

DESVALOR DA CONDUTA E DESVALOR DO RESULTADO NO ILÍCITO PENAL: AO MESMO TEMPO, SOBRE O SENTIDO DE UM INJUSTO GENUINAMENTE “PESSOAL”

BRUNO MOURA

Mestre e doutorando em Direito

SUMÁRIO: 1. O problema – 2. Tese dualista – 3. Tese monista-integradora – 4. Tese monista-subjetiva – 5. Tese monista-objetiva – 6. Conclusão

1. O problema

O sistema clássico de delito concebeu materialmente o crime como a culpável realização do resultado naturalístico mencionado no tipo penal. Nestes termos, o injusto penal é definido de modo exclusivamente objetivo (todos os elementos subjetivos do fato reuniam-se na culpabilidade) e consiste na produção de uma modificação no mundo exterior prejudicial (lesão ou perigo de lesão) à integridade de um bem jurídico¹.

Esta perspectiva fracassou nos planos sistemático e axiológico, como revelou a descoberta dos elementos subjetivos do injusto e do conceito normativo de culpabilidade pelo sistema neoclássico de delito². O finalismo deu seguimento à subjetivação do injusto, ao compreender a estrutura lógico-objetiva da ação humana como unidade entre o “externo” e o “interno”: o injusto penal não se reduz mais à mera causação do resultado típico³. Nesta linha,

¹ Informativos sobre a distinção entre o objetivo (externo ou causal) e o subjetivo (interno ou anímico) no sistema clássico: WELZEL, Hans, «Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre» *JuS* 6 (1966), pág. 422 e s.; JESCHECK, Hans-Heinrich, «Neue deutsche Verbrechenlehre und ihre praktische Bedeutung», *BFD - Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia* (1984), pág. 259, 263 e 264.

² Referências na nota anterior.

³ Sobre o nascimento do tipo subjetivo através do argumento da tentativa e a culpabilidade como reprovabilidade da errônea formação da vontade: WELZEL, Hans, *JuS* 6 (1966), pág. 422 e s.; BELLATTI, Carlos Alberto, «Acción y resultado en el injusto en la dogmática penal alemana», *Ciencias Penales Contemporáneas* 7/8 (2004), pág. 102 e 103; SANCINETTI, Marcelo, *Subjetivismo e imputação objetiva en Derecho Penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pág. 40 e s.

as proibições e os mandatos contidos nas normas penais procuram influir na motivação dos destinatários: a matéria de proibição da norma somente pode ser a conduta humana final, não a simples produção de resultados. A proteção de bens jurídicos só é possível quando referida a condutas configuradas de certa forma, precisamente como *ações dirigidas* à lesão. Assim emerge claramente a distinção entre desvalor da ação (*Handlungsunwert*) — enquanto infração dos valores de ato — e desvalor do resultado (*Erfolgsunwert*) — enquanto lesão ou perigo de lesão do bem jurídico —, de modo que a proibição do primeiro desvalor pretende evitar a ocorrência do segundo⁴. O injusto deixa de ser meramente causal e se constitui como um injusto “pessoal”, referido à ação final de um indivíduo concreto, que realiza, à luz dos seus próprios objetivos e dos específicos deveres que o vinculam, uma conduta tendente ao desvalor do resultado⁵.

Uma vez que prescindir do desvalor da conduta como elemento do ilícito penal é hoje simplesmente impraticável⁶, a questão fundamental passa a ser: qual a posição sistemática do desvalor do resultado no conceito analítico de delito? *Brevitatis causa*, o presente estudo almeja formular uma resposta onto-antropológica (*item 2*) e analisar outras três possíveis soluções (*itens 3, 4 e 5*), com especial destaque para a teoria monista-subjetiva, enquanto tese diametralmente oposta à aqui sustentada⁷.

2. Tese dualista

Desde a perspectiva onto-antropológica trilhada por *Faria Costa*⁸, o olhar analiticamente interessado e comprometido com a normatividade do Direito Penal conduz à

⁴ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán, Parte General*, Traducción de Juan Bustos Ramírez, 11ª Ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, pág. 12-16 e 59. Informativos: STRATENWERTH, Günther, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho Penal*, Traducción de Marcelo Sancinetti y Patricia Ziffer, 2ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2006, pág. 38, onde assinala que “nisto reside o axioma até hoje decisivo para os finalistas”; DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pág. 287 e 288.

⁵ WELZEL, Hans, *PG*¹¹, pág. 91 e 92; IDEM, *O novo sistema jurídico-penal - Uma introdução à doutrina da ação finalista*, Tradução, prefácio e notas de Luiz Régis Prado, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pág. 32 e s. Informativo: HIRSCH, Hans Joachim, «Los conceptos de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado o sobre el estado de cosas”», IDEM, *Obras completas*, Tomo III, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, pág. 235.

⁶ Por todos: Stratenwerth, Günther, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho Penal*, pág. 30 e s.

⁷ Para um panorama da questão: HIRSCH, Hans Joaquim, *La polémica en torno de la acción y de la teoría del injusto en la ciencia penal alemana*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993, pág. 9 e s.

⁸ Enquanto o funcionalismo parte da consequência jurídica da norma (pena), o ontologismo se orienta pelo objeto daquela (ilícito-típico). Sobre estas duas formas de compreender o Direito Penal: COSTA, José de Faria, *Ilícito típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)*, Lisboa: Universidade Lusitana, 2000, pág. 6-8; D’AVILA, Fabio Roberto, *Ofensividade em Direito Penal - Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pág. 45 e 46; SCALCON, Raquel

compreensão do ilícito criminal à luz da ideia de cuidado (*Sorge*), encontrada na matriz axiológica que funda a comunidade humana. Neste contexto, embora não prescindida do desvalor da conduta (em suas dimensões objetiva e subjetiva)⁹, o injusto penal — o “soma” de ilícito nele contido — tem como elemento central o desvalor do resultado¹⁰.

O nosso primevo e mais íntimo modo-de-ser em comunidade se materializa na relação ético-existencial de um “eu” concreto (de carne e osso), que, devido à sua natural condição de fragilidade, manifesta na permanente abertura para o perigo, “só pode ser se tiver o ‘outro’ (...)”, ou seja, na medida em que “cuidar do ‘outro’, cuidar de si cuidando do ‘outro’ e cuidando este cuidar de si”¹¹. O sentido comunitário nada mais é do que uma teia de cuidados recíprocos e o que constitui o homem enquanto ser-no-mundo é o modo-de-ser-com-o-outro: “o ‘eu’, por isso, para ‘ser’, exige o cuidado do ‘outro’(...)”¹².

É nesta matricial relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo que o Direito Penal encontra sua razão de ser. Nesta linha, a ilicitude penal material reside na perversão ou fratura daquela relação de cuidado originário. Certamente não qualquer convulsão, mas apenas aquele rompimento cuja repercussão socialmente relevante o torna insustentável para a comunidade juridicamente organizada, de modo a revelar a necessidade de intervenção penal¹³.

Lima, *Ilícito e pena – Modelos opostos de fundamentação do Direito Penal contemporâneo*, Rio de Janeiro: GZ, 2013, pág. 1, 2, 47 e s.; MOURA, Bruno, «O normativismo jurídico-penal: consequência do ou resistência ao funcionalismo?», *BFD* 86 (2010), pág. 728. Antes: LAMPE, Ernst-Joachim, *La dogmática entre la ontología social y el funcionalismo*, Edición española de Carlos Gómez-Jara Díez *et al.*, Lima: Grijley, 2003, pág. 182 e s.

⁹ Veja-se a nota 35 *infra*.

¹⁰ COSTA, José de Faria, *O perigo em Direito Penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pág. 312 e 526, onde resume (pág. 312): “o desvalor da acção, bem como o desvalor de resultado, porque ofensivos ou lesivos de bens jurídico-penais, são desvalores com dignidade penal e merecimento de pena”. Para a noção de “soma” do desvalor de intenção e do desvalor do resultado: COSTA, José de Faria, «A análise das formas (ou a análise das “formas do crime”: em especial a tentativa)», *RLJ* 3962 (2010), pág. 297 e 298.

¹¹ COSTA, José de Faria, *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pág. 223 e 224.

¹² Com base na *Sorge* heideggeriana e em seu ontologismo social: COSTA, José de Faria, *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, pág. 224, onde destaca que o homem é um projeto sempre em aberto, exposto à complexidade e à contingência: a condição humana é sempre uma “condição de perigo”. Esta permanente incompletude/abertura nos torna “seres frágeis. Seres de cuidado. Seres de cuidado-de-perigo. (...) Mas se há cuidado é porque há um magma, uma turbulência que nos faz frágeis. Fragilidade do ‘eu’ para consigo próprio. Fragilidade do ‘eu’ para com o ‘outro’. Fragilidade do ‘eu’ para com o mundo”. Já antes: IDEM, *O perigo em Direito Penal*, pág. 241 e ss., com especial destaque para a indissociável unidade entre “cuidado” e “perigo”; IDEM, *Ilícito típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)*, pág. 22-29. Também no mesmo sentido: D’AVILA, Fabio Roberto, *Ofensividade em Direito Penal*, pág. 46-50.

¹³ COSTA, José de Faria, *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, pág. 224: “E essa fragilidade assume dimensão de ruptura quando há um crime”. Com destaque para a exigência de um especial desvalor social da ruptura e para a distinção qualitativa entre ilícito penal e ilícito de contra-ordenação: IDEM, *O perigo em Direito Penal*, pág. 463-467; IDEM, *Ilícito típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)*, pág. 16 e s.; D’AVILA, Fabio Roberto, *Ofensividade em Direito Penal*, pág. 49 e

Esta ideia encontra sua refração ou ressonância normativo-dogmática na compreensão do ilícito-típico (entendido o tipo como *instrumentum* legislativo portador do verdadeiro conteúdo de desvalor jurídico-penal que o juízo de ilicitude carrega) centrado na ofensa a bens jurídico-penais. O bem jurídico-penal e a ofensividade são os pilares deste Direito Penal, referidos respectivamente ao objeto e ao modo de tutela. O princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*) situa o núcleo do conteúdo do desvalor da infração penal no desvalor do resultado (jurídico). O dano-violação e o perigo-violação, este último abarcando o concreto pôr-em-perigo e o cuidado-de-perigo, se apresentam como as três possíveis formas de manifestação da noção jurídico-penal de ofensividade, que encontra naquela última sua categoria-limite. Certamente não se exclui o desvalor da ação, pois o conteúdo de desvalor do ilícito típico apenas pode ser apreendido em toda sua complexidade através da união dos dois elementos¹⁴.

Enquanto critério substancial de legitimidade e de garantia, o princípio da ofensividade orienta o legislador penal através da limitação do universo de condutas tipificáveis (incidência no plano legislativo, de *jure condendo, ex ante*, a montante da elaboração da norma) e o julgador através da exigência do reconhecimento de uma efetiva ofensa ao bem jurídico-penal no caso concreto (incidência no plano hermenêutico-aplicativo, de *jure condito, ex post*, a jusante da elaboração da norma)¹⁵. Em termos onto-antropológicos: a verdadeira “pedra de toque do ilícito penal” é o “desvalor de cuidado”, enquanto específico desvalor do resultado que nega o “valor de cuidado” e, assim, o “outro”¹⁶.

50, 93 e s., onde aponta o ilícito penal como a desvaliosa ou prejudicial “oscilação” daquela relação, “não obviamente qualquer oscilação, mas apenas aquela que, aos olhos da comunidade historicamente situada, é tida por insuportável”.

¹⁴ Sobre tudo isto: COSTA, José de Faria Costa, *O perigo em Direito Penal*, pág. 241 e s., 620 e s.; IDEM, *Ilícito típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)*, pág. 22 e s. No mesmo sentido: D’AVILA, Fabio Roberto, *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pág. 37-182; IDEM, *Ofensividade em Direito Penal*, pág. 50 e s.

¹⁵ Com pormenores e oferecendo uma profunda fundamentação político-ideológica, legal e sobretudo constitucional do princípio, com especial destaque para o pensamento jurídico-penal italiano: D’AVILA, Fabio Roberto, *Ofensividade e crimes omissivos próprios*, pág. 37 e s., onde resume (pág. 46): “o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos corresponde a uma compreensão material do ilícito penal centrada na ofensa a bens juridicamente tutelados, na qual o desvalor do resultado é, por isto, chamado para a posição de pedra angular do ilícito típico (...), não havendo crime (legítimo) sem ofensa ao bem jurídico-penal”. Ainda: IDEM, «Ontologismo e ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do Direito Penal», SCHMIDT, Andrei Zenkner (Org.), *Novos rumos do Direito Penal Contemporâneo - Livro em Homenagem ao Prof. Doutor Cezar Roberto Bitencourt*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pág. 259-268; IDEM, *Ofensividade em Direito Penal*, especialmente pág. 50-55, 67-72, 93-103 e 108-126.

¹⁶ O valor de cuidado (enquanto “afirmação e potenciação do conjunto de ‘infinitas’ aberturas relacionais” de cada um na matriz comunitária e que “se expressa em atos de realização prática”, ou seja, “consubstancia-se em resultados”) reside na evitação e o desvalor de cuidado (enquanto negação daquelas

Certamente, como não há fatos “puros” ou “brutos” (pois os fatos são sempre visualizados e valorados como tais à luz de uma pré-compreensão na qual “se cruzam várias linhas de força axiologicamente relevantes”)¹⁷, o desvalor de cuidado não reside na mera causalidade, nem na simples finalidade, senão constitui uma categoria de sentido hermeneuticamente desvendada segundo determinada valoração social¹⁸.

Ainda que a partir de pressupostos filosófico-metodológicos distintos, a visão atualmente dominante na doutrina reconhece o “injusto da ação” (*Handlungsunrecht*) e o “injusto do resultado” (*Erfolgusunrecht*) como elementos irrenunciáveis do ilícito penal, atribuindo-lhes a mesma relevância¹⁹. Há mais de três décadas, precisamente durante o auge da eufórica radicalização do modelo de injusto pessoal pela teoria monista-subjetiva, *Stratenwerth* lançava algumas linhas básicas no sentido de afirmar a relevância do desvalor do resultado para a constituição do injusto penal²⁰. De qualquer forma, aqui se pretende destacar

precisas aberturas relacionais) na não-evitação de resultados penalmente desvaliosos. Assim, destacando o desvalor de cuidado como apoucamento ou empobrecimento do eu e do outro: COSTA, José de Faria, *Ilícito típico, resultado e hermenêutica*, pág. 22-29, onde acrescenta (pág. 23): “O ‘outro’ que é também representação individual dos valores comunitários no momento em que assume o papel de vítima — no momento em que é resultado e, por isso mesmo, já coisa e não sujeito — atira para o sujeito/agente o desvalor que tal ruptura relacional assume”. Ainda sobre o valor de cuidado, especialmente no campo das causas de justificação: MOURA, Bruno, «Legítima defesa “simbólica”? Ao mesmo tempo, sobre a lógica dos lugares inversos», *BFD* 87 (2011), pág. 506 e s.

¹⁷ COSTA, José de Faria, *Ilícito típico, resultado e hermenêutica*, pág. 14 e 15.

¹⁸ Termos que na atualidade são assumidos pela moderna teoria da imputação objetiva. Sobre os fundamentos e os critérios de imputação relevantes neste marco, por todos: GRECO, Luís, *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pág. 17 e s.

¹⁹ Por todos: ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General – Fundamentos - La estructura de la teoría del delito*, Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena *et al.*, Madrid: Editorial Civitas, 1997, pág. 323-326; IDEM, *Política criminal y estructura del delito - Elementos del delito en base a la política criminal*, Traducción de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hornazábal Malareé, Barcelona: PPU, 1992, pág. 49-51; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Traducción de la 4ª edición alemana por José Luis Manzanares Samaniego, Granada: Comares Editorial, 1993, pág. 194, 215 e s.; IDEM, *BFD - Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia* (1984), pág. 263 e s.; DIAS, Jorge de Figueiredo, *PG²*, pág. 287 e 288; STRATENWERTH, Günther, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho Penal*, pág. 50-54, 68 e s.; IDEM, *Derecho Penal, Parte General, El Hecho Punible*, 4ª ed., Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, Madrid: Thomson/Civitas, 2005, pág. 60, 65-67 e 429; BELLATTI, Carlos Alberto, *Ciencias Penales Contemporáneas* 7/8 (2004), pág. 87 e 97, onde salienta que uma concepção dualista é absolutamente compatível com uma concepção imperativa da norma e justifica a impunidade da imprudência sem resultado. De modo especialmente destacado: MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 4ª Ed., Barcelona: Tecfotó, 1996, pág. 120 e s.; IDEM, «Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal», *ADPCP* 47 (1994), pág. 5-28; IDEM, «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», *ADPCP* 41 (1988), pág. 661-683.

²⁰ STRATENWERTH, Günther, «Zur Relevanz des Erfolgsunwerts im Strafrecht», GRÜNWARD, Gerald *et al.* (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz, 1975, pág. 176-193, onde elabora as seguintes preposições básicas combinatórias: 1. O injusto só é plenamente fundamentado quando presentes o desvalor da ação e o desvalor do resultado. 1.1. Se apenas o desvalor do resultado está presente: 1.1.1. o injusto penal expresso pelo tipo está ausente; 1.1.2. na medida em que o mesmo desvalor do resultado seja abarcado por outros tipos penais (exemplo: a morte é elemento tanto do assassinato, quanto do homicídio negligente e das lesões corporais com resultado morte), pode ser relevante no sentido destes tipos. 1.2. Se apenas o desvalor da ação está presente: 1.2.1. nos delitos dolosos resta o injusto da tentativa (desde que punível); 1.2.2.

o desvalor do resultado, compreendido nos termos acima expostos, como o elemento central do ilícito-típico.

3. Tese monista-integradora

Partindo da unidade objetivo-subjetiva da ação, *Welzel* e *Hirsch* entendem que o desvalor pessoal da ação é o desvalor geral de todos os delitos. Por sua vez, o desvalor do resultado não passa de um elemento accidental, eventualmente presente em certos delitos e ausente tanto na tentativa inidônea quanto nos casos de punibilidade adiantada (delitos de mera atividade e delitos de perigo abstrato).

Quando constitui elemento constitutivo do injusto, o desvalor do resultado não aparece como um momento claramente independente, pois se situa dentro do desvalor da ação. O resultado abarcado pela vontade é uma parte da ação proibida. Logo, há uma nítida escala de desvalor da ação: na ação consumada o grau de injusto é mais intenso (desvalor da ação consumada) do que na ação tentada (desvalor da ação tentada)²¹.

Já no campo dos delitos imprudentes, a inaptidão do critério da finalidade (uma vez que a vontade do sujeito não está orientada à produção do resultado) obrigou *Welzel* a limitar o injusto ao desvalor da ação consubstanciado na infração do dever objetivo de cuidado: o resultado exigido no tipo se transforma em condição objetiva de punibilidade, a desempenhar apenas uma função de seleção das ações contrárias ao cuidado objetivo, enquanto parâmetro da intensidade da lesão ao dever de cuidado²². Em sentido um pouco diverso, *Hirsch* concebe o resultado nos crimes imprudentes não apenas como condição objetiva de punibilidade, mas também como um injusto mediato e adicional, ligado ao desvalor da ação a título de conexão com o risco criado, ou seja, uma consequência posterior ao injusto negligente, relevante para individualização da pena²³.

nos delitos culposos a ação é impune (salvo disposição em contrário do Direito Positivo). 2. O injusto penal só é plenamente excluído quando presentes o valor da ação e o valor do resultado (*Erfolgs- und Handlungswert*). 2.1. Se apenas o valor do resultado está presente (devido ao desconhecimento da situação justificante, por exemplo): 2.1.1. o desvalor do resultado é compensado pelo valor do resultado; 2.1.2. o desvalor da ação permanece, assim como a possibilidade de punição nos moldes da tentativa. 2.2. Se apenas o valor da ação está presente (devido à errônea suposição de uma situação justificante, por exemplo): 2.2.1. o desvalor da ação é compensado pelo valor da ação; 2.2.2. o desvalor do resultado permanece, aplicando-se, eventualmente, as regras sobre o erro.

²¹ WELZEL, Hans, *PG*¹¹, pág. 92, 186 e s.; HIRSCH, Hans Joachim, *La polémica en torno de la acción y de la teoría del injusto en la ciencia penal alemana*, pág. 50 e s.; IDEM, *Obras completas*, pág. 248 e s.

²² WELZEL, Hans, *JuS* 6 (1966), pág. 423 e 424; IDEM, *PG*¹¹, pág. 186 e s.; IDEM, *O novo sistema jurídico-penal*, pág. 19 e 83.

²³ HIRSCH, Hans Joachim, *Obras completas*, pág. 248 e s.; IDEM, *La polémica en torno de la acción y de la teoría del injusto en la ciencia penal alemana*, pág. 50 e s.

Todavia, a integração do desvalor do resultado no desvalor da ação dos delitos dolosos é inviável. A integração pretendida acaba por significar, na prática, um retorno ao conceito causal de ação. Quanto aos delitos imprudentes, atribuir ao desvalor do resultado apenas o rústico papel de “filtro” de punibilidade é menosprezar completamente o seu potencial crítico-garantista de conformação material da ilicitude penalmente relevante, critério a orientar tanto o legislador quanto o intérprete.

4. Tese monista-subjetiva

Para a vertente radical do finalismo, representada pela chamada “Escola de Bonn”²⁴, o injusto penal limita-se ao desvalor da ação e o desvalor do resultado figura apenas como condição objetiva de punibilidade, decidindo sobre a necessidade de pena. O conteúdo do desvalor da ação é definido de forma exclusivamente subjetiva (*desvalor da intenção*): a representação ou a vontade de atuação do autor é o elemento constitutivo do injusto. Enquanto infração da norma de conduta, o ilícito típico se consuma no momento em que o autor, segundo seu plano de ação, considera ter realizado tudo aquilo que julga necessário para a ocorrência do resultado e assume a perda da capacidade de evitá-lo: a partir deste instante, a ocorrência ou não do resultado está fora da dominabilidade do agente.

Uma vez que o injusto se esgota no desvalor da ação, o protótipo do fato punível doloso é a tentativa acabada. Consumação e tentativa acabada tornam-se, pois, equivalentes desde a perspectiva do ilícito (se duas pessoas atiram com dolo homicida em uma terceira pessoa e apenas uma das balas o atinge de modo mortal, ambos os atiradores realizaram o mesmo injusto e receberão o mesmo juízo de reprovação). Diante desta equiparação, a verdadeira diferenciação quantitativamente relevante será aquela estabelecida entre a tentativa

²⁴ Embora seja apontado como o fundador da Escola e tenha contribuído para o nascimento da orientação subjetivista, *Welzel* nem de longe pretendia chegar a um conceito exclusivamente subjetivista de delito. Sobre isso: HIRSCH, Hans Joachim, *Obras completas*, pág. 242 e 243. Como bem evidenciou *Stratenwerth*, o monismo subjetivista não é uma consequência necessária da teoria finalista da ação, sendo possível manter, desde as mesmas premissas, o desvalor do resultado no campo do injusto: o fato de a matéria de proibição ser uma ação final não conduz à prescindibilidade do desvalor do resultado. Assim: STRATENWERTH, Günther, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho Penal*, pág. 17, 68 e s. Isso é destacado também pelas concepções de *Welzel* e *Hirsch*, que mantêm, ao menos nos delitos dolosos, o desvalor do resultado como elemento do injusto. Em sentido contrário, *Lesch* alega que para os autores que partem da teoria dos imperativos, a inclusão do desvalor do resultado (definido causal-externamente) no injusto é obscura e “não pode ser normologicamente fundamentada”: LESCH, Heiko Hartmut, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, pág. 42. *Sancinetti* indica a existência de uma “nova escola de Bonn”, formada pelo pensamento de *Jakobs*, em oposição à “velha escola de Bonn”, representada por *Armin Kaufmann* e seus discípulos: SANCINETTI, Marcelo, *Fundamentación subjetiva del ilícito e desistimiento de la tentativa - Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Buenos Aires: Hammurabi, 2004, pág. 15 e s.

acabada e a tentativa inacabada, merecendo esta última a atenuação da pena. Até mesmo a tentativa supersticiosa constituiria injusto criminal, ainda que não punível.

São dois os fundamentos desta teorização²⁵. O primeiro deles é a moderna teoria dos imperativos, vale dizer, a concepção da norma penal como imperativo de conduta. Para esta construção, a função de proteção de bens jurídicos não pode ser desempenhada através da simples proibição de causações de resultado, senão mediante a proibição de ações finais dirigidas à produção daquelas causações e ações negligentes, em ambos os casos devido à tendencial ocorrência do evento. Em outros termos, a probabilidade de uma ofensa ao bem jurídico conduz à proibição da ação: a função da norma é influir no psiquismo de seus destinatários e motivá-los a evitar a realização de condutas dotadas de idoneidade ou aptidão ou tendência lesiva. Neste quadro, a matéria de proibição da norma de conduta é o atuar conduzido pela vontade direcionada para a produção do resultado, segundo a representação do agente: seria impossível motivar alguém a não ser causal para um evento, pois o destinatário da norma carece de representação sobre seu caráter causal para o resultado. O objeto da norma é sempre a omissão de uma ação final voltada para a lesão do bem jurídico. E como a produção do resultado não é um elemento conceitual da conduta final, a violação da norma (injusto) consiste somente na realização da conduta proibida, pouco importando suas consequências para o objeto de proteção. Enquanto infração da norma de conduta, o injusto penal será o objeto de reprovação do juízo de culpabilidade²⁶.

O segundo fundamento é a ideia de que a ocorrência ou não do resultado previsto no tipo penal é algo essencialmente casual, totalmente dependente do azar ou da sorte. Depois da tentativa acabada o agente perde o controle sobre o ulterior desenrolar dos acontecimentos, de modo que a ocorrência do resultado escapa à dominabilidade da ação humana e passa a ser regido pelo destino ou pela casualidade. Nesta trilha, o resultado não poderia ser elemento integrante do injusto, pois sua controlabilidade está além das possibilidades humanas. Assim, o resultado é transportado para fora do injusto e assume uma função de seleção das infrações das normas de conduta puníveis. Em outros termos, o resultado constitui apenas uma condição objetiva de punibilidade, reveladora da necessidade de pena. Por detrás deste

²⁵ Conferir referências nas notas anteriores. Informativos sobre o argumento normológico e o argumento da responsabilidade por casualidade: ROXIN, Claus, *PG*², pág. 323 e s.; STRATENWERTH, Günter, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho Penal*, pág. 68-73. Com pormenores: RUDOLPHI, Hans-Joachim, «Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre», SCHROEDER, Friedrich-Christian / ZIPF, Heinz (Hrsg.), *Festschrift für Reinhart Maurach*, Karlsruhe: C.F. Müller, 1972, pág. 51 e s.

²⁶ Por todos: KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas - Fundamentos de la dogmática penal moderna*, Traducción de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires: Depalma, 1977, pág. 87 e s.

argumento está a máxima segundo a qual “nas más ações decide a vontade, não o resultado” (*in malefíciis voluntas spectatur, non exitus*)²⁷.

Entre os representantes deste modelo teórico estão *Armin Kaufmann*²⁸, *Zielinski*²⁹, *Schöne*³⁰, *Struensee*³¹, *Sancinetti*³² e *Freund*³³. Sem embargo, a tese monista-subjetiva merece ser rechaçada: tanto o argumento normológico quanto o argumento da responsabilidade por casualidade ou pelo destino são incapazes de fundamentar qualquer teoria do ilícito penal alinhada a uma compreensão crítico-material baseada na ofensividade.

Quanto ao argumento normológico, cabe destacar que a teoria é incompatível com o princípio do Direito Penal do fato, ideia fundamental e pila indisponível da tradição jurídico-penal moderna. A tese subjetivista conduz a uma excessiva acentuação do desvalor da intenção, nos moldes de um conceito psicologizante de injusto. A subjetivização ou internalização unilateral e absoluta do ilícito consagra uma concepção moralista da norma, vale dizer, um Direito Penal da atitude interna, que renuncia à perspectiva externa e objetiva, ponto de partida de qualquer valoração de condutas típicas. Trata-se de uma concepção

²⁷ Adágio romano elaborado pelo imperador Adriano (*Digesto*, 48, 8, 14). Informativo: STRATENWERTH, Günter, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho Penal*, pág. 22, onde destaca que a fórmula reflete a polémica subjacente à teoria do injusto: a alternativa entre *voluntas* e *exitus*.

²⁸ KAUFMANN, Armin, «Sobre el estado de la doctrina del injusto personal», *Nuevo Pensamiento Penal* 5/8, (1975), pág. 168 e s.

²⁹ ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito - Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, Traducción de Marcelo Sancinetti, Buenos Aires: Hammurabi, 1990, especialmente pág. 144 e s., 238 e s.; IDEM, «El resultado en el concepto final de ilícito», *Doctrina Penal - Teoría y práctica en las ciencias penales* 41/44 (1998), pág. 283-313. Especificamente sobre o resultado como condição objetiva de punibilidade nos delitos culposos: IDEM, *Dolo e imprudência - Comentário a los §§ 15 y 16 del Código Penal Alemán*, Traducción de Marcelo Sancinetti, Buenos Aires: Hammurabi, 2003, pág. 120 e s.

³⁰ SCHÖNE, Wolfgang, «Sobre a posição do resultado nos delitos quase-dolosos de omissão», *Revista de Direito Penal* 19/20 (1975), pág. 22 e ss.; IDEM, *Imprudência, tipo e ley penal*, Traducción de Patricia Ziffer, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, pág. 15 e s.; IDEM, «Ação, omissão, conduta», *Revista de Direito Penal* 27 (1979), pág. 25 e s.

³¹ STRUENSEE, Eberhard, «Atribución objetiva e imprudencia», *Cuadernos de Política Criminal* 44 (1991), pág. 449-458, onde resume (pág. 458): “segue reclamando resposta a razão pela qual à infração da norma, à ação descuidada, deve acrescentar-se um resultado, e ademais adequado, para aumentar o injusto ou a culpabilidade ou para fundamentar a punibilidade. Para terminar, cito a Armin Kaufmann, que formulou a questão de forma gráfica e radical há mais de vinte anos: ‘deve aclarar-se a razão pela qual a culpabilidade pelo fato depende da perícia do médico e resulta difícil explicar que se a vítima morre seis meses depois do fato, surge repentinamente à culpabilidade do autor, enquanto este dorme placidamente em sua cama’”.

³² SANCINETTI, Marcelo, *Subjetivismo e imputação objetiva en Derecho penal*, pág. 23 e s.; IDEM, *Fundamentación subjetiva del ilícito e desistimiento de la tentativa*, pág. 119 e s.; IDEM, *¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, pág. 16 e s.; IDEM, «Por qué un concepto de ilícito penal sin disvalor de resultado permite uma dogmática más racional», *Revista Peruana de Ciencias Penales* 15 (2004), pág. 431-452, onde sintetiza: (pág. 432): “É sabido que em minhas duas investigações principais sobre a dogmática penal defendi a tese de que o fato punível, reprovável, tem que ser um acontecimento *completamente dominado pelo sujeito* a quem se imputa, o que exceda disso é *casualidade*” (destaque no original).

³³ FREUND, Georg, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre*, 2. Aufl., Berlin: Springer, 2009, pág. 6 e s., 40 e s., 50 e s., 458 e 459.

eticizante que confunde Direito e Moral, desconsiderando a importância da externalização objetiva do injusto enquanto ofensa a um bem jurídico. O desvalor da ação não pode ser algo meramente subjetivo (Direito Penal da vontade), pois a conduta é sempre uma unidade objetivo-subjetiva de sentido³⁴. Por outros termos ainda: o desvalor da ação ou da conduta não se resume ao mero desvalor da intenção ou da vontade, senão assume também uma dimensão de desvalor concebida como perigosidade objetiva *ex ante*³⁵.

A questão decisiva, neste contexto é: o que é um “fato” para o Direito penal? Parece evidente que um conceito naturalístico (como evento fenomenológico verificado no mundo exterior) está absolutamente descartado, em razão da natureza normativa do Direito Penal e do trabalho dogmático. Assim, o “fato” deve ser definido por um processo hermenêutico embebido na matriz onto-antropológica, como já assinalado (*item 2*)³⁶.

O princípio do fato é definido pela oposição entre o “interno” e o “externo” (*cogitationis poenam nemo patitur; de internis non judicat praetor*), dualidade ou clivagem dogmaticamente preenchida pelas noções de “subjetivo” e “objetivo”, respectivamente. Deixando de lado as questões atinentes à equivocidade deste último par conceitual³⁷, o “subjetivo” se refere àquelas circunstâncias do ilícito que pertencem ao campo psíquico do acontecimento (ao mundo da representação do autor) enquanto o “objetivo” se refere, negativamente, a tudo aquilo que está fora da psique do autor, ou seja, àquela parte do injusto que existe independentemente de sua representação³⁸.

³⁴ Para a crítica: ROXIN, Claus, *PG²*, pág. 324-326; IDEM, *Política criminal y estructura del delito*, pág. 49-51; HIRSCH, Hans Joachim, *Obras completas*, pág. 239 e 240; IDEM, *La polémica en torno de la acción y de la teoría del injusto en la ciencia penal alemana*, pág. 40-42; STRATENWERTH, Günther, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho Penal*, pág. 66 e 67; MIR PUIG, Santiago, *ADCPC* 41 (1988), pág. 661-683; JESCHECK, Hans-Heinrich, *PG⁴*, pág. 193, 215 e s., definindo a tese subjetivista como “extrema e inaceitável”. Salientando a confusão entre Direito e moral: KÖHLER, Michael, *La imputación subjetiva: estado de la cuestión*, ROXIN, Claus et al. (Coords.), *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid: Civitas, 2000, pág. 74 e 75.

³⁵ Nesse sentido, à luz da moderna teoria da imputação objetiva, o desvalor da ação (*ex ante* considerado) abarca não só o desvalor subjetivo (intenção ou vontade), mas também o desvalor objetivo (criação de um risco juridicamente desaprovado). Por todos: GRECO, Luís, *Um panorama da teoria da imputação objetiva³*, pág. 25 e s.

³⁶ A perspectiva onto-antropológica é totalmente avessa à compreensão do fato como aquilo que desestabiliza a norma (lesão à sua vigência), proposta pela visão mais radical do funcionalismo. Para a noção de fato nesta última vertente: JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, Traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997, pág. 328 e s.; ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid: Marcial Pons, 2003, pág. 174 e 175: “o fato (desligado de sua configuração naturalística) é a unidade básica de desestabilização normativa. Não é possível falar em sentido normativo de desestabilização de normas sem que se trate de um fato. (...) Fato é apenas o que desestabiliza normas”.

³⁷ SEARLE, John, *La construcción de la realidad social*, Traducción de Antoni Domènech, Barcelona: Paidós, 1997, pág. 27 e 28.

³⁸ STRUENSEE, Eberhard, «La teoría da la imputación objetiva», *Revista de Ciencias Penales* 4 (1998), pág. 257.

A teoria monista-subjetiva pretende compatibilizar-se com o princípio do fato atribuindo-lhe uma formatação também subjetiva: o fato, enquanto acontecimento “socialmente perturbador”, não é algo “externamente perturbador”; o que perturba é a atuação de uma decisão de ação dotada de certo conteúdo, enquanto tomada de posição do autor contra a norma. O princípio do fato limitar-se-ia à clássica função de impedir a ingerência penal sobre o pensamento (*cogitationis poenam nemo patitur*: os pensamentos estão isentos de pena), mas agora com um novo conteúdo: é lícito alcançar a decisão de vontade que, segundo a representação do próprio autor, se dirija ao exterior e já signifique, assim, uma perturbação à esfera de organização alheia³⁹.

Ocorre que, nestes termos, não estamos mais diante do princípio do fato, pois a mera representação da decisão de atuação subjetivamente dirigida ao exterior não constitui algo normativamente exterior, senão continua sendo algo normativamente interno, carente de qualquer relevância jurídico-penal (não é capaz de “perturbar” a tal “vigência da norma”): falar em uma “versão subjetiva do princípio da exterioridade” é uma *contradictio in adjecto*. Para o Direito Penal o ilícito é algo exterior, dotado de objetividade, e só pode ser definido como aquela ruptura da matricial relação de cuidado-de-perigo que alcança uma repercussão social insustentável⁴⁰. A mera decisão de vontade não é um fato no sentido social⁴¹, mas apenas o planejamento interno de um sistema psíquico e, como tal, deve ficar protegido pela máxima *cogitationis poenam nemo patitur: de internis non iudicat praetor*. Não configura nenhuma ruptura daquela primeira relação de cuidado-de-perigo. O juízo de ilicitude penal

³⁹ Por todos: SANCINETTI, Marcelo, *Subjetivismo e imputação objetiva en Derecho Penal*, pág. 79 e s.; IDEM, *¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados?*, pág. 18 e s., onde define a “versão subjetiva do princípio da exterioridade”, enquanto “objetividade da norma e subjetividade de sua infração” (pág. 19): “O princípio *cogitationis*, assim interpretado, ou o princípio da exterioridade, admite uma versão subjetiva. Esta versão é plenamente congruente com outra do *Digesto*, muito mais rica em conteúdo, que é raramente citada pela doutrina: *in malificiis voluntas spectatur, non exitus* (nas más ações decide a vontade, não o resultado). Ambos aforismos são completamente contraditórios se interpreta-se o primeiro em sentido naturalista, como: ‘proibido reacionar contra o que não apareça visível ao mundo exterior’. Os dois princípios compaginam-se somente em sua versão subjetiva”.

⁴⁰ COSTA, José de Faria, *Ilícito típico, resultado e hermenêutica*, pág. 16 e 17. Aqui fica evidente a oposição onto-antropológica ao modelo funcionalista sistêmico, que reduz o injusto à mera perturbação social: JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, pág. 235: “Dado que o injusto conforma uma perturbação social, injusto só pode ser, sempre, um comportamento pelo meio do qual o autor exterioriza algo; isto é, somente há injusto quando tem lugar a realização do tipo”. No mesmo sentido: ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, pág. 64 e 65.

⁴¹ SEARLE, John, *La construcción de la realidad social*, pág. 42. Ainda sobre a inexistência de verdadeiros “fatos psicológicos”: HRUSCHKA, Joachim, *Strukturen der Zurechnung*, Berlin: Walter de Gruyter, 1976, pág. 6 e s.

independe da atitude interna do agente: o decisivo são as bases onto-antropológicas. Epistemologicamente, o injusto é um fato objetivo⁴².

Como bem assinala *Searle*⁴³, a objetividade de um fato deve ser compreendida “no sentido de que não são questões de minhas preferências ou da de vocês, nem de minhas valorações (ou da de vocês), nem de minhas atitudes morais (ou da de vocês)”. Desta feita, o princípio do fato nem admite uma versão subjetiva, nem precisa ser conciliado com a máxima *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*, pois esta não pode ter nenhuma validade no Direito Penal contemporâneo, ainda herdeiro do Iluminismo.

A teoria dos imperativos concebe as normas como ordens dirigidas a indivíduos: proibições e mandatos se destinam à produção de efeitos no sistema psíquico, cujos limites são fixados externamente pela pele: os imperativos buscam motivar a psique de modo a direcionar os movimentos musculares do ser humano em determinado sentido. Esta perspectiva é absolutamente necessária, pois é inconcebível uma norma que não esteja vocacionada a influir no psiquismo do homem, encarado como uma *black box*: a questão de saber se o destinatário da norma formulará ou não os motivos ou contra-motivos de sua conduta e como essa formulação será feita é um assunto exclusivo do sujeito, pouco importando a intensidade dos esforços necessários para cumprir a norma e afastar a inclinação para o delito (trata-se de uma radicalização da separação entre moralidade e legalidade feita por *Kant*). Sem embargo, tal perspectiva não consegue explicar suficientemente a função da norma jurídica⁴⁴.

Se o decisivo para a tese atacada é o sentido que o autor, segundo seu plano de ação, confere ao fato, o injusto deixa de ser um fato relevante desde a perspectiva social e se torna uma mera relação individual entre o sistema psíquico e a norma: o significado que a vítima e os demais cidadãos possam atribuir ao fato resta excluído. Tal relação interna poderia explicar um mundo limitado a pequenos grupos muito íntimos (como nas sociedades religiosas), mas é incapaz de explicar a sociedade atual. Pode explicar o pecado, mas não o injusto penal⁴⁵.

⁴² Sobre o conceito de “fato objetivo”: SEARLE, John, *La construcción de la realidad social*, pág. 27.

⁴³ SEARLE, John, *La construcción de la realidad social*, pág. 21.

⁴⁴ Leitura neste ponto acertada: JAKOBS, Günther, *A imputação penal da ação e da omissão*, Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes, Barueri: Manole, 2003, pág. 24-33.

⁴⁵ Também corretos neste ponto: JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, pág. 235 e s.; LESCH, Heiko Hartmut, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, pág. 43-44, onde destaca que a teoria monista objetiva “opera, portanto, sobre a base de uma teoria da sociedade já superada, que avalia de forma equivocada as condições fundamentais da convivência social” e concebe o ilícito penal como “um ataque a bens (jurídicos) que sucede tão somente na cabeça do autor”. No mesmo sentido da crítica: ROXIN, Claus, «Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit», *ZStW* 116 (2004), pág. 936 e s.

Em síntese, a teoria monista-subjetiva ignora as bases onto-antropológicas sobre as quais as interações sociais se desenvolvem e desconhece que o sentido atribuído a um fato pela sociedade geralmente diverge do sentido outorgado unilateral e subjetivamente pelo autor. A norma deve ser compreendida simultaneamente como diretiva de conduta e expectativa institucionalizada⁴⁶. O seu destinatário deve ser concebido não como mero sujeito dotado de um sistema bio-psíquico, mas sim como ser-aí que participa de uma genésica relação de cuidado e assume-se como responsável pelo modo-de-ser-com-o-outro. Eis o verdadeiro do sentido do ser-pessoa. O certo é que o ilícito criminal não pode ser um ataque a bens jurídico-penais ocorrido apenas dentro da cabeça do autor: é preciso considerar sempre a prejudicial oscilação da originária relação onto-antropológico.

Também não merece ser acolhido o argumento da pura casualidade ou do mero acaso⁴⁷. Se bem é verdade que a execução de um delito planejado em seus mínimos detalhes pode fracassar, isto não significa que o resultado eventualmente ocorrido não possa ser atribuído ao agente como sua própria obra⁴⁸. Com efeito, a problemática da “irresponsabilidade organizada” no contexto da sociedade do risco é bastante complexa: muitas vezes o resultado é fruto de um sem-número de condições dificilmente identificáveis. Entretanto, as atuais teorias valorativas da causalidade e a moderna teoria da imputação objetiva foram elaboradas justamente para excluir a atribuição dos resultados que ocorrem por mera casualidade e justificar a atribuição daqueles nos quais a ofensa ao bem jurídico aparece como obra do próprio sujeito⁴⁹.

⁴⁶ Neste sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas», *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pág. 210: “uma teoria do delito construída exclusivamente sobre a relação entre diretiva e destinatário concreto tende a obviar de modo não plausível a dimensão social do delito”.

⁴⁷ Para a formulação mais trabalhada do argumento: SANCINETTI, Marcelo, *Fundamentación subjetiva del ilícito e desistimiento de la tentativa*, pág. 61-67; IDEM, *¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados?*, pág. 16 e s.; IDEM, *Subjetivismo e imputação objetiva en Derecho Penal*, pág. 60 e s.

⁴⁸ Assim: STRATENWERTH, Günther, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho Penal*, pág. 70 e 71.

⁴⁹ ROXIN, Claus, *PG²*, pág. 325; IDEM, *ZStW* 116 (2004), pág. 937 e s. Também crítico, ainda que argumentando no âmbito do dolo: HIRSCH, Hans Joachim, *Obras completas*, pág. 240 e s.; IDEM, *La polémica en torno de la acción y de la teoría del injusto en la ciencia penal alemana*, pág. 44 e s. Sobre a história da teoria da imputação objetiva: HÜBNER, Christoph, *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, Berlin: Duncker & Humblot, 2004, pág. 29 e s.

5. Tese monista-objetiva⁵⁰

Para *Jakobs* a norma jurídico-penal é uma expectativa social institucionalizada carente de qualquer conteúdo imperativo e o seu destinatário não é o indivíduo enquanto sistema bio-psíquico orientado pelo código satisfação/insatisfação de interesses, mas a pessoa construída normativamente pelo processo de mediação social da subjetividade, portadora de um papel ou *status* jurídico (geral-negativo ou especial-positivo) derivado de determinado feixe de expectativas e titular de um próprio âmbito de organização⁵¹.

Nesta perspectiva, o ilícito penal é perturbação social e reside na lesão à vigência da norma. Isto tanto no delito consumado quando no delito tentado. A tentativa não é a colocação em perigo de bens jurídicos, mas sim um quebrantamento pleno da norma, ou seja, algo completo, terminado, em si mesmo consumado: deste o ponto de vista do significado do comportamento, a tentativa é já um comportamento repleto ou cheio de sentido comunicativo-delitivo. A punibilidade da tentativa e a punibilidade da consumação encontram o mesmo fundamento: em ambos os casos o autor evidencia não ser regido pela norma atacada. A ocorrência do resultado naturalístico indicado no tipo legal é algo que foge à dominabilidade do agente e constituiu apenas uma intensificação da objetivização do quebrantamento da norma. O não reconhecimento da vigência da norma, enquanto ato comunicativo, é o resultado normativo do ilícito, vale dizer, o resultado especificamente jurídico-penal⁵².

Nesta trilha, toda norma penal assume o conteúdo da tentativa: “não debes dar começo à produção do resultado”. E a exata interpretação desta norma não estaria no “não debes dar começo a algo que a teu juízo constitua já uma causação do resultado”, mas sim no “não

⁵⁰ A tese, hoje amplamente superada, de que o ilícito penal exaure-se no desvalor do resultado também pode ser denominada de tese “monista-objetiva”. Entretanto, a mobilização da expressão relativamente à concepção de *Jakobs* deseja identificar a tendência de exaurir o ilícito penal no desvalor da conduta, agora definido exclusivamente à luz das regras de imputação objetiva.

⁵¹ JAKOBS, Günther, *A imputação penal da ação e da omissão*, pág. 5 e s.; IDEM, *Estudios de Derecho Penal*, pág. 225 e s.; LESCH, Heiko Hartmut, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, pág. 41 e s.

⁵² Assim: JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1997, pág. 865 e s., onde se lê (pág. 863): “Dado que tanto a tentativa quanto a consumação supõe ataques à vigência da norma, o autor da tentativa, da mesma forma que o da consumação, deve por de manifesto que não se rege pela norma. Tal é o conteúdo mínimo do fato punível”; IDEM, *Estudios de Derecho Penal*, pág. 117 e s., 232 e s., 326 e s., onde resume (pág. 117): “É frente a esta falta de reconhecimento da vigência da norma que o Direito penal, sempre que ocorra culpabilidade, reage. Por isso, constitui o resultado especificamente jurídico-penal”. E prossegue (pág. 326): “o Direito penal reside homogeneamente, tanto no caso de consumação, quanto na tentativa, no quebrantamento da norma que em ambas se produz de um modo completo. Ainda que tal quebrantamento da norma se objetivize mais intensamente na consumação que na tentativa, nesta o quebrantamento já é pleno no sentido de que a norma foi realmente infringida e não se limitou o sujeito, por exemplo, a projetar simplesmente sua infração”. No mesmo sentido: LESCH, Heiko Hartmut, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, pág. 41 e s. Informativo sobre esta concepção: ROXIN, Claus, *ZStW* 116 (2004), pág. 940 e s.

deves dar começo a algo que de acordo com um juízo racional e objetivo produza o resultado”, englobando todos aqueles comportamentos idôneos ou aptos (segundo o juízo objetivo *ex ante*) para a produção do resultado⁵³.

Isto significa que o injusto do fato se limita ao desvalor da conduta. A tentativa está acabada no momento em que o agente perde a dominabilidade ou influência sobre o resultado⁵⁴. Mas desta vez o desvalor não é definido desde uma perspectiva subjetivista, senão nos termos da moderna teoria da imputação objetiva, ou seja, a partir das pautas interpretativas fornecidas pela “semântica social” e que definem o caráter socialmente perturbador do fato: a conduta ilícita carrega o risco jurídico-penalmente relevante de conduzir ao resultado típico. Uma vez emanado e exteriorizado como *output* do âmbito de organização do autor, o risco já não é dominável sem uma ilícita ingerência em outros âmbitos de organização. Trata-se de uma leitura exclusivamente objetiva do princípio do fato: o “interno” não corresponde apenas ao “limite da pele”, senão alcança também os espaços em que o âmbito de livre organização da pessoa não afeta de modo jurídico-penalmente relevante a esfera pessoal de terceiros. Em outros termos, o desvalor objetivo da conduta nada mais é do que a criação de um risco não permitido através da realização de uma conduta dotada de perigosidade objetiva *ex ante*⁵⁵. O decisivo é a evitabilidade objetiva, fundada na “antiga concepção de pessoa, como máscara ou papel”, única capaz de conduzir a um verdadeiro “injusto pessoal”⁵⁶. O desvalor do resultado naturalístico, enquanto verdadeiro *corpus delicti*,

⁵³ JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, pág. 226 e 227.

⁵⁴ JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, pág. 328: “O autor declara por meio de sua conduta: esta norma não rege para mim nesta situação. Se o autor é separado desta conduta, a contradição com a norma se converte em algo pertencente ao passado, de modo que exclui uma desistência e somente já é possível um comportamento pós-delitivo. Mas quando fica separado o autor de sua conduta? A resposta é: sempre que ele perde ainda que seja somente uma possibilidade de influir sobre o mundo futuro; pois então já não se correspondem o mundo em que tem lugar a possibilidade perdida e o mundo das potencialidades do autor”.

⁵⁵ Sobre tudo isto: JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, pág. 127 e s., 232 e s., 293 e s., onde conclui (pág. 326): “injusto é o quebrantamento da norma, o significado daquela conduta que excede o risco permitido”. Também: LESCH, Heiko Hartmut, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, pág. 81 e s.; IDEM, «Es la determinación común sobre el hecho presupuesto de la autoría?», *Revista del Poder Judicial* 57 (2000), pág. 89: “o fundamento do injusto no Direito Penal constitui uma questão de imputação objetiva, enquanto que aparece como irrelevante a verdadeira disposição psíquica da vontade do autor”. Ainda: SOLA RECHE, Esteban, «La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal», *ADPCP* 47 (1994), pág. 167-185.

⁵⁶ Segundo *Jakobs*, em um Estado de liberdades, a análise do aspecto subjetivo do fato somente é lícita depois da verificação de *output* objetivamente desvalorado: o lado subjetivo do fato serve à realização do fim da pena enquanto manutenção da vigência da norma, ofertando mais informações acerca daquilo que, já desde um juízo objetivo, constitui uma perturbação social delitiva. Assim: JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*, pág. 120 e s., 232 e s., 293 e s., onde aponta que o injusto penal é a expressão de um déficit ou defeito de motivação para o cumprimento da norma determinado segundo critérios objetivos e que se manifesta no indivíduo. Em outros termos, a evitabilidade não é individual-psíquica (dolo e imprudência, enquanto fatos psíquicos, não fundamentam o ilícito, pois são apenas indícios da falta — objetivamente determinada — da motivação para cumprir a norma), mas objetiva (em função do critério do “bom cidadão” dotado da motivação

é o mais alto grau da manifestação do quebrantamento da vigência da norma e deve ser verificado mediante um juízo *ex post* no âmbito da teoria da determinação da pena⁵⁷.

Contudo, este modelo teórico também não merece prosperar. A despeito do mérito de recusar a tese monista-subjetiva, a compreensão em análise incorre nos radicalismos opostos e por isso fica no meio do caminho. De um lado, mantém o monismo e apenas substitui o subjetivismo pelo objetivismo, ignorando a unidade objetivo-subjetiva da conduta humana. De outro, concebe a norma como mera expectativa institucionalizada carente de qualquer conteúdo diretivo e o seu destinatário como mero centro de imputação artificialmente criado.

de um “cidadão perfeito” para a ordem jurídica). Nesta esteira, “se, como hoje é habitual, ao falar de ‘pessoa’, se faz referência a uma individualidade autônoma, ‘injusto pessoal’ é uma denominação errada para o anterior” (pág. 121).

⁵⁷ Não é o quebrantamento da expectativa normativa que se intensifica, já que a violação da norma existe ou não, é insuscetível de gradação: *tertium non datur*. Isto deriva do próprio código binário autopoiético do Direito: lícito/ilícito. O que é suscetível de uma diferenciação quantitativa e se intensifica com o resultado — entendido este como *corpus delicti* — é a objetivização do não reconhecimento da norma no mundo fenomênico. Sobre tudo isto: JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, pág. 117 e s., 326 e s., onde destaca (pág. 117 e 118): “Esta concepção não significa que apenas tenha importância o desvalor da ação. Ao contrário, o decisivo é que não se reconhece a vigência da norma, e este não-reconhecimento, ao ser um processo comunicativo, sempre precisa de uma objetivização (...). Também o movimento corporal sem resultado delitivo externo é uma objetivização; do contrário, careceria de interesse jurídico-penal. Nesta perspectiva, o resultado externo do delito é uma ulterior objetivização que incrementa quantitativamente o movimento corporal”. O resultado externo-naturalístico é “uma sequência que dá corpo a um determinado sentido, desde o começo da tentativa até a produção do resultado externo. Este, enquanto ponto final de uma sequência, não é um resultado isolado (morte de um ser humano), senão *corpus delicti* (realização de um assassinato). Desde esta perspectiva, a discussão entre desvalor da ação e desvalor do resultado é inadequada para captar aquilo do que se trata: o não reconhecimento da vigência da norma que se produz através da expressão de sentido de uma pessoa, podendo ser a objetivização mais ou menos intensa, isto é, quantitativamente diferenciada. (...) Então há um resultado que é parte da ação? Sempre o é a objetivização do não reconhecimento da vigência da norma. E, mais além, também pertence à ação um resultado externo? Algum tipo de objetivização necessariamente forma parte da ação. O fato de levantar bruscamente uma arma por si mesmo já é a causação de um resultado. E os demais resultados que derivam de maneira evitável do movimento corporal? Incrementam quantitativamente a objetivização”. Em sentido similar: FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación objetiva del resultado*, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 2004, pág. 543 e s., onde elimina do injusto o desvalor do resultado (rechaça-o tanto como elemento indicador da especial perigosidade da conduta, quanto elemento indicador de um injusto incrementado) e o situa como um requisito adicional e autônomo da norma de sanção, a definir o círculo de infrações da norma de conduta para as quais a pena ou seu agravamento aparecem como um meio adequado, necessário e proporcional. Nesta trilha, o resultado (a ser atribuído à conduta típica através da teoria da imputação do resultado) desempenha dupla função: (i) tornar mais perceptível a “magnitude da perturbação da paz jurídica e o repúdio pelo fato cometido, mas também a insegurança a ele devida”, pois “nas consequências do fato se faz perceptível para muitos a conduta defeituosa do autor, que de modo geral, seria somente para poucos; com elas, em lugar de uma fugaz conduta indevida, surge um estado indesejado mais ou menos duradouro; pense-se na morte de uma pessoa, na causação de uma lesão duradoura, etc. Portanto, também o efeito perturbador da paz jurídica do fato com consequências costuma ser notavelmente superior ao do fato sem consequências e igualmente o questionamento da norma em tal caso chega a ser mais claro e seu efeito mais acusado” (pág. 547); (ii): reforçar a lealdade à norma, deixando “o óbvio da inquebrantabilidade de determinadas normas de conduta (infringidas) nos casos em que se põe de manifesto o desvalioso de maneira especialmente gráfica”, assim “deflagrando efeitos de pedagogia social” (pág. 548). Em suma (pág. 547): “Correlativamente, o fundamento para abrir a possibilidade de emprego de pena agravada no caso de conduta com consequências há de ser visto no fato de que as necessidades (que devem ser satisfeitas legitimamente mediante a punição) em casos de conduta defeituosa com consequências costumam ser maiores que no caso de conduta defeituosa sem consequências”.

É bem verdade que o sujeito não pode ser um mero sistema bio-psíquico, porém o “ser-pessoa” não está no portar um determinado papel social derivado de instituições abstratas, mas sim naquele “cuidar do outro, cuidar de si cuidando do outro e cuidando este cuidar de si” do qual nos fala *Faria Costa*, um inescapável dado que resulta das entranhas da genésica condição humana: as pessoas se co-constituem através do emaranhado de teias de cuidados recíprocos⁵⁸.

Ademais, aqui vale também parte das críticas esgrimidas contra a teoria monista-subjetiva, no sentido de que a transformação da tentativa em forma-padrão do injusto conduz a consequências insustentáveis: (i) nos delitos dolosos, leva a uma absurda equivalência entre o injusto da tentativa e o injusto do delito consumado, a desconsiderar a inegável diferença material entre os graus de ilícito; (ii) nos delitos imprudentes, implica na punição de todo comportamento contrário ao dever objetivo de cuidado e na irracional equiparação em termos de pena entre a imprudência sem resultado típico e a imprudência com resultado típico⁵⁹.

6. Conclusão

A alternativa entre *voluntas* e *exitus* na verdade é uma falsa alternativa. Não por acaso, *Hirsch* tem razão ao afirmar que seria inconcebível um “homicídio sem morto”⁶⁰. Na verdade, para além dessa afirmação extremamente ilustrativa e referida a um tipo legal de crime em concreto, não será exagero sustentar que, em um Direito Penal ainda minimamente influenciado pelos tradicionais princípios da Ilustração, o ilícito criminal deve abarcar, junto ao desvalor da conduta (definido como unidade objetiva e subjetiva de sentido), o desvalor de resultado enquanto destruição da originária relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo, convulsão essa que se manifesta na ofensa a bens jurídico-penais (desvalor de cuidado).

Por certo, um dos inegáveis méritos do finalismo enquanto modelo compreensivo do Direito Penal foi tentar formular uma concepção de injusto criminal diretamente ligada à ideia de “pessoa”, de “ilícito pessoal”. Como visto, os termos desta formulação, ao menos na

⁵⁸ Conferir referências na notas 12 e 13.

⁵⁹ Assim: ROXIN, Claus, *PG*², pág. 324 e s., assinalando, entre outras coisas, que entre os injustos da tentativa e da consumação há uma diferença de merecimento de pena; JESCHECK, Hans-Heinrich, *PG*⁴, pág. 216, onde afirma que tais efeitos seriam “consequências político-criminalmente inaceitáveis”; STRATENWERTH, Günter, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho Penal*, pág. 25, 76 e s., onde também sustenta que a diferença entre o injusto da tentativa e o injusto consumado é de merecimento de pena (desvalor do injusto) e não de simples necessidade de pena (campo das condições objetivas de punibilidade); IDEM, *PG*⁴, pág. 66 e 67; HIRSCH, Hans Joachim, *Obras completas*, pág. 239 e 240; BELLATTI, Carlos Alberto, *Ciencias Penales Contemporáneas* 7/8 (2004), pág. 109 e 110.

⁶⁰ HIRSCH, Hans Joachim, *Obras completas*, pág. 239.

vertente mais radical do finalismo, são bastante problemáticos. Construir o injusto penal a partir de um “ser-pessoa” definido como destinatário de normas detentor de uma notável evitabilidade individual, capaz de tudo apreender e dominar através de suas representações psíquicas, é sustentar uma visão bastante idealista e irreal da individualidade. Tampouco convence postular, em termos funcionalistas, um ilícito penal baseado em um “ser-pessoa” concebido como mero artefato normativo resultante de um feixe de expectativas configuradoras de um determinado papel social. O ser-pessoa não é um mero sistema bio-psíquico, mas também não é uma mera construção normativa definida em função de competências. Tal processo de abstração e padronização não só dá lugar a absurdas distinções entre “cidadãos” e “inimigos”, como também ignora o ser humano de “carne e osso” enquanto verdadeira matriz onto-antropológica do Direito Penal e do seu permanente drama de legitimação. O ser humano enquanto ser-aí-diferente-com-os-outros, enredado em uma teia de recíprocas relações de cuidado-de-perigo. O ser humano enquanto *homo dolens*⁶¹. Somente esta perspectiva pode, em nosso ver, fundamentar um ilícito penal genuinamente “pessoal”.

⁶¹ COSTA, José de Faria, *O perigo em Direito Penal*, pág. 325 e 358; IDEM, *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivo*, pág. 69 e s., 223 e 224. No mesmo sentido: MOURA, Bruno, «Sobre o sentido da delimitação entre injusto e culpa no Direito Penal», *RBCCrim* 87 (2010), pág. 21 e 22.