

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO CENTRO DE
CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

O INJUSTO E OS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE JUSTIFICAÇÃO:
O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DISPENSADO À ATUAÇÃO
EM DESCONHECIMENTO DOS PRESSUPOSTOS OBJETIVOS DE
JUSTIFICAÇÃO.

MARCO ANTONIO SANTOS REIS

RIO DE JANEIRO

2008

MARCO ANTONIO SANTOS REIS

O INJUSTO E OS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE JUSTIFICAÇÃO: O
TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DISPENSADO À ATUAÇÃO EM
DESCONHECIMENTO DOS PRESSUPOSTOS OBJETIVOS DE
JUSTIFICAÇÃO.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Nilo Batista.

RIO DE JANEIRO

2008

R3751i

Reis, Marco Antonio Santos.

O injusto e os elementos subjetivos de justificação: o tratamento jurídico-penal dispensado à atuação em desconhecimento da situação justificante / Marco Antonio Santos Reis. - 2008.

116 f.

Orientador: Nilo Batista.

Monografia (graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 110-116.

1. Direito-Teoria. 2. Justiça. I. Batista, Nilo. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito. I. Título.

CDD 345.001

CDU 343.2

MARCO ANTONIO SANTOS REIS

O INJUSTO E OS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE JUSTIFICAÇÃO: O
TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DISPENSADO À ATUAÇÃO EM
DESCONHECIMENTO DOS PRESSUPOSTOS OBJETIVOS DE
JUSTIFICAÇÃO.

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade
Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial
para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Nilo Batista
UFRJ - Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Profª. Ms. Fernanda Lara Tórtima.
UFRJ - Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Prof. Ms. Rodrigo Duque Estrada Roig
UNISUAM.- Centro Universitário Augusto
Motta.

DEDICATÓRIA

Aos meus saudosos avós Gilson Santos e Oscar dos Santos Reis, cujos exemplos
me acompanharão por toda a vida.

AGRADECIMENTOS

A meu orientador, Prof. Nilo Batista, jurista que dispensa comentários, entusiasta das artes, apaixonado historiador do Direito Penal pátrio, cortês no trato social e pessoa com quem muito aprendi durante o ano de 2007 como seu monitor de Direito Penal (parte geral) e, agora, como seu honrado orientando.

À minha avó Marilda, mulher de bondade infinita e sorriso cativante. Obrigado pelo desvelo diário e pela ajuda material. Eu te amo.

A meu pai Marco Antonio, homem de caráter reto e notável inteligência interpessoal. Obrigado por ser sempre o meu maior amigo. Eu te amo.

À minha mãe Valéria, mulher de espírito formidável e extremamente companheira. Obrigado por ser minha bússola nas piores tempestades. Eu te amo.

A Luis Greco, amigo e pessoa simples, como todo gênio deve ser. Dono, ainda, de profundo senso de determinação e de solidariedade. *Vielen Dank!*

À Iracema Vaz Ramos Leal, profissional exemplar e ser humano fantástico. Minha escola na prática do Direito Penal.

A Rodrigo Coelho, grande amigo e penalista promissor, o Brasil precisa de sua natural vocação e inesgotável vontade de realizar justiça neste nosso amado e sofrido Direito Penal.

A Felipe Vianna, amigo geograficamente distante, mas próximo nas idéias. Sujeito inteligente, literato e apreciador de boa música. Obrigado pela leitura e debate dessas linhas.

A Danilo Freire, amigo de inteligência notável. Espírito de filósofo e especial colaborador deste trabalho.

A Gustavo Quandt, sujeito de inteligência espantosa e outro importante colaborador. Aos amigos para toda a vida: Daniel e Leonardo, um grande abraço.

Ao amigo Thiago, de idéias inovadoras e combativas. Obrigado pela leitura e discussões a respeito dessas linhas.

À Maria Alice pelo estímulo durante toda a graduação.

À biblioteca do Goethe Institut e à Lenice.

À biblioteca municipal Aluísio de Azevedo.

A Carlos, pela ajuda técnica na confecção da monografia.

À Bruna.

EPÍGRAFE

“Dass es mir – oder Allen – so scheint, daraus folgt nicht, dass es so ist. Wohl aber lässt fragen, ob man dies sinnvoll bezweifeln kann”. **Ludwig Wittgenstein - Über Gewißheit.**

RESUMO

REIS, M.A.S. *O injusto e os elementos subjetivos de justificação: o tratamento jurídico-penal dispensado à atuação em desconhecimento dos pressupostos objetivos de justificação*. 116 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente trabalho investiga a problemática do elemento subjetivo de justificação: seu conteúdo, seu fundamento e as conseqüências jurídicas. O tema, embora encerre um significado fundamental para a teoria do injusto, continua atual. As proibições e permissões revelam considerável harmonia em sua estrutura. O injusto abarca uma norma de conduta e uma norma de valoração. Uma ação, via de regra, é antijurídica quando realiza um tipo de injusto não coberto por uma causa de justificação. Assim como o tipo é formado por elementos objetivos e subjetivos do injusto, estabelecem-se também nos tipos permissivos elementos objetivos e subjetivos de justificação. Os desvalores da ação e do resultado da lesão típica do bem jurídico são, pois, compensados quando confrontados aos seus respectivos elementos objetivo e subjetivo de autorização da conduta. A ausência do elemento subjetivo de justificação provoca difíceis questões: quais conseqüências jurídicas resultam da atuação em desconhecimento dos pressupostos objetivos de justificação. Como punir o autor? O autor deve ser punido? Em verdade, o autor age objetivamente justificado, mas sem os elementos subjetivos de justificação, encontrando-se, assim, em um erro de tipo permissivo inverso. Segundo a teoria dominante do elemento subjetivo de justificação, o autor deve ter o conhecimento dos pressupostos objetivos da respectiva justificação ao agir, embora para a doutrina brasileira seja indiferente exigir que o autor conheça os pressupostos objetivos de justificação. É, assim, necessário que o autor também tenha a vontade de atuar conforme a respectiva causa de justificação. Para a opinião majoritária, o autor será punido por um fato antijurídico consumado, enquanto para a opinião contrária, será punido meramente por tentativa inidônea. As fases mais importantes, no que diz respeito ao desenvolvimento do estudo, são a fundamentação e exclusão do injusto. O trabalho, posteriormente, ocupa-se da relação entre desvalor da ação e do resultado dentro do conceito de injusto. As ações típicas significam sempre uma afetação de um bem jurídico na forma da criação de riscos não permitidos. O risco é verificado por meio da prognose póstuma objetiva (o observador objetivo). Por fim, a investigação analisa a construção dos valores da ação e do resultado na exclusão do injusto. Finalmente, o estudo volta-se para o papel da antijuridicidade material no que diz respeito às causas de exclusão do injusto.

Palavras -chave: elemento subjetivo de justificação – injusto – desvalor da ação e do resultado – causas de exclusão do injusto – valor da ação e do resultado.

ZUSAMMENFASSUNG

REIS, M.A.S. **Das Unrecht und die subjektiven Rechtfertigungselemente: die Rechtskonsequenzen der Tätigkeit in Unkenntnis der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen"** . 116 f. Monographie. (Graduierung in Rechtswissenschaft) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Die vorliegende Arbeit untersucht die Problematik des subjektiven Rechtfertigungselements: seinen Inhalt, seine Angemessenheit und die einschlägigen Rechtsfolgenfragen. Das Thema ist trotz seiner grundlegenden Bedeutung für die Unrechtslehre immer noch aktuell. Verbots- und Erlaubnissätze weisen in ihrer Struktur beträchtlich Übereinstimmungen auf. Es gehört zu dem Unrecht die Verhaltens- und Wertungsnorm. Eine Handlung ist in der Regel rechtswidrig, wenn sie einen Unrechtstatbestand verwirklicht und nicht durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt wird. So wie der Tatbestand aus objektiven und subjektiven Unrechtselementen gebildet wird, setzen sich auch die Erlaubnistatbestände aus objektiven und subjektiven Rechtfertigungselementen. Erfolgs- und Handlungsunwert des rechtsgutsverletzenden Tatgeschehens sind dann kompensiert, wenn ihnen die objektiven und subjektiven Elemente des jeweils einschlägigen Erlaubnissatzes gegenüberstehen. Die Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements provoziert eine schwere Fragen: welche Rechtskonsequenzen resultieren aus der Tätigkeit in Unkenntnis der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen? Wie der Täter zu bestrafen ist? Ist der Täter zu bestrafen? Handelt der Täter zwar objektiv gerechtfertigt, aber ohne subjektives Rechtfertigungselement, so befindet er sich in einem umgekehrten Erlaubnistatbestandsirrtum. Nach der herrschenden Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen muss der Täter in Kenntnis der objektiven Voraussetzungen des jeweiligen Rechtfertigungsgrundes gehandelt haben, aber für die brasilianisch Rechtsauffassung ist es gleichgültig zu erfordern, dass der Täter die objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen kennt. So ist es erforderlich, dass der Täter auch mit dem jeweiligen Rechtfertigungswillen handelt. Für die herrschende Meinung bestraft wird wegen einer vollendeten rechtswidrigen Tat, während der Gegenmeinung bestraft wird lediglich wegen (untauglichen) Versuchs. Die wichtigsten Phasen in Bezug auf die Entwicklung der Arbeit sind die Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss. Die Arbeit beschäftigt sich ferner mit dem Verhältnis von Handlungs- und Erfolgswert innerhalb des Unrechtsbegriffs. Tatbestandshandlungen bedeuten immer Rechtsgutsbeeinträchtigungen in Gestalt der Realisierung eines geschaffenen unerlaubten Risikos. Das Risiko ist durch eine objektiv-nachträgliche Prognose zu ermitteln (der objektive Beobachter). Am Ende analysiert die Untersuchung die Aufbau des Handlungs- und Erfolgswert in dem Unrechtsausschluss. Zuletzt beschäftigt sich die Arbeit mit der Rolle der materiellen Rechtswidrigkeit in Bezug auf die Unrechtsausschlussgründe.

Stichwörter: Strafrecht – Unrecht – subjektiven Rechtfertigungselements – Erfolgs- und Handlungsunwert – Unrechtsausschlussgründe.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

1- UNIVERSIDADES

INACIPE - INSTITUTO NACIONAL DE CIÊNCIAS PENALES

UFRJ – Universidade Federal do Rio de Janeiro

UFPR – Universidade Federal do Paraná

2- TRIBUNAIS

BGHSt – Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Decisões do BGH em matéria penal)

RG – Reichsgericht (Tribunal do Império alemão)

BGH – Bundesgerichtshof (Tribunal Federal equivalente ao nosso STJ)

STJ - Superior Tribunal de Justiça

RGSt – Decisões do Reichsgericht (Tribunal do Reich) em matéria penal.

3- LEGISLAÇÃO

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 PLANO DE INVESTIGAÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO.....	15
2.1 Marco Teórico.....	15
2.2 Grupo de casos.....	18
3 EXCURSO HISTÓRICO E CRÍTICO ACERCA DO INJUSTO.....	20
3.1 O conceito de injusto.....	20
3.2 A antijuridicidade objetivamente concebida e a teoria das normas.....	24

3.3 Uma primeira conclusão intermediária.....	28
4 ELEMENTOS SUBJETIVOS DE JUSTIFICAÇÃO.....	30
4.1 O estado da discussão no Brasil.....	33
4.2 Fundamento do elemento subjetivo de justificação.....	35
4.2.1 O argumento legislativo.....	35
4.2.2 A concepção do dolo.....	37
4.2.3 O finalismo: uma fundamentação pré-jurídica.....	38
4.2.4 O injusto penal.....	42
4.3 Conteúdo do elemento subjetivo de justificação.....	43
4.3.1 Tipos dolosos.....	43
4.3.1.1 <i>Conhecimento e vontade de atuar amparado por uma causa de justificação.....</i>	<i>43</i>
4.3.1.2 <i>O conhecimento da situação justificante.....</i>	<i>45</i>
4.3.2 Tipos culposos.....	47
4.4 Questões especiais.....	49
4.4.1 O exame conforme a um dever legal.....	49
4.4.2 Causas de Justificação mutiladas de dois atos ou de resultado cortado.....	51
4.5 Uma segunda conclusão intermediária.....	53
5 AS CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS DA AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DE JUSTIFICAÇÃO.....	54
5.1 Apreciação de um delito consumado.....	54
5.1.1 Teoria da congruência.....	54
5.1.2 Concepção monista-subjetiva do injusto.....	58
5.1.3 Apoio no fundamento das causas de justificação.....	59
5.1.4 Autonomia do pressuposto subjetivo de justificação na fundamentação do injusto.....	59
5.1.5 Outras considerações críticas.....	60
5.2 Eximente Incompleta.....	61
5.3 Tese da justificação plena e o rechaço aos elementos subjetivos de justificação.....	65
5.3.1 Críticas.....	68
5.4 Solução da tentativa.....	70
5.4.1 Derivação da inversão do erro de tipo permissivo.....	71
5.4.2 A teoria dos elementos negativos do tipo.....	71
5.4.3 Argumento orientado às conseqüências.....	73
5.4.4 Teoria da justificação separada.....	73
5.4.5 Críticas.....	75
6 O PRÓPRIO ENTENDIMENTO.....	79

6.1 O Direito Penal e o significado de bem jurídico.....	79
6.2 Norma de conduta e valoração jurídica de fatos lesivos.....	82
6.3 Fundamentação do injusto: o desvalor da conduta e a criação de um risco juridicamente desaprovado.....	84
6.4 Fundamentação do injusto: o desvalor do resultado e a realização do risco.....	89
6.5 Da exclusão do injusto.....	94
6.6 Resolução de casos.....	101
6.6.1 <u>Hipótese “A”</u>	101
6.6.2 <u>Hipótese “B”</u>	102
6.6.3 <u>Hipótese “C”</u>	103
6.6.4 <u>Hipótese “D”</u>	105
7 CONCLUSÃO.....	106
REFERÊNCIAS.....	110

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por escopo a análise dos chamados elementos subjetivos de justificação e, por via de consequência, o tratamento jurídico-penal dispensado às hipóteses em que ditos elementos não concorrem, a despeito de uma situação objetivamente justificante existente.

O tema, pouco abordado entre nós¹, encerra precioso atrativo dogmático. Sob este ponto de vista, a investigação proposta constitui verdadeiro teste à sistematização da teoria do delito e, para além das causas de justificação, percorre um itinerário indissociável de, pelo menos, dois aspectos sobressalentes. O primeiro e nuclear diz com a compreensão do injusto. O segundo se refere às regras aplicáveis ao erro sobre os pressupostos objetivos das causas de justificação.

Sob uma perspectiva histórica, o trabalho encontra-se em inelutável relação com o desenvolvimento da teoria do crime e, em especial, com a categoria da antijuridicidade e o fecundo debate que o seu estudo ainda propicia.

O sistema clássico assentava a ilicitude em alicerces puramente objetivos, consoante o ideário naturalista em voga. A explícita distinção entre o tipo (neutro, descritivo e mergulhado no dogma causal) e a antijuridicidade revelava o modo de conceber esta última: a aferição da conduta ilícita limitava-se a verificar a concorrência ou a ausência de uma causa de justificação.

Com o influxo do neokantismo, vinculado à filosofia dos valores do sudoeste alemão, o arquétipo naturalista acusa os primeiros sinais de ruína. Neste período, questiona-se o método das ciências naturais e sua idoneidade para lograr verdadeira compreensão da realidade suscetível de experiência. O método referido a valores, enquanto produto das chamadas ciências da cultura e do espírito, enseja a construção teleológica dos conceitos², o que inexoravelmente repercute no direito criminal³.

1 JUNIOR, Heitor Costa. Elementos subjetivos nas causas de justificação. **Revista de Direito Penal. Órgão Oficial do Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº 23, p.41-53, junho-dezembro, 1976.

2 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ed. Tradução de José Lamago. Fundação Calouste-Gulbekian: Lisboa, 1997, p.125 et seq. Título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*.

3 Veja-se, como exemplo desta repercussão de um método referido a valores a definição real de crime deste autor, para quem o delito é um acontecimento imputável que corresponde a um tipo legal e contradiz uma norma de cultura reconhecida pelo Estado. MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal Parte General**. Montevideo - Buenos Aires: B de f, 2007, p.71.

A antijuridicidade incorpora materialidade à sua idéia, erigindo-se à noção de lesividade social, muito embora VON LISZT⁴ já a houvesse concebido como ofensa ao bem jurídico, entendimento, via de regra, não esposado pelos causalistas⁵. O tipo objetivo e autônomo de BELING⁶, por sua vez, perde o viço diante da descoberta de que, não raro, o tipo alberga elementos normativos e subjetivos.

No que concerne aos elementos subjetivos, MAYER⁷, por meio de feliz metáfora (tipicidade e antijuridicidade comportam-se como fumaça e fogo) vislumbra que a realização típica assume o significado de *ratio cognoscendi*, isto é, guarda um indício da antijuridicidade, constituindo a mais importante base para o reconhecimento da mesma (a fumaça não é o fogo e nem o contém, entretanto, sua presença permite a ilação de que existe fogo, salvo prova em contrário).

Com os elementos normativos ocorre o inverso: estes, no dizer do autor, são genuínos elementos da antijuridicidade, uma vez que lhe servem de fundamento (*ratio essendi*)⁸.

O campo das relações entre tipo e antijuridicidade sofre inolvidável impacto. A possibilidade de valorar aspectos subjetivos já no âmbito do tipo penal, e não mais na categoria da culpabilidade, prepara o campo de análise do injusto para o aparecimento de novas concepções, como a teoria dos elementos negativos do tipo⁹.

A década de trinta assiste ao nascimento do finalismo de WELZEL, que, enquanto reação ao dualismo metodológico¹⁰ neoclássico, submete as categorias do delito às estruturas lógico-reais¹¹.

4 LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal alemão**. v.1. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p.219. Título Original: Lehrbuch des deutschen stranfrechts.

5 TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.148.

6 BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal: La Doctrina del delito-tipo**. Buenos Aires: Colección clásicos del derecho , EL FORO, 2002, p.84.

7 MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal Parte General**...p.12.

8 Segundo explica Mayer, os elementos normativos do tipo são as partes integrantes de um resultado típico dotadas somente de significado valorativo (como o caráter alheio da coisa subtraída no delito de furto). São, pois, autênticos elementos da antijuridicidade. MAYER, Max Ernst. Op.cit...p.229 *et seq.*

9 Para um estudo profundo acerca da teoria dos elementos negativos do tipo, veja-se: HIRSCH, Hans Joachim. **La doctrina de los elementos negativos del tipo penal**. El error sobre las causas de justificación. Santa Fe-Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2005.

10 O dualismo metodológico quer significar, grosso modo, que a consideração do valor e a do ser encontram-se lado a lado como círculos fechados e independentes. Cf. RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.14. Título Original: Rechtsphilosophie.

11 Estruturas lógico-objetivas são estruturas da matéria da regulação jurídica destacadas pela lógica concreta (*Sachlogik*), que se orienta diretamente à realidade, objeto de conhecimento. Cf. WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del Derecho Penal – Una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Tradução e notas por Jose Cerezo Mir. Montevideu-Buenos Aires: B de f, 2004, p. 31, n.2. Título

Neste sentido, o conceito de ação final reverbera seu conteúdo para a antijuridicidade. Como decorrência lógica, o ilícito pessoal se estabelece como pedra angular do injusto finalista: a antijuridicidade torna-se a desaprovação de um fato referido a um determinado autor¹². A transposição do dolo¹³, antes localizado na culpabilidade, para o tipo, transforma-se, talvez, na mais visível de todas as contribuições do finalismo. Saliente-se, por fim, a adoção de uma teoria extremada da culpabilidade, não perfilhada pelo Código Penal brasileiro¹⁴ e cuja repercussão se fez sentir no erro sobre os pressupostos objetivos de justificação.

Uma fase posterior marca o surgimento do funcionalismo, que comporta distintas características conforme a premissa elegida¹⁵. Em particular, a concepção de ROXIN¹⁶, assentada em um contexto teleológico e de hígida aproximação entre dogmática e política-criminal, revitaliza o mérito indelével do neokantismo sem subverter-se em um relativismo valorativo. Sob este prisma teleológico, a antijuridicidade material incorpora relevantes funções junto à teoria do delito, personificando, entre outras coisas, o palco idôneo à solução de conflitos de interesses.

Não obstante a vasta literatura, pouca concordância existe acerca do conteúdo da antijuridicidade e a estrutura do injusto. A corriqueira assertiva de que a ilicitude representa uma desconformidade entre a conduta e o ordenamento jurídico e a repercussão desta cláusula

Original : Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre.

12 WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del Derecho Penal – Una introducción a la doctrina de la acción finalista**, tradução e notas por CERESO MIR, Montevideu-Buenos Aires: editorial B de f, 2004, p.106 e ss. Título Original : **Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre.**

13 A inserção do dolo no tipo não resulta de fundamentos pré-jurídicos obrigatórios, contudo, é importante a título de garantia, isto é, de delimitação do âmbito de intervenção punitiva e, portanto, também da liberdade individual. Assim, TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal...** p. 307.

14 Cf. BRASIL. Código Penal. Exposição de Motivos, item 17.

15 Não raro a crítica parece confundir ou não mencionar o fato de que o funcionalismo de Jakobs, de viés sistêmico, difere da orientação teleológico-normativa de Roxin. Também com certa frequência, e de maneira errônea, afirma-se que o sistema de Roxin é alicerçado na teoria sistêmica norte-americana de Parsons e Merton, muito embora inexista qualquer referência na obra do professor de Munique no sentido dessa aproximação sociológica. Cf. crítica aludida em ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal – Parte General**, 2. ed. Buenos Aires: ediar, 2002, p. 385. Em verdade, quem se inspira em Parsons para negar qualquer relevância ao bem jurídico e constituir um sistema baseado na estrita danosidade social é Amelung, aluno de Roxin, que pelo mestre é criticado nesse aspecto. ROXIN, Claus. **Derecho Penal - Parte General: Fundamentos de la Estructura del Delito**, t.1. Tradução e notas Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas Thompson, 1997, § 2º, nm.33, p.68. Título Original: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Fora da Alemanha, é possível, dentre outros, citar dois autores funcionalistas: PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito**. Tradução Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal. Parte Geral**. T.I. Coimbra: Coimbra, 2004.

16 ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2.ed. Tradução Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

para outros campos de investigação reclama contornos mais nítidos e substanciais. A resposta às necessidades de sistematização, coerência e realização de justiça ao caso concreto é, contudo, empreitada complexa, para a qual este trabalho pretende dar sua parcela de contribuição no que diz respeito ao seu objeto de exame.

2 PLANO DE INVESTIGAÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO.

Findas estas considerações introdutórias, insta proceder às etapas de desenvolvimento deste trabalho. Inicialmente, faz-se imperiosa uma concisa reflexão sobre o conceito de injusto: a controvérsia sobre sua unidade, a visualização de seu caráter objetivo e seu atual estágio de compreensão. Importará, ainda, uma breve alusão à antijuridicidade, desde uma perspectiva da teoria das normas e da lesão a bens jurídicos. O apartado terminará com uma exposição crítica referente aos elementos subjetivos de justificação (sua origem, existência, fundamento e conteúdo) e o panorama da questão no Brasil.

Em uma fase ulterior, o estudo volta-se para o tratamento jurídico-penal dispensado às hipóteses de atuação em desconhecimento da concorrência dos pressupostos objetivos de justificação. Este exame revelará que diferentes formas de se conceber o injusto resultam em distintas respostas jurídicas, a saber: a punição pelo delito consumado; a apreciação de uma tentativa (inidônea); a chamada eximente incompleta e uma justificação plena.

Por derradeiro, o estudo oferece uma análise do fenômeno à luz do ordenamento jurídico-penal brasileiro e da concepção de injusto penal defendida neste trabalho, bem como aduz suas conclusões.

2.1 Marco Teórico

Antes de adentrar os pontos aludidos são necessárias algumas considerações acerca das premissas em que se baseia o estudo.

Extensa é a literatura jurídica referente à legitimação do Direito Penal. Do ato de fé puramente retributivo – que enxerga a pena como compensação ou expiação do mal causado – até os discursos abolicionistas¹⁷, o referido tema continua a frequentar as discussões acadêmicas.

Apesar de a pena consistir em um mal incontestado, inexistem condições político-estruturais para o seu abandono ou o do Direito Penal. Se o ordenamento jurídico-penal tem sua razão de ser na orientação de condutas humanas, a infração da norma primária carece de uma resposta, sob pena de, aos olhos da comunidade, aceitar-se aquela lesão e difundir-se um

¹⁷Pela corrente abolicionista, de diversos matizes, vejam-se: o abolicionismo de viés marxista em MATHIESEN, Thomas. **The politics of abolition** London: Martin Robertson, 1974; a concepção fenomenológica de HULSMAN, Louk e de CELIS, Jacqueline bernat. **Penas perdidas: O Sistema Penal em Questão**. Tradução. M.L.Karam. Niterói: Luam, 1993, e um abolicionismo fenomenológico-historicista de CHRISTIE, Nils, **Abolire la pena? Il paradosso del sistema penale**. Tradução Italiana. Con introduzione di Massimo Pavarini. Torino: Edizioni Grupo Abele, 1985. Saliente-se ainda o minimalismo penal de BARATTA, A., **Principi del diritto penale mínimo**. Per una teoria dei diritto come oggetti della legge penale.. In: **Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale**, anno III, n° 3, set./dic., 1985, p. 525-553.

sentimento de que não interessa o prevalecimento do Direito, conforme pontua WINFRIED HASSEMER¹⁸. Neste sentido é forçosa a construção de uma dogmática comprometida em delinear limites racionais para a atuação do poder punitivo estatal. O leitor, entretanto, poderá indagar-se a respeito de como deve ser traçado tal desiderato.

Primeiramente, a norma jurídico-penal não deve fundar-se em um dever geral de obediência, que visa a proteger determinados valores ético-sociais em referência a um atuar humano¹⁹. A tentativa de alicerçar o Direito Penal em bases puramente ontológicas, com vistas à realização de um particular ideário ético-social, além de ver-se obrigada a enfrentar as freqüentes críticas ao substrato jusnaturalista que lhe serve de base, convive com o constante perigo de se ultrapassar a sutil fronteira entre proteção jurídica e moral.

Tampouco compete à norma proibitiva funcionar como instrumento restaurador de expectativas sociais defraudadas²⁰, no intuito exclusivo de estabilizar ou reafirmar sua identidade em relação a dado sistema. Tal premissa reserva à manutenção do sistema social tamanho apreço que ignora a razão de ser do próprio Direito: a de atuar em benefício das pessoas que convivem em um determinado círculo social, resguardando-lhes um núcleo mínimo de livre determinação.

Este estudo identifica-se, portanto, com a compreensão de um Direito Penal enquanto sistema aberto²¹ e de caráter teleológico-racional, cujo limite e fundamento são dados pela Constituição. Entende-se por sistema aberto aquele capaz de considerar, na medida de sua necessidade, dados da realidade e elementos normativos a fim de verter maior justiça ao caso concreto. Com isto, abandona-se um protótipo de sistema exclusivamente formal-

18 INSTITUTO NACIONAL DE CIÊNCIAS PENALES (INACIPE). HASSEMER, Winfried. **Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal**. México, D.F., 2003, p. 26.

19 WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: Parte General. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p.3.

20 Conforme acentua Jakobs, a prestação que realiza o Direito Penal consiste em contradizer, por sua vez, a contradição das normas determinantes da identidade da sociedade. O Direito Penal confirma, portanto, a identidade social. O delito não se toma como princípio de uma evolução e nem tampouco como hipótese que deva ser solucionada de modo cognitivo, mas sim como comunicação defeituosa, sendo imputado este defeito ao autor, como culpa sua. Noutros termos, a sociedade mantém as normas e nega-se a entender a si mesma de outra forma. Nesta concepção, a pena não é tão só um meio para manter a identidade social, mas já constitui a manutenção em si. O Direito penal restabelece no plano da comunicação a vigência perturbada da norma cada vez que se leva a cabo, seriamente, um procedimento como consequência de uma infração à norma. Isto significa, ao mesmo tempo, que com isso se representa a identidade não modificada da sociedade. JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Tradução de Cancio Meliá e Feijó Sánchez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1996, p.18-19.

21 Conforme pontua Nilo Batista, a construção de uma dogmática aberta é o desafio que o penalista brasileiro, ainda hoje tem diante de si. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 122.

classificatório, menos preocupado em obter respostas mais justas e racionais aos problemas que se lhe apresentam do que em manter um universo fechado e estanque de categorias.

O ponto de partida do presente estudo conclui que as proibições penais, por regra geral, abrangem aquelas condutas que criam riscos juridicamente desaprovados, consoante um juízo de intensidade do perigo, desde uma perspectiva *ex ante*, a um bem jurídico. Ainda que o princípio de proteção a bens jurídicos nem sempre logre explicar a criação de tipos penais, constitui importante núcleo de garantia, cujo carácter negativo impede a criação de tipos penais que não afetem de forma grave a um bem jurídico dotado de certa relevância.

Noutros termos, a teoria do bem jurídico-penal, ainda que cumpra um papel positivo de proteção, traduz sua verdadeira razão de ser na tarefa de delimitar o âmbito de liberdade individual. As proibições penais, no âmbito do risco juridicamente desaprovado, hão de encontrar limite pontual no complexo de direitos e garantias consagrados constitucionalmente e, sobretudo, em um núcleo imponderável de liberdade, tributário da idéia de dignidade humana.

No campo do injusto penal merecem peculiar desvelo as regras que regem sua fundamentação e exclusão. No que concerne à fundamentação do injusto, insta esclarecer o conteúdo e o modo pelo qual relacionam-se os desvalores da conduta e do resultado.

Na seara das causas de exclusão do injusto ou das justificações deve ser dispensada análise similar aos respectivos valores da conduta e do resultado. Tal exame revelará em que medida é possível uma compensação entre desvalores do tipo de injusto e valores atrelados às causas de exclusão do mesmo.

Esta aspiração não poderá realizar-se, entretanto, sem alguma referência ao conceito de ilicitude e à idéia de valoração jurídica da lesividade do fato punível. É neste contexto que o estudo se descortina e, afinal, salienta sua importância.

Por fim, um pormenor terminológico. Apesar de referir-se às causas de exclusão do injusto, o presente estudo não realiza qualquer distinção de grau entre estas e as chamadas causas de justificação, conforme, por exemplo, pretende HANS-LUDWIG GÜNTHER²².

2.2 Grupo de casos

22 Segundo informa Roxin, este autor divide as causas de justificação tradicionais em dois grupos: as causas de exclusão do injusto penal expressam somente a renúncia a uma desaprovação jurídico-penal da conduta, como é o caso do consentimento presumido. Por outro lado, as causas de justificação devem encerrar uma aprovação jurídica geral, como, por exemplo, a legítima defesa e o estado de necessidade. ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General...p. 557.

A título exemplificativo, eis alguns casos:

- a) Um jovem “J” deseja matar seu padrasto “P”. Ao adentrar o quarto de “P” – munido de uma arma de fogo e sem saber que “P” tentava sufocar com um travesseiro a sua esposa “E” (e mãe do jovem), que se debatia encoberta pelo corpanzil de “P”, – o jovem “J” atira, e “P” é alvejado no coração pelo tiro que perfura suas costas. Pergunta-se: qual a consequência jurídico-penal da conduta praticada pelo jovem, sabendo-se que o padrasto “P” veio a falecer em função do tiro?
- b) “B” é inimigo de “A” e, por diversas vezes, já havia tentado matá-lo. Entretanto, desde a última vez em que os dois se encontraram, “B” prometeu não mais falhar em seu intento. É certo que, inclusive, cartas ameaçadoras de “B” foram enviadas para “A”. Depois do último episódio, “A”, impregnado por um sentimento de ódio, decidiu que daria basta naquela situação caso “B” cruzasse seu rumo novamente. Meses após, “A” caminhava pela rua em tarde ensolarada até o seu posto de trabalho munido de uma arma, quando, por acaso, avista aquele que agora era alvo de sua ira. “A” não teve dúvidas: disparou contra “B”, ignorando o fato de que o mesmo, momentos antes de ser alvejado, apenas esperava “A”, sob sua mira, dar-lhe as costas para acionar o gatilho de uma arma de fogo municada, cujo longo cano prateado restava visível e fazia perceptível volume dentro de seu casaco. “B” não resiste ao disparo e falece em seguida. Posteriormente, a perícia encontra no bolso do casaco de “B” uma agenda, em que o mesmo deixava claro o intento de matar “A” naquela data e local, bem como uma arma devidamente municada em suas mãos. Qual a consequência jurídico-penal quanto à conduta praticada por “A”?
- c) Um médico conduz seu veículo, com imprudência e em velocidade incompatível com a segurança exigida pelas características da via em que trafegava, até o lugar de um acidente com vítimas em estado delicado. Chegando ao local, verifica-se que o seu conhecimento técnico e o rápido atendimento são dois aspectos cruciais ao salvamento dos acidentados. O médico consegue salvar os feridos, entretanto, nada sabia do ocorrido até haver chegado ao local. Atua justificadamente este médico, ou comete o delito do artigo 311 do Código de Trânsito Brasileiro?
- d) O indivíduo “I” atira uma pedra contra a janela de uma casa, que ostentava uma bandeira enorme do time rival, com o intuito de prejudicar o proprietário “P”. Ignora, todavia, que naquele estabelecimento um recém-nascido estava prestes a falecer por asfixia, em virtude de abandono doloso de “P”. A janela quebrada permite, contudo, que a criança não venha a falecer. “I” atua justificadamente?

3 EXCURSO HISTÓRICO E CRÍTICO ACERCA DO INJUSTO.

À investigação importa realizar uma breve, porém valiosa, análise referente ao conceito de injusto: a controvérsia sobre sua unidade, sobre seu caráter objetivo e seu atual estágio de compreensão. Faz-se útil, neste sentido, também uma concisa alusão à

antijuridicidade desde uma perspectiva da teoria das normas e da lesão a bens jurídicos. Em etapa posterior, caberá ao estudo abordar os elementos subjetivos de justificação em si: seu histórico, o debate acerca de sua existência, seu fundamento e conteúdo. Por último, um panorama do estado da questão na doutrina pátria.

3.1 O conceito de injusto.

Conforme salienta ROXIN, na categoria do injusto, a conduta típica concreta é analisada de acordo com os aspectos da autorização ou da proibição, considerando-se em tal exame todos os elementos da situação particular. Esta esfera da teoria do crime não se circunscreve, portanto, somente à antijuridicidade, mas também se insere no contexto da conduta típica ²³.

Sob um ponto de vista político-criminal, o juízo do injusto apresenta algumas relevantes funções: a de coadunar o Direito Penal ao ordenamento jurídico como um todo, bem como as valorações inerentes a este; a de apresentar princípios materiais indispensáveis à solução de conflitos de interesses; a de estabelecer uma base para as medidas de segurança e outras conseqüências jurídico-penais e a de permitir melhor adequação da teoria do tipo e do erro²⁴.

Conforme elucida MOLINA FERNÁNDEZ, desde uma perspectiva metodológica, o hodierno sistema do delito é herdeiro do paulatino desenvolvimento oriundo do método sintético-sistemático, concebido durante o humanismo e próprio do *mos gallicus*. Este método propiciou a integração do exame de aspectos parciais da responsabilidade penal (dolo, culpa, tentativa, entre outros) em sistemas organizados de explicação do delito. Desta raiz, surgiram as atuais partes gerais de diversos códigos de mesma tradição jurídica²⁵.

Segundo este autor, desde uma perspectiva material, algum antecedente do juízo de antijuridicidade pode ser encontrado em antigas distinções do procedimento inquisitorial da idade média. Enquanto o chamado *corpus delicti* tinha como finalidade a determinação da existência de um fato delituoso, o *certitudo auctoris delicti* ocupava-se de determinar se a pessoa contra quem se dirigia o processo havia cometido o delito previamente acreditado. Deste modo, enquanto a primeira etapa apurava a existência de elementos objetivos contrários

23 ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. 3.ed. Tradução, notas e introdução por Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 235 et seq.

24 Ibidem.

25 Cf. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. **Antijuridicidad y sistema del delito**. Barcelona: J.M. Bosch, 2001, p. 93-94.

ao Direito, a segunda envolvia a perquirição de aspectos subjetivos, voltados à imputação do sujeito²⁶.

Haveria ainda, conforme salienta o autor, um último precedente da distinção sistemática do injusto e da culpabilidade, situado na teoria filosófico-moral da imputação. Deste modo, distinguia-se entre imputação do fato à sua causa física (*imputatio physica*) e a imputação a um sujeito livre (*imputatio moralis*)²⁷.

Digno de nota é, também, o inolvidável contributo de TOMÁS ANTÔNIO GONZAGA, trazido a lume por KEILA GRINBERG e, recentemente em aula inaugural na Universidade Federal do Paraná, alvo de especial atenção por BATISTA²⁸. Em seu Tratado de Direito Natural, datado de 1772, o arcádico DIRCEU concebe a imputação como um raciocínio. Imputar uma ação não pode ser outra coisa senão julgar se o agente está nos termos de suportar o castigo destinado pelo ordenamento contra os executores de semelhante ato.

Segundo GONZAGA, toda ação só se pode imputar ao seu autor, de modo que não se imputam àquele as que se processam sem a concorrência da vontade e da razão, pois o não advento de tais pressupostos, elide o caráter de ação humana do fato. Eis as duas primeiras regras básicas.

Considera, ademais, que não se imputam as ações sob o efeito de ignorância invencível (amparada pelo critério da máxima diligência moral exequível), ao contrário daquelas passíveis de superação. A partir daí, ocupa-se GONZAGA da atual *actio libera in causa* para a imputação da conduta somente nos casos em que a ignorância invencível apenas em si mesma, e não em sua origem ou causa. Posteriormente, trata dos casos de ação invicta, nomenclatura compatível com o atual estudo do que é ou não consideração ação para o Direito Penal.

Em HEGEL, o injusto significa a relação de contrariedade entre a vontade geral do Direito e a vontade particular do indivíduo. Diante desta oposição, resta ao Direito negar o injusto mediante sanção a fim de reafirmar-se e determinar-se como válido e real²⁹. HEGEL

26 Idem, p. 96-97.

27 Idem 102-103

28 BATISTA, Nilo. **Imputação para principiantes** (brasileiros). In: Aula inaugural do ano letivo da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, ministrada em 07 de março de 2008.

29 HEGEL, Georg Wilhelm Friederich. **Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse**: mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen. Auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel. Frankfurt am Main: Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft, 1970, 607, p. 173 *et seq.* **Princípios da Filosofia do Direito**. 1.ed. Traduzido por Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, §82, p.80.

distingue, pois, três modalidades de injusto³⁰, entre as quais o delito seria sua verdadeira manifestação³¹, pois, neste, aquela vontade geral estaria diante de uma oposição consciente da vontade particular do indivíduo³².

Conforme este modelo, a ação nada mais era do que a objetivação da vontade do sujeito, de modo que tão-somente o compreendido pela vontade consciente do autor poder-lhe-ia ser imputado como obra sua. Esta formulação sofreu críticas pontuais, seja pelo seu tom obscuro usualmente encontrado em suas obras³³ ou em virtude de uma suposta inaplicabilidade no que respeita às condutas imprudentes³⁴.

A despeito de sua imperfeição e da ausência de consenso entre os intérpretes de sua teoria, o pensamento hegeliano significou uma tentativa de elucidação do injusto e permitiu o desenvolvimento de ulteriores concepções.

Pelas mãos de KÖSTLIN, discípulo de HEGEL, algumas mudanças no conceito de injusto são realizadas³⁵, preservando-se, porém, a essência da contrariedade entre a vontade do particular e a vontade geral do Direito. O delito consubstancia o injusto cabal e real. Neste, o indivíduo não apenas conhece, mas quer a divergência entre a sua vontade particular e a geral.

Ainda muito impregnada pelas idéias hegelianas, a teoria de KÖSTLIN não soube, contudo, explicar de modo congruente por que denominar o injusto civil de autêntico, uma vez que, para este autor, o delito (última categoria de injusto) encerra um injusto completo e real.

Coube a JHERING³⁶ a separação entre injusto objetivo e culpável. Por meio da utilização de exemplos simples (a pretensão do proprietário contra o terceiro possuidor de boa-fé e o furto), o notável jurista alemão operava a distinção mencionada.

30 A primeira modalidade de injusto, típica dos danos civis, descrita por Hegel é o chamado injusto não malicioso (*Unbefangenes Unrecht*), em que a oposição entre vontade geral e particular é desconhecida pelo sujeito. A segunda modalidade denominada Fraude (*Betrug*), que pode ser traduzida como fraude ou engano, caracteriza-se pelo conhecimento por parte do sujeito de que sua vontade contraria a vontade geral e pelo desconhecimento de terceiro que confia na correção da vontade do particular.

31 HEGEL, Georg Wilhelm Friederich. Op.cit., p.178.

32 A definição hegeliana de injusto espelha justamente a valorização da figura do Estado-Nação, identificado com a “vontade geral”.

33 Conforme salienta J.H. Stirling, citado por Popper, a filosofia de Hegel foi, então, um escrutínio tão profundo do pensamento que ficou, na maior parte ininteligível. POPPER, Sir Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, p. 33.

34 Esta crítica, contudo, não é aceita por todos. V. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando.

Antijuridicidad penal y sistema del delito. Barcelona: J.M. Bosch, 2001, p. 203 et seq.

35 Köstlin abandona a categoria da fraude, bem como declara o injusto civil (não malicioso) como autêntico, uma vez que a vontade individual manifestada exteriormente contraria a vontade geral, ainda que o agente não conheça essa relação de contrariedade. Cf. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Ob.cit., p.206 et seq.

36 Idem., p. 217.

No caso da pretensão do proprietário da coisa contra o terceiro possuidor de boa-fé, resta irrelevante a apuração de responsabilidade subjetiva. Trata-se apenas de examinar se existe um estado de coisas contrário ao Direito.

Ao revés, havendo subtração de um bem de propriedade alheia, imprescindível é a reprovabilidade subjetiva pela ofensa ao Direito, consubstanciada na consciente e premeditada lesão.

Observa-se, pois, que enquanto o injusto objetivo (típico do direito civil) guarda alguma relação com a produção de um certo estado de coisas desvalorado pelo Direito, o injusto culpável exige alguma reprovabilidade frente à atuação do agente.

O desenvolvimento teórico de JHERING encontrou, contudo, sensível rechaço nas críticas de MERKEL. Conforme este autor, se o injusto objetivo é puramente concebido por meio da produção de um estado de coisas desvalorado, tal formulação, sob pena de tornar-se incoerente, obriga a qualificar de antijurídicas as lesões oriundas de eventos naturais ou mesmo lesões provocadas por animais³⁷.

Segundo réplica de JHERING, ainda que o injusto objetivo excluísse a culpabilidade, não excluiria a vontade humana. De acordo com esta premissa, sua teoria viu-se obrigada a separar ação de culpabilidade³⁸.

Outra objeção, não menos relevante, é a que põe em xeque a coerência de um conceito de antijuridicidade alicerçado na produção de um estado de coisas desvalioso com a eventual licitude ou obrigatoriedade *ex ante* da ação que os gera.

Sem minudenciar o tema, dois aspectos podem, desde já, ser destacados nesta sede: por um lado, a importância da discussão mencionada para a ulterior compreensão do binômio desvalor da ação e do resultado e, por outro, os desdobramentos do injusto objetivo para a antijuridicidade objetiva no direito penal.

3.2 A antijuridicidade objetivamente concebida e a teoria das normas.

Consoante explicitado supra, o inicial desenvolvimento de um injusto objetivo para o direito civil, sobretudo por JHERING, teve seus efeitos propalados para a esfera do direito penal. Esta tentativa de transplantar um injusto concebido objetivamente no direito civil para o direito criminal encontrou pontos diversos de fundamentação, bem como rechaços pontuais, os quais serão brevemente comentados.

37 Idem., p. 308.

38 Idem., p. 220.

A teoria imperativa imprópria³⁹ das normas, idealizada por THON, intentou construir um injusto objetivo não culpável e, para tal, abrigou dois núcleos argumentativos. O primeiro deles consistia na afirmação de que todo o Direito reduz-se a um conjunto de imperativos. A norma, em seu complexo de proibições e prescrições, não pretende comprovar a obediência de seus destinatários, mas evitar a conseqüência deletéria de seus atos. Neste sentido, THON ensaiava os primeiros passos para a ulterior maturação da norma valorativa, hoje admitida por boa parte da doutrina.

Como complemento ao caráter imperativo do Direito, a norma haveria de dirigir-se, indistintamente, a qualquer conduta que se lhe opusesse. Irrelevante na busca desse desiderato seria a capacidade ou condição concreta de obediência de seus destinatários. Este segundo aspecto, bastante significativo, justifica-se, no contexto de sua teoria, pela necessidade de a contrariedade entre norma e conduta ser conhecida para terceiros indiretamente afetados⁴⁰.

Para um neokantista como MEZGER, o direito é, acima de tudo, uma ordenação objetiva da vida. A antijuridicidade – sinônima de injusto – significa o juízo impessoal-objetivo sobre a contradição existente entre o fato e o ordenamento jurídico, enquanto a culpabilidade ocupa-se da imputação pessoal de certo fato a seu respectivo autor⁴¹.

MEZGER distinguia entre a chamada norma objetiva de valoração do direito que, por sua vez, materializa aquela ordenação objetiva de vida, e uma norma de determinação. Esta deve dizer ao indivíduo o que fazer ou omitir para que a norma de valoração seja respeitada e satisfeita. Nota-se, destarte, o traço distintivo da preponderância do desvalor do resultado, já que a norma tem um propósito fundamental valorativo⁴².

OEHLER concebe como núcleo do injusto objetivo uma norma imperativa de direito, impositiva da abstenção de todas as ações que lesionem bens jurídicos. Da infração desta norma resulta o caráter antijurídico do fato. A exemplo de MEZGER, a norma imperativa de direito independe da verificação acerca da capacidade do destinatário de atuar conforme a compreensão do injusto. O imperativo de direito tem como destinatário todos os homens desde o nascimento até a morte, independentemente de suas circunstâncias pessoais ou capacidade de motivação no que tange ao comando normativo⁴³.

39 Idem., p. 276 et seq.

40 Idem, p. 278.

41 MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**. Libro de Estudios. Parte General. 6.ed. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p.133 et seq.

42 Idem, p. 134.

43 MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. **Antijuridicidad...**, p. 285.

As sucessivas tentativas teóricas de conceber um injusto objetivo revelaram a importância do aspecto material ineludível da lesão a bens jurídicos. Não obstante, sob a perspectiva da teoria das normas, tais formulações não ficaram imunes à crítica.

Sob este aspecto não é passível de olvido MERKEL, jurista que com maior clareza traduziu, sobretudo no embate dogmático travado com JHERING, as vicissitudes de um injusto puramente objetivo ou não-culpável à luz da teoria das normas.

Para MERKEL, a violação das normas de direito objetivo compõe o único modo de contrariedade entre comportamento e Direito. Essencial à configuração desta contrariedade (injusto) é o preenchimento de dois requisitos: que a conduta examinada produza uma lesão da vontade geral objetiva materializada na norma e que haja imputabilidade, ou seja, que o destinatário concreto seja dotado de capacidade para cumprir aquilo que lhe é ordenado. Forçosa, portanto, a inseparabilidade de antijuridicidade e culpabilidade⁴⁴.

BINDING⁴⁵, ao longo das três edições de sua principal obra, passou de defensor de um injusto unitário e entendido como violação de um dever pessoal de obediência à norma (conforme uma teoria imperativista) a uma compreensão bipartida: um injusto objetivo para o direito civil e outro referido à culpabilidade, no âmbito criminal.

Em seus últimos trabalhos, BINDING já identificava o tipo subjetivo com a culpabilidade, enquanto o tipo objetivo do delito significava a realização de todos os seus elementos por um comportamento humano não culpável. O tipo objetivo absorve especial importância e abarca a antijuridicidade do fato juridicamente desvalorado. Transformou-se o fato na essência da antijuridicidade. Segundo este raciocínio, fato antijurídico e omissão antijurídica são substantivos, para os quais a culpabilidade é adjetivação.

Outra formulação notável, e brevemente comentada, é a teoria das normas de ARMIN KAUFMANN. Segundo informa PESSOA⁴⁶, para KAUFMANN, a norma encerra uma forma ideal abstrata da obrigação dos homens. Entretanto, não há norma que prescindia de um juízo de valor enquanto pressuposto de sua existência própria.

Consoante sua teoria, três são as valorações que servem de esteio à existência da norma. Um primeiro juízo de valor (positivo) é aquele que cria bens jurídicos. A segunda valoração, por sua vez, refere-se a acontecimentos (humanos ou não) e pode ser negativa, quando um bem jurídico é lesionado ou posto em perigo, e positiva, quando o bem jurídico é protegido ou criado. Por fim, uma terceira valoração leva em conta as condutas e, a exemplo

44 Idem, p. 308 et seq.

45 Idem, p. 313 et seq.

46 PESSOA, Nélon. **Injusto penal y tentativa**. Desvalor de acción y desvalor de resultado. Injusto tentado e injusto consumado. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 122 et seq.

da anterior, revelará caráter negativo ou positivo conforme o bem jurídico seja lesionado ou protegido por um comportamento humano.

Destarte, a norma se expressa como proibição ou mandado e opera no intuito de estimular condutas, dirigindo-se à capacidade, isto é, ao poder de o homem fazer ou não fazer. O homem, enquanto sujeito da norma e portador de um dever, para que seja destinatário da norma, necessita da capacidade de ação. Esta consiste na possibilidade de o sujeito reconhecer o conjunto de circunstâncias assinaladas pela norma.

O sujeito deverá estar em condições de calcular, em razão de seu conhecimento das circunstâncias de fato já existentes e de seu saber causal geral, o curso da ação proibida. Para que haja capacidade concreta de ação, contudo, é necessário ao sujeito realizar, consoante suas capacidades físicas e psíquicas, a decisão de executar uma determinada ação.

Embora a doutrina tenha logrado certo acordo – a culpabilidade assentou-se na moderna teoria do delito como categoria autônoma, tal qual a antijuridicidade –, o debate não resulta irrelevante. A dogmática penal continua empenhada na tarefa de conceber a melhor constituição do injusto, sua relação com a teoria das normas e os conseqüentes desdobramentos para os demais planos e categorias da teoria do crime.

Saliente-se que a concepção dominante enxerga uma norma diretiva ou de determinação da conduta. Tal norma tem a função de prescrever ao indivíduo o que deve ou não fazer. Nesta sede, entretanto, não se indaga da condição do destinatário de obedecer ao comando normativo, de modo que a norma de determinação não distingue entre imputáveis e inimputáveis. Por outro lado, o injusto engloba uma norma de valoração, consistente na realização antijurídica do tipo desaprovada pelo Direito como algo que não deve ser, e cristalizada na lesão do bem jurídico. Enquanto a norma determinativa fundamenta o desvalor da ação, a norma de valoração ocupa-se do desvalor do resultado, perfazendo a estrutura de fundamentação do injusto.

Não é concebível um sistema jurídico baseado exclusivamente em uma norma de valoração conforme respeitável setor neokantista defendeu. Evidente é o fato de o Direito trabalhar com componentes de conteúdo valorativo, entretanto, é o viés normativo que lhe distingue de outras ciências.

Se é desejável conceber a norma primária como um instrumento que exerça influência na motivação dos cidadãos a ela submetidos, no intuito de preservar não apenas um complexo de bens jurídicos precípuos à convivência em sociedade. Ela deve também delimitar o âmbito de liberdade individual, que encerra um ato comunicativo através de prescrições e proibições. Deve, portanto, exprimir as regras exigidas por uma convivência pacífica e democrática.

Tampouco as regras secundárias, dirigidas aos órgãos da justiça incumbidos de aplicar a pena, possuem caráter diverso do imperativo. São regras de observância obrigatória, caso dados todos os pressupostos que informam a sanção.

Por outro lado, a valoração jurídica possui função própria e autônoma decorrente da necessidade de proteção de bens jurídicos. O efeito de uma conduta sobre este núcleo não deve ser olvidado, pois suas repercussões atingem não apenas o ordenamento jurídico em si, mas o próprio titular do bem jurídico digno de proteção. A valoração material de uma conduta não se expressa apenas mediante a ausência de lesão, mas também incide sobre a conduta que diminui ou evita uma lesão maior.

Um injusto que atenda tão-somente a considerações imperativas da norma pune pela mera desobediência, enquanto o injusto reduzido à valoração ignora o caráter normativo que encerra o Direito enquanto instrumento de pacificação social, de realização da dignidade humana e da delimitação das liberdades e garantias do cidadão.

A despeito do fecundo debate sobre a antijuridicidade e seus aspectos formal e material é comum apresentá-la, sem maiores investigações, por meio da desconformidade entre certo comportamento e o ordenamento jurídico, no conjunto de suas proibições e permissões.

Segundo VON LISZT, determinada conduta é formalmente contrária ao Direito quando transgredir alguma ordem estatal. Materialmente ilegal é, por sua vez, a conduta contrária à sociedade. Este nível material da infração, contudo, independe de apreciação pelo legislador que, decerto, não o cria⁴⁷.

A teoria da correspondência, ao revés, defendeu que todo o fato formalmente antijurídico é também materialmente ilícito à luz de considerações jurídicas. Isto não significa, todavia, obstar a inequívoca e íntima relação entre antijuridicidade e a noção de lesividade social.

Conforme salienta MOLINA FERNÁNDEZ, não há conflito algum entre a tese da correspondência e o aspecto social da antijuridicidade. O ilícito é uma criação jurídica, determinado pela verificação de contrariedade entre uma conduta e o ordenamento jurídico no conjunto de suas proibições e permissões. Logo, toda conduta ilícita, formalmente concebida, encerra um conteúdo material de lesividade que explica sua proibição, e toda conduta materialmente antijurídica só existe se a ela corresponde uma proibição formal. Como a lesividade do fato tem o condão de fixar o nível do proibido e estabelecer graduações entre fatos ilícitos, e o injusto abarca ambos aspectos, produz-se uma falsa aparência de que

⁴⁷ V. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. **Antijuridicidad...**p. 51.

antijuridicidade formal e material são fenômenos distintos, quando, em verdade, é a própria lesividade quem desempenha o papel de graduar o ilícito⁴⁸.

3.3 Uma primeira conclusão intermediária.

As linhas que se seguiram revelam que embora o debate a respeito de como devem ser concebidos o injusto e a antijuridicidade seja antigo, o tema permanece relevante na confecção de um sistema do delito.

Apesar de certa concordância, até certo ponto correta, de que o injusto reporta-se a uma dupla origem normativa (normas de determinação e valoração), o presente estudo prefere a designação norma de determinação e valoração jurídica acerca da lesividade que certo fato encerra.

Nesta linha de raciocínio, não será tão importante uma fundamentação apegada à teoria das normas, pois tanto os desvalores como os valores da conduta e do resultado que compõem esse núcleo chamado injusto, ao revés, devem ser vistos dentro de um processo de imputação.

Tal processo de imputação se dá em dois níveis. Em um primeiro campo, compatível com uma norma diretiva de conduta, insta verificar se o comportamento encetado pelo agente cria um risco juridicamente proibido. Trata-se, pois, da imputação ao agente da infração à norma de conduta, com base em um juízo objetivo de aferição da licitude do risco criado. Um segundo nível se ocupa de verificar os critérios pelos quais um resultado lesivo pode ser materialmente imputado ao fato praticado pelo agente. Trata-se de um nível de valoração jurídica da lesividade do fato.

Em síntese, para que sobre determinada conduta possa recair o juízo de antijuridicidade esta deve preencher as exigências do tipo penal, os requisitos de imputação, bem como em seu amparo não deve concorrer nenhuma causa justificante. É justamente sob este contexto dogmático complexo do injusto que se descortina o objeto de análise do presente trabalho: os elementos subjetivos de justificação.

48 Idem., p. 55 et seq.

4 ELEMENTOS SUBJETIVOS DE JUSTIFICAÇÃO: HISTÓRICO, FUNDAMENTO E CONTEÚDO.

A primeira referência histórica clara acerca dos elementos subjetivos do injusto, apesar de observada no âmbito do Direito Civil, é atribuída a FISHER. Segundo este autor, em certos casos a determinação da antijuridicidade tornar-se-ia impossível sob a perspectiva exclusivamente objetiva. Necessário, pois, considerar determinados elementos subjetivos do autor. Isto se manifestava, por exemplo, na hipótese do possuidor de boa-fé que, conhecendo o caráter alheio da coisa, estaria obrigado a devolvê-la⁴⁹.

A exigência de elementos subjetivos também se mostrou presente nas infrações contra os bons costumes, as quais necessitavam de uma intenção reprovável do autor para evidenciar o caráter delitivo da conduta. A imprescindibilidade dos elementos subjetivos haveria de

49 Idem., p. 454.

abranger, inclusive, as causas de justificação: o resultado, cuja produção está proibida, só pode estar permitido nas diversas causas de exclusão do injusto quando presente no autor a finalidade de atuar conforme a respectiva eximente⁵⁰.

Embora seja um importante marco na teoria dos elementos subjetivos do injusto, a formulação de FISHER não logrou êxito imediato na seara criminal em virtude da ausência de critérios hábeis à distinção dos elementos subjetivos, isto é, se estes deveriam pertencer ao injusto ou à culpabilidade⁵¹.

Sem dúvidas, a teoria dos elementos subjetivos do injusto só ganha definitiva importância através das obras de HEGLER e MAYER. Consoante lição do primeiro⁵², o crime, à luz da antijuridicidade, revela um comportamento externo que é desvalorado pelo ordenamento jurídico em razão de sua lesividade social. A concepção clássica acima retratada requer uma correção de conteúdo, pois, apesar de a conduta externa provocar uma lesão de interesses juridicamente protegidos, nem sempre a referida lesão é somente fruto desse comportamento externo.

HEGLER afirmava a antijuridicidade daquelas condutas que são materialmente injustas desde o ponto de vista teleológico da ilicitude, concebida como violação de interesses tutelados pelo ordenamento jurídico na medida em que se lhes acrescenta determinado momento subjetivo⁵³.

Esta correção proposta por HEGLER manifestou-se nos chamados crimes de “tendência interna transcendente⁵⁴” (*überschießender Innentendenz*). Nestes, assinala o autor que a intenção integra o injusto, uma vez que é condição do caráter socialmente lesivo do fato.

Outro autor cuja presença no debate se faz impostergável é MEZGER. Este propõe a conhecida classificação tripartida no campo da fundamentação do injusto: delitos de intenção, de tendência e de expressão.

Os primeiros correspondem àquela classe de delitos já exposta por HEGLER. Nos crimes de tendência, a nota característica reside em uma inclinação subjetiva, responsável por atribuir ao fato determinado significado reprovável que, se ausente, não teria o condão de

50 Idem., p. 455.

51 Ibidem.

52 Idem., p. 456

53 Apud POLITOFF, SERGIO. **Los elementos subjetivos del tipo legal**. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1965, p.20.

54 O termo transcendente, também traduzido literalmente por “excedente”, refere-se a uma intenção do autor que ultrapassa aquilo que é, de fato, realizado. A escolha por excedente denota que a esfera subjetiva do delito revela maior extensão que o objetivo. V. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. **Antijuridicidad...**p. 457, n.36.

gerar um juízo de censurabilidade. Por sua vez, nos delitos de expressão, a conduta encerraria um processo ou estado interno, psíquico do autor⁵⁵.

A conclusão é intuitiva: só é possível averiguar a tipicidade ou antijuridicidade dessas hipóteses fáticas por meio de um cotejo entre o fato externo e o aspecto psíquico inerente ao autor.

Desde a sua concepção, os elementos subjetivos do injusto geram profunda controvérsia entre as diversas escolas dogmáticas que pretendem fundamentar o injusto. Grosso modo, é possível traçar dois segmentos principais reunidos sob este denominação. Em um primeiro bloco estão aqueles que se referem às circunstâncias objetivas do delito, remontando a idéia da consciência e da vontade de realizar o fato punível. Em outro plano, descansam aqueles componentes anímicos específicos de motivação do autor, em uma alusão a sua atitude interna⁵⁶.

A despeito da discussão relativa ao posicionamento adequado de tais elementos, a doutrina oscila entre o injusto ou culpabilidade. No que tange à exigência dos mesmos, os teóricos ora alargam e, noutras vezes, reduzem seu grau de participação na conformação da teoria do crime.

De acordo com a postura sustentada neste estudo, o questionamento a ser feito é o seguinte: a lesividade de um fato para determinado bem jurídico é ou não afetada por elementos atribuídos à psique do autor? Sob um aspecto material é difícil afirmar que os motivos ou intenções do autor possam assumir significado decisivo para a efetiva lesão de um bem jurídico.

Tais elementos representam, no máximo, uma indicação mais ou menos segura, e não livre de controvérsias, da moralidade do indivíduo. Basta verificar que, não raro, uma conduta imprudente, desprovida de motivos moralmente reprováveis, repercute de maneira mais lesiva em relação a determinado bem jurídico do que uma conduta dolosa, planejada em detalhes e moralmente desprezível, que fracassa em seu intento.

Conforme salientado, a doutrina, em geral, admite que certos delitos evidenciam alguma referência a elementos subjetivos. Como exemplos paradigmáticos, são aduzidos os crimes contra a honra e contra a liberdade sexual.

Na hipótese dos delitos contra a honra, o fato objetivamente considerado pouco diz em relação à lesividade. Contudo, tampouco a intenção de ofender do autor revela significado decisivo.

55 MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**...p. 136 et seq.

56 MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. **Antijuridicidad**...p. 467.

O relevante, nessas hipóteses não é outra coisa senão o significado atribuído pela vítima ao fato. Decerto que ofensas ou injúrias imprudentes são impuníveis. O que se deve levar em consideração, todavia, é que a necessidade do elemento subjetivo nesta hipótese (a vontade de ofender a honra alheia) nasce da peculiaridade do bem jurídico em questão: a lesão da honra não encerra um dano sobre um objeto externo. Tal lesão, apesar de só apreciável na presença de dolo, dependerá, em última instância, do significado atribuído pela vítima à conduta.

Curioso, notar, como nos crimes contra a honra, que uma palavra, aparentemente injuriosa e agressiva segundo um determinado padrão, quando compreendida sob contexto diverso, pode significar mesmo um elogio. Vejam-se como exemplo as “ofensas” proferidas entre amigos.

Situação semelhante ocorre nos chamados delitos contra a liberdade sexual. Nestes casos, o ânimo libidinoso deveria ser substituído pelo conhecimento de que ocorre uma situação de significado sexual agressivo para a vítima⁵⁷. Tal situação será observável mesmo quando não houver uma intenção por parte do autor de satisfazer a sua libido.

4.1 O estado da discussão no Brasil.

A doutrina brasileira, de um modo geral, dispensou escasso interesse aos elementos subjetivos de justificação. Este apartado procura delinear um panorama nacional do tema em estudo. Em um primeiro momento, observa-se a preferência por uma justificação plenamente objetiva, na esteira do sistema clássico do delito. Com o advento do finalismo e seu tardio, porém duradouro, acolhimento quase unânime pela doutrina pátria, passou-se a admitir a existência de elementos subjetivos de justificação consistentes na consciência e na vontade de atuar no sentido da causa de justificação.

HUNGRIA⁵⁸ reputava que, sequer na legítima defesa, far-se-iam necessários elementos subjetivos de justificação. Segundo o notável jurista, as causas de exclusão da antijuridicidade são apreciadas de modo puramente objetivo, sem a necessidade de concorrência da opinião do agente, irrelevante para a configuração da justificante.

57 Idem, p. 762 et seq.

58 HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. v.1. t.2. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.587

MAGALHÃES NORONHA⁵⁹ asseverava que a “antijuridicidade representa um juízo de valor em relação ao fato lesivo”, e que essa “apreciação é puramente objetiva, não dependendo de condições próprias do autor do fato”.

Consoante BRUNO⁶⁰, em algumas hipóteses, “embora o tipo não reclame para construir-se nenhuma posição subjetiva particular do agente, o fato tomará caráter de lícito ou ilícito segundo a intenção com que o agente o praticou”. Logo, “por força desse elemento psíquico do agente, que o ato se apresenta como injusto penal”.

Segundo MAYRINK DA COSTA⁶¹, “não é suficiente para a justificação de uma conduta a presença dos pressupostos objetivos, havendo a existência de uma atitude psicológica dirigida a essa justificação”. Prossegue este autor afirmando que

para uma teoria pessoal do injusto que depende do injusto da ação, essencialmente da direção da vontade do autor, se concebe a exigência de que em todas as causas de justificação a intenção do autor deve ser dirigida a uma meta de valor social, eliminando-se o desvalor da ação do fato⁶².

HEITOR COSTA JUNIOR⁶³, em artigo específico, designa como premissa que em todos os tipos permissivos – dolosos ou culposos – há a necessidade de total congruência. À luz deste raciocínio, infere que da não concorrência de elementos subjetivos, o agente deve responder por delito consumado.

FRAGOSO⁶⁴ crava em suas lições que “as causas de exclusão da antijuridicidade exigem sempre um momento subjetivo, que é dado pela vontade e pela consciência de que ocorrem os pressupostos de justificação”. Portanto, “se o agente não dirige sua conduta conscientemente no sentido da permissão legal, subsiste o desvalor da ação”.

59 NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**, v.1: introdução e parte geral São Paulo: Saraiva, 1982.

60 BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, parte geral, t.1: introdução, norma penal, fato punível. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.361.

61 MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Direito penal**: v.1, t.I – parte geral. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.782.

62 Ibidem.

63 JUNIOR, Heitor Costa. **Elementos subjetivos nas causas de justificação**. Revista de Direito Penal. Órgão Oficial do Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, Forense, Rio de Janeiro, 1978, pp.41-

53.

64 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.226-227.

Para BITENCOURT⁶⁵ “não basta que estejam presentes os pressupostos objetivos de uma causa de justificação”. É necessário, pois, “que o agente tenha consciência de agir acobertados por uma excludente, isto é, com vontade de evitar um dano pessoal ou alheio”.

PRADO⁶⁶ anota que “da mesma forma que o fundamento do injusto radica no desvalor da ação e no do resultado, a sua exclusão subordina-se a um juízo de valor sobre a ação e o resultado das causas justificantes”. Daí resulta que “a exclusão da ilicitude de um comportamento depende do conhecimento dos pressupostos objetivos e da existência de certa direção da vontade positivamente valorada”. Conclui este autor que “o elemento subjetivo deve estar presente em todas as causas de justificação”. Por fim, pontua que é “necessário que o sujeito atue não só com conhecimento e vontade de que ocorram seus elementos objetivos, mas também com ânimo ou vontade no sentido”.

TAVARES, por sua vez, destoa desta posição, hoje dominante no Brasil, uma vez que rechaça uma concepção pessoal do injusto. Segundo explica, “a melhor solução é dada pela vertente que se satisfaz desde logo, para justificar a conduta, com a circunstância de que o sujeito tenha tomado como possível a ocorrência da situação justificante”⁶⁷. TAVARES questiona uma suposta necessidade de congruência entre tipo e justificação, de modo que “os elementos subjetivos que compõem o tipo devem ser vistos dentro de um processo de imputação”⁶⁸. Conforme entende este autor, tais elementos alicerçam-se na teoria do risco permitido e devem ser apreciados sob uma perspectiva *ex post*.

Segundo CIRINO DOS SANTOS⁶⁹, a falta do elemento subjetivo de justificação – que para este autor limita-se ao conhecimento da situação justificante – encerra um dolo não justificado, isto é, um desvalor da ação típica. Como consequência da ausência do elemento subjetivo de justificação, embora presente a situação objetivamente justificante, CIRINO parece vislumbrar uma tentativa inidônea, impunível, segundo o próprio autor afirma, valendo-se do exemplo clássico do erro sobre a pessoa: a esposa que confunde um ladrão armado com o seu marido e, desejosa de matar este, atira e livra-se de uma agressão iminente praticada não mais que uma tentativa inidônea.

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**, 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.269

⁶⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 7.ed., v.1. São Paulo: Saraiva, 2007, p.394.

⁶⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003., p.316

⁶⁸ Idem., p. 316.

⁶⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006, p. 223 et seq.

Um exame dirigido ao estágio atual da discussão revela que a grande maioria das análises reflete a adoção de um finalismo tardio e subsistente, apesar das evidentes dificuldades que enfrenta no campo da sua fundamentação enquanto sistema. As bases de um injusto pessoal finalista foram bem sedimentadas no plano interno e lograram alguma conquista para a teoria do delito, o que, naturalmente, não impede sua revisão.

4.2 Fundamento do elemento subjetivo de justificação.

Diversos argumentos foram apresentados no afã de se fundamentar um momento subjetivo dentro das causas de justificação. Imperioso, neste tópico, um exame crítico a respeito das principais posições.

4.2.1 O argumento legislativo.

O argumento de índole legislativa é bastante utilizado por diferentes pontos de vista, o que, desde logo, transforma-o em insuficiente e inócuo, conforme será explicado. Em geral, a doutrina serve-se das hipóteses legais de causas de justificação como a legítima defesa e o estado de necessidade para melhor exemplificar esta posição.

Em uma das manifestações deste argumento, costuma-se aplicar ao termo “defesa” uma conotação eminentemente subjetiva que, por sua vez, seria ainda mais sobressalente quando acompanhada da preposição “em”, consoante o texto legal.

No caso do estado de necessidade, afirma-se que a expressão “para salvar de perigo”, a exemplo da legítima defesa, impõe uma interpretação subjetiva, consistente em exigir uma vontade ou intenção de atuar conforme aquele fim. Noutras vezes, vislumbra-se, com base na moderação dos meios, exigida pela redação do artigo 25 do diploma penal pátrio, aquele requisito subjetivo.

Decerto uma das formas de entender tais expressões é lhes emprestar um significado finalista, subjetivo. Contudo, restam algumas questões por indagar: tais expressões legais não poderiam ser objeto de uma interpretação objetiva, considerando-se tão-só o aspecto exterior do fenômeno? Os elementos subjetivos configuram uma exigência do legislador, depreendida do próprio texto ou resultam de interpolações doutrinárias? Exigir um requisito subjetivo às causas de justificação não seria uma forma de analogia em desfavor do réu, uma vez que no âmbito das permissões, ao contrário do que ocorre nas proibições, um alargamento ou acréscimo de elementos significa um grau maior da intervenção punitiva?

Todas estas perguntas exigem considerações menos superficiais do que as oferecidas pelo argumento legislativo. A primeira ressalva que se faz é em tom de constatação. É de se notar que, no caso particular brasileiro, a redação dos artigos concernentes à legítima defesa e ao estado de necessidade é a mesma desde a promulgação do código penal de 1940. A reforma de 1984 – época em que a controvérsia já era conhecida, consoante se depreende do mencionado artigo de HEITOR COSTA JUNIOR –, calou-se diante da hipótese tratada e sequer esboçou qualquer modificação no sentido de tornar inequívoca a exigência de elementos subjetivos de justificação⁷⁰. A nova moldura do Código Penal, pós-reforma da parte geral, não raro comemorada por supostamente haver incorporado a teoria finalista, em face da problemática dos elementos subjetivos de justificação, omitiu-se.

Outro ponto curioso é que, por meio de uma interpretação histórica, pode-se sustentar, inclusive, o total rechaço aos elementos subjetivos de justificação, segundo lição de HUNGRIA⁷¹ e defronte da mesmíssima redação! Seriam as causas de justificação meramente objetivas?

Argumenta-se que, ao menos no estado de necessidade, estaria clara a exigência de tais elementos em virtude do trecho “para salvar de perigo iminente”. Ora, se esta específica redação fosse indicativo apto a funcionar como fundamento da exigência de elementos subjetivos de justificação, por que motivo a legítima defesa não haveria de ostentar a mesma

70 Isto, talvez, tenha se dado em função de uma suposta adoção do finalismo pela reforma de 1984. Suposta pois, ao contrário do que sustentam muitas vozes, o Código Penal adota expressamente a teoria limitada da culpabilidade (incompatível com o finalismo ortodoxo). Prudentemente, Everardo Cunha Luna postulava que “a nova Parte Geral do Código Penal, como talvez pensem alguns autores, não se fundamenta na teoria finalista da ação. O fato de acolher no art. 21, o chamado erro de proibição, mesmo que esse artigo venha a ser interpretado sobre os fundamentos da chamada teoria da culpabilidade, não autoriza uma interpretação finalista da nova lei penal brasileira. E não autoriza principalmente diante do fato de que a decisão entre as chamadas teoria do dolo e teoria da culpabilidade não resulta de uma luta entre finalistas e não-finalistas, mas de um problema de difícil solução (a propósito, Wolfgang Naucke, *Strafrecht; eine Einführung*, Frankfurt na Main, 1977, p.275-5). Ora acontece assim no código penal alemão, com maiores razões na nova Parte Geral do Código Penal, nosso art. 21, como veremos em capítulos subseqüentes, inspirou-se – mas não copiou – em suas palavras e em seu conteúdo, no § 17 do Código Penal alemão. Mesmo em outros tópicos da dogmática a hipotética adoção do finalismo não é tão clara como se pretende demonstrar. Nesse sentido a crítica de Cunha Luna. Segundo este autor: “mas com pensamento fundado na objetividade e não na ideologia finalista, onde encontrar seguro apoio para dizer que a nova Parte Geral do Código Penal fundamenta-se no finalismo? Que a teoria finalista trouxe notáveis contribuições para a doutrina, e, por via indireta, também para a prática, é incontestável. Contribuir, porém, para algumas coisas, não é tornar-se a essência dessas coisas. E se o próprio Maurach, cuja doutrina funda-se numa lei que distingue entre autores e autores, e é um adepto da teoria finalista da culpabilidade, diz que o § 50, 1, hoje § 29, do Código alemão empregou, nos textos modificados, o termo culpabilidade com grande ousadia, que se pode dizer do art. 29 da nova Parte Geral do Código Penal, que não distingue entre autores, instigadores e cúmplices, como faz o Código Penal alemão?”. Cf. CUNHA LUNA, Everardo. **Capítulos de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1985, pp. 111, 156, 254, 269 e 271-272.

71 HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**...p. 587.

expressão? E, como de fato ela não consta do artigo 25 do Código Penal, haveria o legislador incorrido em grave lapso?

A argumentação pautada somente em um critério literal não é capaz de gerar convencimento e, portanto, deve ser abandonada por sua fragilidade.

4.2.2 A concepção do dolo.

Consoante informa TRAPERO BARREALES⁷² em monografia de fôlego sobre o assunto, a opinião majoritária que defende um paralelismo entre dolo e elemento subjetivo de justificação, embora não se refira a uma estrutura análoga, considera que o conteúdo do elemento subjetivo de justificação obedece à composição do dolo: aspectos cognoscitivo e volitivo devem formar sua base.

ROXIN⁷³ aduz que se o agente conhece a situação objetivamente justificante, possui dolo de fazer algo conforme o Direito, tal conhecimento dos pressupostos objetivos de justificação elimina o desvalor da ação e, por conseguinte, o próprio injusto.

Sob este aspecto, TAVARES⁷⁴ vê com reservas a exigência de um dolo de justificação. Pois, caso se exigisse na legítima defesa uma vontade de se defender, como se deveria diferenciá-la do dolo?

A exigência de um dolo de justificação, que tenha por conteúdo a vontade ou a representação, incorpora nada mais que um corolário da teoria do injusto pessoal, uma vez que se opera uma projeção das componentes do dolo típico para o âmbito das justificações. Aquela será comentada a seguir, em tópico pertinente.

4.2.3 O finalismo: uma fundamentação pré-jurídica.

Outra perspectiva de fundamentação difundida é aquela que enxerga na teoria final da ação a razão da exigência de elementos subjetivos justificantes. Trata-se de um argumento superado dogmaticamente. Todavia, para o desdobramento salutar do trabalho serão necessárias algumas observações pontuais acerca do finalismo em si como sistema do delito e, particularmente, no que tange à questão do elemento subjetivo de justificação.

72 TRAPERO BARREALES, Maria A. **Los elementos subjetivos em lãs causas de justificación y de atipicidad penal**. Granada: Comares, 200, p. 287 et seq.

73 ROXIN, Claus. **Derecho Penal**...p. 597.

74 TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto**...p. 153.

O finalismo baseia-se em estruturas lógico-reais⁷⁵ (*sachlogische Strukturen*), as quais o legislador deve se submeter no momento da confecção das leis. Tais estruturas primárias regem e explicam uma realidade repleta de sentido, as quais o legislador deve acatar, sob pena de experimentar resultados errôneos e contraditórios⁷⁶.

Pedra de toque da doutrina finalista é a sua teoria da ação. Nesse sentido, a norma proibitiva só se legitima frente a atuações humanas finalisticamente dirigidas, consoante uma vontade de concreção que abarca, grosso modo, o propósito, os meios selecionados, os efeitos secundários necessariamente vinculados ao emprego desses meios e as conseqüências representadas como possíveis⁷⁷. Como resultado, a finalidade é erigida à categoria lógico-objetiva fundamental, responsável, entre outras coisas, pelo posicionamento do dolo no tipo⁷⁸.

⁷⁵Estruturas lógico-objetivas são estruturas da matéria da regulação jurídica destacadas pela lógica concreta (*Sachlogik*), que se orienta diretamente à realidade, objeto de conhecimento. WELZEL, Hans. **El nuevo sistema**...p.31, n.2.

⁷⁶ V. CERESO MIR, José,. **Derecho Penal: Parte General**. Obras Completas. Lima, PE: Ara Editores e Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 394, n.17. Para WELZEL, a existência de um dever ser transcendente à existência e vinculante é o pressuposto de possibilidade de uma existência humana dotada de sentido. Por outro lado, a liberdade configura um ato de liberação da coação causal que os impulsos exercem sobre o homem, para que, então, o mesmo possa autodeterminar-se conforme o sentido. O reconhecimento do homem como pessoa responsável é um conteúdo material que necessariamente está implícito no axioma supremo do Direito Natural, de que há uma obrigação ou dever transcendente à existência. As manifestações sobre conteúdos do dever-ser estão arraigadas em estruturas de sentido primárias, nas quais o homem trata de interpretar o sentido de sua existência, explicitando-lhe os fins vinculantes do obrar. WELZEL, Hans. **Introducción a la Filosofía Del Derecho: Derecho natural y Justicia material**. Montevideu-Buenos Aires: Editorial B de f, 2005, p. 324-327. Filosoficamente, essa posição também sofre críticas. A suposição de normas e valores objetivos, independentes do sujeito valorante e acessíveis através de um ato de conhecimento, são dificilmente conciliáveis com uma imagem científico-racional do mundo. A manifesta falta de um método universalmente aceito para um suposto conhecimento nesta esfera é só um dos problemas que se apresentam. Cf. HOERSTER, Norbert. **En Defensa del Positivismo Jurídico**. Barcelona: Gedisa editorial, Estudios Alemanes, 1992, p.57-58.

⁷⁷ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema**...p.42 et seq.

⁷⁸ Por meio desse raciocínio, a categoria do tipo, no modelo finalista, está atrelada à natureza finalista do agir humano. O tipo representa, pois, a descrição da matéria proibida, do comportamento proibido. Manifesta, contudo, é a inaptidão da finalidade para explicar o tipo subjetivo do crime imprudente. A última tentativa de se prestar um esclarecimento lógico partiu de Struensee que, todavia, não logrou o convencimento esperado. Segundo este autor, o tipo subjetivo do delito imprudente consiste no fato de que aquele que atua conhece uma porção tipicamente relevante das condições do resultado produzido, das quais surge, segundo a valoração do ordenamento jurídico, um perigo intolerável. Na culpa consciente haveria também um tipo subjetivo, cujo conteúdo encerraria o conhecimento dos fatores de risco. Como é possível depreender, a tese não pode prosperar. Não raro, crimes imprudentes são cometidos sem que o agente necessariamente tome consciência do risco gerado por sua atividade. STRUENSEE, Eberhard. El tipo subjetivo del delito imprudente. In: **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo XL, fascículo II, Mayo-Agosto MCMLXXXVII, 1987, p. 423-450.

Quanto ao dolo e sua posição, LANGE⁷⁹ já asseverava que não é evidente que o conceito de ação entendido finalisticamente tenha como consequência necessária apartar o dolo da culpabilidade, pois não se trata de utilizar em determinado lugar do sistema elementos estruturais materiais, porém, de distintos aspectos de um mesmo estado psíquico. Não é porque o finalismo adiciona elementos subjetivos ao tipo que restam obstaculizados quaisquer exames para apurar a relevância do dolo além da ilicitude ou mesmo no tocante à culpabilidade, em um juízo de censurabilidade da conduta não conforme o direito, segundo preleciona ROXIN⁸⁰. Não é tão importante saber a localização sistemática do dolo – algo que com certa frequência não é concebido com clareza –, mas sim configurá-lo quanto ao seu conteúdo⁸¹. Forçoso, pois, entendê-lo não como algo vinculado por necessidade a estruturas ônticas, mas como passível de assumir feições relevantes noutras categorias fundamentais do delito, rejeitando-se, por essa via, concepções excessivamente classificatórias, divorciadas de uma visão holística da teoria do crime.

Vozes respeitáveis vão ao extremo de concluir que o finalismo é o único sistema ou o mais adequado a assegurar as liberdades e garantias individuais⁸². A construção de WELZEL propõe uma união indissolúvel entre o conceito de pessoa e dever, constituindo uma idéia de pessoa responsável, sobre a qual o poder punitivo poderá atuar face à exigência do cumprimento de um programa com vistas à consecução de determinados valores ético-sociais. O ente humano, pois, deve orientar seu comportamento de acordo com esses valores, vigentes em dada sociedade e em certo momento histórico.

79V. ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Traduzido por Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel Figueiredo. 2.ed.. Coimbra: Vega, 1993, p. 129.

80 Op.cit, pp. 130 e 138. Dentre os autores que defendem um duplo posicionamento do dolo, pode-se citar, além do próprio Roxin in: **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Tradução e introdução por Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.251; o iniciador GALLAS, Wilhelm. **Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen**. In: ZStW 67 (1955), pp. 1 e 44; e JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. traduzido por Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada : Comares, 2002, §24, III, 5, p. 260; PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Tradução, introdução e notas por Luis Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 5

81ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal...** p.139. Sobre a problemática da localização do dolo, Mir Puig apresenta visão interessante que distingue três níveis de dolo: (a) o dolo típico, que exige tão-só o conhecimento e a vontade de realizar o fato típico; (b) o dolo referido ao fato típico sem os pressupostos de uma causa de justificação e (c) o dolo completo, que pressupõe o conhecimento da antijuridicidade. MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito**, traduzido por Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007, p.210.

82V. PRADO, Luiz Regis e CARVALHO, Érika Mendes de. **A metodologia onto-axiológica e o sentido social**. Revista dos Tribunais v. 839 - set.- 2005, p.421-443; GRACIA MARTÍN, Luis. **El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito**. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-07.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2008.

Esse raciocínio é criticável, na medida em que

sendo imanente à consciência de cada pessoa a obediência a um dever geral de respeito a esses valores ético-sociais, a proteção jurídica se confunde com a proteção moral, não havendo necessidade – talvez, apenas uma necessidade retórica – de identificar os dados materiais do objeto de proteção, veiculados como bens jurídicos ⁸³.

Mesmo em se admitindo que WELZEL intentava extirpar qualquer resolução arbitrária de seu sistema, é possível perceber que a noção de valores ético-sociais permite uma interpretação por demais insegura, culminando num conceito muito vago, permeável a ideologias várias. Evidente é o fato de uma ordem social juridicamente protegida conter diversos estratos de distintas hegemonia e preponderância, aspectos esses que, sem dúvida, não serão ignorados quando da seleção dos valores que devem ou não reger aquela ordem jurídica em particular. O ideário ético do finalismo parece pretender uma realidade inequívoca, o que, com efeito, não logra convencimento.

As incongruências não cessam no âmbito da fundamentação filosófica. Ao revés, propalam-se para a esfera das categorias principais do delito com implicações práticas relevantes. Nesse sentido, urge lembrar a autêntica culpabilidade pela conduta de vida welzeniana, apoiada no aspecto caracteriológico⁸⁴. Desse modo, basta que o “eu”, em virtude de estímulos ou motivos de diferentes origens e intensidades, manifeste um comportamento não adequado aos cânones ético-sociais predominantes naquele momento para que se opere uma reprovação pela má formação do caráter⁸⁵. Mais uma vez os elementos morais, de questionável acerto, imiscuem-se na estrutura do delito, colocando em xeque o princípio da lesividade e a própria noção de responsabilidade penal pelo fato.

83 TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal...** p. 193.

84 WELZEL, **Derecho Penal...** p.156-157.

85 Mas palavras de Welzel, tão certo como os atos de direção adequados ao sentido do “centro do eu” (do pensar e do querer dirigidos pelo sentido) interferem, os instintos são já entendidos em seu conteúdo de sentido e sua significação de valor, para uma correta formação de vida e, em correspondência a este conteúdo de sentido, são convertidos em motivos sobre os quais a decisão de vontade se apóia, como sobre seus fundamentos materiais (lógicos ou adequados ao valor).“WELZEL, Hans. **Introducción a la Filosofía Del Derecho...** p.156.

Filha do finalismo é a idéia de adequação social, acolhida por boa parte da doutrina pátria⁸⁶, embora hoje seja considerada um mero princípio interpretativo geral⁸⁷. Apesar de o princípio partir de um núcleo acertado, seu desenvolvimento não logrou delimitar de modo seguro quais os comportamentos obedecem ao perfil do socialmente adequado, consoante os valores vigentes em determinado lugar e momento histórico. Prova disso é o fato de seu criador titubear quanto às suas conseqüências práticas (exclusão do tipo ou da antijuridicidade) e, sobretudo, quanto ao seu alcance⁸⁸. Ressalvados os debates sobre sua abrangência, o certo é que a adequação social esbarra numa imprecisão de conteúdo⁸⁹, incapaz de por si só evitar o influxo ideológico tão combatido em sede finalista.

Por fim, não é ocioso recordar: o esforço ultra-subjetivo de setores finalistas em tomar como base dogmática a figura da tentativa inidônea⁹⁰ produziu algumas conseqüências aberrantes, como aquela que reputa a tentativa supersticiosa um injusto não punível apenas por considerações de oportunidade, e não de princípio em si. Vê-se, deste modo, o quão porosos são os argumentos finalistas concernentes à salvaguarda de direitos e garantias.

Conforme acentua TAVARES⁹¹, ao contrário do que alega o finalismo, a inserção do dolo na categoria do tipo não é decorrência obrigatória do conceito de ação final, mas sim uma forma de delimitar normativamente o poder punitivo logo no âmbito do injusto. O posicionamento do dolo no tipo atende, sobretudo, às exigências de garantia, além de representar nota distintiva, mas não pacífica⁹², da estrutura entre os delitos dolosos e culposos.

86 Na maioria dos manuais brasileiros o princípio ainda figura ao lado de outros, como legalidade e culpabilidade. Por todos, PRADO, Luis Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral**, 3.ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 124.

87 Conforme informa Cancio Meliá, o próprio Welzel, mais tarde, considera a adequação social um mero princípio geral de interpretação. V. CANCIO MELIÁ, Manuel. **La teoría de la adecuación social en Welzel**. In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XLVI, fascículo II, Mayo-Agosto, Ministério de Justicia, 1993, p.713, n.64.

88 CANCIO MELIÁ, Manuel. **La teoría de la adecuación social en Welzel**...p. 713 et seq. Conforme assevera a exposição deste autor, em sua concepção inaugural, WELZEL situava a adequação social na esfera do tipo. Posteriormente, passou a tratá-la como causa de justificação consuetudinária. Numa terceira fase, voltou a posicioná-la no tipo.

89 Nesse particular, assiste razão a Luis Greco: a principal falha da adequação social é não explicitar desde logo se trata de um conceito sociológico-descritivo (o que, de fato, ocorre naquela sociedade) ou de matiz ético-normativo (atendendo às exigências do dever-ser). Contudo, um eventual esclarecimento ainda enfrentaria duas dificuldades: a primeira acepção é inaceitável, pois significaria acolher como adequadas certas condutas evidentemente ofensivas ao Direito, pelo simples fato de serem corriqueiras no meio social. O viés ético-normativo, por seu turno, careceria de uma delimitação que o milenar debate filosófico não logrou estabelecer sem alguma controvérsia. GRECO, Luis. **Cumplicidade através de ações neutras: A imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.23.

90 Por todos, ZIELINSKI, Diethart. **Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito**. Tradução de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1990...p.105.

91 TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**... p. 307.

92 Veja-se MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. **Antijuridicidad penal**...p. 737 et seq.

4.2.4 O injusto penal.

A esta altura importa sublinhar que a presença de elementos subjetivos nas causas de justificação não se deve às estruturas lógico-objetivas, mas encontra respaldo em considerações de teor jurídico e radica na especificidade daquilo que deve ser anulado pelas casas de justificação, isto é, no injusto, conforme crítica certa de FRISCH⁹³.

Não se combate o fato de que o Direito só pode proibir ações humanas e não a mera causação de um resultado, contudo, essa máxima finalista não é capaz de explicar o porquê de a conduta humana ser relevante ao juízo de antijuridicidade. Não releva qualquer importância a afirmação de que a norma penal deve ser concebida nestes moldes porque se apenas proibisse resultados, e não a conduta a ele orientada, de nada valeria a proteção por ela perseguida. Como informa TAVARES⁹⁴, esta assertiva é fruto de uma idéia extrajurídica da conduta proibida que repousa em uma base ontológica, intimamente ligada a uma concepção de norma enraizada na proteção de valores ético-sociais.

O fundamento dos elementos subjetivos de justificação deve ser buscado, pois, na conformação do injusto, isto é, na relação entre desvalores e valores da conduta e do resultado. Um comportamento só pode estar justificado se as variáveis do desvalor da conduta e do resultado, sob o plano típico, restarem compensadas pela concorrência de um valor da conduta (a representação ou conhecimento do autor de que leva a cabo uma atuação, autorizada ou facultada pela presença de pressupostos objetivos, no sentido de proteger de um bem jurídico ameaçado) e um valor do resultado (constituído pela presença de uma situação objetivamente justificante e conforme os princípios reitores da respectiva justificação).

4.3 Conteúdo do elemento subjetivo de justificação.

4.3.1 Tipos dolosos.

Uma vez aceita a necessidade de elementos subjetivos de justificação, cumpre esclarecer seu respectivo conteúdo. Neste tópico, o estudo volta-se para análise crítica das principais posições.

⁹³ Cf. SANZ MORÁN, Angel. *Elementos Subjetivos de Justificación...* p. 21-22.

⁹⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal...* p. 302.

4.3.1.1 *Conhecimento e vontade de atuar amparado por uma causa de justificação.*

Um primeiro setor doutrinário, cuja influência finalista é patente, dentro de um contexto que valoriza o aspecto volitivo, distingue dois componentes subjetivos de justificação: conhecimento e vontade (*Wissen und Wollen*). Tais componentes integram o chamado tipo permissivo ou de justificação. Empreende-se, pois, um paralelismo absoluto entre dolo e elemento subjetivo de justificação.

Segundo a teoria do injusto pessoal de WELZEL, uma conduta antijurídica só possui esse caráter enquanto obra de um autor que, por meio de sua vontade, imprime sua marca ao fato. O injusto do fato é determinado pela meta final do agente bem como, pelo ponto de vista de sua ação, os deveres que lhe incumbiam e também a eventual lesão a um bem jurídico⁹⁵. A antijuridicidade é sempre a desaprovação de um fato referido a um determinado autor, e o injusto é a ação injusta pessoal a ele referida. Em síntese, submete-se a noção de injusto à estrutura lógico-objetiva da finalidade, ponto nodal de todo o finalismo.

A norma jurídico-penal opera como norma de determinação na esfera da antijuridicidade, cujo teor proibitivo deve ter o condão de gerar na pessoa um estímulo a não delinquir. Ademais, a norma jurídico-penal também declara seu caráter valorativo, decidindo quais bens jurídicos são passíveis de proteção e desvalorando condutas que encerrem um ataque a esses bens tutelados.

A conduta antijurídica existe sob a forma dolosa se o agente viola tal mandamento de uma forma direta, e culposa, quando há inobservância de um dever de cuidado objetivo, de modo que o injusto abarca um desvalor da ação e do resultado. De acordo com o raciocínio explicitado, se à fundamentação do injusto é essencial ter-se em conta um desvalor da ação e do resultado, para a existência de uma causa de justificação é forçosa a presença dos mesmos requisitos.

O argumento naufraga quando de uma análise detida por várias razões. A crítica inaugural acentua a falta de clareza terminológica⁹⁶ quanto ao significado subjacente à cláusula “vontade de atuar conforme uma causa de justificação”. Ora, se o próprio dolo – enquanto finalidade dirigida à realização de um tipo delitivo – comporta um momento cognitivo e outro volitivo, a referida expressão em nada consegue aclarar seu conteúdo: faz-se necessário um pressuposto intelectual ou volitivo à justificação? Outro ponto a ser esclarecido

⁹⁵WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: Parte General. Tradução chilena de Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 70.

⁹⁶ TRAPERO BARREALES, María A. **Los elementos subjetivos em las causas de justificación**...p. 148 et seq.

pelos defensores da exigência do elemento volitivo é se essa mesma expressão quer significar uma finalidade de defesa do bem jurídico ou uma motivação adicional⁹⁷. Essa terminologia obscura, apoiada por uma exigência de simetria entre tipo de injusto e causas de justificação, acarreta uma incoerência: se a finalidade, que se reduz ao dolo, é o elemento central do tipo de injusto, outra coisa não deveria ser exigida no âmbito das justificações.

Aduz-se que a finalidade de atuar amparado por uma causa de justificação se contrapõe à finalidade fundamentadora do injusto, na medida em que no injusto a finalidade compreende apenas o dolo e não outras motivações transcendentais⁹⁸. Cumpre assinalar que o desvalor da ação consiste na realização do tipo de injusto e não em uma específica intenção (*Absicht*), pressupondo assim um maior grau valorativo⁹⁹. Logo, o elemento subjetivo da justificação só pode desempenhar o papel de exclusão desse desvalor da ação da conduta típica e não o de elidir eventuais motivos. Desde uma noção político-criminal, não se compreende o porquê de se exigir um grau de valoração maior do que o dolo das circunstâncias justificantes¹⁰⁰. Ademais, à luz de considerações prático-processuais, torna-se bastante difícil detectar a concorrência desse ânimo *in concreto*¹⁰¹.

Objeta-se, finalmente, que a inclusão de elementos de ânimo enquanto fundamentação de uma causa justificante configura uma inadmissível moralização do Direito ou, noutros termos, um direito penal de atitude interna (*Gesinnungstrafrecht*). Ao se levarem em conta os fins do direito penal, esta posição tampouco estaria livre de críticas. A exigência do elemento volitivo, consistente na materialização de uma finalidade ou motivo concorrentes, fulmina a noção de Estado Democrático de Direito em que a pena não se alicerça em atitudes internas do sujeito, uma vez que o Direito Penal não pretende retribuir tais propósitos íntimos do cidadão, mas proteger os bens jurídicos mais relevantes por meio de sua função preventiva¹⁰².

97 Como salienta Trapero Barreales, os autores usam indiscriminadamente expressões como intenção de defesa ou de salvação do bem jurídico; noutras vezes, usa-se o termo vontade de defesa ou de salvação e outros ainda aduzem expressões como o ânimo de defesa. **Los elementos subjetivos em las causas de justificación y de atipicidad penal...**p.154, n. 247-249.

98 Segundo o autor, a exigência de uma especial finalidade no sentido de motivo, intenção ou vontade finalista de atuar conforme uma causa de justificação concorrente é dispensável, acolhendo, nesse sentido, as críticas que se fazem ao finalismo, pois, no reconhecimento de um injusto pessoal não afeito ao conceito final de ação, é suficiente estar cômico da concorrência dos pressupostos justificadores para satisfazer o requisito subjetivo das causas de justificação. VALLE MUÑIZ, José Manuel. **El elemento subjetivo de justificación** y la graduación del injusto penal. Barcelona: PPU, 1994, p. 84 et seq.

99 VALLE MUÑIZ, José Manuel. **El elemento subjetivo de justificación...** p.72 et seq.

100 Cf. ROXIN, Claus. **Derecho Penal...** p.598.

101 Ibidem.

102 Nesse sentido, VALLE MUÑIZ, José Manuel. Op.cit., p. 83 et seq.

4.3.1.2 O conhecimento da situação justificante.

Um setor que pode ser considerado majoritário fora do Brasil considera suficiente que o sujeito conheça os pressupostos objetivos de justificação quando da conduta. Segundo GÜNTHER¹⁰³, ao desvalor da ação e do resultado, que fundamentam o injusto e o merecimento de pena, correspondem, no âmbito da antijuridicidade penal, os valores de ação e do resultado que excluem o merecimento de pena do injusto. A consideração de tais valores da ação e do resultado, capazes de compensar os seus respectivos desvalores, baseia-se na teoria da graduação do injusto. Destarte, o valor da ação se compõe dos pressupostos subjetivos de justificação e estes se definem como o conhecimento da situação justificante.

Para SCHLÜCHTER¹⁰⁴, como o valor do resultado do tipo se compensa com o aspecto objetivo das causas de justificação, o desvalor da ação deve ser compensado com o pressuposto subjetivo de justificação.

Conforme explicação mais específica de GRAUL¹⁰⁵, o injusto do delito consumado de resultado está composto pelos desvalores da ação e do resultado. A fundamentação e exclusão do injusto são, pois, fenômenos paralelos e, portanto, os desvalores apontados, enquanto componentes do injusto que se realiza com a execução do tipo, podem ser compensados de forma separada e independente com seus respectivos componentes valorativos: os valores da ação e do resultado.

Esta posição que corresponde a um entendimento dual do injusto, embora com muitos adeptos, não deixa de sofrer críticas. Entre nós, TAVARES¹⁰⁶ aponta dois problemas na exigência do conhecimento dos pressupostos objetivos de justificação. O primeiro no que tange aos elementos do dolo, e o segundo no que se refere ao conteúdo que este conhecimento deve encerrar. Segundo este autor, os partidários deste entendimento projetam no âmbito das justificações o elemento do dolo típico, comum a uma estrutura pessoal do injusto. Como decorrência disto, esta concepção enfrentaria não apenas o problema de definir legalmente o conteúdo do conhecimento nas causas supra-legais, incorrendo em violação ao princípio da legalidade, bem como na dificuldade de demarcar o âmbito de incidência desse conhecimento.

Consoante TAVARES, a posição mais adequada é demonstrada por aquela corrente que se satisfaz, desde logo, com o fato de o sujeito tomar como possível a ocorrência de uma

103 Apud TRAPERO BARREALES, Maria A. **Los elementos...**, p. 222.

104 Ibidem., p. 222.

105 Ibidem., p. 226.

106 TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal...** p. 315 et seq.

situação objetivamente justificante. Segundo informa, esta posição permite compatibilizar a teoria do erro de proibição indireto com a solução culposa.

Este entendimento encerra um elemento correto e, conforme alerta o próprio autor, há a necessidade de resguardar a liberdade individual do agente, de modo a permitir a sua atuação dentro de certos limites, que devem ser fixados à luz do padrão culposo.

Conforme defende este trabalho, a justificação da conduta deve atender a um juízo *ex ante* acerca da concorrência dos pressupostos objetivos de justificção, baseado na prognose póstuma objetiva, valendo-se de um observador prudente dotado dos conhecimentos típicos de alguém do círculo social e profissional do autor e, eventualmente, valendo-se de conhecimentos superiores ou especiais demonstráveis pelo mesmo.

Caso o autor haja tomado como possível a ocorrência de tais elementos objetivos de justificção, e o julgador, servindo-se do critério acima sintetizado, no momento da conduta, afirme diante das circunstâncias a concorrência dos pressupostos objetivos de justificção, a conduta estará desde logo justificada.

Caso não seja possível, da posição do autor no momento dos fatos e à luz do critério destacado afirmar a concorrência de tais pressupostos, e o autor haja atuado na suposição de que se dava a situação justificante, haverá um delito culposo (se houver resultado e hipótese legal) como prescreve a norma do artigo 20, parágrafo 1º do Código Penal.

Na hipótese de o autor não conhecer (por conta de um erro crasso) e sequer agir com uma vontade conforme a específica causa de justificção, embora um observador prudente houvesse reconhecido e afirmado a concorrência dos pressupostos objetivos, restará apenas uma tentativa inidônea impunível, uma vez que subsistirá somente um desvalor subjetivo ou da intenção.

Em uma última variante, caso o autor não tome como possível a concorrência da situação justificante, pois em verdade tem o dolo de cometer um delito, e tampouco o observador prudente afirme ou reconheça a concorrência dos pressupostos objetivos, a conduta não estará justificada. Caso um estado de coisas *ex post* revele que aquela atuação foi objetivamente instrumento protetor de determinados bens ou interesses acolhidos pelo ordenamento jurídico, mesmo que sem qualquer relação à afirmativa da situação justificante *ex ante*, por meio de uma ponderação dos princípios materiais que servem de base à justificção específica da hipótese, haverá desvalor do resultado passível, contudo, de mitigação.

Ressalte-se, por fim, que a razão de ser do elemento subjetivo de justificção se explica por dois motivos. Em primeiro lugar, a exigência de que o agente concreto tenha

tomado como possível a concorrência dos pressupostos objetivos justificantes existe para que se possa delimitar o grau de liberdade deste sujeito, sobretudo, no que diz respeito à sua interferência em bens jurídicos alheios. Por outro lado, demarca-se também o limite de intervenção do Direito Penal.

Outra explicação afirma que se o autor conhece ou, ao menos, toma como possível a concorrência da situação justificante, a chance de que este venha adequar sua conduta aos pressupostos objetivos de uma causa de justificação qualquer é maior, como, por exemplo, no que tange à necessidade e adequação da reação na legítima defesa.

O conteúdo do elemento subjetivo de justificação traduz, portanto, um juízo de previsibilidade objetiva do agente, comum ao aspecto intelectual da culpa consciente e do dolo eventual. Por derradeiro, cumpre salientar que o elemento subjetivo de justificação constitui, didaticamente, um valor subjetivo da conduta circunscrito à compensação do respectivo desvalor subjetivo da conduta.

4.3.2 Tipos culposos.

Questão de rara cogitação, mas necessária ao estudo é saber se os delitos imprudentes comportam um elemento subjetivo de justificação. Duas posições opostas são defendidas.

Um primeiro setor doutrinário admite, em geral, a existência de elementos subjetivos de justificação nos delitos culposos. Tal entendimento é sustentado por distintos grupos: o finalismo e todos aqueles que defendem um injusto pessoal, bem como os adeptos de uma teoria monista-subjetiva do injusto¹⁰⁷. Se para ambos os grupos o pressuposto subjetivo de justificação é elemento essencial, também na hipótese de atuação culposa, eventual proteção do bem jurídico ameaçado (sem a concorrência dos elementos subjetivos de justificação) não importará a título de valor do resultado.

Uma outra posição admite a necessidade de um momento subjetivo nas causas de justificação no que tange ao delito culposos. Entretanto, este elemento circunscreve-se ao conhecimento da situação justificante por parte de quem atua. Há, inclusive, autores que fazem depender da distinção entre culpa consciente e inconsciente a exigência do conhecimento da situação justificante. Na hipótese de culpa inconsciente é desnecessária a concorrência de elementos subjetivos. Havendo culpa consciente, porém, é necessário que concorra a vontade de atuar amparado por uma causa de justificação.

¹⁰⁷ Faz-se referência, de modo geral, ao grupo de autores que enxergam no desvalor subjetivo da ação a base do injusto, levando ao extremo a teoria final da ação para erigir a tentativa inidônea a protótipo do injusto.

Um segundo setor doutrinário reputa tais elementos subjetivos como irrelevantes à justificação da conduta imprudente. Chega-se a tal conclusão por diferentes argumentos. Para o presente estudo a presença de elementos subjetivos de justificação no âmbito da conduta imprudente é uma consequência direta da inexistência de desvalor subjetivo no injusto dos crimes culposos.

Para a posição aqui defendida, faz-se inconcebível a exigência de uma finalidade de atuar amparado por uma causa de justificação, seja na esfera dos crimes culposos ou, com muito mais razão, na dos culposos. Manifesta é a inaptidão da finalidade para explicar o tipo subjetivo do crime imprudente.

A última tentativa de se prestar um esclarecimento lógico partiu de STRUENSEE¹⁰⁸ que, todavia, não logrou o convencimento esperado. Segundo este autor, o tipo subjetivo do delito imprudente consiste no fato de que aquele que atua conhece uma porção tipicamente relevante das condições do resultado produzido, das quais surge, segundo a valoração do ordenamento jurídico, um perigo intolerável. Na culpa consciente haveria também um tipo subjetivo, cujo conteúdo seria o conhecimento dos fatores de risco. Como é possível depreender, a tese não pode prosperar. Não raro, crimes imprudentes são cometidos sem que o agente necessariamente tome consciência do risco gerado por sua atividade.

Postas estas considerações, a delimitação de elementos subjetivos em relação às condutas imprudentes não oferece maior interesse, uma vez que a exigência de tais elementos é descabida. Em todo caso e, sobretudo na ação imprudente, não podem ser decisivos os elementos subjetivos de justificação. Conforme assevera STRATENWERTH¹⁰⁹, uma justificação, nos delitos imprudentes, não pode ser excluída, nas hipóteses de ponderação de bens, e nem fundamentada sem alguma referência às circunstâncias objetivas da situação justificante.

4.4 Questões especiais.

Em hipóteses particulares, a doutrina, em geral, sustenta que determinadas causas de justificação carecem de pressupostos subjetivos especiais de justificação. Duas são, portanto, as hipóteses desenvolvidas neste apartado: a necessidade da existência de um dever legal de

108 STRUENSEE, Eberhard. El tipo subjetivo del delito imprudente. In: **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo XL, fascículo II, Mayo-Agosto MCMLXXXVII, 1987, p. 423-450.

109 STRATENWERTH, Günther. **Disvalor de acción y disvalor de resultado em el derecho penal**. 2.ed. Traduzido por Marcelo A. Sancinetti e Patrícia S. Ziffer. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p.82.

exame (*pflichtgemäße Prüfung*) e as chamadas causas de justificação mutiladas de dois atos ou de resultado cortado (*unvollkommen zweiaktige Rechtfertigungsgründe*).

4.4.1 O exame conforme a um dever legal.

O primeiro ponto requer uma resposta para a seguinte indagação: é necessário, em determinadas causas de justificação, exigir do agente um exame cuidadoso acerca da possível presença dos pressupostos objetivos de justificação?

Como informa SANZ MORÁN¹¹⁰, o debate tem início na jurisprudência do Tribunal do Império Alemão¹¹¹ (*Reichsgericht*), no que foi seguido, posteriormente, pelo Tribunal Federal Supremo da República Federativa da Alemanha¹¹² (*Bundesgerichtshof*). Por ocasião da sentença RG 62,137, decidiu o tribunal que não poderia alegar estado de necessidade o médico que, sem proceder a um exame cuidadoso, realiza intervenções jurídicas em uma mulher e chega a resultados objetivamente corretos – no caso, o médico sem um exame profundo realiza manobras abortivas e, ao final, apura-se que, de fato, havia uma gravidez de risco. Grosso modo, à justificação da conduta não bastaria a concorrência de pressupostos objetivos de justificação, mas haveria a necessidade do requisito adicional do exame conforme a um dever legal.

Requisito especialmente ligado ao estado de necessidade, WACHINGER¹¹³, considera que a aplicação do princípio da ponderação de bens pressupõe, ao lado da existência da eximente assinalada, que se realize um exame conforme ao dever em relação aos bens em conflito, antes de efetuar-se a ação. SCHAFFSTEIN¹¹⁴ salienta que se o ordenamento jurídico permite que alguém, inserido em uma situação de conflito de bens alheios protegidos juridicamente, sacrifique estes em favor de bens próprios, pode ser exigida a realização de um exame cuidadoso quanto aos interesses que estão em colisão e à necessidade dos meios empregados para salvaguardar interesse próprio.

Para LENCKNER¹¹⁵ deve-se distinguir entre as causas de justificação que comportam um direito de agressão (*Eingriffsrecht*), para as quais não se requer um especial exame, e causas de justificação que presumem uma autorização para a conduta (*Handlungsbefugnis*), as

110 SANZ MORÁN, Angel. **Los elementos subjetivos de justificación...**p. 45

111 Cf. RGSt 62, 138; 63, 227; 64, 104; 77, 116.

112 Cf. BGHSt 1,329; 2,114 s.

113 TRAPERO BARREALES, Maria A. **Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal...**p. 403-404.

114 Ibidem.

115 SANZ MORÁN, Angel. **Los elementos subjetivos de justificación...**p. 46.

quais, para estarem justificadas carecem de um exame cuidadoso acerca da situação que supre a ausência dos pressupostos objetivos de justificação.

Conforme ressalta ROXIN¹¹⁶, a doutrina alemã rechaça o dever de exame para os casos de estado de necessidade justificante (§ 34), contudo admite-o para as hipóteses de proteção de interesses legítimos (§ 194), para distintos direitos relacionados com o exercício do cargo e também para os casos de consentimento presumido. Segundo este autor, o dever de exame cuidadoso conduz ao resultado insustentável de que uma pessoa que não tenha examinado de modo suficiente os pressupostos objetivos de justificação responda por um delito doloso, inclusive na hipótese da concorrência de tais pressupostos e o agente tenha atuado supondo a existência dos mesmos. A exigência do dever de exame é inaceitável, pois inexistentes desvalor do resultado e desvalor doloso da conduta, uma vez que o resultado é objetivamente correto e a finalidade do autor coincide com o que dispõe o Direito¹¹⁷.

Outra crítica ao dever legal de exame cuidadoso parte de EB.SCHMIDT¹¹⁸. Segundo este autor, em uma causa de justificação que se deriva do Direito como um ordenamento objetivo de paz social, não há por que buscar-se pressupostos subjetivos de justificação e, muito menos, no princípio da teoria da ponderação dos bens jurídicos. Conforme esclarece, a relação valorativa dos bens jurídicos em conflito se determina só consoante pontos de vista objetivos e sociais, ou seja, o fomento de fins sociais da comunidade não têm conexão com a personalidade ou vontade e aspiração do particular.

Para RUDOLPHI¹¹⁹, as normas proibitivas só podem se referir às ações idôneas para lesionar determinados bens jurídicos desde uma perspectiva *ex ante*. A mesma perspectiva também aplica-se às normas permissivas, uma vez que a ação sob o ponto de vista *ex ante* deve ser apropriada e necessária para garantir outro interesse juridicamente protegido.

Esta perspectiva de análise *ex ante* dos pressupostos objetivos de justificação autorizadores da ação salvadora além de manter uma coerência sistemática quando da fundamentação e exclusão do injusto, obedece a princípios salutares de política criminal, já que consagram a liberdade de ação verificada quando o autor se dispõe a atuar naquele sentido. Apesar disto, conforme salienta TRAPERO BARREALES¹²⁰, não se deduz que haja um especial dever de exame acerca da situação objetivamente justificante.

116 ROXIN, Claus. **Derecho Penal**...p.591.

117 Idem, p. 592.

118 Apud TRAPERO BARREALES, Maria A. **Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal**...p. 424.

119 Ibidem.,p. 428.

120 Ibidem.

4.4.2 Causas de Justificação mutiladas de dois atos ou de resultado cortado.

Outro aspecto suscetível de discussão é a necessidade de requisitos subjetivos adicionais nas chamadas causas de justificação mutiladas de dois atos. A terminologia, utilizada por LAMPE¹²¹, quer significar o transporte da estrutura dos delitos mutilados de dois atos para o âmbito da exclusão do injusto. Como exemplo, aduz-se, em geral, a hipótese em que um cidadão particular, ao deparar com a prática de um crime, realiza uma prisão em flagrante. Segundo a construção teórica explicitada, este cidadão só estaria justificado caso, no momento em que efetua a detenção, realize-a com a finalidade de entregar o criminoso para as autoridades competentes a fim de que se prossiga com o regular procedimento policial.

Consoante esclarece LENCKNER¹²², em certas causas de justificação, o fim em virtude do qual são autorizadas as lesões a determinados bens jurídicos só é alcançado por ações ulteriores, de modo que o primeiro ato deve necessariamente estar acompanhado da intenção de realizar o segundo para que a justificação possa ser reconhecida.

GIL GIL¹²³ acentua que nesta espécie de justificação o elemento subjetivo é incongruente por excesso em relação ao elemento objetivo. Haveria, pois, a necessidade de um elemento subjetivo transcendente.

A construção é, contudo, rechaçada por setores da doutrina. FRISCH¹²⁴ salienta que nas hipóteses geralmente aduzidas, estar-se-á diante de um dado que serve de garantia à necessária idéia compensatória, base da colisão de bens ou interesses. Portanto, a ausência de tal elemento transcendente não significa a ausência do aspecto subjetivo da justificação, mas que ainda não estão configurados todos os pressupostos objetivos.

No ordenamento pátrio sequer é possível realizar qualquer ilação no sentido de que a lei exige tal requisito subjetivo especial, consoante demonstra a redação do artigo 303 do Código de Processo Penal.

Consoante explica TRAPERO BARREALES¹²⁵, a exigência de um elemento subjetivo especial verificável quando da atuação é inócua. O decisivo não é que o primeiro ato esteja guiado por uma especial intenção do autor, mas sim que se parta da premissa que o segundo

121 Apud SANZ MORÁN, Angel. **Los elementos subjetivos...**p. 49.

122 Ibidem.

123 GIL GIL, Alicia. **La ausencia del elemento subjetivo de justificación**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 48 et seq.

124 Apud SANZ MORÁN, Angel. **Los elementos subjetivos...**p. 49.

125 TRAPERO BARREALES, Maria A. **Los elementos subjetivos em las causas de justificación y de atipicidad penal...**p.462 et seq.

ato também será realizado. O chamado requisito especial (intenção ou propósito) constitui parte integrante dos pressupostos objetivos da correspondente causa de justificação, requisito este imprescindível à aplicação da causa de exclusão do ilícito.

Logo, a intenção do autor integra parte do pressuposto objetivo de probabilidade necessária de que se realizarão as ações posteriores que levam à justificação: no momento de realizar o primeiro ato o agente deve representar que irá realizar os atos posteriores, pois pode acontecer que esta segunda fase de realização seja interrompida por terceiros, como as próprias autoridades policiais. É, ainda, perfeitamente possível que, quando da atuação, exista o propósito de conduzir o delinqüente às autoridades policiais responsáveis pela persecução penal e, posteriormente, este propósito desapareça e o autor resolva deter o criminoso por tempo indeterminado, o que resultaria no delito de constrangimento ilegal.

O pressuposto subjetivo de justificação consiste, destarte, apenas no conhecimento dos pressupostos objetivos do direito de detenção provisória do cidadão: que se trata de um delinqüente surpreendido em flagrante e que este deve ser posto à disposição das autoridades policiais competentes para a persecução penal. Logo, não é necessário que concorra, desde o primeiro ato, uma intenção ou motivo de fomentar a atividade policial.

4.5 Uma segunda conclusão intermediária.

O resultado das perquirições até aqui promovidas revela alguns pontos conclusivos para os fins deste trabalho. Corrobora-se, nesta sede, a desnecessidade de uma vontade de agir conforme determinada causa de justificação para que o comportamento esteja justificado. Por quê?

Preliminarmente, tal exigência, sob o ponto de vista prático, é pouco útil. Em segundo lugar, o elemento subjetivo de justificação, conquanto não seja irrelevante para o injusto, não pode ter caráter decisivo para este.

Em terceiro lugar, deve ser rechaçado o fundamento pré-jurídico que vê na estrutura lógico-real da finalidade a chave para a construção de, praticamente, todo um sistema penal. Um critério assim concebido, além da incapacidade para fornecer respostas coerentes quando da imputação ao tipo, tampouco logra explicar de modo congruente o fenômeno dos delitos culposos.

Por outro lado, despeja nas mãos do julgador a realização de um juízo de evidente complexidade e de duvidosa completude e acerto filosóficos: afinal, de que modo é possível

ao homem conhecer e acessar determinados valores éticos a serem protegidos em dada sociedade pelo Direito?

Tampouco o argumento literal, tão afeito a interpolações doutrinárias de conteúdo duvidoso, pode servir de apoio a quaisquer das teses que se pretenda defender. Trata-se de um argumento frágil e, portanto, descartável.

O presente estudo firma entendimento de que tal componente subjetiva de justificação deve basear-se em um juízo de previsibilidade objetiva típico da culpa consciente: basta que o autor tome como possível a concorrência de uma causa de justificação para que esteja preenchido o valor subjetivo da conduta, a ser desenvolvido em momento ulterior e devidamente integrado ao estudo do processo de fundamentação e exclusão do injusto. Tal valor subjetivo da conduta, entretanto, não desempenhará papel decisivo, uma vez que só pode compensar seu respectivo desvalor subjetivo da conduta.

5 AS CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS DA AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DE JUSTIFICAÇÃO.

Findas as ponderações acerca da existência, necessidade, fundamento e conteúdo do elemento subjetivo de justificação, cumpre destacar qual deve ser a consequência jurídico-penal quando de sua ausência.

Entre as soluções propostas pela doutrina internacional, eis as principais: a apreciação de um delito consumado, a admissão de uma eximente incompleta, a plena justificação da conduta e a aplicação de uma tentativa (inidônea).

As soluções destacadas refletem, em maior ou menor medida, a compreensão do injusto que acolhem. Insta neste capítulo aduzir suas linhas mestras e oferecer uma contribuição crítica.

5.1 Apreciação de um delito consumado.

Uma posição em geral vinculada ao finalismo, embora defensável por outras vias, é a que enxerga um delito consumado quando da atuação em desconhecimento da situação objetivamente justificante. Dentre as fundamentações possíveis, este trabalho expõe as quatro

bases argumentativas mais utilizadas para alicerçar este entendimento, bem como as respectivas críticas que cada qual comporta.

5.1.1 Teoria da congruência.

Segundo a tese da congruência, idealizada por MAURACH¹²⁶, a justificação requer sempre a presença conjunta dos pressupostos objetivo e subjetivo de justificação. Caso contrário restará um fato antijurídico consumado, uma vez que a presença solitária dos pressupostos objetivos é irrelevante.

Inviável, portanto, falar-se em tentativa, pois a presença de um estado de coisas objetivamente justificante não altera o fato de que se deu um resultado típico. Tampouco a tentativa poderia ser sustentada sob a perspectiva do erro, já que, nestas hipóteses, o mesmo não se estende ao tipo. O Direito Penal proíbe ações dirigidas pela vontade do sujeito à produção de alguma lesão ao bem jurídico e, portanto, não valora positivamente a produção de resultados objetivos fortuitos ou acidentais.

Neste sentido, é imperioso mencionar a recente monografia de GIL GIL sobre o tema. Segundo esta autora¹²⁷, a falta do elemento subjetivo de justificação, seja em virtude de sua completa ausência ou em razão de carência da parte transcendente ao tipo objetivo nas causas de justificação de resultado cortado e mutiladas de dois atos, impede a afirmação de um valor de ação exigido, e com isso também oblitera a constatação de um valor de resultado. Este deve provir necessariamente de um valor de ação, não podendo qualificar-se como tal a mera salvação fortuita de um interesse preponderante.

Assim como não se considera um desvalor do resultado qualquer lesão de um bem jurídico, mas só aquela proveniente de um desvalor de ação, não se pode afirmar um valor do resultado sem seu respectivo valor de ação.

GIL GIL entende que a tese da justificação separada, a ser desenvolvida em tópico pertinente, erra quando diferencia elementos subjetivos e objetivos de uma causa de justificação, identificando os primeiros com um valor da ação e os objetivos com um valor de resultado. Segundo a autora, inexistente um valor de resultado com independência de um valor de ação, seja qual for o efeito que se lhe atribua ao hipotético valor de resultado.

126 MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal**. Parte General. T.1. Tradução e notas de Direito espanhol por Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p.170.

127 GIL GIL, Alicia **La ausencia del elemento subjetivo de justificación**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2006, p.198-199.

Em síntese apertada, desvalor e valor do resultado não podem, respectivamente na fundamentação e exclusão do injusto, existir sem a concorrência obrigatória do desvalor e valor da ação. Não é difícil verificar que segundo esta teoria, os elementos subjetivos de justificação desempenham papel crucial à configuração do injusto. Da sua ausência, não só é impossível haver um correlativo valor da ação como também inexistem um valor do resultado, por mais que concorram circunstâncias objetivamente justificantes.

A despeito do êxito inicial, esta teoria sofreu uma série de críticas que, se não foram capazes de desqualificá-la completamente, contribuíram para um certo esvaziamento no cenário internacional.

Antes de adentrar o conteúdo das críticas, duas reflexões: o valor do resultado está em relação de dependência com o chamado valor da ação? As mesmas regras que regem a fundamentação do injusto no âmbito do tipo também regem a dinâmica das causas de exclusão daquele, na esfera da antijuridicidade? Estas são questões que requerem alguma reflexão, as quais este trabalho tentará responder.

Primeiramente, impõe-se indagar se, de fato, há um ilícito consumado quando da ausência do elemento subjetivo, em virtude de haver um resultado típico pleno. Pode-se objetar que a questão é saber se o resultado objetivamente justificado equivale ou não ao valor do resultado, pois conforme a teoria do injusto e de sua exclusão, o relevante são os valores e desvalores e não ação e resultado. O desvalor do resultado não dependerá, pois, só da existência de um resultado típico, mas, à sua confirmação, essencial avaliar o resultado do injusto.

Por outro lado, se decisivo é só o valor ou desvalor da ação, situações incoerentes são aduzidas: se na ausência dos pressupostos subjetivos de justificação a saída correta é punir o sujeito pelo crime consumado, na hipótese de erro sobre os pressupostos objetivos de justificação (desde a perspectiva da teoria extremada da culpabilidade), apesar da intenção boa, fiel ao Direito, atribuir-se-ia tão escasso valor à intenção que o sujeito será punido também por delito consumado. Haveria tão-somente um erro de proibição, a ser considerado na culpabilidade. Este argumento, embora vislumbre uma deficiência acertada, não é de todo convincente. O defensor da tese da congruência poderia contra-argumentar que a incoerência alinhavada só aparece caso se admita que o valor e desvalor do resultado possam ser compensados com independência de desvalor e valor da ação.

Conforme o escólio de TAVARES¹²⁸, as causas de justificação não devem ser analisadas à luz de um procedimento de congruência entre tipo e justificação. Esta

¹²⁸ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal...** p. 316.

congruência seria, pois, fruto de uma formulação de MAURACH para explicar a compleição sistemática do tipo finalista e evidenciar a relação existente entre tentativa e erro de tipo.

Outro argumento afirma que se o erro sobre uma causa de justificação não se estende ao tipo – conforme defendem os adeptos da teoria extremada –, isto supõe aceitar a idéia de que o erro sobre a justificação da conduta é sempre um delito putativo¹²⁹. Apesar de bastante difundida, esta crítica não parece acertada, pois incorpora uma premissa diferente da que partem os defensores da tese discutida. Para este entendimento seria impossível apreciar neste caso um delito putativo, visto que os pressupostos subjetivos, conforme já sublinhado, são essenciais à configuração da justificante.

Um argumento final faz referência à legítima defesa. Segundo salienta ROXIN¹³⁰, a apreciação de um delito consumado seria obrigada a admitir a possibilidade de legítima defesa por parte do agressor inicial. A sua inadmissibilidade pressupõe a negação do caráter de agressão à conduta objetivamente justificada, o que só seria possível caso se considere esta como uma tentativa inidônea. JAKOBS¹³¹ argumenta que o delito consumado traduz conseqüências dogmáticas inconvenientes, pois se o resultado típico é imputável ao autor como antijurídico, estaria permitida a conduta que impeça a atuação que produza este resultado, muito embora esta possua uma virtualidade para salvar um bem jurídico.

O contra-argumento de GIL GIL¹³² afirma que não é certa a permissão de impedir uma ação que poderá salvar um bem jurídico quando o autor da mesma desconhece a situação objetivamente justificante. Segundo esta autora, a solução para esta suposta falha reside na interrupção dos cursos causais. Assim, haverá a possibilidade de legítima defesa para um terceiro que reaja frente à atuação objetivamente justificante, uma vez que esta, segundo GIL GIL, não é uma ação justificada, mas sim ilícita. O terceiro que impede a ação virtualmente salvadora incorrerá, porém, em uma proibição de interrupção de um curso causal salvador.

Objeta-se, contudo, que na hipótese de uma legítima defesa de terceiro, por exemplo, se o desvalor do resultado só se compensa com a concorrência do pressuposto subjetivo de justificação, isto significa que os bens jurídicos do agressor merecem maior proteção do que os bens jurídicos do agredido e do que a própria proteção do ordenamento jurídico vulnerado

129 ROXIN, Claus. **Teoria del tipo penal**. Tipos penales abiertos y elementos del deber jurídico. Versão castelhana de Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 253. Título Original: Offene Tātbestande und Rechtspflichtmerkmale.

130 ROXIN, Claus. **Derecho Penal**...p. 597 et seq.

131 JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Parte general. Fundamentos y teoria de la imputación. Tradução de Cuello Contreras e Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 433-434.

132 GIL GIL, Alicia. **La ausencia del elemento subjetivo de justificación**...p. 188 et seq.

com a conduta do agressor inicial, já que o agredido será responsável não só pela conduta dirigida à lesão, como também pela lesão de um bem jurídico que não constitui um injusto penal.

Segundo HERZBERG, a teoria da congruência incorre numa petição de princípio quando afirma que só a presença de pressupostos objetivos e subjetivos de uma causa de justificação poderia justificar o fato, pois isto é precisamente o que se trata de provar, ou seja, que o decisivo seja a prevalência do desvalor da ação¹³³.

A solução do delito consumado, apesar de coerente com seus pontos de partida, encerra um significado materialmente equivocado, além de também não estar alheia a críticas contundentes. A principal delas se refere à estrutura do injusto pessoal em si e à necessidade de uma congruência questionável entre as regras que regem a fundamentação e as que regem a exclusão do injusto.

5.1.2 Concepção monista-subjetiva do injusto.

Consoante uma concepção ultra-subjetiva do injusto, este abrange tão-somente o desvalor subjetivo da ação. Para ZIELINSKI, o resultado, figura que não integra o injusto, só é relevante enquanto condição objetiva de punibilidade. Este autor considera que o resultado cumpre duas funções, entretanto, nada releva para a fundamentação ou exclusão do injusto.

Primeiro, o resultado desempenha uma função de intermediação do resultado (*Vermittlungsfunktion*), vinculada às conseqüências geradas pelo crime em determinado círculo social e a subsequente necessidade de uma resposta do poder punitivo. Conforme este autor, o “efeito de repercussão do fato” manifesta com intensidade variável o ilícito praticado, comovendo a paz jurídica em diferentes graus¹³⁴. O delito praticado, quando da produção do resultado, gera um poder maior de comunicação da presença do ilícito. O resultado também desempenha uma função indiciária da existência de uma ilicitude em si e da finalidade da ação levada a cabo pelo agente.

Se o injusto está limitado ao desvalor da conduta, pouco resta a indagar quanto à hipótese de perquirição deste estudo: da ausência de elementos subjetivos de justificação, inexistirá possível valor da conduta, o que ensejará a punição por delito consumado.

133 Apud TRAPERO BARREALES, Maria A. **Los elementos subjetivos em las causas de justificación...**p. 311.

134 ZIELINSKI, Diethart. **Disvalor de acción y disvalor de resultado em el concepto del ilícito.** Tradução de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1990, p. 241.

O resultado converte-se em pura condição objetiva de punibilidade. Nega-se ao desvalor do resultado um significado autônomo para a fundamentação do injusto, pois, em primeiro lugar, só ações, e não resultados, podem ser objeto de proibição e, finalmente, a irrelevância do resultado para o injusto decorre do fato de que sua produção ou inexistência depende amplamente do azar.

O monismo-subjetivo revela uma concepção do injusto lógica em relação às suas premissas, mas inaceitável quanto aos seus resultados práticos. Ao situar o desvalor da intenção no centro da teoria do delito, a mais radical das ramificações finalistas faz da tentativa inidônea o protótipo do fato punível. Esta postura dogmática leva a conclusões desproporcionais e equivocadas sob o ponto de vista político-criminal.

Em primeiro lugar, obriga a punir com a mesma intensidade crime tentado e delito consumado, o que à luz do ordenamento pátrio e de tantos outros é impossível. Além disso, tal formulação teria de aceitar como corolário obrigatório a punição de condutas cometidas sem a observância do cuidado devido, mesmo quando estas não repercutam de modo lesivo a algum bem jurídico. Noutras palavras, a incriminação de condutas imprudentes sem resultado.

5.1.3 Apoio no fundamento das causas de justificação.

GALLAS¹³⁵ distingue entre causas de autorização da ação e causas de autorização de ingerência, fazendo depender a exclusão do desvalor de ação da concorrência do pressuposto subjetivo de justificação. Só com a ocorrência de todos os pressupostos da causa de justificação é possível obrigar terceiro a tolerar a ingerência em seus interesses. Sob esta perspectiva de argumentação, pode-se mencionar a solução favorável ao delito consumado por meio da regulação das causas de justificação no Código Penal, ao admitir-se a justificação total quando concorrem todos os pressupostos, essenciais e não essenciais, da causa de justificação e a justificação parcial no caso de faltarem apenas pressupostos não essenciais. Para o setor doutrinário que defende a observância de um delito consumado na hipótese examinada por este trabalho, os pressupostos subjetivos de justificação considerar-se-ão essenciais.

Esta tese acerta, em determinada medida, ao dizer que a concorrência do elemento subjetivo de justificação é importante para maior segurança no momento da ação que pretende ser justificada a fim de não comportar excessos. Contudo, não logra explicar o porquê de a

135 Apud TRAPERO BARREALES, Maria A. **Los elementos subjetivos em las causas de justificación**...p. 296.

presença de pressupostos objetivos de justificação e a conseqüente proteção (mesmo que sem o conhecimento) de um bem jurídico sob perigo ou agressão nada importa para o injusto. O exemplo da legítima defesa é bem claro: se o seu fundamento individual reside na necessidade de proteção daquele bem jurídico em particular e, dá-se uma atuação objetivamente salvadora, resta incoerente a afirmativa de que um valor do resultado não pode existir sem um valor da ação.

5.1.4 Autonomia do pressuposto subjetivo de justificação na fundamentação do injusto.

Segundo ALWART há separação e independência absolutas entre o desvalor da ação, no âmbito da fundamentação do injusto, e o elemento subjetivo de justificação, no âmbito da exclusão do injusto. Este autor não considera suficiente o conhecimento da situação justificante como conteúdo suficiente do elemento subjetivo de justificação. Sugere, pois, um meio termo entre conhecimento e motivo, encontrando o momento crucial do elemento subjetivo de justificação em seu caráter de reação motivada pela ameaça de um bem jurídico. Rechaça-se, portanto, a necessidade de um paralelismo entre fundamentação e exclusão do injusto, atribuindo ao elemento subjetivo de justificação um caráter autônomo. Portanto, quando da ausência do correspondente motivo reativo (*weil-Motiv*), restará configurado em sua plenitude o injusto de um delito consumado¹³⁶.

A proposta de ALWART é criticável sob dois pontos de vista. Em uma abordagem inicial, da autonomia do pressuposto subjetivo de justificação não necessariamente decorre um delito consumado, exceto se a idéia seja apenas a de sublinhar o caráter de reação da legítima defesa. Logo, se o motivo reativo é essencial, só agirá em legítima defesa aquele que saiba que está sendo agredido. Isto é, deve justificar-se a conduta quando esta é uma reação a uma agressão subsistente, ainda que a motivação seja a de infligir danos ao agressor.

Conforme destaca ROXIN, a formulação de ALWART é confusa ao tentar operar a distinção a respeito de se uma lesão praticada por indignação é infligida com consciência de uma situação justificante ou não. No primeiro caso, o fundamento do castigo teria de apelar ao teor da atitude interna do sujeito, o que contraria a intenção inicial deste autor de não se valer dos motivos do sujeito concreto. Outra crítica dirige-se à falta de eficácia e relevância que a concepção de ALWART atribui à relação entre fundamentação e exclusão do injusto¹³⁷.

¹³⁶ Apud SANZ MORÁN, Angel. **Los elementos subjetivos...**p.71.

¹³⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal...**p. 599-600.

5.1.5 Outras considerações críticas.

O fato de as referidas teorias atribuírem tão escasso peso (ou nenhum) à concorrência de pressupostos objetivos de justificação, revela um conteúdo materialmente equivocado. Neste apartado, cumpre realizar algumas considerações críticas.

O argumento central, da maioria das teses examinadas neste tópico, concentra-se na assertiva de que a ausência do elemento subjetivo de justificação, ou porque falte por completo, ou porque falte a parte transcendente (nas causas justificantes de resultado cortado) ao tipo objetivo, impede a afirmação do valor da conduta exigido, e com isso também a constatação de um valor do resultado. Isto se dá em razão de a presença dos pressupostos objetivos de justificação necessariamente ter de vincular-se a um valor da ação para desempenhar algum papel relevante na esfera de exclusão do injusto, não podendo qualificar-se como tal a mera salvação fortuita de um interesse preponderante, da mesma maneira que não se considera um desvalor de resultado qualquer lesão a um bem jurídico, senão só aquela oriunda de um desvalor de ação.

Em suma, o Direito não pode valorar positivamente resultados fortuitos e todo o desvalor de resultado, para ser compensado ou neutralizado, deve estar ligado a um valor do resultado acompanhado de seu respectivo valor da ação. Ou seja, tanto fundamentação como exclusão do injusto só podem operar como um bloco indivisível e com especial relevância atribuída a determinados elementos subjetivos que compõem o desvalor e valor da conduta. Eis a indagação que serve de suporte à tese do delito consumado: como se fundamenta um valor do resultado sem um prévio valor da ação se no tipo de injusto é inconcebível um desvalor de resultado sem um desvalor da ação?

Tal questionamento parece lógico quando se vislumbra uma perfeita congruência e idêntica aplicação de regras para o tipo e para a antijuridicidade. O campo das justificações não se limita a uma permissão, mas, no plano da valoração jurídica da lesividade do fato, revela alguns aspectos importantes quando do conflito de bens e interesses.

De fato, é preciso existir alguma relação lógica entre desvalores e valores da conduta e do resultado. Esta interação, contudo, não se dá no plano da finalidade, mas maneja critérios objetivos de apreciação. Conforme salientado a seguir, o elemento subjetivo de justificação circunscreve-se à função de compensar eventual desvalor subjetivo da conduta. Isto significa que não possui relevância central no injusto, mas complementar, na medida de sua necessidade.

5.2 Eximente incompleta.

A doutrina espanhola, amparada em seu ordenamento jurídico-penal, propõe uma solução de compromisso: a observância de uma eximente incompleta quando, apesar da concorrência dos pressupostos objetivos de justificação, ausentes os elementos subjetivos. Trata-se, pois, da aplicação de especial circunstância atenuante da responsabilidade criminal do agente. Esta formulação é sustentada de diferentes modos. A abordagem aqui realizada examinará apenas duas das principais argumentações neste sentido.

A primeira dessas concepções é a de VALLE MUÑIZ¹³⁸. Segundo este autor, a presença dos pressupostos objetivos de justificação não pode deixar indiferente o injusto cometido, funcionando, pois, como uma espécie de diminuição do mesmo.

Se por um lado a capacidade expressiva do tipo se esgota em mostrar a relevância penal da conduta – isto é, avalia-se a existência de uma lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico-penal –, a afirmação do injusto penal, por sua vez, requer que essa desvalorização típica seja confirmada em um contexto axiológico mais amplo.

Nesta segunda etapa, no campo da antijuridicidade, a conduta já penalmente relevante é submetida à confrontação de outros interesses e valorações provenientes da totalidade do ordenamento jurídico. A antijuridicidade não se limita a confirmar a persistência do injusto típico, ou a declarar a autorização do comportamento penalmente relevante pela preponderante apreciação dos interesses aportados pela justificação. A categoria em comento encerra um significado maior: a possibilidade de graduação do injusto.

Destarte, a eximente incompleta só se processa quando, presentes os requisitos essenciais de uma determinada causa de justificação, faltarem-lhe alguns acidentais. Sublinhe-se que segundo esta tese, ao contrário de uma fundamentação centrada no desvalor da ação, tributária do finalismo, a essencialidade do elemento subjetivo deve ser demonstrada por quem os atribua significado decisivo na conformação do injusto.

O fundamento de uma causa de justificação, consoante a concepção de VALLE MUÑIZ, não reside em uma sorte de contrapartidas específicas e relativas aos desvalores da ação e do resultado, mas encontra esteio em critérios valorativos e de cunho político-criminal, que dotam de coerência interna todo ordenamento jurídico. Por este motivo, o fundamento da justificação incompleta não deve ser buscado sempre em um argumento correlato à supressão

¹³⁸ VALLE MUÑIZ, José Manuel. La naturaleza graduable del injusto y la actuación em desconocimiento del presupuesto objetivo de una causa de justificación. In: SILVA- SANCHEZ, José Maria (ed.). **Política Criminal y nuevo derecho penal**. Barcelona: J.M.Bosch, 1997, p. 423-467.

ou diminuição do desvalor da ação ou do resultado, mas na presença da essência justificante da conduta.

O importante é que a situação fática mostre que a conduta típica encerra também possibilidades de salvação positivamente valoradas pelo Direito, ainda que não seja possível verificar uma justificação plena em virtude da inexistência de conhecimento da situação objetivamente justificante por parte do sujeito. Em apertada síntese, a justificação incompleta não é mais do que o resultado de uma deficiente ponderação de interesses.

A tese acima narrada, apesar de buscar alternativas de melhor fundamentação do injusto, sofre algumas críticas. Em primeiro lugar, questiona-se o porquê de a mera concorrência dos pressupostos objetivos de justificação, por si só, operar uma diminuição do conteúdo do injusto. Eis, novamente, o argumento acalcado em um injusto pessoal: a presença de tais elementos não passa de um resultado fortuito, insuscetível de valoração pelo Direito.

Por outro lado, assevera-se que a concessão de certa relevância à conduta do sujeito pela simples idoneidade objetiva para salvar um interesse preponderante contradiz a afirmação inicial de que também normas permissivas são de determinação ou não explica a exigência, em todas as causas de justificação, de elementos subjetivos.

Conforme já assinalado, a crítica alusiva ao caráter fortuito dos pressupostos objetivos de justificação não inspira convencimento. O imprevisível está presente em muitos momentos da teoria do delito. O planejamento mais sofisticado de um homicídio pode não ultrapassar os limites de uma tentativa por razões alheias à vontade do agente, de modo que essa mesma falha decorrente do fortuito pode representar viver ou morrer para a vítima, bem como implica em diminuição obrigatória da pena aplicada ao infrator. O resultado, conforme será exposto em momento oportuno, demonstra, acima de tudo, a realização de um risco juridicamente desaprovado e que poderia ser evitado pelo autor.

No que diz respeito à crítica subsequente, é duvidoso que o Direito esgote-se em uma norma de determinação. Caso assim fosse, o Direito Penal estaria impregnado por uma orientação fulcrada em valores de ordem ética e moral. Consoante exposto em tópico ulterior, o injusto deve comportar um nível de valoração jurídica da lesividade de um fato frente aos bens jurídicos protegidos pelo ordenamento.

Pode-se, contudo, dizer com acerto que a apreciação dos desvalores e valores no âmbito da fundamentação e exclusão do injusto, respectivamente, não precisa ser rejeitada, pois importa em etapa importante à sua configuração, permitindo melhor visualização e exame de seus elementos constitutivos.

Outra proposta que, embora admita a solução da tentativa como materialmente satisfatória, defende a aplicação da eximente incompleta é MIR PUIG¹³⁹. Segundo o professor espanhol, o fundamento do valor ou desvalor de uma conduta só pode fundar-se em sua nocividade para bens jurídicos, salvo na concorrência de interesses mais valiosos. Destarte, na hipótese de atuação amparada por pressupostos objetivos de justificação, a despeito da ignorância do agente em relação aos mesmos, restará um estado de coisas materialmente análogo à tentativa inidônea punível (no direito espanhol). Isto se dá em razão de o espectador objetivo imaginário (*ex ante*), critério utilizado pelo autor, em tese, incorrer no mesmo erro do autor concreto.

Haverá, consoante as palavras do professor espanhol, um perigo intersubjetivo estatístico de que, de fato, os pressupostos objetivos de justificação desconhecidos daquele não tivessem concorrido na hipótese vertente. Intacto o desvalor objetivo da conduta, o mesmo já não poderá ser dito a respeito do desvalor do resultado. Este, consideravelmente menor, em virtude de um perigo apenas estatístico, fundamenta a punição por tentativa. Ressalte-se, porém, que a solução da impunidade não é descartável: basta a situação concreta configurar uma tentativa irreal, em razão de o perigo *ex ante* inexistir. Ou seja, ante os dados que conhece o sujeito, ninguém minimamente racional questionaria a presença de pressupostos objetivos de justificação. A par do exposto acima, este autor acolhe outra alternativa, mais satisfatória, decorrente do Código Penal Espanhol.

Muito embora o artigo 17 do Diploma Criminal Brasileiro não puna a tentativa inidônea, e inexistia dispositivo que expressamente fale em eximente ou justificação incompleta no caso da atuação em desconhecimento da concorrência de pressupostos objetivos de justificação, este trabalho acredita, para quem veja com entusiasmo a aplicação de uma justificação incompleta, haver uma possibilidade legal que lhe sirva de fundamento. Trata-se do artigo 66 do Código Penal que permite o reconhecimento de uma atenuante caso se verifique circunstância relevante anterior ou posterior, embora não prevista de modo expreso pela lei. Desta forma, dar-se-ia outra função ao dispositivo que não a co-culpabilidade já aduzida por setor da doutrina¹⁴⁰, valorizando-se a possibilidade de graduação do injusto.

Poder-se-ia, contudo, objetar que a controversa súmula número 231 do Superior Tribunal de Justiça proíbe a redução da pena abaixo do mínimo legal no caso de incidência de circunstância atenuante, o que significaria um óbice à pretensão acima esboçada. Sem

139 MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal**...p. 396 et seq.

140 Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal:** parte geral. 5.ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004,p. 791.

minudenciar o mérito e a solidez do entendimento jurisprudencial, a redução abaixo do limite mínimo em até um sexto (fração normalmente aplicada ao regime das atenuantes), consoante a compreensão aqui esposada, não parece uma solução ruim. A despeito do silêncio do legislador acerca do tema, em favor da possibilidade de a pena ficar aquém do mínimo legal, por ocasião de uma atenuante, advoga a necessidade de melhor se individualizar a pena aplicável, corolário lógico de um injusto graduável.

Conforme crítica de GÜNTHER¹⁴¹, o reconhecimento do caráter graduável do injusto penal por um setor doutrinário circunscreveu-se à análise do tipo. Segundo este autor, ignora-se que no âmbito da antijuridicidade, a concorrência de alguns ou vários pressupostos de justificação tem como efeito a redução do injusto. Assinala, ainda, que a ausência de alguns elementos das causas de justificação, enquanto manifestação de uma significativa redução do injusto, deve abarcar as mesmas conseqüências penais da ausência isolada de alguns elementos do tipo.

5.3. Tese da justificação plena e o rechaço aos elementos subjetivos de justificação.

Para setor minoritário¹⁴² da doutrina, a conduta de quem age em desconhecimento dos pressupostos objetivos de justificação, a despeito da presença de uma situação justificante, está plenamente justificada e, portanto, impune. Este modo de resolução da hipótese em exame, hoje em franco desuso em virtude do advento e difusão de um injusto complexo, é defensável conforme pontos de vista similares e, não raro, incoerentes. Em geral, este grupo de autores rechaça a necessidade de elementos subjetivos de justificação, ressalvadas pontuais exceções.

A concepção objetiva do injusto e das causas de justificação é comumente atrelada ao arquétipo causal-naturalista. Neste, toda sorte de elementos subjetivos pertence à culpabilidade. De acordo com esta postura dogmática, à justificação plena de um fato bastará uma atuação na presença dos pressupostos objetivos de justificação, pouco importando o

141 Cf. DIÉZ RIPOLLÉS, José Luiz. La categoria de la antijuridicidad em Derecho penal. In: **Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Fascículo III, 1991, p. 715-790.

142 Na Alemanha, por todos WAIDER, H. Die Bedeutung der Lehre Von den subjektiven rechtfertigungselement für Methodologie und Systematik des Strafrechts. Berlin 1970 apud SANZ MORÁN, Angel, Elementos Subjetivos de Justificación, Barcelona: J.M.BOSCH EDITOR, S.A, 1993, p. 15, n. 44. Na América Latina, cite-se Zaffaroni que mudou de opinião recentemente, abandonando uma postura subjetivista para assumir uma concepção objetiva das causas de justificação. Cf. TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal...prefácio, xx e ZAFFARONI, E.R. Derecho Penal – Parte General, 2. ed.. Buenos Aires: ediar, 2002, p.605.

exame acerca de eventual vontade de salvar bens jurídicos ou o conhecimento da situação justificante pelo agente.

A título de direito comparado, o Código penal italiano¹⁴³ parece indicar, conforme a quase unanimidade da doutrina daquele país¹⁴⁴, a ausência de punição como resposta obrigatória decorrente da decisão do legislador. Não nos parece, neste caso, um entendimento equivocado, visto que não caberia à dogmática contrariar sua necessária vinculação ao ordenamento jurídico.

Dentre aqueles que pugnam pela impunidade, cabe mencionar a compreensão de ZAFFARONI¹⁴⁵ que, abandonando a solução pelo delito consumado, atualmente reputa existir um delito putativo na hipótese vertente.

O caráter prescindível dos elementos subjetivos de justificação explica-se em virtude de uma antijuridicidade puramente objetiva, a qual não necessariamente é incompatível com um injusto complexo, segundo o autor. A exigência de um ânimo ou finalidade de atuar representa um indevido imiscuir-se da ética no Direito, o que é incompatível com um Estado Democrático.

ZAFFARONI assevera que a exigência de elementos subjetivos de justificação só pode ser concebida em uma estrutura que faça o desvalor da antijuridicidade recair no ânimo desobediente à vontade estatal, o que, em tese, comprova que o único bem jurídico existente é a vontade do Estado.

Segundo o mestre argentino, um problema diferente e particular é o dos chamados elementos subjetivos de justificação, que, em tese, consistiriam em uma suposta necessidade de que o autor que opera justificadamente conheça as circunstâncias objetivas existentes quando de sua atuação, como o conhecimento da agressão injusta e iminente na legítima defesa e do perigo iminente e inevitável de outro modo no estado de necessidade.

Para este autor, a exigência de elementos subjetivos de justificação representa uma ultra-finalidade desde o ponto de vista do tipo, pois o indivíduo atuaria dolosamente (dirigindo sua ação à obtenção do resultado típico) para obter outro resultado (deter ou evitar a agressão ou salvar o bem jurídico de maior valia).

143 Art.59.1 “Le circostanze che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell’agente anche se da non conosciute , o da lui per errore ritenute inesistenti”. (As circunstâncias que atenuam ou excluem a pena são valoradas a favor do agente ainda que não as conheça ou por erro as considere inexistentes. Tradução do autor desta monografia). Cf. FIORE, Carlo. **Diritto Penale – Parte Generale**. Introduzione alle studio del diritto penale. La lege penale-il reato. Torino: UTET, 1993, p. 351.

144 Ibidem.

145 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho penal. Parte general. 2.ed. Buenos Aires: ediar, 2002, p.601 et seq.

Considera, ainda, que é equivocada a estendida opinião de que a exigência dos elementos subjetivos de justificação é inevitável para quem postula um injusto complexo. Observa o autor que este enquadramento doutrinário jamais foi inflexível, como o demonstrou a incorporação dos chamados elementos subjetivos do injusto (distintos do dolo típico) que em nada alterou a situação, uma vez que HEGLER e MAYER não admitiam os elementos subjetivos de justificação. Por outro lado, um setor da doutrina ulterior que seguiu sustentando o dolo na culpabilidade admitiu a exigência de elementos subjetivos de justificação, no intento de uma simetria entre os citados elementos.

De acordo com ZAFFARONI, tais posições sustentadas por alguns dos mais rígidos adeptos do neokantismo, revelam uma tendência anterior ao injusto complexo finalista de valorizar elementos de ordem ética. Nesta esteira, conclui que, além dos motivos históricos, não existe razão para sustentar que o conceito complexo de injusto obrigue a admitir a existência de elementos subjetivos de justificação.

Deste modo, quando se constrói o conceito de antijuridicidade como juízo que verifica que um preceito permissivo confirma a vigência de um âmbito de licitude ou liberdade, a exigência de qualquer elemento subjetivo na justificação aparece como totalmente desnecessária e, inclusive, aberrante em um Estado de Direito: ninguém tem por que conhecer em que circunstâncias atua ao exercer um direito, pois o exercício de um direito não depende de que seu titular saiba ou não o que está fazendo. A rigor, aquele que imagina cometer um delito em sua imaginação, uma vez que não há um injusto no mundo real, só incorre em um delito putativo, impunível.

Para ZAFFARONI, a única possibilidade de requerer os elementos subjetivos de justificação é fazer recair o desvalor da antijuridicidade sobre o ânimo desobediente à vontade estatal. Por esta via, chega a conclusão de que só existe um bem jurídico, a saber: a vontade do Estado e, por conseguinte, o direito de exigir a obediência do súdito. A obscuridade que rodeia o tema obedece à idéia de uma justificação como a derrogação de uma proibição. Logo, se a permissão é elaborada desde a proibição, é lógico afirmar que se um estamento é complexo, o outro também deve ser, porém, se a permissão for concebida como confirmação da liberdade social, esta relação não se impõe.

Acrescenta, ainda, que esta inversão motivada pelas teorias imperativas da norma e pelos fins preventivos da pena faz com que o ânimo, mau ou bom, ou o simples propósito não só fundamentem o tipo, mas também justifiquem a exigência subjetiva na estrutura do tipo permissivo.

Por fim, ZAFFARONI afirma que quando não se defende uma justificação desde a proibição e se reconhece que o justificado não difere, em sua natureza, do não proibido, não pode admitir-se que as condutas justificadas sejam antijurídicas quando os autores não saibam o que fazem, pois com idêntico critério caberia subtrair de uma pessoa o direito de professar livremente seu culto, quando acreditasse que está fazendo outra coisa.

5.3.1 Críticas.

A compreensão explicitada é combatida por diversos argumentos, em sua maioria, dirigidos à concepção puramente objetiva do injusto e das causas de justificação. Nesta sede, o estudo limitar-se a expor aquelas críticas mais contundentes.

De início, insta afastar o arquétipo objetivo-causal de injusto que vê no desvalor do resultado um elemento decisivo de imputação. Esta posição que enxerga o resultado como parte integrante da ação fundamenta o injusto em alicerces puramente causais, o que enseja o perigo de se consagrar uma responsabilidade objetiva. Por outro lado, se a desconformidade entre um comportamento e o ordenamento jurídico pretende sustentar-se em uma norma de determinação ou diretiva de conduta, um injusto baseado especificamente no desvalor do resultado torna-se incoerente.

A objeção mais importante, contudo, diz com a teoria do erro. Pois se o injusto é exclusivamente objetivo e a culpabilidade se encarrega de avaliar tudo o que possa haver de subjetivo, não se explica como o erro sobre os pressupostos objetivos de justificação pode releva para a exclusão do dolo. Especialmente no que tange ao ordenamento pátrio, em que a própria lei impõe a ausência de dolo nesses casos, tal estruturação revela-se inconcebível. Muito embora a consideração objetiva das causas de justificação não implique ignorar o erro sobre elas, parece pouco congruente adotar um injusto objetivo e, arbitrariamente, excluir o dolo nessas hipóteses de erro.

A crítica dirigida a autores como CARBONELL assume feições semelhantes. Este autor, a exemplo de outros, admite a existência de elementos subjetivos de justificação, contudo, defende a justificação plena quando da hipótese analisada por este trabalho. Ainda que a situação objetivamente justificante tenha que releva algo para o injusto, exigir elementos subjetivos de justificação e, depois, optar por uma justificação plena, significa esvaziar em sentido e importância a admissibilidade daqueles elementos¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Neste sentido GIL GIL, Alicia. **La ausencia...** p. 91.

Quanto à formulação de ZAFFARONI, algumas observações preliminares devem ser feitas. Este autor elege como premissa do Direito Penal a função de limitar ou conter o poder punitivo. Trata-se de seu denominado “funcionalismo redutor”. Entretanto, ZAFFARONI nega ao Direito Penal qualquer função protetora de bens jurídicos, os quais são compreendidos como uma mera imposição da vontade estatal.

Grosso modo, trata-se de uma dogmática alicerçada em alguns pontos básicos. Em primeiro lugar, argumenta que todo o poder punitivo encerra um traço de irracionalidade (inerente à sua estrutura), o que confirma sua ilegitimidade. Essa irracionalidade, por sua vez, diz com o sistema penal, que através de suas agências exerce um processo de criminalização secundária em relação aos indivíduos considerados vulneráveis. Essa seletividade em função da vulnerabilidade descortina-se em aspectos multifários no bojo das relações sociais, políticas, econômicas e culturais. Elementos referentes à classe social, etnia, fragilidade econômica e, sobretudo, formadores de estereótipo, encarregam-se deste critério de seletividade de comportamentos criminosos.

Tal seleção criminalizante irracional, que encontra-se mergulhada em uma constante disputa entre Estado de Direito e Estado de Polícia (*Polizeistaat*), atesta um grau ético deficitário da reprovação individual impregnada na imposição de pena.

Ao negar qualquer fim à pena, adota-se uma postura agnóstica consistente em reduzir ao máximo o âmbito de atuação do poder punitivo por meio do princípio da lesividade e à luz de uma culpabilidade por vulnerabilidade.

O presente estudo aquiesce quanto ao fato de se tentar conter a irracionalidade do poder punitivo. Um poder irracional oferece um grande espaço para abusos e, portanto, é carente de qualquer legitimidade. Entretanto, um poder instituído e limitado por garantias constitucionais efetivamente observadas não só pode ser considerado racional, como instrumento que veda a abertura ao exercício da vingança privada, sem que isto signifique, por ilação obrigatória, um aviltamento no que diz respeito à participação da vítima.

A tese de ZAFFARONI, embora evidentemente comprometida em estabelecer limites racionais à atuação do poder punitivo, enseja interpretações temerárias em alguns aspectos. Torna-se muito difícil não enxergar na deslegitimação total do poder punitivo uma deslegitimação do próprio Estado. Isto não significa que o Estado, bem ao gosto do historicismo de HEGEL e outras doutrinas contemporâneas, deva ser erigido à condição de ente supremo. Pelo contrário, o Estado deve existir para garantir um núcleo mínimo de liberdade individual, instrumento sem o qual não se realiza o princípio da dignidade humana.

Quanto ao problema proposto, a solução de ZAFFARONI parece perfeitamente compatível com seus pontos de partida. Se os bens jurídicos são identificáveis sempre com a vontade estatal e ao Direito Penal não cabe protegê-los de lesões ou perigos efetivos de lesão, de fato, a exigência de elementos subjetivos de justificação faz-se precária. Da mesma forma, acerta o autor ao questionar suposto papel decisivo da intenção ou ânimo do agente quando da concorrência de uma causa de justificação. Apesar disso, alguns pontos parecem menos consistentes.

De início, causa alguma controvérsia a afirmação de que as causas de justificação, enquanto direitos, não precisam de conhecimento por parte do agente para serem reconhecidas. O tomar como possível a concorrência do pressuposto objetivo autorizador da justificação deve existir a fim de que o agente mantenha-se dentro da ação permitida pelo Estado e, pelo menos em tese, possa melhor atuar dentro dos limites objetivos da justificante. Se a ocorrência da situação objetivamente justificante tem algum peso e não pode ser ignorada, também é político-criminalmente correto que quem se vale de uma causa de justificação deva, ao menos, tomar como possível os pressupostos mínimos que autorizam sua atuação.

Um segundo ponto, revela que a solução pelo delito imaginário obrigaria o autor a acolher uma teoria extremada da culpabilidade, em que o erro sobre os pressupostos objetivos de justificação apenas releva para a culpabilidade. Tal resposta, à luz do ordenamento pátrio, neste sentido, é inviável, uma vez que conforme destacado, a consequência do erro de tipo permissivo é a ausência de dolo.

Concluído este raciocínio crítico, é possível reafirmar que um injusto objetivo, inserido em um sistema causal ou defendido a partir de um prisma redutor, não se sustenta face à teoria das normas e do erro sobre os pressupostos objetivos de justificação, bem como não corresponde à visão mais adequada do injusto consoante a idéia deste trabalho.

5.4 Solução da tentativa.

A apreciação de uma tentativa, quando da atuação em desconhecimento dos pressupostos objetivos justificantes, pode ser fundamentada sob diversas perspectivas dogmáticas. Neste tópico, algumas das principais bases argumentativas serão aduzidas, bem como as respectivas críticas a cada uma delas.

Não é ocioso salientar que a compreensão de uma tentativa, geralmente, acolhe duas premissas: a exigência de algum elemento subjetivo de justificação e a atribuição de alguma

relevância separada à presença dos pressupostos objetivos de justificação para configurar o injusto.

Antes de passar à próxima etapa, insta realizar uma observação introdutória: a opção pela tentativa implica duas formas diferentes de concebê-la. Um primeiro setor sustenta a aplicação direta das regras da tentativa, enquanto um segundo defende uma aplicação analógica.

5.4.1 Derivação da inversão do erro de tipo permissivo.

Conforme já exposta no plano de investigação, a análise acerca dos elementos subjetivos e do tratamento jurídico-penal adequado quando da sua ausência encerra um significado relevante para a teoria do erro. Não é por acaso que copiosa gama de autores¹⁴⁷ intenta fundamentar uma tentativa como corolário lógico e invertido da teoria adotada no chamado erro sobre os pressupostos objetivos de justificação. O raciocínio possui a seguinte estrutura: se em face do erro ou desinteligência sobre os pressupostos objetivos de justificação – à luz da teoria limitada da culpabilidade¹⁴⁸ – exclui-se o dolo da conduta, o mesmo raciocínio deve servir para o erro de tipo permissivo inverso (*umgekehrte Erlaubnistatbestandsirrtum*), ou seja, o desconhecimento da presença de tais pressupostos objetivos. Como consequência deve aparecer uma tentativa inidônea, uma vez que aquele desconhecimento impediria, pois, a realização do injusto em sua plenitude.

5.4.2 A teoria dos elementos negativos do tipo.

A teoria dos elementos negativos do tipo também não encontra entraves para fundamentar uma tentativa. Esta vertente teórica, grosso modo, exige para a configuração

¹⁴⁷ Por todos TRAPERO BARREALES, Maria A. Los elementos subjetivos em las causas de justificación y de atipicidad penal. Granada: Comares, 2000, p. 394.

¹⁴⁸ Ressalte-se que sob a nomenclatura “teoria limitada da culpabilidade”, agrupam-se um número distinto de teorias que, como nota comum, encerram o fato de que o erro sobre os pressupostos objetivos de justificação deve excluir o dolo em virtude de um tratamento analógico ao aplicado para o erro de tipo, no caso brasileiro disposto no artigo 20 do Código Penal. Tal posição sustenta-se, sobretudo, por meio de um argumento político criminal, segundo o qual aquele que, subjetivamente, não quer violar o ordenamento jurídico, não pode sofrer as mesmas consequências admitidas para o erro de proibição, em razão de sua fidelidade ao direito. Ao contrário, a teoria extremada da culpabilidade, especialmente vinculada ao finalismo ortodoxo, encontra-se hoje em franco declínio. A aplicação da teoria dos elementos negativos do tipo, por sua vez, possui o mesmo efeito da teoria limitada quanto ao erro sobre os pressupostos fáticos ou objetivos de uma causa de justificação: a exclusão do dolo se dá, entretanto, de modo direto e não analógico.

completa do injusto o preenchimento dos tipos positivo e negativo. Em verdade, as categorias do tipo e da antijuridicidade fundem-se em um tipo global ou total de injusto. O tipo positivo compreende a realização dos elementos do tipo objetivo. O tipo negativo ocupa-se de verificar a concorrência ou não de elementos justificantes. Caso concorram todos os pressupostos legitimadores de uma justificação, o injusto não está perfeito e a conduta sequer será típica. Na hipótese oposta – a conduta não está justificada – restará um injusto.

À luz desta compreensão, o desconhecimento da concorrência de pressupostos objetivos justificantes fará com que a conduta preencha os requisitos do tipo positivo, mostrando-se, desde uma perspectiva *ex ante*, apta a gerar danos, entretanto, desde uma perspectiva *ex post*, esta mesma conduta revelar-se-á inidônea. Ao tipo negativo faltará o pressuposto subjetivo de justificação. Resta, portanto, uma tentativa inidônea.

A teoria dos elementos negativos do tipo, alvo de infundável controvérsia, apresenta-se perfeitamente coerente no que tange à hipótese deste estudo. Muito embora, consoante a célebre passagem de WELZEL, matar um mosquito não seja o mesmo que matar um homem em legítima defesa, a pretensa confusão entre categorias que produz o tipo total é menos evidente do que se costuma afirmar.

Na doutrina nacional, QUEIROZ¹⁴⁹ pode ser apontado como defensor da referida teoria. Segundo este autor, os conceitos de tipo e antijuridicidade encontram-se vinculados de modo funcional. Esclarece, ainda, que o tipo positivo corresponde à realização integral dos elementos objetivos, normativos e subjetivos do tipo, enquanto a parte negativa corresponde à ausência de concorrência de uma causa de justificação. Negada a ocorrência desta última, negado está o tipo penal.

Conforme salienta ROXIN¹⁵⁰, é muito pouco que se ganha com a distinção proposta entre tipo e antijuridicidade, pois a ação juridicamente irrelevante e a permitida não encerra uma diferença tão clara. Tampouco restam visíveis, materialmente, diferenças valorativas elementares do Direito, pois o problema não reside tanto na rigidez da delimitação, mas no caráter decisivo do julgamento jurídico-penal.

Abstraídas as demais objeções, uma vez que esta não é a sede própria para um desenvolvimento profundo, a teoria do tipo total encerra algumas vantagens. Primeiramente mostra o tipo como *ratio essendi* do injusto punível. Desde a teoria do erro e da tentativa,

149 QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**: parte geral. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.140 et seq.

150 ROXIN, Claus. **Teoria del tipo penal**: tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 274 et seq.

permite uma explicação mais clara e didática. Por fim, realiza e alcança todas as circunstâncias significativas acerca da antijuridicidade em seu significado social.

Saliente-se, ainda, que a eventual adoção de um tipo total do ponto de vista exclusivamente dogmático não tem por corolário obrigatório a perda de algumas funções inerentes ao tipo e à antijuridicidade. Desde o prisma político-criminal, a antijuridicidade pode ser compreendida como categoria individual e sede de resolução de conflitos.

5.4.3 Argumento orientado às conseqüências.

Esta posição não consubstancia uma tese em si. Limita-se, por outro lado, a manifestar conseqüências inconvenientes de outros modos de solução, sobretudo, no que respeita à tese do delito consumado. Segundo ressalta JAKOBS, a situação gerada pela conduta objetivamente justificada, ainda que o autor ignore tal circunstância, guarda maior semelhança com uma tentativa do que com outras soluções. A apreciação de uma tentativa se impõe em virtude de seus efeitos serem menos criticáveis dos que os resultantes da tese da consumação do delito¹⁵¹.

5.4.4 Teoria da justificação separada.

A tese da justificação separada intenta dotar a solução da tentativa de um fundamento material. Neste grupo, incluem-se autores que atribuem uma relevância à presença dos pressupostos objetivos de justificação no que se refere à existência de um valor do resultado capaz de compensar o desvalor do resultado.

Grosso modo, pode-se dizer que para este grupo, o injusto compõe-se de desvalor da ação e do resultado (no âmbito de sua fundamentação) e de valor da ação e do resultado (no âmbito de sua exclusão). Considera-se possível atribuir relevância separada a cada um dos valores para a neutralização ou compensação dos correlatos desvalores. Na concorrência de pressupostos objetivos de justificação reside o valor do resultado, que compensa o desvalor do resultado. Persiste somente o desvalor da ação, uma vez que a atuação objetivamente salvadora de um bem jurídico ameaçado estava desacompanhada do conhecimento da situação justificante. O binômio desvalor da ação sem desvalor do resultado só enseja uma tentativa.

¹⁵¹ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte general. Fundamentos y teoria de la imputación.** Tradução de Cuello Contreras e Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 361-362.

Esta tentativa poderá, contudo, ser considerada inidônea, no caso de vislumbrar-se intacto apenas um desvalor subjetivo da ação, ou uma tentativa idônea, caso vislumbre-se um desvalor subjetivo da ação e um desvalor objetivo da ação, embora diminuído. O juízo de injusto da tipicidade é apenas provisório: sua afirmação ou exclusão definitiva resulta do exame da antijuridicidade.

A dinâmica referente à compensação de valores com desvalores, a título de esclarecimento, foi bem explicada por STRATENWERTH¹⁵².

Segundo este autor, o injusto só está fundamentado totalmente quando concorrem desvalor da ação e do resultado. Se há apenas um desvalor do resultado, isto significa a inexistência de um injusto no sentido do tipo correspondente, desde que este desvalor do resultado não seja relevante, de alguma maneira, no sentido de outros tipos.

De outro modo, se apenas concorre um desvalor da ação, isto significa que nos delitos dolosos o máximo que se pode sustentar no âmbito do injusto é uma tentativa (desde que essa tentativa seja punível). No âmbito dos delitos culposos, produz-se, contudo, a impunidade, a não ser que tais condutas imprudentes sem resultado sejam punidas pelo ordenamento.

No que tange à exclusão do injusto, este só resta totalmente eliminado quando concorrem valor de resultado e de ação. Concorrendo apenas o valor de resultado, como na hipótese do estudo, isto é, o desconhecimento de uma situação justificante, isto significa afirmar duas respostas: o desvalor do resultado está compensado pelo respectivo valor do resultado e o desvalor da ação restante encerra nos delitos dolosos apenas uma tentativa.

Caso concorra, porém, apenas um valor de ação, como no erro sobre os pressupostos objetivos de justificação, isto significa que o desvalor da ação está compensado pelo valor da ação e que o desvalor do resultado segue existindo, embora falte o injusto no sentido do tipo correspondente.

A estruturação do injusto é, talvez, um dos temas mais nebulosos do Direito Penal, visto que nem todos os autores estabelecem de modo claro o conteúdo de desvalores e valores de ação e resultado. Neste apartado, cumpre resumir algumas formulações que, defensoras da apreciação de uma tentativa, procuram esclarecer tais conteúdos.

Para WOLTER¹⁵³, as causas de justificação podem ser concebidas, com exceção do consentimento do ofendido, como casos de aplicação do risco permitido. Destarte, articulam-

152 STRATENWERTH, Günther. **Disvalor de acción**...p. 59 et seq.

153 WOLTER, Jürgen. Imputación Objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*. In: SCHÜNEMANN, Bernd (coord). **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Madrid: Ed. Tecnos, 1991, p.112-113.

se em forma de valores da conduta, os quais o autor denomina valores da tentativa de ação, valores relativos à possibilidade de salvação e valores do resultado. Tais valores podem compensar os seus respectivos desvalores: da conduta, do risco e do resultado, próprios do delito doloso.

Conforme explica WOLTER, as causas de justificação têm por finalidade a proteção excepcional de interesses mais valiosos. Disto resulta que o permitido não é a ação justificante em si, enquanto intenção obediente ao Direito. A ação justificante só é permitida em virtude da possibilidade real de proteção do bem jurídico mais valioso, que a ela está associada¹⁵⁴.

Conclui com a afirmação de que o protótipo da justificação é a criação de uma possibilidade de salvação. A norma permissiva só nasce da junção do valor da ação e do valor da possibilidade de salvação. Por fim, a justificação plena só se opera quando o autor, conhecendo a existência de pressupostos objetivos de justificação, cria possibilidades de salvação que efetivamente se concretizam. Surge assim o valor do resultado.

5.4.5 Críticas.

A maior parte das críticas dirigidas à solução da tentativa provém do setor que enxerga um delito consumado quando da ausência do pressuposto subjetivo. Nesta sede cumpre salientar algumas das principais críticas às fundamentações esgrimidas acima.

No que concerne à aplicação da inversão das regras do erro sobre os pressupostos objetivos de justificação para fundamentar uma tentativa, a principal crítica aponta um suposto erro na aplicação de tal técnica. PUPPE¹⁵⁵ argumenta que a solução da tentativa não é uma consequência necessária quando do uso das técnicas de inversão. Segundo esta autora, caso seja admitido que o erro sobre os pressupostos objetivos de justificação exclui o dolo, só é possível afastar a concepção objetiva das causas de justificação e a tese da impunidade, sem que se faça um juízo definitivo acerca de outras hipóteses.

Outra crítica dirigida à aplicação inversa da técnica do erro sobre os pressupostos objetivos de justificação faz menção ao argumento de que o erro não é extensível ao tipo. Evidente que tal crítica vale-se da teoria extremada da culpabilidade, segundo a qual, em apertada síntese, o erro sobre pressupostos objetivos de justificação nada releva para o tipo, mas apenas para a antijuridicidade da conduta.

¹⁵⁴

¹⁵⁵ Cf. TRAPERO BARREALES, Maria A. **Los elementos subjetivos...** p. 347.

Ambas as refutações não parecem acertadas. Inicialmente, recusar a aplicação da teoria do erro sem um maior aprofundamento menospreza a sua utilidade. Ademais, a segunda crítica vale-se de premissa diferente da que é acolhida pelos defensores da tentativa. Sobretudo, entre nós, tal crítica é infundada, já que é pacífica a exclusão do dolo quando de um erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação¹⁵⁶.

No que tange à teoria dos elementos negativos do tipo, as objeções referem-se menos à solução da tentativa do que à teoria em si. O assunto exigiria, pois, uma digressão maior do que os limites da presente dissertação.

As refutações mais incisivas foram realizadas por HIRSCH. O autor repugna a solução da tentativa por uma série de razões.

A primeira de suas críticas segue raciocínio já explicitado, segundo o qual não cabe falar de tentativa quando verifica-se um resultado típico. Contra-argumenta-se, porém, que esta crítica encerra demasiado formalismo. Segundo acentua FRISCH¹⁵⁷, o decisivo não é a produção de um resultado típico, mas saber se tal resultado incorpora um dado normativo em virtude do qual um estado de coisas situa-se ao nível de um fato consumado. Importante é, pois, o resultado juridicamente desvalorado na base do injusto.

HIRSCH acrescenta que a tese em comento não conhece a essência da tentativa, uma vez que esta significa a realização de algo sem, entretanto, alcançar o resultado desejado. Na hipótese deste trabalho, todavia, dar-se-ia o inverso: as características objetivas estão preenchidas, embora falte uma referência subjetiva. HERZBERG objeta, porém, que esta crítica incorre em um específico erro: o de falsear a possível eficácia do procedimento de inversão no âmbito da antijuridicidade¹⁵⁸.

Por último, HIRSCH assevera que a solução da tentativa enseja lacunas de punibilidade. Tal crítica é, sobretudo, empregada com mais vigor pelos críticos naqueles ordenamentos, como o brasileiro, em que a tentativa inidônea é impunível. Objeta-se que se valer de argumento desse jaez é afrontar o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal¹⁵⁹. Ademais, considerando-se que resta tão-só um desvalor da intenção nesses casos, faz-se imperioso atender ao princípio máximo de ULPIANO, segundo o qual *cogitationis poenam nemo patitur*.

A aplicação direta das regras da tentativa, consoante os seus críticos, também dá azo a mais uma objeção: a solução da tentativa, em tese, encerra uma confusão entre as categorias

156 BRASIL. Código Penal. Exposição de motivos itens 17 e 19.

157 SANZ MORÁN, Angel José. **Los elementos subjetivos...**p. 78.

158 Idem, p. 78-79.

159 Idem, p. 79.

do tipo e da antijuridicidade. Estar-se-iam fundindo os elementos da tipicidade e a antijuridicidade como se seguisse a teoria dos elementos negativos do tipo. Os defensores da tese da tentativa são, pois, acusados de realizar um inadequado transporte de elementos da antijuridicidade para a tipicidade. Neste sentido, vale lembrar a objeção de TAVARES¹⁶⁰, para quem a exigência de uma perfeita correspondência entre estrutura do tipo e estrutura das causas de exclusão do injusto acaba por reconstituir, à luz de uma concepção final, a mesma teoria dos elementos negativos do tipo. Apesar de os finalistas a rejeitarem, diz o autor, tomam as causas de justificação como autênticos elementos de exclusão do tipo, no tocante à indicação do conteúdo dos elementos subjetivos de justificação.

Este argumento que vê uma confusão entre as categorias do tipo e da antijuridicidade, conforme explicitado noutra ocasião, é fruto de uma visão essencialmente formalista e classificatória. Uma visão que concede demasiada importância à vontade final desobediente e, na hipótese em exame, ignora a concorrência de pressupostos objetivos de justificação que autorizam a proteção de um bem jurídico ameaçado por uma agressão inicial.

A formulação de WOLTER, por sua vez, merece alguns comentários. Este autor acerta ao dizer que a ação justificada não surge apenas em razão de uma intenção obediente ao Direito. Também é interessante a forma clara com que trata os respectivos desvalores e valores no âmbito do injusto. Entretanto, ao instituir como valor do risco a possibilidade real de salvação, e vincular o valor do resultado a uma salvação efetiva, a sua tese torna-se vulnerável em pelo menos um aspecto. É que, por vezes, pode existir uma possibilidade irrisória de salvação e, conforme parece ser a consequência da posição deste autor, concluir-se-á pela não concorrência da justificação. Basta que se imagine um agressor muito superior ao agredido em termos físicos e em técnicas de luta. Por maior que seja o esforço deste último em desvencilhar-se da agressão, a chance de salvamento seria ínfima. Contudo, dificilmente lhe seria negada a legítima defesa.

A questão, transportada para o ordenamento jurídico interno, suscita alguma controvérsia. O Código Penal Brasileiro, ao contrário de outros diplomas estrangeiros como, por exemplo, o alemão, não parece punir a tentativa inidônea, o que faz essa solução gerar algum espanto no que diz respeito a eventuais lacunas de punibilidade. A crítica de que a opção pela tentativa inidônea representa algum grau de indiferença à exigibilidade de elementos subjetivos de justificação também poderia se formulada, muito embora o injusto não tenha no desvalor subjetivo da conduta o seu cerne. A única maneira de se punir a tentativa inidônea, nos termos do diploma pátrio, é através de um processo de subjetivação da

¹⁶⁰ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal...**p. 314.

norma. Isto, contudo, produz duas problemáticas. A primeira é saber se o critério acolhido pelo artigo 17 do Código Penal obriga a uma interpretação puramente objetiva ou se é possível e mais adequado, em um momento prévio, apreciar o fenômeno de acordo com o plano do agente. Caso seja possível esta última via, resta indagar ainda se o problema situa-se no âmbito do tipo objetivo ou subjetivo. Este processo de subjetivação¹⁶¹, entretanto, tem como resultado a punição de fatos que sequer traduzem um perigo relevante.

161 PESSOA, Nelson R.. **Injusto penal y tentativa...** p. 377 et seq. Segundo este autor, o perigo de um comportamento, desde uma perspectiva *ex ante*, deve partir de um cotejo entre o plano subjetivo do autor e um plano ideal. Neste processo, contudo, a análise está limitada às representações do autor, de modo que aquilo que normalmente é considerado um plano inidôneo, pode tornar-se um meio idôneo, ampliando, destarte, o âmbito da tentativa punível.

6 O PRÓPRIO ENTENDIMENTO.

Conforme assentado nas considerações introdutórias, o presente estudo desenvolve-se à guisa de um sistema aberto e de índole teleológico-racional, orientado e limitado pelo rol dos imorredouros direitos e garantias constitucionais, com vistas à salvaguarda de um núcleo inexpugnável de liberdade ao indivíduo.

Neste sentido, faz-se imperiosa a construção de um injusto coerente com tais pressupostos. Seu processo de fundamentação e de exclusão deve considerar importantes funções inerentes à valoração jurídica da lesividade do fato: a de permitir graduações do injusto e aproveitá-las dogmaticamente; a de proporcionar meios instrumentais de interpretação do tipo e do erro e a de tornar possível o desenvolvimento de princípios reitores no âmbito das causas de exclusão do injusto a fim de determinar sua medida e alcance. Para os fins desta monografia, possui peculiar relevância a última das funções assinaladas.

Do fim de proteção preventiva de bens jurídicos, conclui-se que as proibições penais, por regra geral, só abrangem condutas que efetivamente criem riscos àqueles. Isto quer dizer que não basta a mera intenção desobediente ao Direito para legitimar a intervenção do Direito Penal. Todavia, antes de adentrar-se o ponto nodal deste trabalho, cumpre o esclarecimento do significado atribuído a alguns conceitos.

6.1 O Direito Penal e o significado de bem jurídico.

Questionamento inicial e impostergável, em que pese o nível de complexidade que encerra, é se existe alguma função a ser desempenhada pelo Direito Penal e, caso afirmativo, em que ela consiste. A função do Direito Penal deve ser a de evitar as lesões mais graves a determinados bens jurídicos fundamentais à luz do princípio da lesividade¹⁶². Pretende-se, por esta via, limitar constitucionalmente o poder punitivo, impondo ao mesmo um mínimo de racionalidade quando de sua intervenção. No entanto, como isto deve se dar?

¹⁶² Conforme salienta Nilo Batista, em obra introdutória indispensável, o princípio da lesividade transporta para o campo do Direito Penal as questões da exterioridade e alteridade. Como resultado deste princípio basilar, alguns corolários devem ser observados, como a não incriminação de atitudes internas; de condutas que não excedam o âmbito do próprio autor; de simples estados ou condições existenciais e de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica**...., p. 91 et seq.

Ressalvadas as críticas de que tem sido alvo o conceito de bem jurídico, é possível, neste apartado, propor alguma delimitação de seu conteúdo. Se ao Direito Penal compete a proteção de determinados bens jurídicos no fito de zelar por uma coexistência pacífica para os cidadãos, este desiderato deve realizar-se de modo a preservar um núcleo inexpugnável de liberdade individual, sob pena de frustrar-se a idéia que subjaz ao Estado Democrático de Direito.

A busca por uma melhor delimitação deste ponto exige uma ponderação acerca da vinculação do bem jurídico a objetos sensíveis ou a dados normativos. A opção por um ou outro contorno implica também uma maior ou menor flexibilização dos limites impostos à atuação do poder punitivo e, por conseguinte, da própria liberdade individual. Segundo o entendimento aqui esposado, atribui-se ao conceito de bem jurídico, desde logo, um núcleo material inolvidável, sem o qual o mesmo perderia seu caráter referido à pessoa. Conquanto este primeiro aspecto seja importante, controversa é a questão de se o bem jurídico deve ou não estar limitado a uma realidade material. Cumpre assinalar, neste sentido, a imprescindibilidade de o bem jurídico ser imediata ou mediamente referível a um determinado núcleo material, dotado de pessoalidade. Consoante pontua TAVARES¹⁶³, neste particular reside o maior desafio da dogmática penal: determinar os limites dessa substancialidade.

Ao estatuir alguma possibilidade de incluir na identificação de bens jurídicos elementos reportáveis a uma coletividade, imperioso traçar limites normativos racionais que não percam de vista uma referência pessoal segundo critérios constitucionalmente consagrados. Inobstante uma certa dificuldade inicial, é plenamente possível demarcar uma linha de não atuação do poder punitivo. Como delimitação, aduz-se a proposta de ROXIN¹⁶⁴.

Em primeiro lugar, são ilegítimas proibições ideologicamente motivadas que violem direitos fundamentais.

Em segundo lugar, cumpre advertir que a finalidade pela qual uma lei é elaborada não encerra um bem jurídico, prática bastante freqüente na legislação anti-drogas que confunde o objetivo da lei, uma sociedade livre das drogas, sem idoneidade para limitar a intervenção punitiva, com o bem jurídico.

163 TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto...** p. 219.

164 ROXIN, Claus. Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?. In: HEFENDEHL, Roland (ed). **La teoría del bien jurídico**: Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 443-458.

Em terceiro lugar, a mera desaprovação moral, a proteção arbitrária de sentimentos ou de tabus não podem constituir um elemento apto a legitimar proibições. De outro modo, aquele núcleo imponderável de liberdade restaria ameaçado.

Da mesma forma, as lesões da própria dignidade ou autolesões conscientes são inábeis a fundamentar um bem jurídico. A ameaça de pena só é legítima nos casos de autonomia deficitária do agente.

Ressalte-se, ainda, que não constituem bens jurídicos objetos cujo grau de abstração é insuscetível de apreensão, como certas figuras típicas que punem condutas consideradas ofensivas à paz pública.

Os chamados tipos penais simbólicos também são ilegítimos, uma vez que intentam a realização de fins extra-jurídicos de conteúdo, não raro, questionável à luz do rol de direitos e garantias fundamentais.

Consoante esclarece HASSEMER, as leis penais, em maior ou menor medida encerram um conteúdo simbólico e não há nenhum traço de anormalidade neste aspecto. O deslinde do significado simbólico do Direito Penal vê-se profundamente comprometido com o contraste ou oposição entre suas funções manifestas e latentes.

Sob este prisma, a oposição entre aparência e realidade revela-se, no bojo do Direito Penal, como um engano. A função manifesta, enquanto indicadora das condições objetivas de realização de uma norma, diz com a proteção do bem jurídico que aquele comando normativo pretende proteger. As funções latentes, todavia, consubstanciam um aspecto multifário, que pode revelar desde a necessidade de atuação para fins de mitigação do clamor público até a consecução de finalidades políticas, identificadas com a simbologia de um Estado forte.

O chamado engano, consoante o professor de Frankfurt, resta evidente quando da predominância das funções latentes em relação às funções manifestas. Segundo ressalta o autor, um Direito Penal simbólico está logicamente relacionado com uma orientação de viés conseqüencialista, embora não seja o reflexo de disposições anímicas ou intenções do legislador. Por outro lado, o Direito Penal simbólico traduz um conceito comparativo, mas uma designação normativa analítica, combativa e, sobretudo, crítica¹⁶⁵.

Portanto, conforme pontua HASSEMER¹⁶⁶, a noção de bem jurídico deve ser seletiva e nítida, pois, afinal, trata-se de impor limites à intervenção estatal na liberdade de atuar

165 HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y protección de bienes jurídicos. In: Vários Autores. **Pena y Estado**. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 23-36.

166 HASSEMER, Winfried. Puede Haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal?. In: HEFENDEHL, Roland (ed). **La teoría del bien jurídico**: Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 95-104.

humana. O bem jurídico, enquanto fundamento irrenunciável de um Estado Democrático, deve concentrar-se em um núcleo negativo e crítico ao Direito Penal, de modo que mesmo os bens considerados universais guardem uma relação funcional com a idéia de pessoa.

Destarte, são evitadas incriminações vagas e excessivamente abertas, que colocam em xeque a premissa da liberdade e da dignidade humana.

6.2 Norma de conduta e valoração jurídica de fatos lesivos.

A compreensão do injusto através da teoria das normas, consoante procurou demonstrar a segunda parte deste trabalho, é uma empreitada complexa e que resultou em uma diversidade de entendimentos. Sem pretender uma exaustiva ou minuciosa análise acerca da norma jurídica, este apartado busca esclarecer alguns aspectos relevantes à percepção do injusto acolhida.

A teoria geral do Direito, via de regra, enuncia duas normas, a saber: normas primárias ou de conduta e normas secundárias ou de sanção. A primeira espécie é instrumento imprescindível à tarefa que o Direito pretende realizar. A norma de sanção, que objetiva garantir a efetividade da norma de conduta, conforme se afirma com alguma aquiescência, é a norma penal por excelência.

Pode-se dizer que a norma de conduta intenta evitar a lesão de bens jurídicos e, para tal, determina o cumprimento de certos comandos ou prescrições. Sua legitimidade exsurge em função da necessidade de salvaguarda de certos bens jurídicos considerados vitais ou relevantes.

A chamada norma de sanção colhe sua razão de ser da norma primária de conduta. Trata-se de norma cujo caráter sancionatório serve de esteio à efetividade da primeira. Seu fundamento é o mesmo: a função do Direito penal de evitar as lesões mais graves a determinados bens jurídicos considerados mais importantes.

Hodiernamente, a fundamentação do injusto vincula-se a duas espécies de normas: por um lado, a chamada norma de determinação, que prescreve um fazer ou um omitir, destinada a imputáveis e inimputáveis. De modo complementar, uma norma de valoração entendida como o conteúdo lesivo da conduta em relação ao bem jurídico. Enquanto a norma de determinação fundamenta o desvalor da ação, a norma valorativa diz com o desvalor do resultado.

A norma jurídico-penal é, essencialmente, uma norma de conduta e encerra uma natureza instrumental, no sentido em que busca estimular e motivar seus destinatários a

agirem de determinada maneira ou a omitirem certos comportamentos. Disto resulta que a chamada norma de valoração, ao menos neste sentido, não faz mais do que manifestar um juízo (negativo) de valor quando da violação ao ordenamento e não um comando em si. Observa-se, pois, que a dupla atribuição de sentido ao injusto (norma determinativa e valorativa) sustenta-se, sobretudo, em virtude de uma necessidade de identificarem, no plano de sua fundamentação, desvalores da ação e do resultado.

Pode-se dizer, contudo, que a chamada norma de determinação depende, em última instância, da valoração jurídica que incide sobre a conduta lesiva a bens jurídicos. Ressalte-se, mais uma vez: é em razão de determinado estado ou situação que o legislador pretende salvaguardar que se é permitido falar em normas de conduta. O Direito Penal busca evitar a lesão de certos bens jurídicos dignos de sua proteção e, deste conteúdo materialmente lesivo do comportamento (desvalor do resultado), o legislador colhe a base necessária para prescrever um fazer ou uma omissão.

Conforme salienta MOLINA FERNANDEZ¹⁶⁷, existem dois tipos de normas cuja condição de aplicação é uma conduta desvalorada de outra pessoa. Primeiramente, normas que regulam a aplicação pelos órgãos da justiça de conseqüências jurídicas cujos efeitos desfavorecem a quem viole uma proibição ou descumpra um mandato. Outras possuem uma finalidade preventiva de evitar que um agente pratique fatos lesivos, facultando ou muitas vezes impondo a terceiros uma ação no sentido de impedir uma ofensa a bens jurídicos, bem como normas que proíbem terceiros de participarem neste fato lesivo.

A antijuridicidade, pois, deve ocupar-se da contrariedade de um comportamento em relação a uma norma de conduta ou de determinação. Por outro lado, a denominada norma de valoração representa mais um nível indispensável de análise do injusto, caracterizado pelo desvalor material do fato à luz do que dispõe o próprio ordenamento jurídico, sobretudo, em relação a terceiros. Este segundo grupo de normas, cuja referência ao desvalor do resultado se dá desde a perspectiva do ordenamento jurídico, revelará especial interesse no que respeita à exclusão do injusto em tópico subsequente.

Destarte, tem-se a seguinte configuração: o injusto é a conduta típica e antijurídica concebida à luz de uma valoração jurídica da lesividade do fato, nos crimes que comportam um desvalor material. O injusto comporta, pois, dois níveis: o primeiro se refere à infração da norma de determinação pelo agente. Trata-se, portanto, da imputação de uma violação à norma de conduta, a ser afirmada ou negada, posteriormente, na categoria da culpabilidade. O segundo nível se ocupa da valoração jurídica acerca da lesividade que o fato encerra.

¹⁶⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. **Antijuridicidad...**p 671.

O primeiro nível de infração à norma de conduta traduz, desde logo, o caráter antijurídico ou não do comportamento. Ele se realiza tanto no âmbito do tipo como no das justificações. Na seara do tipo, mais precisamente no campo da criação de um risco juridicamente desaprovado, ou seja, do desvalor da conduta (subjetivo e objetivo), verifica-se ou não a antinormatividade. Na esfera das justificações, abarca o chamado valor da conduta (subjetivo e objetivo) no que diz respeito às permissões. Afirmada a antinormatividade e negada a permissão, a conduta mostra-se antijurídica, isto é, contrária à norma de conduta.

O segundo nível também se realiza no tipo e na antijuridicidade, embora já não desempenhe a função de afirmar ou não o caráter ilícito da conduta. No âmbito do tipo, incorpora-se na realização daquele risco desaprovado na lesão do bem jurídico, ou seja, o desvalor do resultado. No âmbito das justificações, encerra o chamado valor do resultado, a ser explicado em momento ulterior. Este nível de integração do injusto é responsável por algumas importantes funções já declaradas ao longo deste trabalho: a possibilidade de graduação do injusto; uma melhor explicação e interação da teoria do erro e do tipo; a de servir de ponto de apoio para conseqüências jurídicas como as medidas de segurança; a de permitir, no terreno das justificações e dos conflitos de interesse ali situados, uma análise material através dos princípios informadores das causas de justificação.

Esta configuração permite fazer da antijuridicidade apenas a contrariedade entre uma conduta e o ordenamento jurídico no conjunto de suas proibições e permissões, reservando a um outro nível a valoração jurídica acerca da lesividade do fato.

6.3 Fundamentação do injusto: o desvalor da conduta e a criação de um risco juridicamente desaprovado.

A despeito de a expressão desvalor da conduta ser utilizada com certa freqüência, poucas são as formulações que esclarecem o conteúdo geral dessa cláusula. Este tópico discute algumas das principais tentativas de delimitar o conteúdo assinalado e, por fim, apresenta o significado acolhido por esta dissertação.

Em primeiro lugar, este trabalho rechaça um juízo fundado em um desvalor subjetivo da conduta. Tal perspectiva, além de outorgar dimensão e importância exagerada à intenção no que se refere ao fundamento do injusto, não raro, expande a punibilidade em relação a condutas que não perfazem qualquer perigo de lesão a bens jurídicos. Corre-se o risco de punir pela mera desobediência, erigindo a tentativa inidônea a protótipo do injusto.

Outro modo de conceber o risco se dá no campo do desvalor objetivo da conduta, que importa valorização do tipo objetivo no que tange à procura por critérios delimitadores do injusto. Mais especificamente, na esteira da idéia de imputação revigorada por ROXIN há mais de três décadas¹⁶⁸, surge a moderna teoria da imputação objetiva, amplamente discutida na doutrina mundial.

Em suas linhas mestras, a teoria da imputação objetiva consubstancia três critérios básicos¹⁶⁹, os quais servem apenas como um ponto de orientação a ser preenchido pelo influxo de outros critérios particulares. O tipo objetivo, que para o finalismo está circunscrito à lesão de um bem jurídico, é enriquecido¹⁷⁰: além do nexos de causalidade, figuram também as elementares da criação de um risco não permitido ou desaprovado juridicamente e da realização desse risco no resultado. Apura-se, por fim, se este risco realizado no resultado concreto está dentro do alcance do tipo penal.

O desvalor da conduta - outrora identificado na finalidade – adquire feições objetivas por meio da criação do risco juridicamente não permitido. Todavia, não será suficiente ao desvalor do resultado a mera produção de dano ao bem jurídico, pois sua afirmação dependerá, ainda, da materialização daquele risco proibido na lesão e, mesmo admitida esta hipótese, necessário será perquirir se o resultado concreto situa-se dentro do alcance típico. No intuito de averiguar o preenchimento e alcance desses critérios, outros, mais específicos, exercem a tarefa de concretizar a imputação ou tratar de recusá-la¹⁷¹.

168 A moderna teoria da imputação objetiva renasce das idéias “precursoras” de Larenz e, sobretudo, Honig, a quem Roxin rende homenagem in: **Problemas Fundamentais de Direito Penal...IV-Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal**, p. 145 et seq. (Publicado pela primeira vez in: *Festschrift für M. Honig*, Göttingen, 1970, p. 133 et seq). A título de esclarecimento histórico, ressalte-se o trabalho de Tomás Antônio Gonzaga e sua própria teoria da imputação, conforme breve digressão introdutória deste estudo. Sublinhe-se, ainda, que a moderna teoria da imputação objetiva, apesar de ressurgir das concepções anteriores, apresenta diretrizes diversas, conforme será desenvolvido nesse tópico.

169 A rigor, a criação do risco juridicamente desaprovado e a realização deste no resultado são os dois critérios geralmente aduzidos. O chamado alcance típico é uma peculiaridade do sistema de Roxin para aqueles casos em que outras pessoas, além do próprio autor, colaboram para um resultado típico. GRECO, Luis. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, p.116.

170 De certo modo reconhece Hirsch uma deficiência do finalismo, uma vez que o tipo objetivo final continua a ser a mera causação de dano ao bem jurídico. Segundo admite, a teoria da imputação objetiva tem o mérito de haver chamado a atenção acerca de que a limitação subjetiva praticada pela teoria do injusto pessoal ao conceito de tipo penal tão aberto do causalismo era insuficiente e que eram requeridas também restrições no aspecto objetivo. HIRSCH, Hans Joachim. **Derecho Penal: Obras Completas**. t.1.Santa Fé-Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p.62, IV.

171 Dentre os critérios apontados no âmbito da criação e realização do risco, bem como do alcance do tipo: a prognose póstuma objetiva, a diminuição do risco, o princípio da confiança, a contribuição a uma autocolocação em risco, as contribuições socialmente neutras, a heterocolocação em perigo, entre outros, com maior ou menor adesão da doutrina. Para uma introdução imprescindível ao estudante: GRECO, Luis. **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

Modernamente, este juízo objetivo de perigo comporta o conhecido critério da prognose póstuma objetiva. Prognose, em razão de consubstanciar um juízo desde uma perspectiva *ex ante*, considerando-se, para tal, apenas os dados conhecidos quando da conduta. Objetiva, pois o juízo tem como ponto de partida os elementos conhecidos por um observador objetivo, isto é, um homem cuidadoso, prudente e não somente um homem médio. Um observador prudente que se encontra no mesmo círculo profissional e social do agente. Póstuma ou posterior, porque é realizada por um julgador, depois da prática do fato. Segundo este critério, um risco será juridicamente desaprovado caso o julgador, por meio da figura de um observador prudente dotado dos conhecimentos típicos da comunidade em que vive o autor, transportado para o momento da prática do fato, considere que aquela conduta em particular engendra um risco efetivo a determinado bem jurídico.

Superada esta síntese, cumpre demonstrar o desacerto de críticas comumente realizadas.

De imediato, não assiste razão àqueles que procuram esvaziar a relevância da teoria da imputação objetiva quanto aos tipos dolosos, ainda que esta assumam maior relevo na imprudência. Essa primeira objeção perde força pelo fato de a simples referência ao dolo, enquanto finalidade direcionada à realização do tipo delitivo, não ser suficiente para imputar o resultado ao agente como obra sua em todos os casos¹⁷².

Na esfera do tipo culposo, o critério do risco não permitido e de sua realização no resultado nada mais faz do que esmiuçar o significado abstrato de “inobservância do dever de cuidado objetivo”, utilizando-se de subcritérios cujos pontos de referência encontram-se, não raro, em normas de segurança positivadas. Mais uma vez, não se trata de promover uma desordem na dogmática da tipicidade, mas delimitar grupos de casos adequados à realidade e aos fins do Direito Penal.

Um exemplo esclarecedor da inaptidão da finalidade como critério indicativo da imputação do resultado é a clássica hipótese do desvio dos cursos causais¹⁷³. Nesses casos, o finalismo pretende achar uma resposta fazendo a atribuição ao dolo depender da

2007.

172 Conforme salienta Roxin, quando se quer saber se os contatos sexuais mantidos por uma pessoa infectada pelo HIV com uma outra pessoa que desconhece tal fato, utilizando-se ou não o preservativo, configuram lesões corporais, isto só pode ser decidido através de uma estimativa exata do risco de infecção com ajuda de critérios sócio-politicamente fundados sobre os limites daquilo que é tolerável. ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 81.

173 Faz-se referência aqui a certos casos ilustrativos do caráter não decisivo da finalidade quando da imputação. A referida essencialidade e dominabilidade nos desvios causais repousam num critério eminentemente objetivo. ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**...p.128.

previsibilidade de seu desdobramento¹⁷⁴. Em síntese, o finalismo reconhece a necessidade de se adicionar à causalidade da ação certos requisitos. Estes, porém, revelam matizes que se apresentam como precisão do dolo ou enquanto considerações acerca do domínio do fato, que compreenderia elementos subjetivos.

Eis a *vexata quaestio*: como empreender a demarcação do caráter previsível da conduta sem valer-se do elemento normativo de orientação teleológica? Se na hipótese dos desvios causais o finalismo faz depender a atribuição ao dolo de certa previsibilidade e congruência, cabe indagar se o finalismo, de modo implícito, não reconhece a existência de certos substratos objetivamente indispensáveis¹⁷⁵. Inexistem dúvidas de que a previsibilidade é um conceito pouco útil ao deslinde da problemática, pois quase tudo o que é possível também é previsível¹⁷⁶. Portanto, a indagação a respeito da previsibilidade deve dar lugar à outra, a saber: determinado resultado é ou não produto da realização de um risco proibido criado pelo autor? À luz da estrita finalidade não é possível respondê-la de modo satisfatório¹⁷⁷.

Por derradeiro, incompreensível a assertiva finalista de que a moderna teoria da imputação objetiva não pode prosperar em virtude de sustentar-se em um juízo estritamente objetivo¹⁷⁸. Essa crítica só teria arrimo sob uma ótica compartimentada, que opta por separar objetivo e subjetivo como se ambos não estivessem interligados¹⁷⁹. Além disso, também não

174 Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, p.156.

175 FRISCH, Wolfgang et al. La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: Seminario en la Universitat Pompeu Fabra. **Sobre el estado de la teoria del delito**. Madrid: Cuadernos Civitas, 2000, p.53.

176 ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**...p.136

¹⁷⁷Reconhece José Cerezo Mir, um dos maiores representantes do finalismo hodierno, que a delimitação do dolo em certos casos depende de critérios valorativos, como na determinação da relevância do desvio de cursos causais, do erro sobre a pessoa, sobre o objeto e na execução. Assim, destaca o professor espanhol que o caráter essencial do desvio do curso causal deve determinar-se com referência a um critério objetivo e que este há de coincidir com o da imputação objetiva do resultado. Cf. MIR, José Cerezo. Op.cit., p. 525.

178 Segundo Prado, as teorias da imputação objetiva, por meio de um juízo axiológico e puramente normativo “relega a análise do conteúdo da vontade a um momento posterior - ou, na maior parte das vezes, sequer confere qualquer importância a esse aspecto -, valendo-se, assim, de critérios puramente objetivos na determinação da periculosidade social de uma conduta”. PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos**. 2. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: RT, 2006, p.72. O primeiro equívoco reside no fato de que a teoria, por exemplo, acolhida por Roxin não defende um normativismo puro, mas considera dados empíricos, como a vontade ou finalidade, conforme sejam necessários, a fim de que não se promova um abismo entre Direito e realidade. Em segundo lugar, engana-se o referido autor ao dizer que se prescinde de fatores subjetivos quando da análise típica. O fator subjetivo, entretanto, não pode ser o decisivo na imputação, sob pena de incorrer em algumas dificuldades, como as já demonstradas.

179 Nesse sentido também FRISCH, Wolfgang *et al.* La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: Seminario en la Universitat Pompeu Fabra. **Sobre el estado de la teoria del delito**. Madrid: Cuadernos Civitas, 2000, p.58.

inspira consistência desqualificá-la mediante o argumento de que, ao incorporar os conhecimentos especiais, a teoria estaria sofrendo uma subjetivação¹⁸⁰.

Os conhecimentos especiais do autor não deixam de realizar-se num plano objetivo, bem como o fato de a teoria da imputação objetiva admiti-los não a torna errônea. Segundo a lição de GRECO¹⁸¹, “a inclusão de tais dados subjetivos no juízo de perigo é uma exigência dos mesmos fundamentos que subjazem à idéia de criação de um risco”. Esclarece, ainda, que o tipo objetivo não é assim denominado por somente conter dados objetivos, reveladores de uma realidade externa, mas por desempenhar uma função decisiva: demarcar o âmbito de liberdade do agente em relação aos outros¹⁸². Ademais, a doutrina finalista, diversas vezes, vê-se obrigada a fazer referências a algum aspecto objetivo, de modo que pretender a desqualificação da imputação objetiva com argumentos dessa ordem evidencia não mais que um esforço crítico estéril.

Este excuro não poderia terminar sem um importante acréscimo. A primeira advertência é no sentido de se ter em mente que a moderna imputação objetiva não é uma teoria pronta e acabada, isenta de revisões e melhorias¹⁸³. Os frutos que decerto poderá render dependerão de um desenvolvimento perene, comprometido em concretizar suas linhas mestras, cristalizadas em critérios orientadores, mas não exaustivos.

A segunda observação diz respeito ao comum rechaço sofrido no plano interno. Neste ponto, o art. 13 e seu parágrafo 1º do nosso Código Penal não impedem a adoção de uma moderna teoria da imputação objetiva, pois, de início, o citado dispositivo trata só da causalidade e, como visto, esta não é substituída¹⁸⁴ e nem desaparece com a imputação

180 JAKOBS, Günther. **La Imputación objetiva en el Derecho Penal**, traduzido por Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: AD-HOC, 1997, p.64 et seq. Para esse autor, apenas devem ser incluídos aqueles conhecimentos que integram parte do papel social em que a tua o agente, já que fora deste não existe obrigação de adquiri-los. Chega, assim, ao bizarro e conhecido exemplo do camareiro biólogo.

181 GRECO, Luis. **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva**...p.29.

182 GRECO, Luis. Op.cit.p.30.

183 Entre os outros modelos de imputação objetiva, é interessante a construção de FRISCH, que defende uma teoria do comportamento típico, sem, contudo, eliminar a imputação objetiva do resultado. Segundo o autor, é necessário operar uma distinção entre dois momentos: inicialmente, verificar quando um comportamento é típico – FRISCH utiliza, dentre outros critérios, o princípio da proporcionalidade, fulcrado na idoneidade da proibição penal para proteção de bens jurídicos. Depois, já na esfera do desvalor do resultado, há de se verificar se o mesmo é ou não imputável ao agente. FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento Típico e Imputación del resultado**. Madrid: Marcial Pons, 2004.

184 O estudante deve se acautelar contra essa afirmativa equivocada encontrada, por exemplo, em obra atinente ao tema de Damásio de Jesus, para quem a imputação objetiva pretende substituir o dogma causal material por uma relação jurídica (normativa) entre conduta e resultado. JESUS, Damásio de. **Imputação Objetiva**. 3.ed.. São Paulo: Saraiva, 2007, p.23. Ainda neste aspecto, relevante frisar que o Código Penal se limita a dizer que a causalidade é condição necessária, contudo, não suficiente à imputação. Em outras palavras, não está vedada a utilização de outros critérios aptos à restrição da demasiada amplitude da teoria da condição.

objetiva. Por outra via, se o parágrafo 1º reconhece, implicitamente, a inaptidão da *conditio sine qua non*, e o sistema das concausas também se revela falho¹⁸⁵ e limitado àquelas causas supervenientes relativamente independentes, insta buscar novas perspectivas – personificadas na imputação objetiva – mais aptas a fornecerem argumentos sólidos e justos quando da imputação ao tipo objetivo¹⁸⁶.

6.4 Fundamentação do injusto: o desvalor do resultado e a realização do risco.

O resultado em Direito Penal, grosso modo, é compreendido sob duas perspectivas: como modificação exterior no mundo dos fatos, ou seja, como um efeito material modificativo, ou como a lesão ou colocação em perigo de determinado bem jurídico. Tais conceitos correspondem à noção de resultado material e jurídico, respectivamente. Este último, consoante opinião majoritária, integra toda a espécie de crime, enquanto o primeiro só é percebido nos chamados delitos de resultado, em que é possível verificar, sob um prisma espaço-temporal, ação e modificação exterior.

Se o Direito Penal pretende evitar lesões a determinados bens jurídicos e estas só são executadas mediante um comportamento humano, não parece possível prescindir-se do desvalor da conduta quando da fundamentação do injusto, sob pena de regredir-se ao injusto puramente causal, baseado no desvalor do resultado. Pode e deve o Direito Penal, contudo, prescindir deste?

Existe um desvalor do resultado? Qual tipo de relação se estabelece entre desvalor da conduta e do resultado? Este último é apenas um capítulo integrado a um outro maior, radicado no desvalor da conduta, ou possui significação suficiente para não se tornar condicionado? Todas estas perguntas compõem uma discussão rica e complexa, a qual será exposta em seus termos principais.

Para um determinado setor doutrinário, o desvalor do resultado não integra o injusto, conquanto seja uma condição objetiva de punibilidade. DIETHART ZIELINSKI¹⁸⁷ defende de modo radical que, para uma teoria final do injusto, o importante não é a diferença entre

185 A título ilustrativo, faz-se menção à chamada cláusula *ceteris paribus*, construída por Juarez Tavares – com inspiração no princípio da uniformidade de John Stuart Mill – no intuito de eliminar a imputação do resultado no famoso caso do hemofílico, dentre outros. Cf. TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**...p.271 et seq. Mencione-se, ainda, o superior tratamento dado pela moderna teoria da imputação objetiva às diversas soluções formuladas pela doutrina e jurisprudência brasileiras em GRECO, Luis. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**...p.90-101.

186 Para visualização mais detida: GRECO, Luis. Op.cit., p.155-178.

187 ZIELINSKI, Diethart. **Disvalor de acción y disvalor de resultado em el concepto del ilícito**. Tradução de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1990, p.163.

delito tentado e consumado, mas só a conduta ilícita completamente realizada. Deste modo, a tentativa inacabada encerra, necessariamente e sempre, um desvalor de ação não realizado completamente, pois uma linha de distinção qualitativa no plano do ilícito não se dá tanto entre o delito tentado e consumado, mas sim entre a tentativa inacabada e a acabada.

Consoante este autor, a realização do objeto do juízo de desvalor do resultado, frente ao ilícito, é dado tão-somente pela causalidade. Não existe nenhum elo ou ponte entre o desvalor de resultado e a conduta final. Logo, o desvalor de resultado não pode fundamentar a norma e tampouco o dever¹⁸⁸.

Apoiado em KAUFMANN, salienta ZIELINSKI¹⁸⁹ que em um Direito Penal regido pelo princípio da culpabilidade há uma relação especial entre esta e o conceito de injusto. Destarte, se a culpabilidade é compreendida como um juízo de reprovação incidente sobre a motivação do autor, – em última instância verificável antes da decisão acerca do fato – é difícil sustentar-se uma culpabilidade posterior à execução da conduta. O ilícito é, portanto, apenas o ato final infenso ao dever.

O resultado, pois, revela duas funções: uma de comunicação ou intermediação (*Vermittlungsfunktion*), ligada aos efeitos do delito em determinada sociedade e à necessidade de uma resposta estatal, e outra função indiciária (o resultado é o indício da existência de um delito em si, além de representar um indício da finalidade do atuar do agente)¹⁹⁰.

Para WELZEL¹⁹¹, a lesão do bem jurídico (desvalor do resultado), tem no Direito Penal importância condicionada a uma ação pessoal e antijurídica. O desvalor pessoal da ação é o desvalor genérico de todos os delitos penais.

Consoante pontua HIRSCH¹⁹², o resultado abarcado pelo dolo constitui um elemento da correspondente ação e, em consequência, do desvalor da ação do delito consumado. A chave para a compreensão do problema, conforme explica, reside no conceito pré-jurídico de ação.

Ao reduzir o desvalor do resultado a mero apêndice do desvalor da ação, este setor, baseado em maior ou menor escala no finalismo, provocou uma resposta entre aqueles autores que atribuem alguma relevância ao resultado dentro do injusto. Neste sentido, STRATENWERTH¹⁹³ propõe algumas considerações básicas acerca do desvalor do resultado.

188 Idem, p. 161.

189 Idem, p. 163 et seq.

190 Idem, p. 249 et seq.

191 WELZEL, Hans. **Derecho Penal...** p.70-71.

192 HIRSCH, Hans Joachim. **La polémica en torno de la acción y de la teoría del injusto penal en la ciencia penal alemana.** Universidad Externado de Colômbia. Colômbia: Giro Editores, 1993, p.49.

Contra o caráter meramente causal do resultado, sustenta este autor que mesmo o planejamento mais cuidadoso de um delito pode vir a fracassar em virtude de um detalhe que, por sua vez, não produza o resultado por um verdadeiro milagre. Desta ordem de coisas é correto dizer que não podem ser proibidas ou ordenadas a produção ou ausência de resultado, mas apenas ações. Entretanto, isto de modo algum significa que o autor não tenha nada a ver com o resultado quando este se produz.

Outro ponto impugnado por este autor é o de que o resultado produzido tampouco pode influir ante a mesma culpabilidade, na medida da pena. Tal assertiva tratar-se-ia de uma petição de princípio. Segundo STRATENWERTH, a questão é justamente a de saber em que sentido a culpabilidade, por exemplo, da imprudência sem conseqüências pode ser caracterizada como a mesma culpabilidade da imprudência com conseqüências. Destarte, se apenas atribui-se relevância ao desvio interno do autor em relação à exigência do dever jurídico, quanto aos motivos e atitudes que são exteriorizados em sua conduta, não há nenhuma diferença acerca das circunstâncias das quais sejam as conseqüências que conduzem à conduta. Isto é, quando se aponta como fundamento um conceito de culpabilidade referido ao fato como totalidade (e que compreenda a realização antijurídica do tipo), a gravidade da culpabilidade dependerá também da medida do prejuízo e da lesão aos bens jurídicos, provocados de modo reprovável pelo Direito. Logo, resta alguma relevância ao resultado.

Outro argumento apresentado diz com a missão do Direito Penal. Este não cumpre suas missões preventivas apenas, e tampouco primordialmente, pela via da influência sobre os potenciais autores de crimes, para os quais a norma concretiza-se em dever. O Direito Penal revela um caráter multifacetado e, portanto, cumpre funções essenciais alheias à conduta contrária ao ordenamento por parte do autor: o Direito corrobora a vigência da norma lesionada, proporciona à vítima uma certa satisfação, evita o direito do mais forte e a justiça particular, conformando um processo regular para a solução de graves conflitos sociais.

WOLTER¹⁹⁴ argumenta em sentido similar. Segundo este autor, a finalidade de proteção preventiva de bens jurídicos, própria do Direito Penal, é ratificada desde a teoria das normas. Neste sentido, o Direito Penal não atua só preventivamente através de normas proibitivas e preceptivas, mas também de modo repressivo pela via da desaprovação e criação de instâncias de satisfação e ressarcimento para a vítima. Isto se justifica desde uma norma de

193 STRATENWERTH, Günther. **Disvalor de acción y disvalor de resultado em el Derecho penal...**p. 70 et seq.

194 WOLTER, Jürgen. Imputación Objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*. In: SCHÜNEMANN, Bernd (coord). **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Madrid: Ed. Tecnos, 1991, p.110 et seq.

proteção e garantia ao titular do bem jurídico imanente aos tipos de resultado e aos tipos subjacentes de tentativa idônea.

No dizer preciso de ROXIN¹⁹⁵, uma orientação do injusto que prescindia do resultado gera conseqüências fortes: inicialmente, equipara a punição entre fatos consumado e intentado, além de vincular o crime imprudente não à produção do resultado lesivo, mas identificá-lo com a mera infração do cuidado devido. Tal orientação acarreta efeitos desastrosos, tornando insuportável a convivência humana em uma sociedade de risco constante.

Consoante pontua TAVARES¹⁹⁶, o injusto fundado exclusivamente na vontade do sujeito, nos moldes finalistas e em suas derivações mais extremas, rompe com um sistema jurídico democrático, pois aquele não pode depender de um ato mágico do julgador no que tange ao esclarecimento da representação do agente quando violada a norma. Tal esteio puramente subjetivo faz do direito um instrumento para a conscientização moral, em que o processo de decisão judicial concentra elementos secretos e mágicos.

Sob um plano formal, a própria legislação obriga ao julgador utilizar distintos graus de intensidade de aplicação da pena conforme a conduta delituosa seja tentada ou consumada, conforme é possível depreender do artigo 14 e incisos do Código Penal Brasileiro.

Outro argumento aduzido trata da existência de uma norma de valoração, que se ocupa de fundamentar o desvalor do resultado. Tal explicação no âmbito formal da teoria das normas, contudo, não é suficiente, uma vez que não esclarece elementos materiais decisivos à configuração do desvalor do resultado¹⁹⁷.

É possível dizer que a confiança no ordenamento jurídico ou a manutenção da paz jurídica não se vêem debilitadas só mediante a concorrência do resultado. Por outro lado, as conseqüências que ele evidencia acarretam uma intensificação da intervenção penal: seja por que a norma restou plenamente contrariada, seja pela superveniência de um estado material de coisas desvalioso. Esta base argumentativa, isoladamente, padece de força para legitimar o resultado. O ordenamento jurídico não é um fim em si mesmo, senão um instrumento para evitar lesões a bens jurídicos e garantir um mínimo indispensável de liberdade aos cidadãos.

Conforme salienta FRISCH¹⁹⁸, seria um equívoco fundamentar o resultado necessário apenas mediante idéias desse jaez. Segundo sustenta, o emprego da pena não só serve para contra-arrestar a infração e seus efeitos, mas apóia-se também no esforço de fortalecer a

195 ROXIN, Claus. **Derecho Penal**...p. 323-324.

196 TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**...p. 304 et seq.

197 GRECO, Luis. **Um panorama**... p. 92.

198 FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento**..., p.350.

lealdade à norma, bem como no de tornar compreensível seu conteúdo, estendendo seus efeitos pedagógico-sociais aos destinatários.

Para MIR PUIG, a realidade demonstra que a produção de um resultado lesivo constitui uma prova, não raro a única, a respeito do perigo que encerra a realização da conduta responsável por sua produção. A conduta que efetivamente ocasiona uma lesão pode provar, deste modo, sua capacidade para produzi-la¹⁹⁹.

A razão de ser do resultado se explica à luz dos fins do Direito Penal e desde a estrutura que o injusto deve comportar. Sua legitimação se descortina, portanto, na premissa de evitar lesões a certos bens jurídicos (função de proteção) e no conteúdo do injusto.

Se ao Direito Penal cabe evitar a lesão a determinados bens jurídicos por meio de um complexo de normas proibitivas, o desvalor do resultado (lesão adicional) que incide justamente sobre o bem jurídico protegido deve ser apto a integrar o injusto. Caso contrário, o Direito legitimar-se-ia tão-somente através da punição da mera desobediência atinente à norma determinativa. Esta primeira base argumentativa, de matiz preventivo-geral negativo, trata de reconhecer algo elementar: se o ordenamento intenta proteger bens jurídicos, a lesão efetiva destes deve encerrar algum significado adicional para o injusto.

Sob uma segunda perspectiva, o resultado não pode ser reduzido à produção fortuita. Deve, contudo, ser apreciado sob a seguinte ótica: o resultado é a realização de um risco desaprovado juridicamente pelo autor. Constitui, pois, o produto íntegro de uma conduta que poderia e deveria ser evitada pelo agente.

Segundo esta ordem de idéias, desvalor do resultado e da conduta estabelecem entre si uma relação especial: a razão de ser de todo desvalor da conduta, derivada da finalidade de evitar lesões a certos bens jurídicos, é a criação de um risco juridicamente desaprovado. O desvalor do resultado, por sua vez, encontra sua razão de ser na necessidade de realização daquele risco na lesão configurada em concreto.

Como observa ROXIN, a teoria da imputação objetiva não só efetua uma transposição do princípio de proteção de bens jurídicos para dentro das categorias dogmáticas e sistemáticas da teoria do injusto, mas vai além. Ela desempenha uma tarefa central em um Estado democrático de direito, ao promover o equilíbrio entre os interesses de proteção pública e de liberdade individual.

Caso venha a preponderar o interesse de proteção pública há um risco não permitido, o qual realizado conduz à imputação do desvalor do resultado típico. Caso prepondere o

¹⁹⁹ MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal em el estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel derecho, 1994, p.62.

interesse de liberdade individual, considera-se o risco permitido e uma imputação do resultado, bem como a realização do risco, estará excluída²⁰⁰.

6.5 Da exclusão do injusto.

O processo de exclusão do injusto, conforme as premissas eleitas por este trabalho, deve conectar-se à construção de uma teoria das causas de justificação que preserve um núcleo intangível de liberdade individual em relação à ponderação de bens e interesses que se dá nesta esfera.

A estrutura do processo de exclusão do injusto, a exemplo do plano de sua fundamentação, incorpora dois níveis: o nível da autorização da conduta, expresso em uma norma permissiva, e o nível da valoração jurídica da lesividade do fato, pois enquanto palco de solução de conflitos sociais relevantes, as causas de justificação também guardam um elemento material que diz com o conteúdo e ponderação dos princípios que lhe servem de base. Da exclusão do injusto constam, destarte, valores da conduta (subjetivo e objetivo) e valor do resultado.

Uma teoria das causas de justificação precisa, entretanto, solucionar alguns questionamentos preliminares, a saber: são necessários elementos subjetivos de justificação? Caso sejam, sobre que aspectos eles devem incidir e qual deve ser o seu conteúdo? Como devem ser analisados os pressupostos objetivos de justificação e o erro incidente sobre os mesmos?

Segundo o presente estudo, em princípio, deve bastar que o autor tome como possível a concorrência de uma situação objetivamente justificante, mas não apenas isso. O chamado valor da conduta integral (subjetivo e objetivo) deve encerrar uma atuação objetivamente dotada de um sentido de proteção para o bem jurídico, em que o autor deve, ao menos, tomar como possível a presença dos pressupostos objetivos de justificação autorizadores da mesma.

Entretanto, a sua tão-só suposição não pode significar a licitude do ato. Por isso, o fato de o sujeito tomar como possível a concorrência de tais pressupostos deve ser confirmado desde uma perspectiva *ex ante*, baseada na prognose póstuma objetiva. Prognose, porque se trata de um juízo realizado desde uma perspectiva *ex ante*, considerando apenas os dados conhecidos quando da prática do fato. Objetivo, pois realizado por um observador prudente, consciencioso, pertencente ao círculo social e profissional do autor concreto. Póstuma em

200 ROXIN, Claus. **Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld Von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit**. In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 116, 2004.

razão de ser um juízo levado a cabo por um julgador já após o desdobramento dos fatos. Note-se, contudo, que eventuais conhecimentos superiores do autor devem ser levados em conta.

Indaga-se, pois: o julgador, servindo-se da figura de um observador prudente (dotado dos conhecimentos de alguém do círculo social e profissional do autor e, eventualmente, dotado dos conhecimentos especiais deste), posicionado no momento da ação e diante das circunstâncias fáticas que se lhe apresentavam, teria reconhecido ou afirmado a concorrência de pressupostos objetivos de justificação que autorizam ou facultam uma ação justificante? Caso positivo, afirmado está o valor objetivo da conduta, capaz de compensar seu respectivo desvalor típico. Se *ex ante* estão afirmados os pressupostos objetivos de justificação, por uma relação lógica, não se pode ao mesmo tempo admitir que aquela conduta gera um risco proibido, senão permitido pelo ordenamento. Caso contrário, não há que se falar em compensação do desvalor de ação.

O valor da conduta, para ser afirmado, deve conciliar dois requisitos: o primeiro (subjetivo), que o autor tenha, ao menos, tomado como possível a concorrência de pressupostos objetivos de justificação, isto é, um juízo intelectual acerca da probabilidade da concorrência da situação justificante por parte do autor; o segundo (objetivo), consistente em que, a par desta representação possível do autor, um observador prudente também afirme, desde uma perspectiva *ex ante*, a ocorrência de tais pressupostos.

Mas a afirmação *ex ante* dos pressupostos objetivos de justificação diz um pouco mais: em primeiro lugar, a afirmação de tais pressupostos indica, já desde uma perspectiva anterior, a delimitação do âmbito de permissão ou proibição da conduta do autor; em segundo lugar, a afirmação *ex ante* dos pressupostos objetivos de justificação indica a necessidade ou exigibilidade de uma atuação objetivamente dotada de um sentido de proteção, conforme os limites legais que o ordenamento postula e conforme os princípios materiais que servem de base às diversas causas de justificação.

Em síntese, há um valor objetivo da conduta se em um juízo *ex ante* levado a cabo por um observador prudente, a atuação do sujeito se revelar necessária ou exigível e dotada de um sentido de proteção em relação ao bem jurídico que deve ser protegido, dentre aqueles em conflito. Uma vez confirmados os pressupostos objetivos de justificação (*ex ante*), a atuação já se revela necessária ou exigível para que o bem jurídico digno de proteção possa ser salvo. Se *ex ante* são afirmados os pressupostos que se confirmados *ex post* justificariam a conduta, esta, desde logo, deve estar permitida. Esta valoração *ex ante* da concorrência dos pressupostos objetivos de justificação, desde logo, relaciona-se com o saldo do resultado, isto é, deve estar em consonância com a situação que, caso exista *ex post*, justifique a conduta.

Esse saldo do resultado, evidentemente, diz com a necessidade ou exigibilidade de se proteger aquele bem digno de tutela entre aqueles em conflito. No caso da legítima defesa, os bens do agredido. No estado de necessidade, porquanto haja uma diferença, aquele bem considerado mais valioso, ou, quando de mesmo valor, qualquer um deles, segundo a doutrina majoritária brasileira que admite a justificação da conduta nestes termos.

O valor do resultado, por sua vez, reflete uma espécie de confirmação. Para a ocorrência do valor do resultado é preciso que a atuação objetivamente necessária ou exigível e dotada de um sentido de proteção (*ex ante*) do bem jurídico de maior valor, veja-se confirmada desde uma perspectiva *ex post* da concorrência efetiva dos pressupostos objetivos de justificação. Isto é, que a atuação anterior continue a ser necessária ou exigível e objetivamente dotada de um sentido de proteção do bem jurídico preferível, dentre aqueles que estão em conflito. Logo, se o campo das justificações se destaca em virtude de um conflito entre bens, tal controvérsia deve ser decidida valendo-se dos requisitos que o ordenamento impõe bem como dos princípios materiais que servem de base a cada justificação.

Reconhecer-se-á o valor do resultado, em geral, caso aquela necessidade de uma atuação objetivamente dotada de um sentido de proteção conforme uma delimitação legal e material principiológica (seja do bem jurídico individual ameaçado ou de prevalectimento do ordenamento jurídico em si) seja ratificada à luz da presença real e efetiva dos pressupostos objetivos de justificação, vale dizer, sobre uma perspectiva *ex post*.

Finda está análise, cumpre realizar um raciocínio comparativo que não só revela como deve ser concebida a congruência entre fundamentação e exclusão do injusto, bem como suas interações, sobretudo, no âmbito dos desvalores e valores do resultado.

Primeiramente, no que diz respeito à fundamentação do tipo de injusto, quando será possível afirmar o desvalor do resultado? É possível dizer que não haverá desvalor do resultado quando a realização da lesão típica não guardar qualquer relação com os motivos que levam uma conduta a ser proibida. O motivo pelo qual uma conduta é proibida é óbvio: a finalidade de se evitar lesões a determinados bens jurídicos. Entretanto, há condutas mais perigosas que outras. Por isso a proibição de uma conduta está inegavelmente ligada ao grau de perigo por ela criada. Logo, a razão de se proibir uma conduta é a afirmação *ex ante* de que ela cria um risco juridicamente proibido e intolerável. Se não há criação de um risco proibido, qualquer lesão de um bem jurídico não poderá ser considerada um desvalor do resultado, mas meramente uma lesão isolada e irrelevante para o Direito Penal..

Evidente é, contudo, que embora a criação do risco proibido seja nota decisiva para falar-se em desvalor do resultado, ela não é suficiente para afirmá-lo. À afirmação de um desvalor do resultado será imprescindível também a realização do risco desaprovado na lesão a um bem jurídico. Portanto, uma conduta não é apenas proibida em função do risco que cria, mas também pelo fato de este risco poder se realizar na lesão ao bem jurídico. A criação de um risco juridicamente desaprovado é, por si só, suficiente para indicar a ilicitude de uma conduta, entretanto, não é suficiente para afirmar um desvalor do resultado.

Ao transportar o raciocínio acima para o âmbito da exclusão do injusto, ter-se-á a seguinte estrutura: há valor do resultado caso a necessidade afirmada (*ex ante*) de uma atuação objetivamente dotada de um sentido de proteção se veja confirmada com a presença efetiva (*ex post*) dos pressupostos objetivos de justificação.

Em termos negativos: não há valor do resultado caso a ação objetivamente dotada de um sentido de proteção afirmada de uma perspectiva *ex post* não guardar qualquer relação positiva com os motivos que levam uma conduta a ser autorizada ou permitida pelo ordenamento. O motivo pelo qual se autoriza uma conduta é o mesmo: a necessidade de proteger bens jurídicos considerados relevantes de uma grave afetação. Entretanto, só é necessária uma proteção quando há um perigo juridicamente intolerável para um desses bens. Tal perigo, no âmbito das justificações, é traduzido pela presença de pressupostos objetivos de justificação. Logo, a razão de se permitir uma conduta é a afirmação de tais pressupostos em uma perspectiva *ex ante*. Caso estes não sejam afirmados, conforme visto, sequer será possível falar em uma necessidade ou exigibilidade de atuação dotada de um sentido de proteção e tampouco em valor do resultado.

Postas as considerações acima, cumpre, para melhor compreensão, expor um grupo de hipóteses possíveis.

Em uma primeira hipótese, caso o autor concreto haja tomado como possível a ocorrência de tais elementos objetivos de justificação, e o julgador, servindo-se do critério acima sintetizado, no momento da conduta, afirme diante das circunstâncias a concorrência dos pressupostos objetivos de justificação, a conduta estará desde logo justificada, mesmo que posteriormente a concorrência de tais pressupostos não se confirme. Logo, caso afirmada uma necessidade de atuação objetivamente salvadora *ex ante*, mas não confirmada *ex post*, restará tão somente um desvalor do resultado isolado. Conforme raciocínio demonstrado acima, não há qualquer relação positiva (de confirmação) entre o estado de coisas posterior e os motivos que levam uma conduta a ser justificada. Inexiste, pois, valor do resultado.

Tal hipótese coaduna-se com o chamado erro de tipo permissivo invencível, que segundo o Código Penal isenta de pena. Conforme o entendimento aqui esposado, não só haverá exclusão de pena como justificação da conduta do indivíduo. A eventual lesão isolada de algum bem jurídico, porquanto seja irrelevante para os fins do Direito Penal, repercutirá, contudo, no Direito Civil para fins de responsabilidade objetiva pelo dano.

Em uma segunda hipótese, se o autor houver representado como possível a concorrência dos pressupostos objetivos de justificação, muito embora o critério da prognose póstuma objetiva, baseado em um observador prudente, não confirme *ex ante* a presença de tais pressupostos e, *ex post*, não se verifique a presença da situação objetivamente justificante, o sujeito não estará justificado. Haverá um erro vencível sobre os pressupostos objetivos de justificação. Concorrerá tão somente um valor subjetivo da conduta, capaz de compensar apenas seu respectivo desvalor subjetivo da ação. Haverá, pois, um delito culposo (se houver resultado e hipótese legal) como prescreve a norma do artigo 20, parágrafo 1º do Código Penal. Restam afirmados o desvalor objetivo da conduta (a criação de um risco juridicamente desaprovado) e o desvalor do resultado (a realização do risco desaprovado na lesão ao bem jurídico).

Em uma terceira hipótese, caso o autor tenha atuado com a intenção de delinquir e sequer tenha tomado como possível uma situação objetivamente justificante, embora um observador prudente tivesse reconhecido e afirmado a concorrência dos pressupostos objetivos *ex ante*, sendo certa a confirmação dos mesmos *ex post*, restará tão só uma tentativa inidônea impunível.

Em uma última hipótese, caso o autor não tome como possível a concorrência da situação justificante, pois em verdade tem o dolo de cometer um delito, e tampouco o observador prudente afirme ou reconheça a concorrência dos pressupostos objetivos, a conduta não estará justificada. Mesmo que um estado de coisas *ex post* revele a presença dos pressupostos objetivos de justificação, tal não consubstanciará um valor do resultado, pois a atuação necessária ou exigível (*ex post*) objetivamente dotada de um sentido de proteção não guardou qualquer relação com os motivos que a justificariam. Haverá, pois, um delito consumado, caso o desvalor de resultado realmente se produza.

Tal postura é desejável do ponto de vista político-criminal, uma vez que se o Direito autoriza, faculta e fomenta atuações que tenham o sentido de proteger determinado bem jurídico valioso, não pode fazer depender a justificação da conduta de uma análise posterior. Caso contrário, mesmo em situações de alta probabilidade da concorrência de pressupostos objetivos justificantes, qualquer tentativa de proteger um bem jurídico valioso restaria

prejudicada, pois o agente, por vezes, e no que diz respeito à salvação de bens de terceiros, não arriscaria agir caso, ao revés de todas as expectativas *ex ante*, o desdobramento dos fatos se revelasse prejudicial a este.

Tampouco é convincente a objeção de que seja um critério inseguro, pois o mínimo traço de segurança é afirmado por meio do requisito da prognose póstuma objetiva. Nota-se, pois, que ao valor subjetivo da conduta (o autor haver tomado como possível a concorrência dos pressupostos objetivos de justificação) deve ser adicionado um valor objetivo, consistente no critério já analisado. Este último será decisivo para delimitar-se o âmbito de punição, ainda que não seja o único responsável pela justificação da conduta.

A fundamentação e exclusão do injusta assim construída encerra uma interação coerente entre desvalores e valores sem precisar recorrer a categorias pré-jurídicas como a finalidade. Ademais, importa em estrutura congruente com a premissa do Direito Penal: a de evitar lesões a bens jurídicos considerados relevantes, construindo para tal uma delimitação racional quanto à intervenção estatal e, por conseguinte, quanto ao núcleo de liberdade individual.

Conforme ensina MOLINA FERNÁNDEZ²⁰¹, o ponto de partida de qualquer exame acerca da justificação de um fato lesivo deve ser o mesmo: o pressuposto de que, em determinadas situações, certas atuações objetivas que geram a lesão de bens jurídicos (e que, por isso, encerram um desvalor de resultado primário) provocam, por sua vez, a proteção de outros bens cujo valor global, atendendo-se às circunstâncias concorrentes, é superior à lesão típica.

Se o que caracteriza a valoração jurídica do injusto é a lesividade do fato para bens jurídicos protegidos, o injusto não pode proceder de outra coisa que não a afirmação da lesividade. Esta, contudo, pode ser concebida em dois sentidos: em um primeiro, significa a ausência completa de lesão a bens jurídicos; em um segundo, significa a presença da menor lesão possível quando a situação fática impede a hipótese anterior.

A análise do valor do resultado não apenas incide sobre o fato de que, *ex post*, confirmou-se a presença efetiva dos pressupostos objetivos de justificação, mas, num plano de lesividade material, indaga se a atuação objetivamente dotada de um sentido de proteção guarda alguma ligação com os motivos que a facultaram ou a autorizaram.

Há outros motivos, ainda que mediatos, pelos quais se autoriza ou faculta uma determinada conduta que não a mera presença de pressupostos objetivos de justificação. A norma permissiva colhe seu fundamento dos princípios orientadores ou informadores de cada

²⁰¹ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. **Antijuridicidad...** p.409 et seq.

causa de justificação. Da verificação concreta de elementos objetivos justificantes nasce, desde uma consideração principiológica material objetiva, a necessidade ou exigibilidade de uma atuação dotada de um sentido de proteção do bem jurídico ameaçado, em face do ordenamento jurídico e em face do próprio titular do bem jurídico ameaçado.

Na legítima defesa, a verificação de uma agressão injusta iminente ou contínua faz surgir, independentemente do conhecimento ou ânimo de quem atua, uma necessidade de proteção quanto ao bem jurídico posto em perigo desde a perspectiva de seus princípios informadores. Em primeiro lugar, um princípio de necessidade de proteção individual, que diz com os bens jurídicos ameaçados da vítima. Em segundo lugar, uma necessidade de prevalectimento do ordenamento jurídico frente ao injusto²⁰².

No estado de necessidade, a ocorrência de uma situação de perigo iminente e inevitável de outro modo faz surgir, independentemente do ânimo ou conhecimento, uma necessidade de proteção daquele bem juridicamente mais valioso, conforme um princípio de ponderação de interesses que orienta esta justificação em particular.

A aplicação das regras da tentativa, no que tange à solução do grupo de casos inerentes à hipótese em estudo, pode decorrer de uma relação direta ou analógica. A aplicação direta das regras da tentativa pressupõe a adoção da estrutura de um tipo total, ao menos em um plano prático e dogmático. A segunda alternativa pressupõe uma situação materialmente análoga à da tentativa.

Em verdade, ambas as possibilidades são viáveis. A verificação de que desvalores e valores da conduta e do resultado podem ser compensados ou neutralizados, bem como a afirmação de que o importante para um fato delituoso restar consumado ou tentado não é a superveniência de um resultado típico, não devem causar espanto.

Em primeiro lugar, isto não significa uma adoção da teoria dos elementos negativos do tipo, mas apenas a verificação de que a valoração jurídica da lesividade desempenha funções salutares tanto no tipo como junto à categoria da antijuridicidade, à luz de uma categoria mais ampla, o injusto.

Em segundo lugar, a interação entre desvalores da conduta e do resultado, no âmbito do tipo, e de seus valores correspondentes, no âmbito da antijuridicidade, integram um processo maior consistente na imputação do injusto praticado pelo autor.

Por outro lado, a aplicação analógica das regras da tentativa é plenamente viável no plano dogmático. Sob um primeiro ponto de vista, a aplicação das regras da tentativa não

²⁰² Neste sentido: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. 2.ed. Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2006, p. 64.

constitui analogia em desfavor do réu, visto que a outra alternativa, isto é, quando ausente o valor da conduta, seria puni-lo pelo delito consumado, conforme postula de modo majoritário a doutrina brasileira.

O recurso à aplicação analógica da tentativa encontra amparo, inclusive, no já mencionado artigo 66 do Código Penal. Segundo este dispositivo, a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. Embora o Código não mencione, circunstâncias concomitantes também integram o rol de aplicação, conforme realça BITENCOURT²⁰³.

Ora, a afirmação *ex ante* da concorrência de pressupostos objetivos de justificação e sua posterior confirmação constituem uma circunstância relevante, que importa a título de evitar danos a bens jurídicos protegidos.

6.6 Resolução dos casos.

À luz da tese esposada por este trabalho, insta proceder à resolução dos casos descritos no intróito.

6.6.1 Hipótese “A”.

Um jovem “J” deseja matar seu padrasto “P”. Ao adentrar o quarto de “P” - munido de uma arma de fogo e sem saber que “P” tentava sufocar com um travesseiro a sua esposa “E” (e mãe do jovem) que se debatia embaixo de um colchão -, o jovem “J” atira e “P” é alvejado no coração pelo tiro que perfura suas costas. Pergunta-se: qual a consequência jurídico-penal da conduta praticada pelo jovem, sabendo-se que o padrasto “P” veio a falecer em função do tiro?

A primeira hipótese retrata um suposto caso de legítima defesa de terceiros. O jovem que, no intuito de matar seu padrasto, acaba por livrar sua mãe de uma morte certa, sem o saber. Consoante o entendimento aqui defendido, a conduta do autor dos disparos retrata uma tentativa inidônea. Por quê?

O desvalor subjetivo da conduta está afirmado, uma vez que o autor sequer tomou como possível a concorrência de uma agressão injusta e atual.

203 BITENCOURT, Cezar R. **Código Penal Comentado**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, p. 238.

O valor objetivo da conduta é afirmado, uma vez que um observador prudente verifica *ex ante*, a presença de uma agressão injusta e iminente criadora de um risco proibido para um bem jurídico (vida de “E”) protegido. Os demais pressupostos objetivos de justificação da legítima defesa, desde uma perspectiva *ex ante*, estão afirmados: há a necessidade de uma atuação objetivamente dotada de um sentido de proteção, e tal atuação é levada a cabo utilizando de meios necessários à repulsa da agressão injusta.

Sob uma perspectiva *ex post*, confirma-se a necessidade da atuação objetivamente dotada de um sentido protetor ao bem jurídico protegido pelo ordenamento (no conflito entre bens da vítima e do agressor “P”, os bens da vítima são considerados mais valiosos e, portanto, dignos de proteção). Esta atuação se dá em consonância com os requisitos objetivos legais da legítima defesa, bem como atende ao conteúdo dos princípios materiais que servem de base à justificação: necessidade de proteção individual e de prevalectimento do Direito. Há, portanto, um valor do resultado capaz de compensar o desvalor típico. Não há desvalor do resultado, pois, em verdade, o bem jurídico vida de “P” não estava protegido pelo ordenamento.

6.6.2 Hipótese “B”.

“B” é inimigo de “A” e por diversas já havia tentado matá-lo, sem sucesso. Entretanto, desde a última vez em que os dois se encontraram, “B” prometeu não mais falhar em seu intento. É certo que, inclusive, cartas ameaçadoras de “B” foram enviadas para “A”. Alguns meses depois desta ocasião, “A”, impregnado por sentimento de ódio e decidido a dar um basta naquela situação caso “B” aparecesse em seu caminho, andava pela rua munido de uma arma, quando, por acaso, avista aquele que agora era alvo de sua ira. “A” não teve dúvidas: dispara contra “B”, ignorando o fato de que o mesmo, momentos antes de ser alvejado e apenas esperando “A” dar-lhe as costas, já o mirava, com o dedo pronto a acionar o gatilho de uma arma de fogo municada, cujo longo cano estava visível e fazia perceptível volume dentro de seu casaco. “B” não resiste ao disparo e falece em seguida. Posteriormente, a perícia encontra no bolso do casaco de “B” uma agenda, em que o mesmo deixava claro o intento de matar “A” naquela data e local, bem como uma arma devidamente municada em suas mãos. Qual a consequência jurídico-penal quanto à conduta praticada por “A”?

A segunda hipótese trata de uma legítima defesa própria. Observa-se que “A” não logrou representar como possível o fato de que “B” portava uma arma municada que fazia perceptível volume em seu casaco. Outro ponto a ser lembrado é que “A” não era movido por

uma vontade de atuar conforme a justificante, mas sim por ódio. Já estava decidido a matar “B” da próxima vez que o encontrasse.

De acordo com o critério aqui esposado, um observador prudente dotado dos conhecimentos especiais do autor (várias ameaças escritas e tentativas de homicídio frustradas) e localizado momentos antes da prática da conduta, não teria dúvidas, face às informações pretéritas e ao volume desproporcional no casaco de “B”, em afirmar ou reconhecer a concorrência de uma situação objetivamente justificante.

Existe, portanto, um valor objetivo da conduta que, posteriormente, é confirmado pela real presença dos pressupostos objetivos de justificação que faz surgir uma necessidade de proteção individual e do próprio ordenamento jurídico. O valor do resultado está afirmado e o comportamento de “A” encerra não mais do que um desvalor subjetivo da conduta, compatível com a ocorrência de uma tentativa inidônea impunível. O desvalor objetivo não subsiste, uma vez que desde uma perspectiva *ex ante*, por meio da figura do observador prudente, afirma-se a concorrência de um risco proibido, ou, no pólo oposto, de pressupostos objetivos justificantes. A afirmação *ex post* da presença de pressupostos objetivos de justificação reclama uma atuação objetivamente dotada de um sentido de proteção ao bem jurídico protegido, já que “A” encontrava-se, sem o saber, em perigo de uma agressão injusta e iminente. Inexiste, pois, desvalor do resultado.

6.6.3 Hipótese “C”.

Um médico conduz seu veículo, com imprudência e em velocidade incompatível com a segurança exigida pelas características da via em que trafegava, até o lugar de um acidente com vítimas em estado delicado. Chegando ao local, verifica-se que o seu conhecimento técnico e o rápido atendimento são dois aspectos cruciais ao salvamento dos acidentados. O médico consegue salvar os feridos, entretanto, nada sabia do ocorrido até haver chegado ao local. Atua justificadamente este médico, ou comete o delito do artigo 311 do Código de Trânsito Brasileiro?

O caso do médico que dirige em velocidade incompatível com a segurança da via, violando regras de trânsito, e, não obstante, chega a determinado local em que necessitam de seus conhecimentos e técnicas para salvar um acidentado, encerra um delito de perigo. Nestes casos não cabe falar em desvalor do resultado em um sentido material. O desvalor de resultado jurídico já é a própria criação de um risco desaprovado para a regular e sadia

organização e segurança da circulação de veículos que, em última hipótese, pretende evitar colisões ou acidentes.

Não é permitido trafegar com velocidade acima da permitida, de modo a expor a segurança dos demais motoristas e pedestres a riscos desnecessários. Tal conduta só seria admitida caso o médico motorista, ao menos, houvesse tomado como possível a concorrência de um perigo iminente e um observador prudente também o houvesse confirmado *ex ante*, o que no caso, não aconteceu.

Ou seja, nesta hipótese, afirmado o juízo de perigo *ex ante*, o injusto está completo. Um observador prudente, quando da conduta praticada pelo médico, não afirmaria qualquer possibilidade da concorrência de pressupostos objetivos de justificação. Destarte, não há valor da conduta, mas um delito de perigo.

E, já que, mesmo sem qualquer relação com a afirmativa *ex ante* dos pressupostos objetivos de justificação, o desdobramento posterior salvou um bem jurídico em perigo (a vida dos acidentados), por que não mitigar o desvalor do resultado de acordo com o artigo 66? A diminuição do desvalor do resultado, corolário lógico do papel de graduação do injusto, só se dá quando, em um cotejo entre os princípios materiais envolvidos, aquele que efetivamente foi salvo possui um valor maior. No caso concreto, se o autor age sem mesmo tomar como possível a concorrência de pressupostos objetivos de justificação e, tampouco assim o afirma o observador prudente, não há como permitir que se circule em velocidade incompatível com a via, pondo em risco a vida de outros transeuntes

Caso o autor, de fato, conhecesse o acidente quilômetros adiante, seja através de uma ligação que lhe fazem do hospital ou por outra informação segura, ratificada por um observador prudente, poder-se-ia sim, cogitar de uma ação justificada.

6.6.4 Hipótese “D”.

O indivíduo “I” atira uma pedra contra a janela de uma casa com o intuito de prejudicar o proprietário “P”, ignorando que naquele estabelecimento um recém-nascido estava prestes a falecer por asfixia, em virtude de abandono doloso de “P”. A janela quebrada permite, contudo, que a criança não venha a falecer. “I” atua justificadamente?

O último caso apresenta a hipótese de um crime de dano consumado. Por quê? Aplicando-se o critério abraçado por este trabalho, o julgador, servindo-se do observador prudente, desde uma perspectiva *ex ante*, não seria capaz de afirmar a concorrência daquele

perigo iminente à vida da criança. Um homem por mais prudente que seja, transportado para o momento da conduta, não poderia jamais adivinhar que naquela casa em especial havia um recém-nascido em perigo iminente.

Não há, portanto, valor da conduta. Por outro lado, apesar de a janela (um bem jurídico patrimonial) efetivamente haver sofrido um dano e, por causa disto, a criança ter sobrevivido, não existe um valor do resultado. A ação objetivamente dotada de um sentido de proteção não guardou relação com uma necessidade *ex ante*. Toda a relação exigível entre valor do resultado e valor objetivo da conduta foi quebrada. Trata-se, pois, de um delito consumado.

Nada impede, porém, que a atenuante do art. 66, conforme já mencionado, possa significar uma redução de um sexto da pena referente ao delito consumado, uma vez que mesmo rompida aquela relatividade entre resultado e conduta, efetivamente existiam pressupostos objetivos de justificação e a proteção da vida que estava em perigo encerra um desvalor de resultado mitigado. Mesmo quebrada a relação entre valor do resultado e da conduta, segundo o princípio da ponderação de interesses típico do estado de necessidade, houve um sacrifício razoável em virtude dos valores dos bens em conflito: um patrimonial (lesado) e um pessoal, a vida da criança. Tal atenuação justifica-se ao levar em conta que o Direito penal encerra um fenômeno multifário. Não afeta tão somente a conduta do autor, mas envolve os bens jurídicos da vítima e uma valoração jurídica acerca da lesividade do fato punível. Eis, neste sentido, uma das funções deste nível do injusto: a possibilidade de uma graduação do mesmo.

7 CONCLUSÕES.

Terminado o estudo, cumpre realizar uma síntese das principais conclusões:

1. O presente estudo elegeu como premissa um sistema teleológico-racional e aberto, dogmaticamente limitado pelos direitos e garantias fundamentais positivados na Lei Maior, o que se traduz na construção de um Direito Penal não só comprometido em evitar lesões a determinados bens jurídicos, mas imbuído da tarefa de preservar um núcleo mínimo e

intangível de liberdade individual. Se a proteção de bens jurídicos encerra um componente positivo relacionado à norma incriminadora, também encerra um negativo, que se refere à delimitação do âmbito de liberdade dos cidadãos.

2. A discussão acerca da existência e necessidade de elementos subjetivos de justificação não depende de argumentos legislativos ou fundamentações pré-jurídicas, calcadas em estruturas lógico-objetivas como a finalidade, mas tem sua razão de ser radicada na estrutura do injusto penal.

3. Não é preciso haver uma intenção ou vontade de agir conforme uma específica causa de justificação para que o comportamento seja lícito. Não há uma obrigatoriedade de que o componente volitivo do dolo típico tenha de estender-se ao âmbito das justificações, sob pena de se aproximarem, perigosamente, direito e moral.

4. O conteúdo do pressuposto subjetivo de justificação deve ser caracterizado por um juízo de previsibilidade objetiva, compatível com o que ocorre nos crimes culposos. Destarte, para que esteja preenchido o requisito subjetivo de justificação, deve bastar que o autor tome como possível a concorrência de uma situação objetivamente justificante que, se realmente ocorrer, desde já autorizaria sua conduta. Tal elemento subjetivo, que compõe o valor subjetivo da conduta, entretanto, não é suficiente para afirmar o caráter justificante da conduta.

5. As chamadas causas de justificação mutiladas de dois atos, ao contrário do que postula determinado setor doutrinário, não precisam de um elemento subjetivo adicional quando da prática do primeiro ato. Basta que, no momento prévio à prática do segundo ato, o autor represente as circunstâncias objetivas que autorizam a justificação.

6. O tipo de injusto imprudente não possui um tipo subjetivo, de modo que tampouco há razão para exigir uma vontade ou conhecimento dos pressupostos objetivos de justificação quando da conduta imprudente que, na presença destes, realiza um valor do resultado. Esta conduta é impunível.

7. O injusto é a conduta típica e antijurídica concebida à luz de uma valoração jurídica da lesividade do fato, nos crimes que comportam um desvalor material. O injusto comporta, pois, dois níveis: o primeiro se refere à infração da norma de determinação pelo agente. Trata-se, portanto, da imputação de uma violação à norma de conduta, a ser afirmada ou negada, posteriormente, na categoria da culpabilidade. O segundo nível se ocupa da valoração jurídica acerca da lesividade que o fato encerra. O nível da infração à norma de determinação traduz um desvalor da conduta (típico) e a ausência de um valor da conduta (no âmbito da antijuridicidade). O nível da valoração jurídica da lesividade do fato, por sua vez, envolve os desvalores do resultado no tipo e o valor do resultado, nas justificações.

8. O processo de fundamentação e exclusão do injusto abarca desvalores e valores da conduta e do resultado, compensáveis entre si. O desvalor da conduta é composto por um desvalor subjetivo (dolo, nos crimes dolosos) e por um objetivo, consubstanciado na criação de um risco juridicamente desaprovado. Este juízo de perigo objetivo se dá conforme o critério da prognose póstuma objetiva, valendo-se da figura de um observador objetivo prudente, além de agregar outros critérios mais específicos. O desvalor do resultado comporta a realização do risco proibido na lesão causada ao bem jurídico protegido. Sua imputação depende, ademais, de a conduta perigosa realizar-se ou não dentro do alcance típico. O tipo objetivo ganha duas novas elementares objetivas: a criação do risco juridicamente desaprovado e a realização do risco no resultado.

9. O desvalor do resultado não só integra o injusto, no plano da valoração jurídica da lesividade do fato, como encerra algum significado: traduz a realização de um risco proibido e passível de ser evitado pelo autor; personifica um desvalor adicional, uma vez que realiza exatamente aquilo que o ordenamento deseja evitar e possui importância frente ao titular do bem jurídico atingido.

10. As causas de exclusão do injusto manifestam valores da conduta e do resultado.

11. O valor subjetivo da conduta é constituído por um juízo de previsibilidade objetivo do autor, ou seja, para a sua afirmação basta que o indivíduo haja tomado como possível a concorrência de pressupostos objetivos de justificação. A existência de um valor subjetivo da conduta é necessária, sobretudo, para que se veja com coerência a hipótese de erro sobre os pressupostos objetivos de justificação e acerca dos limites da mesma.

12. O valor objetivo da conduta é composto de duas elementares: (a) que exista uma atuação objetivamente dotada de um sentido de proteção do bem jurídico que deve ser resguardado, dentre aqueles em conflito, segundo reza o ordenamento e (b) que esta atuação apareça *ex ante*, aos olhos de um observador prudente (prognose póstuma objetiva) como necessária ou exigível em virtude da afirmação de pressupostos objetivos de justificação.

13. O valor do resultado cristaliza-se em duas variáveis. A primeira delas, e principal, expressa a confirmação (*ex post*) de que aquela atuação necessária ou exigível (*ex ante*) e dotada objetivamente de um sentido de proteção do bem jurídico que deve ser resguardado, dentre aqueles em conflito, conforme os requisitos objetivos legais e também de acordo com os princípios materiais que servem de base à justificação específica. E, por fim, que o bem jurídico merecedor de proteção efetivamente seja salvo, visto que o valor do resultado releva algum significado para o titular do bem jurídico em si e para o ordenamento jurídico, em geral.

14. Esta forma de conceber o valor da conduta (subjetivo e objetivo) permite um tratamento mais coerente às hipóteses de erro sobre os pressupostos objetivos de justificação. No caso de estar afirmado o valor subjetivo, mas não o objetivo, dá-se uma justificação putativa e o sujeito responderá por culpa se o tipo penal comportar uma previsão culposa. Se afirmados os valores subjetivo e objetivo da conduta, o autor estará desde logo justificado, mesmo que em uma análise *ex post* a situação revele um desdobramento diferente do afirmado sob uma perspectiva *ex ante*.

15. O setor doutrinário que pugna pela justificação plena quando da hipótese discutida no estudo não pode lograr convencimento, sobretudo, em razão de uma justificação meramente objetiva deixar, em princípio, sem explicação coerente o erro sobre os pressupostos objetivos de justificação que, por sua vez, exclui o dolo.

16. A solução pelo delito consumado não encerra uma resposta materialmente justa, pois conquanto reconheça o fato de que estão presentes os pressupostos objetivos de justificação, não lhes dispensa qualquer relevância, seja de uma perspectiva *ex ante* ou *ex post*. Tal raciocínio está estreitamente ligado a um injusto pessoal, alicerçado de modo predominante no elemento pré-jurídico da finalidade e que relega o desvalor do resultado a um papel praticamente irrelevante quando da fundamentação do injusto.

17. Tampouco podem lograr êxito os argumentos baseados no caráter fortuito e acidental do desvalor do resultado, uma vez que este, longe de ser um acaso, constitui o produto da criação de um risco juridicamente desaprovado e perfeitamente evitável pelo autor.

18. A solução da justificação ou eximente incompleta, intimamente relacionada a uma opção legislativa do ordenamento jurídico espanhol, encerra um núcleo correto, pois enxerga uma das funções da antijuridicidade material: a de permitir graduações do injusto. O presente estudo vislumbra uma hipótese capaz de servir de fundamento à solução em comento, embora com alguma controvérsia jurisprudencial, no artigo 66 do Código Penal. Logo, conquanto a atuação objetivamente salvadora (*ex post*) não guarde qualquer relação com a afirmação *ex ante* do valor da conduta, a proteção efetiva do bem jurídico ameaçado, apesar de não ser suficiente para justificar a conduta do autor, pode, ao menos, atenuar o desvalor do resultado típico.

19. Da mesma forma que a fundamentação do injusto tem seu ponto central no desvalor objetivo da conduta, no âmbito da criação de um risco proibido, o caráter justificado de uma conduta tem seu ponto decisivo no chamado valor objetivo da conduta. Por sua vez, tanto o desvalor do resultado como seu respectivo valor encerram um importante nível, que não denota o caráter ilícito da conduta, mas valora a lesividade do fato em relação ao bem jurídico

protegido, inclusive, podendo graduá-lo conforme a extensão da lesão. No âmbito da exclusão do injusto, os princípios materiais que informam e orientam as respectivas causas de justificação possuem este papel específico. Destarte, os processos de fundamentação e exclusão do injusto são vistos sob um prisma de coerência e justiça material, capaz de equilibrar, racionalmente, o limite da intervenção do estado e afirmar um núcleo indispensável de liberdade individual, consectário da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BARATTA, A., Principi del diritto penale mínimo. Per una teoria dei diritto come oggetti della legge penale.. In: **Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale**, anno III, nº 3, set./dic., 1985, p. 525-553

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005

BATISTA, Nilo. **Imputação para principiantes** (brasileiros). In: Aula inaugural do ano letivo da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, ministrada em 07 de março de 2008.

BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal**: La Doctrina del delito-tipo. Buenos Aires: EL FORO, 2002 (Colección clásicos del derecho).

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**, 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003

BITENCOURT, Cezar R. **Código Penal Comentado**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, parte geral, t.1: introdução, norma penal, fato punível. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CANCIO MELIÁ, Manuel. **La teoría de la adecuación social en Welzel**. In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, fascículo II, 1993.

CEREZO MIR, José, **Derecho Penal**: Parte General. Lima, PE: Ara Editores e Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 394, n.17 (Obras Completas).

CHRISTIE, Nils, **Abolire la pena?** Il paradosso del sistema penale. Tradução Italiana. Con introduzione di Massimo Pavarini. Torino: Edizioni Grupo Abele, 1985.

CUNHA LUNA, Everardo. **Capítulos de Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1985.

DIÉZ RIPOLLÉS, José Luiz. La categoría de la antijuridicidad em Derecho penal. In: Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales. Fascículo III, 1991.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: Parte Geral. t.I. Coimbra: Coimbra, 2004.

FIORE, Carlo. Diritto Penale – **Parte Generale**. Introduzione alle studio del diritto penale. La lege penale-il reato. Torino: UTET, 1993.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16.ed. Rio de janeiro: Forense, 2004.

FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento Típico e Imputación del resultado**. Madrid: Marcial Pons, 2004.

FRISCH, Wolfgang et al. La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: Seminario en la Universitat Pompeu Fabra. **Sobre el estado de la teoría del delito**. Madrid: Cuadernos Civitas, 2000.

GALLAS, Wilhelm. **Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen**. In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 67, 1955.

GIL GIL, Alicia **La ausencia del elemento subjetivo de justificación**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2006.

GRACIA MARTÍN, Luis. **El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito**. Disponible em: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-07.pdf>. Acceso em: 13 jun.2008.

GRECO, Luis. **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GRECO, Luis. **Cumplicidade através de ações neutras: A imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HASSEMER, Winfried . Puede Haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal?. In: HEFENDEHL, Roland (ed). **La teoría del bien jurídico: Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y protección de bienes jurídicos. In: Vários Autores. **Pena y Estado**. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

HASSEMER, Winfried. **Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal**. México, D.F: INSTITUTO NACIONAL DE CIÊNCIAS PENALES (INACIPE), 2003

HIRSCH, Hans Joachim. **La doctrina de los elementos negativos del tipo penal**. El error sobre las causas de justificación. Santa Fe-Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2005

HEGEL, Georg Wilhelm Friederich. **Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse: mit Hegels eigenhändigen Notizen und**

den mündlichen Zusätzen. Auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel. Frankfurt am Main: Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft, 1970, 607.

HIRSCH, Hans Joachim. **La polemica en torno de la accion y de la teoria del injusto penal en la ciência penal alemana.** Universidad Externado de Colômbia. Colômbia: Giro Editores, 1993.

HIRSCH, Hans Joachim. **Derecho Penal: Obras Completas.** t.1.Santa fé-Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.

HOERSTER, Norbert. **En Defensa del Positivismo Juridico,** Barcelona: Gedisa editorial, Estudios Alemanes, 1992.

HULSMAN, Louk e de CELIS, Jacqueline bernat. **Penas perdidas: O Sistema Penal em Questão.** Tradução de M.L.Karam. Niterói: Luam, 1993.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal.** v.1. t.2. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JAKOBS, Günther. **La Imputación objetiva en el Derecho Penal,** traduzido por Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: AD-HOC, 1997.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte general. Fundamentos y teoria de la imputación.** Tradução de Cuello Contreras e Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional.** Tradução de Cancio Meliá e Feijó Sánchez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1996.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal.** Parte General. traduzido por Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada : Comares, 2002.

JESUS, Damásio de. **Imputação Objetiva.** 3.ed.. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUNIOR, Heitor Costa. Elementos subjetivos nas causas de justificação. **Revista de Direito Penal. Órgão Oficial do Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro,** Rio de Janeiro, nº 23, p.41-53, junho-dezembro, 1976.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ed. Tradução de José Lamego. Fundação Calouste-Gulbekian: Lisboa, 1997. Título original: Methodenlehre der Rechtswissenschaft.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal alemão**. v.1. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Aspectos esenciales de la legítima defensa**. 2.ed. Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2006.

MATHIESEN, Thomas. **The politics of abolition**. London: Martin Robertson, 1974.

MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal**. Parte General. t.1. Tradução e notas de Direito espanhol por Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.

MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal Parte General**. Editorial B de f: Montevideo - Buenos Aires, 2007

MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Direito penal**: v.1, t.I – parte geral. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**: Libro de Estudios. Parte General. 6.ed. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958.

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito**, traduzido por Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007.

MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal em el estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel derecho, 1994.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. **Antijuridicidad penal y sistema del delito**. Barcelona: J.M. Bosch, 2001.

NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**, v.1: introdução e parte geral São Paulo: Saraiva, 1982.

PESSOA, Néilson. **Injusto penal y tentativa**. Desvalor de acción y desvalor de resultado. Injusto tentado e injusto consumado. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

POLITOFF, SERGIO. **Los elementos subjetivos del tipo legal**. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1965.

POPPER, Sir Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da imputação objetiva do resultado**: uma aproximação crítica a seus fundamentos. 2. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: RT, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 7.ed., v.1. São Paulo : Saraiva, 2007.

PRADO, Luiz Regis e CARVALHO, Érika Mendes de. **A metodologia onto-axiológica e o sentido social**. Revista dos Tribunais v. 839 - set.- 2005, p.421-443

PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Tradução, introdução e notas por Luis Greco. Barueri: Manole, 2004.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**: parte geral. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Título Original: Rechtsphilosophie.

ROXIN, Claus. **Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld Von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit**. In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 116, 2004.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?. In: HEFENDEHL, Roland (ed). **La teoría del bien jurídico**: Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?. Madrid: Marcial Pons, 2007.

ROXIN, Claus. **Teoria del tipo penal**: Tipos penales abiertos y elementos del deber jurídico. Versão castelhana de Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979. Título Original: Offene Tatabestände und Rechtspflichtmerkmale.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Traduzido por Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel Figueiredo. 2.ed. Lisboa: Vega, 1993.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. 3.ed. Tradução, notas e introdução por Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2.ed. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal** : Parte General. Fundamentos de la Estructura del Delito. t.1.Tradução e notas de Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas Thompson, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006.

SANZ MORÁN, Angel José. **Los Elementos Subjetivos de Justificación**, Barcelona: J.M.BOSCH EDITOR,1993.

STRATENWERTH, Günther. **Disvalor de acción y disvalor de resultado em el derecho penal**. 2.ed. Traduzido por Marcelo A. Sancinetti e Patrícia S. Ziffer. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

STRUENSEE, Eberhard. El tipo subjetivo del delito imprudente. In: **Anuario de Derecho Penal y Ciências Penales**, tomo XL, fascículo II, Mayo-Agosto MCMLXXXVII, 1987.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TRAPERO BARREALES, Maria A. **Los elementos subjetivos em las causas de justificación y de atipicidad penal**. Granada: Comares, 2000.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. **El elemento subjetivo de justificación** y la graduación del injusto penal. Barcelona: PPU, 1994.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. La naturaleza graduable del injusto y la actuación em desconocimiento del presupuesto objetivo de uma causa de justificación. In: SILVA-SANCHEZ, José Maria (ed.). **Política Criminal y nuevo derecho penal**. Barcelona: J.M.Bosch, 1997.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal: Parte General.** Tradução chilena de Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WELZEL, Hans. **Introducción a la Filosofía Del Derecho:** Derecho natural y Justicia material. Montevidéo-Buenos Aires: Editorial B de f, 2005.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del Derecho Penal:** Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução e notas por Jose Cerezo Mir. Montevidéo-Buenos Aires: B de f, 2004.

WOLTER, Jürgen. Imputación Objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*. In: SCHÜNEMANN, Bernd (coord). **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales.** Madrid: Ed. Tecnos, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho penal.** Parte general. 2.ed. Buenos Aires: ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal:** parte geral. 5.ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZIELINSKI, Diethart. **Disvalor de acción y disvalor de resultado em el concepto del ilícito.** Tradução de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1990.