaninni adverte que nem sempre a tentativa nos crimes de perigo seria irrelevante, já que qualquer grau de perigo pode apresentar ofensividade suficiente para criminalização. Não considera importante a objeção à tentativa nos crimes de perigo, pela necessidade de um perigo mais grave na tentativa do que em um perigo consumado. Na tentativa basta o perigo, não se tratando de certo grau de perigo. Essa aceitação de qualquer grau do perigo ficaria evidente na equiparação entre a tentativa imperfeita e a perfeita, a qual, por ter utilizado de todos os meios de execução, produziria maior grau de perigo ao bem jurídico.

Não aceita a ideia de que os crimes de perigo abstrato equivaleriam às tentativas dos crimes de dano. Os crimes de perigo abstrato seriam crimes autônomos, e, sua tentativa deveria ser admitida da mesma forma que de um crime de dano. E, conclui que o principal seria a forma, a autonomia do delito em relação aos demais, já que cada tipo de delito protegeria o bem jurídico de um tipo de intensidade de ofensa. Assim, não exclui a tentativa dos crimes de perigo abstrato, mas, também não aceita que todos os crimes de perigo abstrato permitam a tentativa. Não caberia tentativa nos casos em que qualquer ato executivo, já exporia o bem jurídico ao perigo, consumando o delito. Conclui que ou surge o perigo, consumando-se o crime; ou ele é ausente e essa conduta deveria ser tipificada como outro tipo penal.

---

⁴⁹³ NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**, v.4, São Paulo, Saraiva, 1986, p.126.

⁴⁹⁴ VANNINI, Ottorino. **Il problema giuridico del tentativo**. Milano: Giuffrè, 1943, pp. 78-84.

⁴⁹⁵ ROCCO. L'oggetto del reato, p. 332 apud VANNINI, Ottorino. **Il problema giuridico del tentativo**. Milano: Giuffrè, 1943, pp. 78-84.

Caberia tentativa, por outro lado, nos crimes de perigo abstrato que não se consumam com a exposição ao perigo de um bem jurídico, mas a consumação baseia-se na realização de uma conduta capaz de fracionamento. Mirto⁴⁹⁶ sustenta que a dificuldade de se punir a tentativa, em crimes de perigo abstrato, seria baseada em um fundamento lógico-jurídico, embora proponha a possibilidade de tentativa também nesses crimes.

4.3. Crítica às teorias expansionistas baseadas em fins preventivo-gerais.

A tentativa em crimes de perigo abstrato poderia vir a ser legitimada com base na necessidade de prevenção geral de condutas potencialmente perigosas a bens jurídicos. Nesses casos, acaba-se por aproximar a busca pela otimização da proteção de bens jurídicos à punição da mera violação da norma, diante da responsabilização por danos remotos.

Segundo Roxin⁴⁹⁷, o injusto penal estaria sistemática e dogmaticamente condicionado pelas garantias de liberdade dos cidadãos opondo-se à proteção do indivíduo e da sociedade. A teoria do injusto como prática de um risco não permitido para um bem jurídico-penal, no âmbito de alcance do tipo, seria baseada na prevenção geral positiva, entendendo-se como tarefa mais importante do Direito Penal evitar o risco ao indivíduo e à sociedade, principalmente, no contexto da sociedade de risco. Assim, para fundamentar a ideia de proteção, utiliza-se a teoria da prevenção geral, a qual trata sobre a instrução da sociedade⁴⁹⁸ sobre as proibições legais, por meio de ameaças penais e da execução da pena. A teoria da prevenção geral teria como objetivo a prevenção de delitos, atuando sobre a comunidade, sendo, por isso, geral. Além disso, reafirmaria o Direito como ordem ética, com base na necessidade de convencimento da sociedade para ser fiel ao ordenamento jurídico, principalmente na pós-modernidade⁴⁹⁹. Acaba, portanto, intervindo na consciência do cidadão, trazendo um meio para a legitimação da pena, pela reafirmação dos valores vigentes.

⁴⁹⁶ MIRTO, Pietro. *La falsità in atti*. Milano:Giuffrè, 1955, pp. 345-6.

⁴⁹⁷ ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal*. Valencia: tirant lo blanch, 2000, p.44.

⁴⁹⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas, 1997, pp.89-103.

⁴⁹⁹ Já Jellinek (*Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 1967, p. 96 in n. 52, apud ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas, 1997, pp. 295-6.), afirmava que o delito provocava um sentimento de insegurança pela violação à norma jurídica. Através da pena imposta, restabelece-se o sentimento de segurança. Assim, os resultados psicológicos e sociais provocados pelo delito e pela pena compensavam-se mutuamente.

Para impor limites à teoria da prevenção geral positiva, cria o conceito da responsabilidade⁵⁰⁰, tendo por objeto tanto a necessidade preventiva como a culpabilidade. Assim, a teoria do ilícito trataria da seleção de atos para se tornarem objetos de proibições penais, enquanto que a categoria da responsabilidade visaria solucionar o problema dos pressupostos com base nos quais o agente poderá ser responsabilizado penalmente pelo injusto que praticou. Assim, apesar da renúncia à teoria da retribuição⁵⁰¹ na teoria unificadora da pena de Roxin⁵⁰², mantém a culpabilidade como limite aos fins preventivos. A culpabilidade pressupõe a autonomia de vontade, impossibilitando qualquer ideia determinista que possa vir de fins preventivos.

Jakobs⁵⁰³, entretanto, ao tratar da relação entre a pena e a finalidade do Direito Penal em estabilizar certo ordenamento, não percebe qualquer vinculação entre culpabilidade e pena para a manutenção do ordenamento jurídico. Considera que a pena não seria uma reação contra a culpabilidade. Além disso, não aceita a culpabilidade como um fator limitativo da pena, já que se a culpabilidade devesse limitar o que seria necessário para a prevenção, deveria oferecer por si só a medida da pena, sem considerar fins preventivos. De modo contrário, a culpabilidade somente existiria enquanto houvesse uma harmonia com o fim preventivo. Nesse caso, a culpabilidade não seria fundamento e limite da pena, por ter sido definida de modo impuro, baseada em fins preventivos. Apenas seria possível que a culpabilidade, como derivação da prevenção geral, limitasse a pena necessária para alcançar a prevenção especial e, só quando estiver referindo-se aos fins da culpabilidade poderia oferecer uma medida para a limitação.

---

⁵⁰⁰ Para Roxin, (Sentido e limites da pena estatal. in ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Veja, 1998, p.40) a “aplicação da pena serve para proteção subsidiária e preventiva, tanto geral como individual, de bens jurídicos e de prestações estatais, através de um processo que salvguarde a autonomia da personalidade e que, ao impor a pena, esteja limitado pela medida da culpa. Pode ver-se que assim se conserva o princípio da prevenção geral, reduzido às exigências do Estado de Direito e completado comas componentes de prevenção especial da sentença, mas que, simultaneamente , através da função limitadora dos conceitos de liberdade e culpa, e em consonância com a nossa lei fundamental, se desvanecem as observações que se opõem a que aquele princípio seja levado em conta na graduação da pena”.

⁵⁰¹ Para Roxin (**Derecho Penal. Parte General: fundamentos, la estructura de la teoria del delito, t.I**. Madrid: Civitas, 1997, pp.89-103.), a teoria da retribuição apenas busca equilibrar e expiar a culpabilidade do agente, mas enfrenta dificuldade em demonstrar que a culpabilidade individual.

⁵⁰² Segundo Roxin (Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. In GRECO, Luís & NETTO, Fernando Gama de Miranda. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 75-99.), a teoria da prevenção especial seria aquela dirigida a um agente individual, como teoria relativa, seria voltada para a prevenção de delitos. Ela pode atuar de três modos: protege a sociedade dos delinquentes, intimida o agente através da pena, para que não cometa futuros delitos e preserva-o da reincidência, através de sua correção.

⁵⁰³ JAKOBS, Günther. Culpabilidad y prevención. in JAKOBS, Günther. **Estudios de Derecho Penal**. Madrid:Civitas, 1997, pp. 73-99.

Jakobs conceitua culpabilidade como confiança na correção da norma, sendo a prevenção geral apenas a intimidação geral. A pena deveria relacionar-se somente com a preservação da confiança na norma, isto é, à prevenção geral. Acredita existir uma ideia preventiva geral dentro do conceito corrente de culpabilidade. Tal intervenção impede que se preserve a segurança da norma, entendida por ele como a real medida da pena⁵⁰⁴.

Diante da fundamentação da teoria da prevenção geral, é importante a análise das teorias de interpretação dos crimes de perigo abstrato que aceitam a mera desobediência do preceito legal, sem qualquer preocupação material, visando, apenas, os fins preventivo-gerais da pena.

A teoria de Kratzsch⁵⁰⁵ demonstra uma priorização da necessidade de pena, baseada na teoria preventivo-geral. Essa tendência é verificada na sua recomendação da intensificação do uso de crimes de perigo abstrato ou de pura atividade, para abranger casos em que seja necessária a pena, embora inexista uma real possibilidade de lesão ao bem jurídico. A finalidade dessa teoria seria a eliminação de qualquer componente de risco; através de regulações completas, sem lacunas. Na concepção do Direito Penal, como sistema de regulação, através do domínio do risco, as lesões que ameaçam aos bens devem ser contrapostas a um sistema de regras que tente eliminar os riscos. Por outro lado, mantém uma noção sobre o injusto que parte da premissa de que a possibilidade real de prejuízo ou afetação do bem jurídico, não seria condição necessária do mesmo. Já considera como injusto, um estado avançado da conduta, tido como perigo abstrato, dependente somente do acaso para a perturbação do bem. Esse perigo abstrato de produção do resultado seria um desvalor de resultado, servindo as normas penais para a conservação

---

⁵⁰⁴Costa (A **dignidade humana e as teorias de prevenção geral positiva**. Dissertação de mestrado - Faculdade de Direito –USP: São Paulo, 2003, pp.95-141) questiona sobre o respeito da dignidade humana por essa teoria. ao analisar essa questão, trata da necessidade de respeito ao princípio da culpabilidade para legitimação da pena; a aplicação do princípio da dignidade como norte para a interpretação das normas jurídicas; e na relação entre o princípio da proporcionalidade e o efeito de estabilização das normas jurídicas. Para Costa, na teoria geral positiva que respeita a dignidade da pessoa, a pena deveria estabilizar, na sociedade, o ordenamento jurídico. Isso permite que se introduzam novas formas de controle social, na própria teoria da pena. Além disso, o critério da necessidade da intervenção penal ganha importância, já que só com o fracasso dos demais instrumentos de controle social, o Direito Penal deveria agir. Conclui que a utilidade da pena não pode ser o embasamento da sua legitimidade, ao invés da culpabilidade, voltada para a pessoa concreta e sua conduta. Conclui que a prevenção geral positiva pode ser um fim legítimo do Direito Penal, desde que sejam observados os limites formais e materiais do poder punitivo estatal. Além da necessidade do Direito Penal de trazer considerações empíricas, podendo, assim, respeitar a dignidade humana. De acordo com essa teoria, a legitimação das normas penais não pode ser baseada somente na finalidade da pena. Deve haver o respeito ao princípio da proteção aos bens jurídicos e ao princípio da culpabilidade, para que esses tipos penais tenham legitimidade perante a sociedade.

⁵⁰⁵**Verhaltensteuerung und Organisation im Strafrecht**. Berlin, München, 1985, pp. 5, 110-9, 188, 218, 274, 271, 278, 283 e ss., 298, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001, pp. 287-295.

preventiva dos bens jurídicos. Também Otto⁵⁰⁶ afirma que os crimes de perigo abstrato seriam um autêntico adiantamento da proteção de bens jurídicos individuais, prevenindo condutas perigosas.

O próprio Roxin⁵⁰⁷, ao tratar dos crimes de perigo abstrato, defende a legitimidade, no caso das ações em massa, mesmo em caso de inexistência de perigo, com base em fins preventivos gerais (didáticos). O Legislador, nesse caso, atuaria visando manter o tabu de certas condutas. Da mesma forma como fundamenta sua teoria sobre a tentativa inidônea⁵⁰⁸, baseada na impressão negativa ao direito, isto é, pela perturbação à paz jurídica, ao invés da exposição ao perigo de um bem jurídico, sem que exista fundamento para a aplicação da pena, com base no princípio da ofensividade, procura desenvolver uma teoria que justifique o direito vigente alemão, o qual pune tentativas não perigosas. Defende que o Direito Alemão baseia-se em uma justificativa dual para a tentativa: ou o perigo concreto ao bem jurídico ou a quebra da vigência da norma. A fundamentação dessa diferenciação seria o Código Penal alemão, embora, defenda a tese objetiva do perigo como a mais adequada.

Tal fundamento da tentativa é bastante criticado por Alcácer Guirao⁵⁰⁹. Segundo ele, o fundamento da punição da tentativa através da noção hegeliana de lesão ao Direito presente em Welzel legitima a punição da tentativa como quebra o poder espiritual do ordenamento, desautorizando a autoridade moral das normas jurídicas e debilitando os valores ético-sociais das mesmas. Dessa forma, identifica a teoria da prevenção geral positiva como um fim do Direito Penal, considerando a ofensividade do delito como o dano comunicativo-simbólico da vigência da norma. Conclui que essa concepção seria incapaz de propor um limite definido de punição para a tentativa, permitindo que se puna, inclusive, a tentativa inidônea

---

⁵⁰⁶ Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts. in ZStW 96, 1984, pp. 363 e ss.; Personales Unrecht, Schuld und Strafe. in ZStW 87, 1975, pp. 563, MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto. Granada: Comares, 2001.**, pp. 296-300.

⁵⁰⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General.t.1: Fundamentos. La estructura de La teoria del delito.** Madrid: Civitas, 1997, pp.404-411.

⁵⁰⁸ ROXIN, Claus. Acerca de la punibilidad de la tentativa inidônea. in **Revista Latinoamericana de Derecho**, año V, n. 9-10, enero-diciembre de 2008, pp. 289-307.

⁵⁰⁹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. La tentativa e los fines del Derecho Penal. in **Ciencias Penales Contemporaneas: Revista de Derecho Penal, Procesal penal y Crimología**, ano2, n.4, 2002, pp.267-327. Indica (n. 26, p. 282) como seguidores dessa mesma linha, Jescheck, Tratado de Derecho Penal, 1993, pp. 465 e 480. Roxin. Uber den Strafgrund des Versuchs. FS-Nishihara, 1998, p.157. E, por fim, a concepção de Jakobs, segundo a qual, a tentativa é a quebra perfeita da vigência da norma. Em Jakobs, não haverá relevância a diferenciação entre perigo e lesão para o Direito Penal, já que o único resultado a ser produzido seria a quebra da vigência da norma. A diferença seria meramente quantitativa, isto é, haveria uma gradação da pena.

Não aceita, portanto, a teoria da impressão que parte de uma visão subjetivista, permitindo a punição de tentativas irreais, conforme defendido por Welzel. Alcácer Guirao conclui que um alto nível de normatização sem referência empírica não traria possibilidade de criar uma hierarquia das potencialidades lesivas de diferentes ações. Afirmar que essa teoria somente pode ser aplicada em abstrato, sendo incapaz de oferecer um critério de delimitação no caso concreto, já que a noção de quebra de vigência da norma é vazia de conteúdo. O conteúdo, isto é, o desvalor do resultado somente poderia estar baseado no perigo para o bem jurídico, o qual será determinado por requerimentos fáticos. Assim, se o único resultado relevante é a quebra da vigência da norma, o qual pode ser produzido com uma ação inidônea, o resultado penalmente relevante se funde e confunde com a lesão da norma pela ação. Dessa forma, a própria distinção entre desvalor da ação e do resultado torna-se desnecessária.

Alcácer Guirao⁵¹⁰, contudo, é adepto de uma posição conciliadora. Apenas aceita a proteção da vigência das normas em um Estado Democrático, quando ela referir-se à proteção aos bens jurídicos, como tutela da liberdade objetivamente. Já a tutela da vigência das normas, ocupa-se de tutelar subjetivamente o desenvolvimento da liberdade, isto é, refere-se à confiança, segurança, na vigência das normas. Conclui por haver uma complementaridade entre ambos os fins, mas, adverte que apenas defende a tutela a confiança na vigência das normas, nos casos em que houver um fim diretivo de condutas, determinado por um Legislador legítimo democrático.

Tal interpretação, apesar de bastante controversa, já encontra suas raízes na interpretação de Roxin sobre a teoria de Welzel, na qual busca compatibilizar ambas as teorias. Segundo Roxin, Welzel⁵¹¹ sustenta que a missão central do Direito Penal não consistiria na proteção de bens jurídicos, mas em assegurar a vigência dos valores ético-sociais positivos, como a proteção de respeito à vida, saúde, liberdade, etc. Essa posição inclui a proteção de bens jurídicos concretos dentro da prioritária proteção de valores elementares da atitude interna.

Roxin adverte que Welzel não busca impor qualquer atitude interna “positiva” por meio do Direito Penal, mas apenas o respeito aos bens jurídicos protegidos no Código Penal e o reconhecimento das normas. Roxin acredita que Welzel cometeu um engano em relação aos fins e meios, já que a teoria welzeniana, que busca estabilização das normas,

⁵¹⁰ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **La tentativa e los fines del Derecho Penal**. in Ciencias Penales Contemporáneas: Revista de Derecho Penal, Procesal penal y Crimología, ano2, n.4, 2002, pp.295-6.

⁵¹¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas, 1997, pp.68-69

somente pode levar à prevenção geral positiva, mas, percebe que não seria esse o seu objetivo final. Acredita que o desenvolvimento de conceitos como “respeito á vida”, seriam manifestações do ideal de proteção a bens jurídicos. Assim, Welzel teria por finalidade a proteção de bens jurídicos, cujo meio seria a prevenção geral positiva.

Polaino Navarrete⁵¹² tenta conciliar a tutela da vigência das normas e a de bens jurídicos como fundamento para a punição das tentativas. Assim, defende que toda ação delitiva significaria uma infração à norma, portanto, toda pena seria uma reação à violação da norma. Dessa forma, também a tentativa deveria ser vista como um tipo de violação á norma, a qual requereria uma reação normativa proporcional. Mas, ao mesmo tempo, o injusto da tentativa estaria baseado também na concreta exposição ao perigo do bem jurídico.

Greco⁵¹³, por outro lado, ao tratar da prevenção geral positiva como fundamento para legitimar a intervenção penal, critica o recurso a essa teoria para basear uma pretensa missão de “guia ético-social” da população, sendo o Direito Penal responsável pelo “aprendizado” do condenado e de toda a sociedade. Afirma, ainda que, “ela nunca operou em favor da liberdade”, apesar de não negar totalmente a teoria da prevenção geral positiva. Admite, contudo, que o Direito Penal não pode “deseducar” a sociedade, através de sua ineficácia. Essa teoria limita, mas, de nenhuma forma, fundamenta o Direito Penal.

4.3.1. Questionamento da identificação do tipo subjetivo do delito com fins preventivo-gerais como justificativa para a expansão da tutela penal.

A identificação da culpabilidade com fins preventivo-gerais pode permitir a expansão da tutela penal mesmo em casos, cujo nexos causal seja obra do acaso, onde injusto penal seria questionável.

Roxin⁵¹⁴ define a culpabilidade como sendo a realização do injusto, apesar da idoneidade para ser destinatário das normas e da capacidade de autodeterminação que dela deve decorrer. A culpabilidade limita a responsabilidade aos casos em que o agente teria o risco não permitido sob seu controle, afastando-a diante do acaso. Assim, assumiria um

---

⁵¹² POLAINO NAVARRETE, Miguel. El injusto de la tentativa em el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado. in **Revista Poder Judicial**, n. 72, 2003, pp.59-88.

⁵¹³ GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.56.

⁵¹⁴ ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão do Direito Penal. **RBCCrim**, v. 46, jan-fev de 2004, pp.46-72.

papel limitador já no injusto penal, permitindo a exclusão da imputação ao agente de cursos causais provenientes do acaso, através da teoria da imputação objetiva, a qual limita a imputação à criação de um risco não permitido criado pelo agente.

Já Jakobs⁵¹⁵ entende que cada um dos elementos do lado subjetivo do crime, a imputabilidade, cognoscibilidade ou exigibilidade, serviriam como meros indícios para aferir fidelidade ao ordenamento jurídico.

Roxin critica⁵¹⁶ essa concepção, já que reduz a culpabilidade às necessidades de prevenção geral, como exercício de fidelidade ao direito, impedindo que o indivíduo seja tratado apenas de acordo com sua própria personalidade, tornando-o instrumento de interesses sociais, o que viola a dignidade humana. Também Schünemann⁵¹⁷ critica a opção feita por Jakobs de conceito social da culpabilidade, que permite renunciar à reprovabilidade individual, por prescindir da demonstração de necessidade para a proteção preventiva de bens jurídicos.

A ausência da sistematização da culpabilidade na *Common Law* também permite a responsabilização criminal por danos remotos.⁵¹⁸ É bastante curiosa a teoria de Husak⁵¹⁹, a qual introduz como critério limitador da legitimidade por meio de um princípio de culpabilidade, que restringe a responsabilidade do agente às condutas culpáveis. Tal tese é rejeitada por Simester e Von Hirsch, apesar de entenderem que, sob a justificativa de se prevenir um dano, poder-se-ia chegar a criar proibições ilegítimas, punindo riscos que não poderiam ser previstos nem mesmo por uma pessoa racional.

É interessante, portanto, o estudo da teoria de Jakobs que prescinde da culpabilidade como meio de limitação ao injusto penal, para se questionar os resultados de tal premissa.

Jakobs⁵²⁰ trata da culpabilidade como um déficit de fidelidade ao direito. Assim, para que haja tal fidelidade, vontade de cumprir a norma, seria essencial conhecer o teor e o modo de seu cumprimento. Trata, contudo, de casos em que o conhecimento não

---

⁵¹⁵ JAKOBS, Günther. El lado subjetivo del hecho. **Los desafíos del Derecho Penal em el siglo XXI: libro in homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs**. Ara: Lima, 2005, pp.118-136.

⁵¹⁶ ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão do Direito Penal. **RBCCrim**, v. 46, jan-fev de 2004, p.56.

⁵¹⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal. **ADPCP**, t.XLIV, fasc. III, sept-dic, 1991, pp.709-713.

⁵¹⁸ SIMESTER, A.P.&VON HIRSCH, Andrew. Remote harms and Non-constitutive Crimes in **Criminal Justice Ethics**, v.28, n.1, may 2009, pp.89-107. Segundo esses autore, apenas haveria a consideração da reprovabilidade da conduta de acordo com a moral comum.

⁵¹⁹ HUSAK, Douglas. **Overcriminalization**, pp. 159-177, apud SIMESTER, Andrew & HIRSCH, Andrew von. Remote harms and Non-constitutive Crimes in **Criminal Justice Ethics**, v.28, n.1, may 2009, n. 3, p.89.

⁵²⁰ JAKOBS, Günther. El lado subjetivo del hecho. **Los desafíos del Derecho Penal em el siglo XXI: libro in homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs**. Ara: Lima, 2005, pp.118-136.

proporcionaria ao autor qualquer dado relevante para sua decisão, por ser um agente indiferente ao direito⁵²¹.

A teoria do *dolus indirectus*⁵²² é aproveitada por Jakobs para tratar dessa indiferença. Foi adaptada por Hegel⁵²³, segundo o qual, o sujeito quando alega não conhecer algo nega a sua existência como sujeito pensante. Assim, a conduta torna-se ação pelo conhecimento do agente, mas o dolo que emana de quem pensa, como intenção, enfoca no conhecimento geral, o qual prescinde do conhecimento do agente concreto.⁵²⁴

Do ponto de vista comunicativo, tem-se que o agente doloso interpretaria, de acordo com sua valoração, que o risco de realização do tipo não seria relevante para a decisão de qualquer modo ou no contexto atual. Já o agente descuidado planejava a situação de modo incompleto, sem considerar todo o risco que deveria ser tomado como base para sua análise. O autor indiferente também definiria a situação de modo incompleto, não por descuido, mas porque não considera relevante do ponto de vista subjetivo. O importante na medida da culpabilidade, segundo Jakobs, seria a relevância daqueles riscos para a decisão do agente.

Para definir a irrelevância da decisão, pretende identificar casos em que o conhecimento da retaliação do tipo era tão fácil como a implicação de seus próprios interesses, que ele deve ter levado em consideração. Existe erro quando o agente não

⁵²¹ É interessante como Machado (Em defesa da culpabilidade. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.8, n.97, dez. 2000, pp. 14-15.) trata da necessidade de manter a culpabilidade como categoria autônoma do delito, ainda que sob a concepção funcional. “A subtração do conceito de culpabilidade no delito, seja pela teoria impugnada ou por qualquer outra, tem como significado a despersonificação integral deste, maculando o princípio da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito. Tal consideração quando muito poderia ser abrigada a partir dos postulados da teoria sistêmica de Luhmann e Jakobs, ao posicionar o ser humano apenas como mero subsistema.”

⁵²² Jakobs baseia seus estudos sobre a teoria, principalmente em CARPZOV, *Pracicae novae saxonicae rerum criminalium*, Pars I, 9ª. Ed., 1595 apud JAKOBS, Günther. Indiferencia como dolo indirecto. In BARJA DE QUIROGA, Jacobo López & ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. (coord). **Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo, t.1**. Madrid: Marcial Pons, 2004, n. 18, p. 350.

⁵²³ HEGEL, Grundlinien des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, in GLÖCKENER (ed). GWF Hegel. Sämtliche Werke, Bd, 7, 1952, §105 apud JAKOBS, Günther. Indiferencia como dolo indirecto. In BARJA DE QUIROGA, Jacobo López & ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. (coord). **Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo, t.1**. Madrid: Marcial Pons, 2004, n.28, p.351

⁵²⁴ Critica a interpretação de Feuerbach (Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Zweiter Teil, 1800 apud HEGEL, Grundlinien des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, in GLÖCKENER (ed). GWF Hegel. Sämtliche Werke, Bd, 7, 1952, §105 apud JAKOBS, Günther. Indiferencia como dolo indirecto. In BARJA DE QUIROGA, Jacobo López & ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. (coord). **Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo, t.1**. Madrid: Marcial Pons, 2004, n. 37, p.353.) à teoria do *dolus indirectus*, fortemente baseada no psicologismo. Acredita que seria muito restrito tratar de *dolus generalis* somente em casos em que haja má intenção, já que também se pode entender a indiferença contra bens alheios por outros tipos de ataque. Lembra-se dos casos em que o autor nem considera elementos dos quais poderia ter lembrado facilmente. Por outro lado, seria muito amplo, quando abarca o planejamento defeituoso, nos casos em que o próprio agente não considera poder ser lesionado pelo seu próprio crime.

ponderou em seu plano a implicação de seus próprios interesses, o que o levou à realização do tipo. Seria *dolus indirectus* o conhecimento endossado pela segurança dos interesses do agente, bastando também probabilidades distantes, suficientes para o dolo. Assim, haverá indiferença se, no caso concreto, colocar em evidência seus interesses. No caso do erro, haveria uma planificação defeituosa que levaria a uma *poena naturalis*, dessa forma, sem levar em consideração seus próprios interesses de forma competente, agindo descuidadamente, mas sem indiferença.

Hsu⁵²⁵ também aceita a teoria do *dolus indirectus*, defendendo que a imputação subjetiva não depende em absoluto de uma interpretação individual, bastando a valoração normativa. Assim, no Direito Penal, o lado subjetivo de uma ação somente seria relevante quando se referir à norma como a vontade de fidelidade ao Direito. Por um lado, a vontade abarcaria os conhecimentos existentes anteriormente, provenientes do conhecimento da norma e dos conhecimentos gerais sobre a sociedade e seu entorno, por outro lado, a vontade receberia e empregaria informações sobre circunstâncias concretas. Assim, as relações jurídicas entre pessoas não deveriam ser reduzidas a pontos de vista individuais.

Hsu, baseando-se em Tomás de Aquino⁵²⁶, defende a reciprocidade entre vontade e conhecimento, isto é, enquanto o conhecimento pudesse influenciar a vontade, essa seria necessária para ativar o conhecimento. Sendo assim, tanto o conhecimento das circunstâncias do tipo influiria na decisão de realizar a ação, como a vontade do agente poderia determinar o uso da capacidade para conhecer as circunstâncias do tipo. Se a violação do dever, segundo o conhecimento abstrato, puder causar um efeito, conclui que na violação ao dever já haveria a vontade de produzi-lo, sem qualquer relação com considerações psíquicas do agente⁵²⁷, como desejo ou aversão. Define como conhecimento

---

⁵²⁵ HSU, Yu-Na. Indiferencia como dolo. In MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo & CARO JOHN, José Antonio (ed). **El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo: libro homenaje al profesor Günther Jakobs em su 70 aniversario**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp.411-440.

⁵²⁶ HSU, Yu-Na. Indiferencia como dolo. In MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo & CARO JOHN, José Antonio (ed). **El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo: libro homenaje al profesor Günther Jakobs em su 70 aniversario**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp.411-440. A questão se deve existir primeiro o conhecimento ou a vontade foi tratada por Tomás de Aquino na SUMMA THEOLOGICA. Ele nega que a vontade seria uma capacidade superior à inteligência, parecendo dar primazia à inteligência. A continuação limita a função da inteligência, em síntese que essa conhece o bem e permite o desenvolvimento da vontade. A colaboração entre vontade e inteligência também pode ser caracterizada como reciprocidade entre conhecer e querer. Tomás de Aquino mostra essa relação de forma adequada em Summa contra gentiles, v.3, parte 1, o primeiro princípio ativo nas atividades morais seria a coisa conhecida. Já o segundo, seria a capacidade de conhecer; o terceiro seria a vontade, o quarto, a capacidade de movimento, que executa o mandato da razão. A falta de capacidade de dominar-se a si mesmo seria voluntária, porque o querer e o não querer estariam em poder da vontade. Igualmente, estaria em seu poder se, no presente, a razão reflexiva ou abandona a reflexão ou se reflete sobre isso ou aquilo.

⁵²⁷ Jakobs (**Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Madrid: Civitas, 2003, pp.15-47), para tratar da normativização da sociedade, parte do conceito kantiano de *homo noumenon*, o ser racional

abstrato aquele referente às normas sociais e das ciências empíricas, relacionadas ao nível abstrato da sociedade, não seria apenas o fundamento imanente de uma ação, como também o conteúdo de comunicação. Isso significa que, através do conhecimento abstrato, os demais poderiam reconhecer o sentido social da ação⁵²⁸, ainda quando quem age não conheça esse sentido. Já o conhecimento concreto seria aquele obtido pela percepção presente, tendo como objeto algo concreto. Não permite, portanto, que o desconhecimento de normas das ciências naturais impeça a aplicação das normas sociais.

No caso de um agente sem conhecimento concreto da possibilidade do resultado, Hsu entende cabível a imputação, se o conhecimento abstrato pudesse abarcar tal efeito causal. Se o agente pudesse facilmente evitar o resultado, Hsu entende como caso de culpa grave. Assim, caberia imputação do dolo quando, desde a ótica do conhecimento abstrato, o tipo objetivo realizar-se-ia necessariamente. Portanto, nesse caso seria juridicamente irrelevante o conhecimento e o desconhecimento das circunstâncias concretas. Indica como modo de averiguar os conhecimentos concretos possuídos pelo agente, a análise quanto à previsibilidade para o agente do resultado potencial imanente à ação, através do dolo de perigo. Esse estaria presente mesmo no caso da inexistência de conhecimento concreto da situação e da avaliação de um resultado naquela situação.

Não aceita as críticas ao *dolus indirectus*, relacionadas à inexistência da vontade. Um erro sobre o conhecimento concreto ou a inexistência de conhecimento concreto não excluiria o dolo, se a valoração da imputação subjetiva com base no conhecimento abstrato, permitisse entender que tal ação realizaria necessariamente o tipo. Conclui que a vontade de cometer o delito seria objetivamente reconhecível. O dolo se excluiria por falta de conhecimento concreto, somente quando a vontade não possa ser extraída do conhecimento abstrato.

---

ideal, cujo código não seria outra coisa senão a descrição do conteúdo da liberdade, a ordem com base no dever e no direito. Para Kant, qualquer ser racional seria capaz de compreender a necessidade do código e concretizar o conteúdo dos deveres e direitos mediante o uso do imperativo categórico. O próprio Kant afirma que considerar as motivações de acordo com a razão, com intenção prática, permite que entendamos uma regulação e uma ordem completamente diferentes da ordem natural, a razão prática. Para Jakobs, o mundo normativo seria um sistema próprio, diferente da ideia de satisfação e insatisfação do indivíduo. Permite que o mundo normativo decida, autonomamente, a relevância e significado dos processos do mundo dos sentidos.

⁵²⁸ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y teoria de la imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1995, pp.58-61, 168-177, 388-409. A ação não seria socialmente relevante como movimento corporal, mas como um sistema interpretativo do acontecimento social. O comportamento seria um esquema parcial, no esquema interpretativo do injusto. Não caberia, portanto, à imputação penal considerar os aspectos psicológicos, referentes aos impulsos de cada indivíduo, já que deve tutelar, apenas, contatos sociais, inclusive os anônimos, impedindo qualquer parâmetro de previsibilidade de reação do agente para a vítima.

Tal teoria justifica a expansão da antecipação da tutela penal sem que se leve em consideração o plano do autor e seus conhecimentos, baseando-se apenas no significado social da conduta, com base no conceito de conduta de Jakobs. Assim, nem mesmo a tentativa seria um limite a ser aceito como antecipação da tutela penal, já que baseada na teoria material objetiva, a real colocação em perigo do bem jurídico deve ser dada através de um juízo feito sob os pontos de vista do agente e o da vítima⁵²⁹, sem que se adote o significado social da conduta⁵³⁰. Assim, dispensa-se qualquer limitação à tutela penal que possa surgir da ausência de conhecimento do autor *ex ante*, principalmente, referente à ausência de parâmetros para determinar o juízo de perigo da conduta, como, por exemplo, o desconhecimento de uma norma técnica. Além disso, o *dolus indirectus* parece quebrar a lógica do sistema que vinha sendo construído por Jakobs, por voltar-se à proteção de bens jurídicos⁵³¹ com base na prevenção geral.

Também acaba sendo incoerente em relação às críticas à antecipação da tutela penal, a qual não preservaria a esfera privada do agente. Assim, entende que na tentativa apenas haveria a punição de uma conduta externa com base na presunção de certo conteúdo subjetivo, contrariando o Direito Penal do fato, exigindo como premissa adicional uma manifestação externa da conduta do agente de arrogar-se uma organização alheia. Assim, cria obstáculos para que se presuma o lado subjetivo do crime. Da mesma forma, nos crimes de perigo abstrato, defende a necessidade do aspecto externo da conduta perturbar por si só, para, depois, questionar o aspecto subjetivo. Essa proteção à esfera privada seria desrespeitada no caso da indiferença, quando se presume a infidelidade ao ordenamento jurídico, diante do desconhecimento das circunstâncias.

4.4. Questionamento da legitimidade da tentativa nos crimes de perigo abstrato

A questão da legitimidade da punição da tentativa nos crimes de perigo abstrato refere-se ao tema dos limites do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. Ao se

⁵²⁹ D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios, contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico**. Coimbra:Coimbra, 2005, pp. 76-82.

⁵³⁰ Ao invés de se adotar a teoria social da ação, parece mais adequado a esse conceito uma teoria como a de Roxin (Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação. pp. 91-142. in ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Lisboa:Veja, 1998.), segundo a qual se analisa a ação como uma manifestação da personalidade do sujeito, uma conduta submetida ao controle do ego, sendo, portanto, possível a imputação ao agente, como centro anímico-espiritual da ação.

⁵³¹ SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo em la dogmática jurídico-penal. in **Revista de Derecho Penal**, n.15, outubro de 2005, pp.127-142.

optar pela teoria do bem jurídico⁵³², como parâmetro para legitimidade da tutela penal⁵³³, deve-se analisar a questão da tentativa nos crimes de perigo abstrato sob o ponto de vista da ofensividade. A partir da caracterização do bem jurídico como algo real; não mero direito ou interesse⁵³⁴, pôde-se caracterizar a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Somente diante dessa perspectiva, identificou-se o objeto do crime, o bem jurídico, e suas formas de violação, a ofensividade⁵³⁵.

Tal possibilidade não existia na equiparação entre bem jurídico e direito subjetivo, já que em caso de lesão o direito subjetivo permanecia incólume, sendo o objeto do direito o alvo da lesão, o qual sofre seus efeitos. Birnbaum⁵³⁶ é bastante claro em afirmar que o próprio conceito de perigo relaciona-se diretamente ao objeto; não ao direito, já que esse último é insuscetível de ser perdido ou suprimido⁵³⁷. Assim, tem-se que apenas com essa caracterização do bem jurídico como algo real, diverso do direito subjetivo, é possível a análise da probabilidade de dano, o perigo, legitimando-se a antecipação da tutela penal⁵³⁸, permitindo o desenvolvimento das distinções entre tentativa e consumação. Assim, o princípio da ofensividade relacionado a esse conceito real do bem jurídico permite a gradação dos crimes de dano e de perigo, chegando-se, inclusive, a considerar ilegítima a criminalização das condutas inidôneas a expor ao perigo o bem jurídico. Dessa forma, tal

---

⁵³² D'Ávila (Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa de bens jurídicos. In D'ÁVILA, Fábio. **Ofensividade em Direito Penal: Escrito sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp.57 - 79.) chega a entender a teoria do bem jurídico como uma exigência da Constituição Brasileira, expressão da ideologia adotada pelo Estado e limite positivo de legitimidade para criminalização de condutas.

⁵³³ D'Ávila (Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. in D'ÁVILA, Fábio. **Ofensividade em Direito Penal: Escrito sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp.41-55.) conclui que, a partir do respeito ao princípio da ofensividade, o ilícito penal deveria ser formado tanto pela descrição formal da conduta criminosa, como pela ofensa a bens jurídicos. Seria uma clara oposição ao Direito Penal da vontade, baseado apenas na criminalização da violação de deveres, onde o bem jurídico foi substituído pela violação de um vínculo ético, com base na fidelidade e obediência à comunidade e ao Estado.

⁵³⁴ Tal dificuldade de se encontrar parâmetros de limitação para a antecipação da tutela penal com relação ao conceito de interesse pode ser observada na Common Law, a qual pauta-se pela tutela de interesses, de acordo com *harm-offense principle*. Vide Cap. 1 e 2, especificamente, 1.3 e 2.5.6.

⁵³⁵ D'ÁVILA, Fábio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo do crime como ofensa a bens jurídicos in D'ÁVILA, Fábio . **Ofensividade em Direito Penal: Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre:Livraria do Advogado,pp.65-66.

⁵³⁶ BIRNBAUM, J. Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung. Archiv des Criminalrechts, 1834), p. 172 apud D'ÁVILA, Fábio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo do crime como ofensa a bens jurídicos in D'ÁVILA, Fábio. **Ofensividade em Direito Penal: Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre:Livraria do Advogado, n.151, p. 64.

⁵³⁷ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.179-209. Roxin aplica essas mesmas críticas às aproximações entre bem jurídico e interesse.

⁵³⁸ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Bien jurídico y sistema del delito**. Buenos Aires: Euros, pp.11-80.

construção teórica possui um potencial crítico do direito positivo, como Kuhlen⁵³⁹, por exemplo, indica na sua conclusão pela falta de merecimento de pena na criminalização de exposição de perigo abstrato em caso de condutas inidôneas.

O princípio da ofensividade⁵⁴⁰ apenas legitima a tutela penal voltada à proteção de bens jurídicos do dano ou perigo. No caso concreto, portanto, é essencial que se saiba constatar esses efeitos, porém, não há consenso quanto ao parâmetro para se caracterizar o dano.

4.4.1. Técnicas de criminalização de condutas quanto ao parâmetro da ofensividade: bem jurídico e objeto jurídico

Há grande dificuldade em se definir o conceito de bem jurídico. Tal ausência de consenso sobre o que se busca tutelar agrava-se no caso da antecipação da tutela penal. Ela refere-se à intervenção penal realizada de modo antecipado ao dano; logo, há a tutela do perigo ao bem jurídico. E, sendo o perigo uma análise essencialmente relacional, questiona-se sobre o seu objeto; ou seja, se o bem jurídico ou um objeto jurídico estaria em perigo.

Essa distinção acaba por influenciar a conceituação dos crimes de acordo com os efeitos das condutas, isto é, afeta a própria definição dos crimes de perigo abstrato.

Há duas alternativas⁵⁴¹ para tal objeto de referência. Ou refere-se ao objeto da ação afetado imediatamente pelo fato punível ou ao representante do bem jurídico protegido, o qual não precisa coincidir com o objeto da ação. Schulenburg conceitua o objeto da ação como a entidade concreta, corpórea ou incorpórea, na qual desemboca a ação típica, isto é, a que ela se refere, como a coisa incendiada no crime de incêndio. Já o objeto do bem

⁵³⁹ KUHLEN, Lothar. ¿Es posible limitar el Derecho Penal por médio de um concepto material de delito? in **El sistema integral del Derecho Penal : delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.129-152.

⁵⁴⁰ D'AVILA, Fábio. Ofensividade e ilícito penal ambiental.in D'AVILA, Fábio. **Ofensividade em Direito Penal: Escrito sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, n.245, p.106. Segundo o autor, o princípio da lesividade refer-se ao princípio romano *nullum crimen sine iuria*, enquanto que a ofensividade refere-se tanto à lesão como ao perigo, como resultados prejudiciais ao bem jurídico e ilícitos.

⁵⁴¹ SCHULENBURG, Johanna. Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito e imputación objetiva. in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 349-362. Schulenburg, ao tratar da distinção entre crimes de dano e de perigo, pauta-se pelos efeitos da conduta. Já na classificação de delitos de resultado e delitos de atividade, trata da estrutura do tipo penal. Assim, nos crimes de resultado, a conduta do agente dirige os efeitos para o objeto de proteção; já, nos crimes de mera conduta, analisa-se a conduta por si só, sem a consideração de seus possíveis efeitos.

jurídico (objeto jurídico) seria a representação concreta do bem jurídico, o qual seria diferente concretamente e conceitualmente do bem jurídico como um valor abstrato e ideal, o qual nunca poderá ser atingido.

Ao se compreender os bens jurídicos⁵⁴² como valores espirituais da ordem social, não sendo objetos suscetíveis aos sentidos, apenas ter-se-ia como real o objeto material da ação sobre o qual desemboca a ação típica. O bem jurídico e o objeto material estariam relacionados como ideia e sua exteriorização, sem que se confundam conceitualmente. Nessa concepção, o desvalor do resultado consistiria na lesão ao objeto material. Já o bem jurídico, valor ideal, inacessível à conduta do agente, apenas poderia ser depreciado através de sua materialização, o objeto da ação⁵⁴³.

Outros, entretanto, entendem bem jurídico como objeto real. Hefendehl, por exemplo, defende⁵⁴⁴ que o bem jurídico não é apenas o objeto físico, mas uma realidade, mesmo quando se tratar de realidades psíquico-intelectuais. Dessa forma, o bem jurídico não seria um ideal vago, mas algo real a ser lesionado causalmente, devendo servir como instrumento para eliminar bens jurídicos aparentes. Também Roxin⁵⁴⁵ defende que o próprio delito não seria compreendido de forma conveniente, entendendo-se a lesão ao direito ou interesse⁵⁴⁶, já que o direito da vítima permaneceria intocado, mesmo após a conduta lesiva. Com o crime, teria havido uma violação na ordem do ser, do bem jurídico

---

⁵⁴²JESCHECK, Hans-Heinrich – WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: parte general**. Granada: Comares, 2002, pp.277-8.

⁵⁴³Schulenburg (Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito e imputación objetiva. in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 349-362.) indica que somente poderia ser lesionado ou exposto ao perigo estados ou objetos reais. Dessa forma, o bem jurídico, como algo ideal, não poderia ser o referencial para o resultado. Em alguns casos, haveria coincidência entre o objeto do bem jurídico e o objeto da ação, mas, nem sempre o objeto da ação seria a materialização do bem jurídico. A partir do tipo de bem jurídico, define diferentes estruturas de crimes possíveis para a sua tutela. Para os objetos de bens jurídicos individuais, seria possível a proteção por meio de crimes de lesão e de perigo concreto, bastando estabelecer a conduta dirigida contra um ponto determinado na norma penal. Já para os bens coletivos, apenas seria possível a proteção por meio dos crimes de perigo abstrato.

⁵⁴⁴HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa. in GARCÍA VALDES, Carlos et alli (coord). **Estudios penales em homenaje a Enrique Gimbernat: tomo I**. Madrid: Edisofer, 2008, pp. 389-404.

⁵⁴⁵ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.179-209.

⁵⁴⁶BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal**. Tese de Livre-Docência na Universidade de São Paulo, 2010, pp. 227-267. Bechara defende que seria um resquício da perspectiva causal-naturalista buscar um objeto quantificável para se entender o conceito de dano quando, na verdade, somente haveria um potencial de lesão ao interesse tutelado sobre tal coisa.

real concretizado no caso concreto⁵⁴⁷. Para Hefendehl, os inimigos do bem jurídico⁵⁴⁸ tentam reduzi-lo ao objeto da ação, limitando seu potencial crítico.⁵⁴⁹

Na doutrina brasileira, não há consenso sobre o tema⁵⁵⁰. Greco⁵⁵¹ afirma que não há consenso em relação às premissas dessas discussões. Acredita que exista uma confusão entre os crimes de resultado⁵⁵² e de mera conduta e os de lesão e de perigo. Assim, a existência ou não de um objeto da ação definiria os delitos de resultado e de mera conduta. Já a relação com o bem jurídico, determinaria se o crime seria de lesão ou perigo. Conclui

⁵⁴⁷ Amelung (O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. in GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.117-158) critica tais teorias, baseadas no pensamento platônico, segundo o qual todas as ideias seriam abstrações intangíveis, enquanto que os objetos concretos seriam fenômenos. Roxin teria sido influenciado por ela, já que afirma que o bem jurídico estaria corporificado no objeto da ação. Conclui que a espiritualização das instituições humanas vem da pretensa necessidade do Direito Penal de compreender as normas de um ponto de vista diferente daquele de seus destinatários. Dessa forma, seriam programas de comportamento com eficácia fática, transformados realidade através de ações humanas.

⁵⁴⁸ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.179-196.

⁵⁴⁹ Amelung (O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. in GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.117-158.) entende o bem jurídico como objeto protegido pela norma de comportamento, porém o objeto da norma não existiria autonomamente como tal. Por exemplo, a coisa que o ladrão subtrai seria o objeto da ação do furto, mero elemento do tipo, não, o objeto protegido pela norma. Dessa forma, seria possível tutelar bens jurídicos incorpóreos. Defende que o objeto da ação pode ou não coincidir com o bem jurídico, dependendo das intenções do Legislador. Se a norma penal referir-se a bens institucionais, seria mais provável que não fossem idênticos.

Critica a aproximação do bem jurídico a valores e ideais, entendendo-a como semelhante a um bem jurídico aparente baseado no idealismo alemão, principalmente, neokantiano. Nessas correntes, permitir-se-ia um juízo de valor criador do bem, independente. Esse método de interpretação de normas através de valores seria a base da interpretação teleológica; relacionada com a espiritualização, isto é, a tendência de se entender instituições tanto como bem jurídico quanto valores.

⁵⁵⁰ A doutrina brasileira não apresenta consenso sobre o tema. Magalhães Noronha (**Direito Penal: introdução e parte geral, v.1**. Saraiva: São Paulo, 1993, pp. 112-3.) entende objeto jurídico como o próprio bem jurídico, retirado da norma, através de uma interpretação teleológica. Objeto material seria a corporificação do bem jurídico, equiparado ao objeto da ação, o qual seria parte do tipo, inexistente nos crimes de mera conduta. Santos (**Teoria do crime**. São Paulo: Acadêmica, 1993, pp. 30-31.) define objeto da ação como a coisa ou pessoa sobre a qual incide a ação, nos tipos com objeto material. Fragoso (**Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 327-333.) define que o objeto formal do crime seria o direito subjetivo do Estado. Assim, a norma penal pressupõe um dever, cuja violação constituiria o crime. O objeto substancial do crime seria o conteúdo realístico da norma penal, mero meio para determinado bem ou interesse da sociedade. O objeto de tutela seria o bem, não o interesse coletivo, por exemplo, a fé pública. Já o objeto material do crime seria o objeto corpóreo, o qual poderia não existir em certos crimes de mera atividade ou formais. Tavares (**Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp.199-202.) diferencia bem jurídico e objeto da ação. O primeiro seria um valor decorrente da vida social e individual; enquanto o objeto da ação seria puramente material.

⁵⁵¹ GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 40.

⁵⁵² MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando **Antijuridicidad penal y sistema del delito**. Barcelona: Bosch, 2001, pp. 663. o resultado costuma definir-se como a modificação do mundo físico de modo direto como também uma alteração da ordem psíquica observável de modo indireto. Além do resultado material, também haveria o resultado jurídico, o qual deveria estar presente em todos os crimes, já que se refere ao bem jurídico.

que tanto um crime de lesão poderia ser de mera conduta, caso da injúria, como seria possível um crime de resultado de perigo. Já para Schünemann⁵⁵³, apenas faria sentido dividir-se em crimes de dano e de perigo para os bens jurídicos que sejam suscetíveis de lesão física, excluindo dessa classificação os que apenas permitem lesões jurídicas, como no caso de bens jurídicos difusos.

4.4.2. Questão da tutela do bem jurídico difuso através do tipo penal:

Os bens jurídicos difusos⁵⁵⁴ são um ponto crítico para se determinar critérios viabilizadores do seu delineamento e da sua lesão ou exposição ao perigo, isto é, a ofensividade. Tais características decorrem da dificuldade em se caracterizar o referencial a ser tutelado pela norma penal.

Como tentativa de configurar a ofensividade para bens jurídicos difusos, criou-se a noção de crimes cumulativos. Kuhlen⁵⁵⁵ cria essa denominação para crimes de perigo abstrato, cujas condutas não sejam significativas por si mesmas, mas, sem qualquer criminalização, acabariam por trazer uma ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma.

Já Wohlers⁵⁵⁶, entende os crimes cumulativos como essenciais para a proteção de bens jurídicos coletivos, por visarem danos imensos, provenientes de ações cumulativas. Usa o conceito de “free loader”, que se refere ao cidadão que não toma cuidado em relação a um bem jurídico. Wohlers e Hirsch⁵⁵⁷ apresentam a necessidade de limitar a necessidade

⁵⁵³ SCHÜNEMANN, Bernd. La estructura de los delitos de peligro (los delitos de peligro abstracto y abstracto-concreto como modelo del Derecho penal Económico Moderno). In SCHÜNEMANN, Bernd (et ali). **Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos**. Lima: Ara Editores, 2008, pp. 13-27.

⁵⁵⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-Individual: interesses difusos**. São Paulo: RT, 2003, pp. 62-63. Haveria três classes de bens jurídicos. Os institucionais seriam os referentes às instituições básicas para o funcionamento sistêmico, marcados pela massividade e universalidade, determinando “vias ou procedimentos organizativo-conceituais para assegurar os bens individuais”. Os coletivos referem-se às satisfações sociais e econômicas, relacionados à participação de todos no processo econômico-social. E, por fim, os bens de controle seriam os vinculados à organização do aparato estatal, buscando cumprir suas funções.

⁵⁵⁵ KUHLEN. Der Handlungserfolg der strabaren Gewässerunreinigung (§324 do StGB). Goldtdammer-s Archiv für Strafrecht, Heidelberg, A. 133, 1986, pp. 390 e ss e Umeltstraftrecht. Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. eitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ano 4, n. 105, pp. 697 e ss apud BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal**. Tese de Livre-Docência - Universidade de São Paulo, 2010, n. 146, p. 257.

⁵⁵⁶ WOHLERS, Wolfgang. Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte. Berlin: Duncker & Humboldt, 2000 apud COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção ambiental, Direito Penal e Direito Administrativo**. Tese de doutorado – Universidade de São Paulo, 2007, n. 214, p. 58.

⁵⁵⁷ HIRSCH, Andrew von & WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang (ed), **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 301-4. También tratam da necessidade de distinguir

de criminalização desse tipo de crime de perigo abstrato aos casos de produção de efeitos cumulativos pareça suficientemente realista, isto é, comprovado por dados de ciências empíricas. Sendo assim, não aceitam que esses crimes sejam criados de modo discricionário pelo Legislador.

Hefendehl⁵⁵⁸ entende que os crimes cumulativos serviriam para suprir a falta de causalidade real entre a ação e o bem jurídico, através da ideia de equivalência material. Seriam ações individuais inócuas, as quais tendem a se dar com grande frequência perturbando a função protegida.

Bechara⁵⁵⁹ critica veementemente o conceito de crimes cumulativos, o qual não passaria de criminalizações de mera desobediência, com predominância do desvalor da ação. Defende um mínimo de ofensividade nos crimes cumulativos ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Conclui que a limitação da antecipação da intervenção penal estaria vinculada ao princípio da ofensividade. Também Frisch⁵⁶⁰ rechaça o conceito de crimes cumulativos, já que não se pode imputar a responsabilidade pela conduta de terceiros. Somente poderia ser considerada a acumulação para a necessidade e adequação da pena, desde que realmente sua repetição traga uma lesão para o bem jurídico, a ameaça a um bem jurídico importante seja real e digna de pena. Percebe uma tendência de estabilização de regras de conduta, buscando evitar aquelas que se dirijam contra bens jurídicos mais importantes, ainda que, por si só, sejam inidôneas para uma lesão relevante como evidente aplicação do Direito Penal Simbólico.

Schünemann⁵⁶¹, por outro lado, indica três tipos de crimes de perigo abstrato: os delitos que tutelem um bem jurídico institucional intermediário, aqueles que façam referência a ações automáticas em grande escala, e os demais, equiparados a uma

---

entre o cidadão normal e o especialista, cuja conduta profissional leva à criação de deveres especiais mais amplos, como limitação da sua liberdade de ação.

⁵⁵⁸ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p.193..

⁵⁵⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.** Tese de Livre-Docência na Universidade de São Paulo, 2010, pp. 227-267.

⁵⁶⁰ FRISCH, Wolfgang. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación em el contexto de la legitimación de la pena estatal. in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 309-339.

⁵⁶¹ SCHÜNEMANN, Bernd. La estructura de los delitos de peligro (los delitos de peligro abstracto y abstracto-concreto como modelo del Derecho penal Económico Moderno). In SCHÜNEMANN, Bernd (et alli). **Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos.** Lima: Ara Editores, 2008, pp. 13-27.

“tentativa culposa”⁵⁶², isto é, baseados apenas na violação de normas de cuidado devido⁵⁶³, respeitando tanto os objetivos de política criminal como o princípio de culpabilidade⁵⁶⁴.

Indica os bens institucionais intermediários como uma alternativa para a questão do bem jurídico difuso⁵⁶⁵, os quais podem apresentar uma referência individual⁵⁶⁶, mas atingiriam também uma coletividade de pessoas⁵⁶⁷. Sendo o caso de tal referência

⁵⁶² Há uma série de autores que também aproximam os crimes de perigo abstrato e os crimes culposos, conforme já analisado no Cap.II.Horn (*Konkrete Gefährdungsdelikte*. 1973, pp.28, 94 e ss. apud ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997**, p. 408, n. 213.), Brehm (*Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*.1973, pp.126 e ss apud ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997**, p. 408, n. 213), Roxin (**Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997**, pp.409-410), Silva Sánchez (*Derecho de la Circulación*, 1993, 149 e ss apud RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**.Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, n. 270, p.336), Corcoy(*Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 40-49, 53, 143 e ss, 200-218, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto. Granada: Comares, 2001**, pp.245-253), Faria Costa(**O Perigo em Direito Penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)**. Coimbra: Coimbra, 1992, pp. 25 a 44.) e D'Ávila(**Ofensividade...cit**, pp. 126-9).

⁵⁶³ FERREIRA, José Eduardo de Almeida Leonel. **Tipicidade e crimes de perigo abstrato**. Tese de doutorado - Universidade de São Paulo, 2006, pp.92-168.Nos crimes culposos, haveria um crime de perigo com resultado, já nos crimes de perigo, haveria um potencial crime de imprudência que não se perfez tipicamente. Diferencia a análise temporal da lógica. De acordo com a temporal, qualquer intérprete estaria colocado apenas depois dos fatos, tendo a possibilidade de averiguar os resultados dados. Da perspectiva lógica, o observador do fato já sabe qual o desfecho causal da conduta, porém pode colocar-se anteriormente ao fato para realizar sua análise. Assim, aconselha que se faça uma análise ex ante e ex post de crimes de resultado de dano e de perigo.

⁵⁶⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. La estructura de los delitos de peligro (los delitos de peligro abstracto y abstracto-concreto como modelo del Derecho penal Económico Moderno). In SCHÜNEMANN, Bernd (et alli). **Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos**.Lima: Ara Editores, 2008, pp. 13-27. Havendo descrição perfeita do comportamento proibido nos crimes de perigo abstrato, haverá o cumprimento dos requisitos para a concreção da norma, o que é essencial para os crimes culposos. Nesses crimes, o próprio agente deve decidir se estaria se comportando de modo suficientemente cuidadoso. Mas, essa é uma exigência que nem sempre o Legislador poderá cumprir, principalmente em setores complexos, onde as circunstâncias do caso concreto ditariam a existência ou não de risco não permitido. Dessa forma, quando o Legislador apenas proíbe as situações geralmente perigosas, haveria uma possível ofensa ao princípio da ofensividade naquelas situações em que, no caso concreto, uma ação considerada perigosa, excepcionalmente, fosse inofensiva. Tais problemas não aparecem em crimes de perigo concreto, levando-se em em consideração todas as circunstâncias do caso concreto.

⁵⁶⁵ Segundo Jakobs (**Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1995, pp.58-61, 168-177, 388-409) o limite entre bens jurídicos e unidades de funcionamento, no âmbito prévio, seria bastante tênue, já que também esse âmbito prévio estaria ligado, no contexto, à função. Pode-se considerar, por exemplo, que a segurança no trânsito seja um bem jurídico prévio de tutela à vida ou à saúde ou pode-se entendê-la como mero bem jurídico difuso. Considera essas diferenciações inócuas, já que levariam às mesmas consequências em relação à legitimidade das condutas.

⁵⁶⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-Individual: interesses difusos**. São Paulo:RT, 2003, pp. 62-63.

⁵⁶⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal**. Tese de Livre-Docência na Universidade de São Paulo, 2010, pp. 227-267.Há bens jurídicos espiritualizados ou intermediários que representariam ambas as classes de bens jurídicos no mesmo tipo penal, pessoais e supraindividuais. Apesar de apresentarem uma justificativa de política criminal para tal criminalização, recebe críticas quanto à lesividade de condutas individuais, da delimitação de bens e do injusto típico. Bechara admite uma grande dificuldade em se considerar a ofensividade em bens jurídicos supraindividuais, como no direito penal ambiental, no qual não haveria qualquer possibilidade de limitação

individual, deveriam ser cumpridas as condições de legitimação dos crimes de perigo contra bens jurídicos físico-reais⁵⁶⁸. As instituições⁵⁶⁹, a que se referem os bens institucionais intermediários, seriam um complexo de normas sociais, que assegurariam a satisfação de uma necessidade básica da sociedade e cuja persistência depende de sua observância. Diferencia, ainda, entre instituições reais e socioculturais. Cita como exemplo de bem institucional o caso da honra individual; e, como real, o meio ambiente.

O “delito institucional independente de acumulação” seria a criminalização de um desprezo contra a instituição, através da contravenção da norma, incapaz de levar à desintegração da sociedade, porém suficientemente simbólico da desobediência à instituição. Assim, considera apenas as normas imprescindíveis para a persistência da sociedade humana como relevantes para justificar a tutela penal como proteção de instituições.

Silveira⁵⁷⁰ conclui que, nesse caso, somente haveria lesão do bem jurídico através de “uma reiteração generalizada de condutas que não respeitem as regras básicas”, sendo necessário que o bem intermediário seja um “elemento típico do delito – seu objeto ou dever – mas, não, em sentido estrito, um bem jurídico propriamente dito”.

Diante da referência ao bem intermediário como objeto da ação nos tipos que tutelem bens jurídicos difusos, torna-se essencial o estudo da relação entre o objeto da ação e esses bens, para que se possa indagar sobre a possibilidade de estabelecimento de um referencial para a análise do perigo.

---

de dimensão desses bens dado o seu aspecto deteriorado atual. Questiona se o Direito Penal poderia tutelar um dever-ser, isto é, se a intervenção jurídico-penal seria adequada para promover alguma alteração social, afastando o princípio da *ultima ratio*. Adverte que o essencial seria entender o bem supraindividual seria um interesse coletivo voltado a um referente pessoal, sendo necessário interpretar o tipo teleologicamente, visando sua finalidade, buscando uma efetiva afetação de convivência social. Considera, contudo, que não há necessidade de que o tipo penal dirija-se materialmente ao indivíduo. Conclui que nesses delitos não haveria um resultado material em sentido estrito. Acredita que os bens jurídicos supraindividuais seriam a síntese normativa de uma série de expectativas públicas e privadas em conflito. Dessa forma, admite a possibilidade de delitos de lesão em bens jurídicos difusos. Assim, por não possuírem um substrato material dependeriam do grau de concretização em um contexto pré-positivado, devendo existir um esforço contínuo nesse sentido, evitando a tutela de meros objetivos de organização política, social ou econômica, assim como permitir que bens jurídicos tenham potencial crítico para limitar a tutela penal.

⁵⁶⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. La estructura de los delitos de peligro (los delitos de peligro abstracto y abstracto-concreto como modelo del Derecho penal Económico Moderno). In SCHÜNEMANN, Bernd (et ali). **Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos**. Lima: Ara Editores, 2008, pp. 13-27.

⁵⁶⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. La estructura de los delitos de peligro (los delitos de peligro abstracto y abstracto-concreto como modelo del Derecho penal Económico Moderno). In SCHÜNEMANN, Bernd (et ali). **Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos**. Lima: Ara Editores, 2008, pp. 13-27.

⁵⁷⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-Individual: interesses difusos**. São Paulo:RT, 2003, pp. 113-4.

Haveria⁵⁷¹ três técnicas legislativas sobre a relação entre bem jurídico e objeto da ação. A primeira seria a da identidade entre eles, quando o próprio bem jurídico estiver no tipo. Também haveria a possibilidade de se optar apenas pela coincidência de conteúdo, apesar da divergência quanto a forma, como se dá na relação entre vida, bem jurídico, e pessoa, objeto jurídico. E, por fim, inexistência de qualquer identidade entre eles, tanto de forma quanto de conteúdo. Nesse caso, o representante (objeto da ação) não é equiparável ao que deve representar (bem jurídico). Essa última alternativa é a mais utilizada para os bens jurídicos coletivos, cuja normatização do bem jurídico como objeto da conduta seria inadequada. Nesse caso seria criminalizada apenas a lesão a um objeto da ação como um representante ocasional na realidade do bem jurídico, isto é, não seria idêntico; mas possuiria certa relação especial com ele. Se essa vinculação inexistir, não seria um representante digno.

Hefendehl defende que bastaria determinar no tipo penal um objeto jurídico, o qual possua uma relação especial com o bem jurídico, submetendo tanto objeto como o próprio bem jurídico às leis causais. E, como resultado, ter-se-ia nos bens jurídicos difusos, o abalo do elemento confiança da incolumidade do bem. Hefendehl⁵⁷² interpreta o conceito de bem jurídico intermediário espiritualizado, por entendê-lo mais próximo de um objeto da ação, o qual, por si só, não traduz uma relação legítima com o bem jurídico tutelado.

A ideia de ofensa como abalo na confiança da incolumidade do bem, busca suprir a dificuldade em se configurar a ofensividade em bens difusos de forma distinta de Schünemann⁵⁷³. Hefendehl⁵⁷⁴ define a confiança como algo real, espiritualizado, o qual

---

⁵⁷¹ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.179-196.

⁵⁷² HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal in HEFENDEHL, Roland, HIRSCH, Andrew von, WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 194.

⁵⁷³ AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. in GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.117-158. Amelung critica ambas as posições. Adverte que nos casos de proteção de atividades estatais, como administração da justiça, não caberiam analogias à proteção de bens, apenas tutela de processos sociais. Já nos casos em que se consideram certos sentimentos, “segurança”, “confiança” como bens jurídicos, haveria um bem jurídico aparente, baseando-se apenas na vigência da norma ou em uma norma de comportamento. Amelung interpreta esses casos em que se trata da sensação de frustração dos outros, diante da violação da norma, como algo semelhante ao desvalor da ação. Portanto, no caso da questão da confiança como bem jurídico prefere entender a vigência fática da norma, isto é, um estado de consciência proveniente do respeito à norma. Critica também a ideia de proteção de dois tipos de bens jurídicos a partir dos bens intermediários espiritualizados. Amelung conclui que o bem jurídico deveria ser algo do mundo temporal-espacial, permitindo sua violação e, conseqüentemente, sua proteção pelo Direito Penal. O que não seria o caso das instituições sociais, constituídas por normas, as quais vigem como exigências do dever ser, como expectativas contrafáticas e, logo, incapazes de serem lesionadas.

pode ser lesionado. Essa lesão poderia ser, inclusive, mensurada, como fizeram as pesquisas sobre a prevenção geral positiva.

Schünemann⁵⁷⁵ afirma que o bem jurídico de confiança de Hefendehl equivale ao seu bem jurídico institucional. Nesses bens, não seria possível a análise de um objeto da ação. Conclui que, para tais bens jurídicos, a ofensividade verificada de acordo com as estruturas da ordem institucional concreta, enquanto que a classificação tradicional de estruturas de delito em delitos de lesão, perigo concreto, abstrato, abstrato-concreto é restrita aos bens jurídicos fisicamente individualizáveis e lesionáveis. Hefendehl⁵⁷⁶, entretanto, apenas admite o questionamento da cumulação ou de lesão a bens jurídicos referentes à lesão de funções do Estado, se a função for um bem jurídico presente na Constituição e existir uma referência objetiva ao bem jurídico no tipo penal.

Deve-se, contudo, usar de cautela com o conceito de bem jurídico difuso para se evitar a criminalização de meras funções⁵⁷⁷.

É nesse ponto que se sente de forma mais intensa a crise da teoria do bem jurídico, já que “se identifica a perda do referencial quanto a uma verificada danosidade social de determinadas condutas, em favor de um asseguramento de aparentes funções do tecido social”⁵⁷⁸. Silveira considera que seja esse o principal problema da teoria do bem jurídico na “atual busca de concretude na tutela penal”. Aceita a necessidade de se verificar anteriormente o bem jurídico antes de se criminalizar qualquer conduta, mas rechaça o caminho inverso adotado por Jakobs. “Em outras palavras, desde um ponto de vista liberal, não se poderia aceitar a simples tutela de funções em detrimento da tutela de bens

---

⁵⁷⁴ HEFENDEHL, Roland. De largo aliento: el concepto de bien jurídico: O que há sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico. in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 459-475.

⁵⁷⁵ O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado Democrático de Direito. In **RBCCrim**, n. 53, março-abril de 2005, pp.9-37.

⁵⁷⁶ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p.196.

⁵⁷⁷ JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona em uma teoria de um derecho penal funcional. in JAKOBS, Günther. **Bases para uma teoria funcional del derecho penal**. Lima: Palestra, 2000, pp.19-52. Seriam funções as prestações que, sozinhas ou junto com outras, manteriam um sistema. Segundo Jakobs, a prestação fornecida pelo Direito Penal consistiria em confirmar as normas determinantes da identidade da sociedade, já que, em uma visão normativa, a sociedade define-se por meio das normas. A sociedade seria a construção de um contexto de comunicação, sendo determinada por meio das regras de configuração, o qual deve ser capaz de manter sua configuração frente a modelos divergentes. A vigência dessas normas deveria ser garantida por meio da sanção, imposta por um procedimento formal. A sanção contradiz o projeto de mundo do infrator da norma, a não vigência da norma, mas a sanção confirma a irrelevância da afirmação do infrator.

⁵⁷⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos da adequação social em Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp.31-55.

jurídicos.” Não aceita, portanto, simples *rationes* de tutela, por basearem a criminalização em “objetivos de organização política, social ou econômica”⁵⁷⁹.

Tavares⁵⁸⁰ diferencia bem jurídico de função. A função seria qualquer atividade administrativa do Estado, “referentes ao controle sobre determinado setor da vida de relação ou de seu próprio organismo”, sendo sempre instrumental, com referência a outro objeto. Conclui que a função seria “uma relação decorrente de variáveis, que correspondem a pontos de referência de algo.”, sendo ilegítima a criminalização de uma dessas funções, sem referência ao bem jurídico, impossibilitando a averiguação empírica de perigo ou lesão, embora admita que a própria função possa ser entendida como bem jurídico.

Na sua diferenciação entre bem jurídico e função, elimina a ideia de titulares individuais e coletivos do bem jurídico. Prefere entender unicamente como bem jurídico o pessoal, aquele que pudesse ser direta ou indiretamente entendido como um interesse individual, mesmo que de um grupo de indivíduos. Dessa forma, aconselha que se reduzam os dados das funções em situações concretas de perigo ou dano a bens jurídicos individuais, permitindo a lesão ou exposição ao perigo, através de dados empíricos, permitindo um limite normativo à espiritualização do bem jurídico.

Essa necessidade de se encontrar uma referência de ofensividade nos bens jurídicos difusos, isto é, buscar a configuração de sua lesão ou exposição de perigo, seria um dos motivos para se buscar o auxílio do *harm principle*, o qual é totalmente voltado ao estado lesivo⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona em uma teoria de um derecho penal funcional. in JAKOBS, Günther. **Bases para uma teoria funcional del derecho penal**. Lima: Palestra, 2000, pp.19-52. Para a Administração estatal de uma sociedade mais ou menos complexa, nunca bastou o estabelecimento de normas contra a lesão de bens jurídicos. Sempre existiu a possibilidade de determinadas modalidades, consideradas por alguns cidadãos como inócuas, fossem fixadas de modo centralizado como perigosas, sancionando as infrações de normas. Discute se a elevação das meras infrações contra a ordem pública a crimes de perigo abstrato foi feita com boas razões ou de um modo intervencionista. Jakobs conclui que não haveria qualquer possibilidade de legitimar todos os delitos enriquecidos subjetivamente que castigam casos de preparação como se fosse de consumação, o mesmo se dá para aqueles delitos em que se pretende determinar um ambiente favorável ao Direito. Esses delitos contradizem a orientação social da comunicação entre cidadãos livres, podendo ser convertidos em infrações administrativas, mas que prefere ver eliminados do ordenamento jurídico.

⁵⁸⁰ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp.203-211. “O bem jurídico constitui, ao mesmo tempo, objeto de preferência, como valor vinculado à finalidade da ordem jurídica em torno da proteção da pessoa humana, e objeto de referência, como pressuposto da validade da norma, bem como de sua própria eficácia. (...). Na medida em que se toma o bem jurídico apenas como objeto de referência, é fácil confundi-lo com qualquer função, pois na condição de objeto de referência desempenha o bem jurídico, efetivamente, uma função de validade e eficácia da norma. A fim de torná-lo objeto de garantia e não simplesmente de incriminação, é indispensável pensá-lo como objeto de referência, vinculado a um valor.”

⁵⁸¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos da adequação social em Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp.31-55. Sobre uma possível substituição do conceito de bem jurídico pelo harm principle, “repudia-se tal colocação, especialmente pela maior concretude de molduras vistas na tentativa de

Feinberg⁵⁸², ao tratar de danos ao meio ambiente, afirma que não seria adequado ao *harm principle* a extinção de todas as possíveis fontes de poluição, já que tal medida causaria outras formas de danos. Na verdade, Feinberg prefere que se questione, com base nos limites da eficiência, equidade e “*fair play*” que tipo de esquema de regulamentação deva ser utilizado⁵⁸³.

A tese de Feinberg é a de que somente em relação a esse sistema regulamentador qualquer imputação individual fará sentido. As condutas somente podem ser tidas como condenáveis se realizadas de modo contrário ao esquema de alocação de prioridades, isto é, somente seria possível questionar se uma atividade causará dano com base em uma análise de um real sistema alocativo, operativo e vigente⁵⁸⁴.

Dessa forma, parece que Feinberg admite que se questionem as normas administrativas, que determinam esse sistema alocativo de recursos, com base nos limites da eficiência, equidade e “*fair play*”, mesmo que entenda que o Direito Penal apenas seja um meio para garantir a eficácia dessas normas.

Schünemann também propõe algo semelhante a Feinberg. Ambas as concepções referem-se ao interesse ou bem público como algo formado por um complexo de normas, seja de normas sociais, seja de um sistema alocativo de recursos, porém, permitem que se questione a criminalização com base na análise dessas normas de acordo com padrões externos ao sistema jurídico-penal, isto é, empíricas. Dessa forma, é possível, inclusive, questionar a legitimidade da relação entre o objeto da ação como representante do bem jurídico difuso, por meio do empirismo.

Assim, apesar de o “delito institucional independente de acumulação” permitir que a mera contravenção particular da norma seja punida, por ser um símbolo, diante da sociedade inteira, de anulação da obediência à instituição, Schünemann incentiva⁵⁸⁵,

---

elucidação do bem jurídico, ao menos na atual cultura romanística”. Somente aceita o *harm principle* como um tipo de recurso acessório à teoria do bem jurídico.

⁵⁸² FEINBERG, Joel. Environmental pollution & the threshold of harm. in **The Hastings Center Report**, v. 14, n.3, jun. 1984, pp. 27-31.

⁵⁸³ A análise econômica refere-se principalmente à necessidade de se criar um sistema de normas eficientes. Entende-se que haveria menor questionamento judicial de normas eficientes, as quais acabariam mantendo-se vigentes. POSNER, Richard A. & PARISIM Francesco. Law and Economics: An Introduction. POSNER, Richard A. & PARISIM Francesco (Ed). **Law and Economics, v. 1: Theoretical and Methodological Foundations**. New Hampshire: Edward Elgar, 1997, pp.XIII-XIV.

⁵⁸⁴ Para detalhes desse posicionamento e crítica de uma possível aproximação com o conceito de bem jurídico, vide Cap. 1.

⁵⁸⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Las reglas de la técnica em Derecho Penal. in **ADPCP**, tomo XLVII, fasc. III, set-dez de 1994, pp.307-341. Nesse caso, seria o Poder Judicial o capaz de determinar a regra técnica, que geralmente aparece como o conceito jurídico indeterminado. Não se pode aceitar que as normas técnicas ditem quais deveres de cuidado devem ser seguidos, já que isso seria o mesmo que conceder a uma corporação privada a concreção da norma penal, o que não pode ser defendido constitucionalmente. Deve-se

contudo, que se questionem as regras técnicas, às quais se faz referência nesses crimes⁵⁸⁶. Faz uma comparação desse questionamento com a técnica para se determinar o risco não permitido⁵⁸⁷, o qual seria analisado a partir de conhecimentos empíricos sobre o grau de periculosidade de determinados comportamentos, além de uma cuidadosa ponderação social dos seus efeitos positivos e negativos. Dessa forma, defende a discussão judicial sobre as normas de dever de cuidado, criadas como normas penais em branco, impedindo que sejam determinadas apenas através de normas técnicas.

Esse mecanismo de controle garante ao Poder Judiciário seu papel de intérprete conservado, sendo ele o capaz de concretizar as normas de cuidado para os crimes de perigo abstrato caso a caso, da mesma forma que se concretizam os deveres de cuidado em qualquer delito imprudente. Conclui que se deveria tratar da entidade dever de cuidado, criando uma relação coerente entre a magnitude da infração e a estrutura do tipo, isto é, apenas antecipando a punibilidade para a exposição ao perigo⁵⁸⁸, como uma imprudência qualificada, para casos de imprudência objetivamente grave.

---

separar as questões do cálculo de riscos científico causais e a questão da possibilidade de exigência da assunção de risco de todos os potenciais afetados. Assim, deve-se permitir uma submissão total ao controle judicial. O Executivo poderia pecar pela falta de neutralidade em seu controle, por ser alvo de grupos de pressões. Também não se deve aceitar que a Administração possa concretizar a norma penal apenas com regulamentos, já que não se pode limitar a análise judicial apenas à violação de obrigações administrativas. Não existiria qualquer limite prévio para análise judicial, apenas nos tipos penais em que exista o elemento típico “desobediência de dever jurídico-administrativo”, principalmente em crimes ambientais.

⁵⁸⁶ ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. **RBCCrim**, 35, julho-setembro de 2001, ano 9, p.16. “A controvérsia sobre a legitimidade ou não dos crimes de perigo abstrato, que hoje ocupa o centro das discussões fundamentais de Direito Penal – para ficar unicamente neste exemplo – não pode ser decidida no sentido de aceitação ou de negação de um bloco, mas unicamente através de investigações, análises e valorações político-criminais dos perigos decorrentes de determinado comportamento para com um bem jurídico concreto. Este procedimento vale não só para a apreciação político-criminal das normas já existentes, ou para fundamentar as exigências a serem feitas de *lege ferenda*, mas também os espaços interpretativos do Direito vigente. Aqui as ciências empíricas são necessárias mesmo para o trabalho dogmático.”.

⁵⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Política Criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre el contenido y límites. in ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, pp. 111-158.

⁵⁸⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo:RT, 2006, p.84. Sobre a necessidade de se questionar as bases ontológicas do perigo, “Assim, pode-se falar quanto a uma análise desvalorativa em momentos distintos. Nas situações onde o perigo é dado por uma situação concreta, em que se evidencia uma lesão ao bem jurídico protegido, deve-se perceber um desvalor de resultado positivado em uma concreta situação de perigo (ou probabilidade de lesão). Assim, aqui seria de ser punida uma conduta que se verifique um desvalor real do resultado. Por outro lado, seria de se ter que, em situação abstrata, genericamente o injusto se esgotaria no desvalor da ação. Isso, implicaria, por vezes, sob o prisma político criminal, de quebra do princípio constitucional da lesividade. Daí, por necessidade essencial, se rever todas as bases ontológicas da incriminação de perigo abstrata, com o intuito de referendar seu conceito.”.

Recomenda⁵⁸⁹ um processo de ponderação complexo para se determinar o dever de cuidado, considerando a utilidade da atividade, seu grau de risco, a possibilidade de adotar medidas que diminuam o risco e a exigibilidade de medidas de autoproteção da vítima em potencial. Nesse processo não se busca um resultado ontológico ou normativo. De acordo com a tutela de bens jurídicos, o reconhecimento de estruturas ontológicas e sua valoração normativa são diferentes para sua consideração analítica, as quais acabam unindo-se em uma rede de fundamentos.

Schünemann⁵⁹⁰, inclusive, chega a propor, para os setores mais complexos, a adoção de crimes de perigo abstrato-concreto. Neles haveria a punição de comportamentos que desprezem os deveres de cuidado dirigidos à proteção de bens jurídicos, estabelecendo um risco não permitido para uma lesão do bem jurídico que se deva temer no futuro. Assim, a aptidão de lesão ao bem jurídico seria o critério decisivo que, por um lado seria abstrato, pois apenas aponta o excesso de risco permitido, através das regras de imputação objetiva, e, por outro lado, seria concreto, na medida em que no exame de limitação do risco permitido deveriam ser levadas em consideração todas as circunstâncias do caso concreto.

É conveniente lembrar que Wohlers e Hirsch⁵⁹¹ também propõem a necessidade de aparato em dados empíricos para a criação de crimes cumulativos, evitando a discricionariedade legislativa.

Jakobs⁵⁹² critica a possibilidade de limitação da tutela penal através do controle judicial dos deveres de cuidado ao bem jurídico, através de cláusulas genéricas, pois elas permitiriam que, diante da carência de conhecimento técnico das instâncias judiciais para a sua concretização, possibilitasse ao réu que afirmasse não se poderia contar com tal resolução em seu caso concreto. Prefere que esses padrões sejam determinados inelasticamente, como permissões pessoais ou valores-limite determinados, válidos para todos. Dessa forma, não se poderia prescindir de preceitos administrativos acessórios, principalmente nos casos de meio ambiente. Admite, inclusive, que no caso do meio

---

⁵⁸⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. in **Revista de Derecho Penal**, n.15, outubro de 2005, p.141.

⁵⁹⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. La estructura de los delitos de peligro (los delitos de peligro abstracto y abstracto-concreto como modelo del Derecho penal Económico Moderno). In SCHÜNEMANN, Bernd (et ali). **Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos**. Lima: Ara Editores, 2008, p.19.

⁵⁹¹ HIRSCH, Andrew von & WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang (ed), *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p.301.

⁵⁹² JAKOBS, Günther. A Ciência do Direito Penal diante das exigências da atualidade. in JAKOBS, Günther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. Barueri: Manole, 2003, pp.48-50.

ambiente haveria necessidade da tutela penal para qualquer infração dessas normas administrativas, já que seria uma regulamentação sobre a alocação de recursos escassos. Dessa forma, o infrator não apenas infringiria normas administrativas, como também retira da coletividade a incolumidade do meio ambiente. Aquele que age contrariamente às normas administrativas do meio ambiente seria “um ladrão de propriedade comum”. Conclui que não haveria dúvidas sobre a legitimação dos crimes contra o meio ambiente.

Parece criticar qualquer possibilidade de limitação da antecipação da tutela penal, através da discussão da legitimidade dos deveres de cuidado ao bem jurídico. Tal entendimento impossibilita qualquer forma de defesa do réu no caso concreto, já que cria uma submissão do controle judicial às decisões administrativas⁵⁹³.

O recurso ao empirismo como limite externo ao Direito Penal parece ter encontrado na questão do bem jurídico difuso um campo propício para seu desenvolvimento. O tema do bem jurídico, por sua característica indefinição, não pôde, por si só, instaurar critérios suficientemente delimitados para se afastar da criticada tutela de funções. Diante de tal insuficiência, o recurso ao empirismo surge como fonte de critérios materiais, senão para definir, ao menos para impugnar certos bens jurídicos difusos frutos de meras criações retóricas.

4.5. A questão da inidoneidade e a tentativa em crimes de perigo abstrato

Os crimes de perigo abstrato não apresentam qualquer referência a um resultado típico, da mesma forma que os crimes de mera conduta. Em ambos os crimes, a questão da

---

⁵⁹³ Já houve, no Supremo Tribunal Federal, questionamento sobre a legitimidade de um dever de cuidado, no caso concreto, ao meio ambiente. Tal questionamento foi aceito, permitindo-se o controle judicial sobre a decisão administrativa, elemento do tipo do art. 54, § 3º, da Lei nº 9.605/98.

“Habeas corpus. Trancamento da ação penal. Crime contra o meio ambiente. Perigo de dano grave ou irreversível. Tipicidade da conduta. Exame de corpo de delito. Documentos técnicos elaborados pelas autoridades de fiscalização. Inépcia formal da denúncia. 1. O dano grave ou irreversível que se pretende evitar com a norma prevista no artigo 54, § 3º, da Lei nº 9.605/98 não fica prejudicado pela degradação ambiental prévia. O risco tutelado pode estar relacionado ao agravamento das consequências de um dano ao meio ambiente já ocorrido e que se protraí no tempo. 2. O crime capitulado no tipo penal em referência não é daquele que deixa vestígios. Impossível, por isso, pretender o trancamento da ação penal ao argumento de que não teria sido realizado exame de corpo de delito. 3. No caso, há registro de diversos documentos técnicos elaborados pela autoridade incumbida da fiscalização ambiental assinalando, de forma expressa, o perigo de dano grave ou irreversível ao meio ambiente. 4. Não se reputa inepta a denúncia que preenche os requisitos formais do artigo 41 do Código de Processo Penal e indica minuciosamente as condutas criminosas em tese praticadas pela paciente, permitindo, assim, o exercício do direito de ampla defesa. 5. Habeas corpus em que se denega a ordem. (STF, HC 90023 / SP - SÃO PAULO, Relator: Min. MENEZES DIREITO, 1ª. Turma, 06/11/2007)”.

tentativa é polêmica. Aqueles que a aceitam, apenas entendem ser possível a tentativa inacabada, já que a tentativa acabada seria equivalente à própria consumação do delito.

A questão da legitimidade da tentativa inacabada de crimes de perigo abstrato está relacionada com a sua capacidade para ofender o bem jurídico tutelado; e, para que se possa abordar tal questão é interessante a análise da tentativa inidônea.

4.5.1. A tentativa inidônea no Código Penal Brasileiro: vedação da punição de condutas inidôneas.

Ao se questionar sobre a legitimidade da tentativa nos crimes de perigo abstrato, devem ser considerados os limites da antecipação da tutela penal trazidos pelo princípio da ofensividade, isto é, a necessidade de exposição ao perigo do bem jurídico. E, sendo assim, deve-se buscar o conceito de perigo, para utilizá-lo como limite à intervenção penal legítima.

A antecipação da tutela penal baseia-se no deslocamento da intervenção penal da ocasião de dano para momentos anteriores a ele. Dessa forma, são instrumentos da tutela penal tanto a tentativa como crimes de perigo abstrato, já que em ambos os institutos, tem-se a tutela penal em momentos anteriores ao dano, em casos de perigo ao bem jurídico.

Certa parte da doutrina⁵⁹⁴ não aceita qualquer equiparação entre perigo e lesão. No caso da tentativa, em qualquer situação em que se dê o perigo ontológico ao bem jurídico, derivado da indeterminação intrínseca ao mundo físico, a presença desse perigo não traria qualquer tipo de afetação ao objeto da ação, mas apenas a possibilidade de se chegar a tal dano, levando-se em consideração o desconhecimento acerca do desenrolar causal, aceitando a antecipação da tutela penal como meio para se evitar a verdadeira lesão de bens jurídicos.

É dominante, contudo, a aceitação da legitimidade da antecipação da tutela penal baseada na exposição ao perigo de bens jurídicos. A conceituação do perigo é, portanto, essencial para o tratamento do tema. A teoria mista fundamenta-o em juízos objetivos e subjetivos do agente, isto é, além da existência de condições favoráveis ao dano no caso

---

⁵⁹⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando **Antijuridicidad penal y sistema del delito**. Barcelona: Bosch, 2001, pp.769-770, 773, 793. Molina Fernandes, por fim, conclui que a proibição e a punição da tentativa somente estariam relacionadas com o conceito epistemológico do perigo, segundo o qual, evitando-se ações perigosas norteadas por conhecimentos incompletos da realidade, proteger-se-iam os bens jurídicos por possibilitarem a prevenção de lesões.

concreto, somente pode ser conformado o perigo, se o agente assim entendê-lo⁵⁹⁵. E, para considerá-lo como resultado, tem-se cada vez mais focado em critérios normativos, como sugere Schünemann⁵⁹⁶, baseando-se na ação e objeto jurídico típicos, tido como um efeito da ação, o qual seria mensurado por elementos já determinados no tipo. Esse conceito de perigo deveria respaldar a aplicação da noção de ofensividade no direito penal, isto é, deve ser buscado em um fato típico para atestar a legitimidade da intervenção penal.

O Código Penal demonstra clara opção pela teoria objetiva⁵⁹⁷ da tentativa⁵⁹⁸, isto é, somente haverá a legitimidade da punição da tentativa diante da exposição do bem jurídico ao perigo. Esse posicionamento brasileiro é bastante evidente, principalmente a partir da vedação da punição da tentativa inidônea, tanto “por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto”, conforme o art. 17⁵⁹⁹ do Código Penal que segue a teoria objetiva mais recente.

Pierangelli e Zaffaroni⁶⁰⁰ indicam que ambas a tentativa idônea e a inidônea seriam ameaçadoras, contudo, somente a primeira apresenta um perigo ao bem jurídico⁶⁰¹.

⁵⁹⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-Individual, Interesses difusos**. São Paul: RT, 2003, p.93

⁵⁹⁶ SCHÜNEMANN, Moderne Tendenzen in der Dogmatik Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, *JA*, 1975, pp. 793 e ss apud ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas, 1997, n.193, p.405.

⁵⁹⁷ Exposição de Motivos do Código Penal de 1941, reproduzido em PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. São Paulo: RT, 2001, p.411.

“É reconhecida a impunibilidade da tentativa ou crime impossível, que ocorre quando por absoluta ineficácia do meio empregado, por absoluta impropriedade do objeto, era impraticável a consumação. Foi assim adotada a teoria objetiva temperada. Fê-se, porém, uma concessão à teoria sintomática: verificada a periculosidade do agente, ser-lhe-á aplicada a medida de segurança.

Dentro de seu critério dúplice, de medir a responsabilidade do ponto de vista da quantidade do crime e da temibilidade do agente, o projeto dispõe, divergindo da teoria subjetiva, que a pena da tentativa é inferior (de um a dois terços) à do crime consumado. Atendeu-se à tradição do nosso direito e ao sentimento popular, que não consente sejam colocados em pé de igualdade o crime perfeito e imperfeito. Além disso, para justificar a disparidade de tratamento, há uma razão de ordem prática: se se comina a mesma pena em ambos os casos, o agente não teria interesse algum em deixar de insistir, antes de ser descoberto, no seu frustrado objetivo criminoso.” Essa orientação manteve-se mesmo após a reforma da Parte Geral, por meio da Lei 7209 de 1984, com ressalva da imposição de medida de segurança em caso de periculosidade do agente para tentativa inidônea.

⁵⁹⁸ “ Art. 14 - Diz-se o crime:

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.”

⁵⁹⁹ “Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.”

⁶⁰⁰ PIERANGELLI, José Henrique & ZAFFARONI, Eugênio Raul. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Da tentativa, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 79-83.

⁶⁰¹ Roxin (A tentativa falhada - simultaneamente, uma contribuição para o problema do retomar da execução. in ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Veja, 1998, pp. 337-361.) diferencia a tentativa falhada da impossível, pois a suspensão da execução dá-se por aspectos subjetivos, isto é, pela avaliação do agente e, não, por consideração das circunstâncias do caso concreto. Não haverá punibilidade para a tentativa impossível, se houver desistência e a impossibilidade seja desconhecida do agente. Assim,

Também há diferença entre elas no que se refere ao erro de causalidade. A diferença entre um erro relevante do tipo e o característico da tentativa, seria que o do tipo impede a existência do dolo. Quando houver erro sobre a causalidade, haveria o dolo, isto é, a vontade para a produção de determinado resultado, porém, não haveria a sua efetiva produção. Na tentativa, haveria um erro invencível sobre a idoneidade do meio, por mais que queira atuar de modo eficaz. Já na tentativa inidônea⁶⁰², o erro inverso de tipo se trata de algo superável com o cuidado mínimo. Concluem que a valoração da idoneidade deve ser dada concretamente, *ex ante*⁶⁰³, de acordo com o plano do autor, questionando se era aceitável que o autor não soubesse que o meio escolhido era inidôneo. Se não o for, será uma tentativa inidônea. *Ex post*, sempre se terá o resultado de que os meios utilizados são inidôneos, em qualquer tentativa⁶⁰⁴.

Roxin⁶⁰⁵ expõe a peculiaridade da escolha do StGB, o qual permite a punibilidade da tentativa inidônea, enquanto os demais ordenamentos jurídicos abordam-na de forma objetiva, tornando-a impunível. Classifica em três grupos os delitos inofensivos. O primeiro caso seria o da tentativa supersticiosa. Consiste na intenção de realizar tipos penais através de meios sobrenaturais. Ela deve ser impune, já que a representação do agente não é um risco para o bem jurídico, conforme a análise legislativa. O segundo grupo refere-se aos casos de um grau de risco irrelevante para a imputação objetiva. Já o terceiro grupo seria contemplado com sanção pelo Código Penal Alemão, já que se refere a meios

---

enquanto for possível a desistência da tentativa impossível, ela não será falhada. A tentativa falhada pode não ser impossível, nos casos que embora existam alternativas, elas permanecem desconhecidas do agente.

⁶⁰² SANTOS, Juarez Cirino. **Teoria do crime**. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 83. Sobre a tentativa inidônea: “A crítica de que seria punição da simples vontade, inadmissível no Direito Penal do tipo, é rejeitada pelo argumento de que se pune uma vontade exteriorizada pelo autor, ainda que defeituosa. De qualquer modo, a teoria é inconciliável com a exigência de potencialidade ofensiva do bem jurídico problema das teorias subjetivas é uma tendência de mudança de sinal, do Direito Penal do tipo, comprometido com a proteção do bem jurídico, para o Direito Penal do autor, comprometido com o dever de fidelidade jurídica, característico do autoritarismo facista.”

⁶⁰³ PIERANGELLI, José Henrique. **Um pequeno estudo... cit.**, pp.334-6. O autor afirma que sobre o tema, há dois tipos de teoria objetiva, a antiga e a moderna. A primeira distingue entre a tentativa absolutamente inidônea (dado o objeto) e a relativamente (dada a ineficácia dos meios), em ambos os casos a avaliação seria *ex post*. A teoria objetiva moderna leva à avaliação *ex ante*, já que se baseia no julgamento do autor sobre a periculosidade de seus atos. Para a teoria subjetiva, basta a manifestação da vontade, que revela a periculosidade do agente.

⁶⁰⁴ Ferré Olivé, Nuñez Paz, Oliveira e Brito (FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos – NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel – OLIVEIRA, William Terra de – BRITO, Alexis Couto de. **Direito Penal Brasileiro: Parte Geral, princípios fundamentais e sistema**. São Paulo: RT, 2011, pp.569-592.) defendem a constatação da periculosidade da tentativa *ex ante*, cabendo ao juiz considerar o conhecimento que o autor tenha sobre os acontecimentos e os de um observador objetivo, que possua também os que o autor poderia adquirir no momento da realização do fato. Nesta linha estaria o sentido da prognose posterior, se sobre esta base a conduta é considerada adequada à consumação pretendida, sendo que sua falta de periculosidade implicará na impunidade.

⁶⁰⁵ ROXIN, Claus. Acerca de la punibilidad de la tentativa inidônea in **Revista Latinoamericana de Derecho**, año V, n. 9-10, enero-diciembre de 2008, pp. 289-307.

inidôneos para causar o perigo ao bem jurídico, embora essa não seja a representação do agente. Roxin acredita que esse dolo diferencia essa classe das demais, mesmo na inexistência do perigo.

Conclui que do ponto de vista político criminal qualquer tentativa não perigosa deve ser tratada como impune, já que objetivamente não apresenta qualquer risco ao bem jurídico. O critério de que o autor poderia realizar depois condutas mais perigosas são resquícios do Direito Penal do Autor, sem base para a punição em um Direito Penal do Fato. Razões de prevenção geral positiva tampouco levam a essa punição, já que por serem inidôneas não são percebidas pela sociedade. Além disso, a intenção delitiva das tentativas não perigosas é dificilmente comprovável. Roxin concorda nesse ponto com a teoria da periculosidade mais nova.

Roxin argumenta que a lei alemã permite ao juiz tanto prescindir de aplicar a pena como atenuá-la em casos extremos. Conclui que o Direito Alemão baseia-se em uma justificativa dual para a tentativa: ou o perigo concreto ao bem jurídico ou a quebra da vigência da norma. A fundamentação dessa diferenciação é o direito positivo alemão, embora entenda mais adequada a tese objetiva.

4.5.2. Questionamentos da legitimidade dos crimes de perigo abstrato

A análise dogmática dos crimes de perigo abstrato, como já demonstrado, é um tema bastante explorado pela doutrina nacional e estrangeira. Tamanho interesse surge das volumosas críticas quanto a sua legitimidade.

A corrente de Frankfurt⁶⁰⁶, por exemplo, vê nesses crimes a expressão de um Estado intervencionista, controlador da sociedade civil por meio do direito penal, reduzindo a eficácia da tutela penal. Seriam também questionáveis por sua renúncia à preocupação com a causalidade, reduzindo as possibilidades de defesa, sem preocupação com a função de proteção de bens jurídicos, sobretudo no que se refere à proteção social.

Por outro lado, Schünemann⁶⁰⁷ defende que o Direito Penal de Risco já existiria no Direito Penal Clássico, caracterizado pelos delitos de lesão. Além disso, tal mudança nada mais seria do que uma adaptação do Direito Penal às mudanças sociais, principalmente, no que se refere às relações causais múltiplas, cujo esclarecimento em detalhes é impossível.

---

⁶⁰⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. La estructura de los delitos de peligro (los delitos de peligro abstracto y abstracto-concreto como modelo del Derecho penal Económico Moderno). In SCHÜNEMANN, Bernd (et ali). **Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos**. Lima: Ara Editores, 2008, pp. 13-27.

⁶⁰⁷ Idem.

A questão da ação coletiva acaba por trazer uma mudança nas relações intersubjetivas, as quais se tornariam anônimas e padronizadas.

D'Ávila⁶⁰⁸ defende que a ofensividade deveria ser respeitada por todos os tipos penais, permitindo ao magistrado a adequação típica, mesmo para crimes criados sem respeito ao princípio da ofensividade, através de interpretações condizentes com o princípio da ofensividade, dentro das suas conformações normativas.

Magalhães⁶⁰⁹ defende que, em nome do princípio da ofensividade, nos crimes de perigo abstrato também deveria existir uma exposição ao perigo do bem jurídico, para que o conceito do bem jurídico não se torne um sucedâneo do princípio da ofensividade, mas conformar-se a ele, impedindo que a proteção ao bem jurídico torne-se uma mera justificativa para criminalizar qualquer conduta⁶¹⁰.

Também Roxin⁶¹¹, ao tratar do rendimento da teoria do bem jurídico na questão de crimes de perigo abstrato, entende-o como um limite. Acredita que seria necessário ter-se em mente que se permite a tutela de mero perigo ao bem jurídico, desde que haja uma referência reconhecível ao bem jurídico. Conclui que, nesse tema, haverá uma complementação da teoria do bem jurídico através das questões sobre a estrutura do delito.

Bustos Ramírez⁶¹², por outro lado, conclui que não seria possível encontrar qualquer bem jurídico nos crimes de perigo abstrato, diante da sua grande antecipação da tutela penal. Além disso, também não encontraria qualquer desvalor na conduta, a menos que se considere como desvalor da vontade, sem qualquer relação com o bem jurídico. Defende, inclusive, a reinterpretação de todos os tipos da parte especial, com base no conceito de bem jurídico através da postura de ponderação com os demais bens jurídicos. Essa ponderação vai além da própria ideia de bem jurídico, abordando também critérios da relação social para determinar o injusto, pertencentes à política criminal. Sendo assim, conclui que política criminal e injusto seriam inseparáveis.

---

⁶⁰⁸ D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios, contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico**. Coimbra: Coimbra, 2005.

⁶⁰⁹ MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade de São Paulo, 2003, pp.99-106.

⁶¹⁰ FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 327-333. Há crimes em que o legislador presume o resultado de perigo (crimes de perigo abstrato), os quais constituem fatos em que a referência ao bem jurídico seria meramente nominal, sendo este simples motivo ou critério para afirmação do desvalor da conduta, que em si mesma não é, ou não pode ser, ofensiva ao bem tutelado. Em tais casos, prepondera a violação ao dever jurídico e o desvalor da conduta.

⁶¹¹ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.179-209.

⁶¹² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Bases Críticas de um nuevo Derecho Penal**. Bogotá: Temis, pp.82-86.

Já Jakobs⁶¹³ atribui as críticas á antecipação da tutela penal ao próprio princípio da tutela de bens jurídicos. Ele legitimaria a antecipação da tutela penal, já que permite a criminalização de qualquer conduta que impeça uma conduta negativa em relação ao bem jurídico, sem a necessidade de parecer socialmente nocivo. O próprio agente seria entendido apenas como fonte de perigo ao bem jurídico, sem respeito a sua esfera privada. Jakobs rejeita a possibilidade de qualquer limitação da intervenção penal com base no princípio de proteção de bens jurídicos. O agente deveria ser visto como cidadão, com uma esfera isenta de controle, com um *status* de cidadão, limitando a antecipação da intervenção penal em um Direito Penal não totalitário.

Critica a teoria da impressão, que pune a tentativa sem um lado objetivo, apenas com base na presunção de certo conteúdo subjetivo, contrariando o Direito Penal do Fato. Jakobs recomenda que haja uma manifestação externa da conduta do agente de arrogar-se uma organização alheia, para que se possa tratar de tentativa. Intensifica suas críticas aos atos preparatórios criminalizados, os quais apenas deveriam ser aceitos se o agente operar de modo significativo em um âmbito alheio de organização. Assim, não caberia pena para os casos de acordo entre pessoas para cometer crimes, meros pensamentos, exercício de outros direitos civis.

A isenção de responsabilidade aos meros pensamentos estaria limitada pela sua transformação em um movimento corporal, isto é, o que ultrapassar a capacidade de organização do agente e dos partícipes ou sair de seu âmbito de organização, já não seria algo interno, mas perceptível fonte de perigo objetivo, capaz de impor ao agente a investigação do aspecto subjetivo de sua conduta. Além disso, nos setores em que o comportamento seja padronizado, por meio de *standarts*, haveria crimes de perigo abstrato, trazendo em seu conjunto antecipações de punibilidade, tanto que, para sua consumação, não seria necessária a lesão de um bem jurídico.

Classifica dois grupos de crimes de perigo abstrato. O primeiro trata apenas da generalização da tendência de produção de um dano, já no segundo grupo, haveria a criminalização de uma tendência real de produção do dano, sem perturbação externa. Nesses dois grupos de crimes de perigo abstrato, a conduta perigosa foi completamente realizada, sem que se trate da punição de um crime futuro. Nesse caso, a antecipação não seria maior que a tentativa acabada, sendo, portanto, a mais limitada possível.

---

⁶¹³ JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. in JAKOBS, Günther. **Estudios de Derecho Penal**. Madrid:Civitas, 1997, pp. 293-324.

Crítica outro setor que determina que a antecipação vá além do limite da tentativa acabada, atingindo condutas que poderiam dar início a um curso causal perigoso, mas dependam de condutas futuras, sem configurar uma perturbação externa. Aceita, porém, que, em certos casos, tais criminalizações devam ser aceitas, também em um Estado liberal, para a redução do âmbito privado em favor do estabelecimento de controles públicos, sem defender a legitimidade global dos crimes de perigo abstrato.

Jakobs trata da possibilidade de delimitação da responsabilidade buscando a adequação ao princípio do fato, limitando-se a criminalização apenas de condutas que, sem consideração dos planos do agente, não possam ser tolerada. Nesse caso, não haveria qualquer violação da separação entre o âmbito interno e o externo, já que aspecto exterior da conduta perturba por si só; não, seu contexto interno. Adverte que se não se respeita essa abstenção do contexto interno, isso conduz à punição de agentes perigosos, de inimigos; não, de fatos perigosos. Como conclusão, a periculosidade abstrata poderia ser apenas pretexto, não razão, para impor ao agente a constatação do contexto de seus planos.

Acredita⁶¹⁴ que certas condutas não poderiam ser legitimamente criminalizadas por não poderem ser entendidas como dirigidas para lesionar um bem jurídico, tendo um injusto parcial. Nos delitos com um injusto meramente parcial não infringem as normas principais, as normas de delitos de lesão, sendo apenas normas de “enfraquecimento”, cuja missão seria garantir as condições de vigência das normas principais. Um injusto semelhante poder-se-ia encontrar em um daqueles atos preparatórios, os quais não podem ser legitimamente sancionados com pena.

Diante dos questionamentos quanto a legitimidade dos crimes de perigo abstrato, buscou-se tratar de sua adequação à teoria do injusto. Rodríguez Montañés⁶¹⁵ classifica as diversas teorias de interpretação dos crimes de perigo abstrato de acordo com a ênfase no desvalor da ação ou do resultado. Trariam grande destaque ao desvalor do resultado nos

---

⁶¹⁴ JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. in JAKOBS, Günther. **Estudios de Derecho Penal**. Madrid: Civitas, 1997, pp. 293-324. Jakobs relaciona terrorismo à lesão da paz jurídica. Certamente, as operações futuras só resultaram dos planos do réu, de um modo muito difuso, apenas haveria uma perturbação parcial da paz jurídica. Nesse caso, haverá violação ao princípio do fato, depreciando-se o âmbito privado do agente, castigando o agente por sua conduta a ser externada no futuro, isto é, define-se o agente como inimigo. Sobre o Direito Penal do Inimigo, afirma que seria uma exceção ao Direito Penal Liberal. Jakobs afirma que existiriam normas imprescindíveis para um Estado de liberdades perderem seu poder de vigência na sua esfera privada. Mas, inclusive no Direito Penal de inimigos, apenas pode-se legitimar como Direito Penal de emergência, excepcional. O Direito Penal de inimigos deveria ser separado do Direito Penal de cidadãos de um modo tão claro que não exista perigo algum de que se possa infiltrar por meio de uma interpretação sistemática ou por analogia ou por qualquer outra forma que o Direito Penal dos cidadãos.

⁶¹⁵ Cf. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

crimes de perigo abstrato Binding, Kindhäuser, Rabl, Schröder, Cramer. Enquanto que as teses de Volz, Rudolphi, Horn, Brehm, Schünemann, Wolter estariam mais voltadas às discussões referentes ao desvalor da ação. Assim D'Ávila⁶¹⁶, defensor da teoria dualista do injusto, apenas aceita o desvalor da ação, diante da presença do desvalor do resultado. Mas, não despreza os crimes de perigo abstrato, desde que se busque uma densificação material, além dos delitos meramente formais.

Para Frisch⁶¹⁷, nos crimes de perigo abstrato, não haveria qualquer desvalor do resultado. Também Silveira⁶¹⁸ no caso da criminalização prévia, haveria perigo abstrato, onde “é de se perceber que o perigo abstrato se bastará unicamente como desvalor da ação”. Já Silva⁶¹⁹, conclui que há respeito ao princípio da lesividade (que impede que seja tipificada qualquer violação de dever social e moral), por esses crimes, desde que o uso da antecipação de tutela seja justificado por uma melhor proteção dos bens jurídicos.

A questão da legitimidade dos crimes de perigo abstrato dependerá tanto da estrutura dogmática do tipo penal quanto do bem jurídico a ser tutelado. Somente a partir da análise desses dois fatores pode-se evoluir nessa discussão. Deve-se ter em mente que ambos são influenciados pela Política Criminal, isto é, tanto o bem jurídico a ser protegido como a estrutura típica devem levar em consideração a análise empírica, sem que se parta de conceitos herméticos desvinculados da realidade. Assim sendo, se houver a aceitação de um bem jurídico institucional, a ideia de um crime de mera conduta perigosa torna-se adequada, sendo sem sentido qualquer análise quanto ao resultado da conduta, conforme afirma o próprio Schünemann criando o crime de perigo abstrato independente de

---

⁶¹⁶ D'ÁVILA, Fábio. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa de bens jurídicos. In D'ÁVILA, Fábio. **Ofensividade em Direito Penal: Escrito sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp.57 - 79.

⁶¹⁷ FRISCH, Wolfgang. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación em el contexto de la legitimación de la pena estatal. in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 309-339.

⁶¹⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo:RT, 2006, pp.64-103.

⁶¹⁹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**, São Paulo, RT, 2003, pp. 83-146 O autor também analisa o princípio da proporcionalidade trata da necessidade de uma especificação da conduta no tipo, adequação do tipo à conduta, necessidade de resposta penal, e da proporcionalidade entre sanção e norma penal, e que o perigo seja ínsito à conduta. Sobre o princípio da intervenção penal mínima, afirma que haverá seu cumprimento se o bem jurídico protegido, por sua natureza, exija essa tutela penal. O princípio da culpabilidade, que se refere à necessidade, para aplicação da pena, do fato ter sido dado de forma responsável, não seria ofendido, pois esses crimes somente pressupõem o perigo e, não, a culpabilidade. Sobre o caso de a ação só ter potencial lesivo, se somada a muitas outras, diante da necessidade de se evitar os efeitos da ação, a prova do perigo tornar-se-ia desnecessária para uma mais efetiva proteção de bens jurídicos difusos ou coletivos. O Direito Penal assume, portanto, um papel preventivo. Conclui que o bem jurídico seria essencial para se avaliar a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato.

acumulação. Nesse caso, será possível o questionamento da legitimidade desses crimes, diante da possível aproximação da tutela de funções, a qual deve ser evitada. Além disso, críticas também poderão surgir com base no recurso aos conhecimentos empíricos.

Outra será a solução, preferindo-se escolher um objeto da ação como representante de bens jurídicos difusos nos crimes de perigo abstrato. Nesse caso, para análise de legitimidade, deve-se permitir que se questionem tanto a relação de representação do bem jurídico através do objeto da ação, como o respeito à vedação de punição de condutas inidôneas⁶²⁰.

O Direito Penal Brasileiro entende como legítimos os crimes de perigo abstrato de um modo geral, como é patente nos recentes julgados de crime de porte de armas⁶²¹, embriaguez ao volante⁶²² e tráfico de drogas⁶²³. Nesses casos, não se admitiu a análise de

---

⁶²⁰ É interessante o posicionamento de Bottini (**Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta>.) que parece entender como regra tal análise, “o crime de perigo abstrato não é de mera conduta, mas exige uma materialidade, um desvalor de resultado, consubstanciada na periculosidade do comportamento — que não se confunde com a exigência de lesão nem de perigo concreto. O reconhecimento dessa materialidade é a única forma de compatibilizar a técnica legislativa de descrição de uma mera conduta típica com o princípio de exclusiva proteção aos bens jurídicos, consagrado pela dogmática penal.”

⁶²¹ “HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A) TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIAS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIAS. (...) 2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional. 3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa. 4. ORDEM DENEGADA. (HC 104410, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012)”

⁶²² HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO TIPO

ofensividade do bem jurídico tutelado, bastando a infração da norma social, aproximando-

---

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, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 27/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 RT v. 101, n. 916, 2012, p. 639-644 REVJMG v. 62, n. 198, 2011, p. 413-415).

⁶²³ PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. EXERCÍCIO ILEGAL DA MEDICINA. TRÁFICO DE DROGAS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL QUANTO AO CRIME DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTÂNCIAS PRESCRITAS PREVISTAS NA PORTARIA Nº 344/98 DA SECRETARIA DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE (SVS/MS) NA LISTA "C1" QUE TRATA DAS SUBSTÂNCIAS SUJEITAS A CONTROLE ESPECIAL E QUE DE ACORDO COM OS ARTS. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO E 66, CAPUT, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006 SÃO CONSIDERADAS DROGAS. PRESCINDIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME PERICIAL PARA A CONSTATAÇÃO DE QUE TAIS SUBSTÂNCIA PODEM CAUSAR DEPENDÊNCIA. DADO VERIFICADO A PARTIR DA MERA CONSTATAÇÃO DE QUE TAIS SUBSTÂNCIAS ENCONTRAM-SE ELENCADAS NA REFERIDA LISTAGEM ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE DE CONCURSO FORMAL ENTRE OS CRIMES PREVISTOS NO ART. 282 DO CÓDIGO PENAL E NO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. PRECEDENTE DESTA CORTE.(...)II - A Lei nº 11.343/2006, diferentemente das anteriores leis de drogas que visavam reprimir e prevenir o tráfico e o uso indevido, frise-se, de substâncias entorpecentes ou que determinassem dependência física ou psíquica, expressamente se vale da expressão tráfico de "drogas", denominação preferida pela Organização Mundial de Saúde, definindo como tais as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 11.343/2006), sendo certo que, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no referido dispositivo, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS 344 de 12 de maio de 1998. Ou seja, de acordo com a Lei de Drogas em vigor entende-se por drogas aquelas substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.(...)IV - A simples verificação de que as substâncias prescritas pelo paciente encontram-se elencadas na Portaria nº 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS) na lista C1, que trata das substâncias sujeitas a controle especial, é suficiente para a sua caracterização como droga, sendo prescindível a realização de exame pericial para a constatação de que tais substâncias, efetivamente, causam dependência. O exame pericial será necessário para que outros dados (v.g.: natureza e quantidade da substância apreendida, potencialidade tóxica, etc), que não a possibilidade de causar dependência, sejam aferidos, porquanto esse último ponto já é respondido a partir da previsão da substância nas listas mencionadas. V - Com a mera previsão da substância no complemento da norma penal em branco, afasta-se a necessidade, e até mesmo a possibilidade de, a partir da realização de exame pericial aduzir-se se a substância, frise-se, expressamente prevista na listagem administrativa (expressão cunhada por Vicente Greco Filho in "Lei de Drogas Anotada, Ed. Saraiva, 3ª edição, 2009, página 14) possui ou não capacidade de causar dependência. Esse dado é aferido pela simples inclusão de qualquer substância na destacada lista. Essa interpretação é obtida pela interpretação literal do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 11.343/2006 (...)VI - Note-se que a própria Lei de Drogas quando trata tanto do laudo de constatação (art. 50, § 1º), como do laudo definitivo (art. 58, § 1º) apenas se refere a natureza e quantidade da substância apreendida, é dizer, a própria materialidade do delito, não fazendo qualquer referência a necessidade, por óbvio inexistente, de demonstração da capacidade da substância de causar dependência, porquanto, essa indagação é satisfatoriamente respondida com a constatação de que a substância apreendida encontra-se prevista no complemento da norma penal em branco.(...)(HC 139.667/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 01/02/2010)

se dos crimes de perigo abstrato independentes de acumulação. Contudo, a jurisprudência, em certos casos, aceita a discussão da ofensividade da conduta, principalmente, com o recurso a dados empíricos. Parece tratar-se de uma forma jurisprudencial de correção da ofensividade desses crimes, cuja antecipação da tutela penal não lhes pareça justificável. Tal interpretação é bastante evidente em certos julgamentos, como do crime contra as relações de consumo do art. 7, IX da Lei 8137⁶²⁴, onde se passou a requerer a perícia das mercadorias a serem vendidas para caracterizar a efetiva nocividade para o produto, em vez de basear-se apenas no mero descumprimento de norma administrativa. Nesse caso, há a preocupação de limitação da intervenção penal, impedindo a punição de condutas inidôneas, através do recurso a dados empíricos, laudo pericial sobre a nocividade dos produtos.

É interessante também certo caso da falsificação de documento público⁶²⁵, em que o STJ, desconsiderou, apesar da falsidade material dos atos, a existência de qualquer

---

⁶²⁴ HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. FABRICAÇÃO E DEPÓSITO DE PRODUTO EM CONDIÇÕES IMPRÓPRIAS PARA O CONSUMO. INCISO IX DO ART. 7º DA LEI 8.137/90, COMBINADO COM O INCISO II DO § 6º DO ART. 18 DA LEI Nº 8.078/90. CONFIGURAÇÃO DO DELITO. CRIME FORMAL. PRESCINDIBILIDADE DA COMPROVAÇÃO DA EFETIVA NOCIVIDADE DO PRODUTO. REAJUSTAMENTO DE VOTO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA IMPROPRIEDADE DO PRODUTO PARA USO. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA. ÔNUS DA PROVA DO TITULAR DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. Agentes que fabricam e mantêm em depósito, para venda, produtos em desconformidade com as normas regulamentares de fabricação e distribuição. Imputação do crime do inciso IX do art. 7º da Lei nº 8.137/90. Norma penal em branco, a ter seu conteúdo preenchido pela norma do inciso II do § 6º do art. 18 da Lei nº 8.078/90. 2. São impróprios para consumo os produtos fabricados em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação. A criminalização da conduta, todavia, está a exigir do titular da ação penal a comprovação da impropriedade do produto para uso. Pelo que imprescindível, no caso, a realização de exame pericial para aferir a nocividade dos produtos apreendidos. 3. Ordem concedida. (HC 90779, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 17/06/2008, DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-02 PP-00244).

⁶²⁵ RECURSO ESPECIAL. CAUSAS DE IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO. HIPÓTESES TAXATIVAS PREVISTAS. ART. 252, III, DO CPP. INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS DE REGIMENTO INTERNO. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 399 DO STF. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS PÚBLICOS. DESPACHOS E DECISÕES JUDICIAIS. ASSINATURA DO JUIZ FALSIFICADA PELO DIRETOR DA VARA FEDERAL. CONHECIMENTO DO TITULAR DA ASSINATURA. TIPICIDADE MATERIAL - DESVALOR DO RESULTADO - INEXISTENTE. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO - NÃO CONFIGURAÇÃO NO CASO CONCRETO. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. GRAVE AMEAÇA PARA IMPEDIR A INCRIMINAÇÃO DOS ACUSADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA QUANTO AO PRIMEIRO FATO NARRADO NA DENÚNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO POR ATIPICIDADE QUANTO À SEGUNDA COAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. DOSIMETRIA DA PENA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.(...) 4. Apesar de os crimes de perigo abstrato serem punidos independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado, já existem posicionamentos doutrinário e jurisprudencial de que não se poder criminalizar a conduta desprovida de ofensividade. 5. Sob esse prisma, apesar de o tipo previsto no art. 297 do Código Penal ser de perigo abstrato, impõe-se verificar, no caso sub judice, não só o desvalor da ação, sendo imprescindível, também, que fique demonstrado que as condutas dos recorrentes eram, desde o primeiro momento, capazes de gerar perigo ao bem jurídico-penal tutelado. 6. Dessa forma, ainda que se afirme ter havido a perfeita subsunção do fato ao

desvalor do resultado diante da adequação do conteúdo dos atos aos prováveis documentos verdadeiros. Nesse caso, entendeu-se que o objeto da ação “documento público” não teria sido exposto ao perigo, diante da similitude “ideológica” produzida em sua falsificação. Assim, também o bem jurídico “fé pública” não teria sido exposto ao perigo.

Também em um julgado sobre o crime ambiental de uso de petrecho de pesca proibido⁶²⁶, houve análise empírica da exposição ao perigo do objeto da ação, “fauna aquática”, concluindo-se pela ausência de ofensividade da conduta ao bem jurídico “meio ambiente”.

A partir dessa breve análise jurisprudencial, percebe-se que apenas excepcionalmente se aceita o questionamento quanto a ofensividade da conduta nos crimes de perigo abstrato, sem que se possa traçar qualquer regra segura para indicar previamente em quais casos tal questionamento será acolhido⁶²⁷.

---

tipo previsto abstratamente no art. 297 do Código Penal (tipicidade formal), não se vislumbra, no caso em comento, a tipicidade material (desvalor do resultado), mesmo que em potencial.⁷ A uma, porque os atos meramente ordinatórios, normalmente praticados por meio de despachos, não possuem a potencialidade de causar prejuízo a qualquer das partes envolvidas nos processos, tanto que podem ser delegados, nos termos do art. 93, XIV, da Constituição Federal.⁸ A duas, dos documentos discriminados na denúncia, apenas dois teriam cunho verdadeiramente decisório, tendo os demais caráter eminentemente cartorário. O primeiro exame a ser feito é a respeito da existência desses atos decisórios.⁹ Com efeito, sob o aspecto material, eles existem, visto que as declarações de vontade nele produzidas são verdadeiras, pois o seu conteúdo era de conhecimento do Juiz, expressando, assim, o seu pensamento acerca da matéria nele versada.(...)11. De mais a mais, a prática de novo ato

em substituição do anterior, com o objetivo de regularizar a assinatura do Juiz, geraria para com os terceiros de boa-fé (sujeito passivo mediato do delito em questão) as mesmas consequências jurídicas advindas do primeiro, já que as declarações constantes nesses documentos, como dito antes, são ideologicamente verdadeiras.¹² Por essa razão, o fato praticado pelos acusados deve ser coibido por outros meios de atuação do órgão estatal, mormente na esfera administrativa, visto que a tipicidade penal exige uma ofensa relevante aos bens jurídicos penalmente protegidos para que possa caracterizar suficientemente o injusto penal, o que não se vislumbra na espécie.(...)(REsp 1177612/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 17/10/2011)12)

⁶²⁶ PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. USO DE APETRECHO DE PESCA PROIBIDO. CONDUTA QUE NÃO PRESSUPÕS MÍNIMA OFENSIVIDADE AO BEM JURÍDICO TUTELADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA 1. É de se reconhecer a atipicidade material da conduta de uso de apetrecho de pesca proibido se resta evidente a completa ausência de ofensividade, ao menos em tese, ao bem jurídico tutelado pela norma penal, qual seja, a fauna aquática. 2. Ordem concedida para trancar a ação penal por falta de justa causa. (HC 93.859/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2009, DJe 31/08/2009)

⁶²⁷ É interessante o posicionamento de Nestler (El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes. In ROMEO CASABONA, Carlos María. La insostenible situación del Derecho Penal. Granada: Comares, 2000, pp.63-78), o qual entende que a criminalização da posse de armas de fogo seria um meio eficaz para a tutela dos principais bens jurídicos individuais, como a vida, liberdade e integridade corporal. O mesmo não se pode afirmar da criminalização da posse de drogas. Esse crime não seria adequado ao princípio da proteção de bens jurídicos, baseado na liberdade do cidadão, o qual deve respeitar as condutas dentro da esfera da disponibilidade do bem jurídico, saúde.

4.5.3. *Questão da inidoneidade da tentativa inacabada de crimes de perigo abstrato*

O Código Penal Brasileiro impõe como limite para a punição da tentativa a existência da exposição ao perigo do bem jurídico. Essa análise do perigo somente pode ser realizada se o bem jurídico estiver representado no tipo penal com um objeto da ação, para que se possa constatar uma probabilidade de dano. Em sua ausência, como se dá nos crimes de mera conduta e em alguns crimes de perigo abstrato sem objeto da ação, nega-se a possibilidade desse juízo, já que não existe um referencial para se questionar os efeitos da ação.

A existência de um objeto da ação em tipos penais que tutelem bens jurídicos difusos é outro questionamento que também influencia esse tema⁶²⁸. Se for entendida a sua existência, seria possível a análise da relação de perigo necessária para configurar a tentativa nesses crimes. Tal é a necessidade de um objeto da ação no tipo penal para caracterizar as relações de perigo que Schünemann⁶²⁹ não aceita a classificação tradicional de estruturas de delito em delitos de lesão, perigo concreto, abstrato, abstrato-concreto para bens jurídicos de confiança.

Além da estrutura do bem jurídico a ser tutelado, também importa à questão da tentativa nos crimes de perigo abstrato, a teoria a ser adotada para diferenciar atos de execução e preparatórios.

Ao se adotar a teoria objetivo-formal não há como se configurar a tentativa, já que nos crimes de perigo abstrato, diante da desnecessidade de aferição do resultado de perigo, o início da tentativa e a própria consumação dá-se com a execução do verbo típico, confundindo atos executórios e consumação. Nesse caso, parece que tal teoria afasta tanto a tentativa inacabada como a acabada.

A questão da inadequação da tentativa acabada em certos crimes de perigo abstrato fica mais clara quando se entende o crime de perigo abstrato de acordo com as teorias de Stübel⁶³⁰, a de Binding⁶³¹ e de Kindhäuser⁶³², nas quais há uma identificação de lesão a

⁶²⁸ Manes (Il principio di offensività: Tra codificazione e previsione costituzionale. in **L'Indice Penale**, ano VI, n.1, pp.147-165.) indica que a problemática do princípio da ofensividade é sua dependência do bem jurídico como ponto de referência da ofensa. Essa característica permite que seja aberto à interpretações. Assim, pode-se manipular o tipo de ofensa presente na conduta, de acordo com o delineamento da estrutura do bem jurídico, isto é, dependerá da tutela de um bem instrumental, mediato ou de uma função.

⁶²⁹ O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado Democrático de Direito. In **RBCCrim**, n. 53, março-abril de 2005, pp.9-37.

⁶³⁰ Ueber gefährliche Handlugen, als für sich bestehende Verbrechen, Zur Berichtigung der Lehre vonverschuldeten Verbrechen, nebst Vorschlägen zur gesetzlichen Bestmmung über die Bestrafung der erstern in Narch CrimR, VIII, 1826, pp. 236-323, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. MENDONZA

direitos ou condições de segurança. Nesse caso, não parece ser possível a diferenciação entre tentativa acabada e a conduta consumada, já que, nessas teorias, não existe a caracterização do perigo em relação a um bem jurídico real, mas traça-se a relação de lesão de um direito ou de condições de segurança.

Deve-se ter em mente que a diferenciação entre o crime consumado e o tentado somente foi possível a partir do afastamento do conceito de bem jurídico das noções de direito subjetivo ou interesse, para configurá-lo como algo real. Dessa forma, não há como diferenciar a consumação da tentativa de acordo com tais teorias nos crimes de perigo abstrato.

Maiores dúvidas existem, contudo, no caso da tentativa inacabada, no que se refere a sua ofensividade.

Difícil a legitimidade da punição da tentativa inacabada de crimes de perigo abstrato, se considerarmos as diversas teorias que aproximam os crimes de perigo abstrato das tentativas inidôneas, como as de Cramer⁶³³ e Mir Puig⁶³⁴. Assim, se na consumação não se encontra qualquer grau de ofensividade, não se pode esperar encontrá-lo na conduta tentada, requisito exigido pela teoria objetiva. Tal dificuldade talvez parta da adoção de um conceito de consumação meramente formal⁶³⁵, não orientado por critérios materiais.

Além disso, haveria enorme dificuldade em se determinar o início dos atos executórios⁶³⁶, ao se tomar como base a teoria material-objetiva. Essa teoria fundamenta os

BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001, pp.91-95.

⁶³¹ Normen I, 2ª., 1890, pp. 381 ss apud RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p.298.

⁶³² KINDHAÜSER, Urs **Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal**. In KINDHAÜSER, Urs. **Teoría de las normas y sistemática del delito**. Lima:Ara, 2008, pp.41-61.

⁶³³ CRAMER. Der Vollrauschbestand, pp. 49, 61-68, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001, pp. 192-6.

⁶³⁴ MIR PUIG, Santiago. Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal, in **Manuales de Formación Continuada, Problemas específicos de la aplicación del Código Penal**, n.4. Madrid: Consejo Geral del Poder Judicial, 1999, pp. 34-42 e MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas, 1997.cit., pp. 375-6.

⁶³⁵ JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. in JAKOBS, Günther. **Estudios de Derecho Penal**. Madrid:Civitas, 1997, pp. 293-324. Classifica como Direito Penal do Inimigo, todas as criminalizações de atos preparatórios, no âmbito privado. As repercussões sobre o começo da tentativa seriam evidentes, tais como a fabricação e obtenção de documentos falsos no crime de falsidade documental. Assim, toda preparação de um delito poderia ser entendida como uma conduta que seria não-privada, retirando-se, portanto, qualquer possibilidade de limitar-se a punição de pensamentos. Conclui que haveria conversão de todo o Direito Penal em um Direito penal de inimigos. As relações sociais pertencentes ao âmbito do cidadão poderiam ser objeto de abuso. A relação preparatória é tão genuinamente privada como qualquer outra relação e como qualquer outra conduta que recaia no âmbito privado.

⁶³⁶ Roxin Claus. Resolução do facto e começo da execução da tentativa. in ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Veja, 1998, pp.295-335. Define como primeiro pressuposto da

atos executórios com base na análise do perigo ao bem jurídico. Tal análise não seria frutífera para essa corrente doutrinária, já que, mesmo os crimes consumados não trariam qualquer elemento de idoneidade para a realização de um futuro dano.

Nas teorias que fundamentam o crime de perigo abstrato apenas no desvalor da ação, chegando-se, inclusive, a reduzi-los a uma vontade contrária ao bem jurídico⁶³⁷, não parece ser possível a distinção entre crimes consumados e tentados⁶³⁸. No entanto, reconhecem a distinção entre a tentativa acabada e a inacabada, já que representariam graus diversos da tutela de bens jurídicos.

Ao se analisar apenas no desvalor da ação, parece ser possível a punição da tentativa inacabada nesses crimes. Deve-se, contudo, recordar que mesmo a teoria monista não reconhece um desvalor da ação completo na tentativa inacabada, o qual, nesse caso, será também agravado pela ausência de qualquer desvalor de resultado, impedindo que se determine, com segurança, a finalidade da conduta. Cabe recordar a crítica de Stratenwerth⁶³⁹ sobre a teoria do ilícito meramente subjetivo, que permite a fundamentação da punição da mera exposição ao perigo ou do crime culposos sem resultado, através da teoria subjetiva. Tal teoria traria a confusão entre o resultado exterior na ação típica, em relação ao bem jurídico protegido; e aquele a que se refere a teoria do ilícito, baseado na

---

tentativa punível seria a resolução do cometimento do crime, que seria a “resolução do fato criminoso.”. A resolução do fato dar-se-ia quando os motivos que pressionam ao cometimento do delito sejam preponderantes sobre as representações inibitórias, embora ainda tenha certas dúvidas. Acredita que aquele que hesita no cometimento de um crime ainda não está resolvido. Aquele, porém, que chega à execução do crime com uma vontade dominante criminosa teria a resolução do fato e de uma tentativa, sendo de valorar sempre a desistência. Dessa forma, em decisões conflituosas, a resolução costuma consistir na dominância de um impulso direcionado à conduta. Roxin adverte que somente haveria problemas de prova, em casos em que a ação seja equívoca. Depois, ao analisar o §22 do StGB, o qual limita a preparação da tentativa, tem-se o requisito do agente por “em movimento a realização do tipo”, de acordo com seu plano de ação. Essa definição apresentaria os elementos objetivos e subjetivos de uma possível teoria individual-objetiva, orientada pelas concepções individuais do agente, delimitado do ponto de vista objetivo. Acredita que a definição do “pôr em movimento” seja o grande obstáculo dessa teoria. É unânime a existência de tentativa, diante de uma ação típica perfeita sem resultado. Mas, é no caso em que a própria ação típica não se completou que doutrina e jurisprudência têm desenvolvido diversas teorias, as quais acabam apenas conduzindo à descrições de letra da lei, sem acrescentar nada de essencial, como se daria na chamada teoria material-objetiva, a qual substitui o “pôr em movimento” pela “colocação em perigo”.

⁶³⁷ ZIELINSK, Diethart. **El resultado em el concepto final de ilícito**. in *Doctrina Penal*, año 11, n.41-44, 1988, p.309. De forma semelhante, Berz(Tatbestandsverwirklichung und materiaer Rechtsgüterschutz.München, 1986, pp.101-117, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001. , pp. 277-283.) e Graul (Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen in Strafrecht. Berlin, 1991, pp. 356-362, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001. , pp. 284-6.).

⁶³⁸ ZIELINSK, Diethart. El resultado em el concepto final de ilícito. in *Doctrina Penal*, año 11, n.41-44, 1988, pp.289-293.

⁶³⁹ STRATENWERTH, Günter. **Disvalor de acción y disvalor de resultado em Derecho Penal**. Buenos Aires: Hamurabi, 2006, pp.85-89.

concretização do desvalor da ação, isto é, sua exteriorização. Esse último não poderia ser deixado de lado, já que é a base para o Direito Penal do fato⁶⁴⁰.

Já as teorias que buscam a relação entre crimes de perigo abstrato e os crimes culposos⁶⁴¹, concentra a antijuridicidade no descumprimento do dever de cuidado, o qual apenas ocorre completamente no crime consumado⁶⁴². Nesse caso, apenas haveria a possibilidade de se configurar o risco não permitido, com o descumprimento do dever. Dessa forma, não haveria a possibilidade de se pensar em uma tentativa inacabada idônea, relevante ao ordenamento jurídico, já que a exposição ao risco não permitido do bem jurídico estaria vinculada à violação completa do dever previsto no tipo.

Já a teoria de Volz⁶⁴³ baseia o injusto apenas no desvalor da ação, a partir da assunção de risco, sem o considerar no resultado. Tal consideração dos efeitos da conduta seria essencial para a análise da tentativa, baseada na teoria objetivo-material. Assim, para que haja a tentativa inacabada nesses crimes, deve haver a realização do perigo ao bem jurídico no caso concreto, antes da consumação⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo?* In JAKOBS, Günther & CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp.80-81.

⁶⁴¹ Horn (Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, pp.28, 94 e ss. apud ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 408, n. 213.), Brehm (Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts.1973, pp.126 e ss apud ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 408, n. 213.), Schünemann (JA, 1975, 798 apud RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**.Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 332-6.), Roxin(**Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas, 1997, pp.409-410), Silva Sánchez (Derecho de la Circulación, 1993, 149 e ss apud RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**.Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, n. 270, p.336), Rodríguez Montañez (**Delitos de peligro, dolo e imprudencia**.Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, pp.351-397), Corcoy (Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 40-49, 53, 143 e ss, 200-218, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001. , pp.245-253.) e Faria da Costa (FARIA COSTA, José Francisco de . **O Perigo em Direito Penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)**. Coimbra: Coimbra, 1992, pp.25-44).

⁶⁴² Tavares (**Teoria do Crime culposo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp.388-9.) entende que no início da execução de crimes culposos, apenas denotaria violação das normas extrapenais, apenas possuindo dignidade penal se houver um resultado típico. Além disso, o próprio art. 14, II, dá a entender que apenas deve ser aplicado a condutas dolosas, já que a conduta deve ser interrompida por força alheia à vontade do agente. Dessa forma, seria impossível a tentativa em crimes de perigo abstrato.

⁶⁴³ Unrecht und Schuld abstrakter Gefährungsdelikte, Göttingen, 1968, pp.23, 33-35, 103 e ss., 143-7, 167-189, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001, pp. 203-8. Rudolphi (Inhalt und Funktion des Handlungsunwetes im Rahmen der personalen Unrechtslehre in Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe, 1972, pp.59-60, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001, pp.208-9.) tem uma posição semelhante a de Volz.

⁶⁴⁴ HIRSCH, Andrew von & WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito*. Sobre los criterios de una imputación justa. in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von -WOHLERS, Wolfgang (ed), **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.306-7. É interessante a análise desses autores da

As teorias que buscam a criação de um desvalor do resultado⁶⁴⁵, sem se referir ao dever de cuidado para configurar o risco não permitido, impediriam a punição de condutas inidôneas, já que trazem a previsão de juízos *ex ante* e *ex post* da criação de perigo. Essas teorias impedem, portanto, a punição de condutas inidôneas. Sendo assim, há a caracterização de perigo naquela conduta, a qual poderia ser também encontrada antes da consumação. Assim, de acordo com a teoria objetivo-material, se antes do início da ação típica fosse possível caracterizar o perigo, haveria a possibilidade da tentativa.

Também as teorias baseadas no desvalor de periculosidade *ex ante* da conduta⁶⁴⁶ com base em critérios materiais para averiguar a idoneidade da conduta para causar perigo ao bem jurídico, busca a punição de apenas condutas geralmente perigosas. Sendo assim, mesmo antes da realização da conduta típica, seria possível pensar na exposição ao perigo do bem jurídico, configurando-se a tentativa.

---

classe de crimes de perigo abstrato, configurados como delitos de periculosidade concreta, os quais poderiam prescindir de criminalização nos casos em que o perigo produzido pelo agente puder ser mantido sob o controle através de uma conduta posterior. Assim, se a fonte de risco tornar-se incontrolável de acordo com o acordo normativo da sociedade seria merecedora de pena. Esse risco deveria ser avaliado através de elementos normativos e empíricos.

⁶⁴⁵ Wolter (Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem. Berlin: Duncker & Humblot, 1981 apud MENDONZA BUERGO, Blanca, **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto. Granada: Comares, 2001.** , pp. 164-188.) exige que, além do desvalor da conduta, deve haver um injusto de resultado primário analisado *ex ante*, equiparável com o injusto de resultado secundário, julgado *ex post*. Martin (Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen, Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsgogmatik und zum Umweltvölkerrecht, Freiburg, i. Br, pp. 82-87, 93, 98 e ss, apud MENDONZA BUERGO, Blanca, **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto. Granada: Comares, 2001.** pp. 188-191.), baseado nos postulados de Wolter, qualifica o risco juridicamente proibido como resultado dos delitos de perigo abstrato.

⁶⁴⁶ Dessa forma, Gallas (Abstrakte und konkrete Gefährdung, in Heintz-FS, pp.180-3. apud D´ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios, contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico.** Coimbra: Coimbra, 2005, p. 145, MEYER. Die Gefährlichkeitsdelikte, Ein Beitrag zur Dogmatik der abstrakten Gerfährungsdelikte unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts. München:Hanburg, 1949, pp. 4, 179 e ss, 194-6, 207-9, 210-3, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto. Granada: Comares, 2001.** , pp.311), Hirsch (Peligro y peligrosidad. in ADPCP, v.XLIX, fasc. II, 1996, pp.509-528.) , Zieschang (Die Gefährdungsdelikte. Berlin, 1998, pp.53-61, 64 e ss., 101, 210,380 e ss, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto. Granada: Comares, 2001,** pp. 320-5.), Bustos (Control Social y sistema penal, Barcelona: PPU, 1987, pp. 325, 328-9, 331, apud MENDONZA BUERGO. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto. Granada: Comares, 2001,** pp. 334-5), Torío López (Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto). in ADPCP, tomo XXV, fasc. II-III, mayo-diciembre de 1981,pp.825-847.) e Mendonza Buergo (**Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto. Granada: Comares, 2001** , pp. 335-8.).

5. Conclusões

1. Os aspectos objetivos e subjetivos da sociedade de risco influenciam a adoção de um tipo de política criminal que busque a eliminação de riscos aos bens jurídicos, baseando-se na teoria da prevenção geral.

2. A possibilidade da tutela do perigo ao bem jurídico, possibilitando a diferenciação entre tentativa e consumação, apenas surge com a teoria de Birnbaum, a qual conceitua o bem jurídico como objeto do direito subjetivo. Apartando o conceito de direito subjetivo daquele de bem jurídico. Dessa forma, a teoria do bem jurídico permite que se desvincule o fato do sujeito, já que permite questionar as lesões em relação a um objeto, ao invés, da mera conduta desvalorada do sujeito.

3. A teoria pessoal do bem jurídico cria uma hierarquia entre os bens jurídicos, dando maior ênfase aos bens pessoais. Entende os sociais como condição para desenvolvimento dos pessoais, sem possibilidade de valoração autônoma desses bens como se dá na teoria dualista. Acaba, portanto, teoricamente, limitando o parâmetro de legitimidade da tutela penal. Sua função crítica tem maior potencial quando analisada na estrutura dogmática do delito, a qual define a relação juridicamente relevante entre o bem jurídico e a conduta do agente.

4. A antecipação da tutela penal favorece o aparecimento de tendências paternalistas, voltadas ao direcionamento das condutas dos indivíduos, dado o afastamento da relação entre a conduta e o dano. O paternalismo deve ser evitado com o fortalecimento da teoria do bem jurídico, voltada à autonomia do indivíduo, possivelmente, inspirada nos resultados do desenvolvimento da teoria não perfeccionista do *harm principle*. Embora a teoria do *harm principle* não sirva como sucedâneo da teoria do bem jurídico, apresentando as mesmas dificuldades de limitação da expansão da tutela penal, principalmente, no que se refere a uma possível função crítica e aos bens jurídicos difusos.

5. Para se ampliar a tutela penal além do dano, criando-se uma equivalência da danosidade social entre perigo e dano, criminalizaram-se condutas com uma intensidade razoável do sentimento de ameaça, o qual é marcante como aspecto subjetivo da sociedade de risco. O perigo é adequadamente configurado através das teorias mistas, as quais levam em consideração tanto a questão da probabilidade de dano, quanto o juízo do agente sobre a situação fática. Sem a análise subjetiva, o conceito de perigo permanece incompleto, já que, apenas a partir dele, o agente pode considerar-se responsável por sua ação. Tal teoria sobre a natureza do perigo deve ser aplicada no conceito normativo do perigo, o qual traz

maior segurança em sua aplicação que as teses ontológicas, oferecendo parâmetros normativos para determinar o grau de probabilidade de dano relevante em certa ação típica para o bem jurídico, sem desconsiderar o juízo do agente sobre a situação. É bastante adequada a caracterização do perigo com base em um juízo *ex ante*, considerando as circunstâncias conhecidas ou que poderiam ser conhecidas pelo autor, conforme o relatório italiano da reunião preparatória do X Congresso Internacional de Direito Penal.

6. A teoria dualista do ilícito permite a diferenciação entre tentativa e consumação, em relação ao desvalor do resultado. Já a teoria monista, determina a identidade entre a consumação e a tentativa acabada, baseando-se na completude do desvalor da ação.

7. A teoria objetiva moderna de fundamento da punição da tentativa é adequada para traçar um limite legítimo à antecipação da tutela penal, adequado ao princípio da ofensividade, impedindo a punição de condutas inidôneas. A vedação da punição de atos preparatórios, como extensão da tentativa, deve ser mantida pelo ordenamento jurídico brasileiro como limite de intervenção da tutela penal legítimo em um Estado Democrático de Direito, baseado no Direito Penal do Fato.

8. A preocupação com a antijuridicidade nos crimes de perigo abstrato é uma forma de buscar a legitimidade de tal crime, através da relação entre a estrutura delitiva e o bem jurídico tutelado. As teorias que buscam critérios materiais para densificar o injusto nesses crimes demonstram preocupação com os limites legítimos da intervenção penal, como as que buscam a aproximação com crimes culposos, ou um desvalor do resultado ou um desvalor *ex ante* da ação combinado com critérios materiais.

9. Para que haja a configuração legítima da tentativa nos crimes de perigo abstrato, deve-se poder perquirir quanto à exposição ao perigo do bem jurídico, o que é dificultado em crimes de mera conduta perigosa. Por outro lado, se forem aceitos crimes de perigo abstrato que permitam a análise do resultado de perigo ao bem jurídico difuso, deve haver um objeto da ação como seu representante legítimo para que se possa averiguar adequadamente a ofensividade da conduta, para se evitar a punição de condutas inidôneas.

10. A análise da legitimidade da tentativa nos crimes de perigo abstrato depende também da configuração de uma estrutura típica dos crimes de perigo abstrato. Para que se possa aferir a tentativa para esses crimes, devem ser adotadas teorias que englobem o questionamento do perigo no caso concreto, afastando a punição de condutas inidôneas, como as que busquem um desvalor do resultado ou o desvalor *ex ante* da ação combinado com critérios materiais.

6.Referências Bibliográficas

- ACALE SÁNCHEZ, Maria. **El tipo de injusto en los delitos de mera actividad**. Granada: Comares, 2001.
- ADORNO, Theodor W. & HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1985.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Enjuiciamiento del peligro, tentativa y delitos de peligro** in Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, v. 5, n. 9, set. 1999, pp. 415-64.
- _____. **La tentativa e los fines del Derecho Penal**. in Ciencias Penales Contemporaneas: Revista de Derecho Penal, Procesal penal y Crimología, ano2, n.4, 2002, pp.267-327.
- _____. **Tentativa y formas de autoria: sobre el comienzo de la realización típica**. Madrid: Edisofer, 2001, pp.94-107.
- ALLDRIDGE, Peter. **The moral limits of the crime of Money laundering** in Buffalo Criminal Law Review, v.5:1, 2001, pp. 279-319.
- ALMEIDA FONSECA, Jorge Carlos de. **Crimes de empreendimento e tentativa**. Coimbra: Almedina, 1986.
- AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. in GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.117-158.
- ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale: Parte Speciale, I**. Milano: Giuffrè, 1977.
- BAUMAN, Zigmunt. **Postmodernity and its discontents**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- _____. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- _____. **Life infragments: Essays on postmodern morality**. Oxford-Cambridge: Blackwell, 1995.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal**. Tese de Livre-Docência na Universidade de São Paulo, 2010.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 2002.

BECK, Ulrich - GIDDENS, Anthony - LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética, na ordem social moderna**. São Paulo:UNESP, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo y Democracia**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

_____. **Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOTTINI, Pierpaolo. **Crimes de perigo abstrato e o princípio da precaução na sociedade de risco**. Tese de doutorado - Universidade de São Paulo, 2006.

_____. **Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta>.

BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Crimes de perigo e teoria da imputação objetiva**. Tese de doutorado da Universidade de São Paulo, 2008.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Bases Críticas de um nuevo Derecho Penal**. Bogotá: Temis, 1994.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Consideraciones sobre una regulación común europea de la tentativa in **RBCCrim**, v.51, novembro-dezembro de 2004, pp.190-206.

_____. Direito Penal do Inimigo? In JAKOBS, Günther & CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp.51-81.

CORTINA, Adela. Fundamentos filosóficos del principio de precaución in ROMEO CASABONA, Carlos María (ed). **Principio de precaución, biotecnología y derecho**. Granada: Bilbao, 2004, pp.3-16.

COSTA, Helena Regina Lobo. **A dignidade humana e as teorias de prevenção geral positiva**. Dissertação de mestrado – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.

_____. O direito penal ambiental e normas administrativas. in **Boletim IBCCRIM**, v.13, n.155, p. 18-19, out. 2005.

_____. **Proteção ambiental, Direito Penal e Direito Administrativo**. Tese de doutorado – Universidade de São Paulo, 2007, n.220, p.62

CUESTA PASTOR, Pablo. **Delitos Obstáculo, tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico**. Granada: Comares, 2002.

D'AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios, contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico**. Coimbra: Coimbra, 2005.

_____. Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. in D'AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal: Escrito sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp.41-55.

_____. Teoria do crime e ofensividade. O modelo do crime como ofensa a bens jurídicos in D'AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal: Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp.65-66.

_____. Ofensividade e ilícito penal ambiental. in D'AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal: Escrito sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp.105-127.

DWORKING, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University, 2001.

ESCRIVA GREGORI, José Maria. **La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1976.

FARIA COSTA, José Francisco de. **Tentativa e dolo eventual ou da relevância da negação em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra, 1995.

_____. **O Perigo em Direito Penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)**. Coimbra: Coimbra, 1992.

FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa de delito: doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Edisofer, 2011

FEINBERG, Joel. Environmental pollution & the threshold of harm. in **The Hastings Center Report**, v. 14, n.3, jun. 1984, pp. 27-31.

_____. **The Moral Limits of the Criminal Law, v. 1, Harm to Others**. New York: Oxford University Press, 1984.

_____. **The Moral Limits of the Criminal Law, v. 2, Offense to Others**. New York: Oxford University Press, 1985.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Bien jurídico y sistema del delito**. Buenos Aires: Euros, 2004.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos – NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel – OLIVEIRA, William Terra de – BRITO, Alexis Couto de. **Direito Penal Brasileiro: Parte Geral, princípios fundamentais e sistema**. São Paulo: RT, 2011.

FERREIRA, José Eduardo de Almeida Leonel. **Tipicidade e crimes de perigo abstrato**. Tese de doutorado - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006 .

FIANDACA, Giovanni. Diritto penale, tipi di morale e tipi de democrazia. in FIANDACA, Giovanni & FRANCOLINI, Giovanni. **Sulla legittimazione del diritto penale: culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto**. Torino: G. Giappichelli, 2008, pp.153-164.

FIANDACA, Giovanni & MUSCO, Enzo. **Derecho penal: parte general**. Bogotá: Temis, 2006.

FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, , fasc.2, abril-junho de 1996, ano 6, pp.175-187.

FRANCOLINI, Giovanni. Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice in FIANDACA, Giovanni & FRANCOLINI, Giovanni. **Sulla legittimazione del diritto penale: culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto**. Torino: G. Giappichelli, 2008, pp.1-28.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRISCH, Wolfgang. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación em el contexto de la legitimación de la pena estatal. in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 309-339.

GEORGE, Robert P. The unorthodox Liberalism of Joseph Raz in **The Review of Politics**, v.53, n.4, autumn, 1991, pp.652-671.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia: uma breve introdução**. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudência in **RBCCrim**, vol. 5, n.17, 1997, pp. 32-74.

GIUSINO, Manfredi Parodi. **I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale**. Milano: Giuffrè, 1990.

GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito in **RBCCrim**, n.49, julho-agosto de 2004, pp.89-147.

_____. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais in **Liberdades**, n.3, jan-abril de 2010, pp. 47-59.

_____. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito in **RBCCrim**, vol. 12, n.49, , 2004, pp. 89-147.

_____. Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato. in Greco, Luís. **Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 1-74.

GUERRERO AGRIPINO, Luís Felipe. Aspectos sistemáticos y político-criminales de la tentativa. Comentarios sobre su regulación en México y América Latina in **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, n. 18, janeiro-junho, 2005, pp. 69-112.

HASSEMER, Winfred. Perspectivas de uma moderna política criminal in **RBCCrim**, n.8, out-dez 1994, pp.41-51.

_____, ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed), **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.95-104.

_____, Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico, in **Doctrina Penal, teoría y práctica en las Ciencias Penales**, n.45 a 48, ano 12, 1989, pp. 275-285.

_____. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. in GRECO, Luís - TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.15-24.

_____. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra in **RBCCrim**, ano 2, n.6, ab-jul de 1994, pp.36-71.

HEFENDEHL, Holand. Las jornadas desde la perspectiva de um partidário del bien jurídico. in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 409-414.

_____. De largo aliento: el concepto de bien jurídico: O que há sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico. in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del**

bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 459-475.

_____. El bien jurídico como eje material de la norma penal in HEFENDEHL, Roland, HIRSCH, Andrew von, WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.179-196.

_____. El bien jurídico como eje material de la norma penal in HEFENDEHL, Roland, HIRSCH, Andrew von, WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.179-196.

_____. El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa. in GARCÍA VALDES, Carlos et alli (coord). **Estudios penales em homenaje a Enrique Gimbernat: tomo I.** Madrid: Edisofer, 2008, pp. 389-404.

_____. Uma teoria social do bem jurídico. in **RBCCRIM**, ano 18, n. 87, nov-dez de 2010, pp.103-120.

HIRSCH. Andrew von. The offense principle in Criminal Law: affront to sensibility or wrongdoing in **The King's College Law Journal**, v.11, 2000, pp.78-89.

_____. El concepto de bien jurídico y “el principio del daño” in HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (ed), **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.38-52.

_____. I concetti di “danno” e “molestia” come criteri politico-criminale nell’ambito della dottrina penalistica angloamericana in FIANDACA, Giovanni – FRANCOLINI, Giovanni. **Sulla legittimazione del diritto penale: culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto.** Torino: G. Giappichelli, 2008, pp.29-42.

HIRSCH, Andrew von & WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. in HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (ed), **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.265-308.

HIRSCH, Hans Joachim. Los conceptos de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado o sobre el estado de cosas” in **Derecho Penal: Obras Completas. Libro Homenaje. t. III.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pp.233-258.

_____. Peligro y peligrosidad in **ADPCP**, v. XLIX, fasc. II, 1996, pp.509-528.

HOLTUG, Nils. The harm principle in **Ethical Theory and Moral Practice**, v.5, n.4, dez de 2002, pp. 357-389.

HSU, Yu-Na. Indiferencia como dolo. In MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo & CARO JOHN, José Antonio (ed). **El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo: libro homenaje al profesor Günther Jakobs em su 70 aniversario**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp.411-440.

HUNGRIA, Nelson, **Comentário ao Código Penal**, vol. I, tomos II, V e IX, Rio de Janeiro, Forense, 1958.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1995.

_____. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. In: JAKOBS, Günther. **Estudios de derecho penal**. Madrid: Civitas / UAM, , 1997, pp.293-324.

_____. Culpabilidad y prevención. in JAKOBS, Günther. **Estudios de Derecho Penal**. Madrid:Civitas, 1997, pp. 73-99.

_____. El concepto jurídico-penal de acción. **Estudios de Derecho Penal**. Madrid: Civitas / UAM, , 1997, pp.101-125.

_____. El lado subjetivo del hecho. in **Los desafíos del Derecho Penal em el siglo XXI: libro in homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs**. Ara: Lima, 2005, pp.118-136.

_____. A Ciência do Direito Penal diante das exigências da atualidade. in JAKOBS, Günther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. Barueri:Manole, 2003, pp.29-65.

_____. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**.Madrid: Civitas, 2003, pp.15-47.

_____. ¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho Penal. In JAKOBS, Günther - POLAINO NAVARRETE, Polaino – POLAINO-ORTS, Miguel. **Bien jurídico, vigência de La norma y daño social**, Lima: Ara, 2010, pp.13-23.

_____. Sociedad, norma y persona em uma teoria de um derecho penal funcional. in JAKOBS, Günther & CANCIO MELIÁ, Manuel. **Bases para uma teoria funcional del derecho penal**. Lima: Palestra, 2000, pp.19-52.

_____. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigência de la norma? in MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord). **El Funcionalismo en derecho penal**. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 2003, pp.39-56.

_____. El desistimiento como modificación del hecho. in JAKOBS, Günther. **Estudios de Derecho Penal**. Madrid:Civitas, 1997, pp. 325-345.

_____. Indiferencia como dolo indirecto. In BARJA DE QUIROGA, Jacobo López & ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. (coord). **Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo, t.1**. Madrid: Marcial Pons, 2004, n. 37, p.353.

JESCHECK, Hans - Heinrich-WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal, parte general**. Granada: Comares, 2002.

KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho Penal. In HEFENDEHL, Roland- HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgan(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?**. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.53-68.

KINDHAÜSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal. In KINDHAÜSER, Urs. **Teoría de las normas y sistemática del delito**. Lima: Ara, 2008.

KUHLEN, Lothar. ¿Es posible limitar el Derecho Penal por médio de um concepto material de delito? in **El sistema integral del Derecho Penal : delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.129-152.

LEGALL, André. **A ansiedade e a angústia**. Lisboa: Estampa, 1978.

LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal: tomo II**. Madrid: Reus, 1999.

LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social.. In GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.). **Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación**. Granada: Comares, 2005, pp.69-85.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Em defesa da culpabilidade. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.8, n.97, dez. 2000, pp. 14-15.

MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. Dissertação de Mestrado - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

MANES, Vittorio. Il principio di offensività: Tra codificazione e previsione costituzionale. in **L'Indice Penale**, ano VI, n.1, pp.147-165.

MANZINI, Vincenzo. **Trattato de Diritto Penale Italiano**. V.6, Torino: Fratelli Bocca, 1915.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. V.2, Campinas: Bookseller, 1997.

MAURACH, Reinhart - GÖSSEL, Karl Heinz - ZIPF, Heinz. **Derecho Penal: parte general - 2: formas de aparición del delito y las sias consecuencias jurídicas del hecho**. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricado DePalma, 1995.

MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina. **Los delitos de peligro y sus tecnicas de tipificación**. Madrid: Universidad Complutense Madrid, 1993.

MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001.

MENDONZA, Blanca. Principio de precaución, Derecho Penal Del Riesgo y delitos de peligro in ROMEO CASABONA, Carlos María (ed). **Principio de precaución, biotecnología y derecho**. Granada: Bilbao, 2004, pp.435-473.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal, Parte General**. Barcelona: PPU, 1995.

_____. Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal. in **Manuales de Formación Continuada, Problemas específicos de la aplicación del Código Penal**. Madrid, 1999.

MIRTO, Pietro. **La falsità in atti**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1955.

MOCCIA, Sergio. Dalla tutela di beni allá tutela di funzioini: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberalli in **Rivista Italiana di Diritto e Proceddura Penale**, vol.38, 1995, pp. 343-374.

_____. **Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica**. Napoli: Scientifiche italiane, 1992.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. **Antijuridicidad penal y sistema del delito**. Barcelona: Bosch, 2001.

MÜSSIG. Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de uma teoria del bien jurídico crítica hacia el sistema. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, ano 2, n.4, set/dez 2001, pp.157-191.

NAUCKE, Wolfgang. O alcance do Direito Penal Retributivo em Kant. in GRECO, Luís - TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.77-100.

NESTLER, Cornelius. El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes. In ROMEO CASABONA, Carlos María. **La insostenible situación del Derecho Penal**. Granada: Comares, 2000, pp.63-78.

NORONHA, Magalhães. **Direito Penal, v.4**, São Paulo, Saraiva, 1986.

PALMA, Maria Fernanda. **Da “tentativa possível” em Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2006.

PEREIRA, Rui Carlos. **O dolo de perigo, contribuição para a dogmática da imputação objetiva nos crimes de perigo concreto**. Lisboa: Lex, 1995.

PIERANGELLI, José Henrique. Um pequeno estudo sobre a tentativa. in **Justitia**, vol. 89, ano XXXVII, 2º trimestre de 1975, pp. 325-329.

_____. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. São Paulo: RT, 2001.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes de mera conduta**. Tese de livre docência - Universidade de São Paulo, 1959.

POLAINO NAVARRETE, Miguel ¿Qué queda del concepto de acción em la dogmática atual? Sobre la natureza y función del concepto de acción en Derecho Penal. in GARCÍA VALDÉS, Carlos et alli (coord). **Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernát**. Madrid: Edisofer, 2008, pp. 1487-1518.

_____. El injusto de la tentativa em el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado in **Revista Poder Judicial**, n. 72, n.16, 2003, pp.59-88.

POSNER, Richard A. & PARISIM Francesco. Law and Economics: An Introduction. in POSNER, Richard A. & PARISIM Francesco (Ed). **Law and Economics, v. 1: Theoretical and Methodological Foundations**. New Hampshire: Edward Elgar, 1997, pp.XIII-XIV.

PRADO, Luís Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**. São Paulo: RT, 2009.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE Jr., Miguel. **Dos estados de necessidade**. São Paulo: José Bushatsky, 1971.

_____. **Instituições de Direito Penal, Parte Geral, v. I.** São Paulo: Forense, 2004.

ROCCO, Arturo. **Opere giuridiche , L'oggetto del reato e della tutela penale, Contributo alle teoria generali del reato e della pena.** Roma: Foro Romano, 1932.

RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

ROMEO CASABONA, Carlos María. **Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo,** Granada: Comares, 2005.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito.** Madrid: Civitas, 1997.

_____. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In GRECO, Luís - TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.179-209.

_____. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. in GRECO, Luís – NETTO, Fernando Gama de Miranda. **Estudos de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 75-99

_____. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. **RBCCrim**, n. 35, julho-setembro de 2001, ano 9, pp.13-27

_____.Sentido e limites da pena estatal. in ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal.** Lisboa: Veja, 1998, pp.15-47.

_____. Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação in ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal.** Lisboa:Veja, 1998, pp. 91-142.

_____. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. in ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal.** Lisboa: Veja, 1998, pp. 235-272.

_____.Resolução do facto e começo da execução da tentativa. in ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal.** Lisboa:Vega, 1998, pp. pp.295-335.

_____. A tentativa falhada - simultaneamente, uma contribuição para o problema do retomar da execução. in ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal.** Lisboa: Veja, 1998, pp. 337-361.

_____. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y proceso penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. A culpabilidade e sua exclusão do Direito Penal. **RBCCrim**, v. 46, jan-fev de 2004, pp.46-72.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea. in **Revista Latinoamericana de Derecho**, ano V, n. 9-10, enero-diciembre de 2008, pp. 289-307.

_____. **Fundamentos político-criminales del Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

_____. Proteção de bens jurídicos e liberdade individual na encruzilhada da dogmática jurídico-penal. in ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp 37-61.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. **A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2001.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel. **El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino. **Teoria do crime**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

SARDUSKI, Wojciech. Joseph Raz on Liberal Neutrality and the harm principle in **Oxford Journal of Legal Studies**, v.10, n.1, spring, 1990.

SCHMIDT, Eric & COHEN, Jared. Tecnologia para combater o medo. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, p.L3, 23 de jul. de 2012.

SCHULENBURG, Johanna. Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito e imputación objetiva. in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 349-362.

SCHÜNEMANN, Bernd. La teoria de la protección del bien jurídico como base del Derecho Penal em la época de la globalización in **Obras, t.II**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pp.65-83.

_____. La función de la delimitación de injusto y culpabilidad. in **Revista Peruana de Ciencias Penales**, n. 18, 2006, pp.367-413.

_____. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. in

HEFENDEHL, Roland- HIRSCH, Andrew - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.197-226.

_____. Las reglas de la técnica em Derecho Penal. in **ADPCP**, tomo, XLVII, fasc. III, sept-dic. 1994, pp.307-341.

_____. La estructura de los delitos de peligro (los delitos de peligro abstracto y abstracto-concreto como modelo del Derecho penal Económico Moderno). In SCHÜNEMANN, Bernd (et alli). **Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos**. Lima: Ara Editores, 2008, pp. 13-27.

_____. La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal. **ADPCP**, t.XLIV, fasc. III, sept-dic, 1991, pp.693-713.

_____. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado Democrático de Direito. In **RBCCrim**, n. 53, março-abril de 2005, pp.9-37.

_____. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. In **Revista Peruana de Ciencias Penales**, n.5, jan-jun de 1995, pp.237-277.

SEHER, Gehard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. In HEFENDEHL, Roland – HIRSCH, Andrew von- WOHLERS, Wolfgang (ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?**Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 69-92.

SEMER, Marcelo. **Crime impossível e a proteção aos bens jurídicos**. São Paulo: Malheriros, 2002.

SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. Fundamento da punibilidade da tentativa in **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, ano 1, 2004, pp. 50-78.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: RT, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal, aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004, pp.53-55.

_____. Política Criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre el contenido y límites. in ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, pp. 95-158.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-Individual, Interesses difusos**. São Paul: RT, 2003.

_____. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**, São Paulo: RT, 2006.

_____. **Fundamentos da adequação social em Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010

SIMESTER, Andrew & HIRSCH, Andrew von. Remote harms and Non-constitutive Crimes in **Criminal Justice Ethics**, v.28, n.1, may 2009, pp.89-107.

SOLER, Sebastian, **Derecho Penal Argentino, tomo V**, Buenos Aires, TEA, 1973.

STRATENWERTH, Günter. **Disvalor de acción y disvalor de resultado em Derecho Penal**. Buenos Aires: Hamurabi, 2006, pp.85-89.

_____. La criminalización em los delitos contra bienes jurídicos coletivos. in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed), **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.365-372.

_____. **Derecho Penal: parte general, I, el hecho punible**. Madrid: Edersa, 1982.

TAIPA DE CARVALHO, Américo. **Direito Penal: Parte Geral, questões fundamentais, Teoria Geral do Crime**. Coimbra: Coimbra, 2008, pp.301-318.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. **Mito e ideologia:objetos não manifestos do sistema penal**. Conferência proferida nas jornadas de Direito e Psicanálise da UFPR. Curitiba, 10 de junho de 2010, publicada in Direito e Psicanálise, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.161-172.

_____. **Teoria do Crime culposos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TORIO LOPEZ, Angel. Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto). in **ADPCP**, tomo XXV, fasc. II-III, mayo-diciembre de 1981,pp.825-847.

VANNINI, Ottorino. **Il problema giuridico del tentativo**. Milano: Giuffrè, 1943.

VERNON, Richard. John Stuart Mill and Pornography: beyond the harm principle. In **Ethics**, v.106, (apr.1996), pp.621-632.

VON HIPPEL, Roberto. **Manuale di Diritto Penale**. Napoli: Eugenio Jovene, 1936.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán: parte general**, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

_____. Culpa e delitos de circulação: sobre a Dogmática dos Crimes Culposos in **Revista de Direito Penal**, jul-set de 1971, pp.13-43.

WOHLERS, Wolfgang. Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e da una angloamericana. in FIANDACA, Giovanni & FRANCOLINI, Giovanni. **Sulla legittimazione del diritto penale: culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto**. Torino: G. Giappichelli, 2008, pp.125-152.

_____. Las jornadas desde la perspectiva de um escéptico del bien jurídico. in HEFENDEHL, Roland - HIRSCH, Andrew von - WOHLERS, Wolfgang(ed). **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 403-408.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Da tentativa, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZIELINSKI, Diethart. **Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito, analisis de la estrutura de fundamentación y exclusión del ilícito**. Buenos Aires: Hammurabi, 1990.

_____.El resultado em el concepto final de ilícito in **Doctrina Penal**, año 11, n.41-44, 1988, pp.283-313.