

O DIREITO PENAL SOB A PERSPECTIVA FUNCIONAL REDUTORA DE EUGENIO RAUL ZAFFARONI

*LUÍS AUGUSTO SANZO BRODT**

RESUMO

A concepção funcional redutora do direito penal, fruto do labor de Eugenio Raul Zaffaroni ao longo das últimas duas décadas, está a reclamar, por sua importância e originalidade, atenção mais detida e debate mais intenso por parte da doutrina brasileira.

No presente artigo, com o intuito de favorecer a difusão das ideias de Zaffaroni entre nós, tem-se o propósito de examinar as bases da construção teórica do funcionalismo redutor. Especialmente, visa-se a analisar as categorias da teoria do delito sob a ótica redutora. Outrossim, em questões fundamentais, não se deixará de comparar o entendimento atual de Zaffaroni com o anterior ao advento da concepção redutora. Na medida do possível, também se buscará apontar o estágio em que se encontra a doutrina brasileira em relação à recepção do pensamento de Zaffaroni. O trabalho será encerrado com uma avaliação a respeito da pertinência das propostas de Zaffaroni.

PALAVRAS CHAVE: teoria do direito penal, funcionalismo redutor

* Professor na Universidade Federal de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2.A função do Direito Penal Redutor. 3.A teoria do delito sob a perspectiva funcional redutora.4.O conceito de conduta. 5.A tipicidade: conceito de tipo penal. 5.1.Tipos dolosos. 5.1.1.Tipo objetivo sistemático e conglobante. 5.1.2.Função redutora da tipicidade conglobante. 5.1.3.O domínio do fato como pressuposto da tipicidade objetiva. 5.2.Tipos culposos.5.3.Tipos omissivos.6.A ilicitude.7.A culpabilidade. 8.Considerações finais. 9.Referências Bibliográficas.

Escrito em homenagem ao Prof.Dr.Ariosvaldo de Campos Pires (in memoriam) , voz e talento a serviço da causa da liberdade.

1.INTRODUÇÃO

A concepção (funcional) redutora do direito penal trata-se de mais uma via de desenvolvimento da teoria do delito.Elaborada por Eugenio Raul Zaffaroni, a partir do ensaio “Em busca das penas perdidas”, cujo advento deu-se ainda no século passado(ano de mil novecentos e oitenta e nove)¹, foi desenvolvida em trabalhos posteriores, entre os quais destacam-se, *Derecho Penal.Parte General*² e *Direito Penal Brasileiro*³, vindos à lume já nos anos dois mil.

¹ “En busca de las penas perdidas” teve a sua primeira edição publicada na Argentina pela Editora Ediar, no ano de 1989.Em 1991, a Editora Revan publicou a obra no Brasil.A tradução esteve sob a responsabilidade de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição.A apresentação foi de Nilo Batista.

² Cf.ZAFFARONI, E.Raúl.ALAGIA, Alejandro.SLOKAR, Alejandro.Derecho penal.Parte general.1ª ed.Buenos Aires: Ediar, 2000.

³ Cf. BATISTA, Nilo, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro.Direito penal brasileiro.Rio de Janeiro: Revan, 2003.

No trabalho em coautoria com Alejandro Slokar e Alejandro Alagia, Zaffaroni⁴ destaca que a concepção funcional redutora não significa uma ruptura metodológica em relação às teorias anteriores. Ao neokantismo, reconhece o adestramento necessário à fina construção sistemática da teoria do delito. Ao finalismo, o mérito de advertir os dogmas sobre a necessidade de respeito aos limites impostos pelo mundo e seus dados à elaboração dos conceitos jurídicos. E, ao funcionalismo, a importância de assumir claramente a funcionalidade política dos conceitos jurídicos.

Do mesmo modo que acontece no funcionalismo alemão⁵, Zaffaroni busca lançar uma ponte construtiva entre o funcionalismo redutor e a sociologia. Entretanto, diferentemente de Roxin e Jakobs, que o fazem no âmbito da sociologia sistêmica, Zaffaroni vale-se para tanto das teorias sociais do conflito, associadas à concepção agnóstica da pena. Afastando-se, dessa forma, das mencionadas vertentes.

No presente artigo, tem-se por propósito examinar as bases da construção teórica do funcionalismo redutor. Especialmente, visa-se a analisar as categorias da teoria do delito sob a ótica redutora. Outrossim, em questões fundamentais, não se deixará de comparar o entendimento atual de Zaffaroni com o anterior ao

⁴ Cf.ZAFFARONI, E.Raúl.ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro.Derecho penal.Parte general.2ª ed.Buenos Aires: Ediar, 2002, p.388 e 389.

⁵ Desde os anos setenta do século passado, a partir da Alemanha, tem sido desenvolvido importante esforço no sentido de construir e desenvolver um novo sistema do direito penal, “racional-final(ou teleológico)”. Apesar de muitas diferenças, os defensores dessa orientação, de acordo com o que assinala Claus Roxin, pretendem todos refutar o ponto de partida do sistema finalista: consideram que a elaboração do sistema penal não pode vincular-se a realidades ontológicas prévias, mas devem guiar-se exclusivamente pelas finalidades do direito penal. ROXIN, Claus.Derecho penal.Parte general.Fundamentos.La estructura de la teoría del delito.Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal.Madrid: Civitas, tomo I, p.203.

advento da concepção redutora. Na medida do possível, também se buscará apontar o estágio em que se encontra a doutrina brasileira em relação à recepção do pensamento de Zaffaroni. O trabalho será encerrado com uma avaliação a respeito da importância e pertinência de suas propostas.

2.A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL REDUTOR

A funcionalidade, entendida como relação entre conceitos jurídicos e seus efeitos políticos, mais precisamente, como efeito político dos conceitos jurídicos, é considerada por Zaffaroni como um dado ôntico dos conceitos jurídicos.⁶ Assim, afirma que o direito penal, ao elaborar os seus conceitos, não pode desconhecer que, ainda quando não o faça teleologicamente, esses cumprem uma função política e, por isso, não resta outra alternativa que os orientar politicamente, sob pena de construir-se conceitos jurídicos perversos.⁷

O direito penal, conforme Zaffaroni, deve ser construído de maneira muito parecida com o direito humanitário. Pois, tal como esse último, trata-se de um ramo do direito que deve programar o exercício de um poder que está legitimado na medida em que contém, limita ou reduz o exercício de outro poder que não está legitimado.⁸

⁶ Cf. ZAFFARONI, E. Raúl. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Derecho penal. Parte general. 2ª ed, p.386.

⁷ Ibidem, p.387.

⁸ Ibidem, p.52. A ideia de que a pena tem semelhança com a guerra, segundo Zaffaroni, não é nova. Afirma que a mesma foi sustentada por Tobias Barreto, a quem considera um dos penalistas mais criativos do século XIX. (Ibidem, p.53). Efetivamente o professor da Faculdade do Recife afirma expressamente: "La pena constituye un medio extremo; como tal es también considerada la guerra. En la fuente em que cualquier dichoso pudiera gloriarse de beber la razón filosófica de una, encontraria igualmente el fundamento de la outra." (Cf. BARRETO, Tobias. Introducción al estudio del derecho penal. Trad. Pablo de Vega. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p.54).

A pena, para Zaffaroni, é uma manifestação de poder que o poder dos juristas pode limitar ou conter, porém, não eliminar. Portanto, somente resulta racional uma teoria do direito penal que o programe para reduzir o poder punitivo até o limite do poder de decisão dos juízes.⁹

Zaffaroni argumenta que as principais teorias que têm sido propostas para indicar a finalidade da pena (teorias positivas da pena), ou são falsas (teoria da prevenção especial)¹⁰ ou, pelo menos, é falsa a sua generalização (teoria da prevenção geral negativa)¹¹.

Assim, em termos realísticos, o único conceito de pena possível seria o agnóstico. Pois, pressupõe a incorporação de dados ônticos.

Segundo a concepção agnóstica da pena, o referido conceito passa a ter as seguintes características: (a) é uma coerção, (b) que impõe uma privação de direitos ou uma dor, (c) que não repara nem restitui e (d) nem tão pouco detém as lesões em curso ou neutraliza os perigos iminentes. Trata-se de um conceito de pena que é negativo por duas razões: (a) não assinala nenhuma função positiva à pena; (b) é obtido por exclusão (é a coação estatal que não entra no modelo reparador, nem no administrativo). É agnóstico, quanto a sua função, porque parte de seu desconhecimento. Esta teoria negativa e agnóstica da pena, segundo Zaffaroni, é o único caminho que permite incorporar ao horizonte do direito penal e, com isso,

⁹ Cf. ZAFFARONI, E. Raúl. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Derecho penal. Parte general. 2ª ed, p.52 e 53.

¹⁰ A falsidade da pretensão de ressocializar o homem, por meio da pena privativa de liberdade, está fartamente comprovada pela experiência. Ibidem, p.62 e 63.

¹¹ A prevenção geral negativa pode, eventualmente, funcionar em relação a um número pequeno de pessoas e crimes. Entretanto, na maior parte das vezes, a pessoa, na realidade, não deixa de praticar crimes pela ameaça da pena, mas por questões, éticas, jurídicas e afetivas. Ibidem, p.58.

tornar matéria do mesmo, as leis penais latentes e eventuais, ao mesmo tempo que desautoriza os elementos discursivos negativos do direito penal dominante.¹²

O direito penal, acatada uma perspectiva agnóstica da pena, deve desempenhar em relação ao poder punitivo uma função corretiva redutora, que se leva a cabo por meio da interpretação das leis penais manifestas. O saber penal deve operar como um dique de contenção das águas mais turbulentas e caóticas do estado de polícia, para impedir que atinjam o estado de direito.

A função do direito penal é evitar que as águas do poder punitivo invadam o dique, porém, ao mesmo tempo, precisa impedir a contenção de uma quantidade tão enorme de água que provoque o seu rompimento. Por isso, deve operar seletivamente, filtrando somente as águas mais sujas e reduzindo sua turbulência, valendo-se de um complexo sistema de comportas, que impeçam a perfuração de qualquer delas e que, para o caso de produzir-se, disponham de outras que as reassegurem. Daí que, se o poder punitivo exerce sua violência seletivamente, a contenção redutora que deve opor o direito penal também deve ser seletiva.¹³

No contexto dessa perspectiva funcional redutora do direito penal, pressupõe-se duas grandes divisões de comportas seletivas: a) a primeira delas é a teoria do delito. Nela se verifica se estão dados os pressupostos para requerer da agência judicial uma resposta que habilita o exercício do poder punitivo; b) a segunda é a teoria da

¹² *Ibidem*, p.45 e 46.

¹³ Cf.ZAFFARONI, Eugenio Raul.ALAGIA, Alejandro.SLOKAR, Alejandro. *Ibidem*,p. 372.A atividade seletiva do direito penal, segundo Zaffaroni, deve guiar-se pelos seguintes princípios: princípio da limitação máxima da resposta contingente, princípio da lesividade, princípio da mínima proporcionalidade, princípio do respeito mínimo à humanidade, princípio da idoneidade relativa, princípio limitador da lesividade da vítima e o princípio da transcendência mínima da intervenção punitiva. Cf.ZAFFARONI, Eugenio Raúl.Em busca das penas perdidas.A perda de legitimidade do sistema penal.cit.p.240 a 243

pena. Onde o sistema se pergunta como a agência jurídica deve responder a esse requerimento.¹⁴

As comportas não poderiam operar a mencionada seleção se não se combinassem em forma de sistema, entendido como unidade de diversos conhecimentos sob uma determinada ideia, ou seja, conforme o ensinado por Kant. O direito penal redutor, construído sem o auxílio da metodologia da dogmática penal, acabaria convertido em um discurso político juridicamente oco.¹⁵

3. A TEORIA DO DELITO SOB A PERSPECTIVA FUNCIONAL REDUTORA

Adiante, será examinado como Zaffaroni faz a análise da teoria do delito sob a perspectiva funcional redutora.

O ponto de partida é a concepção da teoria do delito como ação típica, ilícita e culpável. Cada uma das mencionadas categorias seriam filtros, que permitem fazer-se sucessivas interrogações sobre uma resposta habilitante do poder punitivo por parte das agências judiciais.¹⁶

O poder punitivo é um fato político de força irracional, e o direito penal deve ceder somente a parte desse que menos comprometa a sua racionalidade: a seleção penal deve ser racional para compensar, até onde possa, a violência seletiva do poder punitivo.¹⁷

O conceito de ação, base da concepção estratificada da teoria do delito, constitui-se no primeiro dos filtros que o acontecimento deve transpor a fim de ser considerado crime. Assim, tal como as demais categorias, deve atuar de modo funcional à redução do poder punitivo.

¹⁴ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. p. 372 e 373.

¹⁵ *Ibidem*, p. 376.

¹⁶ *Ibidem*, p. 372 e 373.

¹⁷ *Ibidem*, p. 376.

A história e a realidade do exercício do poder punitivo demonstram que este sempre esforça-se por incidir sobre pessoas selecionadas em atenção a certos esteriótipos historicamente condicionados, conforme sua natureza essencialmente discriminatória. Por conseguinte, a função desse primeiro filtro de contenção do poder punitivo haverá de ser impedir, tanto quanto seja possível, o desconhecimento desse primeiro nível de racionalidade imposto pelo direito penal. Para tanto, há que se construir um conceito jurídico-penal de ação que seja anterior à análise da tipicidade (pré-típico), como válvula de segurança do *nullum crimen sine lege*, na forma de *nullum crimen sine conducta*, de modo a conter o impulso seletivo pessoal do poder punitivo.¹⁸

4. O CONCEITO DE CONDUTA

Para Zaffaroni¹⁹, o conceito jurídico penal de ação pode ser sintetizado nos seguintes termos: “un comportamiento humano (por ende, conforme a sentido) que se exterioriza con efectos en cierto contexto mundano”.

Vejamos as características de tal conceito.

Em primeiro lugar, trata-se de um conceito normativo, ainda que pré-típico.

O direito penal deve construir o conceito de ação procedendo por abstração dos dados da realidade. Da mesma forma como o fazem quaisquer ciências que se ocupam da conduta humana. Não há um conceito de ação real, mas uma realidade que é a conduta humana. Cada saber, conforme o seu interesse, abstrai o que entende útil para seu conceito de ação.²⁰

O conceito jurídico penal de ação, entretanto, como qualquer outro conceito do direito penal, não pode inventar o que no mundo não existe.

¹⁸ Ibidem, p. 399.

¹⁹ Ibidem, p. 421.

²⁰ Ibidem, p. 413 e 414.

O sistema deve admitir que, quando o legislador se refere a algum dado do mundo, não pode inventá-lo, deve respeitar elementarmente a sua onticidade. O que é impossível, pouco importa que o seja por razões físicas ou sociais, não se pode considerar juridicamente possível, sob pena de incorrer em um autismo discursivo ou em uma falsidade apelidada de ficção.²¹

Em síntese, para Zaffaroni, o ser da conduta não impõe nenhum conceito de ação para o direito penal. Entretanto, impõe limites para a construção abstrata dos conceitos científicos, pois não resta outro recurso que abstrair aspectos da conduta humana para elaborá-los, sem que isso implique necessariamente que possa inventar o que resta e o que se abstrai. Deve-se “pescar”, “recortar” pedaços do ser, porém não se pode recortar o que não existe. Não há, pois, um conceito ôntico de ação, porém há limites ônticos à construção jurídico penal do conceito de ação.²²

Outrossim, o conceito jurídico penal de ação, sob a perspectiva redutora, é pré-típico. Pois, a identificação do conceito de ação com a ação realizadora do tipo (ação típica), tem o sério inconveniente, segundo Zaffaroni, de permitir ao legislador penal que disfarce como ações, dados que não o são. A ação seria o que os tipos individualizam como tal, o que provoca a derrocada do “*nullum crimen sine conducta*”.²³

O mesmo axioma exige um conceito pré-típico de ação que, por império constitucional e internacional, deve impor-se inclusive ao poder criminalizante primário. Se, para construí-lo, toma-se por fundamento os tipos, atos de criminalização primária, o refúgio não será outra coisa que uma jaula de leões.²⁴

²¹ Ibidem, p.94 e 95.

²² Ibidem, p.415.

²³ Ibidem, p.409.

²⁴ Ibidem, p.414.

Em segundo lugar, o conceito de ação formulado por Zaffaroni, no âmbito da teologia redutora, tem como elemento a finalidade que se exterioriza em um determinado contexto.

A integração da finalidade ao mencionado conceito atende à funcionalidade redutora que ao mesmo cabe desempenhar. Pois, quanto mais elementos se tomem da realidade da conduta para a construção do conceito jurídico penal, mais estreito o mesmo será. E, desse modo, menos acontecimentos estarão aptos a satisfazê-lo.

A inclusão da finalidade no conceito de conduta, de maneira análoga à teoria finalista da ação, segundo Zaffaroni, é útil para precisar e, por fim, limitar o seu conceito jurídico e garantir de maneira mais efetiva o *nullum crimen sine conducta*.²⁵

Por outro lado, Zaffaroni explica que, a medida que a Constituição consagra o princípio da ofensividade, os tipos obrigatoriamente terão de abarcar apenas ações conflitivas, ou seja, situações em que alguém lesione outrem. Em decorrência disso, é elementar que tenham um sentido que se exteriorize no mundo. Pois, caso contrário, não se poderia produzir um conflito (lesão)²⁶

Assim, em qualquer conceito jurídico penal de ação, a exteriorização da mesma, que é fenômeno que nem sempre a integra, porém, que necessariamente a acompanha, deve ocupar uma posição sistemática pré-típica, pois do contrário o tipo abrangeria o vazio, o que seria o mesmo que criar uma exteriorização. Contudo, é evidente que esses efeitos não podem ser analisados no nível pré-típico, porque se trata de uma função jurídica de definição do conflito que é apenas realizável mediante o emprego do tipo como instrumento.

O conjunto de infinitos efeitos possíveis de uma ação exteriorizada não é abarcável pelo conhecimento humano. Consequentemente, tão pouco pode interessar ao tipo penal, segundo

²⁵ Ibidem, p.416.

²⁶ Ibidem, p.416 e 417.

um mínimo de racionalidade. Porém, a lei penal não somente não pode proibir efeitos que não são abrangíveis nem controláveis pelo sujeito de uma ação, como é elementar que somente lhe interessam os efeitos que modificam o mundo de maneira lesiva para alguém ou para todos, e que possam vincularem-se a ação como obra do autor. A ação e a obra constituem o pragma conflitivo que é o que o tipo capta: certo pragma conflitivo, certa ação, que reconfigura o mundo de certa maneira conflitiva.²⁷

Na obra intitulada “Teoria del delito”²⁸, datada da década de setenta, Zaffaroni pronunciava-se em conformidade com uma postura rigidamente finalista. Assim, defendia a existência de um só conceito de ação (ôntico-ontológico), com o qual inevitavelmente deveria coincidir o conceito penal se é que o direito pretendesse lograr o seu objetivo.²⁹

A ideia de inexistência de um conceito jurídico penal de ação, devido a completa identidade entre o conceito ôntico-ontológico de ação e o jurídico-penal de conduta está presente também no trabalho intitulado “Manual de Direito Penal brasileiro”.³⁰ Entretanto, cabe enfatizar que os autores, no prólogo à referida edição inaugural³¹, advertiam que não se tratava de “um labor estático”. “Trabalhos parciais dos últimos anos anunciam mudanças de perspectivas, que clamam por modificações estruturais num futuro próximo...”

²⁷ Ibidem, p. 417.

²⁸ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. Teoria del delito. Buenos Aires: Ediar, 1973. No presente artigo, importa-nos também notar as alterações significativas que se processaram no pensamento de Zaffaroni, quanto a maneira de compreender as diferentes categorias do delito a partir da elaboração da concepção funcional redutora.

²⁹ Ibidem, p.82.

³⁰ Inclusive em sua mais nova edição. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 9^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p364 e 365.

³¹ Tal trabalho, desenvolvido em parceria com José Henrique Pierangeli, teve sua primeira edição publicada no ano de mil novecentos e noventa e sete.

Já, em “Direito Penal Brasileiro”, obra em coautoria com Nilo Batista, Alejandro Slokar e Alejandro Alagia, encontra-se a mais fiel manifestação na doutrina brasileira do atual entendimento de Zaffaroni sobre o conceito jurídico penal de ação: “... *não há um conceito ôntico de ação, mas há limites ônticos à construção jurídico-penal do conceito de ação.*”³²

5.A TIPICIDADE: CONCEITO DE TIPO PENAL

O plano da tipicidade constitui o segundo filtro, a que se deve submeter o comportamento, a fim de aferir-se sua criminalidade.

Os tipos, segundo Zaffaroni³³, são fórmulas que a lei usa para assinalar os pragmas conflitivos cujas ações ameaça com pena. Para o poder punitivo é a formalização da criminalização primária, que habilita seu exercício em leis com função punitiva manifesta. De antemão se sabe que esta habilitação, formalizada pelas agências políticas competentes, dará, em poucos casos, lugar a um efetivo exercício do poder punitivo como criminalização secundária esgotada em uma pena, porém, de qualquer modo, será um novo motivo para a vigilância (poder punitivo configurador) e para criminalizações secundárias não esgotadas (detenções, prisões preventivas, interrogatórios etc...). Essas últimas, também se sabe, que operam seletivamente em razão da vulnerabilidade do criminalizado. Ainda que pareça curioso, o tipo é uma fórmula textual de seleção de ações, porém o poder punitivo a usa para selecionar pessoas por suas características.

Daí se deduz que o direito penal, como instrumento de realização do estado de direito, deve prover um sistema interpre-

³² Cf. BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. SLOKAR, Alejandro e ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro. Segundo volume. Teoria do delito.* Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 100 e 101.

³³ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*, p. 432 e 433.

tativo limitador do âmbito de ações típicas: quanto mais idônea seja uma doutrina penal para reduzir interpretativamente os tipos penais, menor será o poder punitivo de seleção pessoal que estará habilitado em uma determinada sociedade. Trata-se de uma tarefa de redução da seleção de ações, necessária para a redução da seleção criminalizante por características pessoais (vulnerabilidade). Porém, esta tarefa, que é a função interpretativa redutora do direito penal a respeito dos tipos penais, deve ser levada a cabo de modo racional, ou seja, de forma que nem toda redução pode ser considerada idônea para cumprir esta função. Uma redução arbitrária não teria outro efeito a não ser gerar o risco de uma seleção mais arbitrária. Daí a necessidade de uma análise sistemática dos tipos penais e de uma cuidadosa elaboração sistemática da tipicidade: duas arbitrariedades seletivas, longe de reduzir a arbitrariedade, a pontencializariam; somente a neutralização racional da arbitrariedade seletiva mais grosseira pode reduzi-la.

Assim, de acordo com Zaffaroni³⁴, o plano da tipicidade deve ser entendido como um terreno de conflito onde colidem o poder punitivo e o direito penal. O primeiro luta pela maior habilitação de seu exercício; o segundo, por sua maior limitação racional. Por conseguinte, o conceito de tipo tem dupla face: para o poder punitivo é instrumento habilitante de seu exercício; para o direito penal, o é de sua limitação.

Em suma, o tipo penal não é uma fórmula que define o proibido, mas uma fórmula necessária para que o direito penal possa interpretá-la em forma redutora dos âmbitos das hipóteses de proibição. A redução abstrata das hipóteses não esgota a tarefa do direito penal, mas é o pressuposto necessário para o juízo de valor acerca da proibição das ações concretas que se submetem à decisão jurídica. Esse juízo é o que esgota a função limitadora do direito penal, pois é a verdadeira atividade redutora.³⁵

³⁴ *Ibidem*, p. 433

³⁵ *Ibidem*, p. 434.

Zaffaroni³⁶, em consonância com a doutrina dominante, reconhece o dolo e a culpa, a ação e a omissão como diferentes modalidades ou estruturas típicas. O conceito redutor de conduta jurídico penal é mencionado como caráter genérico comum a todas as estruturas típicas.³⁷

5.1. TIPOS DOLOSOS

Em relação aos tipos dolosos, Zaffaroni³⁸ os considera como complexos, abarcando um aspecto objetivo e outro subjetivo.

Ao tipo objetivo, Zaffaroni³⁹ atribui duas funções: a) sistemática: consiste em prover todos os componentes objetivos que emergem da análise isolada do tipo. Trata-se de uma função de fixação primária ou elementar do objeto da proibição, que proporciona o espaço problemático de discussão da tipicidade objetiva; b) conglobante: verificação do caráter conflitivo do pragma, que inclui tanto a investigação da sua lesividade como da possibilidade de que o mesmo seja imputado ao agente como próprio.

5.1.1. TIPO OBJETIVO SISTEMÁTICO E CONGLOBANTE

Para o cumprimento de ambas as funções, Zaffaroni⁴⁰ divide o tipo objetivo em tipo objetivo sistemático e tipo objetivo conglobante. Não se trata de duas tipicidades objetivas independentes, mas de uma consideração diferenciada dos elementos do tipo objetivo.

³⁶ Ibidem, p 444.

³⁷ Ibidem

³⁸ Ibidem, p 455.

³⁹ Ibidem. Ambas as mencionadas funções do tipo objetivo (sistemática e conglobante) são referidas na obra de Zaffaroni em coautoria com Nilo Batista, Alejandro Slokar e Alejandro Alagia. Cf BATISTA, Nilo, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, SLOKAR, Alejandro, ALAGIA, Alejandro. Direito Penal Brasileiro. Segundo Volume. Teoria do delito: introdução histórica e metodologia, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, p.149 a 260.

⁴⁰ Ibidem.

No tipo objetivo sistemático comprova-se a mutação física operada no mundo exterior como efeito da ação, elementos particulares exigidos por alguns tipos e o nexo de causação entre a mutação física e a ação. Em realidade, o tipo objetivo sistemático também cumpre certa função indicativa da lesividade e de sua imputação, porém esta é rudimentar ou indiciária, uma vez que se limita a abrir o espaço problemático da discussão, dado que ocorre com um agente que opera como causante e com uma lesividade emergente de uma norma deduzida de modo muito primário, pois resulta do alcance semântico do tipo isolado.

Já, no tipo conglobante, reconsidera-se o alcance da norma deduzida do tipo mediante sua conglobação no universo de normas deduzidas de outros tipos e estabelecidas por outras leis penais e não penais, conforme o princípio geral da coerência ou não contradição, o que compreende as limitações proibitivas (interferência de criminalização primária) derivadas de normas de superior hierarquia (constitucionais e internacionais) e do geral sentido de todas elas, que também pressupõe que o pragma possa ser imputado como obra de uma pessoa.

A exigência de coerência ou não contradição, segundo Zaffaroni⁴¹, não é pré-legal, nem se deduz de nenhuma afirmação, presunção ou ficção de racionalidade ou não contradição do legislador ou do estado, mas é parte da imposição de exercer racionalmente o poder de *juris dicere*, que o art. 1º da CN (princípio republicano de governo)⁴² dirige a todo juiz. A exigência de que um pragma não seja imputado a uma pessoa quando não possa ser considerado como próprio dela, é depreendida do mesmo princípio republicano e também do fundamento do princípio da legalidade: se a ninguém pode imputar-se um pragma que não seja doloso ou culposo, o tipo objetivo deve excluir de sua abrangência todo evento

⁴¹ Ibidem, p. 456.

⁴² O princípio republicano de governo também é consagrado no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

não apto para alguma dessas imputações (no caso do tipo doloso ativo, corresponde excluir-se do mesmo apenas as condutas não aptas para serem dolosas).

Zaffaroni assinala, ainda, que, a teoria da tipicidade conglobante, em sua versão originária, operava como critério corretivo das tipicidades objetiva e subjetiva. Os requisitos atribuídos à tipicidade conglobante, na primeira fase da mesma teoria, devem ser transferidos, em boa parte, para a tipicidade objetiva a fim de resolver os problemas de redução da proibição de maneira prévia à tipicidade subjetiva, porque sem o cumprimento de tais requisitos imputativos objetivos, a pergunta sobre qualquer outra ulterioridade carcerária de sentido.⁴³

Na obra, “Teoria del delito”, quanto à tipicidade conglobante, Zaffaroni limitava-se a mencionar a necessidade de verificação de uma manifestação típica da vontade, uma mutação física (resultado material), a relação de causalidade, afetação do objeto de interesse, sujeitos e elementos normativos.⁴⁴

Na tese de doutorado, “Do estrito cumprimento de dever legal”, fez-se, na doutrina nacional, referência à teoria da tipicidade conglobante, conforme primitivamente concebida por Zaffaroni.⁴⁵

A versão original da teoria da tipicidade conglobante, ainda hoje, é encontrada na obra que Zaffaroni escreveu juntamente com Pierangeli:

“A função deste segundo passo do juízo de tipicidade penal será, pois, reduzi-la à verdadeira dimensão daquilo que a norma proíbe, deixando fora da tipicidade penal aquelas condutas que somente são

⁴³ Ibidem, p. 485.

⁴⁴ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. Teoria do delito. Buenos Aires: Ediar, 1973, p. 229 a 254.

⁴⁵ Cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo. Do estrito cumprimento de dever legal. Porto Alegre: Fabris, p. 82.

alcançadas pela tipicidade legal, mas que a ordem normativa não quer proibir, precisamente porque as ordena ou as fomenta. Nos capítulos XIX a XXIII nos ocuparemos da tipicidade legal e no capítulo XXIV trataremos da tipicidade conglobante. A tipicidade penal da conduta surge da conjugação de ambas.”⁴⁶

Na doutrina brasileira, a concepção mais atualizada sobre a tipicidade conglobante é referida, de maneira integral, na obra conjunta de Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Slokar e Alejandro Alagia.⁴⁷

Zaffaroni, ao construir sua própria concepção a respeito da tipicidade objetiva, afasta-se das elaborações produzidas no âmbito do funcionalismo que vem sendo construída na Alemanha. Ambas as correntes do funcionalismo preventivista procuram ensaiar verdadeiras teorias da tipicidade objetiva, com um único fundamento imputativo, válido para todas as formas típicas. Uma delas (Roxin) afirma que a função do poder punitivo é a prevenção de riscos para os bens jurídicos e que, para tanto, aspira a fundar a imputação objetiva, em todas as formas típicas, na produção ou aumento desses riscos e na realização deles no resultado típico. A outra (Jakobs) afirma que a função do poder punitivo é o reforço do sistema mediante a certeza na interação conforme a papéis. Não interessa, rigorosamente, a capacidade individual do agente, sendo o determinante a sua condição de portador de um papel. Por papel, entende-se um sistema de posições definidas de modo normativo que pode estar ocupado por diferentes indivíduos.

A principal contradição dessas teorias, segundo Zaffaroni, reside em que, ao fundamentarem-se em critérios preventivistas,

⁴⁶ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Cit. p. 400.

⁴⁷ Cf. BATISTA, Nilo, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. Direito Penal Brasileiro. Segundo Volume. Cit. p. 212 a 260.

legitimam o poder punitivo e, por conseguinte, apesar de que algumas soluções sejam corretas, deixam aberta a porta para uma ampliação do poder punitivo. Basta pensar na imensa projeção de fórmulas básicas tais como o “papel do bom cidadão” ou o “aumento do risco”, para perceber claramente que o âmbito de proibição que surge das mesmas é muito mais amplo do que, por exemplo, referências como o “não matarás”.⁴⁸

Na tipicidade dolosa, não pode negar-se que sejam estranhos quaisquer dos critérios do funcionalismo preventivista: não se ajusta à realidade afirmar que introduziu um risco, quem causa diretamente um resultado que haja querido. Em um marco minimamente realista, não é possível afirmar que quem lançou uma bomba sobre Hiroshima introduziu um risco, quando em realidade causou uma hecatombe.⁴⁹

Imputar um resultado, conforme a criação de um risco, é retomar o modelo *ex ante* da tentativa, por ignorância de que não há tentativas no vazio (para nada), porque os cursos das ações somente adquirem sentido quando frustrados, abandonados ou dialeticamente negados pela consumação do projeto final.⁵⁰

Por outro lado, para Zaffaroni, a teoria da tipicidade conglobante, em sua última conformação, trata-se de uma construção que permite resolver os problemas da lesividade e da imputação objetiva, sem cair nos postulados preventivistas próprios do funcionalismo alemão.⁵¹

⁴⁸ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. p 469.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*, p 469 e 470.

⁵¹ *Ibidem*, p 484.

5.1.2. FUNÇÃO REDUTORA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE

A tipicidade conglobante cumpre sua função redutora verificando a existência de um conflito (caráter conflitivo do comportamento), o que implica uma lesividade objetivamente imputável a um agente (dominabilidade). Em outras palavras, mediante a função conglobante do tipo objetivo se estabelece a existência mesma do conflito, que para tanto requer a comprovação tanto da sua lesividade quanto da sua dominabilidade por um sujeito. Os conflitos penalizados somente são concebidos quando, na interação humana, importam lesões produzidas a outros (art. 19 da CN)⁵², de modo que não há conflito quando não há ações que lesionem alguém, nem tão pouco há quando não é possível tratá-las como pertencentes a alguém.⁵³

A consideração conglobada da norma que se deduz do tipo limita seu alcance em função de outras normas do universo ou ordem normativa de que faz parte, excluindo-se a lesividade quando: a) não haja afetação do bem jurídico ou esta não seja significativa; b) a exteriorização da conduta do agente enquadra-se objetivamente no que tinha o dever jurídico de fazer nas circunstâncias em que atuou; c) ou no modelo de ações que o direito fomenta; d) medie um acordo ou assunção de risco por parte do sujeito passivo; e) o resultado não exceda o marco da realização de um risco não proibido.⁵⁴

Esses pressupostos tratam-se de um conjunto de requisitos de mínima racionalidade, cuja violação excede o marco da irracionalidade geral ou habitualmente tolerada no poder punitivo e o torna insuportável ou inadmissível.

⁵² O princípio da ofensividade, ainda que de maneira implícita, pode ser depreendido do art. 1º, III e art. 5º, caput da Constituição Federal de 1988.

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal. Parte General, p 456.

⁵⁴ Ibidem, p 485.

O conceito de bem jurídico concebido por Zaffaroni, como a relação de disponibilidade de um sujeito para com um objeto, é considerado indispensável para fazer efetivo o princípio da lesividade .

Entretanto, Zaffaroni adverte para que não se confunda o uso limitativo do conceito de bem jurídico com seu uso legitimante. Pois, esse último acaba conduzindo a um conceito legitimante diferenciado de bem jurídico, que é o pretendido bem jurídico tutelado.

O conceito legitimante de bem jurídico (bem jurídico tutelado) é produto de uma confusão incompatível com o carácter fragmentário da legislação penal e com o carácter sancionador da mesma: a legislação penal não cria bens jurídicos, mas os mesmos são criados pela Constituição, pelo direito internacional e pelo restante da legislação. Nesses âmbitos trata-se de bens jurídicos tutelados (pela respectiva norma que o manifesta). A lei penal somente eventualmente individualiza alguma ação que o afeta de certo modo particular, porém nunca pode conferir-lhe uma tutela ampla ou plena, dada sua natureza fragmentaria e excepcional.⁵⁵

O conceito limitativo de bem jurídico serve para exigir como pressuposto do poder punitivo a afetação de um bem juridicamente tutelado pelo direito (constitucional, internacional, civil etc...). Sustentar a existência de um bem jurídico-penalmente tutelado importa reconhecer uma função constitutiva à lei penal e logo abrir caminho a uma aspiração completiva (não fragmentária) da intervenção penal.⁵⁶

Já, a antinormatividade não se comprova com o mero choque da ação com a norma deduzida do tipo, mas requer a consideração conglobada dessa com as deduzidas de outros tipos penais.

⁵⁵ Ibidem, p. 486 e 487

⁵⁶ Ibidem, p. 487

A luz dessa ordem normativa, estabelece-se a antinormatividade e somente então abre-se o caminho lógico para analisar em um passo posterior a antijuridicidade (proibição), porque de uma conflitividade lesiva imputável ao agente (antinormatividade) não surge ainda um proibição.⁵⁷

Em um segundo momento, a tipicidade conglobante operará redutivamente, excluindo do âmbito da tipicidade objetiva, as ações que não têm condições objetivas para dominar o curso dos fatos.

5.1.3. O DOMÍNIO DO FATO COMO PRESSUPOSTO DA TIPICIDADE OBJETIVA

Somente é possível atribuir um fato como próprio do autor a título doloso quando o autor projeta um plano racional, conforme o qual calculou que se desenvolveria a causalidade e colocou uma condição necessária para o seu êxito (sem a qual o plano não poderia realizar-se). Essas condições são indispensáveis para que a tipicidade conglobante cumpra a função imputativa permitindo considerar a um agente como eventual autor doloso, pela circunstância de que haja podido ser senhor (dominus) do fato, ou seja, porque haja podido ter o domínio do fato.⁵⁸

A previsibilidade é um pressuposto necessário da dominabilidade de um curso causal, porém não é suficiente, pois nem sempre que um curso causal seja previsível é dominável (uma inundação é previsível, mas não dominável).⁵⁹

⁵⁷ Ibidem, p. 497

⁵⁸ Ibidem, p.507 e 508. Originariamente, conforme ainda se aponta na obra Manual de direito penal brasileiro, Zaffaroni defendia a limitação da causalidade nos crimes dolosos, conforme o indicado pelo finalismo, ou seja, por meio da verificação de dolo: “Mediante a causalidade é possível determinar o limite mínimo da responsabilidade. Mas dado que toda causalidade implica responsabilidade, no delito doloso os limites da causalidade tipicamente relevante serão fixados pelo tipo subjetivo: somente é relevante a causalidade material dirigida a um fim” Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, p.411 e 412.

⁵⁹ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro.

A renúncia ao domínio do fato para distinguir autoria de participação importa ampliar o conceito de autor e gerar uma nova teoria do autor amplo.⁶⁰

O empenho na busca de um novo critério imputativo que substitua a velha causalidade lisztiana, válido para todas as formas típicas, obriga a negar qualquer diferença imputativa entre elas e, por consequência, a reconstruir um conceito de autor único, que faz um século era o causante e agora se pretende que seja o não evitante. A negação da categoria do domínio do fato no autor doloso, nesta perspectiva se impõe, porque do contrário não poderia buscar parificar imputativamente todas as formas típicas.⁶¹

A tipicidade objetiva pressupõe a existência de um sujeito com a possibilidade objetiva de dominar o fato (dominabilidade), pois de maneira contrária não pode conceber-se uma autoria dolosa. Isso implica que um observador asseveraria a existência de um plano concreto que se dirige a produção do resultado. Evidentemente, a existência efetiva desse curso causal como plano (domínio) somente pode afirmar-se no tipo subjetivo.

A primeira regra que surge desse princípio é que os cursos causais que, no atual estado da ciência e da técnica não podem ser dominados por ninguém, não eliminam o dolo, mas que sequer tem sentido perguntar-se pelo dolo, dado que no tipo objetivo não aparece um curso causal capaz de ser dirigido em medida humana.⁶²

O caso do parente enviado ao monte com a esperança de que venha a morrer pela queda de um raio não se deve resolver por ausência de dolo, mas por ausência de tipicidade objetiva, dado que não existe uma causalidade dominável como requisito básico do

Derecho Penal. Parte General. cit. p. 508.

⁶⁰ Ibidem, p. 508 e 509.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ibidem, p. 509.

tipo objetivo e nenhum terceiro observador poderia dizer *ex ante* que se deduz a existência de um plano de matar. Por consequência, falta o pressuposto indispensável para uma autoria dolosa, posto que ninguém pode aspirar a dominar o fato.⁶³

A segunda regra deduzível do princípio geral da dominabilidade está referida aos cursos causais que são humanamente domináveis. Esses cursos causais devem distinguir-se entre os que são domináveis por qualquer pessoa e que, por consequência, não oferecem problema, e os que somente são domináveis por quem tem conhecimento ou treinamento especial. Tradicionalmente se afirma que esses conhecimentos ou treinamentos especiais não podem ser considerados como parte da tipicidade objetiva. Apenas poderiam ser analisados quando do exame do dolo. Como parte da tipicidade objetiva os consideram alguns, porém limitados somente aos que são abarcados pelo papel, sendo os restantes meros conhecimentos especiais irrelevantes que podem dar lugar a uma omissão de auxílio. Em realidade, isso se funda na confusão dos conhecimentos efetivos e atuais que requer o dolo (e que, por consequência, são dados eminentemente subjetivos), com as qualidade objetiváveis que habilitam a possibilidade de domínio. A condição de engenheiro eletrônico é tão objetivável como a de pessoas analfabetas, e para o primeiro pode afirmar-se no tipo objetivo a possibilidade de dominar um curso causal (dominabilidade) que teve lugar mediante a operação de um computador, como que para o segundo seria tão absurdo quanto perguntar-se pelo dolo no caso do pariente na tormenta, sem prejuízo de que seja possível que o engenheiro, em lugar de exercer o domínio de que é capaz, haja acionado o mecanismo de um movimento brusco para evitar que se derrame café sobre a máquina, questão que haverá de ser analisada na tipicidade subjetiva.⁶⁴

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Ibidem, p. 510.

A circunstância de que alguém tenha sido informado sobre um possível curso causal, ao camarero que hajam avisado que servia um prato envenenado, é tão objetivável como que seja licenciado em biologia e o que importa é a possibilidade objetiva do dolo. Para que haja dolo, quer dizer, para que o fato objetivamente típico seja também subjetivamente imputável como doloso, será necessário que o camarero, acredite na seriedade do aviso que se lhe faz, que o haja registrado em sua memória e que o tenha atualizado no momento do atuar, questões todas correspondentes à análise do dolo no tipo subjetivo. Para que o camarero biólogo atue com dolo será necessário que haja aplicado efetivamente seus conhecimentos, que haja reparado na fruta que servia, que a haja identificado etc.. A condição de biólogo não faz mais que indicar a possibilidade de seu dolo. Pretender que ao camarero biólogo não se lhe imputa porque não atuava como biólogo, como resultado da normatização de papéis é tanto como reduzir a interação a um jogo de dramaturgia jurídica.⁶⁵

A terceira regra afirma que também não há possibilidade de domínio do fato quando a ação resulta irracional à luz de um juízo de congruência entre meios e fins, ou seja, que não há dominabilidade quando os meios são notoriamente inadequados para realizar os fins.⁶⁶

A quarta regra estabelece que quando não há dominabilidade não é possível imputar objetivamente no delito doloso, mas nada exclui a possibilidade de tipicidade culposa da ação.⁶⁷

⁶⁵ *Ibidem*, p. 510 e 511.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 511.

⁶⁷ *Ibidem*.

5.2. TIPOS CULPOSOS

Nos crimes culposos, quanto à tipicidade objetiva, Zaffaroni⁶⁸ também se refere às funções sistemática e conglobante. A tipicidade objetiva sistemática aparece particularmente débil nos crimes culposos: integra-se apenas pelo comportamento que tenha causado um resultado típico. Por isso, a necessidade e importância dos efeitos da tipicidade conglobante adquirem ainda mais relevância nos crimes culposos.

Na culpa, a dominabilidade opera como critério limitador da imputação somente em sua modalidade temerária. Quanto às demais hipóteses, deve-se considerar o aumento proibido do perigo como critério delimitador da imputação. A chamada conexão de antijuridicidade ou relação de determinação entre a violação do dever de cuidado e o resultado, é outro limite que a tipicidade conglobante impõe à tipicidade sistemática, além de todos os que se referem à lesividade que, com algumas variáveis, são os mesmos referidos nos tipos dolosos.⁶⁹

⁶⁸ Ibidem, p. 552. Na obra intitulada Teoria del delito, Zaffaroni concebe a tipicidade culposa de maneira bem mais simplificada: a) tipo objetivo: que a ação cause o resultado típico; b) que a causalidade haja sido defeituosamente programada, ou seja, que a seleção dos meios tenha sido descuidada de maneira violatória de um dever de cuidado determinado pela lei ou, seu defeito, remete a pautas sociais de conduta; c) que entre a violação do dever de cuidado e o resultado medie uma relação de determinação, ou seja, que supondo uma programação que não viole o dever de cuidado conforme a uma figura imaginada (em concreto e abstrato), o tipo desapareça; d) tipo subjetivo: que o resultado típico não seja abrangido pela vontade realizadora da ação (fim), ou, abrangendo-o, o faça com uma causalidade diferente da programada. Na obra de Zaffaroni em parceria com Nilo Batista, Alejandro Slokar e Alejandro Alagia, recepcionou-se na doutrina brasileira a concepção de tipicidade culposa referida no texto. Cf BATISTA, Nilo, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. Direito Penal Brasileiro. Segundo Volume. Cit. p. 309 a 339.

⁶⁹ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro.

5.3. TIPOS OMISSIVOS

Os tipos omissivos, da mesma forma que os tipos comissivos, apresentam um aspecto objetivo e outro subjetivo, ambos com características particulares provenientes de sua própria estrutura.

O tipo objetivo sistemático deve captar, antes de tudo, uma situação objetiva, ou seja, uma situação típica. A realização da ação indicada no tipo é devida somente na situação típica, dado que todos os tipos omissivos são circunstanciados. Dessa circunstância depende a vigência da norma imperativa deduzida.

O núcleo do tipo objetivo é a exteriorização de uma conduta distinta da ordenada. Em todos os casos de omissão há uma conduta ordenada. Se demanda a existência de uma conduta que não se dirija ao fim ordenado. É indiferente que o fim seja alcançado. Pois, se existe uma conduta com o fim ordenado (a evitação da produção da afetação ao bem jurídico) não haverá omissão dolosa, não se afastando a possibilidade de que haja omissão culposa.

O sujeito ativo, por sua vez, deve ter a efetiva possibilidade de realizar a conduta ordenada, pois do contrário sua conduta distinta da ordenada (*aliud agere*) será atípica.⁷⁰

Tudo que, quando da análise dos tipos comissivos, foi dito sobre a tipicidade conglobante, em princípio, também é válido para os crimes omissivos. A particularidade, aqui, reside em que, nos tipos omissivos, a possibilidade física de realização da ação ordenada não é mais que um pressuposto mínimo da objetividade típica que ademais, requer que a conduta ordenada tivesse a possibilidade comprovada de interferir na causalidade evitando o resultado. Essa é a característica particular que apresenta a dominabilidade na estrutura típica omissiva. Pode pensar-se que o sobrinho que é curador do tio e não o impede de ir ao monte de onde um raio vem

Derecho Penal. Parte General. p. 552 e 553.

⁷⁰ Ibidem, p. 570 a 575.

a matá-lo, atuaria atipicamente, porque não existiria a situação típica. Porém, ainda que se pensasse que a situação existisse, porque o monte é sempre um lugar perigoso para um incapaz, sua conduta seria objetivamente típica (tipicidade sistemática), porque existiria o nexo de evitação, toda vez que a ação devida (impedir que o tio incapaz vá ao monte) houvesse feito desaparecer o resultado. Não, obstante, aqui, da mesma forma que no tipo ativo, não poderia afirmar-se a dominabilidade do fato, porque não existiria no caso poder humano que o permitisse dominá-lo até a produção desse resultado.⁷¹

6. A ILICITUDE

Desde a perspectiva redutora, a antijuridicidade (juízo acabado de proibição ou de mandato), terceiro filtro da teoria do delito, é o reverso ou o recorte das permissões em geral, derivados do princípio da reserva legal. Frente a um indício de proibição, a antijuridicidade não interroga sobre a ausência de uma permissão, mas, ao contrário, o juízo de antijuridicidade pergunta se a permissão constitucional mantém-se por meio de uma permissão legal, que, caso se afirme, deixa a ação imune a qualquer interferência da norma de coerção (por proibição ou mandato) e impede que se habilite o exercício de poder punitivo sobre o agente. Deste modo, a relação tensional entre tipicidade e antijuridicidade se coloca como dilema entre um âmbito de licitude que luta por consolidar-se e evitar o progresso da criminalização secundária e um âmbito de ilicitude, fixado como indício do tipo penal, que tende a negar a vigência do permitido ou geral licitude.⁷²

⁷¹ *Ibidem*, p. 582 e 583. A concepção de tipicidade omissiva supra referida é a mesma tratada na obra de Zaffaroni em parceria com Nilo Batista, Alejandro Slokar e Alejandro Alagia. Cf. BATISTA, Nilo, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Segundo Volume. Cit. p. 343 a 375.

⁷² Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*, cit. p. 594.

Os preceitos permissivos⁷³, causas de justificação ou de licitude, e a tensão entre tipicidade e causas de justificação constituem um segundo capítulo dialético dentro da teoria do injusto, imposto pela inevitável necessidade legislativa de circunstanciar o antinormativo para evitar que se converta em proibição quando esta afetaria a liberdade de modo irracional. Desse modo, o estado de direito reforça, mediante as causas de justificação, a exclusão das manifestações irracionais do poder punitivo. Não se trata de um jogo de regras e exceções, pois essa é uma questão empírica, sem contar que o preceito permissivo, ao preservar o espaço geral da liberdade humana garantido na Constituição, é confirmatório de uma regra; simplesmente a norma e o preceito encaixam-se como engrenagens em um mecanismo indispensável para evitar que a norma, derivada de um instrumento necessariamente abstrato, conduza ao campo do proibido condutas que a violam para exercer direitos que não podem ser negados sem incorrer em grosseira irracionalidade.⁷⁴

A diferença entre a licitude por atipicidade e por justificação se baseia em que a licitude da primeira se descarta com a mera consideração da norma deduzida do tipo, enquanto que a segunda é descartada com a de um preceito permissivo, cuja análise somente se justifica se a ação é antinormativa. A célebre afirmação de que não é o mesmo matar um ser humano em legítima defesa e matar um mosquito, é equivocada, e pode ser falsa: compartilham a mesma natureza essencial ambas as ações, pois ambas dão lugar a fatos lícitos e fundamentam-se no mesmo substrato de liberdade. Não obstante, é verdadeira na medida em que é racional que se exija uma atenção particular e uma síntese posterior à luz de um

⁷³ Da legislação não somente se deduzem normas proibitivas mas também preceitos permissivos.: a interpretação não contraditória das primeiras, a que devem responder as decisões jurisdicionais, é a ordem normativa; a ordem normativa com o jogo harmônico dos preceitos permissivos, é a ordem jurídica. (Ibidem, p. 589).

⁷⁴ Ibidem, p. 589 e 590.

preceito permissivo circunstanciado, quando o exercício de um direito consiste precisamente na realização de uma ação típica.⁷⁵

Quanto à vetusta discussão acerca da natureza objetiva ou subjetiva da antijuridicidade e do injusto, Zaffaroni defende que a antijuridicidade é objetiva em dois sentidos: a) em princípio, a antijuridicidade de uma conduta concreta se determina conforme a um juízo predominantemente fático e não valorativo: o juízo subjetivo (valorativo) vem feito pela lei (em cujo conceito, por óbvio, abarca-se a Constituição), que se limita a concretá-lo com a derrogação de um âmbito de liberdade constitucional e a conseguinte afirmação definitiva da proibição por ausência de uma permissão legal que mantenha esse originário status normativo. Deste modo o juiz realiza um juízo objetivo (com predomínio fático); o legislador realizou um prévio juízo subjetivo (valorativo); b) Em outro sentido, a antijuridicidade é objetiva porque não toma em conta a possibilidade exigível ao sujeito de realizar outra conduta motivando-se segundo a norma, que dizer, o que pertence à culpabilidade. Daí que a afirmação da antijuridicidade objetiva seja verdadeira sem se querer fazer referência a sua materialidade, e que seja falsa se alude a seu objeto de valoração com conceitos físicos e psíquicos.⁷⁶

Já, sobre os chamados elementos subjetivos da justificação, Zaffaroni discorda dos que afirmam que o rechaço dos elementos subjetivos da justificação é inevitável para quem postula um tipo objetivo, enquanto que a admissão de um injusto complexo (objetivo-subjetivo) levaria necessariamente a incorporação desses elementos.⁷⁷

⁷⁵ Ibidem, p. 591.

⁷⁶ Ibidem, p. 601.

⁷⁷ Ibidem, p. 601 e 602. A matéria é tratada de maneira substancialmente diversa na já referida obra "Manual de Direito Penal Brasileiro": "Desde que se sustente uma teoria complexa do injusto, não resta outra alternativa senão a de afirmar que o injusto é pessoal e que a antijuridicidade de uma conduta depende tanto de características e dados objetivos como subjetivos, sendo

Pois, segundo Zaffaroni, 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 quando está exercendo um direito, pois o exercício dos direitos não depende de que o titular saiba ou não saiba o que está fazendo. Rigorosamente, o que se imagina estar cometendo um injusto quando em realidade está exercendo um direito, somente incorre em um delito em sua imaginação, porque não haverá nunca um injusto real. A impunidade do delito putativo ou imaginário não é discutível e, por conseguinte, não pode pensar-se em excluir a justificação quando esta existe..⁷⁸

Se bem os pretendidos elementos subjetivos da justificação sejam componentes do ânimo sem relevância limitante, cabe perguntar-se se não são úteis para ampliar o âmbito do exercício do direito de justificação, o que seria constitucionalmente admissível. Não obstante, tão pouco são necessários para esse efeito. Pensou-se que poderiam cumprir uma função limitativa nos casos de justificação frustrada, porém no atual estado não podem passar-se por alto as consequências dessa tese em relação às justificações. Basta comparar as consequências da distinção entre justificações exitosas

arbitrária a retirada dos dados objetivos do campo da antijuridicidade. Dois sujeitos, numa mesma situação subjetiva: pode um agir antijuridicamente, e o outro agir conforme o direito, dependendo de suas respectivas intenções e qualidades. É também perfeitamente admissível que um sujeito possa realizar uma conduta típica e antijurídica, valendo-se de um instrumento que age conforme ao direito, como no caso daquele que denuncia falsamente, que se vale do juiz e da polícia para privar o outro de sua liberdade pessoal". Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, p.496,497 e 498.

⁷⁸ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal. Parte General. p. 602.

e frustradas e a exigência de elementos de ânimo nas últimas, com as que podem obter-se de um critério de delimitação objetivo, para concluir na enorme vantagem que representa considerar que o tipo de justificação ou de permissão-em si mesmo, não tem aspecto subjetivo, salvo que se considerem tais os elementos do tipo subjetivo proibitivo(dolo e elementos subjetivos do dolo), ainda nos casos de justificação frustrada.⁷⁹

7. A CULPABILIDADE

A culpabilidade, quarto e último dos filtros erguidos pela perspectiva funcional redutora à irracionalidade do poder punitivo, é o juízo que permite vincular em forma personalizada o injusto a seu autor e deste modo operar como o principal indicador que, desde a teoria do delito, condiciona a magnitude do poder punitivo que se pode exercer sobre este. Dado que a teoria do delito é um sistema de filtros que serve para que somente possa superá-lo o poder punitivo que apresenta características de menor irracionalidade, a mera existência de um conflito criminalizado- o injusto-não é suficiente para afirmar a existência do delito, quando não possa vincular-se a um autor de maneira personalizada, posto que a criminalização secundária sempre o é de uma pessoa.⁸⁰

A culpabilidade (entendida como o juízo que permite vincular em forma personalizada o injusto ao seu autor e, em caso de operar essa vinculação, projetar-se desde a teoria do delito como principal indicador do máximo da magnitude do poder punitivo que pode filtrar-se sobre ele), tomando em conta o dado da seletividade e constatando que o poder punitivo seleciona conforme a vulnerabilidade⁸¹ do sujeito e não a sua autodeterminação, deve impedir

⁷⁹ Ibidem, p. 605.

⁸⁰ Ibidem, p. 650.

⁸¹ A ideia de culpabilidade pela vulnerabilidade já era mencionada no ensaio “Em busca das penas perdidas”: “Desta maneira, a culpabilidade pelo injusto se converte em uma parte mais ampla e mais abrangente da colocação da

que esse se exerça na magnitude que supere a reprovação que possa formular-se ao agente do esforço pessoal que haja realizado para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade. Para isso deve ter em conta os seguintes conceitos: a) o vínculo pessoal do injusto com o autor se estabelece tendo em conta a forma em que opera a perigosidade dos sistema penal, que pode ser definida como a maior ou menor probabilidade de criminalização secundária que recai sobre a pessoa; b) o grau de perigosidade do sistema penal para cada pessoa está dado em princípio, pelos componentes do estado de vulnerabilidade dessa para o direito penal; c) o estado de vulnerabilidade se integra com os dados que se referem a seu estado social, classe, categoria laboral ou profissional, renda, esteriótipo que se aplica etc... quer dizer, por sua posição dentro da escala social; d) Não obstante, se bem geralmente a relação entre poder e vulnerabilidade para o poder punitivo é inversa, posto que o poder opera como garantia da cobertura frente ao sistema penal, o poder punitivo não se distribui somente pelo estado de vulnerabilidade, porque se bem todas as pessoas que compartilhem um mesmo estado de vulnerabilidade padecem semelhante frequência do risco de criminalização, o poder punitivo também seleciona entre elas a quem criminalizar. Assim, é possível afirmar em geral que entre as pessoas de maiores rendas e mais próximas do poder, o risco de

culpabilidade pela vulnerabilidade é “incobrável”. Colocada a agência judicial diante da necessidade de responder, não pode fazê-lo em função dessa ordem de fatores, mas do que constituem o esforço pessoal para a vulnerabilidade, que, por outro lado, são os que constituem a essência da contribuição dada pela pessoa para sustentar o exercício de poder que a seleciona e criminaliza. Seu poder redutor da violência seletiva atinge esse limite diante do qual deve deter-se, pois não lhe sobra espaço para avançar mais. Trata-se do limite máximo de violência tolerável no qual pode basear sua resposta definitiva e que, de certa forma, é alimentado e sustentado por todos os anteriores limites ou requisitos limitadores”. (Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas, cit. p. 270 e 271). Entretanto, não há registro da mesma no Manual de Direito Penal Brasileiro. (Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. cit. p. 562).

criminalização é escasso (baixo estado de vulnerabilidade ou alta cobertura). Não obstante, alguns dos primeiros são selecionados, se bem que se selecione com muito menor frequência; e entre os segundos, se bem que se seleciona com muito maior frequência, sempre se trata de uma ínfima minoria.⁸²

A constatação de que a perigosidade do sistema penal não se concretiza em criminalização somente pelo estado de vulnerabilidade do sujeito, está indicando que algo deve poder o sujeito para ser criminalizado. Esse algo é o que cobre a distância entre a probabilidade de criminalização que indica seu estado de vulnerabilidade e a concretização em uma criminalização secundária, que tem lugar em uma determinada situação de vulnerabilidade. Esse é o esforço pela vulnerabilidade (ou, mais propriamente, o esforço pessoal do sujeito para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade).⁸³

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo quanto até aqui foi expostos, pode-se afirmar:

A concepção redutora de Zaffaroni insere-se no contexto das vertentes pós-finalistas da teoria do delito.

Tal afirmação resta-nos evidente pelos seguintes fatores:

Zaffaroni critica o finalismo pelo desconhecimento da funcionalidade dos conceitos penais:

Convenir en que lo más inteligente es reconocerlo y dotar de intencionalidad a la sistemática que se elabore, no implica crear la funcionalidad sino sólo descubrirla y orientarla. En este sentido puede afirmarse que fue el finalismo el que desconoció el dato óptico de que no

⁸² Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal. Parte General. cit. p. 654.

⁸³ Ibidem, p. 654.

*hay conceptos jurídico-penales que no sean politicamente funcionales, porque se producen en agencias que ejercen poder sobre ellas y sobre otras agencias do sistema penal.*⁸⁴

Há dissemelhanças quanto à construção das categorias da teoria do delito.

No conceito jurídico-penal de ação, por exemplo, Zaffaroni, enfatiza o seu caráter normativo, considerando-o próprio do direito penal. Rompendo, dessa forma, com entendimento manifestado anteriormente, quando, vinculando-se nitidamente à concepção finalista da teoria do delito, sustentava que ao direito penal caberia simplesmente reconhecer o conceito ôntico-ontológico de ação.

No plano da tipicidade, diferentemente de Welzel e outros importantes finalistas, Zaffaroni estabelece o critério da dominabilidade do fato, como apto a, nos crimes dolosos, estabelecer o limite imprescindível à teoria da *conditio sine qua non*. O que lhe permite antecipar ao nível da tipicidade objetiva a limitação que, na sistemática finalista, somente é obtida pela investigação do dolo.

Quanto à ilicitude, Zaffaroni reconhece o seu caráter objetivo, embora adote o conceito complexo do injusto. Nas causas de justificação, pronuncia-se contrariamente à exigência de elementos subjetivos. Tais opções, como se sabe, estão em manifesta contradição com os preceitos finalistas tradicionais.

Já, em relação à culpabilidade, Zaffaroni fundamenta-a no esforço pessoal do sujeito para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade. O que, se não nega propriamente a teoria normativa pura da culpabilidade, apresenta, em relação a mesma, importantes particularidades.

Por outro lado, Zaffaroni aceita expressamente a funcionalidade política dos conceitos jurídicos, característica que menciona como dado ôntico desses mesmos conceitos. Assim como, a pretensão de construir as categorias do delito teleologicamente orientadas

⁸⁴ Ibidem, p. 386.

(à contensão do poder punitivo). O estabelecimento de um vínculo entre a construção sistemática e a sociologia (os conceitos devem ser funcionais à dinâmica de uma sociedade onde se verifica a presença de grupos em permanente conflito e concorrência). Tudo isso, está a indicar que não há inconveniente algum em reconhecer como funcional também a concepção redutora de Zaffaroni.

Trata-se, contudo, de uma concepção funcional própria: o funcionalismo redutor. Afasta-se do finalismo, pelos motivos recém expostos. Mas, também não se confunde com o funcionalismo alemão, em qualquer de suas vertentes.

Ao funcionalismo alemão, Zaffaroni atribui o mérito de afirmar a inafastável teleologia política dos conceitos jurídico-penais. Porém, diferentemente das duas mais importantes concepções funcionalistas elaboradas na Alemanha, não acolhe a sociologia sistêmica para fazer o elo entre o direito penal e as ciências sociais; não compartilha da pretensão de construir os conceitos jurídico-penais com elementos puramente normativos (excluindo-se, por conseguinte, referências a dados ônticos). Além disso, não aceita, pelas razões já expendidas, os critérios normativos que, no âmbito do funcionalismo alemão, têm sido propostos a fim de buscar um critérios único para a imputação objetiva.

- 2) Neste alvorecer do milênio, a construção sistemática do Direito Penal, labor de cuja necessidade permanece-se absolutamente convencido, não se pode fazer, sem a contribuição de noções elaboradas pelas diferentes concepções teóricas já construídas a respeito do direito penal, conforme indicado por Zaffaroni.

Não se trata, portanto, de buscar atingir um novo modelo que negue ou se contraponha a todas ou, em particular, a qualquer uma das concepções até aqui propostas. Mas, de perseguir um refinamento da elaboração conceitual da teoria

do delito, de maneira a que se possa superar as dificuldades do que, até o momento, ficou assentado.

Para tanto, acredita-se útil e inevitável o reconhecimento do caráter político funcional dos conceitos jurídico-penais. Não se pode, todavia, incidir em erro talvez ainda mais grave: cair em um discurso político “juridicamente oco” (para utilizar as palavras de Zaffaroni). Em outros termos, elaborar uma “dogmática sem consequências”.

- 3) A intencionalidade redutora releva-se preferível às demais concepções funcionais que têm sido formuladas.

O reconhecimento de limites ônticos à construção dos conceitos normativos cinge a atuação do legislador aos parâmetros fixados pela realidade. O funcionalismo alemão, à medida que se vincula a teorias essencialmente idealistas do direito e organicistas da sociedade confere ao legislador uma perigosa onipotência.

O acolhimento da proposta de construção do direito penal sob uma perspectiva funcional redutora, não obriga, entretanto, a aceitação cega de todos os postulados formulados por Zaffaroni. Nem mesmo, nos impele a rechaçar compulsoriamente soluções sistemáticas pontuais elaboradas no âmbito das demais concepções funcionais.

O entendimento de que o direito penal se legitima à medida em que se contenha nos estreitos limites indicados pelo princípio da intervenção mínima e a ideia de que a pena se justifica como instrumento de garantia dos direitos fundamentais (pois permite submeter aos parâmetros constitucionais o exercício da força pelo estado e contém a violência que advirira do emprego generalizado da vingança privada), parece apto a, independentemente de se acatar a teoria agnóstica da pena, fundamentar uma concepção do direito penal também limitadora do poder punitivo.

- 4) Na doutrina brasileira, a obra “Direito Penal Brasileiro”, elaborada por Zaffaroni em coautoria com Nilo Batista, Alejandro Slokar e Alejandro Alagia, é aquela que melhor reflete o atual pensamento do Ministro da Suprema Corte da Nação Argentina. A obra Manual de Direito Penal Brasileiro, escrita por Zaffaroni em coautoria com José Henrique Pierangeli, embora conte com sucessivos edições, requer uma revisão a fim de adapta-la às inovações introduzidas pela concepção funcional redutora. Caso contrário, passará a representar o pensamento de somente um dos autores.

CRIMINAL LAW FROM THE REDUCTIONIST
FUNCTIONAL PERSPECTIVE OF EUGENIO RAUL
ZAFFARONI

ABSTRACT

The reductionist functional conception of criminal law, fruit of the labor of Eugenio Raul Zaffaroni during the last two decades, due to its importance and originality, demands further attention and more intense debate from the point of view of Brazilian doctrine.

In order to aid the spread of Zaffaroni's ideas among us, the objective of this article is to examine the basis of the theoretical construction of reductionist functionalism. In particular, the aim is to analyze the categories of crime theory from the reductionist point of view. Furthermore, Zaffaroni's current understanding will be compared in essential questions to the previous one from the beginning of the reductionist conception. To the extent possible, there will be an attempt to define the current stage of Brazilian doctrine in relation to receptivity to Zaffaroni's thinking. The work will conclude with an evaluation of the relevance of Zaffaroni's proposals.

KEY WORDS: CRIMINAL LAW THEORY, REDUCTIONIST
FUNCTIONALISM

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Tobias. Introducción al estudio del derecho penal. Trad. Pablo de Vega. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. Do estrito cumprimento de dever legal. Porto Alegre: Fabris, 2005.

ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Miguel Díaz y García Conlledo. Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Teoría del delito. Buenos Aires: Ediar, 1973.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do direito penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. Derecho Penal. Parte General. 2ª edição. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume- Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. Direito Penal Brasileiro, segundo volume- Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

