

FLAVIO ANTÔNIO DA CRUZ

O CONFRONTO ENTRE O CONCURSO FORMAL DE CRIMES E O CONCURSO  
APARENTE DE NORMAS PENAS NO DIREITO BRASILEIRO: revisão crítica sob  
os influxos de uma hermenêutica emancipatória.

CURITIBA

2014

FLAVIO ANTÔNIO DA CRUZ

O CONFRONTO ENTRE O CONCURSO FORMAL DE CRIMES E O CONCURSO  
APARENTE DE NORMAS PENAIS NO DIREITO BRASILEIRO: revisão crítica sob  
os influxos de uma hermenêutica emancipatória.

Tese apresentada ao programa de Doutorado da  
Faculdade de Direito da Universidade Federal do  
Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato.  
Co-orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos

CURITIBA

2014

C957c

Cruz, Flavio Antônio

O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normais penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória / Flavio Antônio da Cruz; orientador: Paulo César Busato; coorientador: Juarez Cirino dos Santos. – Curitiba, 2014.  
937 p.

Bibliografia: p. 862-937.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.  
Curitiba, 2014.

1. Direito penal. 2. Hermenêutica (Direito). I. Busato, Paulo César.  
II. Santos, Juarez Cirino dos. III. Título.

CDU

**Catal**

Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná  
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas  
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**FLAVIO ANTONIO DA CRUZ**

**O CONFRONTO ENTRE O CONCURSO FORMAL DE CRIMES E O CONCURSO APARENTE DE NORMAS PENAIS NO DIREITO BRASILEIRO: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória.**

**Tese apresentada à Banca de Doutorado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para o título de Doutor em Direito do Estado, formada pelos seguintes examinadores:**

### **BANCA EXAMINADORA**

**Prof. Dr. Paulo César Busato**

**Orientador - Professor Adjunto de Direito Penal da UFPR**

**Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos**

**Co-orientador - Professor Adjunto aposentado de Direito Penal da UFPR**

**Professor do ICPC**

**Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig**

**Professor Adjunto de Filosofia do Direito - UFPR**

**Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios**

**Professor Titular de Direito Penal - PUC/PR**

**Prof. Dr. Fábio André Guaragni**

**Professor Titular de Direito Penal - Unicuritiba**

**Curitiba, 11 de agosto de 2014.**

**Para Ane e Davi,  
com todo amor que há nessa vida!**

**Dedico essa tese ao  
insigne Prof. Dr.  
Juarez Cirino dos Santos,  
com admiração.**

## AGRADECIMENTOS

Ane, obrigado por todo apoio ao longo desses 15 anos de namoro. Obrigado pela vida que geramos! Obrigado por ter me escolhido! Lembro sempre de você dizendo: 'termine!' Pois você sabe que sou como o fio de Ariadne ou como a caixa de Pandora...

Sem você, Ane, nada teria graça!

Davi. Espero que os estudos penais virem assunto de história. Quem sabe, meu filho, consigamos construir uma sociedade sem cadeias. Saiba que foi muito difícil trocar alguns dos nossos passeios no parque em prol da escrita desse trabalho.

Agradeço minha mãe, com todo amor que há nessa vida. Meu porto seguro, sempre! Agradeço ao meu pai, com saudades. Por todo o empenho para que eu estudasse, por todos os sacrifícios que fez ao longo de uma vida de muito esforço e dedicação. Pai! Sinto muito a sua falta, e trocaria qualquer título por mais alguns minutos com a sua presença.

Sueli e Tokio. Vocês são como pais. Afetuosos e generosos. Sou também muito grato por tudo quanto fazem por mim. Lamento não conseguir retribuir toda a dedicação e cuidado. Obrigado.

Obrigado a meus irmãos, em especial à Jane. Jane, obrigado por ter me ensinado a escrever na mais tenra infância; por me estimular a ler Bíblias antigas e por ter sempre cuidado de mim. Cris, Ede, Edson, Sandra, Héliozio..., um time! Saudade de vocês.

Obrigado a todos os amigos que compartilharam comigo momentos de angústia e alegrias. Amigos da pós, amigos da Justiça Federal, amigos da infância, amigos da Unicuritiba, Abdconst, Positivo, ICPC. Faltariam folhas para lhes agradecer da forma realmente merecida.

Agradeço ao meu orientador, insigne Prof. Dr. Paulo César Busato, por toda a paciência e apoio ao longo da redação desse trabalho. Sou grato sobretudo pela confiança depositada. Manifesto minha grande admiração e estima. Obrigado por tudo! Tenho o maior orgulho de ter sido seu orientando.

Dr. Paulo! Obrigado sobretudo por compartilhar uma visão filosófica do Direito Penal; por contrapô-lo constantemente com angústias que surgem de outro local de fala - como diz o Professor Jacinto Coutinho.

Sou grato também ao insigne Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos, gigante da Criminologia e ser humano de coração imenso, quem muito admiro e a quem também muito devo. Obrigado, professor Juarez, por todos os ensinamentos e por todas as palavras de apoio. Obrigado, sobretudo, por estimular novas visões de mundo. Sou também grato por ter sido admitido como seu orientando. Não tenho palavras suficientes para lhe agradecer! E que a vida lhe seja sempre suave, recompensando com toda a alegria do mundo.

Agradeço imensamente aos Professores que compuseram a minha banca de qualificação, Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig, Prof. Dr. Fábio André Guaragni e Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios. Muito obrigado pelas recomendações, pelas indicações bibliográficas e todo apoio para a conclusão dessa pesquisa. Manifesto meus votos de elevada estima e de muita admiração.

Prof. Dr. Rodrigo Rios, sinto-me também muito honrado de ter sido seu orientando no mestrado. Muito obrigado, Professor!, por todo o apoio e estímulo ao longo desses anos e pela interlocução constante.

Dr. Fábio e Dr. Celso. Não tenho palavras para agradecer de forma adequada toda a atenção dedicada a esse trabalho!

Agradeço aos professores da pós-graduação da UFPR. Louvo a qualidade das aulas, a abertura para o diálogo, a cultura imensa! Obrigado.

Expresso, por fim, os meus agradecimentos ao Programa de Pós-graduação da Universidade Federal do Paraná, que me acolheu ao longo desses 04 anos de estudo. Quero agradecer especialmente aos servidores da Secretaria do PPGD, sempre solícitos e prestativos. Muito obrigado!

A fim de encontrar a verdadeira alcachofra, nós a despimos de suas folhas.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 2. ed. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 72.

A pluralidade da interpretação, longe de ser um defeito ou uma desvantagem, é o sinal mais seguro da riqueza do pensamento humano. Tanto é verdade que nada é mais absurdo do que conceber a interpretação como única e definitiva, como queriam aqueles que sustentam que um conhecimento somente é pleno e completo, se único; e que a pessoalidade do conhecimento é uma limitação deplorável e fatal.

O engano destes preconceitos é conceber a precisão e a evidência de um modo tão rasteiro e chamativo que não as saiba encontrar, de modo algum, lá onde vige a variedade e a novidade da vida humana.

PAREYSON, Luigi. **Verdade e interpretação**. Tradução de Maria Helena Nery Garcez e Sandra Neves Abdo. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 51.



## RESUMO

Busca-se, com a presente investigação, suscitar algumas reflexões sobre a decisão judicial no âmbito da teoria do concurso de crimes. A tradição jurídica pós-iluminista ampara-se na premissa de que as decisões judiciais estariam previamente programadas pela lei. O senso comum teórico supõe que a prolação da sentença condenatória implicaria mera concretização de normas já veiculadas, de modo exaustivo, nos textos legais pertinentes. Enquanto projeção do conceito do Estado de Direito, o postulado da legalidade determina que toda manifestação de poder deve ser submetida ao controle da razão pública (*nulla poena sine lege*, *nulla lege sine necessitate* etc). Isso significa que a imposição e o cálculo das penas criminais devem decorrer de critérios explicitados em lei publicada em momento anterior à ocorrência do crime. Há, todavia, um conjunto de fatores irracionais que influenciam toda compreensão do mundo: metrarregas, traumas e idiosincrasias variadas. A tese busca evidenciar que há grande margem de arbítrio na identificação dos casos de concurso aparente e casos de concurso formal. O Código Penal brasileiro não oferece critérios explícitos para a identificação dos casos de concurso aparente, ao contrário, por exemplo, do Código Penal espanhol. Essas modalidades de concurso – aparente/formal - têm em comum o fato de que, ao menos de modo abstrato, em ambas as hipóteses há uma única ação suscetível de se amoldar a dois ou mais tipos penais incriminadores. O reconhecimento de concurso aparente é mais benéfico para o acusado, na medida em que enseja sanção inferior àquela que seria aplicada ao concurso formal. O problema é que a distinção entre um caso e outro é relegada, de certo modo, ao sentimento de justiça de cada magistrado. E isso parece infirmar justamente as suposições que animam a dogmática penal. Para além dessa questão central, o tema do concurso demanda considerações metafísicas (como recortar unidades de ação?), considerações lógicas (relações entre os enunciados normativos, tema importante para o concurso aparente) e considerações valorativas (questão própria ao *ne bis in idem*, consunção e comportamentos copunidos). Dada a complexidade da questão, a investigação contrapõe as categorias dogmáticas, de um lado, com alguns *insights* proporcionados pela epistemologia, pela filosofia da ação e pela sociologia. Atribuiu-se significativo peso para a obra de Hans-Georg Gadamer – Verdade e Método I -, a fim de demonstrar que não há como axiomatizar totalmente as deliberações judiciais. Como toda compreensão de mundo, as sentenças dependem de contexto e de intérprete. Isso não pode vaticinar, todavia, uma concepção niilista, que renuncie à tentativa de se conter o arbítrio. Daí que os magistrados devem ser instados a deixarem manifestos, no limite do que é humanamente possível, todos os valores que animam suas sentenças. Apenas em um contexto de razão discursiva, com controles recíprocos, é que a violência estatal pode ser reduzida, conquanto jamais possa ser eliminada. Desse modo, a questão do concurso de crimes foi tomada como pano de fundo para uma reflexão sobre a decisão judicial e sua justificação.

Palavras-chave: concurso aparente, concurso formal, concurso de crimes, hermenêutica, epistemologia, Estado de Direito.

## ABSTRACT

The present study sought to propose some reflections on the judicial decision within the scope of the theory of joinder of offenses. The post-Enlightenment legal tradition relies on the assumption that judicial decisions would be previously programmed by law. The theoretical common sense assumes that the entry of judgment would imply a mere embodiment of standards already and exhaustively conveyed in the relevant legal texts. As a projection of the concept of Rule of Law, the postulate of legality defines that every manifestation of power should be subject to the control of public reason (*nulla poena sine lege praevia et certa*).

This means that imposing and calculating sentences should fulfill criteria that were made explicit in the law that was published previously to crime occurrence. However, there is a set of irrational factors that affect the understanding of the world: meta rules, traumas and idiosyncrasies. This dissertation sought to highlight that there is a broad margin of discretion when identifying cases of ideal joinder of offenses and cases of formal joinder of offenses. The Brazilian Penal Code does not provide explicit criteria to identify cases of ideal joinder of offenses, in contrast, for example, with the Spanish Penal Code. These modalities of joinder of offenses – ideal / formal – have in common the fact that, at least abstractly, both hypotheses contain a single action that is susceptible to adjust to two or more incriminating types of crimes. Ascribing the character of ideal to a joinder of offenses would be more beneficial to the defendant as it triggers sanctions that are lower than sanctions used in formal joinders of offenses. The problem is: the distinction between one and another relies on each magistrate's sense of justice, which seems to fairly invalidate the premises that animate criminal dogmatics. Beyond this central issue, the theme of joinder of offenses requires metaphysical considerations (how to outline action units?), logical considerations (relations between normative statements, which is an important theme for ideal joinder of offenses) and evaluative considerations (which is inherent to *ne bis in idem*, merger doctrine and co-punishment). Given the issue's complexity, this investigation contrasted dogmatic categories on one hand, with insights provided by epistemology, philosophy of action and sociology. A significant weight was given to Hans-Georg Gadamer's work – *Truth and Method I* - in order to demonstrate that judicial determinations cannot be entirely axiomatized. As in any process of understanding the world, judgment depends on both context and the interpreter. However, this should not predict any nihilistic conception that renounces to the attempt to restrain discretion. Therefore, magistrates should be urged to express, to the limit of what is humanly possible, all the values that underlie their judgments. Only in a context of discursive reason with reciprocal controls can state violence be reduced, even though it cannot be eliminated. Thus, the issue of joinder of offenses has been chosen as a starting point for a reflection upon judicial decision and its justification.

Key words: ideal joinder of offenses, formal joinder of offenses, joinder of offenses, hermeneutics, epistemology, Rule of Law.

## ZUSAMMENFASSUNG

Mit dieser Untersuchung versucht man, einige Überlegungen über die Gerichtsentscheidung im Bereich der Theorie der Straftatenkonkurrenz zu erwecken. Die Rechtstradition nach Aufklärung stützt sich an der Prämisse, dass die Gerichtentscheidungen nach Gesetz vorprogrammiert wären. Der theoretische Konsens nimmt an, dass die Verkündung von Verurteilungsspruch reine Konkretisierung von bereits in zutreffenden Rechtstexten ausgeschöpften verkehrenden Normen voraussetzt. Als Projektion des Begriffes von Rechtsstaat bestimmt das Legalitätspostulat, dass jede Machtäußerung der Kontrolle der öffentlichen Vernunft unterworfen werden soll (*nulla poena sine lege praevia et certa*). Das bedeutet, dass die Auferlegung und die Berechnung von Strafen aus den im vor der Straftat verkündeten Gesetz erklärten Kriterien folgen sollen. Es gibt aber eine Sammlung von irrationalen Faktoren, die jedes Weltverständnis beeinflussen: Metanormen, Traumata und verschiedene Idiosynkrasien. Die Thesen versucht zu offenkundigen, dass es einen weiten Willkürspielraum in der Identifizierung der Fälle von Gesetzeskonkurrenz und Fälle der Idealkonkurrenz gibt. Das brasilianische Strafgesetzbuch bietet keine offensichtlichen Kriterien zur Identifizierung der Fälle von Gesetzeskonkurrenz, im Gegensatz zum Beispiel vom spanischen Strafgesetzbuch. Diese Modalitäten von – scheinbarer / formaler – Konkurrenz haben gemeinsam, dass es zumindest im abstrakten Sinne in beiden Hypothesen eine einzige Tat vorhanden ist, die zu zwei oder mehreren beschuldigenden Straftatbeständen passen. Die Anerkennung von Scheinkonkurrenz ist zugunsten des Angeklagten, indem es mindere strafrechtliche Sanktion erzeugt als diejenige, die bei Idealkonkurrenz anzuwenden wäre. Das Problem ist, dass der Unterschied zwischen einem und anderem Sachverhalt gewissermaßen dem Justizgefühl des Richters ausgeliefert ist. Und das scheint genau die Vermutungen zu bekräftigen, die die strafrechtliche Dogmatik fördern. Außer dieser Hauptfrage verlangt das Thema der Konkurrenz metaphysische Überlegungen (wie können Tateinheiten ausgesondert werden?), logische Überlegungen (Beziehungen zwischen den Normsätzen, wichtiges Thema für die Gesetzeskonkurrenz) und Wertüberlegungen (Frage zu *ne bis in idem*, Konsumtion und mitbestraftem Verhalten). Da die Frage äußerst komplex ist, stellt die Untersuchung die dogmatischen Kategorien einerseits einigen *insights* durch die Epistemologie, Handlungsphilosophie und Soziologie gegenüber. Dem Werk von Hans-Georg Gadamer – Wahrheit und Methode I – wurde viel Gewicht beigemessen, um zu zeigen, dass die Gerichtsentscheidungen nicht ganz zu axiomatisieren sind. Wie jedes Weltverständnis hängen die Gerichtsbeschlüsse vom Kontext und Interpretieren ab. Das kann aber keine nihilistische Idee prophezeien, die den Versuch, die Willkür zu hemmen, aufgibt. Somit sollen die Richter an den Grenzen des menschlich Möglichen motiviert werden, alle ihren Gerichtsbeschlüsse zugrundeliegenden Werte zu äußern. Nur in einem Kontext der Diskursvernunft mit gegenseitigen Kontrollen kann die Staatsgewalt reduziert werden, obwohl sie nie beseitigt werden kann. So wurde die Frage der Strafkongkurrenz als Hintergrund für eine Überlegung über die Gerichtsentscheidung und ihre Begründung genommen.

Stichworte: scheinbare konkurrenz, Idealkonkurrenz, Straftatenkonkurrenz, Hermeneutik, Epistemologie, Rechtsstaat.

## RESUMEN

Se busca, con la presente investigación, suscitar algunas reflexiones sobre la decisión judicial en el ámbito de la teoría del concurso de crímenes. La tradición jurídica posiluminista se ampara en la premisa de que las decisiones judiciales estarían previamente programadas por la ley. La idea común teórica supone que la proclamación de la sentencia condenatoria implicaría mera confirmación de normas ya divulgadas, de modo exhaustivo, en los textos legales pertinentes. Como proyección del concepto del Estado de Derecho, el postulado de la legalidad determina que toda manifestación de poder debe ser sometida al control de la razón pública (*nulla poena sine lege praevia et certa*). Eso significa que la imposición y el cálculo de las penas criminales deben provenir de criterios expuestos en ley publicada en momento anterior a la ocurrencia del crimen. Hay, todavía, un conjunto de factores irracionales que influyen toda comprensión del mundo: metarreglas, traumas e idiosincrasias variadas. La tesis busca evidenciar que hay grande margen de arbitrio en la identificación de los casos de concurso aparente y casos de concurso formal. El Código Penal brasileño non ofrece criterios explícitos para la identificación de los casos de concurso aparente, al contrario, por ejemplo, del Código Penal español. Esas modalidades de concurso – aparente/formal - tienen en común el hecho de que, al menos de modo abstracto, en ambas las hipótesis hay una única acción susceptible de ser amoldar la dos o mas tipos penales incriminadores. El reconocimiento de concurso aparente es mas benéfico para el acusado, en la medida en que ocurre sanción inferior a aquella que seria aplicada al concurso formal. El problema es que la distinción entre un caso y otro es relegada, de cierta manera, al sentimiento de justicia de cada magistrado. Y eso parece firmar justamente las suposiciones que animan la dogmática penal. Además de esa cuestión central, el tema del concurso demanda consideraciones metafísicas (¿como recortar unidades de acción?), consideraciones lógicas (relaciones entre los enunciados normativos, tema importante para el concurso aparente) y consideraciones de valor (cuestión propia al *ne bis in idem*, consunción y comportamientos co-punidos). Dada la complejidad de la cuestión, la investigación contrapuso las categorías dogmáticas, de un lado, con algunos *insights* proporcionados por la epistemología, por la filosofía de la acción y por la sociología. Se atribuyó significativo peso para la obra de Hans-Georg Gadamer – Verdad y Método I -, la fin de demostrar que no hay como axiomatizar totalmente las deliberaciones judiciales. Como toda comprensión de mundo, las sentencias dependen de contexto y de intérprete. Eso no puede vaticinar, todavía, una concepción nihilista, que renuncie a la tentativa de se contener el arbitrio. De ahí que los magistrados deben ser instados a dejar manifiestos, en el limite del que es humanamente posible, todos los valores que animan sus sentencias. Apenas en un contexto de razón discursiva, con controles recíprocos, es que la violencia estatal puede ser reducida, si bien que jamás pueda ser eliminada completamente. De ese modo, la cuestión del concurso de crímenes fue tomada como tema de fondo para una reflexión sobre la decisión judicial y su justificación.

Palabras-clave: concurso aparente, concurso ideal, concurso de crímenes, hermenéutica, epistemología, Estado de Derecho.

## LISTA DE FIGURAS

<b>Figura 1: Coelho ou Pato?</b>	<b>95</b>
<b>Figura 2: Mundos de Karl Popper</b>	<b>166</b>
<b>Figura 3: Extensão de um enunciado</b>	<b>536</b>
<b>Figura 4: Diagramas de Venn aplicados ao concurso</b>	<b>722</b>
<b>Figura 5: Relações de mútua exclusão</b>	<b>725</b>
<b>Figura 6: Concurso efetivo x concurso aparente</b>	<b>739</b>
<b>Figura 7: Relações de intensidade entre normas</b>	<b>749</b>
<b>Figura 8: Relação de subsidiariedade</b>	<b>758</b>
<b>Figura 9: Relação de consunção</b>	<b>770</b>
<b>Figura 10: Relação de mútua exclusão</b>	<b>780</b>
<b>Figura 11: Efeito abraçadeira</b>	<b>836</b>

## SUMÁRIO

<b>I. INTRODUÇÃO</b>	<b>18</b>
<b>II. ALGUMAS PROVOCAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS:</b>	<b>36</b>
2.1. Distinção quanto ao objeto do conhecimento:	43
2.1.1. Realismo epistemológico:	44
2.1.2. Construtivismo epistemológico:	51
2.2. Quanto ao mecanismo do conhecimento:	64
2.2.1. Confronto entre empirismo, racionalismo e intelectualismo:	65
2.2.2. Concepções de Thomas Kuhn e Karl Popper:	72
2.2.3. Um discurso sobre a ciência - Boaventura de Souza Santos:	77
2.3. Tomada de posição no que toca às questões epistemológicas:	84
2.4. Draw a distinction - adumbração:	91
<b>III. SOCIEDADE, SENTIDO - ALGUMAS NOTAS:</b>	<b>110</b>
3.1. Teoria sistêmica e risco de tecnocracia:	112
3.1.1. O paradoxo como fundamento do sistema:	113
3.1.2. Pensamento complexo e a alegada autopoiesis sistêmica:	117
3.1.3. Concepção luhmanniana sobre a sociedade:	121
3.1.4. Luhmann e o problema do 'sentido':	129
3.1.5. Ainda a pretensa autopoiesis:	138
3.1.6. Comunicação e acoplamentos estruturais:	140
3.2. Algumas notas sobre a teoria da ação comunicativa:	158
3.2.1. A busca de uma nova racionalidade:	159
3.2.2. Pretensões de verdade, retidão e sinceridade:	162
3.2.3. Teoria dos mundos desenvolvida por Karl Popper:	165
3.2.4. Teoria da argumentação habermasiana:	168
3.2.5. Comparação de culturas e graus de racionalidade:	176
3.2.6. Mundo da vida e o tema da tradição:	181
3.2.7. Agir comunicativo:	182
3.2.8. Funções da linguagem e espécies de ações sociais:	184
3.2.9. Alguns problemas de método e questões axiológicas:	192
3.2.10. Razão calculadora instrumental:	199
3.2.11. Relação mundo da vida e sistema:	204
3.2.12. Ainda a razão comunicativa:	206
3.2.13. E o concurso de crimes diante disso tudo?	208
3.3. Breve confronto - Habermas versus Luhmann.	210

3.4. Habermas, Luhmann - decisão judicial e concurso de crimes: _____	219
<b>IV. HERMENÊUTICA E PROPORCIONALIDADE - BREVES NOTAS:</b> _____	<b>223</b>
4.1. Breve análise da obra 'Verdade e Método-I': _____	223
4.1.1. A questão do método das ciências do espírito: _____	225
4.1.2. Os conceitos básicos do humanismo: _____	227
4.1.3. A busca da verdade própria à arte - a questão do valor: _____	232
4.1.4. A hermenêutica como um organon das ciências do espírito: _____	242
4.1.5. Preconceitos, tradição, autoridade e fusão de horizontes: _____	252
4.1.6. Compreensão, aplicação e a singularidade histórica: _____	258
4.1.7. 'Verdade e método' e o tema do concurso de crimes: _____	261
4.2. Algumas notas críticas sobre o postulado da proporcionalidade: _____	262
4.2.1. Contradições normativas e proporcionalidade: _____	263
4.2.2. Ambiguidade da linguagem e a fundamentação interna e externa: _____	266
4.2.3. Critérios estruturais/materiais e as críticas contra o postulado: _____	270
4.2.4. Tentativa de se hierarquizar normas constitucionais: _____	278
4.2.5. Algumas teorias alternativas: _____	281
<b>V. QUESTÕES RELEVANTES PARA A TEORIA DO CONCURSO</b> _____	<b>305</b>
5.1. Algumas notas sobre o ne bis in idem: _____	305
5.1.1. Vedação do double jeopardy: _____	306
5.1.2. Vedação do ne bis in idem no solo brasileiro: _____	322
5.2. Algumas notas sobre a teoria do bem jurídico penal. _____	327
5.3. Considerações sobre o desvalor da ação e do resultado: _____	358
5.4. Breves considerações sobre o problema da sorte moral: _____	377
<b>VI. ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE A AÇÃO HUMANA:</b> _____	<b>391</b>
6.1. A análise promovida por Carlos Moya: _____	391
6.2. A análise promovida por von Wright: _____	403
6.3. A concepção de Alvin Goldman: _____	414
6.4. A análise promovida por Max Weber: _____	423
6.5. Concepção significativa da ação: _____	426
6.6. Unidade de ação para a teoria do concurso de crimes: _____	457
6.6.1. Unidade natural de ação: _____	462
6.6.2. Unidade de ação em sentido natural: _____	463
6.6.3. Unidade típica de ação: _____	466
6.6.4. Realizações típicas reiteradas e sucessivas: _____	467
6.6.5. Recorte das unidades das condutas omissivas: _____	469

<b>VII. BREVE EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO DOGMÁTICO DO TEMA:</b>	<b>472</b>
7.1. Direito romano:	479
7.2. Direito germânico comum - entre 500 - 800 d.C.:	481
7.3. O período dos 'livros jurídicos':	482
7.4. Período da jurisprudência italiana:	482
7.5. Período do direito comum alemão - 1500 até metade do séc. XIX	483
7.5.1. Constitutio Criminalis Carolina de 1532:	483
7.5.2. Benedict Carpzov (1559-1666):	484
7.5.3. August Becker:	486
7.6. Estado da teoria do concurso até 1794:	487
7.6.1. Classificação dominante - crimes homogêneos/heterogêneos:	488
7.6.1.1. Johan Christian Quistorp:	488
7.6.1.2. Justus Claproth:	489
7.6.1.3. Hans Ernst Globig e Johann Georg Huster:	489
7.6.1.4. Ernst Christian Westphal:	490
7.6.1.5. Johann Christoph Koch (da 1ª à 3ª edição do tratado):	490
7.6.2. Mera menção à simultaneidade dos crimes:	491
7.6.2.1. Regner Engelhard:	492
7.6.2.2. Christian Stelzer:	492
7.6.3. Classificação com lastro na unidade de ação:	493
7.6.3.1. August Becker:	493
7.6.3.2. Segunda fase de J. Koch (1775 a 1779):	493
7.6.3.3. Johan Lorenz Dorn:	494
7.6.3.4. Ainda a obra de J. Koch:	495
7.6.3.5. Terceiro estágio - J. Koch (ano de 1779):	497
7.6.4. Síntese do estado de arte da teoria do concurso até 1794:	498
7.7. Desenvolvimento do tema na literatura - 1790 até 1838:	498
7.7.1. Evitadores do ne bis in idem (concurso aparente):	499
7.7.1.1. Johann C. Koch - 4ª edição de 1775:	500
7.7.1.2. Johann Lorenz Dorn:	500
7.7.1.3. Ernst Ferdinand Klein - (1ª edição, 1796):	500
7.7.1.4. Karl von Grolman - (1ª edição de 1798):	501
7.7.1.5. Gallus Alois Kleinschrod (primeira edição 1794 e 1796):	502
7.7.1.6. Síntese quanto ao grupo dos evitadores (Vermeider):	504
7.7.2. Grupo dos 'misturadores' (Vermischer):	505
7.7.2.1. Paul Johann Anselm von Feuerbach (Revisão):	505
7.7.2.2. Gallus Alois Kleinschrod (3ª edição de 1805):	507
7.7.2.3. Friedrich Ziegler:	508
7.7.2.4. Eduard Henke:	509
7.7.2.5. Christoph Reinhold Dietrich Martin:	510
7.7.2.6. Carl Georg Wächter:	511
7.7.2.7. Síntese do grupo das obras 'misturadoras':	511
7.7.3. Grupo dos separadores (Trenner):	512



7.7.3.1. Johann Christoph Koch - 5ª edição de 1779: _____	513
7.7.3.2. Ernst Ferdinand Klein - 2ª edição de 1779: _____	513
7.7.3.3. Karl von Grolman - 2ª edição de 1805: _____	514
7.7.3.4. Carl August Tittmann: _____	515
7.7.3.5. Paulo Johann Anselm Ritter von Feuerbach (Tratado,1832): _____	516
7.7.3.6. Karl Schröter: _____	518
7.7.3.7. Carl J. Mittermaier: _____	520
7.7.3.8. Síntese do terceiro grupo (separadores): _____	520
<b>7.7.4. Quarto grupo - tratamento não sistemático: _____</b>	<b>521</b>
7.7.4.1. Johann Christian Quistorp (1794): _____	521
7.7.4.2. Christian Stelzer: _____	522
7.7.4.3. Síntese do quarto grupo - obras sem sistematização: _____	523
<b>7.7.5. Síntese do desenvolvimento da questão - 1790-1838: _____</b>	<b>523</b>
<b>VIII. ALGUMAS TESES SOBRE O CONCURSO DE CRIMES: _____</b>	<b>526</b>
<b>8.1. Breve análise da tese de Ingeborg Puppe: _____</b>	<b>526</b>
8.1.1 Contexto de intensidade e contexto de extensão - Frege: _____	532
8.1.2. Teoria unitária e teoria plural: _____	541
8.1.3. A ação como elemento individual na linguagem jurídica: _____	544
8.1.4. A relação entre conceitos-gênero e conceitos-espécie: _____	551
8.1.5. A concepção de Puppe sobre o concurso formal: _____	556
8.1.6. Tentativa de se recortar unidades de conduta a partir da psique: _____	560
8.1.7. Identidade parcial entre os tipos: _____	563
8.1.8. Ainda sobre a concepção de Puppe sobre o concurso formal: _____	566
8.1.9. A constituição da unidade do crime: _____	567
8.1.10. Concurso aparente para Ingeborg Puppe: _____	570
8.1.11. Avaliação crítica da tese de Ingeborg Puppe: _____	572
<b>8.2. Análise da obra de Michael S. Moore - act and crime: _____</b>	<b>581</b>
8.2.1. A Unidade do act-requirement: _____	585
8.2.2. Metafísica dos atos básicos: _____	591
8.2.3. Tese da identidade versus tese dos atos mentais: _____	596
8.2.4. Ainda sobre a teoria da ação de Michael S. Moore: _____	599
8.2.5. A ação e o double jeopardy: _____	602
<b>8.3. Tese defendida por Eduardo da Silva Correia: _____</b>	<b>610</b>
<b>8.4. Análise da obra de José Lobo Moutinho: _____</b>	<b>629</b>
8.4.1. O problema do crime simples: _____	667
<b>8.5. Problemas quanto ao concurso formal - tese de Roig Torres: _____</b>	<b>677</b>
<b>IX. ALGUMAS NOTAS SOBRE CONCURSO APARENTE SINCRÔNICO: _____</b>	<b>691</b>
<b>9.1. Algumas considerações sobre a teoria da norma jurídica: _____</b>	<b>692</b>

<b>9.2. Conflito entre normas:</b>	<b>697</b>
<b>9.3. Conflito aparente diacrônico - sucessão de leis penais no tempo:</b>	<b>704</b>
<b>9.4. Conflito aparente sincrônico:</b>	<b>711</b>
<b>9.4.1. Quanto à denominação do instituto:</b>	<b>713</b>
<b>9.4.2. Quanto à ubiquação sistemática do concurso aparente:</b>	<b>715</b>
<b>9.4.3. Relações lógicas entre os enunciados:</b>	<b>719</b>
<b>9.4.4. Relações de mútua exclusão:</b>	<b>724</b>
<b>9.4.5. Breves anotações sobre o concurso formal aparente:</b>	<b>737</b>
9.4.5.1. Modelos monotônicos de solução do concurso aparente:	740
9.4.5.2. Modelos pluralistas da solução do concurso formal aparente:	744
9.4.5.3. Princípio da especialidade:	745
9.4.5.4. Princípio da subsidiariedade:	757
9.4.5.5. Princípio da consunção:	767
9.4.5.6. Princípio da alternatividade:	778
<b>9.4.6. Comportamentos copunidos (ou impuníveis):</b>	<b>785</b>
<b>9.4.7. Tentativas de regulação expressa do concurso de normas:</b>	<b>808</b>
<b>9.5. Ressurgimento do tipo deslocado e efeito de bloqueio:</b>	<b>815</b>
<b>9.6. Breve análise do concurso formal de delitos:</b>	<b>828</b>
<b>9.7. Algumas notas sobre o efeito abraçadeira:</b>	<b>836</b>
<b>9.8. Concurso formal aparente versus concurso formal efetivo:</b>	<b>841</b>
<b>X. CONCLUSÕES:</b>	<b>851</b>
<b>XI. BIBLIOGRAFIA:</b>	<b>864</b>

I.

## **INTRODUÇÃO**

## I. INTRODUÇÃO

Ao início da sua obra *Derecho Penal: parte general*,<sup>1</sup> Eugênio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar enfatizam que o Estado de Direito é aquele que submete todos os habitantes à lei. O Estado de polícia concebe os sujeitos como seus súditos, subordinando-os aos caprichos dos governantes.

De certo modo, os discursos jurídicos - e atente-se para a pluralidade dessa expressão! - são marcados pela premissa de que a legitimidade do exercício do poder dependeria sobretudo de dois vetores fundamentais.

Em primeiro lugar, essa legitimidade dependeria da aquiescência das pessoas por ele atingidas; em segundo lugar, também dependeria da noção de que o poder punitivo deveria tornar-se previsível, calculável.<sup>2</sup> O Estado de Direito se traduziria na representatividade popular e na preservação da segurança jurídica.

A acepção corriqueira da democracia sustenta, portanto, que "a fonte de legitimação do poder é a *auto-nomía*, isto é, a liberdade positiva, consistente em governar-se por si mesmo e em não fazer depender de ninguém, mais do que a si mesmo, a regulação da própria conduta."<sup>3</sup> Com isso, imagina-se que o poder legítimo seria aquele haurido junto à vontade popular.

Esse tema envolve um conjunto de aporias.

De partida, eis que, ao nascer, o sujeito se depara com um mundo pronto! Cuida-se do conceito de duplicidade de estrutura ou de duplicidade hermenêutica - alvo de considerações ao longo dessa tese -, e que significa, grosso modo, que há uma mútua imbricação entre a ação individual e as estruturas que a condicionam.<sup>4</sup>

Mal comparando, o sujeito não tem liberdade para escolher seu próprio nome, imposto pelos seus pais. Tão logo adquira a maturidade necessária, ele não é questionado se concorda com todas as leis vigentes, muitas das quais aprovadas

---

<sup>1</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 6.

<sup>2</sup> ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Conceito e método da ciência do Direito Penal**. Tradução de José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: RT, 2002, p. 35-36.

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia**. Volume 2. Teoría de la democracia. Tradução do italiano para o espanhol por Perfecto Ibañez e outros. Madri: Trotta, 2011, p. 9. Isso retrata, de certo forma, a distinção kantiana entre a autonomia e a heteronomia, conforme pode ser divisado na obra HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. Tradução de Christian Viktor Hamm e Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 215-222.

<sup>4</sup> GIDDENS, Anthony. **A constituição da sociedade**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 334-335.

décadas antes do seu nascimento. Ele não escolhe as estruturas familiares nas quais se insere ou as relações econômicas presentes no mundo em que habita.

A sociedade exerce, como se percebe, uma coação incontornável.

Deve-se ter em conta, todavia, que a estrutura também depende das ações individuais. Afinal de contas, caso todos os falantes decidam empregar outra língua - inventar uma, por exemplo - o idioma português morrerá. Não há linguagem senão mediante aqueles que a falam e usam. Um conjunto de signos, em um livro empoeirado, não constitui idioma. Precisa de alguém que o conheça e empregue.

Isso significa que, em alguma medida, a suposição de *auto-nomía*, presente no discurso sobre a democracia e sobre Estado de Direito, encontra inúmeras limitações. O sujeito se depara com um ordenamento jurídico que lhe antecede e que existe a despeito da sua eventual discordância.

Não há como fundar a legitimidade do sistema jurídico na aquiescência do sujeito com todas as normas que o atingem. Muitos sequer eram nascidos ao tempo da promulgação da Constituição de 1988, e ainda assim se veem obrigados pelas suas cláusulas pétreas, normas insuscetíveis de derrogação no quadro da própria ordem democrática em vigor.

Esse é um aspecto importante do que deve ser dito aqui: todo discurso é condicionado, de algum modo, pela estrutura em que se insere. As teses jurídicas dependem de uma tradição e não surgem mediante geração espontânea...

Também merece destaque o conhecido paradoxo democrático.

Afinal de contas, há limites para o exercício da suposta *auto-nomía*, eis que ninguém pode serrar a escada que o sustenta. O povo não pode modificar todas as normas que o governam<sup>5</sup> (conquanto possa modificar muitas delas). E isso impõe complexos problemas a respeito dos critérios para se identificar esse núcleo do que seria indecível - algo que não pode ser votado pelo fato justamente de já ter sido decidido no passado em pretenso momento de lucidez histórica.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 51-61. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 74.

<sup>6</sup> Atente-se para o seguinte excerto da obra de Zagrebelski: "A Constituição - pode-se dizer, em síntese - é aquilo sobre o que não se vota; ou melhor, em referência às Constituições democráticas, é aquilo sobre o que já não se vota, porque já tem sido votado de uma vez por todas, em sua origem." ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la Política**. Tradução do italiano para o espanhol por Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2008, p. 27. Traduziu-se. Pressupõe-se, com isso, a viabilidade dessa distinção entre momentos de lucidez história e momentos de convulsão e irracionalidade, como bem retrata a obra ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. Tradução de Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009, p. 119-129. Essa diferenciação tem um caráter mitológico, todavia,

Com isso, a ideia mesma de soberania popular - base da concepção moderna de democracia - passa por uma radical modificação nesse novo tempo. A democracia deixa de ser considerada como manifestação do simples direito a votar e de ser escolhido, passando a depender de uma concepção substancial.

A democracia começa a ser concebida como um conjunto de direitos fundamentais; e as cláusulas pétreas ganham foros de reminiscência da soberania popular, inderrogável por maiorias eventuais.<sup>7</sup>

Vê-se que há, tanto por isso, uma íntima vinculação entre a democracia, o Estado de Direito e o sistema jurídico. Conquanto se possa falar em direito anti-democrático (direito sem democracia), não se pode falar em democracia sem regras jurídicas! A democracia depende de um conjunto mínimo de procedimentos que assegurem igualdade, liberdade de expressão, e oportunidade efetiva de influenciar sobre os destinos da comunidade política e também sobre a própria história.<sup>8</sup>

Supera-se, com isso, o mero Estado Legislativo de Direito em prol da construção de um Estado Constitucional. Importa dizer: almeja-se com isso um Estado que deve justificar até mesmo a sua atividade legislativa, não podendo criar normas de modo arbitrário, ao estilo *legibus solutus*.

Esse ideário não está a salvo de objeções. Afinal de contas, ainda ele é vinculado a uma concepção jurídica do poder - algo criticado por Michel Foucault, por exemplo<sup>9</sup> -; um discurso legitimador que deve ser confrontado com inúmeros

---

eis que, não raras vezes, Constituições surgem justamente de momentos de ruptura e de conflitos, não decorrendo necessariamente de reflexões acuradas. No caso brasileiro, porém, vale a pena enfatizar: a Constituição é emancipatória e democrática! O desafio é muito mais tornar suas promessas efetivas do que propriamente questionar a sua fonte de legitimação. Ainda sobre o tema, leia-se PAGÉS, Juan Luis Requejo. **Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

<sup>7</sup> Stuart Mill já advertia sobre o risco das ditaduras das maiorias, sustentando que democracia não implicaria apenas o direito ao voto! Ela também envolveria o exame daquilo que a maioria que vence faz com a minoria que perde na arena política. Ou seja, democracia exigiria um exame de conteúdo e não apenas de procedimento. MILL, John Stuart. **Utilitarianism, on liberty, considerations on representative government** (edição conjunta). Londres: Everyman, 2001, p. 72-73.

<sup>8</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 17-21.

<sup>9</sup> Leia-se FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 18-26. Michel Foucault critica a ideia de que o poder seria uma espécie de substância ou de mercadoria, suscetível de ser alienada e cedida. E essa é a representação central do Iluminismo, como sabido. Basta imaginar a metáfora do contrato original, pela qual haveria uma espécie de cessão de liberdades públicas pretensamente naturais em favor de um soberano escolhido no momento de fundação da sociedade. O professor da Sorbonne concebia, ao contrário, o poder como sendo uma espécie de trama discursiva, como sendo um conjunto de práticas espalhadas na sociedade, com relações mutuamente imbricadas e reciprocamente dependentes (microfísica do poder). Sob essa perspectiva, a ideia de 'Estado de Direito' ainda seria caudatária do modelo do 'poder soberano', presente na obra de Thomas Hobbes, Cesare Beccaria,

*insights*, surgidos no interior da Sociologia, da Filosofia e da Ciência Política.

Basta atentar para o funcionalismo sistêmico de Niklas Luhmanns, sociólogo que concebia o poder como uma espécie de meio de comunicação simbolicamente generalizado, semelhante à função cumprida pelo dinheiro no âmbito da economia.<sup>10</sup>

Releva ter em conta, todavia, que o Estado de Direito é um construto, um tipo ideal weberiano. Não há verdadeiros e efetivos Estados de Direito pairando por aí. Há Estados que se aproximam mais desse conceito do que outros, por implementarem, na prática, as garantias inerentes à dignidade humana.

É importante ter em conta, ao que releva no momento, que, em certa medida, toda agremiação política carrega, no seu âmago, uma tendência fascista. O Estado de Direito veicula um latente Estado de polícia, violência que teima em permanecer nas práticas discursivas e no exercício efetivo do poder.<sup>11</sup>

Nesse âmbito é que se coloca a questão da decisão judicial.

A tradição iluminista supôs que os parlamentares seriam controlados mediante o sufrágio universal e periódico, enquanto que os juízes seriam controlados pelos próprios legisladores (teoria da separação de Poderes, articulada por Montesquieu). Por conseguinte, os julgadores apenas poderiam deliberar nos exatos limites impostos pelas leis: *nulla poena sine lege prævia et stricta*.

Com isso, consolidava-se a ideia fundamental - indissociável da própria noção de Estado de Direito - de que todo exercício de poder deve ser justificado e fiscalizado. Cuidando-se, por sinal, da máxima manifestação da violência estatal (a pena criminal), as sentenças penais deveriam ser alvo de um controle redobrado.

E isso tudo amparava-se em um mito de fundação; escorava-se na suposição de que esse controle absoluto seria viável. Imaginava-se, então, que as decisões judiciais estariam previamente programadas na lei; partia-se da premissa de que a sentença seria mera concretização de uma norma efetivamente veiculada pelos textos legais, suscetível de ser meramente descoberta (e não construída!) a partir do emprego do método jurídico - o caminho correto para a interpretação da lei.

O problema todo é que essa suposição tem sido alvo de profundos e

---

John Locke e outros. Cumpre ter em conta que, para além desse 'poder soberano', também há um poder disciplinar e o biopoder (Bio e Tanatopolítica), não raras vezes olvidados pelo discurso jurídico.

<sup>10</sup> LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução do alemão para o espanhol por Luz Mónica Talbot. Mexico: Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos, 2005, p. 7-26. Essa ideia de 'meio de comunicação simbolicamente generalizado' já se encontrava presente na obra de Talcott Parsons, significando a adoção de um mecanismo de generalização de expectativas - um facilitador da comunicação -, à semelhança do papel do dinheiro no âmbito das relações de troca.

<sup>11</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Op. cit.**, p. 31; 39 e 41-43.

inexoráveis ataques. Sabe-se, hoje em dia, que não há métodos acurados para se descobrir o sentido pleno, escorreito, das fontes normativas. Enquanto atribuição de sentido, a interpretação depende de contexto e de intérprete.

Ademais, tem-se abandonado a concepção representacional da linguagem (teoria pictória do 'primeiro' Wittgenstein, por exemplo), em prol de uma conceituação pragmática - o sentido como a projeção do uso dos signos. Com isso, se reconhece que não há 'museus de sentido',<sup>12</sup> e que as palavras não carregam um conteúdo imanente. Não há como ter uma interpretação verdadeira da lei.

Mas isso também cobra o preço de se reconhecer certa contingência em toda interpretação. Afinal de contas, em sociedades cada vez mais complexas, há distintas comunidades de falantes, há distintos valores e distintas práticas - o que implica também distintos significados! -, suscitando-se problemas a respeito de se aferir qual uso, qual dialeto deve ser então reconhecido nas sentenças judiciais, dada a inexorável polissemia do idioma.

Isso não pode se traduzir, porém, no vaticínio do arbítrio ou do niilismo.

A reflexão jurídica deve buscar, no limite das suas forças, a indicação de critérios para tornar mais previsíveis, mais calculáveis e mais isonômicas as deliberações judiciais, por maior que seja a dificuldade envolvida nisso tudo. A sentença não pode se converter em uma espécie de prêmio de loteria ou jogo de roleta, na qual fatores absolutamente randômicos tenham significativa importância.

Sem dúvida que há elevada carga de irracionalidade na atividade judicante - como se indicará ao longo dessa tese -, mas o reconhecimento disso não pode implicar uma espécie de apatia intelectual. Muito ao contrário, é justamente por se reconhecer a existência de idiosincrasias que deve haver grande esforço para se racionalizar a atividade dos julgadores (mas sem convertê-la em expediente burocrático, kafkiano, que olvide os dramas humanos que estão na sua base!).

A presente tese situa-se justamente nesse turbilhão de angústias.

Afinal de contas, a teoria do concurso de crimes envolve um conjunto significativo de incertezas. O tema é altamente complexo, eis que demanda a

---

<sup>12</sup> Melhor dizendo, não há mais como manter uma teoria ostensiva da linguagem, que parece pressupor que cada coisa tenha seu nome dado desde sempre (como se lhe fosse algo imanente). Assim, não há como imaginar um museu de todas as coisas, contendo um rótulo abaixo, indicando o seu nome 'verdadeiro'. A atribuição de nomes depende, isso sim, de um complexo jogo de linguagem, seguindo determinadas regras (pelas quais as pessoas acabam atribuindo nomes e, com isso, indicando e delimitando 'coisas' no mundo). O problema é que, sem palavras, não há como recortar o mundo; o homem lida com a realidade apenas na medida em que possui palavras para designá-las. Os limites da linguagem são os limites do mundo! - já dizia Wittgenstein no seu Tratado Lógico.



formulação de um conjunto de pressupostos; como se a teoria do concurso fosse o zênite da teoria do fato impunível e da teoria da sanção penal.

A apreciação das questões do concurso de delitos depende, de certa forma, também da tomada de posição a respeito da teoria da pena, da função do Direito Penal, uma apreciação da teoria do bem jurídico, do alcance das categorias do conceito-analítico de delito, da contraposição do desvalor da ação e desvalor do resultado, para ficar em apenas alguns dos temas com ela relacionados.<sup>13</sup>

Indissociável do postulado da legalidade e também do princípio da vedação de excessos, uma das garantias centrais do Estado de Direito é a proscricção do *bis in idem*. Ninguém pode ser punido de forma múltipla por um mesmo crime. E isso se traduz tanto na interdição da renovação de julgamentos em desfavor da liberdade individual (revisão *contra libertatis*), quanto também na proscricção da plural cominação de sanções para uma mesma infração penal.

Esse postulado do *ne bis in idem* também suscita inúmeras dúvidas. Qual o seu conteúdo? O que ele proíbe? Resposta: ele veda que um mesmo crime seja punido duplamente. Mas ele interdita que uma mesma ação possa ser considerada mais do que um crime? Ou ele apenas veda que a mesma agressão à lei, ou que a mesma violação ao bem jurídico tutelado seja punida de forma plural?

Cuida-se, como facilmente se percebe, de um tema valorativo - eis que depende dos ideais de vida boa que estão na base da teoria do Estado e na teoria do Direito! - questão que será mais bem detalhada no curso do presente trabalho.

Ao que releva no momento, deve-se ter em conta que tem havido grande margem de arbítrio no que toca à solução das hipóteses concurso. Ora, como já foi registrado acima, em toda e qualquer decisão judicial há inúmeros elementos de irracionalidade: metarregras, traumas, idiossincrasias variadas.

Quando em causa, porém, a questão da confluência de crimes, não raras vezes esse arbítrio é exasperado. A tradição jurídica acaba delegando aos magistrados - talvez por acreditar em uma espécie de intuicionismo moral - a solução de muitos desses problemas, em busca de uma pena tida como justa.

Assim, tem havido incremento do Estado de polícia, na exata medida em que se reduz a legitimidade do exercício do poder, tornando-o ainda mais randômico e incontrolável. E é justamente nesse domínio que a presente tese se situa.

---

<sup>13</sup> AISA, Estrella Escuchuri. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2004, p. 5-6.

Alguns exemplos servirão para evidenciar esse problema.

A jurisprudência nacional tem reconhecido a presença de concurso material entre o crime de associação em quadrilha armada (art. 288, parágrafo único, Código Penal) e o crime de roubo qualificado pelo emprego de armas, cometido no seu âmbito (art. 157, §2º, CP). Os tribunais também têm reconhecido a agravação do roubo, nesse mesmo contexto, pelo concurso de agentes.

Percebe-se, pelo exemplo, que o emprego de arma acaba funcionando como elementar do crime de quadrilha e também como causa de aumento da pena cominada ao roubo. Em princípio, isso parece configurar *bis in idem*, vedado pela Constituição. Apesar disso, há um conjunto expressivo de deliberações judiciais reconhecendo a incidência concomitante dos referidos dispositivos penais.

1. É perfeitamente possível a coexistência entre o crime de formação de quadrilha ou bando e o de roubo qualificado pelo uso de arma e pelo concurso de agentes, porquanto os bens jurídicos tutelados são distintos e os crimes, autônomos. 2. Quadrilha armada e roubo com majoração de pena pelo emprego de armas e pela prática em concurso de agentes são crimes compatíveis; ou seja, não ocorre absorção do crime de quadrilha armada com o roubo qualificado, e vice-versa. Portanto, as penas se aplicam cumulativamente. 3. Recurso provido.<sup>14</sup>

De outro tanto, igual dúvida surge quando se considera a relação existente entre o roubo qualificado pelo emprego de arma (art. 157, §2º, CP) e o crime de porte ilegal de armamento (art. 14, lei 10.826/2003).

O crime de moeda falsa (art. 289, CP) pode se traduzir, em determinados casos, na obtenção de vantagem ilícita em prejuízo de comerciantes. Em tal hipótese, aplicar-se-á também o tipo penal do estelionato (art. 171, CP)?

A extração de minerais sem autorização tem sido considerada, a um só tempo, o crime do art. 55 da lei 9.605/1998 - submetido à sanção de 06 meses a 02 anos de detenção - e também o crime de usurpação de bens da União, previsto no art. 2º da lei 8.176/1991 (sanção entre 01 e 05 anos de detenção e multa).

A vingar essa lógica, cuidar-se-ia de uma espécie de concurso formal inexorável, dado que - mesmo que o agente desejasse cometer um só crime - ele não teria como consumir apenas um desses delitos, dada a íntima relação entre as licenças necessárias para essa atividade.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> BRASIL, STJ, REsp 1287467, rel. Min. Laurita Vaz, DJE 05.03.2012.

<sup>15</sup> O art. 3º da lei 7.805/1989 dispõe que "a outorga da permissão de lavra garimpeira depende de prévio licenciamento ambiental concedido pelo órgão ambiental competente."

1. O art. 2º da Lei n. 8.176/91 busca tutelar e preservar o patrimônio da União, proibindo a usurpação de suas matérias-primas, enquanto o art. 55 da Lei n. 9.605/98, impõe sanções a atividades lesivas ao meio ambiente, proibindo, dentre outras, a extração de recursos minerais. 2. Em sendo distintos os bens jurídicos tutelados, não há falar em conflito aparente de normas, mas sim em concurso formal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>16</sup>

I - O art. 2º da Lei 8.176/91 descreve o crime de usurpação, como modalidade de delito contra o patrimônio público, consistente em produzir bens ou explorar matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. Já o art. 55 da Lei 9.605/98 descreve delito contra o meio-ambiente, consubstanciado na extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida. II - Se as normas tutelam objetos jurídicos diversos, não há que se falar em conflito aparente de normas, mas de concurso formal, caso em que o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes. III - Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do Relator.<sup>17</sup>

Vale a pena atentar, ademais, para o *obiter dictum* proferido pelo Min. Cezar Peluso no julgamento do RE 351.487-3/RO, que versava sobre a acusação da prática de genocídio em desfavor do povo Yanomami (massacre de Haximú). O recurso discutia apenas a questão alusiva à competência para o processamento da arguição penal, isto é, se o caso seria de competência do júri federal.

Ao que releva, no seu voto o Min. Cezar Peluso sustentou que haveria concurso formal entre o cogitado crime de genocídio e os doze alegados homicídios, imputados ao arguido. E isso porque a pena do genocídio aparentava ser insuficiente, diante da gravidade dos delitos imputados (lei n. 2.889/1956).

Note-se que, conquanto seja o crime mais grave previsto no sistema jurídico, a pena cominada ao genocídio em muitos casos resulta inferior àquela aplicada ao latrocínio (art. 157, §3º, CP), o que é injustificado. A aplicação da teoria do concurso de crimes acaba sendo condicionada por alguma intuição moral.

O julgador acaba deliberando com grande margem de arbítrio - decorrente da ausência de critérios mais hígidos - para obter, com isso, a resposta que julga mais adequada (ou menos inadequada) para os casos trazidos à sua apreciação.

Com isso, significativas dúvidas a respeito da validade desse procedimento podem surgir, frente à indispensável necessidade de se tornar minimamente

---

<sup>16</sup> BRASIL, STJ, AGARESP 201102213750, rel. Des. Conv. Alderita Ramos, DJE 17.09.2012.

<sup>17</sup> BRASIL, STJ, REsp 815071, rel. Min. Gilson Dipp, DJU 19.06.2006, p. 203.

previsível a deliberação dos magistrados em temas que tocam de perto a liberdade.

Acrescente-se ainda a complexa questão que envolve os chamados delitos subsequentes - lavagem de dinheiro, receptação, favorecimento real, favorecimento pessoal etc. -, tema que pode suscitar dúvidas a respeito da presença de comportamentos copunidos, também denominados de acompanhantes típicos.

O legislador penal, cuja atividade também deve ser justificada, como foi registrado acima, poderia censurar o autor do delito antecedente também pela lavagem dos produtos do mesmo crime? E isso com uma pena até mesmo superior, em muitos casos, àquela cominada ao crime prévio (pena de 03 a 10 anos e multa)?

Questões semelhantes surgem no que toca aos crimes antecedentes, situados em um espaço de preparação de outros delitos, à semelhança da associação em quadrilha, posse de petrechos para falsificação de moeda ou mesmo o ingresso em área de preservação permanente com material de caça.<sup>18</sup>

Ainda a título ilustrativo, há grande margem de insegurança no que toca à teoria do concurso de crimes, quando em causa os delitos omissivos (como contar os crimes?) ou os crimes imprudentes (quando, por imprudência, alguém provoca um incêndio matando dezenas de pessoas, ocorrem quantos crimes?).

Vê-se, tanto por isso, que há necessidade de reflexões densas sobre o conteúdo da garantia do *ne bis in idem*, enquanto freio oponível à própria atividade legislativa. Em que medida essa proscrição de dupla punição interditará a própria rotulação penal promovida pelo Congresso Nacional? Ora, para responder isso, deve-se aferir qual o conteúdo dessa cláusula, tanto quanto isso seja viável.

Por outro lado, o tema também cobra uma reflexão densa sobre a distinção entre o concurso aparente, de um lado, e o concurso formal, de outro. Nesse âmbito há significativa margem de arbítrio judicial, dado que a tradição não costuma oferecer critérios mais densos para que o julgador solucione esse conflito.

Afinal de contas, em ambos os casos há um mesmo recorte empírico suscetível de ser conjugado a distintos tipos incriminadores. Cuidando-se de concurso aparente, apenas uma das normas será aplicável - não necessariamente aquela que comina a sanção mais grave! -, e sem causa de aumento da pena.

Tratando-se, porém, de caso de concurso formal efetivo, a lei prevê a

---

<sup>18</sup> Comportamentos rotulados penalmente nos arts. 288 (associação em quadrilha), art. 291 (posse de petrechos de falsificação de moeda), ambos do CP e também art. 52 da lei 9.605/1998 (ingresso em área de preservação permanente na posse de instrumentos de caça).

aplicação da sanção mais elevada, aumentada de um sexto até a metade (art. 70, CP). E essa disparidade de tratamento legislativo já basta para indicar que o concurso formal (efetivo) não pode ser aplicado pelo julgador ao seu talante.

Mas, se todo poder deve ser controlado, qual o critério para se apreciar as sentenças judiciais nesse âmbito? Como saber se houve equívoco do julgador em determinado caso? Enfim, como apartar as hipóteses de concurso aparente e concurso formal, frente aos irrenunciáveis postulados de um Estado Constitucional?

O tema é razoavelmente complicado, eis que não se restringe apenas ao exame de enunciados normativos. Cumpre não perder de vista que tanto há 'concurso formal aparente', quanto 'concurso real aparente', como bem explicitam Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend.<sup>19</sup>

Melhor dizendo, para se examinar o tema da mera aparência de concurso, impõe-se o exame da questão da delimitação temporal da atividade humana sob julgamento. Em um conjunto significativo de casos, aplicar-se-á apenas uma sanção penal, a despeito de se reconhecer a presença de uma pluralidade de ações.

E é justamente por conta disso que o próprio problema da ação humana deve ser examinado no contexto da presente tese. Melhor dizendo, não há como se contornar a complexa discussão a respeito dos critérios para se recortar unidades de conduta humana - algo que se revelará importante para objetivar o que deve ser trazido a julgamento nos autos do processo (recorte temporal dos fatos relevantes).

Daí que o tema do concurso de crimes, no que releva à presente investigação, exige um conjunto de reflexões bastante complexas. Há problemas valorativos - como já dito, a própria definição do alcance do *ne bis in idem*, a questão alusiva à fundamentação da pena, ao confronto do desvalor do resultado como desvalor da ação, questões pertinentes à consunção e comportamentos copunidos.

Também há problemas metafísicos, que tocam de perto essa tentativa de se recortar o *continuum* da atividade humana em unidades de ação. Nesse âmbito, coloca-se a questão pertinente à delimitação do período sob julgamento, eis que, em princípio, o concurso aparente demanda alguma continuidade entre as atividades sob julgamento (ou, quando menos, relação de meio/fim entre essas condutas).

---

<sup>19</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. 5. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Colmares, 2002, p. 762 e 790. Quando se fala que há 'concurso real aparente', isso significa que é possível que uma pluralidade de ações seja submetida a uma única sanção, tal como ocorre nos casos de ante-fato e pós-fato impuníveis (também chamados de comportamentos copunidos), ou mesmo nas hipóteses de consunção, delitos progressivos, unidade de ação em sentido natural etc.

Por fim, a questão demanda considerações que tocam à lógica. Melhor dizendo, o tema cobra reflexões sobre as relações entre enunciados, o que deve ser promovido tanto sob viés diacrônico (i.e., sucessão de leis penais no tempo), quanto sincrônico (concurso aparente de normas igualmente vigentes).

As normas podem manter, entre si, relações de identidade, heterogeneidade, inclusão e interferência. Ao longo da tese, essas relações serão detalhadas, com a invocação dos exemplos pertinentes: relações de especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade.

Anote-se, todavia, que a presente tese trata, a bem da verdade, muito mais do problema da deliberação judicial na temática do concurso de crimes. Almeja-se indicar que se cuida, a rigor, de um problema hermenêutico, dependente, por conseguinte, das pré-compreensões do julgador; o que não pode se traduzir, repita-se, em simples voluntarismo e decisionismo (robisonadas, como dizia Gadamer).

Ambiciona-se, tanto por isso, confrontar os problemas da dogmática penal - enquanto instrumento de contenção do poder punitivo! - com os *insights* fornecidos pela Sociologia, pela Filosofia da Ação e pela hermenêutica. Não se cuida da *art pour la art*, eis que tais elementos são imprescindíveis para uma adequada conjugação dos vetores acima.

Defende-se, ao final da tese, a presença de um significativo espaço de arbítrio judicial no âmbito da teoria do concurso - mais especificamente, quanto à mencionada distinção entre concurso aparente e concurso efetivo -, a ser superada com o deliberado empenho da comunidade jurídica em cobrar a devida fundamentação das sentenças.

Não se cuida, todavia, de uma aferição empírica.

Evitou-se um exame estatístico das sentenças judiciais, a fim de se demonstrar que, quando em causa o concurso de crimes, elas seriam mais equivocadas. Não! Até porque é discutível a viabilidade de algo do gênero.

Ora, para que tal procedimento fosse cogitável, o investigador deveria ofertar um ponto arquimediano (um ponto inequívoco de comparação), que permitisse catalogar as sentenças como corretas e como erradas.

Ou seja, não se recaiu nesse raciocínio estocástico, tão ao gosto de análise quantitativas. Não há lastro para se promover um juízo desse nível, de modo a se demonstrar - em termos pseudo-matemáticos - que realmente os magistrados tenderiam a se equivocar muito mais quando tratam do tema do concurso de crimes.

Referido método não é necessário nesse âmbito.

Adotou-se muito mais um exame holístico, escorado em uma tentativa de conjugação de alguns temas filosóficos com os problemas dogmáticos em causa. Há risco de se deturpar ideias alheias, ao se transpor complexos temas epistemológicos para o âmbito mais prosaico das teorias jurídicas e suas fórmulas e aforismos.

Repita-se, todavia, que a questão do concurso de crimes é realmente muito delicada. E isso pelo fato de depender de um conjunto de variáveis que lhe escapam; variáveis que não podem ser definidas já no próprio âmbito da teoria da confluência delitiva, exigindo a tomada de posição de que temas que lhe antecedem.

Eis a relevância dessa menção a problemas metafísicos, lógicos e axiológicos. Mera menção - deixa-se manifesto, desde logo -, porquanto não se tem a pretensão de se ofertar respostas para temas dessa ordem. Cuida-se muito mais de uma breve reflexão, promovida com o intuito de lançar questões, muito mais do que respondê-las integralmente.

Cuida-se de uma espécie de caleidoscópio, pelo qual se busca que os vitrais da Sociologia e da Filosofia suscitem dúvidas e novos ângulos de visada sobre o tema da decisão dos juízes, quando em causa o concurso aparente de crimes.

Defende-se nessa tese que os julgadores devem se esforçar em deixar explícitos, no limite do humanamente possível, todos os valores e pré-compreensões que animam suas sentenças. Somente assim haverá contenção do Estado de Polícia que dormita nas entranhas do Estado de Direito.

Não se cuida de tarefa singela, sabe-se bem, eis que muitos desses valores e preconceitos são inconscientes. Os intérpretes não têm a total percepção de todos os vetores que comprometem sua visão de mundo, conforme tem revelado a psicanálise. A distinção dos preconceitos positivos e preconceitos negativos também depende de interpretação, estando submetida, portanto, ao mesmo problema do círculo hermenêutico, carecendo de outras tantas pré-compreensões.

Mas essa dificuldade não infirma a proposta.

Cuidando-se essencialmente de um problema valorativo, o intérprete deve evidenciar suas premissas axiológicas. A decisão judicial deve ser consistente; deve respeitar os atingidos pela sua força. O mínimo que se espera de um julgador é que não decida os casos tal como o caniço agitado pelo vento.

Daí a incontornável necessidade de uma teoria sobre os ideais de vida boa que estão na base do Direito Penal (liberalismo, comunitarismo, libertarismo,

feminismo etc). Esse é um tema que escapa, por óbvio, do objetivo da presente investigação, conquanto acabe permanecendo nas suas entrelinhas.

Convém deixar claro: essa tese é animada por um viés cético.

Desconfia-se da viabilidade da obtenção efetiva de respostas exatas, acuradas, em matéria de Direito e moral. Trata-se da dificuldade em se matematizar/racionalizar valores, eis que os intérpretes costumam simplesmente projetar seus próprios preconceitos, enquanto leitura pessoal do mundo.

Mas isso não pode significar niilismo, repita-se. Conquanto não haja como advogar pretensões totalitárias sobre a verdade - e, por conseguinte, tampouco haja como ofertar alguma chave para decodificar os pretensos segredos da lei e da justiça! -, também é fato que há regras mínimas a serem respeitadas.

Parece muito mais fácil identificar decisões teratológicas, equivocadas, do que realmente dizer quando uma sentença é escoreita e adequada. Isso tudo ganha notas ainda mais intrigantes em uma sociedade altamente complexas, com inúmeros e conflitantes percepções sobre o que é bom ou o que é justo.

Atentando-se para toda essa dificuldade, ambiciona-se, com a presente tese, muito mais um convite à reflexão sobre todos esses temas, do que propriamente o oferecimento de um catálogo de respostas supostamente acuradas. Acredita-se que a formulação de perguntas seja mais importante do que a indicação de fórmulas prontas para a solução de casos.

Afinal de contas, tal como leito de Procusto, tais fórmulas costumam deixar muita coisa de fora. Não raras vezes, os teóricos se veem obrigados a promover remendos *ad hoc* em suas premissas, a fim de não se recair em soluções antitéticas.

Um exemplo talvez ajude a compreender isso.

Muitos teóricos sustentam que a quantidade de crimes deveria ser definida a partir da quantidade de ações. Deparando-se, então, com uma ação que redunde na morte de várias pessoas, o jurista então simplesmente 'multiplica' a conduta, dizendo que a cada morte correspondeira a uma ação para fins penais...

E é com esse pano de fundo, portanto, que se desenvolve o estudo adiante.

Inicialmente, formulam-se algumas considerações sobre a epistemologia, tema importantíssimo para tratar dos limites do próprio conhecimento. Nesse âmbito, confronta-se o realismo e o construtivismo, de um lado, e também o racionalismo, empirismo e intelectualismo, de outro.

Trabalha-se, pois, com o conceito de adumbração, desenvolvido pela



fenomenologia de Edmund Husserl, conceito que evidencia que toda percepção de mundo é limitada. A percepção humana depende de ângulo de visada, como sabido.

E isso é muito relevante, eis que denota que o próprio problema da unidade ou multiplicidade de crimes depende de opções políticas que a antecedem. Muito mais do que a perquirição de essências metafísicas ou unidades lógicas, o problema depende de critérios axiológicos, que não são dados pela 'natureza das coisas'.

A questão epistemológica encontra-se na base de toda investigação científica; são raros, todavia, os casos em que o teórico tenta explicitá-la. Na espécie, a tese encontra-se a meio caminho de duas concepções contraditórias (o construtivismo e o realismo). Assume-se expressamente certa ambiguidade no trato da questão, eis que ambas possuem virtudes e defeitos.

Por outro lado, no segundo capítulo tratou-se de algumas das muitas questões valorativas que tocam ao tema, socorrendo-se de teorias desenvolvidas no âmbito da Sociologia e da Filosofia. Foi com esse intuito que se examinou a teoria sistêmica de Niklas Luhmann e também a teoria da ação significativa de Habermas, teóricos que desenvolveram macro-teorias sociais.

Alguém pode questionar: qual a relevância disso para o tema do concurso? A resposta está no fato de que, como tudo o mais, a posição do intérprete a respeito da confluência de crimes depende da sua visão de mundo. E essa visão de mundo não pode ser suposta como algo solipsista, fruto de algum individualismo tosco.

A visão de mundo é construída socialmente, pelos mecanismos de socialização, aprendizagem e pela constante influência recíproca entre ação individual e estrutura (a já referida duplicidade hermenêutica referida acima). De outro tanto, o confronto entre Habermas e Luhmann também ganha relevo, de algum modo, na medida em que ambos elaboraram densas teorias sobre a sociedade, e - tanto por isso - teorias também sobre o Direito.

Atribuiu-se peso, ademais, para a obra de Hans-Georg Gadamer, cuja filosofia é de extremo relevo para a compreensão da forma como o homem lida com os fatos e também com os signos. Conquanto ele não tenha pretendido ofertar uma receita, uma técnica para bem interpretar, é fato que, quando menos, o livro 'Verdade e Método - I' revela os limites inexoráveis do entendimento humano.

Nesse mesma toada, promoveu-se breve exame da teoria da proporcionalidade, socorrendo-se sobretudo da obra de Carlos Bernal Pulido. Conquanto não se cuide, na presente tese, de exaurir o complexo problema da

proporcionalidade, referida obra revelou-se importante, dada a tendência de que muitos julgadores promovam uma espécie de dialética constante entre o *ne bis in idem* e o *tot poena quot delicta*.

Por mais que possa parecer prolixo, aludido exame revelou-se útil com o fim de evidenciar o que não pode ser feito! O juiz não pode simplesmente decidir ao seu líbito, sem o cuidado de respeitar um consenso mínimo emancipatório (os direitos fundamentais). Ou seja, o magistrado não pode simplesmente aplicar penas ao seu gosto, como se não houvesse anteparos a serem respeitados.

Na sequência, promoveu-se um exame panorâmico de alguns temas que acabam influenciando - e, portanto, condicionando - a teoria do concurso de crimes. Cuidou-se brevemente do problema do bem jurídico penal, fruto de inúmeras controvérsias e dependente dos já referidos ideais de vida boa.

Mencionou-se ainda o confronto entre desvalor da ação e desvalor do resultado, sobretudo diante da crítica formulada por Marcelo Sancinetti, em obra de fôlego. Advoga-se, na presente tese, uma concepção eclética, que atribui peso tanto ao desvalor da ação, quanto também ao desvalor do resultado.

Na sequência, promoveu-se breve menção ao problema da sorte moral (*moral luck*), tema conexo com a questão do desvalor do resultado. Cuida-se da discussão sobre o caráter probabilístico da produção de determinadas consequências empíricas, questão a ser confrontada com o postulado *culpa ubi non est, nec poena esse debet*.

Ensaiou-se, ademais, um exame panorâmico do problema da ação humana. Para tanto, promoveu-se uma pesquisa junto a algumas obras sobre filosofia da ação, sociologia e também da dogmática penal. Ao final do tópico, elaborou-se uma breve avaliação dos temas pertinentes à chamada unidade natural de ação, ação em sentido natural e realização reiterada do tipo.

Atribuiu-se peso, nesse âmbito, para o exame da teoria da ação significativa, desenvolvida por Vives Anton, e compartilhada por Paulo César Busato, Ramon Vásquez e Buján-Perez. Para tanto, promoveu-se breve análise da obra de Wittgenstein, sobretudo a partir também do texto de José Vázquez.

A tentativa de se recortar unidades de ação humana revela-se importante para a teoria do concurso, na medida em que trata, de um lado, de um problema de atribuição de sentido. Por outro, a ação serve como um critério de delimitação temporal do que pode ser apreciado pelo juízo.

Melhor dizendo, não há como se renunciar ao exame da teoria da ação, eis que se presta de um critério para individualizar o período da vida do agente - período de atividade -, suscetível de ser rotulado penalmente.

Esse é um tema razoavelmente complexo. Tanto por isso, privilegiou-se uma leitura holística, mediante conjugação dos principais marcos teóricos nesse âmbito, mas sem qualquer pretensão de exaurimento.

Avançou-se, depois, para o exame do tema do concurso de crimes. Optou-se pela menção a alguns tópicos dessa difícil temática, dada a inviabilidade de qualquer tentativa de se esgotar a análise bibliográfica ou legislativa.

Há séculos que penalistas dissertam sobre esse tema. Bibliotecas já foram escritas para tratar do concurso de crimes. E, ainda assim, remanescem dúvidas e angústias; talvez pelo fato de que, na base, há algo inefável...

Repita-se: o problema depende, no fundo, muito mais da ciência política do que da dogmática jurídica. Mas não foi esse o caminho adotado nessa tese, porquanto se privilegiou o confronto das categorias dogmáticas com alguns breves enunciados filosóficos.

Sabe-se, de todo modo, que esse é o '*ponto cego*' da argumentação jurídica. Há necessidade de uma sólida teoria sobre valores; uma teoria sobre os critérios para se coordenar ações na vida de relação.

Com esse pano de fundo, chegou-se enfim à questão do concurso aparente, discorrendo-se brevemente sobre a teoria da norma jurídica. Atribuiu-se algum peso, nesse âmbito, para a diferenciação entre concurso sincrônico e diacrônico - adjetivos que parecem destacar as diferenças entre o concurso aparente de normas e a chamada '*sucessão de leis penais no tempo*'.

Na sequência, os clássicos princípios do concurso aparente (especialidade, consunção, alternatividade, subsidiariedade) foram apreciados. Também nesse âmbito, buscou-se uma análise panorâmica, a fim de se permitir o debate mais relevante, i.e., o confronto entre concurso aparente e concurso efetivo de normas.

Atribuiu-se peso, nesse âmbito, para algumas teses dogmáticas: obras de Ingeborg Puppe, Margarida Roig Torres, Eduardo da Silva Correia, José Lobo Moutinho, José Palma Herrera, Michael S. Moore. Tentou-se uma breve exposição do pensamento desses teóricos, algo muito útil para demonstrar a complexidade e relevância do tema, em prol de um Direito mais democrático.

Depois do confronto dessa gama de informações, buscou-se equacionar a

questão da decisão judicial nesse âmbito. Reitere-se que não se ofertou um catálogo de receitas para bem decidir. Tratou-se muito mais da tentativa de se deixar manifestos os problemas e as perplexidades presentes nesse âmbito.

Eis, portanto, o traçado da presente tese.

Almeja-se demonstrar, ao final desse trabalho, que o problema do concurso de crimes - notadamente, a identificação dos casos de concurso aparente - tem servido como *'ponto cego'* da argumentação jurídica. E o ponto cego é o espaço em que se oculta o mito, o indizível e o incontrolável, como sabido.

Não há, porém, pontos arquimedianos! Não há uma métrica acurada para se examinar deliberações alheias. Carecemos, isso sim, de mais debates; de um esforço conjunto para a crítica das decisões que restringem a liberdade alheia. Um bom começo é o exame da tradição, para que mudanças possam ser promovidas.

**II.**

**ALGUMAS  
PROVOCAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS**

## II. ALGUMAS PROVOCAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS:

No horizonte do infinito. Deixamos a terra e subimos a bordo! Destruímos a ponte atrás de nós – melhor ainda, destruímos a terra que ficou atrás de nós! E agora, pequeno navio, toma cuidado! De teu lado está o oceano; é verdade que nem sempre breme e às vezes sua toalha se estende como seda e ouro, um sonho de bondade. Mas, virão horas em que reconhecerás que ele é infinito e que não existe nada mais terrível que o infinito. Ah, pobre pássaro, tu que te sentistes livre, agora te feres contra as grades dessa gaiola! Desgraçado de ti se fores dominado pela nostalgia da terra e se lamentares a liberdade que tinhas lá embaixo – pois agora não há mais 'terra'!<sup>20</sup>

Uma adequada reflexão sobre a teoria do concurso de crimes demanda uma prévia tomada de posição a respeito de complexas questões epistemológicas. Antes de se aferir quantos delitos teriam sido praticados ou quantas rotulações penais seriam cabíveis, impõe-se algum exame sobre a viabilidade do próprio saber.

Essa empreitada implica, todavia, um verdadeiro *bootstrapping*,<sup>21</sup> afinal de contas, procura-se conhecer os limites do próprio conhecimento. Com isso, tateia-se no escuro em busca de um ponto arquimediano para se mover o mundo!

Busca-se aqui apenas um exame panorâmico de algumas das mais importantes concepções gnoseológicas. Pretende-se uma tomada de posição que influenciará o desenvolvimento dessa tese.

Para tanto, inicialmente serão enfrentadas algumas considerações gerais sobre a epistemologia. Confronta-se o realismo com o construtivismo - uma diferenciação que diz respeito à relação sujeito-mundo. Na sequência, será promovida uma análise breve do racionalismo, do empirismo e do intelectualismo – classificação que busca evidenciar o principal componente do ato de conhecer (as sensações, a razão ou a conjugação de ambos?).

Mencionam-se também as concepções epistemológicas de Boaventura de Souza Santos - no seu discurso sobre a ciência - e também de Thomas Kuhn (o conceito de paradigma), com o objetivo de situar a presente tese. A noção de

<sup>20</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência**. Tradução de Antonio Carlos Braga. São Paulo: Editora Escala, [s.t.], p. 128.

<sup>21</sup> Essa expressão tem sua origem na fábula do Barão de Münchhausen, o famoso mentiroso. Gabola, ela teria se vangloriado de que, depois de cair em um pântano com o seu cavalo, teria retirado a si mesmo puxando-se pelos cabelos. Segundo outra versão, ele teria retirado a si mesmo do atoleiro, levantando-se pelas próprias botas. Daí o termo '*bootstrapping*', que significa essa pretensão de auto-constituir-se; erigir-se sem um ponto de apoio externo. Isso obviamente contradiz a lógica.

paradigma revelou-se bastante útil para o desenvolvimento dessa pesquisa.

Ao final desse capítulo, pretende-se que resultem manifestas as premissas epistemológicas empregadas nesse trabalho. Essa tese filia-se a uma concepção mitigada de realismo;<sup>22</sup> reconhece-se, com isso, que há um mundo independente dos seus intérpretes e de que o conhecimento teórico deve ser aferido pelo seu grau de consistência, e não apenas pela sua maior ou menor utilidade prática.

Vale a pena destacar: o conhecimento deve ser útil! Mas, não apenas isso, ele também deve ser coerente, sistematizado, reflexivo e denso. Daí que não se defenda, nessa tese, um ideário meramente pragmático.

Ora, "Conhecer as coisas é a capacidade que distingue os humanos de outros animais," apregoa Urbano Zilles.<sup>23</sup> Supõe-se, com isso, uma pretensa distinção entre homens e bichos: o salto da natureza para a cultura! Ao contrário de todos os demais entes, o ser humano teria a capacidade de compreender o mundo.

Pergunte a qualquer um na massa de gente obscura: qual o propósito da existência das coisas? A resposta geral é que todas as coisas foram criadas para nosso auxílio e uso prático! (...) Em resumo, todo o cenário magnífico das coisas é diária e confiantemente visto como destinado, em última instância, à conveniência peculiar do gênero humano. Dessa forma, o grosso da espécie humana arrogantemente se eleva acima das inúmeras existências que o cercam.<sup>24</sup>

O homem tem sido descrito, não raras vezes, como o animal que fala - o *zoon logikon* de Aristóteles. Imaginamo-nos o centro da criação, o vértice para o qual todos os demais seres deveriam convergir. "A natureza não fez nada em vão, disse Aristóteles, e tudo teve um propósito. As plantas foram criadas para o bem dos animais e esses para o bem dos homens. Os animais existiam para labutar, os selvagens para serem caçados. Os estóicos tinham ensinado a mesma coisa: a natureza existia unicamente para servir os interesses humanos."<sup>25</sup>

A aptidão para a técnica, para a manipulação de relações causais, seria a nota distintiva do homem: a sua essência. O conhecimento traz consigo, destarte,

<sup>22</sup> Adota-se aqui um realismo mitigado, conquanto também se atribua razoável peso, nessa tese, para concepções construtivistas como se indicará adiante (sobretudo a partir da concepção de 'observação' de primeira e segunda ordens, empregadas por Niklas Luhmann).

<sup>23</sup> URBANO, Zilles. **Teoria do conhecimento e teoria da ciência**. São Paulo: Paulus, 2005, p. 15.

<sup>24</sup> TOULMIN, G.H. *apud* THOMAS, Keith. **O homem e o mundo natural**: mudanças de atitudes em relação às plantas e aos animais. Tradução de João Roberto Martins Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 21. Trata-se de uma autorrepresentação lisonjeira do homem, à semelhança daquela fábula de Esopo: trouxeram perante um leão uma gravura em que um caçador matava um felino gigantesco. O leão exclama: 'certamente o artista era um homem!'

<sup>25</sup> THOMAS, Keith. **Op. cit.**, p. 21.

certa pretensão de dominação, de subjugação da realidade pelo pensamento.

Esse ideário está imbuído, de algum modo, do antagonismo entre o *ego* e o *aliud*; do confronto a *res cogitans* e o seu entorno (Filosofia da consciência). Supõe-se, no mais das vezes, que o conhecimento seja uma espécie de concatenação entre a representação psíquica e o objeto cogitado.

Atente-se para a clássica definição aristotélica de verdade: "Dizer que aquilo que é, não é ou que aquilo que não é, é, é falso; enquanto que dizer que aquilo que é, é ou que aquilo que não é, não é, é o verdadeiro."<sup>26</sup>

Para essa concepção, o conhecimento seria uma espécie de representação intelectual da realidade. Uma asserção verdadeira demandaria plena correspondência entre linguagem e o *noumenico*: *adequatio intellectus ad rem*. Para o lógico Alfred Tarski, por exemplo, um enunciado será verdadeiro se houver um estado de coisas que lhe corresponda no mundo.

Entendemos a verdade de uma sentença como a sua correspondência com a realidade. Essa frase um tanto vaga, que pode certamente levar a vários enganos e, frequentemente, o fez no passado, é interpretada da seguinte maneira. Vamos tomar como válidos todos os enunciados tais como: A sentença 'está nevando' é verdadeira se e somente se está nevando; a sentença 'a guerra mundial vai começar no ano de 1963' é verdadeira se a guerra mundial vai começar no ano de 1963. De forma bem geral, vamos aceitar como válida toda sentença da forma: 'a sentença x é verdadeira se e somente se p,' na qual 'p' deve ser substituída por qualquer sentença da linguagem sob investigação e 'x' por qualquer nome individual dessa sentença, desde que esse nome ocorra na metalinguagem. (Na linguagem coloquial, tais nomes são normalmente formados por meio de aspas). Os enunciados dessa forma podem ser encarados como definições parciais do conceito de verdade. Eles explicam de modo preciso, e em conformidade com o uso comum, o sentido de todas as expressões do tipo: 'a sentença x é verdadeira'.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> ARISTÓTELES *apud* SPROVIERO, Mário Bruno. A verdade e a evidência: estudo introdutório *in* AQUINO, Tomás de. **Verdade e conhecimento**. Tradução, estudo introdutório e notas de Luiz Jean Lauand e Mário Bruno Sproviero. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 84. Referida asserção é homofônica, tautológica, dado que a mesma proposição é empregada repetidamente para dizer algo.

<sup>27</sup> TARSKI, Alfred. **A concepção semântica da verdade**. Tradução de Celso Braidia *et al.* São Paulo: Editora UNESP, 2007, p. 152. Uma compreensão semelhante fora compartilhada, por certo tempo, por Ludwig Wittgenstein: "A princípio, Wittgenstein sustentou que o significado de uma proposição *p* é o fato que corresponde a ela na realidade; o fato de que *p*, se ela é verdadeira, e o fato de que *-p* se é falsa. Mais tarde, abandona essa ideia." GLOCK, Hans-Johann. **Dicionário Wittgenstein**. Tradução de Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998, p. 158. Para o Wittgenstein do *Tractatus*, haveria uma diferença entre fato e estado de coisas, conforme bem explicita Stegmüller: "Enquanto um fato sempre diz respeito a algo que realmente ocorre (*wirklich der Fall ist*), um estado de coisas representa apenas algo que possivelmente pode ocorrer (*möglicherweise der Fall ist*). Essa diferença espelha-se na diferença de conteúdos entre proposições verdadeiras e falsas: nas duas proposições, 'Aníbal viveu antes de César' e 'César viveu antes de Aníbal', afirma-se que algo ocorre. No entanto, o conteúdo da primeira proposição, que é verdadeira, não vem apenas afirmado, mas é também algo que realmente ocorreu; corresponde a um fato. O conteúdo da segunda proposição



Sob esse ponto de vista, o ato de conhecer envolveria certa mediação entre linguagem e mundo; a necessidade de que - colocando-se em situação de absoluta imparcialidade – alguém pudesse contrapor a realidade e os signos. Mas esse *locus* não existe, dado que a linguagem é necessária para o próprio pensamento; ela é como a água em que os peixes nadam. Não há como conhecer senão mediante linguagem, da mesma forma como o médico não pode dissecar seu próprio cérebro.

Essa concepção semântica da verdade supõe uma distinção entre dois usos dos signos - a linguagem diretamente referida ao mundo empírico e a linguagem referida a si mesma (i.e., a metalinguagem).<sup>28</sup> Como diz Tarski, "Empregando a terminologia lógica medieval, poderíamos também dizer que, do lado direito, as palavras 'a neve é branca' ocorrem sob *suppositio formalis* e, do lado esquerdo, sob *suppositio materialis*. Não é tão necessário explicar por que devemos ter o nome da sentença, e não a própria sentença, no lado esquerdo da equivalência."<sup>29</sup>

Essa distinção entre uma linguagem e uma metalinguagem encontra-se na base da diferenciação entre a verdade formal - i.e., verdade enquanto mera derivação lógica de conceitos prévios - e a verdade-adequação (confronto entre signos e mundo), tal como empreendida na obra de Immanuel Kant:

Kant define, em sua *Lógica*, a verdade formal como sendo a concordância do conhecimento consigo mesmo; ou ainda, na *Crítica da razão pura*, como a concordância do conhecimento com seu objeto. A verdade é concebida como uma relação imanente ao espírito, a concordância do conhecimento com o objeto representado. A verdade, neste caso, seria a *objetividade* do pensamento. A objetividade reduz-se à validade universal do juízo, entendida como o que se impõe à razão comum de todos os homens. Assim teríamos que a verdade é o acordo do juízo com as leis imanentes da razão, ou simplesmente o acordo do pensamento consigo mesmo. Essa concordância do pensamento

---

(falsa), em contrapartida, não é um fato. O que se assevera numa proposição válida qualquer (mas não apenas logicamente válida) é, assim, sempre um estado de coisas. Pode tratar-se de um estado de coisas subsistente ou não subsistente. Se a proposição é verdadeira, então subsiste o estado de coisas, que é denominado fato; se a proposição é falsa, o estado de coisas não subsiste e, por conseguinte, não se tem um fato." STEGMÜLLER, Wolfgang. **A filosofia contemporânea: introdução crítica**. 2. ed. Tradução de Adaury Fiorotti e Edwino A. Royer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 377.

<sup>28</sup> Essa diferença já havia sido percebida por Frege, ao apontar para o objeto referido por uma proposição (i.e., o seu valor semântico) ou para a própria proposição em si (evidenciada, então, pelo uso de aspas). Confira-se com MILLER, Alexander. **Filosofia da linguagem**. Tradução de Evandro Luiz Gomes, Christian Marcel de Amorim e Perret Gentil Dit Maillard. São Paulo: Paulus, 2010, p. 27 e ss. Essa diferenciação (linguagem/metalinguagem) acaba por suscitar a questão da autorreferência e dos níveis de sentido, tema bastante discutido na obra de Niklas Luhmann, eis que também é possível se cogitar de uma metalinguagem da própria metalinguagem, e assim sucessivamente.

<sup>29</sup> TARSKI, Alfred. **Op. cit.**, p. 162.

consigo mesmo não seria a mera coerência do pensamento, mas a unidade entre o pensamento subjetivo e o objetivo.<sup>30</sup>

Ora, como sabido, a lógica não prova a higidez das premissas; ela apenas demonstra a correspondência entre as premissas e a síntese. Atente-se para o enunciado 'todos os homens são imortais. Sócrates é homem; logo, ele é imortal!'. Essa asserção é logicamente válida, dado que a conclusão retrata bem os enunciados anteriores. Muito embora a inferência seja formalmente adequada, a conclusão é falsa, dado que a premissa inicial é incorreta.

Feito esse breve apanhado, releva, no momento, atentar muito mais para essa suposição de que a verdade demande uma espécie de correlação entre o pensamento e a realidade. Alegou-se por séculos que o mundo deveria ser descrito, ou melhor, deveria ser refletido no espelho das palavras.

O Tratado Lógico-Filosófico, de Ludwig Wittgenstein, encampa, de algum modo, essa ordem de ideias. O 'primeiro' Wittgenstein partiu da premissa, àquele tempo, de que a estrutura da linguagem poderia retratar a mesma lógica presente na estrutura do mundo (teoria pictórica do significado).<sup>31</sup>

Não se desconhece, porém, que, com as Investigações Filosóficas, essa suposição da linguagem como representação de um estado de coisas foi substituída pela concepção da linguagem como uma espécie de jogo, como se fosse uma 'caixa de ferramentas' intersubjetivamente constituída.

Atente-se, ainda assim, para a significativa passagem do *Tractatus*:

- 2.12 A imagem é um modelo da realidade.
- 2.13 Aos objectos correspondem na imagem os elementos da imagem.
- 2.131 Os elementos da imagem são mandatários dos objetos na imagem.
- 2.14 O que constitui uma imagem é os seus elementos relacionarem-se entre si de modo e maneira precisos.
- 2.141 A imagem é um facto.
- 2.15 Que os elementos da imagem se relacionam entre si de um modo e uma maneira determinados representa que as coisas se relacionam assim entre si
- Chame-se a esta conexão dos elementos da imagem a sua estrutura, e à sua possibilidade, a forma da sua representação pictorial.
- 2.151 A forma da representação pictorial é a possibilidade de as coisas

<sup>30</sup> SPROVIERO, Mário Bruno. A verdade e a evidência: estudo introdutório in AQUINO, Tomás de. **Verdade e conhecimento**, p. 87. A respeito da concepção kantiana de verdade, leia-se também HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. Tradução de Christian Viktor Hamm e Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 33-53.

<sup>31</sup> Sobre a teoria pictórica do significado leia-se VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valência: Tirant lo Blanch, 2008, p. 96-98.

se relacionarem entre si, como os elementos da imagem.<sup>32</sup>

Deve-se empregar muito cuidado, por certo, na associação da concepção wittgensteiniana com essa ou aquela corrente filosófica. Ora, por mais que ele tenha empregado expressões compartilhadas por outros filósofos (coisas, estado de coisas, fatos, objetos simples etc.), L. Wittgenstein lhes atribuía um sentido muito peculiar, como bem enfatiza Wolfgang Stegmüller.<sup>33</sup>

Pode-se dizer, porém, que o 'primeiro' Wittgenstein possui notas positivistas.

Sabe-se que, por época da redação do *Tractatus*, ele supunha ser possível o confronto entre a estrutura da linguagem e o arcabouço do próprio mundo. Imaginava então a linguagem como uma espécie de retrato, ainda que imperfeito, do que realmente existe. Ele imaginava que a linguagem guardaria um conexão com a estrutura do mundo, tanto quanto uma pintura pode aludir à paisagem retratada:

Uma proposição, afirma Wittgenstein, é uma imagem da realidade (TLP: 4.01). À primeira vista, ele admite, uma proposição - tal como está impressa no papel, por exemplo - não parece ser uma imagem da realidade à qual ela diz respeito (4.011). Não obstante isso, ele insiste, quando entendermos como proposições representam a realidade, veremos que uma proposição é uma imagem: que o modo como imagens representam a realidade é essencialmente o mesmo que o modo como imagens representam a realidade. Essa é a intuição fundamental por detrás da abordagem do significado linguístico no *Tractatus*.<sup>34</sup>

À semelhança de um quadro - daí se tratar de uma teoria pictórica – Ludwig Wittgenstein supunha que a linguagem deveria corresponder a um estado de coisas possível. A linguagem poderia representar uma realidade ausente; mas jamais uma realidade logicamente impossível. Não se poderia falar – de modo estritamente lógico – da cor de um som. Em termos lógicos, uma sinfonia não poderia ser qualificada como azul ou como amarela!

Ele resgatava a distinção, promovida tempos antes por Bertrand Russell, entre as asserções verdadeiras, as asserções falsas e as asserções sem sentido.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico. Investigações filosóficas** (edição conjunta). 2. ed. Tradução de M. S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995, p. 35.

<sup>33</sup> STEGMÜLLER, Wolfgang. **A filosofia contemporânea**, p. 374.

<sup>34</sup> CHILD, William. **Wittgenstein: introdução**. Tradução de Roberto Hofmeister Pich. Porto Alegre: Penso, 2013, p. 41.

<sup>35</sup> A respeito da concepção de Bertrand Russell, leia-se MILLER, Alexander. **Op. cit.**, p. 72-91. Niklas Luhmann sustenta, por seu turno, que o 'sentido' seria uma forma sem outro lado. Melhor dizendo, para ele, o verdadeiro 'sem sentido' seria inconcebível; isso porque dizer que uma expressão é 'sem sentido' já lhe atribui algum sentido (i.e., a expressão 'sem sentido' significa algo confuso, ininteligível

Wittgenstein supunha, àquele tempo, que o 'sem sentido', o *nonsense*, não poderia existir no mundo. A filosofia deveria se preocupar com a construção de uma linguagem acurada, apta a descrever a estrutura lógica da realidade.

6.53 O método correcto da Filosofia seria o seguinte: só dizer o que pode ser dito, i.e., as proposições das ciências naturais - e portanto sem nada que ver com a Filosofia - e depois, quando alguém quisesse dizer algo de metafísico, mostrar-lhe que nas suas proposições existem sinais aos quais não foram dados uma denotação. A esta pessoa o método pareceria ser frustrante - uma vez que não sentiria que lhe estávamos a ensinar Filosofia - mas este seria o único método estritamente correcto.<sup>36</sup>

Essa concepção acaba por pagar um elevado preço: a vingar essa premissa as interjeições e os vocativos não pertenceriam à linguagem, já que não correspondem a algum objeto na realidade (expressões como 'olá', 'que bom que veio!' não correspondem a objetos delimitados no mundo empírico).

O fato é que, àquele tempo, L. Wittgenstein demonstrou maior atenção com o 'ser' veritativo (*einai hos to alethes*)<sup>37</sup> - i.e., concentrou seu interesse nas sentenças assertóricas – descritivas do mundo -, ao invés da questão pragmática (isto é, os usos elucucionários e perlocucionários da linguagem).

Essa alusão ao 'primeiro' Wittgenstein é apenas ilustrativa. Presta-se apenas para evidenciar o peso que essa concepção representacional da linguagem já adquiriu. Tanto por isso, não é de surpreender que ainda reverbere em muitas obras jurídicas, que pressupõem alguma correspondência entre linguagem e mundo.

Para uma significativa tradição filosófica, enfim, haveria uma íntima imbricação entre as asserções e a realidade: a linguagem permitiria, mesmo que de forma aproximada, o trânsito entre a natureza e a cultura.

---

etc.). Confira-se LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: lineamentos para una teoría general**. Tradução do alemão para o espanhol por Javier Torres Nafarrete. México: Universidad Iberoamericana, 1998, p. 79-80; LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução do alemão para o espanhol por Javier Torres Nafarrete. México: Herder: Universidad Iberoamericana, 2007, p. 27-40; LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrete. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 230-231; MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. **Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**. México: Universidad Iberoamericana: Herder, 2008, p. 60 e 63.

<sup>36</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 142.

<sup>37</sup> Sobre o uso do 'ser veritativo', confira-se a lição de Ernst Tugendhat: "Na sua discussão sobre os vários significados da palavra 'é', Aristóteles diferenciou esse prefixo 'é'. Ele apresentou a tese, à qual um pouco antes eu apenas aludi, que como este prefixo 'é' é dito que algo é verdadeiro e com o correspondente 'não é', que algo é falso. Ele justifica essa tese referindo-se à equivalência entre 'é o caso que *p*' e 'é verdadeiro que *p*'. Aristóteles chama este significado de ser *einai hos to alethes*. De acordo com isso, podemos falar em *ser veritativo*." TUGENDHAT, Ernst. **Lições introdutórias à filosofia analítica da linguagem**. Tradução de Ronai Rocha. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006, p. 73.

Hoje, esse ideário é visto com grandes reservas, sobretudo quando se tem em conta que não há museus de sentidos. As palavras não estão pelas coisas; tampouco há como demonstrar que haja alguma lógica no mundo, lógica anterior à linguagem (qualquer demonstração demandaria o recurso à própria linguagem, como facilmente se percebe).

Passa-se, portanto, a promover um breve confronto entre realistas e construtivistas, em um primeiro plano, e, logo depois, entre empiristas e racionalistas. Conquanto se trate de um exame panorâmico, ele permitirá assentar algumas bases para que o tema da pluralidade delitiva possa ser reexaminado.

Explicita-se novamente: essa contraposição é relevante para o tema do concurso de crimes. Um realista radical tenderá a exigir algum empirismo para o recorte de unidade de condutas - em seu extremo, ele tenderá, portanto, para o behaviorismo. Ao invés de atribuir atenção ao conteúdo simbólico, hermenêutico, do Direito, um realista buscará pretensas regularidades nomológicas.

Por seu turno, um construtivista radical provavelmente suporá que a linguagem é autorreferida. Ao invés de investigar uma pretensa realidade *noumenica*, ele tenderá a vaticinar ficções jurídicas. O Direito poderia 'inventar' ou 'multiplicar' unidades para fins de concurso, por exemplo.

Essa dissociação está no pano de fundo da questão do concurso, mesmo quando não seja expressamente assumida pelos juristas dessa ou daquela corrente de pensamento. Trata-se, porém, de uma questão de graduação: dificilmente serão encontrados representantes rigorosamente realistas ou construtivistas, cuidando-se muito mais de um exame de predominância.

## 2.1. Distinção quanto ao objeto do conhecimento:

A distinção entre realismo e construtivismo (ou idealismo<sup>38</sup>) diz respeito ao

---

<sup>38</sup> Em certos textos – na obra de Mario Bunge, p.ex. - o 'idealismo' é apresentado como uma concepção aparentada ao construtivismo. Deve-se atentar, porém, para o fato de que o epíteto 'idealismo' retrata muito mais o chamado 'idealismo alemão' (Fichte, Schelling, Hegel), tradição filosófica que parte da premissa de que o espírito (i.e., as enteléquias) antecederiam ao real. Em Hegel, esse idealismo foi objetivado, por supor que as ideias existiriam de modo independente das mentes que as pensam – ou seja, uma reminiscência do Hiperurano platônico. Por seu turno, o construtivismo tem um alcance mais amplo: compreende todas as concepções que advogam que a 'realidade' seria produto de uma invenção coletiva, ainda que inconsciente. Daí que a aproximação entre construtivismo e idealismo deve ser promovida sempre com muitas cautelas, dado que não são absolutamente intercambiáveis. Ambas carregam, porém, certa dose de subjetivismo. BUNGE, Mario. **Caçando a realidade**: a luta pelo realismo. Tradução do inglês por Gita K. Guinsburg. São Paulo:

objeto do conhecimento: o que se busca conhecer? Ela também trata da natureza da ciência: busca-se um conhecimento verdadeiro ou apenas um conhecimento útil? Almeja-se a contemplação do mundo ou construção de um mundo?

### 2.1.1. Realismo epistemológico:

"Por realismo entendemos o ponto de vista epistemológico segundo o qual existem coisas reais, independentes da consciência," diz Johannes Hessen.<sup>39</sup> Ou seja, o realismo supõe que há um mundo empírico, que há uma realidade inexorável que se impõe sobre todos os seres sencientes.

Para Mario Bunge, por seu turno, "Se os referentes de uma teoria existem, existem por si mesmos, é dizer, independentemente de que sejam percebidos ou pensados: o sujeito cognoscitivo cria, põe à prova e aplica hipóteses e teorias, em lugar de ou bem criar seus referentes ou bem fazer-se passar-se por eles."<sup>40</sup>

Percebe-se, portanto, que o realismo ampara-se na distinção entre sujeito cognoscente e objeto: diferencia o ser que conhece e o ente cognoscível. O objeto cognoscível existe, é uma realidade em si, absolutamente alheia à *res cogitans*; quando menos, essa autonomia seria absoluta no âmbito das ciências naturais.

Ele aposta na pretensa objetividade e imparcialidade do intérprete.<sup>41</sup>

Perspectiva, 2010, p. 106. Sobre a concepção idealista, leia-se sobretudo HÖSLE, Vittorio. **O sistema de Hegel**: o idealismo da subjetividade e o problema da intersubjetividade. Tradução de Antônio Celiomar Pinto de Lima. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 9-79.

<sup>39</sup> HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. 2. ed. tradução de Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes 2003, p. 73.

<sup>40</sup> BUNGE, Mario. **Semántica I**: sentido y referencia. Tradução do inglês para o espanhol por Rafael Gonzáles del Solar. Barcelona: Gedisa, 2008, p. 103, traduziu-se.

<sup>41</sup> Max Weber distinguia duas posições: (a) a tomada de postura quanto a valores, que influenciaria o próprio interesse do cientista em estudar esse ou aquele fenômeno (relação com valores – *Wertbeziehung*) e (b) a isenção científica, vista como desprendimento, neutralidade, do estudioso quanto ao objeto estudado (independência de valores – *Wertfreiheit*). Percebe-se facilmente que há uma latente contradição entre essas duas categorias: a pessoa interessada, apaixonada, que dedica sua vida para estudar algo, não pode - em um segundo momento - atuar com distanciamento, como se fosse vazia de si. Colhe-se a síntese de Fritz Ringer: "Os construtos das ciências culturais e sociais refletem os valores dos investigadores; não emergem de uma realidade observada passivamente. Mas, se isso é verdade, então a objetividade dessas disciplinas só pode residir no fato de suas investigações, orientadas, embora, para (...) ideias axiológicas, não provarem e não poderem provar a validade dos valores envolvidos. Nossas preocupações culturais lançam as nossas investigações; mas, uma vez às voltas com um conjunto de fenômenos, dizia Weber, devemos analisar as nossas evidências por si próprias, sem maiores considerações pelos nossos interesses axiológicos." RINGER, Fritz. **A metodologia de Max Weber: unificação das ciências culturais e sociais**. São Paulo: Editora da Usp, 2004, p. 126, omitiu-se parte do texto. Todavia, esse distanciamento seria possível? O cientista conseguiria desprender-se dos seus valores? Como assegurar uma efetiva isenção de quem pesquisa valores sociais? A respeito do tema, leia-se

Essa concepção tem sido assumida pela maioria das pessoas, mesmo quando o fazem de forma irrefletida e inconsciente, como explica John R. Searle:

Quando agimos ou pensamos ou falamos das maneiras a seguir, tomamos muitas coisas como pressupostos. Quando batemos um prego, pedimos uma refeição para viagem em um restaurante, conduzimos uma experiência em laboratório ou nos perguntamos aonde iremos nas férias, tomamos os seguintes pressupostos: existe um mundo real totalmente independente dos seres humanos e do que estes pensam ou dizem sobre ele, e afirmações sobre objetos ou condições desse mundo são verdadeiras ou falsas dependentes se as coisas do mundo são realmente da maneira como dizemos que são. Portanto, p.ex., se ao fazer planos para minhas férias eu me perguntar se a Grécia no verão é mais quente do que a Itália, simplesmente parto do pressuposto de que existe um mundo real que contém lugares como Grécia e Itália, e que estes têm temperaturas variadas. Além disso, se eu ler em um guia de viagem que a temperatura média no verão é mais elevada na Grécia do que na Itália, sei que aquilo que o guia diz será verdadeiro se e somente se a temperatura média no verão for realmente mais elevada na Grécia do que na Itália. Isso porque parto do pressuposto de que tais afirmações só são válidas se houver alguma coisa independente da afirmação em virtude da qual, ou por causa da qual, elas são verdadeiras.<sup>42</sup>

J. Hessen promove uma distinção entre o que ele denomina de realismo ingênuo, o realismo natural e o realismo crítico.<sup>43</sup> O realismo ingênuo tende a confundir a representação de um objeto com o próprio objeto; ele ainda não permite uma dissociação entre pensamento e natureza: "Ele não distingue a percepção, que é um conteúdo de consciência, do objeto percebido. Como identifica os conteúdos de consciência aos objetos, acaba atribuindo aos objetos todas as propriedades que estão nos conteúdos. As coisas são, para ele, exatamente como as percebemos."<sup>44</sup>

Esse realismo ingênuo pode ser aproximado, com algumas cautelas, ao pensamento mítico, conforme análise promovida por Jürgen Habermas na Teoria da Ação Comunicativa: "Em sociedades arcaicas, os mitos cumprem de maneira exemplar a função unificadora própria às imagens de mundo."<sup>45</sup> Ele examina o pensamento mítico em busca de um ponto de comparação com a racionalidade teleológica, própria ao que denomina de ascetismo burguês intramundano.

---

também GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 374-375.

<sup>42</sup> SEARLE, John R. **Mente, linguagem e sociedade: filosofia no mundo real**. Tradução de F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 21-22.

<sup>43</sup> HESSEN, Johannes. *Op. cit.*, p. 74-80.

<sup>44</sup> Idem, p. 74.

<sup>45</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**. Volume I: racionalidade da ação e racionalização social. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 94.

J. Habermas enfatiza, é fato, que não há diferença entre estruturas lógicas do que chama de pensamento místico/arcaico e o pensamento dito racional, fiando-se para tanto nas lições de Evans-Pritchard:

O fato de considerarmos que a chuva é causada unicamente por condições metereológicas, enquanto os selvagens acreditam que deuses e espíritos podem influenciar a ocorrência da chuva, não é prova de que nossos cérebros funcionem de modo distinto dos deles (...) A essa conclusão não fui eu mesmo que cheguei, por meio de observações e raciocínios. Na verdade tenho muito pouco conhecimento acerca dos processos metereológicos que levam à chuva. Sei apenas aquilo que qualquer outro em minha sociedade também sabe: que a chuva tem causas naturais (...) Dessa forma, um selvagem que acredita que a chuva possa ser influenciada por meios mágicos adequados, se submetida à condições naturais e rituais apropriadas, não pode ser considerada menos inteligente. Ele não chegou a essa crença por suas próprias deduções e observações, mas somente assumiu essa crença como o fez com o restante de sua herança cultural, ou seja, por ter nascido em meio à sua cultura. Ambos pensamos segundo modelos de pensamento que nos foram postos à disposição pela sociedade em que vivemos. Seria insensato dizer que o selvagem pensa misticamente sobre a chuva e nós, em oposição, pensamento cientificamente sobre ela. Em ambos os casos estão envolvidos os mesmos processos mentais e o conteúdo do pensamento foi alcançado de modo semelhante. No entanto, podemos dizer que o conteúdo social de nosso pensamento sobre a chuva é científico e está de acordo com fatos objetivos, ao passo que o conteúdo social do pensamento selvagem é não científico por não coincidir com a realidade e também por ser místico, já que crê na existência de forças sobrenaturais.<sup>46</sup>

O realismo ingênuo tem alguma proximidade, destarte, com o pensamento mítico, caracterizado por Habermas pelo fato de ainda confundir o plano da realidade e o plano da normatividade: "a confusão entre natureza e cultura não significa de modo algum apenas o *emaranhamento conceitual* do mundo objetivo e do mundo social, mas também uma diferenciação (que percebemos como precária) entre *linguagem e mundo*, isto é, entre linguagem como *Medium* da comunicação e aquilo *sobre o que* se pode chegar a um entendimento na comunicação verbal."<sup>47</sup>

<sup>46</sup> EVANS-PRITCHARD *apud* HABERMAS, J. *Op. cit.*, p. 95-96. Parte do texto de Pritchard foi omitida pelo próprio Jürgen Habermas.

<sup>47</sup> HABERMAS, J. *Op. cit.*, p. 104, os itálicos são do autor. A palavra '*Medium*' foi mantida maiúscula, conforme grafia alemã. Ora, Habermas sustenta que o pensamento mítico ainda não teria dissociado conceitos de moralidade e de verdade, frente a conceitos empíricos como a causalidade ou a saúde; haveria uma confusão categorial entre o plano da natureza e o plano da cultura (i.e., confusão entre mundo empírico e mundo semiótico). Em p. 140 da mesma obra, Habermas sustenta que uma imagem mítica de mundo não permite "que ocorra uma diferenciação entre o mundo dos estados de coisas existentes, o mundo das normas vigentes e o mundo das vivências passíveis de expressão. A imagem de mundo linguística é reificada como ordenação do mundo e não se deixa entrever enquanto um sistema interpretativo criticável."



Para Johannes Hessen,<sup>48</sup> também há o realismo natural.

Ao contrário do realismo ingênuo, essa concepção não confunde a representação cognitiva e o objeto pensado. Ela não provê uma maior reflexão sobre os limites do próprio conhecimento: imagina ser absurdo supor que o sol não seja amarelo. Não empreende maior distinção entre o *noumenico* e o *phenomenico*.

Aristóteles sustentara, por exemplo, que a representação de um ente decorreria da formalização, na mente humana, de categorias/atributos presentes nas próprias coisas pensadas. Haveria correspondência entre pensamento e mundo.<sup>49</sup>

Já o realismo crítico está fundado, por seu turno, no reconhecimento das *qualias*; i.e., essa concepção admite que o conhecimento efetivo da realidade encontra inúmeros óbices. Também aduz que certas percepções apenas existem na psique humana: sons, odores, sensações térmicas etc. Ao mesmo tempo, porém, o realista crítico sustenta que os fenômenos decorrem de características peculiares dos objetos representados (a percepção de que a zebra é listrada decorreria de alguma qualidade própria, presente no referido espécime).

Também se pode mencionar o realismo externo – e externo, aqui, se presta a distingui-lo do realismo que apregoa a existência das enteléquias: i.e., a platônica existência efetiva da raiz quadrada de dois ou do círculo perfeito -; e distingui-lo do realismo ético, o qual sustenta a objetividade dos valores morais.<sup>50</sup>

Como visto acima, não poucas vezes o realismo encontra eco na concepção da verdade como correspondência: *veritas est adæquatio rei et intellectus*. Esse ideário compõe aquilo que John Searle denomina de posições-padrão: “Posições-padrão são as opiniões que temos antes da reflexão, de modo que qualquer desvio

<sup>48</sup> HESSEN, Johannes. *Op. cit.*, p. 74.

<sup>49</sup> A respeito da epistemologia aristotélica confira-se a obra de Enrico Berti, para quem "A solução dada por Aristóteles para o problema da relação entre pensamento e experiência consiste, de um lado, na afirmação da mais estreita unidade entre os dois termos em questão, o que equivale à afirmação da unidade entre o pensamento e o ser, de outro na ênfase à mais irredutível multiplicidade no interior do complexo assim constituído, que exprime, com isso, a irredutível multiplicidade do próprio ser." BERTI, Enrico. **Novos estudos aristotélicos I**: epistemologia, lógica e dialética. Tradução de Élcio de Gusmão Versosa Filho. São Paulo: Edições Loyola, 2010, p. 66. Para Johannes Hessen, porém, "A epistemologia aristotélica tem a deficiência de basear-se num pressuposto metafísico indemonstrado: a suposição de que a realidade possui uma estrutura racional" HESSEN, J. *Op. cit.*, p. 91. Pelo que foi mencionado acima, essa crítica também pode ser endereçada, com temperamentos, ao 'primeiro' Wittgenstein, quem então supunha que a estrutura da linguagem retrataria a estrutura lógica do mundo (teoria pictórica da linguagem).

<sup>50</sup> Conquanto Dworkin não chegue a ser um realista moral – e, portanto, por mais que ele não advogue a existência de algo como 'fatos morais' ou '*morons*' (pretensa objetividade de valores morais) -, ele sustenta ser possível o reconhecimento de verdades em matéria axiológica. Esse é o grande tema da sua última obra, conforme pode ser conferido em DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Londres: The Belknap Press, 2011, p. 9 e p. 24-87.

delas exige um esforço consciente e um argumento convincente.”<sup>51</sup>

J. Searle, um realista, afirmava haver uma realidade independente da mente de quem a pensa. Mas esse mundo empírico não exaure o que existe: também há um mundo social - i.e., os fatos institucionais, dependentes de um consenso coletivo. “Nem todos os fenômenos no mundo são independentes da mente. Por exemplo, a existência do dinheiro, da propriedade, do casamento, das guerras, dos jogos de futebol e das festas depende de agentes humanos conscientes de uma maneira que as montanhas, as geleiras e as moléculas não dependem.”<sup>52</sup>

Alguns fatos existem independentemente de alguma instituição humana. Eu os chamo de fatos brutos. Mas alguns fatos requerem instituições humanas para poderem existir. Um exemplo de fato bruto é que a Terra situa-se a 93 milhões de milhas do Sol, e um exemplo de fato institucional é que Barack Obama é presidente dos Estados Unidos. Fatos institucionais são típicos fatos objetivos, mas curiosamente eles são apenas fatos por acordo humano ou aceitação. Tais fatos requerem instituições para que existam. E o que exatamente é uma instituição humana? Nós já vimos uma resposta implícita para a questão, e eu agora quero fazê-la explícita. Uma instituição é um sistema de regras constitutivas, e tal sistema automaticamente cria a possibilidade de fatos institucionais. Assim, o fato de Barack Obama ser o presidente, o fato de eu ter habilitação para dirigir ou o fato de uma partida de xadrez ter sido vencida por determinada pessoa e perdida por outrem são todos fatos institucionais porque eles existem dentro de um sistema de regras constitutivas.<sup>53</sup>

Outro realista contemporâneo é o argentino Mario Bunge, já mencionado acima, para quem “O realismo é a tese segundo a qual há coisas reais. Contudo, como qualquer outro sistema filosófico compreensivo, o realismo possui sete componentes: a ontológica, a epistemológica, a semântica, a metodológica, a axiológica (valor teórico), a moral e a praxiológica (ação teórica). Além disso, cada um desses constituintes aparece em vários matizes: ingênuo, crítico e científico.”<sup>54</sup>

Ele enfatiza, portanto, que o realismo pode ser distribuído em 21 níveis.

Ao que releva, o realismo ontológico argumenta que há um mundo externo, independentemente do sujeito cognoscente, nos termos já explicitados acima, com amparo em Johannes Hessen. O realismo epistemológico sustenta, por seu turno, que o mundo pode ser conhecido (mas não olvida que todo conhecimento é

<sup>51</sup> SEARLE, John R. *Op. cit.*, p. 18.

<sup>52</sup> *Idem*, p. 22.

<sup>53</sup> SEARLE, John R. **Making the social world: the structure of human civilization**. Nova Iorque: Oxford Press of New York. 2009, p. 10, traduziu-se.

<sup>54</sup> BUNGE, Mario. **Caçando a realidade**, p. 58.

incompleto e falível). O realismo semântico funda-se na premissa de que algumas proposições se referem a fatos, e que algumas dessas proposições são tendencialmente verdadeiras. O realismo metodológico afirma que a melhor estratégia para se conhecer o mundo é o emprego do método científico.<sup>55</sup>

O realismo axiológico parte do pressuposto de que há valores objetivos, à semelhança da saúde, do conhecimento, da beleza ou da paz; o realismo moral diz que existem fatos morais e que há verdadeiros princípios éticos, que não dependem da existência de consenso. O realismo prático sustenta que há "objetivos pares, tais como trabalho, bem estar; conhecimento, eficiência e participação, democracia."<sup>56</sup>

Conquanto haja, como já foi dito, vários graus de realismo, tais concepções carregam uma nota comum: a crença na distinção entre sujeito e objeto; enfatizam a necessidade de se tentar descrever efetivamente o mundo e compreendem a verdade como sendo a busca de alguma correspondência entre a linguagem e o *noumenico*. Por sinal, Mario Bunge fia-se explicitamente na distinção entre o observador e o ente observado:

O conhecimento de coisas triviais tem sido tradicionalmente encarado como um caso particular da relação sujeito-objeto: isto é, a relação entre explorador e explorado. Em outros termos, a cognição empírica envolve um ser senciante capaz de detectar sinais de um objeto de conhecimento. Por exemplo, alguém pode ver um livro desde que este reflita alguma luz que termine na retina dessa pessoa. Assim, a aquisição de conhecimento depende das possibilidades de: (a) distinguir o conhecedor ou o sujeito de um cognoscível ou de um objeto; ou (b) usando ou estabelecendo uma interação entre sujeito e objeto e, preferivelmente, alterando essa interação à vontade, como em um experimento.

A primeira condição, a capacidade de distinguir, depende da separabilidade, pois, se os dois termos da interação não forem separáveis, então não será possível assegurar qual foi a contribuição de cada um deles. De fato, se os constituintes do sistema sujeito/objeto estiverem fortemente unidos, o sujeito poderia pensar que ele é um criador (idealismo) ou uma criatura impotente (empirismo). No primeiro caso, ele não se daria ao trabalho de checar suas ideias, ao passo que, no segundo, não se atreveria a ter quaisquer ideias além das sugeridas pela experiência sensorial.<sup>57</sup>

Bunge expressa verdadeira aversão ao existencialismo. Ele sustenta, por

<sup>55</sup> Idem, p. 58-59.

<sup>56</sup> Idem, p. 59. Em alguma medida, o realismo axiológico parece ter sido esposado por Ronald Dworkin, quando afirma que há verdades objetivas no âmbito da moral: "*I believe that there are objective truths about value. I believe that some institutions really are unjust and some acts really are wrong no matter how many people believe that they are not.*" DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**, p. 7-8.

<sup>57</sup> BUNGE, Mario. *Op. cit.*, p. 52.

exemplo, que "A metafísica é um discurso (em grego antigo ou em alemão moderno) sobre o Ser, o Nada e o *Dasein* - a existência humana - (Heidegger, 1953). Objeção: é impossível, porque semelhante discurso resulta inteligível e, ademais, é manifestamente irracional. Se o leitor tem dúvidas, leia a Heidegger ou Sartre."<sup>58</sup>

Ele defende uma metafísica como cosmologia geral ou ciência geral; concebe a metafísica como a ciência que se ocupa do que há e imagina a realidade como o 'mundo concreto'. De modo semelhante a Karl Popper, ele sustenta que a psicanálise e a hermenêutica seriam meras pseudociências.

Mario Bunge alega que o convencionalismo seria falso, "posto que uma teoria sem nenhum tipo de referência fática pode considerar-se uma teoria matemática, mas dificilmente uma teoria científica."<sup>59</sup>

Ele tem em conta as dificuldades para se retratar o *noumenico*, a realidade em si. Mantém, porém, grande reminiscência da teoria da *adequatio intellectus et rem*, como bem evidencia o seguinte excerto da sua obra:

Contrariamente a uma opinião difundida, o realismo científico não alega que o nosso conhecimento do mundo externo seja acurado. Basta que tal conhecimento seja parcialmente verdadeiro e que algumas das falsidades no nosso conhecimento possam finalmente ser detectadas e corrigidas, como corrigimos a nossa rota quando navegamos em nosso domínio (...) Testes de realidade (testes empíricos) mostrarão repetidamente que mesmo as mais acuradas teorias são, no melhor dos casos, mais ou menos aproximações que chegam cada vez mais perto e podem ser aperfeiçoadas. Rescher chama essa tese de aproximacionismo; eu o encaro como um constituinte do realismo científico.<sup>60</sup>

Em que pese, porém, essa advertência - a de que o teórico realista também reconhece que o conhecimento humano jamais será um retrato perfeito, exato, da realidade -, é fato que essa concepção acaba por privilegiar uma análise descritiva, empirista. Ela concentra sua atenção no que pode ser experimentado, no que pode ser medido, sentido, olvidando o espaço dos valores: ela relega ao segundo plano o espaço do simbólico e da interação humana.

Entre B. F. Skinner e Dilthey, essa concepção tende a ficar com o primeiro.

No âmbito do concurso de crimes, uma concepção realista radical tenderá a privilegiar a descrição objetiva de enervações. O trabalho jurídico aproximar-se-ia da

---

<sup>58</sup> BUNGE, Mario. **Ontología I**: el molblaje del mundo. Tradução do inglês para o espanhol por Rafael Gonzáles del Solar. Barcelona: Gedisa, 2011, p. 27, traduziu-se.

<sup>59</sup> BUNGE, Mario. **Semántica I**, p. 103, traduziu-se.

<sup>60</sup> Idem, p. 60.

anatomia; ao invés de se aferir o conteúdo comunicativo da ação, concentraria o foco nas alterações fisiológicas, quando existentes. Ela não ofertaria - para dizer o mínimo - uma resposta para os crimes omissivos, por exemplo.

### 2.1.2. Construtivismo epistemológico:

O construtivismo<sup>61</sup> pode ser apontado como a concepção rival do realismo. Ele supõe que, a rigor, não haveria uma realidade independente, alheia àquele ente que a observa. O construtivismo enfatiza o caráter social - humano, portanto - do que se possa chamar de 'a realidade'. Ele destaca que o '*mundo*' jamais é apreendido de forma neutra, abstraído dos preconceitos e dos mitos coletivos que o moldam e constituem.

Destaque-se, por exemplo, a análise levada a efeito por David Bloor:

Há poucas dúvidas sobre o que queremos dizer quando falamos da verdade. Queremos dizer que alguma crença, julgamento ou afirmação corresponde à realidade e que ela capta e retrata como as coisas são no mundo. Falar assim é provavelmente universal. A necessidade de rejeitar o que algumas pessoas dizem, e de afirmar o que outras falam, é básica à interação humana. Pode parecer uma infelicidade, portanto, que essa concepção comum da verdade acabe por se mostrar tão vaga. A noção de correspondência entre o conhecimento e a realidade da qual ela depende, é difícil de caracterizar de modo claro. Diversas palavras, como adequação, acordo ou figuração poderiam ser sugeridas, mas dificilmente uma é melhor que a outra. Em vez de tentar definir o conceito de verdade com mais precisão, uma abordagem diferente será adotada. Ela consiste em perguntar que uso é feito do conceito de verdade e como a noção de correspondência funciona na prática. Ficará claro que a subjetividade do conceito de verdade não é surpreendente e nem representa um entrave.<sup>62</sup>

David Bloor exemplifica a sua tese com a referência à teoria do flogisto (concepção química anterior à descoberta da oxidação). "Os químicos do século

---

<sup>61</sup> O termo 'construtivismo' é empregado por Dworkin e também por Luhmann para se reportarem à concepção contrária ao realismo. Confirma-se DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 63-67; LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 117 e 308. Luhmann também alude à expressão 'construtivismo operativo', ao sustentar que "o direito não adquire realidade por alguma idealidade estável, senão finalmente por meio daquelas operações que produzem e reproduzem o sentido específico do direito. Adicionalmente partimos do fato de que estas operações devem sempre pertencer ao sistema de direito (e naturalmente podem ser observadas desde fora). Isto e não outra coisa é o que afirma a tese da clausulara operativa. Caso se queira ajustar isto com a terminologia da teoria do conhecimento, poder-se-á também falar em construtivismo operativo". LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 97, traduziu-se.

<sup>62</sup> BLOOR, David. *Conhecimento e imaginário social*. Tradução de Marcelo do Amaral Penna-Forte. São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 64-65.

XVIII sabiam como preparar esse gás [hidrogênio], mas suas ideias a respeito das propriedades e do comportamento dele eram muito diferentes das nossas. Eles acreditavam, por exemplo, que o flogisto seria absorvido por uma substância que denominava *minium* ou cal de chumbo – que nós depois chamaríamos de óxido de chumbo. Além disso, eles acreditam que o *minium*, ao absorver o flogisto, transformava-se em chumbo.”<sup>63</sup>

Cuidava-se de uma explicação absolutamente diversa daquela que se consagraria, tempos depois, com Antoine Lavoisier, quem refutou a existência do tal *minium*, eis que alguns metais ganhavam massa com a combustão, ao invés de perderem o suposto flogisto.

O indicador de verdade que efetivamente utilizamos é se a teoria funciona. Damo-nos por satisfeitos quando encontramos uma visão teórica do mundo que opere isenta de dificuldades. O indicador de erro é o fracasso em estabelecer e manter essa relação de funcionamento com previsões bem-sucedidas. Uma forma de expor esse ponto seria dizer que há um tipo de correspondência que de fato utilizamos: não correspondência de teoria com a realidade, mas a correspondência da teoria com ela mesma. A experiência, tal como interpretada pela teoria, é submetida ao crivo da consistência interna sempre que isso for considerado importante.<sup>64</sup>

Uma linha promissora de investigação naturalista sobre a natureza da matemática é a do psicólogo que estuda como a matemática é aprendida. A matemática pode ser vista como um corpo de habilidades, crenças e processos de pensamento aos quais os indivíduos devem ser iniciados. Uma pessoa pode obter, eventualmente, tamanha autonomia e habilidade que estará fadado a realizar contribuições criativas ao corpo dos resultados aceitos – contribuições que, à sua vez, poderão ser transmitidas a outros. Tal abordagem, em conjunto com a análise das ideias matemáticas a ela associadas, pode ser denominada psicologismo.<sup>65</sup>

David Bloor parece supor que a verdade seja apenas uma construção social: a verdade apenas retrataria consensos coletivos. E, assim, para ele, o critério de validação deixa de ser a adequação entre as asserções e os fatos (teoria da *adæquatio intellectus*), para se traduzir na utilidade da teoria, na sua capacidade pragmática de outorgar uma leitura que seja aceita pelos seus destinatários.

<sup>63</sup> Idem, p. 65. Esse exemplo da teoria do *phlogiston* também é aludida na obra SKINNER, Burrhus Frederic. **Ciência e comportamento humano**. 11. ed. Tradução de João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 29.

<sup>64</sup> Idem, p. 66. Ver também NORRIS, Christofer. **Epistemologia: conceitos-chave em filosofia**. Tradução de Felipe Rangel Elizalde. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 63.

<sup>65</sup> BLOOR, David. **Op. cit.**, p. 134.

O construtivismo escora-se no consenso coletivo; não busca uma solipsista conjugação teoria/mundo. Ademais, enquanto o realismo apregoa uma demarcação forte entre conhecimento escorreito e a credence, ele mitiga essa distinção.

Para essa corrente da epistemologia, a astrologia e a astronomia se diferenciariam apenas quanto ao grau de formulação e refinamento de um vocabulário - linguagem e metalinguagem -, bem como quanto aos costumes dos observadores que as empregam.

"Com o construtivismo se indica um conjunto mais bem heterogêneo de abordagens teóricas provenientes de variados âmbitos disciplinares (biologia, neurofisiologia, cibernética, psicologia etc.) que compartilham a premissa segundo a qual o conhecimento não se baseia em sua correspondência com a realidade exterior, senão sempre unicamente sobre as construções de um observador."<sup>66</sup>

Assim, esse antirrealismo supõe que a busca da tal verdade seja apenas manifestação de uma específica construção social, sem pontos arquimedianos situados fora da linguagem. Esse pano de fundo admite uma variação de escala (há concepções mais construtivistas do que outras), mas sempre com a nota comum de enfatizar que a pretensa 'realidade' seria apenas uma invenção social.

Ou seja, o conhecimento deveria ser divisado como fruto de uma específica forma de vida; sendo absolutamente impertinente ao homem qualquer perquirição sobre a tal 'realidade em si'. Mesmo a ciência pretensamente mais exata e acurada seria fruto de preconceitos, de omissões e de escolhas.

Merece destaque, dentre os muitos teóricos construtivistas, a obra de Niklas Luhmann, quem enfatiza que - dado o caráter autopoiético da comunicação, segundo a sua concepção funcionalista -, o contato direto entre '*sistema*' e '*entorno*' seria inviável. A realidade seria criada, de certo modo, pelo próprio sistema social, mediante as irritações produzidas no seu contato com o entorno.

Deve-se ter em conta, por exemplo, o conceito luhmanniano de mundo - eis que, para ele, '*mundo*' é o conjunto de observações. Ou seja, o conjunto de diferenciações - um conjunto de diferenças!, repita-se, e não um conjunto de identidades previamente constituídas:

---

<sup>66</sup> CORSI, Giancarlo *et al.* **Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann.** Tradução do italiano para o espanhol por Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 51.

Na antiguidade podia-se discutir se o mundo era finito ou infinito, se teve um princípio e se teria um fim. Essa controvérsia foi tão inevitável como foi irresolúvel, porque não se pode pensar nenhum limite sem pensar também o outro lado do limite. A transformação que se produz não se encontra nesta dimensão. Segundo a concepção atual, o mundo não é nem um grande ser vivente, nem uma *aggregatio corporum*. Não é tampouco a *universitas rerum*, nem a totalidade do visível e do invisível - coisas ou ideias. Finalmente, tampouco é o infinito que haja de ser preenchido, nem o espaço nem o tempo absolutos. Não é nenhuma entidade que tudo 'contenha' e, que por isso, se 'sustente'. Todas essas descrições (e outras mais) podem ser efetuadas no mundo. O mundo mesmo é tão somente o horizonte total de toda vivência dotada de sentido - esteja endereçada ao interior ou ao exterior ou, no plano temporal, endereçada ao futuro ou ao passado. O mundo não se encerra com limites, senão com o sentido que nele se ativa.<sup>67</sup>

Atente-se para a análise de Dario Rodriguez Mansilla e Javier Torres Naffarete, no que toca ao construtivismo de Niklas Luhmann:

Ciência:

Seguindo a linha traçada por Locke, Berkeley, Hume e Bentham, o sistema científico havia criado uma teoria própria sobre a reflexão sobre aquilo que, no século XIX, se chamará de *Erkenntnistheorie* ou *épistémologie* na França – uma variável adiantada do construtivismo. Então unicamente se aceita a sensação (percepção) obtida no momento como provedora de realidade. Todas as demais identificações (incluindo a identidade do observador e dos objetos) se tornam ficção ou hábitos. Terá que renunciar a qualquer tipo de fundamentação aferida a partir da essência das coisas, ou da analogia a partir de ideias inatas. Como pode um espírito cognoscente (*mens, mind*) capturar algo do mundo real em circunstâncias nas quais pode equivocar-se totalmente? Suas premissas podem estar equivocadas (tradição do ceticismo) ou sua percepção da realidade pode ser errônea. Chega-se, portanto, ao ceticismo epistemológico: não se pode chegar a uma teoria geral onde a percepção seja totalmente segura e, dado que o mundo sempre oferece exemplos contrários, a indução se constrói sobre o hábito ou sobre os costumes. Com a sua teoria transcendental, Kant propõe o caminho da segurança forjada internamente, é dizer: segurança reflexivamente produzida. Em todos estes esforços o estatuto do ser humano se torna abstrato e geral.<sup>68</sup>

Diretamente da obra de Niklas Luhmann, destaca-se o seguinte excerto:

Sem embargo, todavia, não se esclarece de que maneira um conhecimento, situado de tal modo no mundo, cumpre com sua tarefa e, porém, menos ainda como uma teoria do conhecimento pode controlar se ela cumpre essa tarefa ou não. Como teoria reflexiva do

<sup>67</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 115. Ele sustenta, ademais, que a suposição de um mundo como conjunto de todas as coisas mantinha uma relação estreita com uma estrutura social hierarquizada: "As sociedades mais antigas - sustentadas na forma de sua diferenciação - previam a inclusão estável dos seres humanos em determinadas posições sociais; por isso, deviam conceber o mundo como totalidade das coisas." LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 118, traduziu-se.

<sup>68</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. *Op. cit.*, p. 559-560, traduziu-se.



sistema científico, a teoria do conhecimento tem a ver, em primeiro lugar, com a relação entre o conhecimento e o objeto, é dizer, com a relação que o conhecimento estabelece com a realidade. Neste ponto, a autorreferência pura significaria: é real aquilo que o conhecimento indica como real. Esta informação sempre tem resultado insatisfatória, e segue sendo insatisfatória. Sem embargo, não há como fugir do círculo vicioso; pelo contrário, há que interrompê-lo por meio de condições. Esta é a função das causas. Mas estas somente transformam o círculo vicioso em um *ad infinitum*, já que agora há que se perguntar pelas causas das causas. Por isso, o regresso *ad infinitum* é equipado com esperanças de aproximação que encontram sua segurança última no funcionamento da complexidade. Se as causas se fundamentam de novo e se cada etapa se mantém aberta à crítica e disposta à revisão, resulta cada vez mais improvável que uma edificação assim realizada possa apresentar-se sem nenhuma referência à realidade. A circularidade não resta eliminada, mas sim acaba sendo utilizada, deslocada e destautologizada. Sem esta autorreferência de base, qualquer conhecimento se destruiria. Somente por intermédio dela é possível representar uma estrutura sensível ao entorno que obtenha informação do que a ciência chama a realidade (assuntos, objetos).<sup>69</sup>

Niklas Luhmann assevera que a ciência subsistiria em um círculo diabólico (*Teufelskreis*); e que não haveria como escapar disso! Não existiriam pontos de comparação, alheios ao mundo social, que permitissem colocar teorias à prova de uma forma absolutamente segura. Os métodos científicos seriam empregados no interior da própria ciência, submetidos à linguagem e às autorreferências próprias de um microsistema funcional do sistema maior (isto é, a sociedade).<sup>70</sup>

Isso não significa que, para Luhmann, qualquer afirmação seja aceitável; não implica que não haja critérios para avaliar teorias. Ele diz que a própria sociedade teria desenvolvido uma complexa diferenciação entre a *doxa* e a *episteme*: entre a opinião desqualificada e a análise refletida e sistematizada.

De todo modo, para o professor de Bielefeld a busca da tal verdade funcionaria apenas como um mito regulativo da atividade dos cientistas, de modo a estimulá-los a tentar superar teorias anteriores, a criticá-las e a elaborar novas concepções, a partir da auto-observação - i.e., análise das teorias já existentes - e

<sup>69</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**, p. 425, traduziu-se. Ver também LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 687-910.

<sup>70</sup> "O antídoto contra a ideia da ciência que observa desde fora a sociedade consiste em mostrar que isto é impossível e que também outras disciplinas têm tomado consciência de um fato que havia permanecido oculto para a ciência clássica. O biólogo que estuda a vida, de pronto toma consciência de que ele mesmo é um ser vivo. Na física, Heisenberg descobre que na investigação das partículas o investigador se encontra consigo mesmo. A linguagem somente pode ser estudada em si mesma; a lógica também deve ser estudada logicamente. O objeto da sociologia se descreve a si mesmo e a própria Sociologia é uma dessas autodescrições." MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. *Op. cit.*, p. 51, traduziu-se.

heteroobservação, vale dizer: a análise do 'entorno' do sistema-ciência,<sup>71</sup> mas cujo acesso direto seria inviável (diante da diferença entre *noumeno* e fenômeno, verbalizada por Immanuel Kant). A natureza apenas estaria em causa depois de processada, depois de ter sido incorporada à comunicação.

Uma concepção construtivista enfatiza, como se percebe, o caráter relativo do conhecimento: supõe tratar-se de uma arbitrária construção social; logo, algo distante de uma efetiva descrição da suposta realidade.

Em alguma medida, essa premissa leva à crítica do cientificismo; coloca em questão o próprio método e a pretensa demarcação do conhecimento tido como seguro, em confronto com as meras crenças. Esbarra, portanto, na autoimagem dos homens da ciência, vaidosos pelo conhecimento acurado que julgam possuir...!

Foucault questiona justamente esse problema popperiano de demarcação; evidencia que a pretensão científica - o reconhecimento de algo como sendo verdade - carrega consigo um conjunto de interdições (os saberes assujeitados).<sup>72</sup> Ele opõe-se a essa pretensão narcisista: "Quais tipos de saber vocês querem desqualificar no momento em que vocês dizem ser esse saber uma ciência?"<sup>73</sup>

Paul Feyerabend argumenta que "A ciência é um empreendimento essencialmente anárquico: o anarquismo teórico é mais humanitário e mais apto a estimular o progresso do que suas alternativas que apregoam a lei e a ordem."<sup>74</sup>

A ideia de um método científico, que contenha princípios firmes, imutáveis e absolutamente obrigatórios esbarra na própria pesquisa histórica: "Descobrimos então que não há uma única regra, ainda que plausível e solidamente fundada na epistemologia, que não seja violada em algum momento. Fica evidente que tais violações não são eventos acidentais, não são resultados de conhecimento insuficiente ou de desatenção que poderia ter sido evitada. Pelo contrário, vemos

---

<sup>71</sup> A respeito da observação de primeira e segunda ordens, conferir LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**, p. 152-177, LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 697-708, LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 107, LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Tradução de Darío Rodríguez Mansilla. México: Herder: Universidad Iberoamericana, 2010, p. 169. Comparar essa concepção com FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**. 9. ed. Tradução de Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 3-61 e p. 99.

<sup>72</sup> FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 14-16.

<sup>73</sup> Idem, p. 15.

<sup>74</sup> FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. Tradução de Cezar Augusto Mortari. São Paulo: Editora da Unesp, 2007, p. 31.

que são necessárias para o progresso.”<sup>75</sup>

Ainda que não esposem um construtivismo radical, Humberto Maturana e Francisco J. Varela partem da premissa inexorável de que o conhecimento é função de um organismo:

Por isso, na base de tudo o que iremos dizer estará esse constante dar-se conta de que não se pode tomar o fenômeno do conhecer como se houvesse fatos ou objetos lá fora, que alguém capta e introduz na cabeça. A experiência de qualquer coisa lá fora é validada de alguma maneira particular pela estrutura humana, que torna possível a coisa que surge na descrição. Essa circularidade, esse encadeamento entre ação e experiência, essa inseparabilidade entre ser de uma maneira particular e como o mundo nos parece ser, nos diz que todo ato de conhecer faz surgir um mundo.<sup>76</sup>

Essa circularidade também é enfatizada por Martin Heidegger, em uma fundamental passagem da obra 'Ser e Tempo':

Este conhecimento pede o rigor da demonstração fundamentativa. A demonstração científica não pode dar já por suposto aquilo que tem por missão fundamentar. Mas se a interpretação tem que mover-se, em cada caso, já dentro do compreendido e alimentar-se dele, como dará resultados científicos sem mover-se em um círculo; sobretudo movendo-se, em cima, a compreensão pressuposta dentro do conhecimento vulgar do mundo e dos homens? Agora bem, este círculo é, segundo as mais elementares regras da lógica, um *circulus vitiosus*. Este negócio da interpretação historiográfica resta, em suma, expulsando o apriori do território do conhecimento rigoroso. Por mais que não se elimine esse *factum* do círculo no compreender, tem que contentar-se a historiografia com possibilidades de conhecimento menos rigorosas. Se o permite compensar em certa medida esta deficiência com a significação espiritual dos seus objetos. O ideal seria, sem embargo, e na opinião dos historiadores mesmos, que se pudesse evitar o círculo e se tivesse a esperança de criar um dia a historiografia que fosse tão independente do ponto de vista do observador como se acredita que é o conhecimento da natureza. Mas ver nesse círculo um *circulus vitiosus* e andar buscando caminhos para evitá-lo e inclusive simplesmente senti-lo como uma imperfeição inevitável, significa não compreender, de raiz, o compreender. Não se trata de ajustar o compreender e a interpretação a um determinado ideal de conhecimento, que não é o mesmo, senão uma variedade do compreender que se tem metido na legítima, mas árdua tarefa de apoderar-se diante dos olhos em sua essencial incompreensibilidade (...) O decisivo não é sair do círculo, senão entrar nele de modo justo. Este círculo do compreender não é um círculo em que se moveria uma certa forma de conhecimento, senão que é expressão da estrutura existencial do prévio, peculiar ao *Dasein* mesmo. Este círculo não deve rebaixar-se ao de um *circulus vitiosus*, nem sequer ser tolerado. Nele se encontra uma positiva possibilidade que somente é empunhada de

<sup>75</sup> Idem, p. 37. Destaque-se ainda a sua conclusão, em p. 289, de que “Nem a ciência nem a racionalidade são medidas universais de excelência. São tradições particulares, não tendo consciência da sua base histórica.”

<sup>76</sup> Maturana, Humberto R.; Varela, Francisco J. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana.** Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Atenas, 2001, p. 31-32.

um modo genuíno quando a interpretação tem compreendido que sua primeira, constante e última função é evitar que as ocorrências e os conceitos populares lhe imponham em nenhum caso o ter, o ver e o conceber prévios, para desenvolvê-los partindo das coisas mesmas, de sorte que reste assegurado o tema científico. Por ser o compreender no sentido existencial o 'poder ser' do *Dasein* mesmo, os supostos ontológicos do conhecimento historiográfico superam radicalmente a ideia de rigor das mais exatas ciências. A matemática não é mais rigorosa que a historiografia, senão que tão somente está baseada em um círculo mais estreito de fundamentos existenciais.<sup>77</sup>

Esse ideário construtivista encontra eco, ademais, em Edgar Morin,<sup>78</sup> Boaventura Souza Santos,<sup>79</sup> Hans-Georg Gadamer,<sup>80</sup> dentre outros.

Enfatiza-se que não haveria pontos arquimedianos; a ciência estaria fundada uma autorreferência que não garantiria uma descrição sequer aproximada de algo que se possa chamar de '*a realidade*'. O *noumenico* seria desordenado, caótico. Somente com a observação – i.e., com escolhas e distinções - emergiria um mundo!

Uma vez que se tem rechaçado a referência a uma realidade última, garantia de estabilidade e adequação dos conhecimentos, não se pode já obter um novo ponto firme que permita formular afirmações definitivas: não existe o observador último que conheça a verdade. O construtivismo se consolida, assim, em um retículo recursivo de observações de observações, que não refletem a realidade, mas ao mesmo tempo se submetem a condições extremamente restritivas, se autorregulam e produzem estados ordenados compatíveis consigo. Em uma análise construtivista, por outra parte, a perda de uma referência independente (*Referenzverlust*) não apresenta nenhuma conotação negativa e não coincide de nenhuma maneira com a ideia de uma perda de realismo: são reais tanto os objetos como as operações que os constituem, e o que conta é não confundir as distinções diferentes. O ponto central se torna a capacidade de distinguir as distinções. No particular, caso se parta da distinção entre operações e observações, devem ter sido separados os problemas de codificação e os problemas de referência: cada observação utiliza a própria distinção como código para observar os próprios objetos, mas, ao mesmo tempo, gera enquanto operação um limite entre o interno e o externo (e, em consequência, a distinção entre autorreferência e heterorreferência).<sup>81</sup>

<sup>77</sup> HEIDEGGER, Martin *apud* CERETTI, Adolfo. **El horizonte artificial**: problemas epistemológicos de la criminología. Tradução do italiano para o espanhol por Sílvia Alejandra Biuso. Buenos Aires: IBdeF, 2008, p. 286-287, nota de rodapé, traduziu-se. Na edição brasileira, confira-se HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schubak. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 213-215. Leia-se também RESWEBER, Jean-Paul. **O pensamento de Martin Heidegger**. Tradução de João Agostinho A. Santos. Coimbra: Coimbra Editora, 1979, p. 111-118. Essa passagem também é analisada por Gadamer, como se confere em GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**, p. 355.

<sup>78</sup> MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 5. ed. Tradução de Dulce Matos. Lisboa: Instituto Piaget, 2008, p. 55 e ss.; MORIN, Edgar. **O método**: a natureza da natureza. 2. ed. Tradução de Ilana Heineberg. Porto Alegre: Sulina, 2008, p. 424 e ss.

<sup>79</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 17-40.

<sup>80</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**, p. 254 e ss.

<sup>81</sup> CORSI, G. *et al.* **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**, p. 53-54, traduziu-se.

Sem dúvida que isso pode ganhar um grau ainda maior de abstração: a diferença entre o ser e o 'não ser' (ontologia), a relação entre todo e partes (*corpus*), a diferença entre estrutura e função, confronto entre o sujeito<sup>82</sup> e a sociedade<sup>83</sup> etc.

Ademais, também há diferença entre concepções de mundo: enquanto para Aristóteles a realidade seria o mobiliário universal (o conjunto de coisas), para o primeiro Wittgenstein o mundo seriam os fatos, para Luhmann o mundo seria o conjunto de observações (logo, para ele haveria vários mundos!).<sup>84</sup>

Deve-se enfatizar que, para conhecer algo, primeiramente há que se conhecer o '*ser que conhece*' – o que tentou Heidegger -, e, atualmente, conhecer os '*seres que conhecem*' (pois o conhecimento é intersubjetivo): o microsistema ciência é, em alguma medida, também o sujeito coletivo do conhecimento.<sup>85</sup>

Este programa leva inevitavelmente a um conceito construtivista de ciência. Uma ciência que concebe a si mesma como observação de segunda ordem evita formular enunciados sobre um mundo externo independente das observações e encontra a última garantia da referência da realidade de sua cognição unicamente na faticidade do seu próprio operar e reconhecimento que isso não é possível sem pressuposições altamente complexas. Havíamos falado de acoplamentos estruturais. Seria então errôneo suspeitar de solipsismo. O corretivo está na mesma observação de segunda ordem, vale dizer: no componente autológico do conhecimento e no reconhecer que todo conhecimento é uso de distinções; nessa medida – e somente nessa medida! – ele sempre é um êxito do próprio sistema. Não poderia nem sequer formular-se o problema aqui discutido se não existisse a distinção entre autorreferência e heterorreferência; e esta distinção –

---

<sup>82</sup> Luhmann sustenta, por exemplo, que o sistema psíquico comporia o entorno do sistema 'sociedade'. A sociedade emergiria com a operação '*comunicação*' (comunicação que gera comunicação, de forma autopoietica). Ainda que os 'sistemas psíquicos' sejam necessários para a existência da sociedade, não seriam o seu fator de diferenciação (um único 'sistema psíquico', operando na base de 'consciência que gera consciência', não daria causa à sociedade, truismo dizê-lo). Isso não significa que, para N. Luhmann, o homem possa ser olvidado - ainda que ele se declare um anti-humanista, por outras razões. Significa apenas que, no seu afã de compreender a sociedade como um sistema autopoietico, ele reputa que a operação de base é a comunicação (para ele, a diferença entre a informação e o 'dá-la a conhecer'). Mas, sem dúvida alguma, aludidos conceitos devem ser divisados com certa reserva: caso não sejam bem compreendidos e bem empregados podem acarretar alguma tecnocracia e pensamento organicista. Esse risco está sempre presente!

<sup>83</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociedad de la sociedad**, p. 811. Ver também ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1994, p. 14-60.

<sup>84</sup> LUHMANN, Niklas. **Op. cit.**, p. 29, 38, 115.

<sup>85</sup> Caso se adote uma concepção autopoietica, como se percebe, o tal 'microsistema da ciência' poderia ser tomado como sujeito do conhecimento, levando a concepção luhmanniana ao extremo. O risco é o do antropomorfismo, atribuindo existência e ações aparentemente intencionais a construtos (coletividades). Habermas critica esse ideário por se tratar de uma tecnocrática reformulação da diferença 'sujeito-objeto' (substituindo-se o sujeito pela ideia de sistema e o objeto pela noção de entorno). Leia-se HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 511-534. Uma importante crítica ao pensamento luhmanniano encontra-se também na obra DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão**. 4. ed. Tradução de Ephraim Ferreira Alves e outros. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 254-260.

tal como resulta do enunciado – unicamente pode ser concebida no sistema mesmo e sem nenhum tipo de correlato no entorno.<sup>86</sup>

São significativas, não obstante isso, as críticas formuladas por Raymond Boudon contra o relativismo cognitivo (que ele associa ao construtivismo). Boudon sustenta haver, nesse âmbito, certo abuso da regra do ‘terceiro excluído’; para ele, existiria uma exagerada binarização da discussão:

A esse ponto interveio o mecanismo cognitivo que nos é familiar: a utilização abusiva do princípio do terceiro excluído.

É bem uma evolução desse tipo que se observa no próprio Kuhn, mais nitidamente em seus sucessores. Um argumento latente do seu livro pode, efetivamente, ser formulado da seguinte maneira: ou a seleção das ideias científicas é racional ou então ela não é. Ou pode-se estabelecer o(s) critério(s) de demarcação entre ciência e não-ciência, ou então não se pode fazê-lo. Se isso não é possível, é porque a distinção entre ciência e não-ciência é uma ilusão. De onde se conclui que uma teoria científica não poderia pretender ser mais objetiva que uma teoria metafísica. Se a distinção entre ciência e não-ciência não pode ser fundada logicamente, isso implica que ela é uma ilusão resultante de causas sociais. Doravante, seria necessário, portanto, abandonar a epistemologia e a filosofia das ciências em prol da ‘nova sociologia das ciências’ e substituir as ingenuidades do cientificismo por seu relativismo.

Esse processo de binarização da discussão é reencontrado de modo semelhante na oposição perene já evocada entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Grosso modo, o primeiro quer que o direito seja fundado em razão, enquanto que o segundo quer que ele reflita o estado dos costumes; o primeiro, que seja da competência da filosofia; o segundo, que o seja da sociologia.<sup>87</sup>

R. Boudon aduz que atualmente o realismo estaria ganhando novo fôlego.

Ainda que muitas teorias científicas tenham tido origem em idiosincrasias, isso não excluiria a racionalidade das suas asserções e a consistência das suas teses. Immanuel Kant dizia, por exemplo, que “não é porque não existem critérios do verdadeiro que este não existe. Buscar os critérios gerais do verdadeiro – ele ironiza – é tentar ordenhar um bode. Entretanto, a verdade não é uma ilusão.”<sup>88</sup>

Já Simon Blackburn alega que o construtivismo sofreria do ‘efeito de Ismael’ – que é outra forma de se referir ao ‘trilema do Barão de Münchhausen’. Isso porque Ismael, o marinheiro do livro ‘Moby Dick’, de Melville, narrou que a grande baleia teria se batido contra o navio do capitão Ahab; disse que apenas ele teria

<sup>86</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociedad de la sociedad**, p. 887-888.

<sup>87</sup> BOUDON, Raymond. **O relativismo**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Loyola, 2010, p. 24-25. Ver também BOUDON, Raymond. **O justo e o verdadeiro**: estudos sobre a objectividade dos valores e do conhecimento. Tradução de Maria José Figueiredo. Lisboa: Piaget, 1998, p. 36 e ss.

<sup>88</sup> KANT *apud* BOUDON, Raymond. **O relativismo**, p. 27.

sobrevivido, para contar o evento, “algo que, dada a história narrada, seria impossível de ser verdade.”<sup>89</sup>

Daí que, segundo Blackburn, “O relativista não pode dizer que todas as crenças humanas são subjetivas – exceto a crença de que todas as crenças são subjetivas.”<sup>90</sup>

Essa aporia do relativismo já havia sido denunciada por Stephen Toulmin:

Por um lado, Toulmin critica as soluções absolutistas que reduzem os conhecimentos teóricos, as ideias prático-morais e as valorações estéticas a argumentos dedutivamente conclusivos ou a evidências empiricamente constrictivas. Na medida em que os argumentos são conclusivos no sentido de ilação lógica, não produzem nada substancialmente novo, e na medida em que têm um conteúdo substancial, se apóiam em evidências e necessidades que podem ser interpretadas de forma diversa com ajuda de distintos sistemas de descrição e a luz de teorias cambiantes, e que não oferecem, portanto, nenhum fundamento definitivo. Mas, por outro lado, Toulmin critica igualmente as concepções relativistas, que não podem explicar a peculiar coação que exerce o melhor argumento, nem dar conta das conotações universalistas de pretensões de validade tais como a verdade das proposições ou a correção das normas. Toulmin sustenta que nenhuma delas pode dar conta de sua racionalidade dentro de seu próprio marco de referência. O absolutista não pode apelar para um primeiro princípio para justificar o primeiro princípio inicial e para assegurar o *status* da doutrina dos primeiros princípios. Por sua parte, o relativista se encontra na peculiar posição (ademais contraditória) de pretender que sua doutrina esteja de algum modo acima da relatividade de que adoeceriam os juízos em todos os demais âmbitos.<sup>91</sup>

Não há como solucionar totalmente essas aporias. Para contorná-las, costuma-se recorrer à arbitrária distinção entre a linguagem e a metalinguagem, com o fim de evitar que o ‘relativismo’ seja aplicado a si mesmo.<sup>92</sup>

Thomas Nagel é bastante preciso na sua síntese:

A objetividade e o ceticismo estão estreitamente relacionados: ambos se desenvolvem a partir da ideia de que existe um mundo real ao qual pertencemos e que as aparências resultam de nossa interação com as outras coisas contidas nele. Não podemos aceitar essas aparências de maneira acrítica, mas devemos tentar entender de que forma nossa própria constituição contribui para elas. Para isso, tentamos desenvolver uma ideia do mundo que contenha a nós mesmos, uma

<sup>89</sup> BLACKBURN, Simon. *Op. cit.*, p. 89.

<sup>90</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>91</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social**. 4. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Manuel Jiménez Redondo. Madri: Taurus, 2003, p. 45.

<sup>92</sup> Conforme Thomas Nagel citado por BLACKBURN, Simon. *Op. cit.*, p. 91 e ss. Ver também NAGEL, Thomas. **Visão a partir de lugar nenhum**. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 109-149.

descrição de nós mesmos e do mundo que inclua uma explicação de por que ele tem para nós a aparência inicial que tem. Mas essa ideia, uma vez que fomos nós mesmos que a desenvolvemos, é igualmente o produto da interação entre nós e o mundo, embora essa interação seja mais complicada e autoconsciente que a original.

Se não podemos confiar nas aparências iniciais porque elas dependem da nossa constituição de maneiras que não compreendemos totalmente, essa ideia mais complexa deveria estar aberta às mesmas dúvidas, pois qualquer coisa que utilizemos para entender certas interações entre nós e o mundo não é, ela mesma, objeto desse conhecimento. Não importa quantas vezes tentemos sair de nós mesmos, algo terá de permanecer por trás da lente, algo em nós determinará a imagem resultante, e isso nos dará motivos para duvidar se estamos realmente nos aproximando da realidade.

A ideia de objetividade parece portanto sabotar a si própria. O propósito é formar uma concepção de realidade que inclua, entre seus objetos, nós mesmos e o modo como vemos as coisas, mas parece que, seja o que for que forme essa concepção, não estará incluído nela. Conclui-se aparentemente que a visão mais objetiva que podemos alcançar terá de assentar-se sobre uma base subjetiva livre de exame e que, já que não podemos abandonar nosso ponto de vista mas apenas alterá-lo, não tem fundamento a ideia de que, a cada etapa sucessiva, estamos cada vez mais próximos da realidade.<sup>93</sup>

O problema é, portanto, que “da verdade não existe senão interpretação; e não existe interpretação senão da verdade.”<sup>94</sup>

Para Mário Bunge, como visto, essa concepção seria equivocada; ele reprova a sua base, enfatizando que ela estaria amparada em meros argumentos de autoridade (a opinião desse ou daquele autor construtivista).<sup>95</sup> Ele reclama que a ciência demandaria exame de fatos, detalhada análise de evidências, e isso não seria tomado suficientemente em conta pela corrente construtivista.

O construtivismo social é marcadamente falso: a esmagadora maioria dos fatos independe de quaisquer mentes e as ideias ocorrem unicamente em cérebros individuais. Isso não é negar que todos os pensadores, por mais originais, sejam intelectualmente devedores de outras pessoas. Nem é para negar que todos os sistemas sociais e todas as normas que os regulam sejam construídos por grupos sociais, ainda que nem sempre conscientemente. A questão dos realistas é que, embora todos os organismos - não apenas os humanos - construam seus nichos, todos eles empregam materiais e são fiéis a leis que preexistem a eles.<sup>96</sup>

Semelhante é a crítica lançada por Alan Sokal e Jean Bricmont, para quem o

<sup>93</sup> NAGEL, Thomas. *Op. cit.*, p. 111.

<sup>94</sup> PAREYSON, Luigi. **Verdade e interpretação**. Tradução de Maria Helena Nery Garcez e Sandra Neves Abdo. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 51.

<sup>95</sup> BUNGE, Mario. **Semântica - I**, p. 103.

<sup>96</sup> BUNGE, Mario. **Caçando a realidade**, p. 107. Sobre a concepção de verdade para o realismo, leia-se BUNGE, Mario. **Semântica II: interpretação y verdad**. Tradução do inglês por Rafael Gonzáles del Solar. Barcelona: Gedisa, 2009, p. 113-161.



construtivismo veicularia, no mais das vezes, uma espécie de impostura intelectual, sobremodo por conta de indevidas interpolações e má compreensão, por parte de teóricos das humanidades, de teorias desenvolvidas pelas ciências exatas.

A título de exemplo, eles invocam, para tanto, um alegado abuso da referência - no âmbito das ciências humanas - da teoria da incompletude (desenvolvida por Kurt Gödel).<sup>97</sup>

Não escrevi este livro simplesmente com o objetivo de explicar com precisão certo número de questões. Meu maior alvo são aqueles entre meus contemporâneos que - repetidamente, para sua própria satisfação - se apropriam de conclusões da filosofia da ciência e as põem a trabalhar a serviço de uma variedade de suas causas sociais e políticas para as quais tais conclusões estão mal adaptadas. Feministas, apologistas religiosos (incluindo 'cientistas do criacionismo'), contraculturalistas, neoconservadores e um grande número de outros excêntricos companheiros de viagens pretenderam ter levado a água vital para os seus moinhos, por exemplo, na incomensurabilidade e na subdeterminação das teorias científicas. A substituição da ideia de que fatos e evidências importam pela ideia segundo a qual tudo se reduz a interesses individuais e perspectivas subjetivas é a mais notória e perniciosa manifestação de anti-intelectualismo em nosso tempo - perdendo apenas para as campanhas políticas americanas.<sup>98</sup>

Essas críticas à concepção construtivista devem ser examinadas com a necessária abertura de espírito. Sem dúvida que categorias desenvolvidas no âmbito das ciências exatas (p.ex., a primeira lei da termodinâmica, a teoria da relatividade geral ou o postulado da incerteza, na Física; a teoria da incompletude ou os números imaginários, na Matemática; a variedade e a seleção natural, na Biologia) devem ser invocadas com muitas cautelas, quando em causa as ciências humanas. Não podem se prestar simplesmente a dar um verniz de autoridade - diante da suposta acurácia das ciências naturais - para teses que tocam às humanidades.

Igualmente certo, todavia, que o construtivismo não pode ser suposto como sendo um mero linguajar confuso e empolado, tal como parecem acreditar Bunge, Sokal e Bricmont. O construtivismo retrata uma específica concepção sobre a relação sujeito/objeto, encontrando anteparo em densos postulados epistemológicos, que serão mais bem equacionados adiante (a questão da distinção; a existência de pontos cegos; o *trade-off* entre completude e consistência etc.).

<sup>97</sup> SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. **Imposturas intelectuais: o abuso da Ciência pelos filósofos pós-modernos**. 4. ed. Tradução de Max Altman. São Paulo: Editora Record, 2010, p. 175-179.

<sup>98</sup> LAUDAN, Larry *apud* SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. **Op. cit.**, p. 59.

Cumpra enfatizar que não apenas teóricos das ciências humanas possuem conotação construtivistas. Também físicos de significativo reconhecimento científico compartilharam dessa compreensão sobre o conhecimento. Destaque-se, a título de exemplo, Heinz von Foerster, Feyerabend, Heisenberg e Bohr.<sup>99</sup>

Ora, um construtivismo radical tenderia a resolver os problema afetos à teoria do concurso de crimes no âmbito da teoria da pena. Melhor dizendo, tenderia a conceber a questão do concurso como sendo um mero problema de política criminal, mera questão valorativa ou de discurso jurídico. Ao invés de se perquirir sobre 'unidades' de conduta, o tema limitar-se-ia à identificação da pena válida.

Ele redundava em uma preocupação exclusiva com a rotulação do comportamento (substantivando adjetivos). O crime passa a ser sinônimo da mera infração, da agressão à lei ou da violação a bens jurídicos. Tantos bens jurídicos violados, tantos crimes e, pois, tantas penas - *tot delicta quot leges lesae*.

Enfim, uma concepção construtivista, no que toca ao concurso de crimes, poderia validar ficções jurídicas, a normatização dos pressupostos respectivos (abrindo-se mão de requisitos empíricos ou demonstrações de fatos).

## 2.2. Quanto ao mecanismo do conhecimento:

Como visto, a distinção entre realistas e construtivistas diz respeito à relação sujeito/objeto. Ela interroga sobre o grau de dependência do *interpretandum* frente ao intérprete: o realismo supõe uma realidade independente dos seres sencientes, enquanto que o construtivismo destaca o papel criador de qualquer observação.

Outra questão epistemológica relevante diz respeito ao ato de conhecer: a distinção entre empiristas, racionalistas e intelectualistas.

Qual o relevo dessa questão para o problema do concurso de crimes?

O fato é que os limites do conhecimento atingem, por óbvio, as pretensões que estão na base dessa tese. Caso alguém sustente que a função do jurista é recortar 'unidades naturais de conduta', também haverá de indicar a forma como

<sup>99</sup> Esses dois últimos são mencionados como '*subjetivistas*' - o que pode ser traduzido, pelo contexto, como significando *construtivistas* - por Rebecca Goldstein, quando trata do teorema da incompletude. Goldstein sustenta uma versão reducionista (objetiva) da tese defendida por Kurt Gödel, conjugando-a com o realismo (a ideia de que há um mundo real e de que a ciência é a melhor forma de conhecê-lo), compartilhada pelo seu descobridor. Ela lamenta, porém, que grandes mentes, como Bohr e Heisenberg, tenham se deixado enredar pelo 'subjetivismo'. Confirma-se GOLDSTEIN, Rebecca. **Incompletude:** a prova e o paradoxo de Kurt Gödel. Tradução de Ivo Korytowski. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 43.

essas unidades não de ser reconhecidas.

Esse conhecimento realmente seria possível?

Vê-se que não se pode ofertar um projeto comprometido na própria base.

Também aqui, porém, trata-se de uma visão genérica - e, portanto, assumidamente superficial -, eis que se pretende apenas posicionar o problema diante das distintas concepções em voga. Revelam-se, com isso, vários enfoques, com repercussões sobre o problema de fundo que anima essa investigação.

### 2.2.1. Confronto entre empirismo, racionalismo e intelectualismo:

O confronto entre empirismo e racionalismo busca identificar qual o principal componente do ato de conhecer: a percepção (visão, olfato, audição, tato, paladar) – em outras palavras, a experiência -, ou a racionalização, o intelecto (i.e., a organização, pela mente, das sensações múltiplas e caóticas)?

No exemplo de Johannes Hessen,<sup>100</sup> quando alguém diz que o sol aquece a pedra, isso tem sua origem em alguma experiência pessoal - a percepção de que, quando o dia está ensolarado, as pedras se aquecem mais rapidamente -, mas também de um componente racional: a relação de causa e efeito, que é uma categoria do pensamento, segundo Kant (*intelectualismo*).

O racionalismo apregoa que a razão é a principal fonte do conhecimento.

“Um conhecimento só merece realmente esse nome se for necessário e tiver validade universal. Se minha razão julga que deve ser assim, que não pode ser de outro modo e que, por isso, deve ser assim sempre e em toda parte, então (e só então), segundo o modo de ver do racionalismo, estamos lidando com um conhecimento autêntico.”<sup>101</sup>

Nos exemplos de Johannes Hessen - a rigor, desenvolvidos por Immanuel Kant, ao tratar dos 'juízos analíticos' -, isso ocorreria quando se afirma que o todo é maior que as suas partes, ou que os corpos são extensos. Essas são asserções que carregam a nota de coação lógica (é assim sempre, e não há como pensar de outro modo. A sua verdade não decorreria da experiência; cuidar-se-ia de mera derivação dos conceitos previamente delimitados pela própria linguagem).

Trata-se, de certo modo, da distinção entre verdades contingentes e

<sup>100</sup> HESSEN, Johannes. *Op. cit.*, p. 47-48.

<sup>101</sup> Idem, p. 48.

verdades necessárias:

Considere uma sentença verdadeira tal como ' $2+2=4$ '. As coisas poderiam ser modificadas de tal maneira que essa sentença fosse falsa? Parece que não: simplesmente não há situações possíveis em que a soma de 2 e 2 não é 4. Igualmente para 'todos os solteiros são não-casados': não há maneira aqui para que existisse um solteiro casado. Os filósofos tentam capturar essa característica de ' $2+2=4$ ' e 'todos os solteiros são não-casados' dizendo que elas são verdades necessárias. Algumas vezes essa noção é comentada como segue: uma verdade necessária é aquela que é verdade não somente neste, no mundo real, mas também em todos os mundos logicamente possíveis. ' $2+2=4$ ' e 'todos os solteiros são não-casados' contrastam com 'Major foi o primeiro ministro britânico em 1995' ou 'A Alemanha venceu em 1996 o campeonato europeu de futebol'. Embora essas sentenças sejam de fato verdadeiras, podemos conceber situações logicamente possíveis em que elas são falsas: há mundos logicamente possíveis em que Major perdeu a eleição de 1992 e assim não fora primeiro ministro em 1995, e há mundos logicamente possíveis em que alguma outra equipe, em vez da alemã, venceu o campeonato europeu de 1996 (por exemplo, a Escócia). 'Major foi o primeiro ministro britânico 1995' e 'A Alemanha venceu em 1996 o campeonato de futebol' são verdades contingentes. Ela são verdadeiras no mundo real, mas não em todos os mundos possíveis.<sup>102</sup>

A afirmação de que a água ferve a  $100^{\circ}$  C ao nível do mar é, portanto, uma verdade contingente. Sua correção depende do contexto empírico, em suma. Não se trata de mera verdade analítica, aferível pela simples decomposição tautológica dos enunciados em outros de igual sentido. A constatação da sua veracidade não pode ser promovida apenas no âmbito da linguagem, sem a conferência experimental, fática, do que ocorre.

A razão disso é que, nesses casos, dependemos da experiência. Não ocorre o mesmo com os juízos anteriormente citados. Julgo que todos os corpos são extensos na medida em que me represento claramente o conceito 'corpo' e encontro nele a nota característica 'extensão'. Esse juízo não está baseado, portanto, numa experiência qualquer, mas no pensamento. Daí resulta que os juízos baseados no pensamento, provindos da razão, possuem necessidade lógica e validade universal; os outros, não. Assim, prossegue o racionalista, todo conhecimento genuíno depende do pensamento. É o pensamento, portanto, a verdadeira fonte e fundamento do conhecimento humano.<sup>103</sup>

A matemática é a ciência ideal para o racionalismo, eis que ela é fundada em inferências deduzidas de premissas meramente axiomáticas: a menor distância entre dois pontos é uma reta; no plano, duas retas paralelas jamais se cruzam; a

<sup>102</sup> MILLER, Alexander. *Op. cit.*, p. 61-62.

<sup>103</sup> *Idem*, p. 49.

soma do quadrado dos catetos corresponde ao quadrado da hipotenusa etc.

Em outras palavras, o racionalismo busca uma espécie de conhecimento que abstraia a experiência; isso dá causa a certo idealismo quando transportado para outros âmbitos. Platão, com o seu mundo das ideias, ou Hegel, com a sua fenomenologia do espírito, foram, à sua maneira, matemáticos. Colocaram o concreto, o empírico, em *epoché* (*Aufhebung*), concentrando a atenção sobre a relação lógica entre conceitos e construtos.

Hegel cogitou até mesmo de uma filosofia *a priori* da natureza.<sup>104</sup>

Em Descartes, esse racionalismo vai encontrar eco com a sua teoria das ideias inatas (*ideae innatae*):

Há, em nós, um certo número de conceitos inatos, conceitos que são, na verdade, os mais importantes, fundamentadores do conhecimento. Eles não provêm da experiência, mas constituem um patrimônio original de nossa razão. Se, em Descartes, esses conceitos estariam mais ou menos prontos em nós, em Leibniz eles existem em nós apenas em germe, potencialmente. Segundo ele, as ideias inatas existem apenas na medida em que nosso espírito nasce com a faculdade de construir determinados conceitos independentemente da experiência.<sup>105</sup>

Segundo J. Hessen, em que pese a vantagem de lançar luzes sobre a importância da razão para a obtenção (ou será construção?) do conhecimento, o racionalismo pecaria por ser unilateral – i.e., por estar fundado em uma específica concepção de verdade: a verdade como inexorabilidade lógica - e por tender para certo dogmatismo.

Ele deduz o conhecimento a partir de meros conceitos, do que é ilustrativa a tentativa de Descartes de provar a existência de Deus a partir do conceito de perfeição: um ente para ser perfeito teria que se revestir do atributo da existência; logo, um ser perfeito existiria, já que o conceito de perfeição existe.

O racionalismo tende ao idealismo, como facilmente se nota.

Para Urbano Zilles, o racionalismo guarda íntimo liame com o método dedutivo-dogmático:

Dedução é o procedimento de inferir o particular do geral. É o resultado de um raciocínio a partir de uma verdade geral para uma instância particular. O dogma é a construção doutrinária da qual se deduz. O caminho dedutivo-dogmático parte da certeza de uma determinada

<sup>104</sup> HÖSLE, Vittorio. *Op. cit.*, p. 104-105.

<sup>105</sup> MILLER, Alexander. *Op. cit.*, p. 52-53.

teoria abrangente, por exemplo, de um texto autorizado, para daí concluir aplicações a casos singulares.

Enquanto a técnica confia na física, usa o método dedutivo-dogmático do conhecimento. A matemática usa tal método de maneira exclusiva. O procedimento dogmático é forte no direito, mas também nas ciências sociais, quando se elevam a dogmas teorias de certas escolas, como a de Marx. No campo social, esse método funcional enquanto o dogma ainda não se tornou anacrônico. Por exemplo, sem o Corão, o dogma central do islamismo, dificilmente teria surgido um império árabe.

O ápice e a superação desse método é o racionalismo iluminista europeu. A razão passa a ocupar o lugar que Deus ocupava na dogmática medieval.<sup>106</sup>

Ao contrário do racionalismo, a corrente empirista sustenta que a única fonte do conhecimento seria a experiência (daí o emprego da palavra *empeiria*). O homem não viria ao mundo com ideias inatas; antes, nasceria como *tabula rasa*.<sup>107</sup> Os conceitos, mesmo aqueles mais universais, nasceriam apenas da percepção e da experimentação. O conhecimento surgiria com a identificação de fatos concretos.

O empirismo tende a conceber a lógica como uma espécie de lei psíquica. A lógica seria o modo como a mente humana funcionaria: por conseguinte, ela teria conteúdo descritivo, e não normativo. E isso é alvo da crítica de Edmund Husserl<sup>108</sup> e de Gotlob Frege, apenas para ficar em alguns exemplos.

Se, em sua maioria, os racionalistas provinham da matemática, a história do empirismo mostra que seus representantes provêm quase que sempre das ciências naturais. Isso é compreensível, já que, nas ciências naturais, a experiência desempenha o papel decisivo. O que vale aí é o estabelecimento de fatos por meio da observação cuidadosa. O pesquisador é completamente dependente da experiência. É muito natural que alguém, trabalhando principal ou exclusivamente de acordo com esses métodos das ciências naturais, esteja inclinado de antemão a colocar os fatores empíricos acima dos

<sup>106</sup> ZILLES, Urbano. *Op. cit.*, p. 47.

<sup>107</sup> LAGIER, Daniel Gonzáles. *Acción y norma en G.H. von Wright*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995, p. 116-117.

<sup>108</sup> STEGMÜLLER, Wolfgang. *Op. cit.*, p. 55-59. CERBONE, David R. *Fenomenologia*. Tradução de Caesar Souza. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 31-33. Husserl e Frege se batem, a seu modo, contra o relativismo que adviria do psicologismo. A vingar a tese de que a lógica seria uma espécie de lei natural - i.e., lei de regularidades (à semelhança da lei da gravidade) - que descreveria o funcionamento do aparato psíquico humano, a pretensa '*verdade*' seria apenas uma forma pelo qual o homem raciocinaria, aniquilando a pretensão de acesso ao mundo. Ademais, o psicologismo deveria conceber a matemática como manifestação exclusiva do aparato psíquico humano, o que infirma a percepção de que a matemática ensinaria verdades *a priori*. Para Husserl, isso levaria ao paradoxo: "Reduzir a verdade à constituição humana significaria que sem esta não existiria nenhuma verdade. Entretanto, a proposição 'não existe nenhuma verdade' revela-se absurda em si mesma, pois é idêntica à proposição 'existe a verdade de que nenhuma verdade existe'. Portanto, o pressuposto do enraizamento da verdade na natureza especificamente humana também deve ser absurdo." STEGMÜLLER, W. *Op. cit.*, p. 57. Note-se, contudo, que não se pode descartar, em absoluto, que o cosmos seja algo absurdo, randômico ou absolutamente ilógico.

racionais. Se o epistemólogo de orientação matemática chega facilmente a encarar o pensamento como a única fonte de conhecimento, o filósofo provindo das ciências naturais estará inclinado a considerar a experiência como a fonte e o fundamento de todo o conhecimento humano.<sup>109</sup>

Segundo J. Hessen, há distintos graus de empirismo.

O sensualismo, defendido por Condillac, apregoa que o conhecimento apenas pode ser obtido a partir da percepção, por meio dos sentidos (percepção externa, o *sensus*). Por outro lado, também há empirismo que reconhece a aptidão para a percepção interna (autopercepção).

Por mais que possa ser reconduzido aos sofistas e estóicos - isso porque o estoicismo teria promovido, pela primeira vez, a comparação da alma humana com uma tábua na qual nada estaria escrito (*tabula rasa*) -, esse ideário foi desenvolvido sobretudo a partir das obras de John Locke, de David Hume e de Stuart Mill.

Estes autores carregam, como nota comum, um ceticismo metafísico: “Se todos os conteúdos do conhecimento provêm da experiência, então o conhecimento humano parece estar trancado de antemão nos limites do mundo da experiência. Uma ultrapassagem da experiência, um conhecimento do suprassensível é, portanto, impossível. Entendemos, assim, a posição cética do empirismo face a toda e qualquer especulação metafísica.”<sup>110</sup>

Essa corrente tem sua importância por valorizar a mensuração, a coleta de dados, a objetividade e a crítica pública dos resultados. Peca, todavia, por não conseguir dar uma explicação satisfatória à forma como as sensações, advindas das experiências, são organizadas em asserções coerentes e seguras. A universalização da experiência é promovida pela razão (o intelecto acrescenta algo à mera sensação, uniformiza, organiza os fenômenos).

Tentou-se, então, alguma mediação entre o racionalismo e o empirismo, com o chamado intelectualismo – *intus legere*, ler dentro –, concepção que dá peso tanto à razão quanto à experiência na obtenção do conhecimento. Ao contrário do racionalismo, porém, o intelectualismo supõe que os conceitos não decorrem de algum *a priori*, mas são elaborados a partir da experiência.

O intelectualismo enfatiza que, para além das percepções/sensações (experiências) também existem os conceitos, oriundos da organização, pelo

<sup>109</sup> HESSEN, Johannes. *Op. cit.*, p. 55.

<sup>110</sup> Idem, p. 58.

intelecto, das sensações amorfas. Essa foi a concepção de Aristóteles e, derivado disso, também o entendimento epistemológico de Tomás de Aquino.

Outra tentativa de conciliação entre racionalismo e empirismo foi promovida pelo apriorismo. Essa concepção parte da ideia de que alguns elementos do conhecimento seriam transcendentais, não sendo, destarte, fornecidos pela experiência. Reporta-se às chamadas formas do conhecimento, a partir da premissa de que “Conceitos sem intuições são vazios; intuições sem conceitos são cegas.”<sup>111</sup> Esse é o ideário de Immanuel Kant, com a sua tentativa de conciliar o realismo de Leibniz e Wolff, de um lado, com o empirismo de David Hume e Locke, de outro:

E ele [Kant] o fez afirmando que o material do conhecimento provém da experiência, enquanto a forma provém do pensamento. Com o material, tem-se em vista as sensações. Elas são completamente desprovidas de determinação e de ordem, apresentam-se como um puro casos. Nosso pensamento produz ordem nesse casos na medida em que conecta os conteúdos sensíveis uns aos outros e faz com que eles se relacionem. Isso ocorre por meio das formas da intuição. A consciência cognoscente introduz ordem no tumulto das sensações na medida em que as ordena espacial e temporalmente na simultaneidade ou na sucessão. Em seguida, com a ajuda das formas do pensamento (doze, segundo Kant), introduz uma outra conexão entre os conteúdos perceptivos. Conectamos, por exemplo, dois conteúdos perceptivos por meio da forma do pensamento (categoria) da causalidade, na medida em que consideramos uma como a causa, o outro como o efeito e estabelecemos, assim, uma conexão causal entre eles. Desse modo, a consciência cognoscente constrói seu mundo de objetos.<sup>112</sup>

Avaliando criticamente essas concepções - i.e., o empirismo, o racionalismo, o apriorismo e o intelectualismo -, Johannes Hessen sustenta que, por tentarem limitar a fonte do conhecimento apenas a um fator (a razão *ou* a experiência), o racionalismo e o empirismo deveriam ser rechaçados.

A psicologia revelou que, para além dos conteúdos intuitivos da consciência, há componentes intelectuais. O conteúdo dos pensamentos é algo distinto das percepções e representações, formando uma classe especial de estados de consciência (premissa desenvolvida por Edmund Husserl em sua fenomenologia).<sup>113</sup>

Daí o relevo da síntese levada a efeito por Niklas Luhmann, um teórico de

<sup>111</sup> Idem, p. 62.

<sup>112</sup> Idem, p. 63.

<sup>113</sup> HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**: introdução geral à fenomenologia pura. Aparecida: Ideias & Letras, 2006, p. 89-110. Leia-se também GADAMER, Hans-Georg. **Hegel, Husserl, Heidegger**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 171 e ss.; GILES, Thomas Ransom. **História do existencialismo e da fenomenologia**. [s. trad.] São Paulo: EPU, 1989, p. 56-60.



nítida inspiração fenomenológica e hegeliana.

Como a distinção entre conhecimento e objeto não pode ser abandonada, oscila-se, de forma impotente, entre soluções empiristas e soluções idealistas, entre soluções que se referem ao objeto e soluções que se referem ao conhecimento. As inovações resultam, por assim dizê-lo, como efeito secundário de dita oscilação. Pensem-se no tratamento pragmático do problema da indução por Hume, e na solução filosófica transcendental de Kant, construída sob a teoria da consciência. A nova versão do conceito de processo, desenvolvida desde a última década do século XVIII tornou possível, por último, uma teoria dialética da processualização das distinções. Mas depois, em conexão com estas grandes teorias, somente há novas exposições ou bem uma 'teoria da ciência' estimulada essencialmente pela reflexão sobre o método (ao estilo de Popper) ou pela história das teorias (ao estilo Kuhn).

Dado que, para distinguir autorreferência e heterorreferência, deve-se usar a distinção conhecimento/objeto, não é possível refletir, ao mesmo tempo, sobre a unidade dessa distinção. Por isso, não pode ser abandonada, nem reutilizada, a resposta concebida pela tradição para este problema, a qual utilizava o conceito de 'relação' para ocultar o problema da unidade da distinção, nem tampouco a sua formulação como *adæquatio*, ou como representação. A ciência permanece como observador do terceiro excluído de si mesmo.<sup>114</sup>

Qual a importância dessa discussão para a teoria do concurso?

Essa contraposição é de extremo relevo. Um empirista buscará um método experimental – a observação de regularidades fáticas, alguma medição, à semelhança do método 'estímulo/resposta' de B.F. Skinner. Ou seja, ele retomaria com isso o modelo da '*enervação*' como fundamento último do fenômeno delitivo.

Um racionalista extremado provavelmente buscará algum *apriori* - e, de certa forma, Francesco Carrara adotara essa solução -,<sup>115</sup> advogando um sistema idealizado, definindo conceitos transcendentais de delito:

Para Carrara, a noção de delito é essencialmente jurídica, visto que implica uma necessária 'relação' ou referência à norma. O delito não é mais que a contrariedade com a norma. Dessa particular concepção 'ideal' do delito, desprovida de todo conteúdo real ou empírico, derivam duas importantes consequências: uma no plano sistemático (a antijuridicidade é a essência do delito) e outra no criminológico (delinquente é um ser ideal, não real).

No primeiro, temos que 'a antijuridicidade' não aparece na teoria jurídica do delito como 'característica' ou nota deste, senão como 'essência' - substantiva, não adjetiva - do fato criminoso: o delito não é 'ação' antijurídica, senão 'infração' da norma.

No plano criminológico, esta concepção implica o abandono do

<sup>114</sup> LUHMANN, Niklas. **A sociedade de la sociedad**, p. 769.

<sup>115</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, [s.t.], p. 287. MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: fundamentos e limites do Direito penal**. São Paulo: RT, 2012, p. 88.

delinquente, que carece de todo substrato real, já que é só o 'sujeito ativo' da norma.<sup>116</sup>

Um racionalista tenderá a considerar que há tantos crimes, quantos os conceitos abstratos aplicáveis em cada caso (tantos os tipos incidentes, tantos os delitos). Por seu turno, um intelectualista tentará conjugar a necessidade de constatação de fatos - alguma 'natureza das coisas'<sup>117</sup> -, ao mesmo tempo em que reconhecerá a intervenção ativa da razão, ordenando essa estrutura lógico-material que lhe é prévia. Arrisca-se dizer que Hans Welzel tenha assumido essa posição.<sup>118</sup>

Essa *troika* (empirismo, racionalismo e intelectualismo) exerce, pois, papel de destaque no âmbito dos métodos empregados. Daí que se gaste tanta tinta, nessa tese, com as explicitações acima.

### 2.2.2. Concepções de Thomas Kuhn e Karl Popper:

Impõe-se também alguma análise das concepções de Thomas Kuhn e Karl Popper, eis que tocam de perto a pretensão de verdade - i.e., de ciência - que anima essa tese. Cuida-se de se reconhecer que há um conjunto organizado, denso, de conceitos sobre o 'concurso de crimes', com uma tradição secular.

Nesse âmbito, porém, também se operaram pontuais quebras paradigmáticas, dando ensejo a novas correntes. A presente tese busca amparo em uma específica transição: a tradição do discurso dos '*fatos-penais*', para o exame da linguagem (conquanto não se trate de uma tese situada apenas em torno da questão linguística, como se evidenciará adiante).

Ora, segundo Thomas Kuhn, a ciência evoluiria pela superação de paradigmas - logo, não se constituiria em uma espécie de investigação coletiva, com progresso linear e inexorável. O funcionamento se daria na base da tentativa e erro:

Com a escolha do termo pretendo sugerir que alguns exemplos aceitos

<sup>116</sup> MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 88-89.

<sup>117</sup> É interessante ter em conta que, conquanto a busca de uma 'natureza das coisas' (*Natur der Sachen*) esteja associada ao nome de Hans Welzel, essa tentativa já estava presente na obra de Aristóteles, dada a sua concepção de direito natural. A respeito do tema, confira-se com GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método – I**, p. 420.

<sup>118</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Tradução do alemão para o espanhol por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 40 e ss. WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 27-46.

na prática científica real – exemplos que incluem, ao mesmo tempo, lei, teoria, aplicação e instrumentação – proporcionam modelos dos quais brotam as tradições coerentes e específicas da pesquisa científica (...) Uma comunidade científica, ao adquirir um paradigma, adquire igualmente um critério para a escolhas de problemas que, enquanto o paradigma for aceito, podem ser considerados como dotados de uma solução possível.<sup>119</sup>

A ciência evoluiria mais pela ruptura do que pela continuidade.<sup>120</sup>

Como aferir, porém, se uma teoria seria melhor que a anterior?

Para Panebianco,<sup>121</sup> o critério seria a coerência interna, a maior consistência das afirmações no seu conjunto. Já para Marcello Pera, no âmbito das humanas o problema estaria justamente em certo exagero na formulação de hipóteses, com coexistência de inúmeras teorias sem que nenhuma se afirme como paradigma efetivamente dominante, com imposição de um método de pesquisa e de avaliação de resultados.<sup>122</sup>

Ora, segundo Thomas Kuhn, as humanidades seriam consideradas ciências pré-paradigmáticas (ainda não normalizadas), dada a ausência de um paradigma efetivamente compartilhado pelos seus pesquisadores.<sup>123</sup> Em alguma medida, essa crítica parece compartilhada por Karl Popper,<sup>124</sup> e seus conhecidos conceitos de verificacionismo e de falsificacionismo: apenas seriam científicas as asserções que permitissem o controle e a refutação empírica.

<sup>119</sup> KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. SP: Perspectiva, 2009, p. 30 e 60. Para Ceretti, “Desta definição se pode destacar o seguinte: o que o investigador controla não é cada teoria em si mesma, senão um complexo de crenças, da qual a teoria parte.” “Um paradigma é um instrumento para afrontar problemas, à vez que orienta e delimita a atividade do cientista sem tornar-se, por isso, um quadro conceitual que possa analisar-se em termos de regras transcendentais ou de prejuízos pessoais considerados como sistemas psicológicos de crenças” CERETTI, Adolfo. *Op. cit.*, p. 59 e 113. Uma definição interessante de paradigma, com explicitação da origem grega do termo encontra na obra AGAMBEN, Giorgio. **Signatura rerum**: sobre el método. Tradução do italiano para o espanhol por Flavia Costa e Mercedes Ruvituso. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2008, p. 33.

<sup>120</sup> “Paolo Rossi afirma que a imagem positivista de uma ciência que cresce por acumulação de observações parece ter decaído definitivamente na epistemologia contemporânea, enquanto permanece em pé a ideia de um crescimento fundado sobre a constante destruição de teorias, que são substituídas por outras mais verdadeiras e satisfatórias. Esta é a posição defendida, por exemplo, por Popper.” CERETTI, Adolfo. *Op. cit.*, p. 106.

<sup>121</sup> Idem, p. 108.

<sup>122</sup> Idem, p. 111.

<sup>123</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**, p. 17.

<sup>124</sup> POPPER, Karl. **Conjecturas e refutações**. Tradução de Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2006 e POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. 20. ed. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007. SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. *Op. cit.*, p. 201 e ss. “As pseudociências são entendidas por Popper (1992, p. 180) como sendo as teorias que podem ser verificadas ou confirmadas por um fluxo incessante de provas observacionais, sem que jamais sejam refutadas ou contraditadas pela realidade”, conforme se lê em VALLE, Bortolo; OLIVEIRA, Paulo Eduardo de. **Introdução ao pensamento de Karl Popper**. Curitiba: Champagnat Editora, 2010, p. 98.

Para ele, a verdadeira ciência se fundaria em afirmações sobre fatos,<sup>125</sup> com a elaboração de previsões - i.e., com assunção de risco pelos teóricos,<sup>126</sup> mediante a previsão detalhada de determinados acontecimentos futuros a partir dos pressupostos da sua teoria, à semelhança das previsões formuladas por Albert Einstein e confirmadas por Eddington em 1919.

Para reconhecimento da criminologia como ciência, os criminólogos deveriam ser capazes de calcular o percentual de aumento da quantidade de crimes, quando modificadas algumas variáveis (quando incrementadas as taxas de desemprego, quando reduzida a taxa de natalidade, quando modificadas as penas cominadas para determinadas condutas etc.), algo que - há que se reconhecer - sequer pode ser conjeturado (ademais, seria isso desejável?).

De modo semelhante, a dogmática penal apenas poderia ser considerada ciência se fosse capaz de prognosticar eventos, detalhando a forma como o juiz decidirá efetivamente um caso, por exemplo.

Vê-se que a concepção popperiana do que seja ciência é muito restrita.

Segue sua conhecida crítica da psicanálise, que alega ser verificacionista:

O que queria dizer era que suas [dele, Freud] observações anteriores podiam não merecer muito mais certeza do que a última; que cada observação havia sido examinada à luz da experiência anterior, somando-se ao mesmo tempo às outras como confirmação adicional. Mas, perguntei a mim mesmo, que é que confirmava cada nova observação? Simplesmente o fato de que cada caso podia ser examinado à luz da teoria. Refleti, contudo, que isso significava muito pouco, pois todo e qualquer caso concebível pode ser examinado à luz da teoria de Freud e de Adler.

Posso ilustrar esse ponto com dois exemplos muito diferentes de comportamento humano: o do homem que joga uma criança na água com a intenção de afogá-la e o de quem sacrifica sua vida na tentativa de salvar a criança. Ambos os casos podem ser explicados com igual facilidade, tanto em termos freudianos como adlerianos. Segundo Freud, o primeiro homem sofria de repressão (digamos, algum componente do seu complexo de Édipo) enquanto o segundo alcançara a sublimação. Segundo Adler, o primeiro sofria de sentimento de inferioridade (gerando, provavelmente, a necessidade de provar a si mesmo ser capaz de cometer um crime), e o mesmo havia acontecido com o segundo (cuja necessidade era provar a si mesmo ser capaz de salvar a criança). Não conseguia imaginar qualquer tipo de comportamento humano que ambas as teorias fossem incapazes de explicar. Era precisamente esse fato - elas sempre serviam e eram sempre confirmadas - que constituía o mais forte argumento em seu

<sup>125</sup> Aqui compreendidos como acontecimentos, i.e., como eventos, no mesmo sentido empregado no *Tractatus* de Wittgenstein, conforme WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 20.

<sup>126</sup> POPPER, Karl. **Conjecturas e refutações**, p. 59. Boaventura menciona que o paradigma racionalista estaria fundado nessa pretensão de formular "leis, à luz de regularidades observadas, com vista a prever o comportamento futuro dos fenômenos." Souza Santos. *Op. cit.*, p. 29.

favor. Comecei a perceber aos poucos que essa força aparente era, na verdade, uma fraqueza.<sup>127</sup>

Karl Popper sustenta que nenhuma teoria pode ser confirmada cabalmente. Ele parte, como se vê, do conhecido postulado da assimetria dos enunciados universais, desenvolvido por David Hume.<sup>128</sup> Asserções gerais podem ser infirmadas, bastando que se constate um único caso interdito pela teoria, o tal cisne negro.

Assim, por exemplo, se o crime é causado pela deficiência de recursos econômicos (lei geral), bastaria atentar para o fato de que pessoas abastadas também cometem delitos para que aquela asserção fosse tida como equivocada, segundo essa concepção do filósofo austríaco.<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> POPPER, Karl. *Op. cit.*, p. 58. CERETTI, Adolfo. *Op. cit.*, p. 198.

<sup>128</sup> Essa assimetria significa, em síntese, que nenhum conjunto finito de confirmações é suficiente para validar um enunciado universal (p.ex., todos os cisnes são brancos); mas basta uma observação negativa (que se encontre um cisne negro) para se infirmar a premissa universal. David Hume funda sua observação na constatação de que a indução está calcada em certa fé: acredita-se que o amanhã será igual ao passado, o que não pode ser demonstrado logicamente. Do fato de que, até hoje, a água ferveu a 100° C a nível do mar, não se segue que amanhã isso necessariamente continuará a ocorrer. “Ele considerava que não pode haver argumentos lógicos válidos que nos permitam demonstrar que aqueles casos de que não tivemos qualquer experiência se assemelham àqueles de que tivemos (...) Uma tentativa de justificar a prática da indução por um apelo à experiência tem de conduzir a uma regressão infinita. Em consequência, podemos dizer que as teorias nunca podem ser inferidas de enunciados de observação, ou racionalmente justificadas por eles.” POPPER, Karl. *Op. cit.*, p. 67. Por seu turno, Wittgenstein sustentava “Que o Sol nascerá amanhã é uma hipótese, não sabemos se nascerá. Não existe uma compulsão que faça uma coisa ter de acontecer pelo facto de outra ter acontecido. Só existe necessidade lógica. A concepção moderna do mundo fundamenta-se na ilusão de que as chamadas leis da natureza são a explicação dos fenômenos da natureza.” WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 136.

<sup>129</sup> Para muitos teóricos (Sutherland, p.ex.), o reconhecimento da causalidade demandaria a comparação entre duas situações em quase tudo semelhantes, mas com consequências diferentes. O fator que estivesse presente em uma das situações, mas ausente na outra, seria a causa (método da indução por exclusão com diferença, de Stuart Mill). Utiliza-se também, com frequência, o método hipotético de Thyren - exclui-se mentalmente um fator e se afere se, ainda assim, o efeito teria advindo. Mas, isso apenas se presta para reconhecer nexos causais já sabidos e não para identificar liames de causa e efeito até então desconhecidos. Ademais, é importante ter em conta a categoria desenvolvida por Vincenzo Ruggiero, a denominada ‘causalidade dos contrários’: “*This book rejects generalizations, and embraces variations and differences in a particular way, namely by focusing on the interpretative oscillations which may always occur when we are faced with criminal activity. This implies that each time we subscribe to one cause of crime we may realize that the opposite cause also possesses some reasonable validity. It is what I would like to term the causality of contraries (...)* In the following chapters the search for omnipresent social conditions, for an original sin, though sociologically cloaked, in brief, for a primary, universal cause of criminal behavior, will be carefully avoided. How could we do otherwise? If we, for example, identify variables such as financial success, the pursuit of status, or the accumulation of resources as the primary causes of crime, we end up expanding the criminal label to cover all behavior. Success and financial gain, in fact, are also the main motivations of legitimate behavior. On the contrary, if we focus on variables such as lack, deficiency, deficit (of opportunities, socialization, or resources), we end up excluding from de criminal rubric all those illegitimate practices caused by abundance, wealth and excess.” RUGGIERO,

Ora, no âmbito das humanidades é bastante difícil - quando não impossível - essa distinção entre a captação e a análise de dados. O estudioso também é parte do que estuda, compõe e é influenciado pela sociedade que analisa; comunga dos pré-juízos que moldam sua forma de ser e que, portanto, não permitem o pretense exame distante, apregoado pelo cientificismo positivista.<sup>130</sup> Ademais, as ciências sociais também influenciam o objeto (Teorema de Thomas ou o Efeito de Édipo):<sup>131</sup> “Se os homens definem certas situações como reais, as mesmas são reais em suas consequências.”<sup>132</sup>

Ora, no âmbito das ciências naturais, “O observador se encontra fora do objeto observado e por essa razão pode ser objetivo no seu conhecimento deste, o que significa que o objeto é o mesmo para todos os cientistas interessados em conhecê-lo. Caso se introduzam preconceitos, se um investigador envolve seus valores ou suas preferências no objeto, este deixa de ser o mesmo. Perde-se, inclusive, a identidade do objeto.”<sup>133</sup>

No dizer de Jürgen Habermas, trata-se do “observador participativo cuja presença ativa inevitavelmente modifica o cenário original,” ao contrário do que ocorre com o estudioso de documentos antigos, por exemplo.<sup>134</sup>

Essa discussão ganha relevo no que toca ao concurso de crimes.

A crítica popperiana contra o 'verificacionismo' é de significativa importância nesse âmbito. O verificacionismo se dá mediante 'conceitos-esponja', teorias que são absolutamente consistentes internamente para explicar todos os fenômenos -

Vincenzo. **Crime and markets: essays in anti-criminology**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011, p. 6 e 7.

<sup>130</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa - I**, p. 155-169.

<sup>131</sup> Anote-se que Karl Popper sustenta que essa seria uma deficiência das análises clínicas promovidas para testar as teorias freudianas e a adlerianas, porquanto, ao interpretar sonhos dos pacientes, o analista estimularia a própria produção de novos sonhos ou a adulteração do seu relato, a fim de confirmar as expectativas do psicanalista: “Há anos, apresentei a expressão efeito de Édipo para descrever a influência de uma teoria, de uma expectativa, ou de uma previsão sobre o acontecimento que por ela é previsto ou descrito. Lembrar-se-ão certamente de que a cadeia causal que conduziu ao parricídio de Édipo teve início na previsão desse acontecimento pelo oráculo. Esse é um tema característico e recorrente de tais mitos, mas que não parece ter atraído o interesse dos psicanalistas, e talvez não por acaso (O problema dos sonhos confirmativos sugeridos pelo psicanalista e discutido por Freud, p.ex., em *Gesamelte Schriften*, III, 1925, onde ele diz na pág. 314: Se alguém afirmar que a maioria dos sonhos que podem ser utilizados numa psicanálise ... tem origem na sugestão [do psicanalista], nenhuma objecção lhe pode ser colocada do ponto de vista da teoria analítica. Não há, porém, nada nesse facto – acrescenta ele, surpreendentemente – que diminua a fiabilidade das nossas conclusões.)” POPPER. **Op. cit.**, p. 61, em nota de rodapé.

<sup>132</sup> THOMAS, William *apud* ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: ICC: Revan, 2008, p. 578.

<sup>133</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. **Op. cit.**, p. 46.

<sup>134</sup> HABERMAS, Jürgen. **Op. cit.**, p. 217.

mas que, por outro lado, de certo modo são vazias de conteúdo.

Em outras palavras, o verificacionismo acaba estimulando remendos *ad hoc* nas premissas, a fim de se garantir pretensa higidez na teoria. Quando confrontado com uma objeção, o verificacionista simplesmente modifica a sua premissa, um procedimento criticado, com razão, por Karl Popper.

No âmbito do concurso de crimes, o verificacionismo não raras vezes desponta como um ecletismo que rechaça premissas iniciais. O teórico pode sustentar, por exemplo, que o 'concurso de crimes' lida com unidades de ação-penal.

Confrontado, porém, com o concurso ideal impróprio (parte final, art. 70, CP), por vezes, o jurista então simplesmente modifica aquela premissa: 'em tais casos, os desígnios autônomos multiplicam a ação!' Assim, dá-se um salto: não é mais de ação que se cuida; antes, de desígnios. E o verificacionista tentará conjugar enunciados antagônicos entre si.

Enfim, a crítica de Popper é interessante por cobrar consistência entre premissas e inferências. Sem dúvida que o grande problema da ciência ainda está na assunção das premissas (os pontos de partida, i.e., as perguntas adequadas).

### 2.2.3. Um discurso sobre a ciência - Boaventura de Souza Santos:

Uma última menção epistemológica diz respeito à obra 'discurso sobre as ciências', de Boaventura de Souza Santos. O relevo para essa tese toca, de perto, o problema da função da teoria: conquanto a ciência almeje a verdade, ela tampouco pode descurar das consequências das suas teses.

Ora, ainda que Karl Popper atribua substancial peso para a crítica e para o caráter intersubjetivo do conhecimento - i.e., para a sociedade aberta,<sup>135</sup> como ele denomina (conceito fundamental para se compreender a 'racionalidade' em Jürgen Habermas) -, o fato é que a sua ideia do que seja ciência ainda está impregnada de

---

<sup>135</sup> POPPER, Karl. *Op. cit.*, p. 29 e 145. Ver também POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. 3. ed. Tradução de Milton Amado. São Paulo: Edusp, 1987. Apenas cumpre ter o cuidado de notar que o próprio Karl Popper enfatizou que a ciência não teria o trabalho meramente analítico, como parecia conceber o 'primeiro' Wittgenstein; tanto assim que, refutando o conhecimento aforismo de que "sobre aquilo que não se pode dizer, é melhor calar-se", sustentou que, ao contrário, é justamente quando faltam palavras que surgiriam as questões realmente dignas de serem perscrutadas. Mencione-se POPPER, Karl. **Conjecturas e refutações**, p. 103. Ele enfatiza muitas teorias, que hoje talvez fossem ditas (pelo seu próprio critério) como pseudo-ciências, e, como tal, seriam deixadas de lado por um positivista extremado, são a base do atual conhecimento humano, até mesmo no âmbito do cálculo infinitesimal.

cartesianismo.

Ele tenta matematizar o conhecimento; supõe que caberia à ciência a dissecação da realidade, fragmentando-a em representações menores (dotadas de menor complexidade), e, portanto, sem maior compromisso com o todo.

Boaventura coloca em causa justamente essa pretensão de acurácia das pretensas ciências exatas; e, por derivação disso, a igual insuficiência do modelo positivista que as toma como padrão para as humanidades.

Nessa obra, produzida inicialmente em 1985 (oração da sapiência, Coimbra), o sociólogo lusitano contextualiza o que denomina de ‘paradigma dominante’,<sup>136</sup> argumentando que, na sua origem, a dita racionalidade científica teria buscado se autoafirmar mediante o confronto com o senso comum (conhecimento vulgar, tido como incorreto e não justificado) e também contra as humanidades (referidas desdenhosamente como sendo escolástica ou metafísica).

A revolução científica foi marcada por determinada arrogância e, derivado disso, também por algum autoritarismo:<sup>137</sup> simplesmente se negou pretensão de verdade àqueles conhecimentos habituais, pragmáticos, às artes e à literatura. Acreditou-se na suficiência da chamada razão calculadora instrumental – a ação teleológica de que falava Max Weber -, correspondente à pretensa centralidade do homem no universo; na capacidade da razão de submeter a natureza aos desígnios e caprichos de quem pudesse desvendar-lhe o código (quem pudesse ler o livro da natureza, de que falava Galileu pela boca de Salviati).<sup>138</sup> À semelhança dos pitagóricos, de séculos antes de Cristo, Galileu acreditou que o livro do universo teria sido escrito em linguagem matemática.

Segundo Boaventura de Souza Santos, dessa centralidade da matemática na ciência moderna decorreriam duas consequências principais. A primeira: a de que o rigor científico seria aferido pelo rigor das medições; a ciência trataria do mensurável; o incomensurável seria relegado à metafísica. Privilegia-se uma análise quantitativa, em detrimento de uma análise de conteúdo; a análise de qualidades intrínsecas do objeto de estudo é relegada a um segundo plano.

<sup>136</sup> O que evidencia, em certa medida, o compromisso de Boaventura com a idéia de paradigma, tal como conceituado por KUHN, Thomas. *Op. cit.*, p. 221: “Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade [científica] partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma.”

<sup>137</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Op. cit.*, p. 21 e ss.

<sup>138</sup> GALILEI, Galileu. **Diálogo sobre os dois máximos sistemas do mundo ptolomaico e copernicano** Tradução, introdução e notas de Pablo Rubén Mariconda. SP: FAPESP, 2001.



Por outro lado, como já referido acima, o trabalho do cientista seria o de decomposição da complexidade do mundo em unidades menores e mais inteligíveis. Daí a subsequente especialização do saber (o que dá surgimento aos especialistas em coisa nenhuma, de que fala Souza Santos):<sup>139</sup> a ideia do mundo-máquina, suposição de que o cosmo e a vida funcionariam como um relógio.

Essa concepção de ciência está escorada na suposição de que, conhecidas as coordenadas dos eventos anteriores, um cientista poderia prever o acontecimento futuro. Dadas a posição e a velocidade de determinado corpo celeste, um astrônomo poderia calcular a sua trajetória exata etc.

Esse modelo de racionalidade, quando transposto para as humanidades, gerou a pretensão de uma física social (Augusto Comte), a noção de fato social, enquanto alvo do interesse do sociólogo (Emile Durkheim),<sup>140</sup> ou mesmo o pretensão reconhecimento de leis gerais do agir humano (Jeremy Bentham e Stuart Mill):<sup>141</sup> a busca do prazer e a fuga da dor, de modo que, sabendo-se dosar esses vetores, um planificador social poderia controlar a conduta das demais pessoas. Gerou também certa percepção de que a sociologia, a história, a psicologia etc. estariam atrasadas, como que destituídas de verdadeiro estatuto científico.

Mencione-se também a obra de Giambattista Vico, aludido por Souza Santos, para quem haveria leis que governariam a evolução das sociedades e cujo reconhecimento permitiria profetizar as ações coletivas (algo semelhante, hoje, pode ser encontrado com o conceito de *public choice*, na economia).

O problema é que a conduta humana é dotada de certa imprevisibilidade; não há, ademais, como se obter, repita-se, um observador externo à cultura, até

---

<sup>139</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Op. cit.*, p. 29 e ss.

<sup>140</sup> Para Durkheim, “é necessário reduzir os factos sociais às suas dimensões externas, observáveis e mensuráveis.” DURKHEIM *apud* SANTOS, Boaventura S. *Op. cit.*, p. 35.

<sup>141</sup> MILL, John Stuart. **Utilitarianism, on liberty, considerations on representative government (edição conjunta)**. Londres: Everyman Paperback Classics, 2001. Em p. 07 consta “*The creed which accepts as the foundation of morals, Utility, or the Greatest Happiness Principle, holds that actions are right in proportion as they tend to promote happiness, wrong as they tend to produce the reverse of happiness. By happiness is intended pleasure, and the absence of pain. By unhappiness is intended privation of pleasure. To give a clear view of the moral standard set up by the theory, much more requires to be said. In particular, what things it includes in the ideas of pain and pleasure; and to what extent this is left an open question. But these supplementary explanations do not affect the theory of life on which this theory of morality is grounded – namely, that pleasure, and freedom from pain, are the only things desirable as ends; and that all desirable things (which are as numerous in the utilitarian as in any other scheme) are desirable either for the pleasure inherent in themselves, or as means to the promotion of pleasure and the prevention of pain.*” Confira-se também com SHAPIRO, Ian. **The Moral foundations of democracy**. New Haven: Yale University Press, 2003.

mesmo porque as humanidades tratam de compreensão,<sup>142</sup> muito mais do que de simples explicação (daí a superação do modelo concebido para as antropologias, que asseguravam o distanciamento pretensamente científico, mas não permitia efetiva compreensão dos signos e significados envolvidos, como hoje almeja a etnografia).<sup>143</sup>

Esse aparente complexo de inferioridade das ciências sociais acabou por implicar, no âmbito das chamadas ‘ciências do espírito’, a idealização de pretensos métodos empíricos, com prejuízo para uma concepção mais funcional, mais holística dos fenômenos humanos. É o que bem explicita Theodor W. Adorno ao enfatizar o equívoco da pretensão de se isolar o chamado *factum* social, sem a prévia referência ao seu contexto:

Em virtude de sua determinação funcional, o conceito de sociedade não pode ser captado imediatamente, nem, ao contrário das leis científico-naturais, verificar-se diretamente. Esta é a razão por que as correntes positivistas da sociologia querem retirá-lo da ciência, como se fosse relíquia filosófica. Mas esse realismo é pouco realista, pois se a sociedade não pode obter-se por abstração a partir de fatos particulares, nem apreender-se como um *factum*, não há *factum* social que não esteja determinado pela sociedade. Esta se manifesta nas situações sociais fáticas. Conflitos típicos como os existentes entre superiores e subordinados não são algo último e irreduzível, algo que possa circunscrever-se ao lugar da sua ocorrência. Mas bem ocultam antagonismos fundamentais. Os conflitos particulares não podem subsumir-se nestes como o particular no universal. Tais antagonismos produzem conflitos aqui e agora conforme um processo, uma legalidade. (...) A sociedade, sem embargo, há que ser conhecida e não conhecida desde dentro. Nela, produto de homens, estes todavia podem, em que pese tudo e, por dizê-lo aqui, de longe, reconhecerem-se a si mesmos, ao contrário do que ocorre na química e na física.<sup>144</sup>

Boaventura de Souza Santos busca, de sua parte, problematizar a própria racionalidade científica, enfatizando a necessidade de uma superação do modelo de departamentos, modelo segmentado, da pesquisa e teorização humanas. Sustenta

<sup>142</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. 2. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 98. WEBER, Max. **Metodologia das ciências sociais**. Tradução de Agustin Wernet. São Paulo: Cortez Editora: Editora da Universidade de Campinas, 1992, p. 402-404. RINGER, Fritz. **Op. cit.**, p. 97-123.

<sup>143</sup> BURKE, Peter. **Uma história social do conhecimento: de Gutenberg a Diderot**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 15-18. Daí o extremo relevo da obra de Hans-Georg Gadamer para as ciências sociais, na medida em que reabilita a verdade da arte, e atribui considerável peso para a compreensão dos signos, símbolos e alegorias. GADAMER, Hans-Georg. **Op. cit.**, p. 254 e ss.

<sup>144</sup> ADORNO, Theodor W. **Epistemología y ciencias sociales**. Tradução para o espanhol por Vicente Gómez. Madri: Ediciones Cátedra, 2001, p. 9 e 10. Traduziu-se.

que, por força de condições teóricas e sociais,<sup>145</sup> dito paradigma dominante ('matematizante') estaria em profunda crise.

Reporta-se, para tanto, à refutação, por Albert Einstein, da concepção de espaço e tempo absolutos, que animavam o mecanicismo de Isaac Newton e todas as suas inúmeras implicações, impugnando a correspondente ideia de simultaneidade dos acontecimentos, ideia da sua previsibilidade e, por fim, ideia da viabilidade de absoluto domínio do homem sobre o meio.

Ele reporta-se também aos paradoxos constatados pelo matemático Kurt Gödel e sua noção de incompletude (nenhum sistema matemático contém a cabal demonstração da sua completude lógica) – o que remonta ao conhecido paradoxo do mentiroso, alvo da preocupação de Bertrand Russel -, além da própria e mais atual concepção holística a respeito da ciência.<sup>146</sup>

Acrescente-se o importante problema epistemológico subjacente à alegoria do gato de Erwin Schrödinger,<sup>147</sup> ou mesmo o princípio da incerteza de Heisenberg,<sup>148</sup> de considerável relevo para a Física contemporânea.

Boaventura de Souza Santos clama pela reconstrução das humanidades: pelo conhecimento conjugado, holístico, que caracterizaram, ao seu tempo, um Leibniz, um Leonardo da Vinci e um Goethe. Ela aloca no vértice desse alegado paradigma emergente o conhecimento do próprio homem – logo, a importância das

---

<sup>145</sup> SANTOS, B.S. *Op. cit.*, p. 35. Em certa medida, sua concepção também é atingida pela ácida crítica formulada na obra SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. *Op. cit.*, p. 59 e ss. Cumpre atentar para o fato de que, conquanto possuam razão em algumas das suas observações, Sokal e Bricmont recortam as observações de filósofos pós-modernos ou psicanalistas, retirando-as do contexto - como facilmente se constata, por exemplo, com a crítica que lançam contra a metáfora em que Lacan utiliza números imaginários -; o que não é aceitável.

<sup>146</sup> Essa concepção holística – ou melhor, a mútua influência entre vários ramos de pesquisa científica – é ilustrada pela concepção de sistema, desenvolvida pelo biólogo Ludwig von Bertalanffy e empregada em vários outros ramos do conhecimento, como a cibernética, a informática e até mesmo nas ciências sociais (como se vê na obra de Niklas Luhmann); o mesmo podendo ser dito de conceitos como a *autopoiesis* (biólogos Maturana e Varela), *crossing/diferenciação* (matemático G. Spencer-Brown) etc.

<sup>147</sup> Imagina-se um gato, em uma caixa, com um material radioativo com probabilidade de 50% de emitir uma partícula atômica que, caso liberada, ativará um veneno mortal. A caixa está fechada. Quem a vê, não tem como saber se o gato está vivo ou morto (probabilidade de 50% para cada alternativa). Para a física quântica, segundo Schrödinger, isso equivaleria a meio-vivo, meio-morto. Mas percebe-se facilmente que se trata de um problema que confunde (i) a realidade com (ii) a percepção da realidade. O gato está vivo ou morto; questão diferente é *saber* o seu estado.

<sup>148</sup> No que toca às partículas elementares, como elétrons, não haveria como precisar, ao mesmo tempo, a sua posição e a sua velocidade. A intervenção do investigador, para identificar a posição, e.g., alteraria a posição da partícula, e vice-versa. Também aqui, trata-se de uma questão epistemológica associada à precariedade do instrumental de pesquisa.

humanidades -, sobretudo porque todo conhecimento é autoconhecimento.<sup>149</sup>

A concepção matematizada da ciência (cartesianismo) deve ser reconhecida como insuficiente até mesmo para amparar as ditas ciências exatas: a matemática seria apenas uma linguagem, não raras vezes responsável por ocultar as aproximações e as deformações impostas inconscientemente pelo pesquisador.

No âmbito das humanidades, a meta deveria ser a desconstrução do que parece seguro, normal e corriqueiro,<sup>150</sup> de modo a evidenciar as arbitrariedades, os interesses e a cabal ausência de racionalidade, não raro, da pretensa civilização.

Não há como concordar, desse modo, com a crítica lançada por Szazs quando sustenta que a psicanálise se aproximaria mais da religião e da política, do que, propriamente, da ciência; cuida-se de uma crítica que, pelos seus fundamentos, atingiria outros âmbitos das humanidades.<sup>151</sup>

O que muda com a transição à maturidade não é a presença de um paradigma, senão antes bem, sua natureza. Somente depois da mudança é possível uma investigação normal da solução dos enigmas. Muitos dos atributos de uma ciência desenvolvida serão considerados, portanto, como consequências da aquisição da classe de paradigmas que identifica os enigmas mais intrigantes, que aporta chaves para sua solução e que garante o triunfo do praticante verdadeiramente capaz. Somente quem tem cobrado ânimo observando que seu próprio cambo (ou escola) tem paradigmas sentirá, provavelmente, que a mudança sacrifica algo importante.<sup>152</sup>

Há, ademais, algumas outras questões subjacentes à epistemologia.

Por um lado, cumpre não olvidar que as questões humanas – que John Searle denomina de fatos institucionais, como mencionado acima<sup>153</sup> - são altamente

<sup>149</sup> Essa também é a análise de Norbert Elias, quando sustenta que o reconhecimento do caráter funcional do conceito de sociedade – que define como um conjunto de relações humanas – “É mais um aspecto a partir do qual se podem facilmente derrubar as cercas artificiais que hoje erigimos no pensamento, dividindo os seres humanos em várias áreas de controle: os campos, por exemplo, dos psicólogos, dos historiadores e dos sociólogos. As estruturas da psique humana, as estruturas da sociedade humana e as estruturas da história humana são indissociavelmente complementares, só podendo ser estudadas em conjunto. Elas não existem e se movem na realidade com o grau de isolamento presumido pelas pesquisas atuais. Formam, ao lado de outras estruturas, o objeto de uma única ciência humana.” ELIAS, Norbert. *Op. cit.*, p. 38.

<sup>150</sup> Daí a importância da obra de Foucault, preocupado com a identificação das *podendo origo* (origens vergonhosas) das instituições sociais, conforme se lê em DREYFUS, Hubert L. **Michel Foucault**: uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica. 2. ed. Tradução de Vera Portocarrero e Gilda Gomes Carneiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 143.

<sup>151</sup> CERETTI, Adolfo. *Op. cit.*, p. 115.

<sup>152</sup> Idem, p. 116.

<sup>153</sup> “*The invisibility of the structure of social reality also creates a problem for the analyst. We cannot just describe how it seems to us from an internal phenomenological point of view, because money, property, marriages, lawyers, and bathtubs do not seem to have a complex structure. They just are what they are, or so it seems. Nor can we describe them from the external behaviorist point of view,*

complexas. Envolvem uma dinâmica de atribuição de sentido, demandando uma compreensão externa (a do observador) que tome em causa também a intenção do agente.<sup>154</sup> Isso envolve, então, questões com o conceito de *Erlebnis* (vivência) de Wilhelm Dilthey ou a categoria de ‘formas de vida’ de Ludwig Wittgenstein.

Já para Adorno, a sociologia deveria ter por base a constatação dos fatos.<sup>155</sup>

O problema é, então, a tendência, por parte da sociologia empírica, de separar-se dos objetos e de tornar autônomo o aparato metodológico, cuja inata inclinação por estabelecer estados de fato ameaça já seja com idolatrar a coisa à qual analisa, ou com terminar com um fetiche: tudo isso produz uma sociologia com finalidade em si mesma, que se considera autossuficiente, e de onde as discussões de caráter metodológico predominam sobre as de conteúdo. Se desinteressa dos objetos a indagar para concentrar-se, obsessivamente, nos critérios de objetividade dos instrumentos metodológicos.<sup>156</sup>

Recai-se no círculo vicioso de se tentar indagar a realidade mediante uma prévia definição de que ‘coisa é a coisa’;<sup>157</sup> o que não teria sido atentado por Karl Popper (pois este teria desconsiderado o caráter holístico da sociedade, segundo o filósofo da Escola de Frankfurt).

Para Theodor W. Adorno, porém, o conhecimento da realidade social demandaria o emprego da dialética: fundada na experiência da relação de cada indivíduo com o grupo social. Interpretar seria descobrir a totalidade, de modo que a decomposição propugnada pelo método cartesiano não seria útil nesse âmbito.

Jürgen Habermas alega que as ciências sociais assegurariam uma ‘vingança do objeto’: a ciência social acabaria por tomar consciência de ser condicionada pelo contexto social, do qual não pode sair. Para Karl Popper, não obstante, essa proposta da dialética não seria verificável ou falsificável.<sup>158</sup>

Mas, “o problema popperiano da cientificidade da sociologia se transforma

*because de description of the overt behavior of people dealing with money, property etc, misses the underlying structures that make the behavior possible. Nor, in turn, can we describe those structures as sets of unconscious computational rules, as is done by contemporary cognitive science and linguistics, because it is incoherent to postulate an unconscious following of rules that is inaccessible in principle to consciousness. And besides, computation is one of those observer-relative, functional phenomena we are seeking to explain.”* SEARLE, John R. **The construction of social reality**, p. 5.

<sup>154</sup> DILTHEY *apud* CERETTI, Adolfo. **Op. cit.**, p. 124.

<sup>155</sup> CERETTI, Adolfo. **Op. cit.**, p. 136. Popper alegava que Adorno teria aplicado, no âmbito da sociologia, toda sorte de relativismo, sem indicar um critério para demarcar asserções verdadeiras.

<sup>156</sup> Opinião de ADORNO, conforme síntese de CERETTI, Adolfo. **Op. cit.**, p. 137.

<sup>157</sup> *Idem*, p. 137.

<sup>158</sup> *Idem*, p. 142.

naquele da validade da experiência antipreditiva cotidiana.”<sup>159</sup> O constantemente lamentado pluralismo metodológico das ciências humanas decorreria, segundo J. Habermas, justamente da íntima imbricação entre o sujeito que realiza a pesquisa e o objeto que é pesquisado.

Jürgen Habermas trata do positivismo nos termos que seguem abaixo:

A instância filosófica que há nele é unicamente a necessária para imunizar as ciências contra a filosofia. Não lhe basta praticar a metodologia; esta tem de ser afirmada como teoria do conhecimento, ou mais exatamente, como garante seguro e legítimo do legado desta. O positivismo se fundamenta sobre o princípio cientificista, posto que, para ele, o sentido do conhecimento é definido pelo que as ciências efetuam e pode ser explicado de maneira suficiente mediante a análise metodológica. Se uma teoria do conhecimento ultrapassa o marco da metodologia científica, recebe o mesmo veredicto de supérflua e de falta de sentido que havia atribuído antes à metafísica. A substituição da teoria do conhecimento por uma teoria da ciência se coloca quando o sujeito cognoscente deixa de funcionar como sistema referencial.<sup>160</sup>

Estudos como a psicanálise, criminologia, marxismo etc. permitiriam, no estudioso, uma autorreflexão, liberando-o de poderes absolutos. Para Otto-Apel, a busca de uma ciência social neutra se traduziria na manutenção de um *status quo* em que há controladores e controlados: não seria neutra, apenas conformista.

Qual o relevo disso tudo para a teoria do concurso de crimes?

Ora, não se pode perder de vista o caráter também político dessa tese. Não se trata, por certo, de mero proselitismo apologético. O fato é que a ciência não pode se resumir a uma mera contemplação do mundo - sobretudo a ciência jurídica! -, dado que não há descrições 'neutras' nesse âmbito.

Boaventura alerta, pois, para a circunstância de que a ciência deve estar comprometida com a melhora das condições de existência. Deve ter compromisso, pois, com a modificação de um estado de coisas injusto; tema que ganha ainda maior relevo na esfera penal, dadas as inúmeras mazelas que estão na sua base.

Assume-se, de forma manifesta, uma concepção minimalista do direito penal, frente à sua grande violência em sociedades de modernidade tardia, fundadas em uma gigantesca desigualdade social.

### 2.3. Tomada de posição no que toca às questões epistemológicas:

<sup>159</sup> Idem, ibidem.

<sup>160</sup> HABERMAS apud CERETTI, Adolfo. *Op. cit.*, p. 148, em nota de rodapé. Para Ceretti, p.ex., a obra de Quinney está impregnada de pressupostos habermasianos (*Op. cit.*, p. 158).

Depois de tantos conceitos, tantas correntes de pensamento, o que resta?

Ora, não se busca discutir, por mero diletantismo, conhecidas concepções epistemológicas. A preocupação é apenas a de deixar manifestas as dificuldades que o tema provoca. O estudo do concurso talvez seja um dos mais difíceis da ciência jurídica justamente por colocar à prova a consistência da dogmática penal.

Explica-se: o concurso de crimes se ampara em premissas aparentemente autônomas em face do 'conceito-analítico' (por força do método lógico-estrutural, que José Lobo Moutinho critica, como se verá adiante). O crime é definido como a conduta objetiva e subjetivamente típica, ilícita e penalmente censurável.

Então, por coerência, para que se pudesse falar em dois crimes, haveria necessidade do preenchimento de dois conceitos-analíticos. Haveria necessidade, em princípio, de duas condutas, de duas tipicidade, duas ilicitudes e de duas culpabilidades - cogita-se.

No âmbito da teoria do concurso, contudo, os juristas se satisfazem com unidades de 'ação natural'; ou com a unidade típica de ação; a quantidade de desígnios etc. O concurso lida com um conceito reduzido de crime; como se houvesse uma quintessência - algo 'mais-prioritário' na definição de delito.

Isso enseja alguma perplexidade.

Falar em concurso é falar da confluência de *quids*. As teorias elaboradas nesse âmbito buscam definir essa unidade - o denominador comum -, a fim de justificar uma multiplicação de penas. Caso se adote a violação ao 'bem jurídico' como critério, as perguntas subsequentes serão: quando há uma e quando há várias agressões a bens jurídicos?

A importância dessa questão epistemológica salta aos olhos.

Como conhecer essa unidade? Como contá-la? Como assegurar a consistência dessa tese? Eis, portanto, a razão desse esforço em situar o presente trabalho no âmbito de distintas concepções sobre o próprio conhecimento.

Uma concepção construtivista radical - um teórico de sistemas, por exemplo - tenderá a uma linguagem autorreferida. O sistema (como se fosse uma pessoa!) pode responsabilizar penalmente pessoas jurídicas; pode tratar a diferença entre dolo eventual e a culpa consciente como mero problema de política criminal (sem pressupostos empíricos, portanto) e desconsiderar pressupostos ontológicos.

Para o construtivismo radical, não haveria 'unidades de crime' em si; o tema

gravitaria exclusivamente em torno da definição da pena adequada e útil. Um realista radical tenderá, por seu turno, ao behaviorismo, como já assinalado acima. Caberia ao jurista dissecar unidades de conduta - as enervações de que falava von Liszt, ou os atos básicos teorizados por Arthur Danto -; esse seria o denominador comum, para o cômputo de crimes.

O problema no âmbito de um realismo radical está nessa suposição de que a ciência se limite ao 'mundo dos fatos' (o primeiro mundo de que fala Karl Popper, na sua teoria de conjuntos - alvo de exame adiante). O Direito não é, porém, mera técnica: ele estuda e reproduz valores; ele trata do conteúdo simbólico!

Eis, portanto, um difícil contraponto.

Nenhuma das duas concepções - em seus extremos! - pode ser adotada nessa tese. Não se pode resumir a ciência jurídica à mera observação de pretensas regularidades nomológicas (movimento corpóreo); tampouco se pode transitar exclusivamente no âmbito dos valores, eis que questões prosaicas (como a noção de causalidade, p.ex.) cobram experimentação no mundo empírico.

A relação de 'causa e efeito' não pode ser simplesmente inventada pelo sistema jurídico. E, ainda que haja distinção entre o nexos causal e o juízo de imputação, o fato é que o primeiro é pressuposto do segundo - exceção feita aos crimes omissivos, como sabido.

O direito ainda carece de prova de pressupostos empíricos, a despeito de se saber que o homem não lida com as coisas diretamente (mas apenas com os seus fenômenos).<sup>161</sup> Isso significa que não se pode resumir tudo à linguagem!

Diz Ferrajoli: "para que o juízo não seja apodítico, senão que com base no controle empírico, é necessário também que as hipóteses acusatórias - como exige a segunda condição - sejam concretamente submetidas à verificação e expostas à refutação, de modo que restem convalidadas somente se resultarem apoiadas em provas e contraprovas segundo a máxima *nullum iudicium sine probatione*."<sup>162</sup>

Não se advoga aqui, destarte, uma pretensa 'natureza das coisas' (*Natur der Sachen*) anterior à norma, tal como acreditava Hans Welzel. Essa concepção

<sup>161</sup> Como se argumentará adiante, com lastro em Ludwig Wittgenstein, sabe-se atualmente que não há como perquirir efetivas essências, subjacentes à linguagem. Quando muito, há 'semelhanças de famílias', decorrentes do uso de palavras semelhantes na vida de relação. Mas, se tudo isso é certo, também é fato que existe um jogo de linguagem no qual os julgadores cobram, nos autos, provas da ocorrência de determinados eventos (por mais que essas provas jamais se traduzam em efetiva demonstração inexorável de uma realidade *noumenica*).

<sup>162</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Tradução do italiano para o espanhol por Perfecto Ibañez e outros. Madri: Trotta, 1995, p. 37.



metafísica – no que toca à ontologia da ação - não é encampada nesse trabalho. Mas tampouco se adota uma concepção exclusivamente linguística do fenômeno delitivo, eis que também há requisitos materiais - selecionados mediante escolhas políticas - que condicionam a intervenção penal.

Colocada a questão nestes termos, adota-se aqui um realismo mitigado.

Parte-se da premissa de que a realidade não é uma simples criação social. Há fatos brutos e há fatos institucionais - consoante classificação do positivista John Searle -,<sup>163</sup> de modo que o *noumenico* não é uma invenção da mente humana. Não é razoável supor que as sensações decorram de alguma espécie de entorpecimento, uma espécie de ilusão coletiva pela qual os entes físicos seriam meramente inventados pelo homem.<sup>164</sup>

Richard Posner enfrenta a questão do cérebro no receptáculo, como segue:

[A] abordagem pode ser usada para deflexionar (ainda que não se saiba ao certo com que eficácia) o expediente cético de pedir a você que prove que não é apenas um cérebro dentro de um receptáculo, recebendo as impressões de um cientista louco que controla seu acesso ao mundo dos sentidos. (Essa é a versão moderna e tecnocrática do antiquíssimo enigma: Como sabemos que há um mundo real lá fora quando tudo o que temos são sensações?) A maioria das tentativas de defesa contra o ataque do cérebro-no-receptáculo fracassa na ausência de um ponto de referência externo com o qual comparar a experiência de ser um cérebro num receptáculo com a experiência de habitar o mundo 'real'. O enigma é habilmente concebido de modo que elimine qualquer ponto de referência possível. Se você é um cérebro num receptáculo, ao contrário de uma pessoa sonhando, que também tem (ou acredita ter!) um estado de vigília, você tem, por pressuposto, as sensações idênticas às que teria se não fosse um cérebro num receptáculo - e então como saber se você é ou não tal coisa?

A resposta pragmática a isso é que acreditar que se é um cérebro num receptáculo não pode ter consequências para o comportamento, a menos que a pessoa em questão seja louca. Continua-se a viver como se vivia antes. A crença não tem consequências e, desse modo, não faz nenhuma reivindicação séria a que se concorde com ela. Você talvez se sinta tentado a responder que alguém que estivesse convencido de ser um cérebro num receptáculo dar-se-ia conta da falta de sentido de sua vida, e que essa percepção afetaria seu

<sup>163</sup> SEARLE, John R. *Op. cit.*, p. 10.

<sup>164</sup> Pode-se contraargumentar, com base no 'segundo' Wittgenstein, que não há tal coisa. Afinal de contas, a linguagem é uma ferramenta e um jogo. Não é uma descrição do mundo - questão já enfatizada acima -, de modo que qualquer pretensão de se descrever um estado de coisas é fadada ao fracasso. Não se duvida disso. Todavia, também é fato que, conquanto a linguagem seja um jogo, ela admite vários usos. E existe um uso, impregnado na nossa cultura, que almeja a constatação de regularidades empíricas. A ciência é baseada nisso! E não se pode duvidar que a física, a biologia, a química sejam a máxima expressão disso. Também são jogos de linguagem, não se duvida. Mas são uma linguagem referida a sensações (a visão, o tato etc). O direito não pode abrir mão desse uso 'científico' (nexos causais, temporalização, descrição de pretensos estados anímicos etc.). Certamente que há arbítrio nisso, para além dos conhecidos problemas probatórios. Mas esse uso da língua é incontornável, enquanto manifestação da 'forma de vida' ocidental.

comportamento - ela não se empenharia tanto quanto o faria fossem outras as circunstâncias. Mas como você poderia estar convencido de ser um cérebro num receptáculo? Poderia cogitar isso como possibilidade mas, por hipótese, não há como comprová-la, ou mesmo demonstrar que é provavelmente mais verdadeira que falsa.

De fato, é mais provavelmente falsa que verdadeira; assim, não seria racional agir sob sua influência. Além do mais, parecemos incapazes de alimentar tal crença a não ser quando estamos fazendo jogos filosóficos.<sup>165</sup>

Não se pode olvidar, destarte, que há mundo!

Por mais que o homem apenas se relacione com a natureza por meio das sensações e por meio da linguagem, é fato que a realidade não se resume nisso. Truísmo dizê-lo - mas um truísmo que deve ser dito! -, há moléculas (ou melhor, aquele *quid* rotulado de 'molécula'), há átomos, há forças, há corpos, há sensações.

Quem come pão de queijo não degusta apenas palavras!

Assim, não se pode lançar a criança com a água da bacia.

O homem apenas lida com o mundo a partir do seu próprio aparato psíquico e também a partir da sua cotidianidade - para mencionar aqui a filosofia de Martin Heidegger e de Agnes Heller. Por conseguinte, sabe-se que a linguagem é a 'morada do ser', o mecanismo indispensável para a constituição/reprodução de uma específica forma de vida.

A linguagem é fundamental.

Mas, enfatize-se, ela não exaure o *noumenico*. Há fatos, há estados e há eventos - por mais que o homem lide com esses problemas todos a partir de uma linguagem ambígua, que funciona tal como um jogo de adivinhação (mediante pré-compreensões e metarregras).

Três conclusões, portanto: (a) há mundo - a realidade não é um sonho coletivo; (b) a compreensão da realidade humana impõe, contudo, o estudo da linguagem e dos valores que estão na sua base; (c) em princípio, não há um acesso direto dos homens a essa realidade que o antecede, e da qual faz parte. O conhecimento é mediado pelas sensações e pela fala (o 'mundo semiótico').

De certo modo, as irritações do sistema psíquico, promovidas pelos órgãos sensoriais, já são produto do próprio organismo: é o cérebro que vê, escuta e degusta, e o faz a partir de sensações filtradas pelo sistema biopsíquico. O conhecimento sempre é mediado pelo próprio organismo e pelas suas limitações.

---

<sup>165</sup> POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 219-220.

O homem toma contato, portanto, apenas com os fenômenos (*qualias*); jamais lida diretamente com o *noumenico*, como reconheceu Immanuel Kant.<sup>166</sup> Daí que a suposição de um conhecimento representacional, como se fosse um fotografia exata da realidade, nada mais é que um mito. A pretensa *adæquatio intellectus et rei* parece impossível, já que a coisa em si resta inapreensível: o homem representa, na mente, a coisa tal como lhe parece: azul ou vermelha, diáfana ou sólida etc.

A mente trava contato apenas com momentos adumbrativos, conforme expressão de Edmund Husserl. Ao se observar uma pedra, apenas se percebe um lado específico, sob determinado ângulo; jamais se tem a percepção da totalidade da coisa em si: os seus elétrons, prótons e nêutrons em agitada dança cósmica.

O conhecimento é um problema de observação, como explicitam Humberto Maturana e Francisco Varela: “Falamos em conhecimento toda vez que observamos um comportamento efetivo (ou adequado) num contexto assinalado. Ou seja, num domínio que definimos com uma pergunta explícita ou implícita, que formulamos como observadores.”<sup>167</sup>

Notemos bem, então, que a avaliação se há ou não conhecimento ocorre sempre num contexto relacional, no qual as mudanças estruturais que as perturbações desencadeiam num organismo aparecem para o observador como um efeito sobre o ambiente. É em relação ao efeito esperado por ele que o observador avalia as mudanças estruturais que são desencadeadas no organismo. Sob esse ponto de vista, toda interação de um organismo, toda conduta observada, pode ser avaliada por um observador como um ato cognitivo. Da mesma maneira, o fato de viver – de conservar ininterruptamente o acoplamento estrutural como ser vivo – corresponde a conhecer no âmbito do existir. De modo aforístico: viver é conhecer (viver é ação efetiva no existir como ser vivo).<sup>168</sup>

Niklas Luhmann também atribui significativo peso para a observação, a partir dos axiomas desenvolvidos pelo matemático George Spencer-Brown na sua obra *Laws of Form* (não se pode fazer uma indicação sem, antes, se promover uma distinção; não pode haver distinção sem motivo, e não é possível motivo sem que se

---

<sup>166</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 3. ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, p. 40-52. HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**, p. 65 e ss. Kant sustentava, é fato, que o *noumenico* não poderia ser conhecido; todavia, ele tentou descrever justamente o ente *noumenico* denominado de 'razão pura', o que parece contraditório (a sua descrição dos limites da razão parece contradizer esses próprios limites).

<sup>167</sup> MATURANA, Humberto R.; VARELA Francisco J. **A árvore do conhecimento**, p. 195.

<sup>168</sup> Idem, p. 194.

indique diferenças de valor).<sup>169</sup> A “observação assinala algo, ao distingui-lo.”<sup>170</sup>

Alguns dos *insights* de Spencer-Brown serão mencionados mais adiante.

Ao que releva por ora, deixa-se bem vincado: é infrutífera a tentativa de se confrontar asserções sobre o mundo com o próprio mundo. Isso porque o homem lida com a realidade por meio justamente da linguagem.

O ser humano parece confrontar a linguagem com a própria linguagem, ou a linguagem com as sensações fenomênicas que obtém junto ao mundo.<sup>171</sup> Isso convergiria em prol de uma busca pela coerência interna do micro sistema da ciência muito mais que uma fanática incursão em prol do *noumenico* em si.

Frente a tudo isso, chega-se a uma solução realista, mas um realismo mitigado. Um realismo que não lança oferendas no altar do cientificismo; uma concepção que não exclui, de modo algum, o valor das humanidades, o valor do simbólico e o reconhecimento de que, para além de uma realidade empírica - prótons, átomos, moléculas, coisas e espaço - também há uma realidade social.

Atente-se para a precisa lição de Edmund Husserl:

A ingenuidade do discurso que fala de ‘objetividade’, que deixa totalmente fora de questão a subjetividade e que experimenta, conhece e que produz de uma maneira verdadeiramente concreta... A ingenuidade do cientista da natureza e do mundo em geral, que é cego para o fato de que todas as verdades que ele conquista como objetivas e o próprio mundo objetivo enquanto o substrato de suas fórmulas são a sua própria configuração de vida, que deveio nele mesmo... Essa ingenuidade já não é possível uma vez que se coloque a vida como o centro da perspectiva.<sup>172</sup>

Equacionados todos esses elementos, vê-se que (a) pressupõe-se aqui a existência de realidade empírica, dado que a alternativa do ‘cérebro no receptáculo’ é absurda, verdadeiro nonsense; (b) para além dessa realidade *noumenica*, também

<sup>169</sup> SPENCER-BROWN, George. **Laws of form**. Leipzig: Bohmeier Verlag. 1999, p. 1. A respeito da obra de Spencer-Brown, leia-se WILLE, Katrin; HÖLSCHER, Thomas. Kontexte und Architektur der Laws of Form in HÖLSCHER, Thomas *et al.* **George Spencer-Brown: eine Einführung in die Laws of Form**. 2. ed. Verlag für Sozialwissenschaften: Wiesbaden 2009, p. 23-62 e também KAUFFMAN, Louis H. **Laws of Form: An Exploration in Mathematics**. Disponível na internet <<http://homepages.math.uic.edu/~kauffman/Laws.pdf>>, acesso em 20.04.2013.

<sup>170</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 699.

<sup>171</sup> Mas presume-se que há mundo! O homem lida com o ‘real’ por meio das sensações, da lógica, da racionalização. Cumpre apenas tomar o cuidado de não olvidar que o mundo não é apenas a sua aparência; não é uma invenção humana, eis que a chuva, a pedra, a montanha, a terra estão aí (conquanto não tenham ‘nomes’). O construtivismo deve ser tomado, pois, de forma bastante contida. Indiscutível, todavia, que a própria percepção do que é o mundo, decorre, é fato, dos limites do que se pode observar (afinal de contas, o *bóson de Higgs* compõe o mundo empírico?)

<sup>172</sup> HUSSERL, Edmund *apud* GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método – I**, p. 335.

há uma realidade social, fundada na interação humana - ou, como quer Luhmann, fundada na comunicação que gera comunicação; (c) não há saltos diretos da natureza para a cultura. A linguagem não representa o mundo de forma acurada; sequer há parentesco lógico entre a estrutura do mundo e a estrutura da língua. Não se pode admitir uma concepção pictórica do idioma, defendido pelo 'primeiro' Ludwig Wittgenstein; (d) a comunicação se dá mediante 'jogos de linguagem' que estruturam a própria forma de vida.

#### 2.4. Draw a distinction - adumbração:

A Biblioteca é ilimitada e periódica. Se um eterno viajante a atravessasse em qualquer direção, comprovaria ao fim dos séculos que os mesmos volumes se repetem na mesma desordem (que, reiterada, seria uma ordem: a Ordem). Minha solidão alegra-se com essa elegante esperança.<sup>173</sup>

A questão do concurso de crimes impõe alguma reflexão sobre a segmentação de um ente amorfo em várias unidades. Ou seja, é oportuna alguma reflexão sobre a operação lógica que está na base de qualquer distinção.

Repise-se que uma das primeiras dificuldades na teoria do concurso de crimes diz respeito à identificação do que realmente deveria ser contabilizado: quantas condutas, quantas normas violadas ou quantos bens jurídicos ofendidos? Como definir a 'unidade' a ser computada? Como contar, por exemplo, unidades de ação ou de omissão para fins penais?<sup>174</sup>

Essa é uma pergunta de conteúdo, que versa o que deve ser contado.

Outra questão diz respeito à própria diferenciação, ou seja, diz respeito à operação de segmentar a realidade em identidades, em unidades de 'x' ou de 'y'.

Nesse âmbito, a obra de George Spencer-Brown, mencionada anteriormente, ganha especial importância. O livro 'Leis da forma' fora publicada inicialmente em 1969 na Inglaterra, contando com o prefácio de Bertrand Russell.<sup>175</sup>

<sup>173</sup> BORGES, Jorge Luis. Biblioteca de babel *in* **Ficções**. Trad. Carlos Nejar. SP: Abril, 1972, p.94.

<sup>174</sup> Sobre o tema, leia-se a obra de Horácio Tagle, quem promove uma interessante síntese sobre os principais critérios esposados para se computar a quantidde de crimes (fatores externos, internos, normativos, ecléticos etc). TAGLE, Horacio A. Carranza. **Introducción al concurso de delitos: criterios sobre unidad y pluralidad delictiva**. Buenos Aires: IBdef, 2011.

<sup>175</sup> O prefácio da 5ª edição inglesa (2007) veicula uma curiosa história sobre as circunstâncias como essa apresentação teria empreendida por Bertrand Russell. Spencer-Brown sustentou que, entre a concepção da obra e a sua publicação, teriam decorrido longos dez anos. Segundo ele, o texto teria sido escrito no curso de quatro anos de dedicação. Todavia, redigido o texto, ele não teria encontrado

Ao longo desses 44 anos, com reedições, ela tem exercido considerável influência sobre inúmeros intelectuais, estimulando o desenvolvimento de novas teorias.<sup>176</sup>

Para mencionar apenas algumas das mais conhecidas recepções do trabalho de Spencer-Brown, destaca-se o seu emprego no âmbito da cibernética de segunda ordem (desenvolvida por Heinz von Foerster), a sua influência sobre a noção de autorreferência/*autopoiesis* (desenvolvida por Humberto Maturana e Francisco Varela), na matemática avançada de Louis Kaufmann e na teoria sistêmica de Niklas Luhmann, Dirk Baecker e Elena Esposito.<sup>177</sup>

Ele perquire sobre uma fundamentação da matemática - à semelhança do que, em 1854, havia promovido outro George (George Boole) com *The Laws of Thought*.<sup>178</sup> Sua fonte mais nítida de inspiração é a filosofia matemática de Russell, o Tratado Lógico Filosófico de Wittgenstein e a fenomenologia de Edmund Husserl.<sup>179</sup> Em certa medida, também tem nuances hegelianas.

Chama a atenção o fato de que o cálculo de Spencer-Brown parte da diferença, ao invés da noção de identidade. "Que a identidade não seja o ponto de partida de uma teoria mostra simplesmente que, para cada elemento fundamental que uma teoria tenha escolhido (muitas vezes implicitamente), encontra-se uma diferença entre cada elemento fundamental, de um lado, e todos os outros

acolhida, eis que fora recusado por seis editoras. Russell lhe teria prometido - segundo o autor - elaborar um prefácio para o livro, o que certamente garantiria a sua publicação. Spencer-Brown narrou ter feito de quase tudo para obter o cumprimento da promessa, no curso dos anos seguintes; enfim, em 1969, a obra foi publicada pela George Allen and Unwin Ltd., em Londres. Na referida 5ª edição, ele se vinga do professor de Cambridge, afirmando o que segue: "*Laws of form* foi o único livro em toda a história do planeta para o qual Russel deu a sua desqualificada aprovação. Esse é o livro que ele sempre quis escrever, e na verdade até mesmo tentou, mas por infortúnio o resultado foi o *Principia*. Essa foi, para ele, a maior tragédia e foi responsável pelo fato de ele ter desperdiçado seus últimos dias em protestos políticos infrutíferos. Certa vez ele me perguntou, 'Você acredita que eu gastei dez anos da minha vida escrevendo *Principia*?' O que eu poderia dizer? Eu não poderia dizer que isso teria sido bom, porque ele sabia que foi ruim. No fim, disse-lhe de modo desajeitado: 'Não, Bertie. Se você não houvesse escrito o *Principia*, eu não poderia ter escrito o *Laws*. No momento em que disse isso, eu percebi que não haveria conforto algum para ele. Por alguma razão obscura, todos queremos ser a primavera, ao invés do chão do qual ela brotou." SPENCER-BROWN, George. *Op. cit.*, p. VII, traduziu-se.

<sup>176</sup> HÖLSCHER, Thomas *et al.* **George Spencer-Brown: eine Einführung in die Laws of Form**. 2. ed. Verlag für Sozialwissenschaften: Wiesbaden 2009, p. 16-18.

<sup>177</sup> *Idem*, p. 19.

<sup>178</sup> BOOLE, George. **An investigation of the laws of thought: on wich are founded the mathematical theories of logic and probabilities**. Nova Iorque: Dover Publications [s.d.]. Também há, ademais, uma proximidade do trabalho de Spencer-Brown com as pesquisas levadas a efeito por Gottlob Frege, no que toca à tentativa de sistematizar o pensamento desde o mais básico. Confira-se, por exemplo, o texto FREGE, Gottlob. Sobre o sentido e a referência *in* FREGE, G. **Lógica e filosofia da linguagem**. 2. ed. Tradução de Paulo Alcoforado. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009, p. 129-158.

<sup>179</sup> HÖLSCHER, Thomas *et al.* *Op. cit.*, p. 23 e ss.

elementos fundamentais possíveis do outro lado."<sup>180</sup>

A compreensão da sua notação exige certo 'desaprender': "Deve-se desaprender todas as concretas determinações, regras, qualificações, diferenças de determinada espécie, valores, normas, proibições e pressupostos óbvios."<sup>181</sup> Ele busca o mais básico: uma mera diferença entre dois estados de coisas.

Essa desconstrução pode levar a uma espécie de autoanálise, de modo que a mais simples forma pode ser entendida tanto matemática quanto psicologicamente.<sup>182</sup> Ele começa, pois, com essa noção basilar de diferenciação: a forma mais simples (que pressupõe, todavia, a existência daquele que faz a distinção). Com isso, ele desenvolve uma aritmética sem o emprego de numerais.

Ao invés de empregar números, Spencer-Brown elabora um cálculo de indicações, a partir do uso de um símbolo de conteúdo ambíguo (a forma:  $\neg$ ).<sup>183</sup> No âmbito da mencionada desconstrução (redução fenomenológica), ele deriva a existência da verdade; a verdade da designação; deriva a designação da forma e deriva a forma a partir do vazio, segundo Katrin Wille e Thomas Hölscher.<sup>184</sup>

Há um pontual equívoco nessa afirmação.

Sem dúvida que Spencer-Brown busca extrair um sistema a partir do vazio. Ele pressupõe, não obstante, a existência de um observador com a capacidade de promover o cálculo; logo, não se trata de um 'nada' (*void*), eis que é necessário pressupor quem fará as diferenciações<sup>185</sup> (exceto caso se adote a concepção luhmanniana, que supõe uma *autopoiesis*). Ademais, também pressupõe a existência da folha em branco, i.e., o espaço em que a operação será processada.

Ao longo dos seus doze capítulos, o texto veicula, porém, uma linguagem

<sup>180</sup> Idem, p. 26, traduziu-se.

<sup>181</sup> Idem, p. 26, traduziu-se.

<sup>182</sup> Idem, p. 27.

<sup>183</sup> O símbolo é ambíguo porque significa tão somente uma demarcação (logo, definindo automaticamente o interior e o exterior da forma). Trata da diferença entre dois outros vetores, cujo conteúdo ele próprio não define. Logo, sob esse aspecto, a forma apenas significa a tentativa de diferenciar 'A' e 'não-A' (com notação lógica  $A, \neg A$ ). Para a matemática *booleana* isso se traduziria na atribuição de valores de verdade (1 ou 0), enquanto que, para Frege, isso levaria à formalização lógica (sobretudo ao vetor '--' que significa negação). Mas, enquanto Frege emprega um conjunto significativo de símbolos, na sua lógica de predicados (p.ex.,  $\neg, \exists, \forall, \rightarrow$ ), Spencer-Brown emprega apenas a forma  $\neg$ . Essa é uma lógica monotônica, eis que busca apartar conceitos antagônicos. Não tem como meta imediata, portanto, a diferenciação gradual (p.ex., areia, duna, montanha). Ele cuida mais dos conceitos de classe do que, propriamente, dos conceitos de ordenação, como se percebe.

<sup>184</sup> Idem, p. 32.

<sup>185</sup> SPENCER-BROWN, George. *Op. cit.*, p. 1.

bastante confusa e enigmática.<sup>186</sup> A respeito da forma  $\rightarrow$  ele sustenta o que segue:

A forma.

Nos tomamos a ideia da distinção e a ideia da indicação, e que nós não podemos fazer uma indicação sem promover uma distinção. Nós tomamos, portanto, a forma da distinção pela forma.

Definição

Distinção é a perfeita continência.

Ou seja, a distinção é promovida mediante uma fronteira com lados separados de modo que, a partir de um lado, não se possa alcançar o outro sem cruzar essa fronteira. Por exemplo, um círculo em um espaço plano promove uma distinção.

Uma vez que a distinção tenha sido feita, os espaços, estados ou conteúdos em cada lado da fronteira, por serem distintos, podem ser indicados.

Não pode haver distinção sem motivo, e não pode haver motivo sem que os conteúdos sejam diferentes em valor.

Se um conteúdo é um valor, um nome pode ser tomado para indicar esse valor. Então, a chamada do nome pode ser identificada com o valor do conteúdo.<sup>187</sup>

No dizer de Rivero Sánchez, "Forma é um conceito que se utiliza para referir-se ao emprego de uma diferença que somente permite denotar um dos extremos da diferença: *isto ou aquilo*, com a ajuda do qual se marca uma distinção. Ao denotar um dos extremos, se atualiza a parte interna da forma, que ganha contorno com a parte excluída no momento."<sup>188</sup>

Essa forma de uma diferença (*die Form einer Unterscheidung*) permite diversas reflexões. Ela pode significar um limite; também pode se traduzir em lados distintos, na ideia de pano de fundo (horizonte husserliano) ou mesmo a ideia de contextualização. "Com isso, a forma produz uma unidade, a qual surge de uma diferença. Uma forma com um conteúdo, o qual foi diferenciada dos demais."<sup>189</sup>

Destaque-se: a preocupação de Spencer-Brown não está em saber o conteúdo dessa diferenciação; o que ele tem em vista é o surgimento da própria dessemelhança. Nesse passo, fica nítida a conexão dessa 'diferenciação' (*draw a distinction*) com a lógica aristotélica e seus postulados da identidade, não

<sup>186</sup> SCHÖNWÄLDER-KUNTZE, Tatjana. Bemerkungen zur Architektur der Laws of form in HÖLSCHER, Thomas *et al.* **George Spencer-Brown**, p. 45.

<sup>187</sup> SPENCER-BROWN, George. *Op. cit.*, p. 1, traduziu-se.

<sup>188</sup> SÁNCHEZ, Juan Marcos Rivero. *Op. cit.*, p. 3. Traduziu-se.

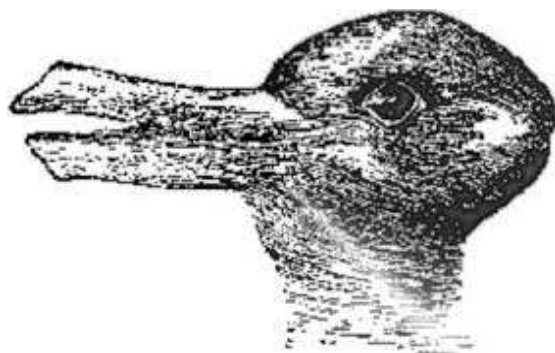
<sup>189</sup> SCHÖNWÄLDER-KUNTZE, Tatjana. *Op. cit.*, p. 61, traduziu-se.



contradição e terceiro excluído.<sup>190</sup>

Ele diz que também pertence à forma aquilo que ela não é (o seu outro lado). Para que essa expressão enigmática ganhe algum sentido, basta ter em mente aqueles conhecidos quadros de conteúdo ambíguo, cuja percepção parece demandar alguma intencionalidade ou escolha do intérprete.<sup>191</sup>

Atente-se para o desenho abaixo. É um pato ou um coelho? Simultaneamente, os dois! Mas apenas quando se privilegia determinado viés, determinado ângulo de visada..., e não há como a própria forma determinar o modo como ela será interpretada!



**Figura 1: Coelho ou Pato?**

Essa definição da 'distinção' (*distinction is perfect continence*) tanto enfatiza a diferença - ou seja, o confronto entre os resultados dessa 'separação' -, quanto também aponta para o contexto.<sup>192</sup> O fato de que algo apenas surge quando em confronto com tudo aquilo que ele não é, e do qual se destaca. Vê-se que a noção fenomenológica de horizonte está presente nessa definição.

Em nota ao primeiro capítulo da sua obra, Spencer-Brown enfatiza: "Conquanto isso diga algo mais, tudo o que o leitor necessita apreender do capítulo 1 é a definição da distinção como uma forma de oclusão, e os dois axiomas que

<sup>190</sup> A respeito dessa relação entre a 'Laws of Form', de Spencer-Brown e a lógica aristotélica, leia-se BAECKER, Dirk. **Aristotle and George Spencer-Brown**. Disponível na internet: <[http://papers.ssrn.com/sol3papers.cfm?abstract\\_id=2073361](http://papers.ssrn.com/sol3papers.cfm?abstract_id=2073361)>, acesso em 01.10.2013.

<sup>191</sup> A constatação dessa ambiguidade, na figura coelho/pato, é atribuída ao psicólogo Joseph Jastrow, aluno de Charles S. Peirce. Confira-se com WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 538.

<sup>192</sup> SCHÖNWÄLDER-KUNTZE, Tatjana; WILLE, Katrin. Das erste Kapitel: the form *in* HÖLSCHER, Thomas *et al.* *Op. cit.*, p. 71.

restam com essa definição."<sup>193</sup>

Uma diferença, no sentido da *Laws of Form* apenas será promovida se dois 'lados' separados surjam por meio da construção de um limite, de modo que um ponto situado em um dos lados não possa alcançar o outro, sem ultrapassar esse limite.

O que pode valer como limite é ilustrado pela metáfora do ponto. Nesse limite fica clara a diferença entre os dois setores. Por meio dele é marcado onde ocorre a transição de um setor, estado ou conteúdo para outro. O limite mantém separados o que foi diferenciado, sobre os quais aqui nada mais pode ser dito senão que não são idênticos e não podem ser fundidos - mas que possuem um limite em comum.<sup>194</sup>

Para ele, toda indicação implica dualidade.

"Não podemos produzir uma coisa sem, ao mesmo tempo, produzir o que ela não é; e toda dualidade implica triplicidade: o que a coisa é, o que ela não é, e o limite entre ambos. Assim, como explicado no capítulo 1 da *Laws*, você não pode indicar nada sem definir dois estados, e você não pode definir dois estados sem criar três elementos. Nenhum deles existe na realidade ou separadamente dos outros."<sup>195</sup>

As diferenças - com isso, também as identidades - surgem, para Spencer-Brown, a partir do que ele chama de 'observações'. Um detalhe: "Uma ameba, um refrigerador, um sistema social podem levar a cabo operações de observação, desde o momento em que podem estabelecer diferenças, denotar um dos extremos da diferença e orientar-se com relação a um dos extremos denotados, o qual é tomado como ponto de partida de sucessivas operações de observação."<sup>196</sup>

No exemplo de Rivero Sánchez, "no caso da ameba, esta diferença entre ela e tudo o que não é ameba, já que se não fosse capaz de estabelecer essa distinção, ela comeria a si mesma. O refrigerador pode diferenciar entre diversos graus de temperatura e orientar-se em conformidade com essas distinções."<sup>197</sup>

Segue a sua síntese precisa sobre o conceito de observação:

A observação é, por conseguinte, um acontecimento que trabalha com uma diferença. Mas a diferença não esgota o acontecimento senão que é necessário que, tão logo se estabeleça uma distinção (p.ex., alto/baixo), se denote um dos extremos ou faces da distinção (isto e

<sup>193</sup> SPENCER-BROWN, George. *Op. cit.*, p. 64. Traduziu-se.

<sup>194</sup> SCHÖNWÄLDER-KUNTZE, Tatjana; WILLE, Katrin. *Op. cit.*, p. 72, traduziu-se.

<sup>195</sup> SPENCER-BROWN, G. *apud* SCHÖNWÄLDER-KUNTZE, Tatjana; WILLE, Katrin. *Op. cit.*, p. 73. Traduziu-se. Trata-se de excerto do prefácio da edição especial de 1994.

<sup>196</sup> SÁNCHEZ, Juan Marcos Rivero. *Op. cit.*, p. 1. Traduziu-se.

<sup>197</sup> Idem, p. 2. Traduziu-se.

não outro). A operação de observação resta completa quando depois desses dois momentos, e toma o extremo denotado com ponto de partida para formular ulteriores observações.

A teoria afirma que a diferença que se utiliza para designar não pode ser observada por quem a pratica. Ela é invisível para o observador que a utiliza. O observador apenas vê aquilo que a diferenciação denota ou designa. E se quiser ver qual é a diferença que utiliza e que possibilita uma designação determinada, ele deve utilizar uma nova diferença (em virtude da qual se distingue a diferença anterior de outras tantas diferenças), a qual, por sua vez, não pode ser percebida pelo observador que a aplica. E assim sucessivamente.

Cada observador pressupõe uma diferença que não pode apreciar-se a si mesma, que não pode ser apreciada no marco dos extremos que contém. Em outras palavras, não se pode apreciar com a ajuda de si mesma. Para que possa examinar-se a diferenciação que foi utilizada, essa mencionada diferença deve ser denotada ou designada, para o que se requer uma nova diferença, em cujo âmbito a primeira observação pode ser diferenciada de outras diferenças.

Na observação se denota, então, algo que se diferencia de outra coisa ou de tudo o mais. O problema complica quando esse algo que se observa é, por sua vez, um observador. Trata-se do problema do observador/observado. Deve-se estabelecer, então, uma diferença entre observações simples e observações complexas. Ou, como a teoria afirma, entre observações de primeira ordem e observações de segunda ordem.<sup>198</sup>

Ou melhor, "Toda observação produz uma diferença e o observador para poder observar deve fazer uma diferença em dois sentidos: - entre o próprio observador e aquilo que é por ele observado; - entre o objeto que observa e o pano de fundo sobre o qual o destaca." <sup>199</sup>

No dizer de Luhmann, "Por observação, por outro lado, quero aludir ao ato de se distinguir para a criação da informação. No mais das vezes se faz uma distinção entre a observação interna e a observação externa; mas essa distinção não é precisa, dado que o conceito de observação inclui a auto-observação." <sup>200</sup>

Luhmann reconhece que 'todos os observadores devem pressupor a existência de ambos os lados de uma distinção ou moldura'. Todavia, as consequências dessa concepção como acima descrita refuta que a teoria de sistemas seja baseada em um conceito de identidade. Ao invés, ele sustenta que a sua teoria é fundada no paradoxo, o qual resulta do seu conceito de observação. Uma observação, como já referido, é uma operação que indica um lado de uma distinção, mas não o outro. Uma distinção de dois lados, contudo, implica a existência de um ponto cego, dado que o observador pode observar, mas não pode observar sua própria observação. Somente uma nova observação, consumindo novo tempo, pode fazê-lo. Alguém pode, então, distinguir entre uma observação de primeira ordem - que

<sup>198</sup> Idem, ibidem. Traduziu-se.

<sup>199</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. *Op. cit.*, p. 104.

<sup>200</sup> LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Tradução do alemão para o espanhol por Josetxo Berian e Jose María Garcia Blanco. Madri: Trota, 1998, p. 17.

focaliza no que (*was*) é observado - e uma observação de segunda ordem - que focaliza como (*wie*) a observação de primeira ordem observa. A observação de segunda ordem pode ver o que a observação de primeira ordem não pode - ou seja, a observação de primeira ordem. Ainda assim, isso não oferta para a observação de segunda ordem uma posição privilegiada, já que ela também não pode observar a sua própria observação. A observação de segunda ordem é, portanto, também uma observação de primeira ordem, quando está sendo observada por um outro observador.<sup>201</sup>

Spencer-Brown amparou-se em dois axiomas lógicos: a redundância e a anulação, denominando-os respectivamente de *law of calling* e *law of crossing*.

A redundância (*law of calling*)<sup>202</sup> significa que empregar o símbolo  $\neg$  sequencialmente é o mesmo que utilizá-lo apenas uma vez. Quando a mãe chama seu filho 'João entra! João entra!' (segundo a sua notação,  $\neg\neg \rightarrow \neg$ ), a repetição nada acrescenta ao conteúdo locucionário, em termos lógicos, muito embora haja diferença entre as ações, devido ao tempo e energia consumidos para a fala.<sup>203</sup>

Já a anulação (*law of crossing*) parte da ideia de operações contrárias, que se autoanulam. Ir e voltar é em tudo semelhante a não ter ido, abstraído o tempo gasto com a operação (segundo a sua notação,  $\neg\neg \rightarrow$ ).

Louis Kauffman esclarece que "Na primeira dessas equações, a lei da chamada (*law of calling*), duas marcas adjacentes (nenhuma dentro da outra) condensam em uma marca única, ou uma única forma expande-se para formar duas marcas. Na segunda equação, a lei do cruzamento (*law of crossing*), duas marcas, uma dentro da outra, desaparecem para formar um estado não marcado indicado pelo nada. Alternativamente, o espaço não marcado pode originar duas marcas aninhadas. Um cálculo nasce dessas equações e a matemática pode ter início."<sup>204</sup>

Niklas Luhmann explicita esses dois axiomas como segue:

<sup>201</sup> KJAER, Poul. Systems in context: on the outcome of the Habermas-Luhmann debate in *Ancilla Iuris*, 2006, p. 666-77, disponível na internet: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1489908](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1489908)>, acesso em 25.11.2013, p. 72, traduziu-se.

<sup>202</sup> "Pela *law of calling* cria-se a possibilidade de duas ou mais indicações, em si mesmas, como equivalentes, porque elas têm o mesmo significado." SCHÖNWÄLDER-KUNTZE, Tatjana. The conception of calculation in HÖLSCHER, Thomas *et al.* *Op. cit.*, p. 118, traduziu-se.

<sup>203</sup> De modo semelhante, confira-se em SCHÖNWÄLDER-KUNTZE, Tatjana; WILLE, Katrin. *Op. cit.*, p. 80-81. A reiteração da fala pode ensejar diferenças, todavia, no que toca ao conteúdo perlocucionário (a repetição pode se traduzir em insistência da mãe no pedido/ordem para que o filho entre). Mas essa distinção entre atos de fala (locucionário, ilocucionário e perlocucionário), presente nas obras de John Austin, John Searle, Richard M. Hare e J. Habermas não é alvo da análise de George Spencer-Brown. Já que a sua preocupação é essencialmente com a lógica, ele tampouco parte, na *Laws of Form*, de uma distinção entre o frástico, trópico e nêustico, como promovido por Hare (HARE, R. M. *The language of morals*. 8. ed. Oxford: Claredon Press, 1992, p. 17).

<sup>204</sup> KAUFFMAN, Louis H. *Laws of form: an exploration in mathematics*. Disponível na internet <<http://homepages.math.uic.edu/~kauffman/Laws.pdf>>, acesso em 20.10.2013, p. 5, traduziu-se.

Atravessar é um ato criativo. Enquanto a reiteração de uma sinalização dá testemunho somente da sua identidade (mais adiante diremos que ela põe à prova seu sentido em diferentes situações e como isso o condensa), atravessar e voltar a atravessar não é nenhuma repetição e, por isso, tampouco podem tratar-se de uma identidade única. Esta é somente outra versão do princípio de que uma distinção não pode identificar-se a si mesma no seu uso.<sup>205</sup>

Esses asserções podem ganhar notas metafísicas (hegelianas).

No que toca ao *crossing* ( $\neg\eta \rightarrow$ ), isso pode se traduzir, por um lado, na aniquilação ou anulação. Invertendo-se a equação ( $\rightarrow \neg\eta$ ), tem-se um ato de criação (duas formas eclodem do vazio). Por seu turno, quanto ao *calling* ( $\neg\neg \rightarrow \neg$ ), tem-se a operação lógica de condensação, concentrando-se a informação em um único signo. No movimento contrário, tem-se a expansão ou a replicação.<sup>206</sup>

George Spencer-Brown parte, pois, do princípio da distinção: o estado de coisas indicado pelo exterior - o entorno, como diria Niklas Luhmann - de uma forma não é o estado indicado pelo seu interior.

O estado indicado pelo exterior é obtido pelo cruzamento da forma (e vice-versa). Esse símbolo pode ser visto como uma espécie de transformador - convertendo um 'lado interior' em 'exterior', e vice-versa - ou também pode ser visto como o nome do espaço ou estado marcado. Em alguma medida, a palavra 'não' cumpre papel semelhante no âmbito da linguagem, modificando o sentido da expressão que lhe segue.

A obra de Spencer-Brown evidencia, destarte, que, de certo modo, toda compreensão demanda distinções; toda compreensão demanda critérios para a diferenciação, ainda que o fundamento reste implícito ou inconsciente.

Uma palavra sobre o sinal da igualdade.  $A=B$  deve ser compreendido como dizendo que 'A pode ser confundido com B', no sentido radical da palavra confundir. Confundir A e B é *perder a distinção* que os faz diferentes. Justamente, na lei da chamada e cruzamento (*laws of calling and crossing*), o sinal de igualdade é uma indicação da nossa

<sup>205</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 41.

<sup>206</sup> Com efeito, essa concepção de Spencer-Brown pode ser associada à dialética hegeliana. Com efeito, Hegel buscou, com a sua 'Ciência da Lógica' (1812), uma concepção autológica do 'Espírito Absoluto' (conceito aparentado do 'Eu Puro' de Johann Gottliebe Fichte): ou seja, uma estrutura iniludível que fundamente a si mesma (HÖSLE, Vittorio. **O sistema de Hegel**, p. 71). A partir desse pretenso *fundamentum inconcussum*, Hegel emprega o método dialético - retornando Heráclito -, sustentando que os entes conteriam, em si, sua própria negação, de modo que a diferenciação e emergência das demais ideias teriam então origem. Sobre as distintas acepções do termo 'contradição' na obra hegeliana, leia-se HÖSLE, Vittorio. *Op. cit.*, p. 185-190.

capacidade de ver duas chamadas como uma simples chamada, e ver um cruzamento feito novamente como se não houvesse nenhum cruzamento.<sup>207</sup>

Ele destaca, de outro tanto, a possibilidade de paradoxos ( $x^2+1=0$ ). Na sua notação, isso se traduziria em  $\eta \rightarrow \neg$ . Ele denomina isso de reentrada (*re-entry*),<sup>208</sup> ao enfatizar que, em alguns casos, a forma ingressa na própria forma, gerando aporias. Pode-se diferenciar entre 'estar na chuva' e 'fora da chuva'. Contudo, também se pode usar guarda-chuva (isso levaria ao estar 'na chuva', mas simultaneamente 'fora da chuva') etc.

Os paradoxos têm sido solucionados mediante atribuição de níveis de sentido - a linguagem e a metalinguagem -, de modo que a expressão 'estar na chuva' possa ganhar dois significados: (a) estar em contato com a água que cai, ou (b) não estar sob uma habitação, enquanto chove.<sup>209</sup>

A aporia se traduz na capacidade de examinar os seus dois lados ao mesmo tempo (já que, por definição, a forma apontaria para um - e apenas um! - dos lados, deixando o restante no horizonte, no *unmarked space*). Por outro lado, a fronteira apenas surgiria no ato de atravessar - tal como o caminho que se faz ao caminhar: a observação é que viabilizaria a diferenciação, ao eleger o critério.

Spencer-Brown busca resolver complexas questões matemáticas partindo dessa sua estranha notação. Ele almeja encontrar os fundamentos lógicos da aritmética, e sem o uso de algarismos. Ao comentar a sua obra, o matemático Louis Kauffman dá ênfase para a recursividade (autorreferência), como pode ser ilustrado abaixo, empregando números:

1\* (uma estrela)  
 11\* (um número um, uma estrela)  
 211\* (dois números um, uma estrela)  
 12211\* (um número dois, dois números um, uma estrela)  
 1122211\* (um número um, dois números dois, dois números um, uma estrela)  
 2132211\* (dois números um, três números dois, dois números um, uma estrela) etc.

<sup>207</sup> KAUFFMAN, Louis H. *Op. cit.*, p. 16, traduziu-se.

<sup>208</sup> A respeito desse conceito, veja-se SPENCER-BROWN. *Op. cit.*, p. 46-47 e 79-80. Confira-se também com KAUFFMAN, Louis. **Self reference and recursive forms**. Disponível na internet <<http://homepages.math.uic.edu/~kauffman/SelfRefRecurForm.pdf>>, acesso em 20.10.2013, p. 57. No dizer de Luhmann, ela é "*una operación que es manifiestamente incalculable y hace saltar los límites (de la forma) del cálculo.*" LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**, p. 166.

<sup>209</sup> Essa é a solução advogada por Bertrand Husserl para o paradoxo do mentiroso, como sabido. Confira-se com PUPPE, Ingeborg. **Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen**: logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung. Berlim: Duncker und Humblot, 1979, p. 44.

Cuida-se de uma sequência de observações de primeira e de segunda ordem. A primeira é a descrição do referente (no caso, a estrela). A segunda é a observação da própria descrição ('vi um número um; vi uma estrela') - a língua passa a referir a si mesma, gerando ambiguidades.

Quando se fala 'dois' (2), isso se reporta a um par de objetos, ou ao símbolo chamado 'dois', empregado na matemática? Os enunciados possuem extensão e intensidade, como se indicará adiante, e isso pode ser fonte de grande ambiguidade.

Também aqui, a forma (i.e., o número) pode se reportar a coisas distintas na realidade, demandando um critério de diferenciação para que alguém saiba quando se está reportando ao próprio sinal, ou ao referente por ele denotado. Afinal de contas, a linguagem pode referir-se a algo no mundo ou pode referir-se a si mesma; questão enfatizada por Tiago de Oliveira, em seus comentários ao *Tractatus* (diferença entre usar um nome e mencioná-lo).<sup>210</sup>

Essa autorreferência é intrigante. Para N. Luhmann, ela seria responsável pela própria noção de identidade ou de 'essência' de um objeto observado.

Para tornar possível essa forma mediante repetição, o sistema tem que reconhecer as operações reiteradas. É dizer: o sistema deve ter a capacidade de identificá-las. E tem que fazê-lo em contextos cambiantes, ou seja, deve ser capaz de generalização. Spencer Brown compreende este complexo processo como a unidade de condensação e confirmação das operações recorrentes do sistema. A condenação pressupõe e sedimenta identidades; enquanto que a confirmação produz a semelhança nas situações que são, em cada caso, diversas. No meio do sentido, isso possibilita uma unidade de experiências (entre identidade e horizonte); possibilita um núcleo de atualidade com significado específico que remete a um sem número de outras possibilidades. Isto conduz à vivência do tratamento com o sentido, que não é possível recuperá-lo a todo instante mediante conceitos definíveis.

O sistema depende, como se tem constatado uma e outra vez na teoria da consciência, de uma relação consigo mesmo que não se pode apreender completamente com a reflexão, dado que o mesmo tem que realizar todas as reflexões, i.e., dado que tem que estar sempre já em marcha e seguir funcionando. A solução desse problema está em

<sup>210</sup> "Como se sabe há que distinguir entre uso e menção de um nome ou uma expressão. Dilucidemos este ponto. Na frase 'José é bom' fazemos uso do nome José: traduzida, para o inglês por exemplo, temos '*Joseph is good*', que exprime o mesmo sentido e significado. Porém, a expressão 'José tem quatro letras' dá na sua tradução (directa) '*Joseph has four letters*' que é falsa, embora não seja falsa a frase inicial, ao invés do que sucedeu com 'José é bom'. Porém, se traduzirmos (corretamente) a frase por '*José has four letters*' a ideia é a mesma do que a frase inicial, é verdadeira ou falsa com ela. Nesse caso, não se usa o nome José mas sim faz-se uso dele, menção. Doutra modo, numa frase de uso de José como objecto-homem enquanto que, na segunda, se faz uso do objecto-palavra ou menção do objecto-homem." OLIVEIRA, J. Tiago. Alguns comentários sobre o *Tractatus in WITTGENSTEIN*, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico. Investigações filosóficas**, p. XXII.

recorrer a referências puramente 'locais', é dizer, em recorrer a textos determinados que, em cada caso, funcionam como 'direito vigente'. O símbolo formal da validade jurídica facilita, como temos exposto anteriormente, a referência sistêmica sem caracterizar o sistema, quanto ao seu conteúdo.<sup>211</sup>

Junto à obra de Martin Heidegger, chama a atenção o que segue:

O que preconiza a fórmula  $A=A$ , costumeiramente usada para representar o postulado da identidade? A fórmula expressa a igualdade entre A e A. Uma equação requer quando menos dois elementos. Um A é igual a outro. Mas é isso que o princípio da identidade significa? Óbvio que não. O que é idêntico, em latim *idem*, é, em grego *ἴσος* (traduzido, significa 'o mesmo'). Se alguém constantemente repete a sim mesmo, 'a planta é uma planta', ele fala em tautologia. Para que algo seja o mesmo, uma vez é suficiente. Duas não são necessárias (o que ocorre no caso de igualdade). A fórmula  $A=A$  trata da igualdade. Mas não define A como o mesmo. A formulação comum do princípio da identidade então diz respeito precisamente ao que o princípio está tentando dizer. A é A, o que é, todo é, em si, o mesmo.<sup>212</sup>

Para Spencer-Brown, não há identidades antes que a observação seja feita; a identidade surge com a renovação da observação, permanecendo algo constante quando tudo o mais se altera. Retoma-se a antiga questão filosófica que contrapõe Parmênides - i.e., a busca do ser, da essência que permanece - e Heráclito - para quem tudo perece e se transforma (o devir, o tempo).

Mal comparando, a atribuição de nomes permitiria o reconhecimento de identidades. Com isso, as particularidades de cada ente – quando menos, a sua situação específica no espaço e no tempo – seriam abstraídas, em cada caso concreto. Essa concepção possui afinidades, como se percebe, com aquele antigo problema dos 'universais', tratado por Guilherme de Occam.

Vale a pena atentar para a análise de Van de Kerchove y Ost:

O que dizia essa inteligibilidade clássica, cuja paternidade é atribuída a Descartes, quem teve o mérito de expressá-la diretamente? Tratava-se de isolar os objetos (as substâncias) de um modo claro e perceptível, recortado de um fundo nebuloso e separado como um cenário teatral. Primeira simplificação: o objeto, o elemento, o indivíduo, a substância, o átomo do ser, não devem nada a aquilo que os rodeia (...) como se a identidade pudesse repousar tranquilamente sobre si mesma, com todo terceiro excluído a priori. Todo terceiro está destinado, por força, a ser

<sup>211</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 276, traduziu-se.

<sup>212</sup> HEIDEGGER, Martin. **Identity and difference**. Tradução do alemão para o inglês por Joan Stambaugh. Nova Iorque: Harper & Row Publishers, 1969, p. 23-24, traduziu-se.



excluído, desde o momento em que *l'entre deux* não consiga abrir caminho através desta fortaleza da identidade (...).

Segunda simplificação: não tem cabimento a ideia de concorrência, de causalidade múltipla e circular, de interação, tudo vem determinado como um movimento de relógio (...). Afinal, o observador, uma vez que resta imune aos enganos do seu gênio maligno, como em um jogo de prestidigitação, é feito desaparecer do teatro do método. Seguro de seu 'ver' por obra e graça do seu cogito, o filósofo se atrincheira na objetividade do seu próprio método.

Terceira simplificação: sabemos hoje que essa objetividade não crítica está impregnada de projeções subjetivas. Somente uma epistemologia da complexidade consciente da inevitável implicação do observador, pode lograr dar um estatuto à explicação que pretende proporcionar.<sup>213</sup>

Releva ter em conta, tanto por isso, esse aspecto adumbrativo do conhecimento: depende de contexto e de foco, como enfatizara, a seu tempo, Edmund Husserl, conforme a precisa síntese de David R. Cerbone:

Assim como a melodia não é ouvida 'de uma só vez', mas, em vez disso, nota por nota, de um modo que 'equivale' a uma melodia, nenhum objeto material é visto de uma só vez. Quando estendo a pedra diante de mim, vejo somente um lado dela. À medida que a giro lentamente, enquanto mantenho meu olhar fixo, novos lados aparecem e os lados vistos anteriormente desaparecem. Para usar a terminologia de Husserl, a pedra é apresentada via 'adumbrações' (o mesmo vale, a seu próprio modo, para a melodia, nós a ouvimos, nota por nota, embora soe estranho chamar as notas sonoras 'lados' da melodia). A apresentação adumbrativa de objetos na experiência visual é inescapável, mesmo na imaginação. Quando apenas me imagino olhando para uma pedra, ela já é apresentada na minha imaginação via adumbrações: eu sempre vejo a pedra, mesmo no olho da minha mente, de um ângulo particular e de uma distância particular. 'Não é um acidente do próprio sentido peculiar da coisa física nem uma contingência da nossa constituição humana, que nossa percepção possa chegar às próprias coisas física somente através de meras adumbrações delas (Ideias I:§42). Adumbrações, devemos enfatizar, não são unidades isoladas da experiência. Como foi o caso com a melodia, os lados que não são mais vistos ou ainda estão para ser vistos são ainda parte da experiência presente do lado que eu posso ver. Que a pedra tem lados-para-serem-vistos contribui para o horizonte da experiência do lado diante de mim. À medida que a pedra vira, há uma mudança constante em minha experiência visual, e há, todavia, igualmente um tipo de unidade à medida que todos os lados apresentados são de uma pedra: aqui, uma vez mais, podemos ver o trabalho da síntese, mantendo unidos os diferentes momentos da experiência.<sup>214</sup>

<sup>213</sup> KERCHOVE Y OST *apud* VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valência: Tirant lo Blanch, 2008, p. 276. Traduziu-se.

<sup>214</sup> CERBONE, David R. **Fenomenologia**. Tradução de Caesar Souza. Petrópolis: Editora Vozes, 2006, p. 49-50. Ainda sobre a adumbração, confira-se SOKOLOWSKI, Robert. **Introdução à fenomenologia**. Tradução de Alfredo de Oliveira Moraes. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 25-29; GILES, Thomas Giles. **História do existencialismo e da fenomenologia**. São Paulo: EPU, 1989, p. 58-69; STEGMÜLLER, Wolfgang. **A filosofia contemporânea**, p. 67-72; HUSSERL, Edmund. **Ideias**

Isso evidencia, portanto, que toda observação depende de ângulo de exame.

A compreensão se dá mediante paralaxe: muda conforme muda o observador. As imagens não se confundem com as coisas; mas de um único objeto são possíveis diferentes representações. E, assim, também são possíveis distintas unidades (pode haver uma singularidade ou multiplicidade, conforme o critério de distinção empregado. Diante de um mesmo objeto, pode-se ter uma 'mão', ou 'cinco dedos', ou 'cinco unhas' ou 'incontáveis células' etc.).<sup>215</sup>

Diante de um recorte histórico, pode-se ter uma guerra, três batalhas etc.

Busca-se aplicar o conceito de horizonte, também presente na fenomenologia de Husserl; a ideia de que, ao se concentrar a atenção sobre algo, o restante fica no espaço 'não marcado' (como diriam Spencer-Brown e Niklas Luhmann).<sup>216</sup> Somente quando algo causa estranhamento<sup>217</sup> é que ele é problematizado e, portanto, alvo de reflexão consciente:

As autodescrições são (e seguem sendo), em sentido estrito, observações. Recordemos: uma observação assinala algo, ao distingui-lo. Produz, por outro lado, com o que assinala, um âmbito não marcado, que não se apreende (designa) de maneira intencional ou temática, ainda que reste pressuposto como 'mundo-ademais-que'. Separa a observação do ato de observar (e, com isso, do observador) aquilo que é observado. Que isto também seja válido para as autodescrições tem consequências teóricas importantes. Desde logo: na representação da sociedade sempre está implicado também o mundo – em parte, com formas conhecidas: p.ex., pedras, plantas, animais, deuses; em parte também, sem embargo, com propriedades desconhecidas ou bem como um postulado de ordem já não explicável do tipo *Kosmos* ou criação. O outro lado da distinção 'sociedade' possibilita as designações heterorreferenciais, mas nunca pode designar-se como unidade. Torna possível cruzar a fronteira, ainda que com a circunstância de que, no outro lado, de novo se distingue algo: céu/terra. A descrição é capaz de operar, mas na sua execução não pode descrever-se a si mesma – porque isso requereria outra operação, outra designação que, a sua vez, também distingue. Pode unicamente descrever-se em retrospectiva. Nenhuma tematização da sociedade alcança, com isso, uma transparência total do mundo. E se essa teoria está correta, isto deve tornar-se manifesto em todas as

---

**para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica.** 3. ed. Tradução de Márcio Suzuki. Aparecida: Ideias & Letras, 2006, p. 100-110.

<sup>215</sup> Moutinho socorre-se de exemplo semelhante, mas tratando de 'bocados de papel'. MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal português.** Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005, p. 474.

<sup>216</sup> SPENCER-BROWN, George. *Op. cit.*, p. 11-12. LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**, p. 40 e ss. LUHMANN, Niklas. **Sociedad de la sociedad**, p. 811 e 909.

<sup>217</sup> O estranhamento é categoria fundamental para a hermenêutica desenvolvida por Hans-Georg Gadamer. Revela que, no mais das vezes, lidamos com o mundo a partir de uma rotinização do olhar, não colocamos tudo em questão. Apenas aquilo que se destaca, que chama a atenção, que supera o habitual, é que coloca em causa o próprio sentido, a própria forma pela qual a compreensão se dá.

autodescrições da sociedade – também e precisamente naquelas que adquirem a forma de sociologia.<sup>218</sup>

Essa constatação – a de que o observador não consegue observar a sua própria observação no momento mesmo em que observa -, já havia sido promovida por Michel Foucault,<sup>219</sup> ao enfatizar que a pretensão enciclopédica iluminista excluía, do seu quadro de conceitos, justamente o homem que os criava.

Mesmo quando alguém se olha no espelho, não consegue ver o ‘último’ ato de se observar (isso demanda sempre um observador externo). O conhecimento completo, verdadeiro, alcançando toda a complexidade do mundo, parece inviável.

O observador de primeira ordem – é dizer: a comunicação social normal – observa o mundo (para retomar a fórmula de Maturana) em um ‘nicho’; por isso para ele o mundo está dado onticamente. Sua filosofia seria uma ontologia. O observador de segunda ordem, ao contrário, pode reconhecer uma relação entre sistema/entorno que poderia estar organizada para ele (no seu nicho) também de outra maneira. Aquilo que o observador de primeira ordem vê e aquilo que não vê, para o observador de segunda ordem depende de que distinções se colocam na base da observação; e estas sempre podem ser outras distinções.<sup>220</sup>

Isto é válido para toda observação, então também para a observação de segunda ordem. Toda observação utiliza uma distinção para assinalar algo, mas não para assinalar a própria distinção mesma. Em outras palavras, toda observação utiliza a distinção aplicada operativamente como ponto cego, já que, de outra maneira não seria capaz de escolher algo para assinalá-lo.<sup>221</sup>

Toda observação demanda critérios, escolhas - mesmo quando inconscientes -, que permanecem no ponto cego: "A distinção é o ponto cego da observação e, precisamente por isso, o lugar da sua racionalidade."<sup>222</sup>

Tudo isso é muito abstrato, há de se reconhecer.

Qual o relevo para a teoria do concurso de crimes? No que Spencer-Brown e Edmund Husserl podem auxiliar à compreensão desse tema? Afinal de contas, essa não é uma tese de filosofia, mas de dogmática penal.

Ora, evidencia-se uma premissa singela: a de que, de um mesmo tema,

<sup>218</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 700.

<sup>219</sup> FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**. 9. ed. Tradução de Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 68-105.

<sup>220</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociedad de la sociedad**, p. 888, traduziu-se.

<sup>221</sup> Idem, ibidem.

<sup>222</sup> Idem, p. 135. Traduziu-se; itálicos no original.

distintas observações são possíveis, e todas elas igualmente corretas! A questão está no critério de diferenciação, não raras vezes oculto pelo discurso. A solução do concurso de crimes pode envolver a quantidade de condutas - i.e., adotando a forma 'uma ação/várias ações' -; ou pode tratar também da quantidade de bens jurídicos ofendidos - empregando a forma 'uma agressão/várias agressões' etc.

Isso tudo é muito óbvio.

A vantagem da análise de Spencer-Brown, frente à concepção aristotélica clássica, está em evidenciar que a própria ideia de identidade demanda algum hábito. O olhar fica acostumado com certas formas, dada a repetição da observação: aquilo que aparentemente persiste, a despeito da mudança nos seus acidentes (uma concepção com matiz construtivista, como facilmente se percebe).

Em uma dada observação, pode-se imaginar a identidade de conduta (uma unidade de conduta) - o ato de falar, sem interrupções mais demoradas é entendido como uma 'unidade natural de conduta'. A frequência com que a vida humana é dividida - por conta de critérios arbitrários - em ações como o 'vestir-se', 'andar', 'almoçar', 'palestrar' etc.

Essa divisão não corresponde a alguma 'essência' prévia à própria observação.<sup>223</sup> Há mundo e leis físicas, repita-se! Mas, em boa medida, esse mundo é amorfo e desorganizado. São as observações - condensadas pela sua reiteração - que criam a estabilidade, as unidades e a constância.

Assim, não causa estranhamento quando se diz que 'matar alguém' é unidade de conduta. O estranhamento pode surgir, porém, quando se trata do envenenamento gradual, progressivo, promovido mediante lançamento de estricnina na comida da vítima, por vários meses seguidos (nesse caso, quantas condutas?).

Quando o algoz, depois de ter sequestrado a vítima, lhe desferiu, por dias seguidos, várias apunhaladas, provocando a sua morte ao final da semana, pergunta-se: quantas unidades de conduta? Apenas uma ação de 'matar alguém' ou também distintas condutas de lesão corporal, seguidas de um homicídio? Ou seria o caso de lesões corporais seguidas de morte? Qual o critério? E caso tenha desferido

---

<sup>223</sup> Ademais, cumpre também ter em conta o conhecido arguilhão de David Hume: do ser não se extrai um dever-ser. O fato de se supor uma determinada identidade (identidade ontológica) não implica, por si, que a lei não possa tomar outros critérios de diferenciação/observação - ao contrário, portanto, do que supôs Hans Welzel, portanto, para quem as estruturas lógico-materiais vinculariam o legislador: o legislador não poderia obrigar uma mulher a parir em 06 meses. Do mesmo modo, para o Finalismo, o legislador tampouco poderia desconsiderar estruturas ontológicas, anteriores à rotulação penal - a estrutura ontológica da ação-final e a estrutura ontológica da culpabilidade.

golpes sobre o corpo já sem vida, tratar-se-á também de vilipêndio a cadáver?

No âmbito da teoria do concurso, ademais, o conceito de 'ponto cego' da observação evidencia que o controle absoluto do intérprete é mesmo impossível. Como cediço, não há como uma norma regular a sua própria aplicação; não há como fugir das metarregras, de premissas valorativas implícitas no discurso. Não há como garantir uma fórmula matemática que assegure, com absoluta consistência, soluções calculáveis na temática penal (ainda que isso seja uma questão de graduação - há sistemas mais garantistas que outros).<sup>224</sup>

Sem dúvida, trata-se de uma análise bastante abstrata.

A conclusão desse tópico é a seguinte: a dogmática penal deve se esforçar para evidenciar e também por justificar os múltiplos critérios de observação que emprega, no âmbito da teoria do concurso de crimes. Essa transparência - nos limites do humanamente possível - permite maior racionalidade do discurso.

Isso não significa, porém, que o aplicador da lei possa flutuar no vácuo. Há limites para o arbítrio. Afinal de contas, as observações (diferenciações) não são promovidas apenas pelo sujeito-solipsista. As diferenciações encontram eco em uma tradição, em um conjunto acumulado de preconceitos – úteis e nefastos -, do qual ninguém concebe se libertar totalmente (como se evidenciará com a menção à obra de Hans-Georg Gadamer, adiante).

De toda sorte, essa concepção da observação revela-se importante ao desnudar que as identidades (i.e., o recorte das unidades a serem computadas, no âmbito da teoria do concurso) não são algo pronto, acabado. Em boa medida, também depende dos critérios empregados por quem interpreta o mundo. Há leis físicas – como já destacado -, mas o Direito cuida de valores, de modo que um

---

<sup>224</sup> Esse conjunto de aporias - a incontornável necessidade de se transitar do Direito para a Política - foi evidenciada por Niklas Luhmann, por exemplo. Ele questiona justamente o fato de não haver 'uma norma hipotética fundamental' que justifique a própria norma fundamental (em Kelsen); assim como tampouco há uma regra de reconhecimento da própria 'regra de reconhecimento' (em Hart). Confira-se: "A solução provavelmente mais convincente de um problema colocado desta maneira se encontram recurso de fato da utilização da linguagem por parte dos juristas. O ponto de partida dessa reflexão é que todo direito é direito vigente. O direito não vigente não é direito. Portanto, a regra que viabiliza o reconhecimento da vigência, não pode ser uma entre as regras vigentes. No geral, não pode haver no sistema uma regra que regula a aplicabilidade/não aplicabilidade de todas as regras. O problema deve ser *gödelizado* (Gödel) recorrendo a uma referência externa. Então a linguagem - ou seja, a sociedade - é uma saída convincente, dado que o direito é finalmente uma área parcial da comunidade linguística, além do fato de que todas as linguagens científicas devem restar integradas na linguagem cotidiana. O desdobramento dessa tautologia 'direito é direito vigente', por meio da distinção de vários níveis de regulação, tem sua razão na diferenciação social; é dizer, na diferenciação de um sistema jurídico dentro do sistema da sociedade." LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 158, traduziu-se.

espaço razoavelmente amplo para se identificar quais elementos são, de fato, relevantes para a solução dos casos penais.

**III.**

**PARADIGMAS**  
**NIKLAS LUHMANN, JÜRGEN HABERMAS**  
**O PROBLEMA DO SENTIDO**

### III. SOCIEDADE, SENTIDO - ALGUMAS NOTAS:

A repetição nada muda no objeto que se repete, mas muda alguma coisa no espírito que a contempla.<sup>225</sup>

Essa tese colhe alguns subsídios em distintos marcos teóricos.

Ela não se filia, propriamente, em uma única arquitetura conceitual – não busca, desse modo, sua fundamentação apenas na hermenêutica ou no sistemismo, conquanto adote alguns dos *insights* mais relevantes dessas complexas teorias.

Por mais que isso possa eventualmente comprometer a objetividade (apontada como o critério de excelência do discurso científico), arrisca-se aqui uma breve exposição de algumas teorias sobre a sociedade, desenvolvidas por Niklas Luhmann e por Jürgen Habermas.

Esses teóricos oferecem algumas reflexões muito importantes, aptas a evidenciar a imbricação entre a concepção jurídica e a questão sociológica que está na sua base. Em alguma medida, o problema do concurso de crimes retrata também uma importante questão social: a percepção coletiva sobre a gravidade de determinadas condutas (i.e., as expectativas sociais) e também a forma como os magistrados decidem os casos criminais (instituições sociais).

Não se trata da *art pour la art*; não se busca simplesmente aproveitar leituras ou demonstrar alguma interpretação das obras em questão. Ao contrário, esse confronto entre Niklas Luhmann e Jürgen Habermas contribuirá decisivamente para o tema em desate, como se evidenciará nos capítulos seguintes.<sup>226</sup>

Essa eleição não é arbitrária.

Niklas Luhmann representa a concepção funcionalista mais radical. Suas reflexões têm estimulado interessantes debates no âmbito da dogmática penal, sobretudo no que toca à normatização dos conceitos jurídicos, como bem ilustram

---

<sup>225</sup> HUME, David *apud* DELEUZE, Gilles. **Diferença e repetição**. 2. ed. rev. atual. Tradução de Luiz Orlandi e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2006, p. 111.

<sup>226</sup> Anote-se, porém, que, na obra de Claus Roxin, a influência funcionalista imediata parece ser a de Talcott Parsons (sobretudo quando conceitua 'ação penal' como reflexo do 'sistema personalidade'). Confira-se em ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução do alemão para o espanhol por Diego-Manuel Luzón Peña e outros. Madri: Civitas, 1997, p. 252 e ss. Ao contrário de Jakobs - ao que consta, inspirado em Luhmann -, o professor de Munique não chega a radicalizar as premissas funcionalistas na temática penal.



as análises de Bernardo Feijoo Sánchez<sup>227</sup> e Carlos Gómez-Jara Díez.<sup>228</sup>

Eis a questão central: pode o próprio 'sistema' jurídico - autopoietico, segundo Luhmann – criar/multiplicar unidades de crimes? Haveria algum limite anterior ao próprio discurso jurídico? Hans Welzel acreditou ter encontrado uma restrição incontornável, para o legislador, na estrutura ontológica da ação.

A obra de J. Habermas é relevante para essa pesquisa, por seu turno, na medida em que serve de pano de fundo para uma noção comunicativa da ação; e, portanto, pode também estimular reflexões no âmbito da teoria do delito (a partir da suposição de que o juízo de imputação é um mecanismo de comunicação).

A sua 'teoria da ação comunicativa' permite uma instigante reflexão sobre questões centrais para essa tese: os limites da linguagem, os problemas quanto às pretensões de verdade e a sua crítica ao funcionalismo sistêmico.

Trata-se, portanto, de dois paradigmas distintos e importantes - para empregar aqui a expressão de Thomas Kuhn, referido acima -, dado que há uma espécie de ruptura no exame da sociologia, no âmbito dessas obras. Interessa muito mais, todavia, o enfoque semiótico presente na obra de Luhmann; e a questão pragmática que está na base da obra de J. Habermas.

Ao final desse trabalho, essas questões serão confrontadas com o tema do concurso de crimes. Ora, as teorias sob exame oferecem *insights* peculiares para a compreensão do problema do sentido social, algo que está na base da rotulação criminal (sob o viés do Interacionismo simbólico de George Herbert Mead).

Uma alternativa seria a concepção da sociedade como conflito - algo presente nas obras de Karl Marx e de Ralf Dahrendorf, como sabido. Mas o ponto em exame não diz respeito à própria formação da sociedade.

As obras de Luhmann e Habermas são mais úteis por detalharem problemas da hermenêutica e da própria contingência. E é por força disso que se gasta tanta tinta com essa difícil análise.

---

<sup>227</sup> SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. La normativización del derecho penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación in DÍEZ, Carlos Gómez-Jara *et al.* **Teoría de sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación.** Granada: Colmares, 2005, p. 434-544.

<sup>228</sup> DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. Teoría de sistemas y Derecho Penal: culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho Penal in DÍEZ, Carlos Gómez-Jara *et al.* **Op. cit.**, p. 385-434.

### 3.1. Teoria sistêmica e risco de tecnocracia:

A autorrepresentação é um aspecto ontológico universal da natureza. Sabemos hoje que as concepções teleológicas da biologia não são suficientes para tornar compreensível a estruturação do ser vivo.<sup>229</sup>

Alguns penalistas têm promovido, há algum tempo, um exame funcionalizado do Direito Penal. Importa dizer: eles têm atribuído maior peso à tarefa que alegadamente o sistema jurídico punitivo deveria cumprir na estrutura social, extraíndo daí uma retórica para justificação de determinadas categorias dogmáticas.

Hans Welzel advogava uma concepção bastante distinta.

O professor da Universidade de Bonn sustentava a existência de limites incontornáveis para a legislação penal. Nem mesmo a Constituição poderia obrigar uma mulher a parir em 05 meses!<sup>230</sup> Nem mesmo a Constituição poderia preconizar a responsabilização penal da pessoa jurídica, dada a ontológica incapacidade de ação por parte de entes coletivos (o que atingiria o art. 225, §3º, CF, por exemplo).

Sem dúvida alguma que Hans Welzel, professor de Bonn, iniciou o seu tratado também versando sobre a missão do Direito Penal.<sup>231</sup> Mas ele não alocava esse exame funcional no núcleo do sistema dogmático; ao contrário, ele supunha a existência de uma espécie de natureza das coisas (*Natur der Sachen*), a ser respeitada pelos legisladores e pelos magistrados.

A teoria welzeliana deve ser confrontada, sem dúvida, com o problema da falácia naturalista - reconhecida por David Hume -, que trata daquela tentativa de se extrair normas a partir de uma suposta natureza do mundo (derivar o 'dever-ser' do ser). Ademais, ele também se batia com problemas epistemológicos profundos: a viabilidade de se identificar e conhecer o tal *noumenico*.

No presente momento, todavia, releva muito mais essa primeira contraposição dogmática. Há distintas formas de se observar o sistema jurídico:

<sup>229</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**, p. 162.

<sup>230</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Tradução do alemão para o espanhol por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 42-44. WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 14. WELZEL, Hans. La doctrina de la acción finalista, hoy *in* **ADPCP**, T. XXI, Fasc. II, Maio-Agosto 1968, p. 221-230. Anote-se que Welzel supunha a existência de três estruturas ontológicas - pré-jurídicas, segundo ele dizia: (a) a essência da ação humana; (b) a culpabilidade e (c) a participação. A respeito do tema, leia-se a interessante obra de MARTÍN, Luis Gracia. **Fundamentos del sistema del Derecho Penal**: una introducción a las bases de la dogmática penal del finalismo. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2011, p. 69.

<sup>231</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal**, p. 1-7.

pode-se atribuir mais peso para pretensas essências (substantivos) ou para a sua valoração (adjetivos). O funcionalismo destaca muito mais o papel das normas, e tende a não reconhecer limites outros, alheios à própria política criminal.

E é com esse pano de fundo que a obra de Niklas Luhmann deve ser apreciada. Afinal de contas, o professor de Bielefeld promoveu uma radicalização das propostas funcionalistas de Talcott Parsons, como se destacará adiante.

Convém traçar um breve roteiro.

Dada a complexidade da obra de Luhmann, inicialmente se examinará a questão do paradoxo (tema central do sistemismo). Logo depois, serão formuladas algumas considerações sobre o problema do pensamento complexo - preocupação que ele compartilha com Edgar Morin.

Também serão examinados os conceitos de sistema, observação de primeira e de segunda ordem, acomplamento estrutural e alguns *insights* luhmannianos sobre a teoria autopoiética.

Deixa-se claro, já ao início, que a presente investigação não se filia ao sistemismo, desenvolvido pelo professor de Bielefeld. Mas, então, qual a razão de citá-lo tanto? O fato é que Niklas Luhmann oferece categorias interessantes, mesmo para quem delas discorda.

Para a presente tese, ganha maior peso a sua semiótica e a sua fenomenologia. Ou seja, a forma como Niklas Luhmann descreve o 'sentido social' e sua incomensurabilidade... Não há como controlar totalmente os intérpretes!

Ao final dessa pesquisa, as categorias aqui tratadas serão confrontadas com os problemas mais prosaicos da dogmática penal. Reitere-se que a ideia luhmanniana sobre o sentido e sobre a própria contingência de qualquer tomada de decisão são muito relevantes.

Isso pode levar ao ceticismo e niilismo! A própria complexidade da vida em sociedade parece tornar inviável a obtenção de certezas; parece dificultar sobremaneira o controle das decisões judiciais, por exemplo.

Dado que o caminho é feito ao caminhar - à semelhança das trilhas abertas em densas florestas -, não há modo mais adequado de se justificar o exame da teoria de Luhmann do que promovendo a sua leitura, ainda que seja para criticá-la.

### **3.1.1. O paradoxo como fundamento do sistema:**

Niklas Luhmann desenvolveu a sua densa arquitetura teórica escorado na noção de paradoxo. Enquanto a maioria dos estudiosos abomina a contradição, a aporia, ele sustentou que esse antagonismo seria mesmo inevitável.<sup>232</sup> Tratar-se-ia de verdadeiras reentradas (*re-entry*),<sup>233</sup> para empregar aqui a expressão de George Spencer-Brown, tão frequentemente aludida nos textos luhmannianos.

Há uma nítida influência hegeliana sobre o professor de Bielefeld.<sup>234</sup>

Como explica William Rasch, ao prefaciando a obra de Luhmann (*Theories of distinction*), a ciência almeja uma espécie de conhecimento totalizador e consistente: um conhecimento de toda a realidade, sistêmico e sem fissuras internas. No edifício teórico, uma asserção verdadeira não poderia negar outra igualmente verdadeira.<sup>235</sup>

Essa pretensão lança, porém, um instigante desafio.

Cuida-se da conhecida aporia enfrentada por Bertrand Russell: 'o conjunto de todos os conjuntos que não são elementos de si mesmos é membro de si próprio?' Consta que o filósofo de Cambridge se deparou com esse problema ao estudar a obra do matemático Gottlob Frege.

---

<sup>232</sup> Como explica Carlos Gómez-Jara Díez, "deve destacar-se aqui a forma como o construtivismo operativo trata dos paradoxos. Assim, os paradoxos, considerados na epistemologia geralmente como símbolos de autorreferência - quando menos, nocivos, círculos viciosos -, são bem vindos nesta teoria do conhecimento. E são bem vindos dado que tais paradoxos contêm infinitas possibilidades de informação. O paradoxo obriga que, uma vez confrontados com ele, deve-se promover distinções; ou, dito de outro modo, proceder a um desenvolvimento (*Entfaltung, Unfoldement*). Esse posicionamento causa, certamente, estupor a quem se veja confrontado pela primeira vez com essa forma de proceder. Sem embargo, a recursividade do conhecimento que se colocou de manifesto tanto nas ciências naturais quanto em várias correntes epistemológicas modernas - entre outras, na hermenêutica -, deve ser tida em conta à hora de abordar o conhecimento das ciências sociais. Para tanto, o construtivismo operativo postula que dito conhecimento se gera mediante a utilização de distinções. Trata-se, em definitivo, de uma teoria do conhecimento social baseada na realização de distinções e não concepções sobre a unidade." DÍEZ, C. Gómez-Jara. *Op. cit.*, p. 401, traduziu-se.

<sup>233</sup> Segundo Luhmann, a reentrada "indica a reintrodução da forma na forma. Portanto, de uma distinção no que foi distinguido; no caso dos sistemas (e aqui não estamos tratando de sistemas psíquicos), da reintrodução da diferença entre sistema e entorno no próprio sistema. Para o caso da forma 'sistema', a *re-entry* da forma na forma pode ser indicada mediante a diferença entre autorreferência e heterorreferência. Por conseguinte, não há nenhum problema 'de referência' em abstrato, senão sempre somente a forma-com-dois-lados - autorreferência/heterorreferência - e a reiteração ou o cruzamento de ambos os lados. Isso significa que as operações são sempre operações internas. O sistema não pode fazer valer sua autoridade no seu exterior; funciona como um sistema operativamente fechado, que somente pode transformar a si mesmo; é dizer: o único que na realidade pode mudar são as distinções que tornam possível o seu observar. E todo mundo sabe também que o pensamento sozinho não muda nada no mundo exterior; quando muito, muda a si mesmo." LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad*, p. 168, traduziu-se. Sobre o paradoxo, leia-se também DELEUZE, Gilles. *Op. cit.*, p. 319-321.

<sup>234</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 135.

<sup>235</sup> RASCH, William. Introduction: The self-positing society in LUHMANN, Niklas. *Theories of distinction: redescribing the descriptions of modernity*. Tradução do alemão para o inglês por Joseph O'Neil e outros. Stanford: Stanford University Press, 2002, p. 08-19.

Como já foi referido acima, o Bertrand Russell solucionou o enigma criando níveis de linguagem.<sup>236</sup> No dilema, a palavra 'conjunto' demandaria interpretações distintas; separa-se, com isso, a linguagem e a metalinguagem.

Assegura-se, então, a consistência do sistema (aniquila-se a contradição interna); mas paga-se o alto preço de se abandonar a pretensão de completude. Se a solução do paradoxo demanda a diferenciação entre a linguagem e a metalinguagem, haverá sempre necessidade sucessivos novos níveis (metalinguagem da própria metalinguagem, e assim por diante).

O conhecimento do todo já não será possível.

Para evitar o problema trazido pela reflexiva aplicação de regras, proposições e grupos, Russell proibiu as 'definições impredicativas' (expressão de Henri Poincaré), declarando que os enunciados sobre totalidades não poderiam ser parte da totalidade que eles descrevem (Kline 1980, 207). Com essa teoria dos tipos, introduzida em 1908, Russell esperava salvar o programa lógico da matemática mediante interdições normativas de um conjunto de paradoxos. Para bloquear a autorreferência, Russell agrupou proposições (ou grupos etc.) em hierarquias discretas. Enunciados relativos àquelas proposições de primeira ordem estariam um nível acima, sendo então chamadas de proposições de segunda ordem. E as séries poderiam ser continuadas de forma indefinida. Então, a proposição de que os estados e todas as proposições seriam verdadeiras ou falsas não seria vítima da autorreferência, dado que ela é um tipo mais elevado de proposição, que aquele enunciado que ela subsume [não seria aplicável a si mesma].

De modo semelhante, o conjunto N - o conjunto de todos os conjuntos 'normais' - não é normal ou '*ab-normal*', mas sim um conjunto de segunda ordem - um conjunto '*hyper-normal*', alguém pode dizer - que não pode ser incluída em si mesma. Russell então evita o paradoxo da autorreferência - mas paga um preço. Ironicamente, a teoria dos tipos, concebida para evitar o paradoxo, parece causar outro paradoxo, o paradoxo da progressão infinita dos números transinfinitos do Cantor, inicialmente reprovada por Russell. Para referir novamente ao exemplo de Wittgenstein: o 'fato' de que a 'totalidade dos fatos' não seria um fato dentro daquela totalidade, de acordo com a teoria de Russell, mas um fato de nível superior. Como resultado, todavia, o mundo que seria a 'totalidade dos fatos' seria não o mundo, mas o mundo dentro daquela nível mais elevado de fatos existentes. A totalidade se torna uma totalidade diferida, com referência a uma maior hierarquia de níveis, de modo que essa descrição da totalidade se tornará, assim, inevitavelmente incompleta - quando muito, 'a totalidade menos um', pode-se dizer. Uma vez que a autorreferência é excluída, não há mais possibilidade de provar a existência de um conjunto de todos os conjuntos, do que há de encontrar o maior de todos os números infinitos. Então, por mais que a teoria de Russell evite o paradoxo, isso não evita a incompletude.<sup>237</sup>

Para Niklas Luhmann, essa questão é até mesmo um truísmo.

<sup>236</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 138.

<sup>237</sup> RASCH, William. *Op. cit.*, p. 16. Traduziu-se.

Afinal de contas, toda observação deixa algo de fora; o observador não pode observar sua própria observação no mesmo momento em que observa. É possível a observação de algo (uma distinção), e também a observação de uma observação (i.e., uma observação de segunda ordem).

É inconcebível, porém, uma observação de terceira ordem.

Como já foi mencionado, para a concepção luhmanniana toda análise implica pontos cegos. Em Ludwig Wittgenstein, a alegoria do olho que não pode ver a si mesmo bem ilustra esses limites impostos ao conhecimento:

5.633 Onde encontrar no mundo um sujeito metafísico?  
Tu dirás que se passa aqui o mesmo do que se passa com o olho e o campo visual. Mas o olho não o vê de facto.  
E nada no campo visual permite inferir que é visto por um olho.<sup>238</sup>

O exame da teoria sistêmica impõe, porém, grandes percalços.

Uma significativa dificuldade é o elevado grau de abstração dos conceitos luhmannianos. Na opinião de Mario Losano, "Uma das primeiras dificuldades a serem superadas é a obscuridade da linguagem (item1,a), que acaba colocando essa teoria fora do alcance de muitos juristas práticos, mesmo cultos."<sup>239</sup>

Dado o caráter hermético dos seus textos, corre-se o risco de se interpretar erroneamente a sua concepção, atribuindo-lhe contornos absolutamente equivocados ou deslocados de contexto.

Esforça-se, porém, nesse trabalho, para apresentar uma visão global da teoria sistêmica desenvolvida por Niklas Luhmann, a fim de viabilizar uma tomada de postura e, ao final, uma avaliação crítica, naquilo que possa ter relevo para a teoria do concurso de crimes, destaca-se.

<sup>238</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 116.

<sup>239</sup> LOSANO, Mário. **Sistema e estrutura no direito**: volume III: do século XX à pós-modernidade. Trad. Carlos A. Dastoli. São Paulo: Editora WMF Fontes, 2011, p. 291. Losano sustenta que a obra luhmanniana seria obscura: "A desorientação causada nos leituras pela terminologia de Luhmann é comprovada pela existência de glossários luhmannianos que ajudam a traduzir Luhmann do alemão para o alemão e que procuram também oferecer o fio de Ariadne para orientar-se em uma linguagem sabidamente labiríntica e nobremente obscura." (LOSANO, M. *Op. cit.*, p. 297). Enfatiza que essa forma de escrever - prestando-se de verdadeiro escudo contra críticas (se critica é porque não a entendeu!) - situaria a sua obra no âmbito de uma tradição iniciada por Hegel e que encontraria também paralelo na obra Schlegel e Karl Friedrich Krause, escritores cujas obras Losano julga rebuscadas, pedantes e confusas. Por sinal, Rainald Goetz chamou Luhmann de o 'Hegel do século XX', como se vê da introdução da obra LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**: aportación a la sociología política. Tradução do alemão para o espanhol por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2010, p. 12.

### 3.1.2. Pensamento complexo e a alegada autopoiesis sistêmica:

Como já se destacou acima, Luhmann assume deliberadamente o paradoxo. E isso é realmente complicado, dado que a Ciência parece abominar a contradição, os círculos viciosos e as petições de princípio.

Comumente, quando se diz que algo é contraditório, isso é visto como um defeito, algo a ser evitado. Na obra de Luhmann, todavia, essa contradição está na base da argumentação teórica - e isso pode levar a um aparente nonsense.

Ademais, para além dessa questão da contradição interna, o discípulo de Talcott Parsons também sustentava que o sistema seria autopoietico. Ele produziria a si mesmo - algo que obviamente contradiz a lógica!

É como se o Barão de Münchhausen realmente fosse capaz de se puxar pelos próprios cabelos, sustentando-se sem pontos de apoio, no vazio. Também nesse âmbito, a teoria luhmanniana pode ensejar graves confusões.

Vale a pena atentar, já ao início desse tópico, para a análise promovida por Dario Rodríguez Mansilla e Javier Torres Nafarrete, conhecidos tradutores para o espanhol da vasta obra de Luhmann, quando dizem o que segue:

Uma característica fundamental da obra de Luhmann é ser um sistema autocontido. Vê-se no momento de recortar e delinear o seu campo. Esta é a sociedade. Toda observação que se faça da sociedade, ocorre dentro da própria sociedade. Não existe um lugar privilegiado, um refúgio desde o qual se possa observar a sociedade, desde fora dela. Desde o começo mesmo da sociologia, buscou-se evitar o problema da iniludível autorreferência implicada pelo estudo da sociedade, o que tem de ser feito necessariamente desde dentro dela. O modelo das ciências ocupado pelos primeiros cultores da *physique sociale*, propôs tratar os fatos sociais *comme des choses* (Durkheim, 1975:47), vale dizer, desde fora. Dado que esse distanciamento não se podia fazer fisicamente, a solução seria recorrer ao método científico positivo (Giddens, 1977:291; Lukes, 1975:226-236). Para Weber, a possibilidade de fazer uso se resume no postulado da *Wertfreiheit*, que consiste em subordinar todo valor ao sistema de valores da ciência. Deve-se observar a sociedade e seus processos desde a ciência, cumprindo as leis desta. 'Mas o cientista nunca é todo o homem e a comunidade científica nunca é uma sociedade completa (Parsons e outros, 1971:17).<sup>240</sup>

Niklas Luhmann inicia a obra 'Sistemas sociais: lineamentos para uma teoria geral' (1983) com a exposição do estado da arte quanto à teoria dos sistemas. Já no

<sup>240</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. *Op. cit.*, p. 25. Traduziu-se.

seu *capo del lavoro*, 'A sociedade da sociedade', publicado pela Suhrkamp em 1997, ele deflagra sua análise discorrendo sobre o conceito de sociedade e a necessidade de um objeto próprio.

Ora, a tradição analítica, bem ilustrada pelo Discurso do Método,<sup>241</sup> sustenta que o exame científico deveria promover uma observação sequenciada, orientando-se das partes em direção ao todo.

Cumpriria ir do mais simples ao mais complexo, a fim de permitir - depois do trabalho de análise - a reunião das informações parcialmente obtidas. Niklas Luhmann adota, porém, uma estratégia distinta; enfatiza que, diante da complexidade do mundo, uma teoria não poderia ser excessivamente simplificadora.

Recusa-se a opção puramente analítica para determinação dos limites. Sem embargo, não se suprime a apreciação de que tudo o que se diz é dito por um observador. A teoria que deixa a determinação dos limites ao objeto, é também um teoria de um observador. Mas este observador deve organizar a observação em um nível de segunda ordem, caso queira fazer justiça ao objeto que por si mesmo determina seus limites; ou quando menos admitir isto tão somente como tema. O observador de segunda ordem deve observar seu objeto como se se tratasse de um observador; isto significa: como um objeto que se orienta a si mesmo mediante a distinção sistema/entorno.<sup>242</sup>

Semelhante é a concepção de Edgar Morin quando discorre sobre a importância do que chama de pensamento complexo: "O que é a complexidade? À primeira vista, a complexidade é um tecido (*complexus*: o que é tecido em conjunto) de constituintes heterogêneos inseparavelmente associados: coloca o paradoxo do uno e do múltiplo. Na segunda abordagem, a complexidade é efetivamente o tecido de acontecimentos, acções, interacções, retroacções, determinações, acasos, que constituem o nosso mundo fenomenal."<sup>243</sup>

Ainda segundo o filósofo Morin,

Mas então a complexidade apresenta-se com os traços inquietantes da confusão, do inextrincável, da desordem, da ambiguidade, da incerteza... Daí a necessidade, para o conhecimento, de pôr ordem nos

<sup>241</sup> DESCARTES, Renè. **O discurso do método**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>242</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 68. Sobre a noção luhmanniana de complexidade, atente-se para o primeiro capítulo da obra LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Tradução do alemão para o espanhol por Josetxo Berian e Jose María Garcia Blanco. Madri: Trota, 1998, p. 16 e ss.

<sup>243</sup> MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**, p. 20. Leia-se também MORIN, Edgar. **O método**: a natureza da natureza, p. 143 e ss. FOERSTER, Heinz von. **Understanding understanding**: essays on cybernetics and cognition. Nova Iorque: Springer, 2002, p. 273 e ss.



fenómenos ao rejeitar a desordem, de afastar o incerto, isto é, de seleccionar os elementos de ordem e de certeza, de retirar a ambiguidade, de clarificar, de distinguir e hierarquizar.... Mas tais operações, necessárias à inteligibilidade, correm o risco de a tornar cega se eliminarem os outros caracteres do *complexus*; e efectivamente, como o indiquei, elas tornaram-nos cegos.

Ora, a complexidade voltou, nas ciências, pela mesma via que a tinha banido. O próprio desenvolvimento da ciência física, que se dedicava a revelar a Ordem impecável do mundo, o seu determinismo absoluto e perpétuo, a sua obediência a uma lei única e a sua constituição de uma maneira primeira simples (o átomo) desembocou finalmente na complexidade do real. Descobriu-se no universo físico um princípio hemorrágico de degradação e de desordem (segundo princípio da termodinâmica); depois, no suposto lugar da simplicidade física e lógica, descobriu-se a extrema complexidade microfísica; a partícula é, não uma pedra primeira, mas uma fronteira sobre uma complexidade talvez inconcebível; o cosmos é, não uma máquina perfeita, mas um processo em vistas de desintegração e de organização simultâneas.

Finalmente, daqui resulta que a vida é, não uma substância, mas um fenómeno de auto-eco-organização extraordinariamente complexo que produz autonomia. Desde então, é evidente que os fenómenos antropossociais não poderiam obedecer a princípios de inteligibilidade menos complexos que os doravante requeridos para os fenómenos sociais. É-nos preciso enfrentar a complexidade antropossocial e não dissolvê-la ou ocultá-la.

A dificuldade do pensamento complexo é que deve enfrentar a confusão (o jogo infinito das inter-retroacções), a solidariedade dos fenómenos entre eles, a bruma, a incerteza, a contradição. Mas podemos elaborar alguns dos instrumentos conceptuais, alguns dos princípios para esta aventura, e entrever o rosto do novo paradigma de complexidade que deveria emergir.

Já indiquei, nos dois volumes de *La méthode*, alguns dos instrumentos conceptuais que podemos utilizar. Assim, ao paradigma da disjunção/redução/unidimensionalização, seria preciso substituir um paradigma de distinção/conjunção que permita distinguir sem separar, associar sem identificar ou reduzir. Este paradigma comportaria um princípio dialógico e translógico, que integraria a lógica clássica tendo simultaneamente em conta os seus limites de facto (problemas de contradição) e de iure (limites de formalismo). Traria nele o princípio da Unitas multiplex, que escapa à Unidade abstracta do alto (holismo) e do baixo (reducionismo).<sup>244</sup>

Niklas Luhmann almeja um exame holístico. Adota como ponto de partida a definição de sistema; ou melhor, ele parte da diferença entre sistema e entorno.

A diferença sistema/entorno é o ponto de partida para uma aproximação da teoria dos sistemas de Luhmann. Um sistema não pode dar-se de forma independente do seu entorno, já que se constitui justamente ao traçar, mediante suas operações, um limite que o distingue daquilo que, como ambiente, não lhe pertence. Nenhum sistema pode operar fora dos seus limites (veja-se: operação/observação): sem um entorno do qual distinguir-se não seria possível identificar um sistema, um âmbito autónomo no qual vigoram condições específicas, que se subtrai a uma coincidência ponto por

---

<sup>244</sup> Idem, p. 20-22.

ponto com os estados do entorno (veja-se *autopoiesis*).<sup>245</sup>

Facilmente se percebe que esse conceito agride à lógica: é como se 'A' fosse definido como a diferença entre 'A' e 'B' - o *interpretandum* é definido como aquilo que ele não é. Trata-se de uma contradição deliberadamente assumida.

Isso pode ensejar uma aparência de *non-sense*, repita-se.

O sociólogo também enfatiza que "1. A teoria que descreve como algo produz seus próprios limites em relação com o entorno é atualmente a teoria de sistemas. Pode ser que haja outras propostas teóricas, mas se as há se mantém bem escondidas. Por isso não é possível decidir, todavia, se haverá de enfrentá-las modificando o repertório da teoria de sistemas ou reconhecendo que há alternativas capazes de entrar em concorrência."<sup>246</sup>

Ou seja, ele não descarta outras construções teóricas. Mas atribui grande peso para a noção de sistema - o que pode ensejar o risco de tecnocracia, dado que não focaliza a atenção nos seres humanos específicos, mas apenas na comunicação, em si considerada (ou seja, é uma teoria formalista)!

O professor de Bielefeld argumenta, ademais, que o intento de descrever a sociedade não poderia ser promovido fora da sociedade.<sup>247</sup>"Então, como quer que se pretenda definir o objeto, a definição mesma já é uma das operações do objeto: ao realizar o descrito, a descrição se descreve também a si mesma."<sup>248</sup>

A descrição da sociedade deveria apreender também o mecanismo como ela descreveria a si mesma; esse seria um componente autológico, autorreferencial.<sup>249</sup>

De certo modo, essa é a questão central que o aflige; ele concebe a sua própria teoria como produto do sistema (é como se o 'sistema' estivesse se descrevendo!). Niklas Luhmann se imagina como uma projeção do sistema que ele

<sup>245</sup> CORSI, Giancarlo *et al.* **Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann**, p. 148.

<sup>246</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 68. Essa questão da autorreferência também é problema central da sua obra de 1983, conf. LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**, p. 37-62.

<sup>247</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 5.

<sup>248</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>249</sup> Idem, *ibidem*. No dizer de Peter Sloterdijk, conquanto o Iluminismo tenha formulado pesadas críticas contra a tradição escolástica, o fato é que o pensamento metafísico lhe teria legado "uma herança infinitamente valorosa, qual seja, a lembrança do nexos entre reflexão e emancipação, que permanece válida mesmo que os grandes sistemas tenham ruído. Por isso, o Esclarecimento sempre foi ao mesmo tempo lógica e, mais do que lógica, sempre foi uma lógica reflexiva. Autoesclarecimento só é possível para aquele que reconhece de que da *totalidade* mundana ele é uma 'parte'. Foi por isso que, naturalmente, com a discrição intelectual aconselhável, as filosofias sociais e naturais assumiram a herança da metafísica." SLOTERDIJK, Peter. **Crítica da razão cínica**. Tradução de Marco Casanova *et al.* São Paulo: Estação Liberdade, 2012, p. 70.

mesmo descreve. Uma vez mais: é nítida a influencia hegeliana, como se percebe.

### 3.1.3. Concepção luhmanniana sobre a sociedade:

Os autores clássicos da sociologia tentaram identificar um princípio fundamental no qual toda a arquitetura social pudesse ser escorada.

Émile Durkheim tratou da solidariedade, Max Weber colocou ênfase na racionalidade instrumental, Talcott Parsons destacou o consenso. Para Luhmann, porém, a sociedade não teria uma essência, uma substância; a sociedade seria identificada por uma espécie de operações próprias (comunicações que geram comunicações, de modo autopoietico - segundo ele).

Ancorada em certo cientificismo, a concepção durkheimiana acabou por restringir o âmbito do estudo da Sociologia, a fim de assegurar algum distanciamento entre o sociológico e o seu objeto. Cuidou-se da conhecida tentativa de identificar o pretense 'fato social'.

"Não obstante, no âmbito de uma teoria da sociedade esta ideia não se sustenta, pois o trabalho em uma teoria da sociedade está necessariamente enredado com operações autorreferenciais" - diz Luhmann.<sup>250</sup>

Alguns teóricos contornaram essa autologia, limitando a sociologia ao estudo das relações sociais. "Apesar das dificuldades desta vinculação indiscutível com o esquema sujeito/objeto e da impossibilidade de resolver com o mencionado esquema o problema do objeto, resta o fato de que a sociologia clássica nos tem aportado a única descrição da sociedade com a qual atualmente contamos."<sup>251</sup>

A tradição clássica teria se amparado na distinção entre sujeito e sociedade, erigindo-a como eixo central do seu estudo - mas fizeram isso sem perguntar qual seria a unidade dessa distinção. Esses teóricos deixaram de perquirir qual o critério dessa clivagem: quais elementos o ser humano teria em comum com a sociedade.

O professor alemão argumenta: "Eis aqui a base da análise crítica da sociedade que ninguém se atreve a desconstruir, perguntando pela unidade que prevalece na diferença entre indivíduo e sociedade."<sup>252</sup>

Ele menciona o paradoxo da comunicação sobre a sociedade no âmbito da

<sup>250</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 6.

<sup>251</sup> Idem, p. 7.

<sup>252</sup> Idem. p. 8. A respeito dessa distinção, atente-se para a obra ELIAS, Norbert. **Op. cit.**, p. 23-59.

própria sociedade;<sup>253</sup> ao mesmo tempo em que lamenta que o progresso na pesquisa empírica não tenha se convertido em uma teoria geral do social.<sup>254</sup>

Para ele, a única teoria realmente consistente, até então, teria sido desenvolvida por seu mestre, Talcott Parsons.<sup>255</sup> A análise dos diagramas cruzados de Parsons teria deixado em aberto, todavia, a mencionada questão do caráter reflexivo da sociologia (ela buscou apenas um realismo analítico), desconsiderando que a definição da 'ação social' já é uma espécie de ação social.

Para Luhmann, "A sociologia deveria compreender a sua relação com a sociedade como uma relação de aprendizagem e não de ensino. Deveria aprender a analisar os problemas encontrados e, eventualmente, a mudá-los de localização e transformá-los em problemas solúveis; ainda que finalmente não saiba de que maneira poderiam oferecer soluções cientificamente comprovadas."<sup>256</sup>

Ele trata dos 'obstáculos epistemológicos' de Gaston Bachelard.<sup>257</sup>

No âmbito da sociologia, Luhmann divisa os seguintes óbices:<sup>258</sup>

- (a) A suposição de que a sociedade seria constituída de homens concretos e por relações entre humanos;
- (b) A suposição de que a sociedade surgiria do consenso entre humanos, da concordância das suas opiniões;
- (c) A suposição de que as sociedades seriam unidades regionais, territorialmente bem delimitadas - i.e, que o Brasil seria uma sociedade distinta do Paraguai;
- (d) A compreensão, portanto, de que as sociedades seriam observáveis desde fora, como grupos humanos ou como territórios.

Ele critica, como se vê, a ontologia tradicional, fundada nos seguintes postulados: (i) a ideia de que a unidade precederia e prevaleceria sobre toda diferença; (ii) a noção de que a ordem seria preferível ao caos; (iii) a ontologia

<sup>253</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 8.

<sup>254</sup> Idem, p. 9.

<sup>255</sup> Idem, p. 8. Sobre a teoria parsoniana, leia-se a interessante obra ALMARAZ, José. **La teoría sociológica de Talcott Parsons**. 2. ed. Madri: Centro de Investigaciones Sociológicas. 2013. PARSONS, Talcott. **A estrutura da ação social: um estudo de teoria social com especial referência a um grupo de autores europeus recentes**. Volume II - Weber. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis: Vozes, 2010. PARSONS, Talcott. **A estrutura da ação social: um estudo de teoria social com especial referência a um grupo de autores europeus recentes**. Volume I - Marshall, Pareto, Durkheim. Tradução de Vera Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2010.

<sup>256</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 10. Traduziu-se.

<sup>257</sup> Idem, p. 11. "O papel podia ser compreendido como um emaranhado de expectativas sociais e o indivíduo podia comportar-se segundo as prescrições do papel, ou apartar-se delas." MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. *Op. cit.*, p. 27. Uma interessante síntese do pensamento de Luhmann pode ser encontrada também na obra BÔAS FILHO, Orlando Villas. **Teoria dos sistema e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. Ele trata dos obstáculos epistemológicos na p. 38.

<sup>258</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 12.

asseguraria uma unidade do mundo, como unidade do ser; (iv) a concepção de que mundo não poderia ser compreendido como um pano de fundo da indeterminação (do ser ou não ser), restando, ao contrário, limitado ao nível dos objetos que poderiam ser denominados (a totalidade dos objetos); (v) a suposição de que existiria uma realidade (é o que é).<sup>259</sup>

A teoria luhmanniana busca refutar todos esses pressupostos.

Ele não parte da noção do 'ser' ou de 'ente'; ele não divisa substratos ou substancias constitutivas; para Luhmann, não haveria teleologia, causalidade ou alguma coerência última do mundo. Por conseguinte, ao que releva à investigação presente, não haveria uma essência do crime e sequer uma essência da 'ação'.

Como já mencionado, enquanto para Aristóteles o mundo era o conjunto de coisas (o mobiliário universal), para o 'primeiro' Wittgenstein o mundo era o conjunto de fatos (os eventos ou o 'espaço lógico'); Luhmann supõe que o mundo seja o conjunto de observações (logo, existiriam distintos mundos, eis que inúmeras observações são possíveis, cada qual com o seu próprio ponto cego!).

A busca do elemento essencial que atribuiria a algo a qualidade de ser 'social' consumiu bastante esforço da tradição sociológica. Inicialmente, buscou-se uma diferença entre os homens e os animais - homem como animal racional, animal político, animal moral etc. Todavia, essa distinção entre o 'psíquico' e o 'social' não poderia basear-se nesses conceitos, diz o professor de Bielefeld.<sup>260</sup>

Ele sustenta, por outro lado, que a problematização da relação 'homem/sociedade' teria ganhado ênfase a partir do século XVIII.

A sociedade não pesa o mesmo que a totalidade dos homens, e não muda seu peso a cada um que nasça ou a cada um que morra. Não se reproduz pelo fato de que nas células do homem se transformem as macromoléculas, ou pelo fato de que haja mudanças de células nos organismos dos seres humanos individuais. A sociedade não vive. Tampouco poderá tomar-se a sério a correspondência entre processos sociais e os processos neurofisiológicos do cérebro, os quais nem sequer são acessíveis à consciência; o mesmo se pode afirmar de tudo o que tem lugar no âmbito atualizado da atenção de cada consciência, já se trate de percepções ou de sucessões de pensamentos.<sup>261</sup>

<sup>259</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. *Op. cit.*, p. 29-30. Como se destacará adiante, essa concepção luhmanniana é criticada na obra HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 516-517.

<sup>260</sup> Luhmann, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 13.

<sup>261</sup> Idem, *ibidem*.

Para Luhmann, da suposição inicial de que a sociedade seria uma espécie de organismo (um *corpus*) - ou melhor, a suposição de um consenso natural entre humanos - teria surgido da necessidade de se buscar uma concepção normativa da sociedade. Nesse momento, teria eclodido a teoria do contrato social.<sup>262</sup>

Essa solução seria incorreta - diz ele.

A teoria deveria explicar como a sociedade estaria amparada nesse tal consenso, em um sentido psíquico atualizável. Max Weber limitou o problema à 'coação tipológica' para compreensão do sentido socialmente representado. "Parsons viu a solução, seguindo mais bem a Durkheim, no consenso de valores que reage à crescente diferenciação com uma generalização também crescente."<sup>263</sup>

Essa concepção não explicaria, todavia, os inexoráveis conflitos sociais.

O liberal John Rawls teria sido obrigado a propugnar, por exemplo, um véu de ignorância para a situação de fundação (um ponto arquimediano), o que impediria os indivíduos de conhecerem sua posição ou seus interesses.

Cuidou-se de um construto, um ideal regulativo, utilizado como uma espécie de régua para se avaliar as instituições sociais. Ou seja, Rawls teria sido obrigado a supor "indivíduos sem individualidade."<sup>264</sup>

Do suposto de que os indivíduos mediante sua conduta materializam a sociedade resulta outra implicação: a hipótese de que problemas estruturais da sociedade (diferenciação demasiadamente avançada sem integração suficiente, ou contradições nas estruturas e nas exigências de conduta da sociedade) poderiam expressar-se como condutas individuais desviadas, o que faria possível sua investigação empírica. A monografia clássica a respeito foi o estudo de Durkheim sobre o suicídio.

Mas poderíamos também mencionar a desestabilidade das famílias, a criminalidade, o consumo de drogas ou o abandono dos compromissos sociais. O indivíduo talvez escolha uma reação social como a anomia, mas na realidade se trata de atitudes funcionalmente equivalentes que servem ao sociólogo como indicadores de problemas cujas raízes devem ser buscadas na sociedade. Ainda quando seja possível comprovar estatisticamente esse tipo de nexos, resta a pergunta sobre como um indivíduo chega a manifestar (ou a não manifestar) os sintomas das patologias sociais. Deveria questionar-se sobretudo quais problemas estruturais da sociedade prestar-se-iam para se converter em uma conduta individual desviada. Não em último termo

<sup>262</sup> Idem, p. 14. A respeito da concepção da sociedade como uma espécie de organismo (e suas latentes implicações bio e tanatopolíticas), leia-se ESPOSITO, Roberto. **Bios**: biopolítica e filosofia. Tradução de M. Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 31 e ss.

<sup>263</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 14.

<sup>264</sup> Idem, p. 15. Crítica semelhante é promovida na obra FORST, Rainer. **Contextos da justiça**: filosofia política para além do liberalismo e comunitarismo. Tradução de Denílson Luís Werle. São Paulo: Boi Tempo, 2010, p. 17 e ss. (crítica originalmente formulada por Michael Sandel da noção de 'eu desvinculado' esposada por Rawls).

são os problemas ecológicos os que obrigam a enfrentar essa pergunta.<sup>265</sup>

Nessa linha de raciocínio, é convergente uma versão da teoria de sistemas que, de maneira constitutiva (tanto para o conceito quanto para a realidade) enfatiza a diferença entre sistema e entorno. Quando se parte da diferenciação sistema/entorno, há que colocar ao ser humano (como ser vivente) ou no sistema ou no entorno; dividi-lo ou fracioná-lo em partes não é viável empiricamente. Se se toma ao homem como parte da sociedade, a teoria da diferenciação teria que desenhar-se como uma teoria de classificação de seres humanos - já seja por extratos sociais, nacionais, etnias, grupos. Mas como isso se entraria em oposição evidente com o conceito de direitos humanos, em especial como o de igualdade. Tal humanismo fracassaria diante das suas próprias ideias. Assim, não resta outra possibilidade que a de considerar o homem por inteiro - em corpo e alma - como parte do entorno do sistema sociedade.<sup>266</sup>

Para aquele sociólogo alemão, a concepção de que a sociedade seria composta de sujeitos estaria condicionada pelo temor de se perder um critério humano para avaliá-la (i.e., de se perder um ponto referencial para exigir que a sociedade se organize com o respeito a direitos fundamentais, por exemplo).<sup>267</sup>

Ele não adota como ponto de partida o homem, mas o sistema.

Luhmann argumenta, para tanto, que o humanismo implicaria graves contradições internas, já que não levaria em conta o homem-concreto, efetivamente existente, mas apenas uma abstração ou uma espécie de tipo ideal weberiano.

Ademais, levado a extremos, o humanismo violentaria os direitos fundamentais; isso porque, supondo-se que a sociedade seria realmente composta de homens, a diferenciação social deveria ser também um escalonamento entre humanos, o que ensejaria práticas racistas ou estamentais.<sup>268</sup>

Ele parece presumir isso, conquanto a sua argumentação ocorra em saltos. Pode-se muito bem defender um humanismo, sem que haja necessidade de dividir a sociedade em castas ou etnias. Essa implicação não é inexorável!

Ademais, a ideia de que os seres humanos não componham a sociedade é agressiva à percepção corriqueira, espriada coletivamente. Para Luhmann, a sociedade parece ser concebida como uma espécie de um gigantesco *software*, pairando sobre os sujeitos (um programa que se retroalimenta).

<sup>265</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>266</sup> Idem, p. 16.

<sup>267</sup> Idem, ibidem.

<sup>268</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. *Op. cit.*, p. 47. Leia-se também LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución*, p. 88 e ss.

Ele argumenta que, ao se imaginar que a sociedade seria constituída por homens, os teóricos deveriam explicar a razão pela qual ela não mudaria pelo simples nascimento de novos seres humanos. Também haveriam de explicar qual a parte dos sujeitos é que seria considerada.

Caso se imaginasse que seriam suas células, seu corpo físico, isso levaria a uma concepção biológica do social; supondo-se que o elemento diferenciador seriam suas mentes, suas psiquês, isso levaria à abstração do próprio humano, substituindo-o por um construto, o que seria inadmissível (segundo ele diz).

A premissa não se traduziria, porém, em uma relação de subordinação. Ao se sustentar que o indivíduo estaria no entorno do social, isso não implicaria, por si, que a sociedade seja mais importante que os sujeitos ou vice-versa.<sup>269</sup>

Não há sociedade sem que haja sujeitos, dado que o entorno emerge concomitantemente com o sistema (é o que alega Luhmann). Do mesmo modo como tampouco há sociedade sem átomos; mas, nem por isso, a sociologia estudaria moléculas - elementos observados no âmbito da química e da física! - argumentam, com ênfase, Darío Manzilla e Javier Nafarrete.

Ele rechaça, por outro lado, a concepção territorial de sociedade, impugnando o conceito de *nation-state* desenvolvido por Anthony Giddens.<sup>270</sup> "O consenso somente tem lugar se, depois de um processo de interação linguística, chega-se - por convicção de ambos os participantes - a um acordo. Não há um verdadeiro acordo se um se impõe sobre o outro."<sup>271</sup>

Quanto maior a clareza sobre o que alguém quer dizer, maiores os motivos para discordar dele, acredita Luhmann.<sup>272</sup> Ele não advoga, por conseguinte, a existência de uma sociedade destituída de conflitos; e sequer imagina um *telos* para

<sup>269</sup> No dizer de Orlando Villas Bôas Filho, "O homem (sistema psíquico ou orgânico) é posto no ambiente da sociedade, o que, entretanto, não significa que ele seja menosprezado na teoria social de Luhmann, uma vez que, enquanto ambiente, ele é tão importante como o próprio sistema, pois a teoria dos sistemas parte justamente da diferença entre sistema e ambiente, ressaltando que o ambiente, ao lado do sistema, é um dos momentos constitutivos dessa diferença, donde decorre que não pode ser julgado como menos importante que o próprio sistema." BÔAS FILHO, Orlando Villas. *Op. cit.*, p. 13.

<sup>270</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 17. Quanto à concepção de Giddens, leia-se GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 195-218; GIDDENS, Anthony. *Política, Sociologia e teoria social*. Tradução de Cibele Saliba Rizek. São Paulo: Editora da Unesp, 1998, p. 25 e ss.; GIDDENS, Anthony *et al.* *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Unesp, 1997, p. 73-134.

<sup>271</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. *Op. cit.*, p. 44. Traduziu-se.

<sup>272</sup> Idem, p. 49. Luhmann argumenta que a sociedade atual teria maior tolerância para com os conflitos do que as nações/tribos nativas (solidariedade mecânica); aduz ser ilusório supor que os dissensos surgiriam apenas por equívocos de interpretação do que o outro busca dizer.



a organização social.

Daí que há uma diferença para com o pensamento habermasiano, por exemplo. Luhmann não advoga uma apreciação normativa do social. Ele não diz que a construção de uma sociedade consensual seria mais desejável do que uma sociedade conflituosa. E isso porque - denotando elevado grau de cientificismo - ele pretende descrever os fenômenos sociais, muito mais do que criticá-los.

Com isso, Niklas Luhmann parece se tornar refém daquela concepção positivista, que supunha ser possível descrever algo, sem tomar partido. De todo modo, esse é o conteúdo da sua fenomenologia social.

No caso do conceito de sociedade referido ao ser humano se inclui demasiado; no caso do conceito referido ao território se inclui demasiado pouco. Em ambos os casos, permanecer associado a concepções tão inúteis poderia decorrer do fato de querer conceber a sociedade como algo possível de se observar desde fora. Para isso haveria que apoiar-se em uma teoria do conhecimento desde tempos obsoleta - uma teoria do conhecimento que parte da distinção ser/pensar, objeto/conhecimento, sujeito/objeto, e que somente pode captar como reflexão o processo real do conhecimento em um dos lados da distinção. Este esquema se abandona, a mais tardar, com o giro linguístico da filosofia, em que pese os problemas lógicos que surgem ao dar-se esse passo em direção a uma epistemologia naturalizada (Quine). Por que é tão difícil à Sociologia somar-se à essa mudança?<sup>273</sup>

Uma vez mais, repise-se que a sua questão central gravita em torno da autologia do social: a teoria sociológica também é parte da sociedade que ela descreve. "Alguém se vê obrigado a descobrir a si mesmo no próprio objeto."<sup>274</sup>

O sociólogo de Bielefeld desenvolve, pois, uma teoria declaradamente anti-humanista, antirregionalista e radicalmente construtivista.<sup>275</sup>

Ele diz que essas pesquisas "naturalmente não negam que haja seres humanos e tampouco ignoram as grandes diferenças que marcam as condições de vida em cada região do globo terrestre. São investigações que somente renunciam a deduzir destes fatos um critério para definir o conceito de sociedade e para determinar os limites que correspondam a esse objeto."<sup>276</sup>

---

<sup>273</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 18. Traduziu-se.

<sup>274</sup> Idem, p. 19.

<sup>275</sup> Idem, p. 20.

<sup>276</sup> Idem, ibidem.

Ele rejeita o emprego de tipos ideais weberianos.<sup>277</sup> Também critica a obra de Habermas, sustentando que a sua sociologia crítica "substitui a metodologia comparando suas ambições críticas com as opiniões de inimigos auto-eleitos, ainda que desta maneira o juízo se estabeleça já desde antes da investigação."<sup>278</sup>

Para N. Luhmann, a investigação sociológica dependeria de opções altamente abstratas; mas opções que, ainda assim, ele julga serem incontornáveis:

As razões disso se encontram em um argumento circular: os pressupostos que acabam de se formular - suposições a respeito da peculiaridade da sociedade moderna e o que nesse contexto possa aparecer como indubitável - naturalmente dependem da forma de observar e das distinções com as quais a teoria da sociedade se estabelece a si mesma. Não é possível evitá-lo, já que em último termo a teoria da sociedade deve formular-se dentro da sociedade. Tampouco a metodologia apresenta pontos de partida transportados ab extra ou admitidos *a priori*. Se se toma em consideração este estado de coisas, então somente resta a possibilidade de proceder o mais transparentemente possível na técnica da construção da teoria e justificar os conceitos como decisões que possam evoluir - com consequências em todo caso reconhecíveis.<sup>279</sup>

Corre-se o risco, todavia, de se aprender a falar 'luhmanniano' - um código abstrato e difícil -, mas sem que disso redunde necessariamente uma abertura à reflexão. Mas essa avaliação talvez seja severa demais com a obra do sociólogo.

A obra luhmanniana permite, de algum modo, certo 'estranhamento'. Ele parece colocar em questão aquilo que é truísmo, senso comum e aceito irrestritamente. Ele complica o que parece óbvio; e ao complicar permite que alguns temas sejam examinados com novos olhares.

Para o concurso de crimes, repita-se que o grande problema é saber se o próprio 'sistema jurídico' - também autopoiético, segundo defende Luhmann - teria a aptidão de 'inventar' as suas unidades, multiplicar crimes, multiplicar bens jurídicos e aplicar sanções por força apenas de critérios de 'funcionalidade sistêmica'.

<sup>277</sup> Idem, p. 21.

<sup>278</sup> Idem, p. 21. De modo semelhante, Barbara Freitag sustenta que haveria uma circularidade evidente na fundamentação promovida por Jürgen Habermas: FREITAG, Barbara. **Dialogando com Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, p. 37-39. Pere Fabra enfatiza, porém, que a obra habermasiana manteria uma coerência interna, de modo que cada livro deveria ser compreendido como uma sequência de investigações anteriores, em cujo âmbito os conceitos teriam sido problematizados. Importa dizer: a escolha dos autores discutidos ao longo dos dois volumes da Teoria da Ação Comunicativa não seria aleatória; corresponderia a um amplo projeto de pesquisa, estando muito longe de ser mero confronto de 'inimigos autoeleitos', de modo que Luhmann estaria errado, quanto à sua crítica. Leia-se FABRA, Pere. **Habermas: lenguaje, razón y verdad**. Los fundamentos del cognitivismo en Jürgen Habermas. Madri: Marcial Pons, 2008, p. 61 e ss.

<sup>279</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 27. Traduziu-se.

Adianta-se desde logo a resposta: não! Não se pode carregar o funcionalismo a tal ponto, a fim de se admitir uma espécie de 'tanto faz, tanto fez', limitando a dogmática penal ao papel de pelego da política criminal de ocasião!

#### 3.1.4. Luhmann e o problema do 'sentido':

Por mais que possa parecer confuso - dado o elevado grau de abstração -, a análise semiótica promovida por Niklas Luhmann é bastante interessante para uma teoria da decisão judicial.

Como já destacado, a presente tese é animada pela angústia de se saber como o juiz decide - ou como deveria decidir! -, quando se confronta com a dúvida se há concurso efetivo ou a mera aparência de concurso de crimes.

A obra do professor de Bielefeld viabiliza alguns *insights* interessantes sobre esse tema. O problema é que suas teses levam a certo ceticismo, dada a reconhecida dificuldade em se prognosticar deliberações alheias.

Até porque - como se verá adiante - ele critica a concepção da comunicação como sendo uma espécie de transferência de pensamentos. Para Luhmann, a comunicação envolveria certa incomensurabilidade e imprevisibilidade...

O fato é que ele considera o 'sentido' a categoria fundamental da sociologia. Vale a pena enfatizar: o social decorreria justamente da ideia do significado (a diferença entre o signo e o significado que lhe é atribuído pelo sistema).

Nenhuma operação social pode surgir sem fazer uso do 'sentido'.<sup>280</sup> O sentido surge em uma trama de operações que sempre já o pressupõem (ou seja, o sentido gera sentido).

No contexto da figura teórica da *autopoiesis*, pressupor o sentido de nenhuma maneira contradiz o outro pressuposto segundo o qual o sentido se produz na trama de operações que sempre pressupõem sentido. Pelo contrário: a peculiaridade do meio do sentido é um correlato necessário da clausulara operativa dos sistemas com capacidade de distinguir. O sentido se produz exclusivamente como sentido das operações que o utilizam; ele é produzido, portanto, somente no momento em que as operações o determinam, nem antes, nem depois. O sentido é, então, um produto das operações que o usam e não uma qualidade do mundo devida a uma criação, fundação ou origem. Não há então uma identidade separada do viver e comunicar empíricos. Platão estava certo quando disse que as ideias se relacionam com a faculdade da memória; mas a memória não leva em

---

<sup>280</sup> Idem, ibidem.

direção ao verdadeiro e quase esquecido sentido do ser, às suas formas essenciais, às ideias. Ao contrário, a faculdade da memória constrói estruturas de uso somente momentâneo para conservar a seletividade e reduzir as possibilidades de enlace. Acreditar na existência de identidades que perduram no tempo é uma autoilusão dos sistemas que formam sentido, identidades que sempre têm existido e que sempre existirão, e portanto com a possibilidade serem referidas como se estivessem sempre disponíveis. Todo orientar-se é construção, é distinção que se reatualiza de momento a momento.<sup>281</sup>

Empregando a metáfora biológica, as células emergem com a criação de uma membrana, distinguindo-as do exterior. As operações sociais também nasceriam da distinção entre autorreferência e heterorreferência - a comunicação implicaria sempre uma diferença entre a informação e o 'dar-a-conhecer'.

A comunicação envolveria uma latente distinção entre o conteúdo do que se diz, e o ato de o dizer (quem diz e como diz...). E isso parece altamente abstrato e perturbador, dado que ele diz que a comunicação é um conjunto de diferenças!

O essencial é perceber que, em Luhmann, a comunicação não é uma transmissão de conteúdo. É apenas uma espécie de estado do sistema; uma diferença produzida no sistema, a partir de uma operação interna (a informação).

Ele sustenta que isso seria uma espécie de *re-entry* - a já referida expressão de Spencer-Brown - dado que a diferença sistema/entorno ocorreria duas vezes: (a) ao ser produzida pelo sistema (ao mesmo tempo em que cria o sistema - daí a tal *autopoiesis*); (b) ao ser observada no interior do sistema que ela própria teria criado (o paradoxo que estaria na base do próprio sistema).

Mas alguém pode perguntar: com é que o sistema poderia criar a si mesmo? Afinal de contas, o criador deve pré-existir à criatura... E isso parece beirar a um argumento *non-sense*, esquizofrênico.

Para os sistemas de sentido o mundo não é um mecanismo imenso que produz estados de coisas a partir de estados de coisas, e que, com isso, determina os próprios sistemas. O mundo é muito mais um potencial ilimitado de surpresas; é informação virtual que, não obstante, necessita de sistemas para gerar informação; ou, melhor dito, para dar-lhe o sentido de informação a certas irritações selecionadas.<sup>282</sup>

Releva ter em conta, de todo modo, que as identidades devem ser entendidas como o resultado do processamento das próprias informações. Nesse

<sup>281</sup> Idem, p. 28. Traduziu-se.

<sup>282</sup> Idem, p. 29. Traduziu-se.

sentido altamente abstrato, a identidade surgiria por meio da condensação das observações (conforme terminologia da *Laws of Form*).<sup>283</sup>

Isso é relevante para o tema do concurso de crimes.

A vingar essa premissa luhmanniana, não haveria alguma essência anterior à observação. Ou seja, não haveria uma 'estrutura lógico-material' - uma pretensa natureza das coisas -, anterior à observação sistêmica.

Assim, caso Luhmann esteja correto, não haveria 'unidade natural de ação' ou mesmo uma culpabilidade ontológica, ao contrário do que advogou Hans Welzel. Tudo se converteria, então, em uma espécie de autorreferência retórica, pela qual o próprio 'discurso' se converteria em 'sujeito', criando a sua própria 'realidade', sem qualquer limite prévio!

Com isso, a política criminal passa a colonizar o discurso dogmático.

Melhor dizendo: tudo se converteria em um problema de conveniência e de oportunidade; tudo passaria a ser um problema de definição da pena supostamente adequada aos fins funcionais definidos pela política criminal! Recai-se em simples questão de poder (quem possui o poder para falar em nome do tal 'sistema').

Deve-se examinar, por conseguinte, aludida concepção com muitas cautelas. E é justamente isso que se tenta fazer nessa investigação.

Convém ter em conta que, seguindo esse ideário construtivista, Niklas Luhmann sustenta que a 'identidade' (o fato de uma coisa ser aquilo que é!) na verdade dependeria do observador. No fundo, sem um critério para se observar - i.e., se distinguir - as coisas seriam amorfas, porosas, sem identidade.

Para ele, o fato da mesma observação ser repetida, por inúmeras vezes é que geraria a identidade - algo permaneceria incómunle, quando tudo o mais mudaria. Cuida-se daquela clássica contraposição entre Parmênides e Heráclito; entre o ser e o tempo; entre essência e acidentes.

O fato de que as identidades de sentido (objetos empíricos, símbolos, signos, números, frases) somente possam produzir-se recursivamente tem consequências epistemológicas de grande alcance. Dessa maneira, por um lado, se esclarece que o sentido de tais identidades se estende mais além do que se capta no momento da operação de observação; por outro, precisamente isto não quer dizer que tais objetos se 'dêem' desde sempre, inclusive quando não se observam. Aprecia-se, todavia, por debaixo das premissas da concepção

<sup>283</sup> LUHMANN, Niklas. **Theories of distinction**, p. 113-127. LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Tradução do alemão para o espanhol por Sílvia Pappe. México: Universidad Iberoamericana, 1992, p. 33. LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**, p. 29.

tradicional lógico-ontológica da realidade, outro nível, outro ocorrer operativo onde principalmente se constituem os objetos e a capacidade de assinalá-los. Na medida em que as recursões remetem a algo passado (ao sentido já conhecido, já provado), remetem unicamente às operações contingentes cujos resultados estão disponíveis na atualidade; não remetem, por conseguinte, a origens de fundação. E na medida em que as recursões remetem ao futuro, enviam a possibilidade de observação infinitamente numerosas, isto é, ao mundo como realidade virtual - da que não se pode saber-se, todavia, se será alimentada por sistemas (quais?) através de operações de observação. O sentido é, então, sob todos os holofotes, uma forma de operação histórica, e somente a sua utilização enlaça o surgimento contingente e a indeterminação de aplicações futuras. Toda determinação tem que fazer uso deste meio, e toda inscrição nele tem como único fundamento sua própria faticidade recursivamente assegurada.<sup>284</sup>

O problema é que as palavras não têm um sentido tabelado; o sentido depende do uso, como sabido desde o 'segundo' Wittgenstein.

E usos há vários!

Não há como fixar sentidos para as palavras; não há como construir uma linguagem absolutamente artificial que permita significados acurados e destituídos de ambiguidades. Eis, pois, o grande nível de complexidade e de contingência!

Afinal de contas, o sentido também depende de distinções (*draw a distinction*). "Sentido significa que em tudo quanto se assinala como atual resta ademais coexpressada e coapreendida a remissão a outras possibilidades. Todo sentido determinado alude a si mesmo e a outro distinto."<sup>285</sup>

"O sentido é então - e colocamos ênfase no paradoxo da formulação - um contexto de remissões infinito - isto é, indeterminável -, que pode tornar-se acessível e reproduzir-se de forma determinada."<sup>286</sup> Ele apenas admitiria uma distinção entre a atualidade e a possibilidade.

Também aqui, as expressões luhmannianas revelam-se muito abstratas. Quando ele diz que tudo envolveria uma distinção entre a atualidade e a potencialidade, isso significa que, a rigor, o sentido seria uma vasta gama de possibilidades e indefinições.

Sempre seria possível uma interpretação diferente, uma leitura diferente daquela empreendida. Segundo Niklas Luhmann, não haveria a última palavra; o último sentido; não haveria uma a interpretação verdadeira e indiscutível.

E isso é de relevo para o tema da decisão judicial, como se percebe.

<sup>284</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 30, traduziu-se.

<sup>285</sup> Idem, p. 31. Traduziu-se.

<sup>286</sup> Idem, p. 32, traduziu-se.

Basta conjugar esses *insights* luhmannianos com as teses do 'segundo' Wittgenstein para que se perceba o quão complexo é essa investigação. Afinal de contas, se as palavras não têm um sentido tabelado - e sabe-se que o sentido depende do uso! - deve-se perquirir, então, qual o uso correto...

Ora, há distintos usos no interior da mesma comunidade de falantes.

As palavras são polissêmicas! Quando a lei proíbe a evasão de divisas sem autorização legal (art. 22, lei 7.492/1986), essa palavra 'divisas' deve ser compreendida conforme o uso feito pelos analistas do Banco Central ou conforme a percepção de um comerciante? Quando a lei alemã proíbe a comercialização de plantas alucinógenas, isso deve ser compreendido sob o ponto de vista de um biólogo, ou do ponto de vista de uma criança?

Repita-se a pergunta: quando a lei veicula jargões técnicos, estes devem ser compreendidos a partir de um eventual 'senso comum', compreensão que pode implicar maior ou menor repressão penal, conforme o caso?

Essa mesma preocupação animou Juan Pablo Montiel e Lorena Ramirez Ludeña,<sup>287</sup> diante de uma sentença do *Bundesgerichtshof* – BGH, de 25 de outubro de 2006, em que o juízes concluíram que fungos seriam plantas, para os fins de caracterização de tráfico (anexo I, §1.1. *Betäubungsmittelgesetz*).

O *puncto dolens* residia justamente no caráter vinculante da moderna classificação biológica, que não considera os fungos como espécie de plantas (mas sim, pertencentes a um *filo* distinto, o reino *Fungi*).

Sustentou-se, naquela decisão judicial, que, lendo a lei de drogas, as pessoas teriam a percepção de que a comercialização de fungos alucinógenos seria proibida, dada a premissa de que, sob certo ângulo (segundo a sentença), fungos também poderiam ser considerados plantas...

Segundo a decisão do BGH, a absolvição de primeira instância seria infundada, conforme razões que seguem:

[A absolvição] é infundada inclusive quando, segundo o atual ponto de vista da ciência, os fungos não são plantas, senão que representam para a biologia uma categoria independente de organismos. Pois também ao tempo do fato os preceitos penais da lei de entorpecentes abarcavam igualmente ao tráfico com fungos que contenham

<sup>287</sup> MONTIEL, Juan Pablo; LUDEÑA, Lorena Ramírez. **De camareros estudiantes de biología a jueces biólogos:** A propósito de la sentencia del BGH sobre los hongos alucinógenos y la deferencia a los expertos en ámbito penal. Disponível na internet: <<http://www.indret.com/pdf/691.pdf>> Acesso em 03.03.2011.

psilocibina e psilocina... Para isso não se necessita de analogia; melhor dito: estes fungos estão compreendidos pelo conceito de plantas do §2, I, n. 1 BtMG do anexo I do §1 I BtMG na versão vigente entre 1.2.1998 até 17.3.2005.<sup>288</sup>

Ou seja, uma concepção pragmática da linguagem - como aquela levada a efeito pelo 'segundo' Wittgenstein - parece eclodir, então, em um problema de justificação. Qual uso deve ser aceito pelos juízes em suas sentenças?

O uso judicial converte-se em 'mais um', a ser somado a todos os usos possíveis (todos os sentidos possíveis). E isso parece ensejar grande arbítrio; eis que se desiste de algum critério anterior a ser contraposto à decisão judicial.

Se tudo é um problema de uso, qual a razão para que determinado emprego (o uso que a academia faz da palavra, por exemplo) seja superior àquele promovido por outra pessoa? Qual o critério, então, para se aquilatar as decisões judiciais?

Anote-se que a tradição jurídica é repleta de tentativas de se congelar sentidos. Há um grande esforço por se reduzir a contingência, e tornar mais previsíveis as interpretações. Cuida-se daquilo que Spencer-Brown denominava de *condensation*: a criação de redundância, a fim de se delimitar conceitos.

Um bom exemplo é ofertado pelo art. 110 do CTN, quando dispõe:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Por sinal, é interessante ter em conta como o sistema jurídico brasileiro protege mais o patrimônio do que a liberdade individual. Basta ter em conta que a Constituição exige lei complementar para tratar da 'parte geral' do Direito Tributário (art. 146, CF), mas não o exige quanto ao Direito Penal.

O CTN veicula uma expressa disposição sobre o *in dubio, favor rei* (art. 112, CTN), algo que não consta expresso no Código Penal etc. Enfim, isso denota o quão patrimonialista é a sociedade brasileira!

Mas, voltando à questão anterior, vê-se que há um grande esforço em prol da criação de conceitos. Almeja-se a obtenção de enunciados destituídos de ambiguidade; enunciados que não careceriam de subseqüentes interpretações, à

<sup>288</sup> MONTIEL, Juan Pablo; LUDEÑA, Lorena Ramírez. **Obra cit.**, p. 5.



semelhança das súmulas vinculantes do STF.

O problema é que isso não se revela possível!

Não há uma última palavra. E mesmo a súmula vinculante carece de interpretação, como bem ilustra a decisão proferida pelo min. Eros Grau, ao apreciar a reclamação n. 8.173/SP (questão envolvendo o uso de algemas): "O enunciado da Súmula Vinculante n. 14 - texto normativo sujeito a interpretação, tal e qual quaisquer textos normativos - não se aplica à hipótese dos autos."<sup>289</sup>

Mas, a ser assim, não ficamos todos reféns das idiosincrasias dos intérpretes? Se não há uma última palavra, se não há pontos arquimedianos, como controlar quem decide em nome alheio? Qual a legitimidade dessa decisão?

Reitere-se: a concepção luhmanniana parece eclodir em grande ceticismo.

Com isso, o problema de decisão parece se converter em um mero problema de autoridade. Quem possui o poder para dizer o que as palavras significam? E isso é uma estratégia *Humpty-Dumpty*, como sabido.<sup>290</sup>

O tema será mais bem detalhado adiante.

"O sentido é um *Medium*: algo que não se vê, uma quantidade indeterminada de possibilidades, que somente podem ser percebidas na seleção específica que ocorre em um momento dado."<sup>291</sup>

A atualidade seria o sentido renovado nas operações comunicativas do sistema Sociedade; o sentido mesmo implicaria certo paradoxo, por não admitir algo como o 'sem sentido'.

A expressão 'algo sem sentido' se traduz na ideia de algo confuso, equivocado, ininteligível etc. "A produção de 'sem sentido' somente é possível quando se forma um conceito mais estreito do 'pleno de sentido' (p.ex., aquilo que é usual, o esperável), ao qual se contrapõe depois a ideia de *nonsense*."<sup>292</sup>

Ademais, o sentido seria o elemento fundamental da sociologia.<sup>293</sup>

Sistemas que empregam sentido são, graças a seu meio, sistemas que somente podem observar-se a si mesmos e a seu entorno na forma do sentido. Isto significa que observam e descrevem através de uma re-entry da forma na forma. Não há sistemas psíquicos (nem sociais) que

<sup>289</sup> BRASIL, STF, Recl. 8173, rel. min. Eros Grau, DJE de 03.06.2009.

<sup>290</sup> Esse personagem de Lewis Carroll dizia que "Quando eu uso uma palavra, ela significa o que eu quiser que ela signifique... Nem mais nem menos."

<sup>291</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. *Op. cit.*, p. 55. Traduziu-se.

<sup>292</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 33-34, traduziu-se.

<sup>293</sup> Essa concepção é compartilhada por Habermas, quem também reconhece que o 'sentido' é a categoria sociológica fundamental. HABERMAS. *Teoria do agir comunicativo -1*, p. 585.

não possam distinguir-se entre si mesmo e os outros, no meio do sentido - independentemente das liberdades que logo se atualizam na hora da atribuição causal.<sup>294</sup>

O sentido apenas pode reproduzir-se como forma. O mundo em si permanece sempre inobservável, como o outro lado que acompanha a todas as formas de sentido; seu sentido somente pode simbolizar-se na autorreflexão do uso das formas que realizam as operações de sentido.<sup>295</sup>

Por outro lado, as distinções não poderiam ser tomadas como o estado de coisas realmente existentes; as distinções seriam apenas operações do sistema Sociedade (comunicação que gera comunicação!) ou do sistema psíquico (consciência que gera consciência, de forma autopoietica!).

A transformação mais profunda, que ao mesmo tempo constitui também o pressuposto imprescindível para a compreensão do quanto segue, consiste em que já não se fala de objetos, senão de distinções; mas ainda: já não se conceituam as distinções como estados de coisas existentes (diversos), senão se volta à exigência de distingui-las, já que de outro modo não poderia designar-se nada, observar-se nada, empreender-se nada. Para aclarar a importância dessa transformação utilizamos o conceito de forma de George Spencer Brown em sua *Laws of Form*.

As formas já não podem ser consideradas como configurações (*Gestalten*) mais ou menos belas, senão como limites, como marcas de uma diferença que obrigam a esclarecer o lado que se assinala quando se diz encontrar-se em um lado - desde o qual se tem que começar para proceder a novas operações. O outro lado do limite da 'forma' vem dado simultaneamente. Cada lado da forma é portanto o outro lado do outro lado. Nenhum lado é algo em si mesmo. Atualiza-se apenas pelo fato de que assinala esse lado e não o outro. Nesse sentido, a forma é autorreferência estendida, ou, pra dizê-lo todavia com maior precisão, é autorreferência estendida no tempo. Há que partir sempre do lado assinalado e há necessidade de tempo para uma operação posterior: tanto para permanecer no lado designado como para atravessar o limite que constitui a forma.<sup>296</sup>

Ele compara, ademais, o conceito de 'forma' com o termo hegeliano 'conceito'.<sup>297</sup> Em que pesem as semelhanças, a 'forma' luhmanniana não

<sup>294</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 33. Traduziu-se.

<sup>295</sup> Idem, p. 31. Traduziu-se.

<sup>296</sup> Idem, p. 40. Traduziu-se.

<sup>297</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 41. Sobre o papel do 'conceito' em Hegel, leia-se LEBRUN, Gerard. **A paciência do conceito: ensaio sobre o discurso hegeliano**. Tradução de Sílvia Rosa Filho. São Paulo: Unesp, 2006. Sobre a definição corriqueira de 'conceito', leia-se também VIVES ANTÓN, Tomás. **Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales**. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2011, p. 537, em nota de rodapé.

proporcionaria a sua própria unidade (ao contrário do 'conceito' em Hegel).

Dito em outras palavras, Niklas Luhmann parece fundar toda a sua concepção em uma ideia de 'diferença'. Ele não busca uma essência apriorística; apenas se limita a dizer que a observação é promovida a partir da distinção (a primeira distinção é aquela entre o observador e o *quid* que é observado).

[A] forma é precisamente a distinção mesma enquanto que ela obriga a sinalizar (e portanto a observar) um lado e o outro, e por essa razão não pode ela mesma (muito distinto do conceito hegeliano) realizar sua própria unidade. A unidade da forma não é seu mais alto sentido espiritual. É muito mais o terceiro excluído que não se pode observar, enquanto se observe com ajuda da forma.<sup>298</sup>

A teoria dos sistemas não se ocupa de objetos específicos,<sup>299</sup> sua preocupação está muito mais em uma diferenciação peculiar: a relação sistema e entorno. Um não pode existir sem o outro; ambos emergem juntos.

O sistema não é necessariamente mais importante que o entorno, repita-se. Por conseguinte, Luhmann não chega a estabelecer uma hierarquia. Ele não chega a dizer que a sociedade seria mais importante que os sujeitos, por exemplo.

Todavia, repisa-se, Luhmann é declaradamente anti-humanista.

Ou seja, ele não escora a sua Sociologia na premissa de que os sujeitos seriam o fundamento da sociedade. Mas isso não significa que ele não se preocupe com direitos fundamentais; afinal de contas, ele chegou a dedicar densos estudos sobre esse tema.<sup>300</sup>

Vale a pena renovar a advertência!

Caso alguns pressupostos luhmannianos sejam mal compreendidos ou empregados, há grande risco de tecnocracia e de discurso organicista (fascismo). Afinal de contas, pode-se imaginar que o sujeito seria apenas uma peça em uma engrenagem gigantesca, na qual a sua subjetividade se perderia...

Convém retomar, porém, o problema do 'sentido', em Luhmann:

As operações são possíveis somente como operações de um sistema, somente possíveis no lado interno da forma. Mas o sistema pode

<sup>298</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 31. Traduziu-se.

<sup>299</sup> Idem, p. 42.

<sup>300</sup> Leia-se, por exemplo, LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política**. Tradução do alemão para o espanhol por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2010.

operar também como observador da forma: pode observar a unidade da diferença, pode observar essa forma-de-dois-lados como forma, mas somente se, por sua vez, gera outra forma, somente se por sua vez distingue a distinção. Somente assim podem os sistemas - quando são suficientemente complexos - aplicar-se a si mesmos a distinção sistema e entorno; mesmo quando isso somente seja possível executando uma operação própria que o faça. Em outras palavras: os sistemas podem distinguir a si mesmos de seu entorno, muito embora isso ocorra como operação no mesmo sistema. A forma que eles geram cegamente ao operar de maneira recursiva e com a qual a diferença se coloca novamente à sua disposição quando se observam a si mesmos como sistema-em-um-entorno. E somente assim - sob essas condições específicas - também a teoria de sistemas se constitui em fundamento de uma determinada praxis de distinguir e de assinalar. A teoria de sistemas utiliza a distinção sistema/entorno como forma de suas observações e descrições; mas para poder fazê-lo deve saber distinguir essa distinção de outras distinções - por exemplo, as da teoria de ação. E em geral para poder operar dessa maneira deve formar um sistema; neste caso, ser ciência. Aplicado à teoria de sistemas, o conceito que temos apresentado satisfaz o requisito que se buscava: o requisito da autoimplicação da teoria; a teoria de sistemas pela relação que mantém com seu objeto se vê obrigada a extrair conclusões 'autológicas' sobre si mesma.<sup>301</sup>

### 3.1.5. Ainda a pretensa *autopoiesis*:

O professor de Bielefeld rejeita, por outro lado, o modelo *input/output* da primeira versão da teoria dos sistemas, de anteparo cibernético (i.e., teoria que perguntava pela *neguentropia*):<sup>302</sup> como a ordem surgiria a partir do 'ruído', questão examinada pela primeira teoria dos sistemas de Heinz von Foerster.

Ele ampara-se, ao contrário, no conceito de *autopoiesis*, desenvolvido por Humberto Maturana e Francisco Varela: "os sistemas autopoieticos são aqueles que por si mesmos produzem não apenas as suas estruturas, senão também os elementos dos quais estão constituídos - no emaranhado desses mesmos elementos."<sup>303</sup>

A *autopoiesis* é um conceito absolutamente vago.

Ela apenas evidencia essa autologia, i.e., a necessidade de que toda explicação surja no âmbito do próprio sistema examinado. Para Niklas Luhmann, é a

<sup>301</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 43.

<sup>302</sup> Idem, p. 44. A segunda lei da termodinâmica assevera que toda energia tende à dissipação (em outras palavras, o gelo derrete e o universo se expande!). Qual a razão, porém, para que os átomos de carbono tenham se reunido em formas tão complexas e razoavelmente estáveis, como ocorre com os organismos vivos? Essa é a pergunta de que trata a *neguentropia*. De forma semelhante, pode-se questionar qual a origem de algo tão complexo como o sistema jurídico, fundado em regras concatenadas e com alguma consistência interna ou o modo como a consciência surge na matéria.

<sup>303</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 45.

produção de indeterminação interna do sistema.<sup>304</sup>

O sistema apenas pode produzir operações a partir de outras tantas operações: é a comunicação que gera comunicação, a consciência que gera consciência, a vida que gera vida, o direito que define o que é conforme ao direito.

Ele tem uma grande predileção por essas palavras repetidas: o direito do direito; a sociedade da sociedade; a legalidade da lei etc. E isso porque - uma vez mais - a sua grande preocupação é mesmo com a autorreferência. Toda descrição da sociedade deve ser feita no interior da própria sociedade.

Mal comparando, é como o olho que busca ver a si mesmo. E busca ver sem espelhos para tanto, dado que não há nada *'fora'* da sociedade que permita ao ser humano examiná-la. Não há pontos arquimedianos!

O sistema somente pode constituir operações próprias fazendo enlaces com suas operações e antecipando ulteriores operações do próprio sistema. Mas com isso não restam estabelecidas todas as condições de existência do sistema. E então cabe a pergunta: Como pode distinguir-se esta dependência recursiva da operação com respeito a si mesma das indiscutivelmente persistentes dependências a respeito do entorno? A esta pergunta pode responder-se unicamente através da análise da especificidade das operações autopoieticas; em outras palavras, a resposta não está no conceito mesmo de autopoiesis - frequentemente entendido superficialmente. Estas reflexões nos levaram a atribuir ao conceito de comunicação um significado central para a teoria da sociedade.<sup>305</sup>

Ele sustenta que a *autopoiesis* não negaria o postulado da incompletude de Kurt Gödel, "de acordo com o qual nenhum sistema pode fechar-se em si mesmo em uma ordem carente de contradições."<sup>306</sup>

Para Niklas Luhmann, a *autopoiesis* significa tão somente que o conceito de sistema reporta-se à ideia de entorno, já que ambos estão mutuamente imbricados (só há entorno quando há sistema e vice-versa), constituindo-se simultaneamente.

O sociólogo pergunta, porém, como surgiriam as assimetrias.

Ou seja, quem define o que é causa e o que é efeito? Como definir o que ocorre antes e o que ocorre depois? O que pertence ao sistema ou ao entorno?<sup>307</sup> Caso sejam mal compreendidas, essas perguntas também beiram ao *non-sense*.

Para Niklas Luhmann, quem define isso é o observador.

---

<sup>304</sup> Idem, p. 46.

<sup>305</sup> Idem, ibidem. Traduziu-se.

<sup>306</sup> Idem, p. 47. Traduziu-se.

<sup>307</sup> Idem, ibidem.

Ele enfatiza, contudo, que a observação não é desenvolvida apenas por sistemas psíquicos: "O conceito deve ser utilizado de um modo mais abstrato e independentemente do substrato material, da infraestrutura ou do modo específico de operar que torna possível efetuar as observações."<sup>308</sup>

Observar significa distinguir e assinalar.<sup>309</sup> O observador é o terceiro excluído em uma operação de observação: "ao observar não pode ver-se a si mesmo observando. O observador é o inobservável."<sup>310</sup> Por outro lado, a distinção que torna possível a observação serve de *ponto cego*.

### 3.1.6. Comunicação e acoplamentos estruturais:

Para Luhmann, a sociedade não teria uma específica essência ou uma determinada moral - a solidariedade, a integração por consenso racional etc. -, mas seria apenas e tão somente comunicação gerando comunicação.<sup>311</sup>

A operação da comunicação seria dotada de fugacidade.<sup>312</sup>

"Isto é válido para todos os componentes da comunicação: para a informação (*Information*) que somente surpreende uma vez; para o dá-la a conhecer (*Mitteilung*) que - como toda ação - está ligado a um momento instantâneo no tempo, e para o entendê-la (*Verstehen*) que não pode repetir-se senão quando muito ser recordada."<sup>313</sup>

Isso significa que, tão logo ocorre, a comunicação também se desfaz. Daí que ele não concorde com as premissas habermasianas... Ele não supõe possível uma 'racionalidade comunicativa' ou uma ação orientada ao consenso.

A comunicação pressuporia prévias expectativas sociais: "Antes que as informações se produzam deve formar-se um interesse por elas."<sup>314</sup>

Quando se entende a comunicação como uma unidade composta por três componentes produzidos pela mesma comunicação (informação, dá-la a conhecer e entendê-la), exclui-se a possibilidade de adjudicá-lhe a um deles o primado ontológico. Não se pode partir da premissa de que primeiro se dá um mundo objetivo sobre o qual depois se fala.

<sup>308</sup> Idem, p. 48. Traduziu-se.

<sup>309</sup> Idem, ibidem.

<sup>310</sup> Idem, ibidem. Traduziu-se.

<sup>311</sup> Idem, ibidem.

<sup>312</sup> Idem, ibidem.

<sup>313</sup> Idem, p. 49. Traduziu-se

<sup>314</sup> Idem, p. 50. Traduziu-se.

Tampouco, a origem da comunicação se encontra na ação 'subjéitiva' - provedora de sentido - do dá-la a conhecer. Nem existem tampouco de antemão uma sociedade que prescreve através das suas instituições culturais o que deve entender-se por comunicação. A unidade dos acontecimentos comunicativos não pode derivar-se nem objetiva, nem subjéitiva, nem socialmente. Justamente por isso, a comunicação cria para si o médium do sentido, onde incessantemente se estabelece se a comunicação seguinte busca seu problema na informação ou no ato de dá-la a conhecer ou no entendê-la. Os componentes da comunicação se pressupõem mutuamente: estão enlaçados de maneira circular.<sup>315</sup>

A comunicação demandaria a diferença entre informação e dá-la a conhecer (a compreensão concluiria, por fim, a operação de comunicação). Ou seja, toda comunicação dependeria dessa diferença entre o que é dito; e a forma como foi dito (quem falou e como falou).

"A comunicação é, então, uma certa maneira de observar o mundo, passando pela distinção específica entre informação e dá-la a conhecer."<sup>316</sup> Niklas Luhmann critica o modelo de comunicação como transferência/transmissão, que ainda remanesceria em Jürgen Habermas.

Todo sentido demandaria, porém, contexto!

Por tudo isso, um sistema de comunicação somente se mantém no momento em que está operando; ao utilizar o Médium do sentido para a determinação das suas operações se torna capaz de referir-se desde si seletivamente a outras operações dentro de horizontes que se apresentam ao mundo confluindo simultaneamente. Toda duração tem que produzir-se como etapa em direção a outros acontecimentos. Os sistemas comunicativos somente são possíveis como sistemas recursivos, dado que somente podem produzir suas operações individuais recorrendo e antecipando outras operações do mesmo sistema. Isso traz consigo a dupla exigência de continuidade e descontinuidade. Daí se depreende a pergunta de como o sentido pode tratar-se em outras situações como se fosse o mesmo. Deve estabelecer-se, pois, a repetição reconhecível. Somente quando (e até onde) este seja o caso, pode manter-se a concepção clássica que falava de 'elemento' e 'relação' e com o isso pressupunha objetos estáveis. Mas, então, a pergunta é: como é isso possível no meio do sentido?<sup>317</sup>

Ele invoca, então, os conceitos de *condensation* e *confirmation*, desenvolvidos por George Spencer-Brown. A condensação trataria da formação de identidades, "omitindo os momentos não repetíveis de outras situações."<sup>318</sup> Ou seja,

<sup>315</sup> Idem, ibidem. Traduziu-se.

<sup>316</sup> Idem, ibidem. Traduziu-se.

<sup>317</sup> Idem, p. 51. Traduziu-se.

<sup>318</sup> Idem, ibidem.

a condensação viabilizaria a produção de conceitos.

A condensação é que produziria a tradição.

Como se verá adiante, essa concepção pode ser confrontada com a filosofia de Hans-Georg Gadamer. Afinal de contas, a *condensation* cuidaria justamente dos preconceitos, que animam toda e qualquer leitura de mundo!

E, a ser assim, os conceitos de 'unidade de ação', teoria da norma, desvalor do resultado, quantidade de dolos etc. dependeriam essencialmente da própria reiteração promovida pela teoria jurídica. A teoria criaria seus próprios objetos de estudo (algo que parece impensável)!

Ademais, ele também invoca a diferença entre autorreferência e heterorreferência, sustentando que a comunicação pode observar a si mesma (observação de segunda ordem) ou pode tratar do entorno (informando sobre algo distinto da própria comunicação: sobre a natureza, ou quando o Direito trata da economia, por exemplo).

O discípulo de Parsons aduz que a ciência seria o sistema social que permitiria à sociedade observar a si mesma. Concebe, pois, a sociedade como o grande sistema social que abarca todos os demais sistemas; ideia que já havia sido formulada por Aristóteles.<sup>319</sup>

Ele enfatiza que não se trata de um uso apenas metafórico dos conceitos da biologia, ou sequer de uma conclusão por analogia.<sup>320</sup> Para o professor de Bielefeld, a sociedade seria realmente autopoietica; não se tratando de uma mera comparação com a célula ou mero modelo conceitual.

A comunicação seria a menor unidade de um sistema social.<sup>321</sup>

Toda proposta de comunicação carregaria uma pretensão para sua aceitação ou seu rechaço, o que seria indispensável para a subsistência do sistema 'sociedade'. A comunicação seria a única operação genuinamente social, pressupondo - no seu entorno - um conjunto de sistemas psíquicos (consciências

<sup>319</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 55. Veja-se também LUHMANN, Niklas. **¿Cómo es posible el orden social?** Tradução do alemão para o espanhol por Pedro Morandé Court. México: Universidad Iberoamericana, 2009, p. 39-48.

<sup>320</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 56. Walter Kagl alega que Luhmann não teria simplesmente copiado um conceito empregado na biologia e transportado para as ciências humanas. O seu conceito de *autopoiesis* seria autônomo àquela anterior formulação de Maturana e Varela, com conteúdo próprio. Leia-se KAGL, Walter. *¿Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad? Una crítica a la crítica contra la concepción sociológica del derecho como sistema autopoietico* in DÍEZ, Carlos Gómez-Jara *et al.* **Op. cit.**, p. 43-46.

<sup>321</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 58.



que geram consciência, de modo autopoietico).

Os homens não comporiam a sociedade! - segundo esse ideário antihumanista. Niklas Luhmann sustenta, ademais, que não seria possível conhecer os "estados internos atuais de outros sistemas de consciência."<sup>322</sup>

E isso pode ser relevante para o tema do dolo.

A sua análise aproxima-se, como se percebe, da concepção de Vives Anton, de Gilbert Ryle e de Ludwig Wittgenstein quando sustentam a 'inviabilidade de uma linguagem privada'. Em termos dogmáticos, a vingar essa leitura, o dolo apenas poderia ser inferido (jamais poderia ser provado, dado que a intenção alheia é apenas presumida, a partir da conduta realizada).<sup>323</sup>

"A comunicação também é genuinamente social porque de nenhum modo e em nenhum sentido pode produzir-se uma consciência 'comum' coletiva: a comunicação funciona sem que se possa chegar ao consenso no pleno sentido de um acordo verdadeiramente completo."<sup>324</sup>

Ele emprega, por outro lado, a definição de Gregory Bateson:<sup>325</sup> concebe a informação como uma diferença que gera diferença! Luhmann supõe que a comunicação seja uma operação com a capacidade de autorreferência, auto-observação.<sup>326</sup>

Há um latente risco, como se vê, de se antropomorfizar construtos. Em outras palavras, latente risco de se converter a própria 'comunicação' em sujeito, como se fosse o agente.<sup>327</sup> É o que Luhmann faz quanto à sociedade.

<sup>322</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 57. Traduziu-se. Quanto às críticas à concepção cartesiana da relação 'corpo/mente', leia-se RYLE, Gilbert. **The concept of mind**. Edição do 60º aniversário. Nova Iorque: Routledge, 2009. Um interessante contraponto, para a defesa da concepção cartesiana, encontra-se na obra FOSTER, John. **The immaterial self: a defence of the cartesian dualist conception of the mind**. 2. ed. Nova Iorque: Routledge, 2002.

<sup>323</sup> Gilbert Ryle critica o dualismo cartesiano (mente/corpo), empregando a expressão 'fantasma na máquina'. Ele supõe que a busca pela 'mente' decorra de uma pergunta mal formulada, dado que a mente seria simples projeção do corpo, tal como a relação software e hardware.

<sup>324</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 58.

<sup>325</sup> BATESON, Gregory. **Pasos hacia una ecología de la mente: una aproximación revolucionaria a la autocomprensión del hombre**. Tradução do inglês para o espanhol por Ramón Alcalde. Buenos Aires: Ediciones Lohlé-Lumen, 1991, p. 103 e ss.

<sup>326</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 61. MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>327</sup> É oportuna, a propósito, a precisa observação de Hans-Georg Gadamer: "Costumamos dizer que 'levamos' uma conversa, mas na verdade quanto mais autêntica uma conversação, tanto menos ela se encontra sob a direção da vontade de um ou outro dos interlocutores. Assim, a conversação autêntica jamais é aquela que queríamos levar. Ao contrário, em geral, é mais correto dizer que desembocamos e até que nos enredamos numa conversação. Como uma palavra puxa a outra, como a conversação toma seus rumos, encontra seu curso e seu desenlace, tudo isso pode ter algo como uma direção, mas nela não são os interlocutores que dirigem; eles são dirigidos. O que 'surgirá' de

Niklas Luhmann renuncia, ademais, à fundamentação da sociologia em uma teoria da ação ou em uma busca de 'fato social':

Esta ideia tem consequências de grande importância. Não significa tão somente que o identificar - como ação - o 'dá-la a conhecer' seja o construto de um observador, é dizer, o construto do sistema de comunicação que observa a si mesmo. Muito mais, esta ideia significa que tudo o que os sistemas - e isso inclui o caso da sociedade - somente podem realizarem-se como sistemas que se constituem observando-se a si mesmos. Estas reflexões com as quais enfrentamos a Parsons e a tudo quanto está disponível no mercado, atualmente, como teoria da ação, nos obrigam a renunciar a uma fundamentação da sociologia em termos (individualistas) da teoria da ação.

Com isso ganhamos um problema, muito embora não seja mais do que o problema de um sistema que necessita de uma auto-observação contínua; e - como já se indicou - a observação é uma operação dependente da distinção que, no ato mesmo de operar, se manifesta como terceiro excluído. Assim mesmo toda auto-observação está condicionada por um ponto cego: é possível somente porque não pode ver seu próprio ver. Desta maneira a mesma comunicação funciona operativamente como unidade da diferença (de informação/dá-la a conhecer/entendê-la) sem poder comunicar esta unidade. Utiliza para a auto-observação suplementar a distinção de (informação/dá-la a conhecer/entendê-la) para poder estabelecer se a comunicação seguinte deve reagir a dúvidas sobre a informação, às supostas intenções do ato de dá-la a conhecer (por exemplo, intenções de engano) ou a dificuldades de compreensão. Nenhuma auto-observação está em plenas condições de entender a plena realidade do sistema que ela conforma.<sup>328</sup>

Ele enfatiza que "Os sistemas psíquicos evidentemente podem observar a sociedade desde fora, mas socialmente isto resta sem consequências se não se comunica; é dizer, se a observação não se efetua no sistema social."<sup>329</sup>

O sistema encontra-se sob clausura operativa.

As observações apenas poderiam processar informações (i.e., diferenciações); os sistemas não travariam contato direto com o entorno, salvo por meio dos acoplamentos estruturais. "Toda observação do entorno deve ser processada no mesmo sistema como atividade interna com ajuda de distinções próprias - para as quais não existe no entorno nenhuma correspondência."<sup>330</sup>

---

uma conversação ninguém pode saber de antemão. O acordo ou o seu fracasso é como um acontecimento que se realizou, ou que os astros não foram favoráveis. Tudo isso demonstra que a conversação tem seu próprio espírito e que a linguagem que empregamos ali carrega em si sua própria verdade, ou seja, 'desvela' e deixa surgir algo que é a partir de então." GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método** – I, p. 497.

<sup>328</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 62. Traduziu-se.

<sup>329</sup> *Idem*, p. 63.

<sup>330</sup> *Idem*, p. 66. Traduziu-se.

O acoplamento estrutural aludiria à mútua irritabilidade dos sistemas autopoéticos (a influência que os pensamentos teriam sobre o sistema de comunicação, e que as comunicações teriam sobre os pensamentos).

A linguagem cumpriria esse papel, ao viabilizar o liame entre consciências e sociedade! De modo semelhante, para Luhmann, a Constituição funcionaria como acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o sistema da política; enquanto que os institutos 'propriedade' e 'contrato' acoplariam o direito à economia.<sup>331</sup>

Ou seja, para ele a linguagem não seria um verdadeiro 'sistema', mas apenas uma ponte entre dois sistemas distintos. De modo semelhante, a Constituição funcionaria como um liame entre microssistemas jurídico e político etc.

Mas esse suposto acoplamento estrutural não poderia ser definido com absoluta precisão, pelo próprio sistema - a vingar essas premissas luhmannianas.

"Isto quer dizer que não se pode falar sobre ele, sem que a cada vez que se tente fazê-lo, se requeira outros acoplamentos estruturais."<sup>332</sup> Há alguma semelhança, como se percebe, entre essa concepção e a ideia de 'objeto simples' (ou objeto-atômico) defendida pelo 'primeiro' Wittgenstein: algo que seria anterior à linguagem e que, portanto, não poderia ser dito.<sup>333</sup>

"Os sistemas de comunicação não sabem que as comunicações fazem contato unicamente com outras comunicações. Os sistemas operam, por conseguinte, sob a ilusão de contato com o entorno - pelo menos enquanto somente observam o que observam e não como observam."<sup>334</sup>

As operações teriam função dúplice: a) determinar o estado histórico desde o qual o sistema seguiria para uma outra operação; b) formar estruturas como esquemas de seleção que permitem repetir e reconhecer, gerando identidades.

Mediante o '*dar a conhecer*' o sistema acabaria por se referir a si mesmo; enquanto que com a informação (uma diferença que gera uma diferença) o sistema aludiria ao seu entorno. A *autopoiesis* do sistema reproduziria a diferença entre autorreferência e heterorreferência (uma *re-entry*, segundo Luhmann).

Também aqui, sabe-se que essa linguagem luhmanniana é altamente

<sup>331</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 328 e ss. Luhmann sustenta que, no direito romano, a figura do *Praetor* atuava como verdadeiro 'acoplamento estrutural', permitindo certa conexão entre direito e política (*Op. cit.*, p. 178).

<sup>332</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. *Op. cit.*, p. 115. Traduziu-se.

<sup>333</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 33 e ss. Veja-se também CHILD, William. **Wittgenstein: introdução**. Tradução de Roberto Hofmeister Pich. Porto Alegre: Penso, 2013, p. 64-77; GLOCK, Hans-Johann. **Dicionário Wittgenstein**, p. 266-271.

<sup>334</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 57.

abstrata, podendo gerar confusão e perplexidades. Para alguém que não tenha aprendido o glossário próprio, pode parecer simples *paranóia*.

Ele questiona: "Como configura o sistema sociedade suas relações com o entorno, quando não pode estabelecer nenhum contato com ele e somente dispõe de seu próprio referir?" Luhmann invoca, como resposta, a categoria do 'acoplamento estrutural' desenvolvida por Humberto Maturana.

A linguagem permitiria, então, o acoplamento estrutural entre sistemas psíquicos e sistemas sociais, convertendo o caos do entorno (i.e., a natureza) em uma sucessão descontínua, racionalizada e apreensível pela mente dos sujeitos.

Ele critica a ideia de que a comunicação seja uma espécie de transferência de conteúdos de uma mente para outra.<sup>335</sup> Essa ideia de fluxo teria estado presente na primeira fase da teoria de sistemas (Ludwig von Bertalanffy, Wiener) e também a deplora na obra de J. Habermas, como já foi acima mencionado.

Para N. Luhmann, não é o ser humano quem comunica, dado que apenas a própria comunicação poderia comunicar.<sup>336</sup> Também aqui, é nítida a influência hegeliana, dado que o sociólogo parece antropomorfizar conceitos abstratos.

Não há comunicação - de consciência a consciência - que não transite pelo sistema social. Ele argumenta que uma das peculiaridades dessa situação é a conexão entre dois sistemas autopoieticos (consciência e sociedade), acoplados estruturalmente pela linguagem.

O acoplamento estrutural permitiria, assim, uma primeira seleção das irritações do sistema; a linguagem coordenaria o funcionamento dos sistemas psíquicos e sistema social (consciência/comunicação).

Quando ambos os sistemas se encontrem mutuamente imbricados - de modo que um sistema não possa existir sem o outro -, haveria 'interpenetração', para empregar a expressão luhmanniana (conceito que tem origem em Talcott Parsons, como sabido).<sup>337</sup>

Pelo seu modo inadvertido e silencioso de funcionar, o acoplamento estrutural (consciência/comunicação) não exclui em absoluto que aqueles que tomam parte no acontecimento comunicativo se identifiquem na comunicação, o que ademais a eles é que se dirija a palavra. Unindo-se neste aspecto a uma velha tradição, os

---

<sup>335</sup> Idem, p. 75.

<sup>336</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>337</sup> Confira-se com ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**. Volume 1: Uma história dos costumes. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 213-214.

chamaremos de 'pessoas', diremos portanto que o processo de comunicação está em condições de personalizar referências externas. Toda comunicação deve poder distinguir entre informação e dá-la a conhecer; e outro modo, não se distinguiria a comunicação mesma.<sup>338</sup>

Ele afirma também que a linguagem seria um tipo de ruído improvável e que, justo por isso, permitiria possibilidades complexas de especificação.<sup>339</sup> Ao contrário do latido dos cachorros, a fala humana seria rica em tons e gradações.

Por outro lado, enquanto os sistemas de consciência podem ser afetados pelos sentidos sociais, os sistemas sociais apenas poderiam ser afetados pelas consciências. Os sistemas físicos (biológicos, químicos) apenas poderiam destruir a comunicação: o fogo pode queimar os livros, mas não pode escrevê-los (truísmo, mas Luhmann enfatiza isso com todas as letras!).<sup>340</sup>

Note-se que Luhmann alega que o consenso seria impossível, diante da ausência de efetivo fluxo de informação entre consciências e também pelo grande número de sistemas psíquicos que irrigariam o sistema social.<sup>341</sup> Ademais, conquanto o mundo exista de modo simultâneo para todos os cérebros, os sistemas psíquicos e sistemas sociais teriam velocidades diferentes de operação.

Luhmann assevera, pois, que, mesmo para a teoria de sistemas, a pergunta formulada por Immanuel Kant, no que toca às condições de possibilidade do conhecimento, se manteria. A pergunta passaria a ter como resposta, porém, a 'clausura operativa' (a clausula operativa é que viabilizaria o conhecimento).

A complexidade não é uma operação; não é algo que um sistema execute nem que suceda nele, senão que é um conceito de observação e de descrição - incluída a auto-observação e a autodescrição. Devemos perguntar, então: qual é a forma deste conceito, qual é a distinção que o constitui? Essa única pergunta leva a uma cascada de reflexões que se conectam, porque o conceito de complexidade não é um conceito simples, senão um conceito à sua vez complexo e, portanto, construído de modo autológico.<sup>342</sup>

Um sistema é tido como complexo para um determinado observador quando não está nem totalmente desordenado, nem totalmente ordenado (*redundância e*

<sup>338</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 77. Traduziu-se.

<sup>339</sup> Idem, p. 80.

<sup>340</sup> Idem, p. 83.

<sup>341</sup> Idem, p. 84. Em p. 149, da mesma obra, ele diz: "As informações são sempre diferenças no tempo (internas ao sistema), é dizer, diferenças dos estados do sistema que resultam de combinar designações autorreferenciais e heterorreferenciais - mas sempre processadas no interior do sistema."

<sup>342</sup> Idem, p. 101. Traduziu-se.

*variedade*). A complexidade seria a unidade de uma multiplicidade,<sup>343</sup> impedindo o exame de todos os seus elementos ao mesmo tempo.

"A forma da complexidade é, então, a necessidade de manter uma relação somente seletiva entre os elementos ou, dito de outro modo, a organização seletiva da autopoiesis do sistema."<sup>344</sup>

A unidade do mundo seria o paradoxo.<sup>345</sup>

Repita-se: ao invés de tentar eliminar a aporia - como buscou Russell - Luhmann a incorpora como fundamento da sua teoria; concebe a própria sociedade como algo paradoxal, eis que constituída mediante a internalização da própria diferença que a cria (a diferença entre sistema e entorno, que passa a ser processada no interior da própria sociedade - não há como observá-la desde fora).

O observador poderia examinar o mundo; mas não poderia observar a sua própria observação, no exato momento em que observa (há pontos cegos, reitera-se). "Com isso parece se dissolver uma premissa que no velho mundo esteve pressuposta de maneira irrefletida. A saber, que o mundo seria o mesmo para todos os observadores e que poderia determinar-se mediante observação."<sup>346</sup>

Ele questiona se é possível o reconhecimento de um conceito normativo de racionalidade, tal como aquele proposto por Jürgen Habermas.<sup>347</sup>

Para Luhmann, uma concepção primitiva se desarticulária - isso é a suposição de uma natureza orientada a um *telus*, concebida como perfeição planejada por um arquiteto universal, a divindade! -, e que as pretensões de racionalidade teriam sido reduzidas a cada individualidade (não mais a racionalidade do mundo, mas apenas de cada *ego*).

Ele aduz, todavia, que o sistema excluiria uma explicação sobre o que se entende por racionalidade *per se*. Ele argumenta, porém, que apenas se distingue racionalidade ou irracionalidade, funções explícitas e funções ocultas/latentes.

Alega que Jürgen Habermas teria resgatado a antiga distinção entre racionalidade conforme aos fins e a racionalidade conforme valores, com eco na diferenciação entre a racionalidade estratégica e a razão comunicativa

---

<sup>343</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>344</sup> Idem, p. 103. Traduziu-se.

<sup>345</sup> Idem, p. 116.

<sup>346</sup> Idem, p. 116. Traduziu-se.

<sup>347</sup> Idem, p. 131.

(racionalidade monológica ou dialógica).<sup>348</sup> Luhmann reporta-se também à distinção entre racionalidade substancial e racionalidade procedimental.

Nesta situação podemos reagir, como sempre, com profundas abstrações. Seguindo o exame que aqui temos proposto, baseado na teoria das diferenças, então o problema da racionalidade consiste na questão da unidade das distinções utilizadas cada vez. A otimização da relação fins/meios, o consenso entre *ego/alter*, a racionalidade do acordo no sentido de Habermas, seriam apenas casos particulares de um princípio geral; também a teoria de sistemas como sua forma, com sua distinção sistema/entorno, pode inscrever uma pretensão de racionalidade.<sup>349</sup>

"A distinção é o ponto cego da observação e, precisamente por isso, o lugar da sua racionalidade."<sup>350</sup> O que é relevante para uma teoria da decisão: evidencia que há grande margem de mitologia, irracionalidade, idiossincrasias variadas, a influenciar a solução dos casos crimes.

Algo que, por sinal, já havia sido evidenciado pela psicanálise!

Uma saída cogitada como desenvolvimento do paradoxo pode ser apresentada com o conceito da 'reentrada da forma na forma' ou como 'reentrada da distinção naquilo por ela já distinguido'. Já que a forma-na-forma é e - ao mesmo tempo - não é a forma, trata-se de um paradoxo, mas um paradoxo desdobrado; porque agora podem ser promovidas distinções (nem todas apropriadas) cuja reentrada pode se interpretar. Um observador dessa re-entrada tem então a dupla possibilidade de descrever ao sistema tanto desde dentro (compreendendo sua autodescrição) como também desde fora; é dizer, pode assumir tanto um ponto de vista interno como externo. Compreende-se que não possa executar ambas as operações simultaneamente, porque para isso deveria utilizar a distinção interno/externo. Mas essa impossibilidade pode ser compensada mediante a possibilidade de observar a própria observação desde a outra posição respectiva.<sup>351</sup>

Enfatiza-se: o último sentido, a última interpretação, a última palavra não existem.<sup>352</sup> Daí, portanto, o carácter improvável da comunicação humana. "A informação é uma diferença que transforma o estado de um sistema, é dizer, produz uma diferença. Mas, por que precisamente uma determinada informação, e não outra, deve ser aquela que influenciará no sistema?"<sup>353</sup>

---

<sup>348</sup> Idem, p. 133.

<sup>349</sup> Idem, p. 135. Traduziu-se.

<sup>350</sup> Idem, ibidem. Traduziu-se.

<sup>351</sup> Idem, p. 137.

<sup>352</sup> Idem, p. 139.

<sup>353</sup> Idem, p. 145. Traduziu-se.

Os sistemas de comunicação se constituiriam mediante a distinção meio/forma - i.e., a distinção entre elementos acoplados de maneira frouxa ou maneira firme (empregando a classificação de Fritz Heider). As palavras podem ser acopladas de forma frouxa ou firme (i.e., em orações), à semelhança dos grãos de areia soltos ou jungidos na forma de uma pegada.

Com uma linguagem intrincada, ele diz que a sociedade seria um conjunto de ações (meio), de modo que a liberdade passa a ser o acoplamento firme das ações atribuídas às pessoas (formas).<sup>354</sup> As ações serviriam, porém, apenas para pontuar operações de comunicação (operações sempre bifrontes: toda ação também tem reações; o sentido da ação é constituído socialmente).

As sociedades que permitem um alto grau de liberdade terminam admitindo que o atuar já não está disponível para objetivos coletivos e termina (coisa que é paradoxal somente na aparência) em um Estado gigantesco, o qual, dada essa liberdade, necessita muito dinheiro para realizar seus programas. Acoplamento é um conceito que implica tempo. (...) Ao meio se afirma para depois afrouxá-lo. Sem meio não há forma, e sem forma não há meio, e esta diferença pode reproduzir-se continuamente no tempo.<sup>355</sup>

O meio circularia no sistema (p.ex., para Luhmann, os meios 'dinheiro', 'poder' etc.). Ao contrário de J. Habermas, ele sustenta que a pretensão de racionalidade não poderia ser incluída no próprio conceito de comunicação.<sup>356</sup> As formas apenas se conservariam com o uso da memória, escritura, livro impresso.

Ele emprega a luz como metáfora.

Não se vê a luz diretamente, mas sim as coisas que a refletem. De modo semelhante, não seriam as palavras que ganhariam sentido, mas apenas as frases que as empregam (conquanto, em determinados contextos, frases possam ser constituídas com poucas palavras).

Ele também trata dos meios de difusão e meios de consecução da informação, destacando a importância da imprensa para a difusão da informação entre ausentes.

Os meios de comunicação simbolicamente generalizados oferecem um novo modo de condicionamento e motivação. Fazem com que a

---

<sup>354</sup> Idem, p. 152. Veja-se também MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. **Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**, p. 34. LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**, p. 158.

<sup>355</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 152. Traduziu-se.

<sup>356</sup> Idem, p. 153.



comunicação - no seu âmbito respectivo, por exemplo na economia monetária ou no uso do poder dos cargos políticos - se sintonize a condições tais que elevam as expectativas de aceitação mesmo no caso de tratar-se de comunicações 'incômodas'. De tal sorte que alguém se desfaz de um bem ou presta um serviço quando (e somente quando) recebe por isso. De igual modo se obedecem as ordens estatais porque se ameaça com o emprego a força pública, e porque se sabe que dita ameaça está legitimada conforme ao direito na sociedade. Ao se institucionalizarem esses meios de comunicação simbolicamente generalizados, amplia-se o umbral do não rechaço da comunicação - recusa muito provável quando se impulsiona a comunicação a ir muito além do âmbito da interação entre presentes. Estes meios de consecução se tornam tão proeminentes na autodescrição cultural da sociedade que já não se recolherá informação sobre quanta comunicação não se obedece ou simplesmente se olvida. A sociedade então descreve a si mesma como se pudesse contar com um consenso totalmente assegurado através de princípios, códigos e programas - como se houvesse uma 'opinião pública'. O resto resta sem ser iluminado na forma de uma '*pluralistic ignorance*'.<sup>357</sup>

A comunicação entre interlocutores presentes - em uma conversa, por exemplo - estaria submetida a uma pressão maior pela persuasão do que uma conversa entre ausentes (por meio de escritos, p.ex.). Ou seja, a retórica, o tom de voz e outros elementos acabam ganhando muito peso.

"O meio fundamental da comunicação - o que garante a regular e contínua *autopoiesis* da sociedade - é a linguagem."<sup>358</sup> Há comunicação sem linguagem (gestos, p.ex.); todavia, Niklas Luhmann questiona se, caso não houvesse idioma, essa comunicação gestual seria mesmo possível. Ele alega que, nesse caso, a diferença entre informação e dá-la a conhecer não seria viável.

Os signos seriam formas (i.e., distinções marcadas).

Recorrendo a Saussure, N. Luhmann sustenta que os signos distinguiriam o significante, de um lado, do significado, de outro. Assevera, porém, que os signos cuidariam de operações repetíveis que não requereriam contato com o entorno. Não serviriam para representar estados de fato do mundo externo.

"A distinção significante/significado é muito mais uma distinção interna que não pressupõe a existência do significado no mundo exterior. Sua peculiaridade reside, para mais bem dizê-lo, em isolar essa distinção - com a qual se logra que a relação entre significante e significado permaneça estável independentemente do contexto no qual se emprega."<sup>359</sup>

Ao contrário de Habermas, portanto, Niklas Luhmann concentra a atenção

<sup>357</sup> Idem, p. 156. Traduziu-se.

<sup>358</sup> Idem, p. 157.

<sup>359</sup> Idem, p. 160.

no receptor da comunicação e não naquele que produz os atos de fala.<sup>360</sup>

Ademais, a linguagem oral teria uma forma peculiar: a distinção entre o som e o sentido. O som não seria idêntico ao sentido, mas justo por isso ele determinaria sobre que sentido se fala (demandando, porém, remissões a contextos, enquanto horizontes de possibilidades). É a linguagem que permite a noção de tempo: distinções entre passado, presente e futuro mediante flexão dos verbos.<sup>361</sup>

Ele emprega essa distinção (meio/forma) para compreender o próprio 'sentido', como se vê adiante:

O sentido é o *Medium* [veja-se forma/*Medium*] que permite a criação seletiva de todas as formas sociais e psíquicas. O sentido tem uma forma específica, cujos dois lados são realidade e possibilidade, ou também atualidade e potencialidade. O sentido é uma conquista evolutiva própria dos sistemas sociais e dos sistemas psíquicos: permite dar forma à autorreferência [veja-se autorreferência] e à construção da complexidade de tais sistemas [veja-se complexidade], portanto à toda diferença sistema/entorno.

Baseando-se na fenomenologia de Edmund Husserl, Luhmann afirma que o sentido é a premissa para a elaboração de toda experiência [veja-se atribuição]: se apresenta como excedente de referências de um dado experimentado a ulteriores possibilidades de experimentar. É a forma que ordena o experimentar determinando a referência a ulteriores possibilidades: apresentação simultânea do real (atual) e possível (potencial). Cada dado real se projeta contra um horizonte de outras possibilidades, e cada atualização sua potencializa outras possibilidades. Possível e real, potencial e atual aparecem sempre e somente juntos. O sentido se reproduz através de um experimentar que continuamente o atualiza, referindo-se a outras possibilidades que são potenciais. Esta definição fenomenológica pode inscrever-se em uma teoria dos sistemas, na qual o conceito de sentido se torne fundamental. O sentido se constitui somente nos sistemas sociais e sistemas psíquicos. Isto significa que experimentar e atuar o sentido com determinadas operações de um sistema social (comunicações) ou de um sistema psíquico (pensamentos). Em outros termos, o sentido dá forma à operação dos sistemas sociais e dos sistemas psíquicos: comunicações e pensamentos se realizam com base no sentido. Algo limitado é tema da comunicação ou centro da intenção psíquica, enquanto que o resto é horizonte potencial para comunicar ou pensar.<sup>362</sup>

Nada é, contudo, propriamente meio ou forma.

<sup>360</sup> Idem, p. 161.

<sup>361</sup> Idem, p. 165. Em sentido semelhante, leia-se COQUET, Jean-Claude. **A busca do sentido: a linguagem em questão**. Tradução de Dilson Ferreira Cruz. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 75-98. Cumpre ter em conta, porém, que essa contraposição entre falante e receptor - que parece reducionista - é superada no 'segundo' Wittgenstein, para quem a linguagem é um processo, é um jogo (e um jogo que não se joga sozinho!). WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 235-237; GLOCK, Hans-Johann. **Dicionário Wittgenstein**, p. 229; GEBAUER, Gunter. **O pensamento antropológico de Wittgenstein**. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2013, p. 91-106.

<sup>362</sup> CORSI, Giancarlo *et al.* *Op. cit.*, p. 146, traduziu-se.

Diz ele que "algo que opera como forma a respeito de um certo meio, pode se converter em meio para acolher outra forma".<sup>363</sup>

O relevante é atentar para o fato de que, segundo essa concepção, todo sentido relaciona-se com um conjunto imenso de possibilidades que ficam no horizonte, para empregar uma expressão fenomenológica de Edmund Husserl. "A informação reduz a complexidade na medida em que dá a conhecer uma seleção e, com isso, exclui possibilidades."<sup>364</sup>

O fenômeno do sentido aparece sob a forma de um excedente de referências a outras possibilidades de vivência e de ação. Algo está no foco, no centro da intenção, e o outro está indicado marginalmente como horizonte da atual e sucessiva vivência e ação. Tudo o que se intenta dessa maneira se mantém aberto ao mundo em seu conjunto e garante, por conseguinte, a atualidade do mundo sob a forma de acessibilidade. A remissão mesma se atualiza como ponto de vista da realidade, mas não somente inclui o real (o presumidamente real), senão também o possível (o real de forma condicionada) e o negativo (o irreal, o impossível). A totalidade de remissões que surgem do objeto provedor de sentido oferta mais possibilidades de fato do que as que podem realizar-se no movimento seguinte. Por conseguinte, a forma de sentido obriga no seguinte passo à seleção, devido à sua estrutura de remissão. Este curso inevitável da seleção forma parte da consciência do sentido e da comunicação nos sistemas sociais: a faticidade pura da realização atual da vida não confere a última segurança de enlace à consciência, nem tampouco à comunicação.

Mediante uma formulação um pouco diversa se pode dizer que o sentido dota à vivência ou à ação que se realizam na atualidade, de possibilidades redundantes. Com isso se compensa, por sua vez, a insegurança da seleção. A redundância tem uma função de segurança. Alguém pode permitir erros, sem que, com isso, se esgotem as possibilidades. Pode-se regressar ao ponto de partida e escolher outro caminho.<sup>365</sup>

Durante muito tempo, teria sido suposto uma espécie de parentesco oculto entre as palavras e as coisas.<sup>366</sup> Mas a linguagem apenas funcionaria ao se admitir que as palavras não são as coisas, apenas as assinalam (surgindo então a diferença entre a realidade 'real' e a realidade semiótica).

Isso não significaria, porém, que a realidade não exista *per se*, mas sim que apenas depois de constituída uma 'realidade semiótica' é que se lograria um ponto de observação para se constituir um mundo - enfatiza N. Luhmann.

<sup>363</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. *Op. cit.*, p. 36.

<sup>364</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**, p. 85. Traduziu-se.

<sup>365</sup> Idem, p. 78. Traduziu-se.

<sup>366</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 168. Compare-se com a já mencionada 'teoria pictórica' da linguagem do 'primeiro' Wittgenstein e também com a obra CASSIRER, Ernst. **Linguagem e mito**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1985.

Ele argumenta se filiar ao *linguistic turn*, com a substituição do sujeito transcendental pela linguagem. Para ele, isso se traduziria na substituição do sujeito transcendental pela comunicação (e, portanto, pela própria sociedade).<sup>367</sup> Como se verá adiante, porém, J. Habermas enfatiza que Luhmann ainda bebe na fonte da filosofia da consciência, simplesmente substituindo a relação 'sujeito-objeto' pela relação 'sistema-entorno'.

Mansilla e Nafarrete sustentam que, para Niklas Luhmann, a comunicação seria um processo de expansão, semelhante ao *big bang*. Começaria pequena, e iria se agrupando, diferenciando em setores maiores.<sup>368</sup> A comunicação acabaria por constituir uma realidade própria, escolhendo seus temas e seus interesses.

Ademais, ele também trata da importância da negação: "Mediante a negação é possível assinalar algo de tal forma que reste indeterminado do que se trata, na realidade. 'Nenhum ser humano no deserto' - deixa aberto que outras coisas possam existir no deserto e onde, de fato, se encontram os seres humanos e, por último, de que ser humano se trata depois de tudo."<sup>369</sup>

Esse tema pode ganhar relevo no âmbito da omissão (e da teoria negativa da ação penal) - eis que se focaliza justamente na negação de estados de coisas. Haveria, por outro lado, uma cobrança moral por sinceridade na comunicação (já que o seu processo dependeria da confiança). Mas nenhum mecanismo de comunicação poderia evidenciar essas premissas psicológicas - razão pela qual ele não concorda com a teoria da ação comunicativa, por exemplo.

Para ele, portanto, a comunicação linguística demandaria a distinção sim/não.<sup>370</sup> Em alguma medida, essa tese é compartilhada por Habermas - pretensão de aceitação ou de rechaço, pelo destinatário, do que foi dito pelo falante.

A imputação jurídica seria uma observação de segunda ordem:

Se um indivíduo - segundo o direito - não é culpável, lhe é atribuída esta falta de culpa independentemente do que haja feito, ou digam outras pessoas ou a moral. A culpabilidade ou não culpabilidade, então, é uma atribuição feita e decidida no interior de um subsistema especializado da sociedade. O direito é que decide o que é conforme ou desconforme ao direito.<sup>371</sup>

<sup>367</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 168.

<sup>368</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. **Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**, p. 28.

<sup>369</sup> LUHMANN, Niklas. **Op. cit.**, p. 171.

<sup>370</sup> Idem, p. 176.

<sup>371</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. **Op. cit.**, p. 27, traduziu-se.

Assim, fica nítido que, em Luhmann, o sistema - quase que endeusado! - não encontraria limites. O sistema criaria a sua própria realidade, de modo que nada impediria que o Direito determinasse que a gestante parisse em 05 meses!

A comunicação seria um fenômeno emergente, que não poderia ser reconduzido apenas às consciências dos falantes. Haveria irritações, mas não determinações (já que as consciências ficariam no entorno do sistema social): o conteúdo da comunicação não está predeterminado pelo pensamento - eis que equívocos de interpretação são correntes, e não deixam de ser comunicação!

Melhor dizendo, para Luhmann a comunicação não está orientada ao consenso. Parece tratar-se muito mais de um conjunto encadeado de atos (diferença entre informação e dar-a-conhecer), gerando uma realidade própria - mesmo quando fundada em equívocos ou distorções. Daí que ele não concorda com o 'ideal regulativo' das condições ideais de fala habermasianas, por exemplo.

O sociólogo alemão não se preocupa muito com o conteúdo dessas operações. Parece embevecido em detalhar o seu procedimento, muito mais do que a identificação de alguma substância subjacente. Parece ser uma teoria formalista!

Haveria interpenetração - i.e., acoplamento estrutural - entre sistemas psíquicos e a sociedade (conceito desenvolvido por Talcott Parsons, como visto). O sistema social e o sistema psíquico seriam mutuamente indispensáveis, mas um não seria elemento do outro, segundo o professor de Bielefeld.

Luhmann se opõe, portanto, à ontologia. Como visto ao início desse tópico, ele não trabalha a partir da ideia de ser, de causalidade, de finalidades últimas ou de organização do mundo. Quer entender as estruturas a partir de critérios de diferenciação: reconhece um papel central ao observador, quem efetivamente atribui sentido ao caos. "Um sistema é sua diferença com respeito ao entorno."<sup>372</sup> É, portanto, um construtivista radical: o sistema cria a realidade!

O observador é o bibliotecário da Babel, do Luis Borges! Apenas ele consegue definir critérios para que o caos ganhe sentido. Sem a observação, nada teria sentido... E isso é carregado, portanto, de ceticismo!

Por não ser ontológica, a teoria de sistemas não segmenta a realidade em partes estanques e bem delimitadas (sistema/entorno), dado que isso depende da

---

<sup>372</sup> LUHMANN *apud* MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. *Op. cit.*, p. 33.

observação. A operação de observar é o que viabiliza as diferenças. Mas Luhmann reconhece que as sociedades são sistemas auto-observadores (observam a si mesmas, ainda que não o façam completamente, eis que há pontos cegos).

Ele buscou, portanto, uma teoria geral da sociedade, ao invés de teorias de médio alcance (ver Ervin Goffman e Robert Merton<sup>373</sup>). Talcott Parsons não deixou espaço, na sua teoria da ação social, para a sua própria teorização - teorizar sobre a ação já seria uma ação! Essa autorreferência não teria tido o tratamento adequado na concepção parsoniana (e esse é o problema central para Luhmann, repita-se).<sup>374</sup>

Jürgen Habermas parte de uma teoria da ação.

Para ele, a questão gravitaria em torno de pretensões de validade, formuladas pelos falantes (pretensão<sup>375</sup> de verdade, correção normativa e autenticidade). Quanto à autenticidade, isso coloca em causa o acesso privilegiado a estados mentais, o que é criticado pelo segundo Wittgenstein.

Luhmann escora-se, ao contrário, em uma teoria da comunicação (e não da ação individual). "Desse modo, para Habermas é muito difícil aceitar a ideia de um sistema social autopoietico de comunicações, dotado de sentido intersubjetivo, mas que não pressupõe o sujeito."<sup>376</sup>

Segundo Luhmann, o professor de Frankfurt não teria dado um passo definitivo da ação para a comunicação, já que a sua análise teria um viés normativo (descreveria como a sociedade deveria ser, e não como ela realmente funcionaria).

Para Habermas, o comportamento comunicativo deveria ser consensual, sem coerção, orientado ao consenso etc. Em Luhmann, a comunicação não teria esse foco normativo: também estaria orientada a conflitos, disputas e dominação (não haveria um *telos* ótimo da comunicação).<sup>377</sup>

É o momento, portanto, de uma primeira avaliação.

Qual o relevo de tudo isso para a teoria da decisão judicial?

Do fartamente exposto até aqui, extraem-se as seguintes conclusões:

a) Luhmann concebe a sociedade como um sistema autopoietico - produz suas próprias estruturas a partir dos seus próprios elementos (i.e., os sistemas

<sup>373</sup> Robert Merton sustentava ser necessário a acumulação de pesquisas empíricas e teorias de médio alcance para, só então, se passar para uma teoria universal da sociedade, dada a sua grande complexidade.

<sup>374</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. **Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**, p. 42.

<sup>375</sup> Sobre o conceito de pretensão, leia-se GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método – I**, p. 184.

<sup>376</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. **Op. cit.**, p. 59.

<sup>377</sup> Idem, p. 69 e 72.

psíquicos, a natureza ficam no entorno);

b) O direito também é concebido como um sistema autopoietico, cercado de outros tantos sistemas (a política, a economia, a arte, a ciência, a moral);

c) O direito criaria a sua própria realidade – i.e., a comunicação jurídica - mediante um código (lícito/ilícito) e mediante programas (as normas);

d) Segundo ele, não haveria realidades ontológicas oponíveis ao direito - senão aquelas que o próprio direito viesse a 'inventar';

e) Nada impediria, pois, que o direito multiplicasse crimes, a partir de critérios de mera política criminal;

f) Nesse âmbito, a pergunta correta seria a graduação da pena oportuna/útil - conforme definida pelo próprio sistema jurídico! -, e não tanto uma pergunta metafísica por 'identidades' apriorísticas de ação;

g) O conceito de 'ação penal' seria uma ficção do sistema, apenas orientado a pontuar/imputar operações de comunicação social;

h) Toda ação penal teria também uma reação - i.e., a sua compreensão no âmbito do sistema jurídico. Os sentidos seriam produzidos justamente mediante essa avaliação social;

i) Haveria maior flexibilidade na criação/justificação de requisitos jurídicos - ao contrário de uma concepção finalista/ontológica;

j) O sistema social manteria uma interpenetração - i.e., um acoplamento estrutural - com os sistemas psíquicos do seu entorno (mediante a linguagem);

k) O sistema jurídico manteria uma interpenetração com o sistema político, por meio da Constituição (a Constituição 'irritaria' ambos os sistemas, proporcionando informações para a alteração do direito e da própria política);

l) Toda observação teria um ponto cego, de modo que a racionalidade absoluta seria impossível. Seria inviável o controle absoluto do intérprete!

m) Não haveria, portanto, como controlar totalmente a interpretação jurídica e a cominação de penas. Alguma margem de arbítrio seria ineludível.

Como diz Niklas Luhmann, ao se observar a conduta humana não se pode olvidar que se observa um ente que se autobserva.<sup>378</sup> É possível uma observação externa (objetiva) - à semelhança do método behaviorista - interessado apenas em movimentos corpóreos, salivação e secreções (cão de Pavlov).

---

<sup>378</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. XII.

Mas também é cabível uma observação que leve em conta o sentido que o agente atribui à sua própria ação. O que ele julga estar fazendo, qual o sentido que atribui a seu ato (interpretação fundada na intenção do agente - abstraídos os problemas probatórios quanto ao seu estado de ânimo). Por fim, também é viável uma interpretação externa (fundada no significado compartilhado socialmente quanto a determinados signos, gestos, emblemas etc).

Ao estudar um idioma estrangeiro, o sujeito pode empregar uma gíria chula pensando que se trata de um elogio. O caráter ofensivo depende muito mais da intenção com que a fala é empregada, de modo que o equívoco será compreensível e desculpável, feitas as devidas explicações.

O mesmo não pode ser dito caso empunhe uma suástica: o caráter ofensivo do símbolo é uma verdadeira coação externa, incontornável, dado o genocídio promovido pelos nazistas. Nesse caso, uma desculpa ao estilo 'eu não sabia!' terá chance menor de êxito e será muito menos crível.

De certo modo, a obra de N. Luhmann permite que essas questões sejam examinadas sob novos holofotes. Esse é um aspecto positivo e de grande relevo para essa tese, conquanto não se concorde com todas propostas luhmannianas.

Facilmente se constata, porém, que os penalistas de verniz luhmanniano tendem a construir grandes arquiteturas teóricas – Günther Jakobs, por exemplo -, empregando nomes complexos para designar as mesmas coisas antigas.

Não raras vezes, essa é a impressão predominante, como quando Jakobs sustenta que, no âmbito do concurso aparente, tudo se resumiria ao postulado da especialidade. Ato seguinte, porém, ele cria casos de sub-especialidade, gerando a sensação de que apenas está dando 'nomes diferentes para os mesmos bois'!

Em que pese a significativa complexidade da obra de Luhmann - como facilmente se constata do texto acima -, também é fato que não deixa de ser uma obra rica em *insights*. Ao mesmo tempo, todavia, ela enseja muitas preocupações, dado o risco de tecnocracia, de reificação do homem e de bio-tanatopolítica, como se evidenciará adiante.

### **3.2. Algumas notas sobre a teoria da ação comunicativa:**

A teoria da ação comunicativa é relevante para o estudo da decisão judicial, eis que J. Habermas desenvolve várias ferramentas para avaliação da racionalidade



dos valores coletivos, além de ofertar um conceito específico de ação social.

Como sabido, a teoria da ação comunicativa foi publicada em 1981 - obra que já havia sido anunciada por Jürgen Habermas cerca de 10 anos antes.<sup>379</sup>

A obra foi, certamente, concebida com o coroamento de todos os trabalhos até então realizados pelo autor. Seu alto grau de erudição e atualidade se reflete nas 33 páginas da bibliografia, reunindo quase 1000 títulos, incluindo artigos, teses, livros e ensaios das mais distintas áreas do saber, como filosofia, hermenêutica, linguística, sociologia, direito, ciência política, psicologia, sem mencionar os muitos trabalhos interdisciplinares no campo da filosofia da linguagem, psico- e sócio-linguística, etnomedologia, psicologia social e muitos outros. Ao mesmo tempo em que faz uma releitura dos clássicos da sociologia (Weber, Lukács, os Frankfurteanos, Mead, Durkheim e Parsons), Habermas apresenta ao leitor as mais recentes pesquisas e publicações, sobretudo do mundo intelectual anglo-saxônico.<sup>380</sup>

A teoria da ação comunicativa oferece os principais contornos, desse modo, da ambiciosa empreitada habermasiana.

A obra consolidou pesquisas promovidas ao longo dos 15 anos anteriores - como explicita Pere Fabra<sup>381</sup>-, orientando-se para uma meta tríplice: (a) desenvolver um novo conceito de racionalidade (a racionalidade comunicativa) - portanto, uma retomada do projeto iluminista; (b) evidenciar que a sociedade é composta em dois níveis - o 'mundo da vida' e o nível dos sistemas funcionais; e (c) desenvolver uma teoria crítica da modernidade.<sup>382</sup>

Promove-se o exame de apenas alguns tópicos dessa obra.

### 3.2.1. A busca de uma nova racionalidade:

J. Habermas coloca em causa a racionalidade das ações e das opiniões: questiona, portanto, a viabilidade de se estabelecer uma graduação de racionalidades (aferir quando uma atuação seria mais racional que outra).<sup>383</sup> Esse seria o tema fundamental da filosofia, a seu ver.

Com efeito, "A filosofia empenha-se desde o começo por explicar o mundo

<sup>379</sup> FREITAG, Barbara. **Dialogando com Jürgen Habermas**, p. 35.

<sup>380</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>381</sup> FABRA, Pere. **Habermas**, p. 39.

<sup>382</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>383</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo - 1**, p. 19. HABERMAS, Jürgen. **Obras escolhidas**: volume I. Fundamentação linguística da Sociologia. Tradução do alemão por Lumir Nahodil. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 26 e ss.

como um todo, mediante princípios encontráveis na razão, bem como a unidade da diversidade dos fenômenos.<sup>384</sup> Ele reconhece, porém, que atualmente não haveria como se defender uma visão totalizadora do mundo, uma visão omnicomprensiva.

Como já havia enfatizado Max Weber, as imagens sobre a realidade foram fragmentadas com a modernidade - o desencantamento do mundo! -, dando ensejo, porém, para o surgimento de consciências reflexivas. E essa capacidade reflexiva coloca em causa, por conseguinte, os limites da própria razão.

Para Habermas, a modernidade ensejou o surgimento dos pressupostos e condições de um discurso pragmático, i.e., a indicação dos requisitos formais para um comportamento deliberadamente racional.

Ele reconhece, pois, que as tentativas de se obter um fundamento *inconcussum* teriam fracassado (mas isso não o impede de buscar um novo critério de racionalidade, pois ainda aposta no projeto iluminista).

As ciências teriam renunciado à pretensão de descrição completa e acurada da realidade; Habermas concorda com Karl Popper quando o filósofo austríaco afirma que apenas teria remanescido um enfoque negativo (o falsificacionismo); apenas teria sobrado a adoção de uma concepção de verdades provisórias, no aguardo de eventuais refutações.

J. Habermas lamenta que as ciências tenham se convertido em saberes especializados, sem maior pretensão de descrever o todo. Ele argumenta que apenas a economia política teria mantido algum vínculo com a descrição da sociedade global (concorrendo, então, nesse afã, com teoria do direito natural).<sup>385</sup> A seu ver, a sociologia teria surgido como uma disciplina residual - ou seja, tendo como objeto os problemas rejeitados pela economia e pela ciência política.

No seu nascedouro, a sociologia teria sido estimulada pela necessidade de se refletir sobre os problemas de integração provocados pela forma capitalista de produção.<sup>386</sup> Ou seja, ela teria surgido como uma ciência da crise e da mudança social: a única ciência com alguma preocupação realmente holística.

[G]ostaria apenas de destacar que a investigação da comunidade e da cultura sociais não se deixam desacoplar do paradigma do mundo da vida e dos problemas básicos afetos à ciência social com tanta facilidade quanto a investigação dos sistemas parciais econômicos e políticos. Isso explica a ligação renitente entre sociologia e teoria da

---

<sup>384</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo - 1**, p. 19.

<sup>385</sup> Idem, p. 24.

<sup>386</sup> Idem, p. 25.

sociedade.<sup>387</sup>

Ele argumenta, por outro lado, que caberia à sociologia - muito mais do que à antropologia - o estudo da questão da racionalidade humana. "A sociologia nasce como teoria da sociedade burguesa,"<sup>388</sup> como a teoria destinada a explicar as razões pelas quais a divisão do trabalho teria ganhado tanta complexidade.

Para ele, esse seria o ponto de referência, no qual a questão da ação humana deveria ser ancorada. Ou melhor, haveria umnexo entre essa questão - i.e., o exame da racionalidade do agir humano -, e o problema metodológico (aferir se, e em que medida, a própria pesquisa sociológica seria viável e consistente).

Esse método fora concebido, a bem da verdade, por Max Weber.

Buscava-se, com isso, um conceito de ação racional - empregado então como um estalão de comparação -, a partir do qual as demais formas de ação humana poderiam ser compreendidas (como uma espécie de desvio frente a esse modelo padrão; de modo a se classificar culturas e formas de vida).

Para Max Weber, a ação racional ideal seria o 'agir instrumental, orientado a fins'. Mas Habermas busca ofertar um outro padrão de racionalidade: ele quer recuperar o papel dos valores para uma teoria social!

No âmbito da sociologia, esse tema se colocaria em três níveis: (i) plano metateórico - i.e., a seleção dos conceitos fundamentais da disciplina; (ii) plano metodológico - o exame da forma como os objetos simbólicos podem ser compreendidos e, por fim, (iii) no plano empírico - a viabilidade de se conceber a modernidade como o fruto de um processo específico de racionalização.<sup>389</sup>

Ele tem como objeto, pois, o exame do surgimento da compreensão moderna sobre o mundo e os nexos internos entre a teoria da racionalidade e a sociologia. Parte, para tanto, de uma conceituação provisória do que seria a racionalidade (desenvolvida no capítulo 1 do primeiro volume da TAC).

Ora, em Habermas, a racionalidade tem menos a ver com a posse do conhecimento do que com a forma como esse saber é justificado.<sup>390</sup> A racionalidade residiria no modo como o sujeito se relaciona com o mundo: racionais seriam as pessoas ou as proposições simbólicas (as desculpas, as promessas, as atitudes

---

<sup>387</sup> Idem, p. 27.

<sup>388</sup> Idem, ibidem.

<sup>389</sup> Idem, p. 28 e 148.

<sup>390</sup> Idem, p. 31.

etc.) que permitem justificativas perante críticas.<sup>391</sup>

### 3.2.2. Pretensões de verdade, retidão e sinceridade:

A atuação humana carregaria uma pretensão de verdade (quanto às asserções) ou pretensão de êxito (quanto às intervenções no mundo). A verdade das asserções trata da descrição de estados de coisas;<sup>392</sup> enquanto a racionalidade envolve a capacidade de ofertar fundamentos para uma ação, diante de críticas.<sup>393</sup> O sujeito deve ser capaz de justificar sua ação.

A exteriorização cumpre os pressupostos de racionalidade à medida que concretiza o saber falível: com isso, ela faz referência ao mundo objetivo, ou seja, mantém relação com os fatos e permanece acessível a um julgamento objetivo. Um julgamento pode ser objetivo quando emitido com base numa pretensão transubjetiva de validade que tenha o mesmo significado para quaisquer observadores e destinatários, assim como para o próprio sujeito que age.<sup>394</sup>

Quanto maior a qualidade da fundamentação da asserção ou da intervenção empírica, tanto mais racional será a ação respectiva. Ele reconhece, porém, os pontos frágeis da sua argumentação, dado ser muito abstrata e, ao mesmo tempo, também muito restrita (a sociedade reconhece que algumas ações seriam racionais mesmo quando não atendem suficientemente esse requisito de fundamentação).

De toda sorte, tem-se aqui algo importante para uma teoria da decisão judicial. Afinal de contas, supõe-se que a sentença deve ser projeção da racionalidade jurídica! A sua racionalidade deve ser medida por força das justificativas ofertadas para as opções empreendidas pelo magistrado.

Ele contrapõe, por outro lado, a racionalidade das asserções - enunciados

---

<sup>391</sup> "Em suma, um indivíduo é considerado racional se: a. usa conhecimento que seja eficaz para a ação, b. segue normas generalizáveis, c. é capaz de chegar a um juízo estético e d. é capaz de *autorreflexão*. Essa última condição é o que permite a alguém avaliar suas condições subjetivas e enxergar 'através das limitações irracionais a que suas expressões cognitivas, moral-práticas e estético-práticas estão submetidas.' A situação terapêutica serve de modelo para a argumentação que busca eliminar o autoengano: o terapeuta procura mostrar ao paciente as maneiras como este se ilude sobre as suas verdadeiras experiências subjetivas. Como se trata de uma situação assimétrica entre médico e paciente, as condições para um discurso argumentativo não estão presentes neste caso. Assim, a eliminação do autoengano não corresponde a uma forma de discurso, mas sim a uma forma de crítica, ou seja, uma crítica terapêutica." ANDREWS, Christina W. **Emancipação e legitimidade**: uma introdução à obra de Jürgen Habermas. São Paulo: Unifesp, 2011, p. 25.

<sup>392</sup> Idem, p. 33.

<sup>393</sup> Idem, p. 34.

<sup>394</sup> Idem, ibidem.

com a pretensão de relatar um estado de coisas no mundo - e a racionalidade das intervenções empíricas (atuações promovidas com o fim de se obter um estado de coisas - modificação do mundo). A isso tudo ele acrescenta a ideia de racionalidade comunicativa (orientada ao consenso e apenas ao consenso!).

Uma asserção pode ser designada racional somente quando o falante satisfaz a condição necessária para que se alcance um fim ilocucionário, qual seja: chegar a um entendimento mútuo sobre alguma coisa do mundo com pelo menos mais um participante da comunicação; a ação orientada para um fim, por sua vez, só pode ser designada racional quando o ator satisfaz as condições necessárias para a realização da intenção de intervir no mundo de forma bem-sucedida.<sup>395</sup>

Ele tem ciência, porém, que as tentativas podem fracassar: o consenso pode não surgir; a intervenção no mundo pode falhar. Não obstante, mesmo as tentativas fracassadas seriam racionais, desde que suscetíveis de fundamentação.<sup>396</sup>

Habermas lança objeções, ademais, ao modelo behaviorista (Burrhus F. Skinner, John B. Watson), fundado no paradigma estímulo/resposta: "De acordo com esse modelo, as ações racionais têm fundamentalmente o caráter de estados de coisas (*Sachverhalte*) orientados para um fim e presentes no sucesso de intervenções feitas de maneira controlada sobre o mundo."<sup>397</sup>

Essa concepção behaviorista limita-se à ação teleológica e concebe o humano como se fosse um autômato. Habermas afirma que haveria 'semiações', i.e., "Reações comportamentais de um organismo incitado por estímulos e mudanças em estados de um sistema autorregulado."<sup>398</sup> Importa dizer: reações ainda destituídas do conteúdo simbólico.

O conceito de 'semiações' é importante, eis que ganha vínculo com a teoria da ação no Direito Penal. Ele imagina, destarte, que alguma enervação seria importante para o seu conceito de ação comunicativa. Ele não limita a ação apenas ao significado da atividade humana, exigindo um mínimo de movimento físico.

Ademais, ele também argumenta - com anteparo na fenomenologia de Alfred Schütz - que a ideia de 'mundo da vida' não seria falsificável. Esse conceito não preencheria os requisitos desenvolvidos por Karl Popper para que uma asserção

---

<sup>395</sup> Idem, p. 37.

<sup>396</sup> Idem, ibidem.

<sup>397</sup> Idem, p. 38.

<sup>398</sup> Idem, p. 39.

seja tida como científica (recaindo em mero 'verificacionismo').

Ainda assim, esse 'mundo da vida' deveria ser presumido como existente, porquanto retrataria o pano de fundo no qual a cultura se desenvolveria. Ele critica, ademais, a tentativa da tradição empirista – o já mencionado behaviorismo, p.ex. – por limitar a racionalidade apenas à razão calculadora instrumental (i.e., por supor como racionais apenas as intervenções eficientes no mundo ou as descrições consistentes de estado de coisas).

Ao contrário, Habermas busca justamente um conceito de racionalidade que permita avaliar opções valorativas alheias. Ele busca um critério para se comparar culturas e distintas formas de vida. E isso é muito difícil, como sabido.

Daí que, no fundo, ele na verdade retoma o projeto de Max Weber, e sua distinção entre ação orientada a fins e ação orientada a valores. Vale a pena atentar, pois, para a noção de 'imputabilidade', nos quadros da teoria da ação comunicativa:

Em contextos de ação comunicativa, só pode ser considerada imputável a pessoa que, como participante de uma comunidade de comunicação, seja capaz de orientar seu agir segundo pretensões de validade intersubjetivamente reconhecidas. Aos diferentes conceitos de imputabilidade podem ser associados diferentes conceitos de autonomia. Uma maior medida de racionalidade cognitivamente instrumental proporciona uma maior independência em relação a limitações que o mundo circundante e contingentes impõe à autoafirmação de sujeitos que agem orientados para um fim. Racionalidade comunicativa em maior medida, por sua vez, amplia no interior de uma comunidade de comunicação o espaço de ação estratégica para a coordenação não coativa de ações e a superação consensual de conflitos de ação (desde que estes remontem à dissonâncias cognitivas, em sentido estrito).<sup>399</sup>

Para Habermas, o emprego de asserções fundamentadas e a realização de ações eficientes são sinais de racionalidade. Racionais são os sujeitos capazes de agir e capazes de falar - pessoas que geralmente não se enganam sobre o mundo socialmente compartilhado.

Por outro lado, a racionalidade não se resume apenas aos atos de fala assertóricos ou às atuações eficientes.

Em contextos de comunicação, não chamamos de racional apenas quem faz uma asserção e é capaz de fundamentá-la diante de um crítico, tratando de apresentar as evidências devidas. Também é assim chamado de racional quem segue uma norma vigente e se mostra capaz de justificar seu agir em face de um crítico, tratando de explicar uma situação dada à luz de expectativas comportamentais legítimas. E

---

<sup>399</sup> Idem, p. 43.

é chamado de racional até mesmo quem exterioriza de maneira sincera um desejo, um sentimento ou um estado de espírito, quem revela um segredo, admite ter cometido um ato qualquer etc., e então se mostra capaz de dar a um crítico a certeza dessa vivência relevada, tratando de tirar consequências práticas disso e comportar-se a partir dali de maneira consistente.<sup>400</sup>

### 3.2.3. Teoria dos mundos desenvolvida por Karl Popper:

Habermas retoma a teoria de conjuntos desenvolvida por Karl Popper, com a segmentação da realidade em três grandes grupos: (a) o mundo da realidade empírica - i.e., o mundo dos fatos; (b) mundo das enteléquias - i.e., o mundo da lógica, dos construtos matemáticos e (c) o mundo subjetivo - que trata tanto da relação do sujeito consigo (ética) e da intersubjetividade (moral, direito).

Podemos distinguir os três mundos ou universos a seguir: primeiro, o mundo dos objetos físicos ou dos estados físicos; em segundo lugar, o mundo dos estados de consciência ou dos estados espirituais, ou talvez o mundo das disposições comportamentais para a ação; e, terceiro, o mundo dos conteúdos objetivos do pensamento, principalmente dos pensamentos científicos e poéticos e das obras de arte.<sup>401</sup>

Como já mencionado, o mundo objetivo é o conjunto de fatos.

Ele consiste em enunciados sobre estado de coisas que possam ser constatados como verdadeiros (i.e., correspondentes à realidade, teoria da *adequatio intellectus ad rem*). Já o mundo social é "soma de todas as relações interpessoais, reconhecidas como legítimas pelos envolvidos."<sup>402</sup> O mundo subjetivo é, por seu turno, a "soma das respectivas vivências às quais um só indivíduo tem acesso privilegiado."<sup>403</sup>

Popper também havia incluído, no terceiro dos mundos, as teorias ainda não descobertas (algo que lembra o 'mundo das ideias' de Platão).

Quanto ao mundo objetivo, trata-se de uma concepção empirista pela qual o

<sup>400</sup> Idem, p. 44.

<sup>401</sup> POPPER, K.R. *apud* HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 149.

<sup>402</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 108.

<sup>403</sup> Idem, *ibidem*. Ludwig Wittgenstein e o funcionalista Gilbert Ryle criticam esse cartesianismo: enfatizam que não haveria uma 'linguagem privada' ou um 'acesso' privilegiado. Tanto por isso, questões afetas à pretensa sinceridade do falante escapariam de qualquer exame, já que apenas interessariam – segundo essa ótica – os sintomas externos (manifestações públicas de dor, p.ex.). A respeito do tema, leia-se BAUM, William M. **Compreender o behaviorismo**: comportamento, cultura e evolução. 2. ed. Tradução de Maria Teresa Araújo Silva. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 126-129.

sujeito se depara com o real, recebendo impressões pelos sentidos e interferindo por meio das suas ações.<sup>404</sup> Supõe-se, com isso, uma espécie de primado da realidade objetiva frente ao sujeito; Karl Popper concebe todos os três mundos de forma objetiva (ou seja, não construtivista).

Por outro lado, para o filósofo austríaco, as entidades do terceiro mundo (lógica, p.ex.) não poderiam ser reduzidas a meros estados mentais, como se fossem formas de expressão do espírito subjetivo (não podem ser reduzidas às categorias do segundo mundo). Ele não aceita uma concepção psicologista do espírito objetivo, tanto quanto a concepção empirista do espírito subjetivo.<sup>405</sup>



**Figura 2: Mundos de Karl Popper**

Atente-se para a conceituação de 'mundo', no âmbito da mencionada teoria de conjuntos popperiana:

O mundo é considerado a totalidade do que o caso é; e o que é o caso pode ser constatado sob a forma de proposições verdadeiras. Partindo desse conceito geral de mundo, Popper especifica os conceitos do primeiro, segundo e terceiro mundos com base na maneira pela qual os estados de coisas existem. As entidades, segundo sua concernência a um dos três mundos, têm seu modo específico de ser: trata-se de objetos físicos e acontecimentos; estados mentais e episódios interiores; e teores de significado de estruturas simbólicas.<sup>406</sup>

Na verdade, a expressão 'mundo' subjetivo só se justifica quando se trata, também nesse caso, de uma concepção abstrata que delimita para cada envolvido, sob a forma de pressuposições em comum, um campo de traços não comuns em face dos mundos objetivo e social. O conceito de mundo subjetivo tem um *status* semelhante ao de seus conceitos complementares. Isso também se nota pelo fato de podermos analisar essa concepção recorrendo a uma nova atitude básica e a uma nova pretensão de validade.<sup>407</sup>

<sup>404</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 150.

<sup>405</sup> Idem, p. 153.

<sup>406</sup> Idem, p. 151.

<sup>407</sup> Idem, p. 108.



Habermas discorre sobre a atitude expressiva do sujeito - a atitude de revelar seu pensamento, seus sentimentos e os seus desejos -, ao contrário da disposição do agente que apenas observa ou manuseia objetos. Além disso, ele destaca também a atitude conforme (ou desconforme) a normas.<sup>408</sup>

Cada um desses 'mundos' admite uma específica pretensão de verdade.

No âmbito do mundo dos fatos, trata-se da pretensão à verdade enquanto correspondência (descrição de um estado de coisas existente) ou como eficácia (intervenção eficiente para a obtenção de um futuro estado de coisas).

No âmbito do mundo da lógica, tratar-se-ia da consistência interna (não contradição entre as premissas e as inferências). Por fim, no âmbito do terceiro mundo, haveria duas espécies de pretensão: (a) a pretensão à autenticidade - no que toca à manifestação da subjetividade (a arte; as juras de amor etc.); e (b) a pretensão à correção normativa - no que toca ao Direito e à moral.<sup>409</sup>

Todas essas pretensões poderiam ser racionalizadas, i.e., poderiam ser devidamente fundamentadas, com argumentos, diante de um interlocutor. Ou melhor, a argumentação envolve pretensões de autenticidade (sinceridade), verdade (correspondência) e correção normativa (retidão).

Note-se que o Direito também parece admitir essa divisão.

Há teorias positivistas - que reduzem o jurídico a um conjunto de fatos (o Direito seria o mesmo que o conjunto das decisões judiciais tomadas) -; há concepções axiomáticas/idealistas (e o conceito de crime desenvolvido por Carrara é um bom exemplo, como já foi referido acima) -, e essencialmente há questões valorativas, espalhadas por toda a ciência jurídica.

Ora, essa distribuição da realidade em conjuntos - tese desenvolvida por Popper em 1967<sup>410</sup> - é de fundamental importância para Habermas. Ele a emprega a fim de evidenciar não só as distintas pretensões de verdade, mas também as diversas formas de atuação humana (ação teleológica, dramatúrgica etc.).

Por outro lado, como facilmente se percebe, essa distinção em mundos guarda certo paralelo com a classificação dos atos de fala, promovida por John

---

<sup>408</sup> Idem, p. 109.

<sup>409</sup> Idem, p. 45.

<sup>410</sup> A respeito dessa distribuição da realidade em distintos grupos, leia-se POPPER, Karl. Epistemologia sem um sujeito conhecedor *in* POPPER, Karl. **Conhecimento objetivo**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999, p. 108-150.

Austin: atos locucionários, elocucionários e perlocucionários.<sup>411</sup>

Gostar de lama, pelo sabor lama, é algo irracional.

Gostar, porém, de tomar banho de lama por pretensamente fazer bem para a pele é algo tido como razoável, frente ao mencionados pressupostos. Os demais integrantes da sociedade deveriam ser capazes de reconhecer no uso de algumas expressões (temperado, horrível, feio etc) reações que eles próprios teriam diante de situações semelhantes. Na base da racionalidade, para J. Habermas, encontrar-se-ia um consenso mínimo.<sup>412</sup>

Produzir roupas para cachorros seria considerado sinal de esquizofrenia há uns 10 anos. Hoje em dia, há lojas especializadas em vender artigos para animais domésticos! Como avaliar a racionalidade de uma cultura?

Note-se que essa pergunta é importantíssima. E isso porque, não raras vezes, a tradição é iníqua! Basta recordar que já foi suposta como válida a escravidão de outros seres humanos, um costume ignominioso. Mantemos pessoas em calabouços féticos, e chamamos isso de justiça...

Ou seja, é justamente pela necessidade de se avaliar a própria cultura - dizendo quando ela é irracional e injusta -, que essas pretensões habermasianas ganham imensa importância.

### 3.2.4. Teoria da argumentação habermasiana:

Segundo o professor de Frankfurt, um acordo deve sustentar-se sobre razões; daí ser necessária uma teoria da argumentação que explicita a obtenção do consenso em um contexto de pretensões universais de validade.

Denominamos argumentação o tipo de discurso em que os participantes tematizam pretensões de validade controversas e procuram resolvê-las ou criticá-las com argumentos. Um argumento contém razões que se ligam sistematicamente à pretensão de validade de uma exteriorização problemática. A 'força' de um argumento mede-se, em um dado contexto, pela acuidade das razões; esta se revela, entre outras coisas, pelo fato de o argumento convencer ou não os participantes de um discurso, ou seja, de o argumento ser capaz de motivá-los, ou não, a dar assentimento à respectiva pretensão de validade.<sup>413</sup>

<sup>411</sup> AUSTIN, John. **How to do things with words**. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1975.

<sup>412</sup> HABERMAS, J. *Op. cit.*, p. 47.

<sup>413</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo - 1**, p. 48.

Ora, a capacidade de fundamentar os atos de fala corresponde à disposição do falante a sofrer críticas; ou melhor: o fato de estar disposto a participar de argumentações, se necessário (apresentando justificativas para suas alegações).<sup>414</sup>

Denominamos racional uma pessoa que, no campo cognitivo-instrumental, age de maneira eficiente e exterioriza opiniões fundamentadas; contudo, essa racionalidade continua sendo apenas casual quando não se liga à capacidade de aprender a partir de fracassos, a partir da refutação de hipóteses e do insucesso de algumas intervenções.<sup>415</sup>

J. Habermas retoma, pois, a distinção kantiana entre razão teórica e razão prática e também a correspondente distinção entre as ciências do espírito e as ciências da natureza (já teorizadas por Rickert).

O âmbito do discurso prático está orientado à coordenação de ações – de modo que a racionalidade passa a ser aferida pelo confronto com os contextos normativos vigentes.<sup>416</sup> Ele reformula, por outro lado, o postulado da universalidade normativa, desenvolvido por Kant:

Na sua esfera de validade, as normas de ação, tendo em vista uma matéria a ser regulada, surgem com a pretensão de exteriorizar um interesse comum a todos os atingidos. Por isso, elas pretendem merecer um reconhecimento geral, o que equivale a afirmar que, sob condições que neutralizam todos os motivos, com exceção da busca cooperativa da verdade, as normas válidas devem estar em condições de encontrar o assentimento racional de todos os atingidos.<sup>417</sup>

Ele desafia o intérprete a testar não apenas a conformidade factual de uma ação às normas, ou a validade fáctica de uma norma, mas a própria correção dessa norma. E o intérprete pode aceitar o desafio, ou então refutá-lo como insensato, a partir de um posicionamento de ceticismo em relação a valores.<sup>418</sup>

Na sua Teoria da Ação Comunicativa, Jürgen Habermas acolhe uma concepção cognitiva - i.e., supõe que questões valorativas possam ser apreciadas com o emprego de argumentos. A seu ver, os valores não seriam algo

---

<sup>414</sup> Idem, p. 49.

<sup>415</sup> Idem, p. 48.

<sup>416</sup> Idem, p. 49. Compare-se com GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 49-57.

<sup>417</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo - 1**, p. 50.

<sup>418</sup> Idem, p. 200.

absolutamente irracional, sentimental ou algo meramente emotivo.<sup>419</sup>

Recorde-se que a Escola de Kiel supunha justamente o contrário.

Ela imaginava que os valores seriam fruto de mero gosto; e, por conseguinte, as decisões judiciais não admitiriam comparação entre si ou qualquer controle mais efetivo. Limitavam-se a pregar certo intuicionismo moral e, por conseguinte, uma delegação para que juízes decidissem os casos ao seu líbito.

Ora, para Habermas poder-se-ia falar em racionalidade no âmbito de valores. Nesse aspecto, racional seria aquele que emprega uma postura reflexiva, meditativa, confrontando sua atuação com regras gerais de agir (uma concepção kantiana). Ele distingue, ademais, valores e normas - eis que os primeiros não implicariam, necessariamente, uma pretensão de concordância geral, na cultura.<sup>420</sup>

Também seria racional a crítica estética, enquanto exame da adequação de padrões valorativos. A manifestação da própria subjetividade igualmente poderia ser graduada em termos de racionalidade, como revelaria a psicoterapia.

Para Habermas, a tentativa de autoconhecimento seria racional.<sup>421</sup>

Ele diz, porém, que "Exteriorizações expressivas só podem ser medidas de acordo com sua veracidade no contexto de uma comunicação que intenta chegar ao entendimento."<sup>422</sup> Também diz que "Quem se engana sistematicamente sobre si mesmo comporta-se de maneira irracional."<sup>423</sup>

Podemos resumir assim nossas reflexões: entendemos a racionalidade como uma disposição de sujeitos capazes de falar e agir. Ela se exterioriza nos modos de comportamentos para os quais, a cada caso, subsistem boas razões. Isso significa que exteriorizações racionais são acessíveis a um julgamento objetivo - o que vale para todas as exteriorizações simbólicas que estejam ligadas ao menos implicitamente a pretensões de validade (ou a pretensões que mantenham uma relação interna com uma pretensão de validade passível de crítica). Toda a checagem explícita de pretensões de validade controversas demanda uma forma ambiciosa e precisa de comunicação que confira os pressupostos da argumentação.<sup>424</sup>

Segue, ademais, a sua síntese sobre as espécies de argumentação:

---

<sup>419</sup> Idem, p. 51.

<sup>420</sup> Idem, p. 52.

<sup>421</sup> Idem, p. 54.

<sup>422</sup> Idem, ibidem.

<sup>423</sup> Idem, p. 54.

<sup>424</sup> Idem, p. 57.

		grandezas referenciais <sup>425</sup>	
		exteriorizações problemáticas	pretensões de validade controversas
formas de argumentação	discurso teórico	cognitivo instrumental	verdade de proposições; eficiência de ações teleológicas
	discurso prático	moral-práticas	correção das normas de ação
	crítica estética	avaliativas	adequação de padrões valorativos
	crítica terapêutica	expressivas	veracidade de expressões
	discurso explicativo	-----	compreensibilidade ou boa formulação de construtos simbólicos

Para ele ganha significativo peso, destarte, a teoria da argumentação.

Ora, "A lógica a argumentação - ao contrário da lógica formal - não se refere a concatenações de raciocínio entre unidades semânticas (proposições), mas entre unidades pragmáticas (ações de fala) das quais os argumentos se compõem."<sup>426</sup>

Ele atribui ênfase, nesse âmbito, à lógica informal desenvolvida por S. Toulmin e Douglas Walton:<sup>427</sup> "Como se podem sustentar com boas razões as pretensões de validade que se tornarem problemáticas? Como criticar as razões? O que torna alguns argumentos mais fortes ou mais fracos que outros (e com eles as razões referidas de maneira relevante a pretensões de validade)?"<sup>428</sup>

Ele distingue três aspectos fundamentais: (a) a argumentação como processo - ou seja, os falantes devem pressupor uma certa simetria, destituída de coação, exceto a coação do melhor argumento.<sup>429</sup>

A questão que se coloca, porém, é a seguinte: como reconhecer o melhor argumento? Na sua teoria da ação comunicativa, Habermas não oferta uma resposta explícita para esse problema.

Ainda segundo Jürgen Habermas, "Sob esse aspecto, pode-se conceber a argumentação como um *prosseguimento reflexivamente direcionado do agir que se orienta por outros meios ao entendimento*."<sup>430</sup>

A argumentação consistiria em uma espécie de interação humana especialmente regulamentada, pela qual os falantes tematizam pretensões de

<sup>425</sup> Idem, ibidem.

<sup>426</sup> Idem, p. 58.

<sup>427</sup> TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento**. 2. ed. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006. WALTON, Douglas N. **Lógica informal**. 2. ed. Tradução de Ana Lúcia R. Franco e Carlos A. L. Salum. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

<sup>428</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo - 1**, p. 60.

<sup>429</sup> Idem, p. 61.

<sup>430</sup> Idem, ibidem. Os itálicos são do autor.

validade problemáticas; assumem posições contrafáticas (i.e., hipotéticas); conferem mediante razões (e apenas mediante razões) se a pretensão tem densidade e, por fim, buscam certa objetividade (pode ser levada em conta a partir de um terceiro ponto de vista).<sup>431</sup>

Segundo Stephen Edelston Toulmin, um argumento compor-se-ia de uma parte problemática (a pretensão de validade - *conclusion*), o fundamento (*ground*) com que essa pretensão poderia ser justificada e a garantia (*warrant*) com a ajuda de uma regra (um princípio, uma lei, um precedente etc.).<sup>432</sup>

O discurso é um processo, permitindo a correção de rumos - apresentação de novos argumentos. Racionalidade exige crítica, refutação, debate.

J. Habermas tem em conta, pois, os três aspectos da argumentação: a retórica, a dialética e a lógica. A retórica ocupa-se da argumentação enquanto processo; a dialética cuida do aspecto pragmático e a lógica dos seus produtos.<sup>433</sup>

Ele busca, pois, um construto regulativo - o que chama de 'situação ideal de fala' -, em que se conjeture um contexto de igualdade entre os falantes, "especialmente imunizada contra repressão,"<sup>434</sup> a fim de que prevaleça o melhor argumento apenas por força da sua qualidade intrínseca (sem argumentos de autoridade, sem coação e sem interesses oblíquos que não o entendimento).

Trata-se, pois, de resgatar a figura do 'auditório universal' desenvolvida inicialmente por Charles S. Peirce, metáfora acolhida por Chaïm Perelman e Olbrechts-Tyteca:

Sob aspecto processual, a intuição fundamental que vinculamos à argumentação pode caracterizar-se em primeiro lugar por meio da intenção de convencer um auditório universal e de obter concordância geral em face de uma exteriorização; sob o aspecto procedimental, por meio da intenção de pôr fim à controvérsia em torno das pretensões de validade hipotéticas, mediante um comum acordo racionalmente motivado; e sob o aspecto do produto, por meio da intenção de fundamentar ou resgatar uma pretensão de validade pelo uso de argumentos.<sup>435</sup>

<sup>431</sup> Idem, p. 61.

<sup>432</sup> Idem, p. 62.

<sup>433</sup> Idem, ibidem.

<sup>434</sup> Idem, p. 63. Ainda segundo Habermas, "Chamo ideal a uma situação de fala na qual as comunicações não podem ser obstruídas pelos influxos contingentes externos, muito menos pelas coações, derivadas da própria estrutura da comunicação. A situação ideal de fala exclui as distorções sistemáticas da comunicação. A estrutura da comunicação deixa de gerar coações somente se é dada, para todos os participantes no discurso, uma distribuição simétrica das oportunidades de eleger e executar atos de fala." HABERMAS *apud* PIZZI, Jovino. **O conteúdo moral do agir comunicativo: uma análise sobre os limites do procedimentalismo**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005, p. 147.

<sup>435</sup> HABERMAS, J. **Teoria do agir comunicativo -1**, p. 63.

Essa ideia de um 'auditório universal' funciona como uma garantia de objetividade mínima para o discurso. A verdade é concebida como uma construção coletiva - algo próximo do romance em cadeia de que fala Dworkin. Isso não se traduz, porém, na suposição de que não haja critérios alheios à própria cultura.

Habermas não advoga um relativismo extremado.

Daí que ele formule críticas contra a tese de Wolfgang Klein.

Ora, W. Klein refutou as teses de S. Toulmin, Perelman e de Olbrechts-Tyteca, dizendo que eles não teriam descrito com as pessoas realmente argumentam na prática: esse auditório universal certamente não seria um auditório de pessoas reais.<sup>436</sup> Segundo Klein, "Em uma argumentação, com ajuda do que é coletivamente vigente, tenta-se transformar algo coletivamente questionável em algo coletivamente vigente."<sup>437</sup>

Com isso, Klein olvidou um tema central.

Wolfgang Klein desconsiderou a tentativa de convencimento do interlocutor. "A descrição de Klein neutraliza todos os parâmetros que possibilitariam uma valoração da racionalidade das razões; ela proíbe ao teórico ter uma perspectiva interna a partir da qual pudesse adotar alguns parâmetros de julgamento."<sup>438</sup>

Ou seja, bastaria o argumento de autoridade para a avaliação de um discurso (eis que apenas a referência a um auditório universal permitiria a objetividade necessária à avaliação de argumentos).

Em Wolfgang Klein, a validade se confundiria com a mera aquiescência.

Para ele, não haveria como confrontar culturas; não haveria como estabelecer uma graduação de racionalidades (isso porque, para Klein, a própria ideia de 'racionalidade' seria uma invenção da cultura ocidental, não podendo ser aplicada aos Azandes, p.ex.).

Ora, "é inevitável haver consequências relativistas quando se toma o que é coletivamente vigente apenas como fato social, isto é, quando não se concebe uma relação interna com a racionalidade das razões que fundamentam o que tem vigência coletiva."<sup>439</sup> E essa consequência relativista seria inaceitável.

Habermas argumenta, por sinal, que haveria uma contradição performática

---

<sup>436</sup> Idem, p. 65.

<sup>437</sup> Idem, ibidem.

<sup>438</sup> Idem, p. 66.

<sup>439</sup> Idem, p. 67.

na tese de Wolfgang Klein - para quem a validade se confundiria com a mera aceitação coletiva dos falantes envolvidos -, eis que o próprio Klein teria discursado com uma pretensão de verdade universal (sua descrição do que seria a validade de um discurso, p.ex., carregaria essa pretensão universalista, o que nega aos demais).

Klein supõe ser possível uma investigação que identifique nexos entre a validade e regularidades empíricas,<sup>440</sup> gerando erros categoriais e contradições insanáveis – porquanto ele imagina que a argumentação seja uma espécie de 'lei natural' (reiteraões nomológicas), ao invés de um pressuposto normativo.

Essa discussão, equacionada por J. Habermas, é parecida com o anterior debate sobre a natureza da lógica - tema enfrentado por Edmund Husserl e Gottlob Frege. A lógica seria a mera descrição da forma como o cérebro humano processa informações, ou seria, ao contrário, uma lei aplicável ao mundo?<sup>441</sup> Caso se imagine que a lógica é apenas algo humano, a verdade não existe!

Para o professor de Frankfurt, a questão é normativa.

Ela não poderia ser limitada apenas aos processos de comunicação, sem atentar para as pretensões de verdade que estariam na base do discurso. E tais pretensões demandam uma noção mínima de imparcialidade; e a alusão a um auditório de filósofos cumpriria essa função.

Daí que J. Habermas sustente que a concepção de Toulmin - criticada por Wolfgang Klein - seria superior à teoria deste último, dado que não se limitaria a uma mera descrição da forma como, cotidianamente, as pessoas argumentam.

S. Toulmin carrega uma pretensão normativa (de evidenciar os melhores argumentos): o conceito de validade transcende as restrições temporais, espaciais e sociais. E apenas com esse ideal regulativo – contrafático! - do auditório universal de filósofos, é que se conseguiria algum critério, alheio à cultura, para se avaliar valores e tradições alheias.

As pretensões de validade dependem dos contextos de ação - há diferenças, sem dúvida, entre as pretensões promovidas no âmbito de congressos científicos, tribunais ou crítica estética. O modelo esposado por Stephen Edelston Toulmin vincula-se à argumentação jurídica pela sua maior qualidade e desenvolvimento.

Ele tem bem em conta, é fato, a ambiguidade dessa noção de 'contextos de

---

<sup>440</sup> Idem, p. 68.

<sup>441</sup> STEGMÜLLER, Wolfgang. **A filosofia contemporânea**: introdução crítica. 2. ed. Tradução de Dauray Fiorotti e Edwino A. Royer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, 56-59.



argumentação' - i.e., não fica muito claro o critério de diferenciação promovido por S. Toulmin (direito, medicina, ciência, administração, arte, engenharia)<sup>442</sup> -, dado que aparentemente ele teria promovido uma distribuição em termos institucionais. Ainda assim, ele teria reconhecido um modelo geral de argumentação, em prol de uma crítica coletiva da razão.

S. Toulmin almeja algum critério - sempre o difícil critério! - para objetivar valores. Racional não se confunde com aquilo que é aceito pelo grupo. Do contrário, queimar mulheres na fogueira ou escravizar gente teria sido algo racional (*reductio ad absurdum*), eis que tolerados pela tradição da época.

Algo mais é necessário - não basta o consenso! - é indispensável a tentativa de universalização; a busca de imparcialidade. Essa busca é necessariamente contrafática! Daí que a racionalidade exigiria um procedimento, um modo de argumentar e de agir, muito mais do que o exame de conteúdo de uma asserção.

J. Habermas lamenta, porém, que Toulmin não tenha esclarecido os pressupostos para essa busca cooperativa da verdade - ou seja, as habermasianas condições ideais de fala (enquanto construto regulativo). Daí que Toulmin não tenha conseguido explicar o que significaria exatamente ser imparcial em contextos argumentativos.<sup>443</sup> Outra crítica: para Habermas, Toulmin não teria tratado, com idêntica força, da retórica e da dialética.

Enfim, o professor de Frankfurt deplora que a obra de Toulmin ainda fique vinculada a sistemas parciais de argumentação - direito, medicina etc. -, ao invés de ofertar critérios mais gerais, aplicáveis a todos os contextos de ação.

O fato é que Habermas supõe que todas as formas de argumentação estariam orientadas para um mesmo fim: a busca coletiva da verdade.<sup>444</sup> Caberia à teoria da argumentação essa demonstração da viabilidade das pretensões (pretensões assertóricas, de correção normativa e de autenticidade).

Somente em discursos teóricos, práticos e explicativos os participantes da argumentação não têm outra saída senão partir da pressuposição (frequentemente contrafactual) de que se cumpriram, em uma aproximação satisfatória, as condições para uma situação ideal de fala. De minha parte, só pretendo falar em 'discursos' quando o sentido da pretensão de validade que estiver sendo problematizada compelir conceitualmente os participantes à suposição de que se pode almejar, por princípio, um comum acordo racionalmente motivado; e a

<sup>442</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa - I**, p. 74.

<sup>443</sup> Idem, p. 78.

<sup>444</sup> Idem, p. 79.

expressão 'por princípio' expressa aqui a seguinte ressalva idealizadora: só quando a argumentação puder ser conduzida de maneira suficientemente aberta e puder prosseguir por um tempo suficientemente longo.<sup>445</sup>

Ele defronta-se novamente, então, com o conceito de 'mundo da vida' - de importância central no seu estudo. Para tanto, Habermas oferta inicialmente um conceito provisório, reportando-se às imagens de mundo culturais e sistemas interpretativos.<sup>446</sup> Na modernidade ocidental haveria, por exemplo, estruturas de consciência escoradas em um pano de fundo racionalizado, o que possibilitaria a condução racional da vida.<sup>447</sup>

O mundo da vida seria o pano de fundo que ofertaria padrões culturais: tratar-se-ia da tradição compartilhada culturalmente. Ao contrário de N. Luhmann - quem trata apenas dos sistemas diferenciados -, J. Habermas pressupõe um horizonte (no sentido husserliano), em que os sistemas funcionais situar-se-iam.

O mundo da vida trata dos padrões culturais, da socialização e da integração social. Nas suas palavras, "um mundo da vida constitui o horizonte de processos de entendimento por meio dos quais os envolvidos se embatem ou se põem de acordo sobre algo no mundo objetivo, em seu mundo social ou em um mundo subjetivo em particular."<sup>448</sup>

### 3.2.5. Comparação de culturas e graus de racionalidade:

Jürgen Habermas defronta-se, pois, com o difícil problema da comparação de culturas. Como aferir se os povos europeus contemporâneos seriam mais racionais que os Azande (alvo da atenção de Edward Evans-Pritchard)? Qual o critério para aferir qual 'forma de vida' seria mais adequada? Aplicando-se isso ao Direito Penal, como aferir que política criminal seria mais racional?

Ora, o professor de Frankfurt discorre sobre o pensamento mítico, próprio aos povos nativos - culturas que ainda não teriam enfrentado o 'desencantamento do mundo' -; Levy-Bruhl "demonstrou que, diante do pensamento 'primitivo', não podemos postular nenhum nível 'pré-lógico' do conhecer ou do agir."<sup>449</sup>

---

<sup>445</sup> Idem, p. 91.

<sup>446</sup> Idem, p. 93.

<sup>447</sup> Idem, p. 94 e 193.

<sup>448</sup> Idem, p. 245.

<sup>449</sup> Idem, p. 95.

Não se mede a racionalidade de imagens de mundo segundo qualidades lógicas e semânticas, mas segundo conceitos básicos que essas imagens de mundo põem a disposição dos indivíduos para que interpretem seu mundo. E, de que o conceito de ontologia (que advém da tradição da metafísica grega) ficasse restrito à referência cognitiva ao mundo do ente e não a uma referência especial ao mundo, poderíamos falar até mesmo de 'ontologias' instaladas nas estruturas de imagens de mundo.<sup>450</sup>

Habermas atribui especial destaque ao artigo de Peter Winch, de nítido viés construtivista. Para Winch, a suposta racionalidade da cultura ocidental contemporânea seria meramente uma construção social - mero consenso. Não haveria padrões universais para se medir a racionalidade de um povo.

Há, pois, proximidade entre a argumentação de Winch e a de Wolfgang Klein - acima mencionado -, dado que ambos consideram a racionalidade como fruto de meras regularidades (reiteraões) ou consensos entre os falantes de determinada cultura. Não haveria um estalão transcendental para se avaliar uma cultura.

O fato é que, para Habermas, o pensamento 'selvagem' teria um caráter totalizador, pois ainda não teria distinguido o mundo subjetivo (interno) e a realidade empírica ('o mundo'). Os mitos exerceriam, nesse âmbito, um papel significativo:

O mito 'constrói' um gigantesco jogo de espelhamentos em que, ad infinitum, as imagens contrapostas do mundo e do homem se refletem, partem-se e recompõem-se no prisma das relações entre natureza e cultura (...) Através da analogia o mundo todo ganha um sentido, tudo se torna significativo e a tudo se pode atribuir significado no interior de um ordem simbólica em que se encaixam todos (...) os conhecimentos positivos, na completa profusão de seus detalhes.<sup>451</sup>

As sociedades pretensamente 'primitivas' estariam fundadas em princípios de reciprocidade - reciprocidade entre o dar e o receber -, algo evidenciado também por Malinowski.<sup>452</sup> Haveria um trânsito direto entre a natureza e a cultura, mediante analogias: concebe-se um mundo mágico; tomam-se os animais como deuses.<sup>453</sup>

<sup>450</sup> Idem, p. 96.

<sup>451</sup> GODELIER *apud* HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 98. Por outro lado, Habermas reporta-se à afirmação de Lévi-Strauss de que o mundo dos mitos seria redondo e oco (*Op. cit.*, p. 99).

<sup>452</sup> HABERMAS. *Op. cit.*, p. 99. Confira-se também com MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem**. Brasília: Editora UnB, 2003; o que refuta a suposição corrente de que o direito penal teria sido a primeira manifestação jurídica (a reciprocidade possui conotação 'civil').

<sup>453</sup> Semelhante é a concepção de Hans Kelsen, quando sustenta que os povos ditos primitivos não distinguiriam suficientemente a natureza e a cultura (confusão entre causalidade e imputação). KELSEN, Hans. **Society and nature: a sociological inquiry**. Chicago: The University of Chicago Press, 1943, p. 3-17.

O mito não permite uma diferenciação conceitual básica clara entre coisas e pessoas, entre objetos que podem ser manipulados e agentes aos quais atribuímos ações e externalizações linguísticas, sujeitos capazes de agir e fazer uso da linguagem. Assim, é de esperar que práticas mágicas desconheçam a diferença entre agir teleológico e agir comunicativo, entre uma intervenção instrumental e finalista em situações objetivamente dada, de um lado, e a criação de relações interpessoais, de outro.<sup>454</sup>

Existiria, pois, nesse âmbito, um emaranhado conceitual entre o mundo objetivo - i.e., o mundo dos fatos - e o mundo social (relações intersubjetivas).<sup>455</sup> Essa mesma confusão ocorreria, no pensamento pretensamente 'selvagem', entre significante e significado, entre palavra e referência. Supõe-se que as palavras conjurem forças mágicas do mundo; 'a dança faz chover!'

Ou seja, haveria uma confusão entre validade e eficácia empírica. Vê-se, pois, que esse pensamento mítico pode ser dividido nas ordálias e nos juízos de Deus, em cujo âmbito a verdade é aferida a partir de sucessos empíricos: aferir se, queimado por ferro incandescente, as feridas seriam cicatrizadas.<sup>456</sup>

[C]onceitos de validades como moralidade e verdade estão amalgamados com conceitos de ordem empíricos como causalidade e saúde. Por isso, a imagem de mundo constituída verbalmente pode se identificada tão amplamente com a ordem do mundo, a ponto de poder ser vista não como interpretação do mundo, como explicação interpretativa passível de erro e acessível á crítica.<sup>457</sup>

Habermas enfatiza muito essa constatação de que, no pensamento mítico, não haveria maior distinção entre o mundo e linguagem - entre mundo empírico e 'mundo semiótico'.<sup>458</sup> Ele tem em conta, pois, a já mencionada teoria de conjuntos de Karl Popper - contraposição entre a natureza e a cultura.

Diante disso, imagens de mundo míticas impedem um desacoplamento categorial entre natureza e cultura, e isso não apenas no sentido de um emaranhamento conceitual de mundo social e mundo objetivo, mas também no sentido de uma reificação da imagem de mundo linguística, o que tem por consequência que a concepção de mundo seja preenchida dogmáticamente com determinados conteúdos privados de um posicionamento racional e, com isso, privados de crítica.<sup>459</sup>

<sup>454</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 102.

<sup>455</sup> *Idem*, p. 104.

<sup>456</sup> A esse respeito, leia-se também FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005, p. 53 e ss.

<sup>457</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo -1**, p. 105.

<sup>458</sup> *Idem*, p. 106.

<sup>459</sup> *Idem*, *ibidem*.

Ademais, a concepção mítica de mundo não permitira o surgimento de uma subjetividade, o espaço de vida privada, ao qual supostamente o agente teria um acesso privilegiado. Haveria uma tendência ao organicismo.<sup>460</sup>

Uma opinião apenas poderia ser tida como verdadeira ou falsa quando confrontada como um mundo suposto como sendo objetivo - i.e., um mundo que se imagina igual para todos os falantes. Os desejos e as atitudes apenas poderiam se manifestar como autênticas (e não meras idiossincrasias), quando confrontados com um contexto normativo que se supusesse aplicável a todos os falantes.<sup>461</sup>

Para Habermas, essa é a sua pergunta básica: "Se, e sob que aspecto, os estágios de racionalidade que os cientistas assumem como orientação para si mesmos (ao menos de maneira intuitiva) podem almejar validade universal."<sup>462</sup>

Esse relativismo não implicaria, por si, que as noções de verdade, correção normativa ou autenticidade sejam sempre dependentes de contexto. Haveria um conteúdo objetivo mínimo - e é essa objetividade que Habermas busca evidenciar.

Em seus estudos sobre os Azande, o antropólogo Evans-Pritchard havia diferenciado (a) a consistência lógica de uma concepção de mundo (a ausência de contradições internas - um grau de coerência interna que a crença na existência de bruxas atenderia plenamente) e (b) as exigências metódicas sobre a intervenção no mundo, no que o pensamento mítico seria inferior ao pensamento ocidental, conforme sua análise.<sup>463</sup>

Por seu turno, Peter Winch lançou objeções contra essa tese de Pritchard.

Para Winch, toda cultura estabelecerá seu próprio critério de racionalidade. Não haveria como transportar a concepção ocidental ('o método científico', p.ex.) para a avaliação de outras formas de vida.

Ou seja, "em tal medida, 'real' e 'irreal', 'verdadeiro' e 'inverdadeiro' são conceitos inerentes a todas as línguas, e não apenas nesta língua e ausentes naquela outra; porém, cada cultura marca essas distinções categoriais no interior de seu próprio sistema linguístico."<sup>464</sup>

O próprio Evans-Pritchard teria reconhecido, ademais, que as imagens de

---

<sup>460</sup> Idem, ibidem.

<sup>461</sup> Idem, p. 107.

<sup>462</sup> Idem, p. 110.

<sup>463</sup> Idem, p. 115.

<sup>464</sup> Idem, p. 116.

mundo, presentes na linguagem dos Azande, teriam uma grande consistência interna. O antropólogo não teria o direito de impor, sobre uma outra cultura, os seus próprios critérios de racionalidade - enfatiza Winch.

Essa objeção de Peter Winch foi duramente criticada por Jürgen Habermas: "Linguagem, imagem de mundo linguisticamente articulada, forma de vida, todos são conceitos que se referem por um lado a algo particular; pois linguagens, imagens de mundo e formas de vida somente ocorrem no plural."<sup>465</sup>

Ou melhor, as "imagens de mundo distinguem-se de retratos por possibilitarem enunciados individuais passíveis de verdade."<sup>466</sup> Elas tornam possível que a vida humana ganhe sentido.<sup>467</sup>

O professor de Frankfurt pergunta se a tolerância maior às contradições seria, por si, um sinal de menor racionalidade. "Não temos de denominar 'irracionais' orientações de ação capazes de se estabilizar somente à custa do recalçamento de contradições? Eis o que Winch contesta."<sup>468</sup>

Como visto, a questão que aflige Habermas é saber se haveria um estalão universal para aferir o grau de racionalidade de uma dada cultura. Ele pergunta se própria ausência de interesse por uma atitude objetivadora frente ao mundo não seria um sinal de menor racionalidade dos Azandes.

Reporta-se, pois, à ideia de 'sociedade aberta', concebida pelo liberal Karl Popper: uma sociedade que permita a crítica a dogmas e o confronto contínuo à autoridade, cobrando-lhe efetiva justificação...

Para Horton, "uma imagem de mundo é tanto mais fechada quanto mais ela regulamenta sem alternativas o trato com a realidade externa, ou seja, com aquilo que se pode aprender e com aquilo que se pode tratar no mundo objetivo."<sup>469</sup>

Já Jürgen Habermas argumenta que a divisão em 'mundos' - outra contribuição de Karl Popper, como visto - é que permite aquilatar o grau de racionalidade da cultura:

Se o pensamento mítico ainda não permite a separação categorial entre referências ao mundo cognitivo-instrumentais, moral-práticas e expressivas, e se as exteriorizações dos azandes estão cheias de ambiguidades para nós ,isso é um sinal de que o 'fechamento' de sua

---

<sup>465</sup> Idem, p. 118.

<sup>466</sup> Idem, p. 119.

<sup>467</sup> Idem, p. 123.

<sup>468</sup> Idem, p. 122.

<sup>469</sup> Idem, p. 126.

imagem de mundo animista não pode ser descrito somente com posicionamentos em face do mundo objetivo, assim como a 'abertura' da compreensão moderna do mundo não pode ser descrita somente por intermédio de qualidades formais da mentalidade científica.<sup>470</sup>

### 3.2.6. Mundo da vida e o tema da tradição:

Diante desse confronto - a aceitação/recusa de um critério universal de racionalidade -, é que ele introduz o seu conceito de 'mundo da vida', de nítida inspiração fenomenológica:

Nesse ponto, posso introduzir o conceito de mundo da vida, inicialmente como correlato dos processos de entendimentos. Sujeitos que agem comunicativamente buscam sempre o entendimento no horizonte de um mundo da vida. O mundo da vida deles constitui-se de convicções subjacentes mais ou menos difusas e sempre isentas de problemas. Esse pano de fundo ligado ao mundo da vida serve como fonte de definições situacionais que podem ser pressupostas pelos partícipes como se fossem isentas de problemas. Em suas realizações interpretativas, os envolvidos em uma comunidade de comunicação estabelecem limites entre o mundo objetivo único e seu mundo social intersubjetivamente partilhado, de um lado, e os mundos subjetivos dos indivíduos e de (outras) coletividades. As concepções de mundo e as pretensões de validade correspondentes constituem o arcabouço formal com os que estão agindo comunicativamente ordenam os respectivos contextos situacionais problemáticos (isto é, carentes de acordo), dispondo-os em seu mundo da vida pressupostos de maneira não problemática.<sup>471</sup>

O mundo da vida acumula o trabalho interpretativo prestado pelas gerações precedentes; ele é o contrapeso conservador que se opõe ao risco de dissenso, que surge com todo processo atual de entendimento. Pois as pessoas que agem comunicativamente podem alcançar um entendimento apenas acerca de posicionamentos positivos ou negativos sobre pretensões de validade criticáveis. A relação entre esses pesos altera-se com a descentração das imagens de mundo. Quanto mais descentrada estiver a imagem de mundo que proporciona a reserva cultural de saber, tanto menos a carência de entendimento estará velada de antemão por um mundo da vida que se interpreta de uma maneira aversa a críticas; e quanto mais se tiver de satisfazer essa carência com realizações interpretativas dos próprios participantes, ou seja, mediante uma concordância arriscada, porque racionalmente motivada, tanto mais frequentemente poderemos esperar orientações racionais para a ação.<sup>472</sup>

Não raras vezes, o 'mundo da vida' exclui determinadas questões do debate

---

<sup>470</sup> Idem, p. 127.

<sup>471</sup> Idem, p. 138-139.

<sup>472</sup> Idem, p. 139.

- simplesmente não podem tematizadas, não podem ser problematizadas -; uma imagem mítica de mundo não permite a total distinção das esferas de vida, como referido acima (a diferença entre o mundo dos fatos e o mundo das normas).

Para Habermas, essa distinção é necessária para que se possa falar em racionalidade.<sup>473</sup> Assim, o pensamento mítico seria menos racional que o ocidental.

Ou seja, para que se possa falar em racionalidade, haveria necessidade de diferentes espécies de pretensão de validade: a verdade, a correção normativa e a sinceridade. Seria necessária uma relação reflexiva consigo mesmo; "precisa despir-se do seu dogmatismo a ponto de se poder pôr profundamente em questão as interpretações herdadas da tradição e de submetê-las a uma revisão crítica."<sup>474</sup>

Ele argumenta que essa concepção não seria utópica.<sup>475</sup>

### 3.2.7. Agir comunicativo:

J. Habermas busca um conceito formal-pragmático do que chama de 'agir comunicativo' - ou seja, a atuação humana orientada ao entendimento, e apenas ao entendimento! Socorre-se de pressupostos da filosofia da linguagem.

O conceito de entendimento remete a um comum acordo almejado pelos participantes e racionalmente motivado, que se mede segundo pretensões de validade criticáveis. As pretensões de validade (verdade proposicional, correção normativa e veracidade subjetiva) caracterizam diferentes categorias de um saber que se corporifica simbolicamente em exteriorizações. Essas exteriorizações podem ser analisadas mais de perto: por um lado, sob o aspecto da possibilidade de fundamentar exteriorizações como essas; por outro, sob o aspecto de como os atores se relacionam, por meio delas, com alguma coisa no mundo.<sup>476</sup>

Ele busca explicitar os pressupostos ontológicos de quatro conceitos de ação relevantes para a formação da teoria em ciências sociais, e relações entre agente e mundo, pressupostas por esses mesmos conceitos.

Ele argumenta, desse modo, que, no geral, as teorias sociológicas tratam, de forma manifesta, da relação entre agentes e o mundo (i.e., as referências a mundos dos atores sociais).<sup>477</sup>

<sup>473</sup> Idem, p. 140. Leia-se também, na mesma obra, p. 159.

<sup>474</sup> Idem, p. 141.

<sup>475</sup> Idem, p. 146.

<sup>476</sup> Idem, p. 147-148.

<sup>477</sup> Idem, p. 148-149.



Por seu turno, Alfred Schütz "concebe a sociedade como uma construção social do mundo cotidiano, a qual tem seu ponto de partida nos processos interpretativos dos sujeitos agentes e flui em direção à objetividade."<sup>478</sup>

J. Habermas sustenta que, quando se transportam os pressupostos de Popper (quanto ao seu 'terceiro mundo'), a partir dos contextos cognitivos, em direção ao contexto da ação, sua teoria apresentaria algumas debilidades.

Isso porque Popper havia atribuído muito peso para as idealidades (para o peso das próprias teorias), enquanto que Habermas reputa que - muito mais importante do que isso - seria o pano de fundo: os valores sedimentados culturalmente e a contínua troca de ideias entre os falantes.<sup>479</sup>

Ou seja, o professor de Frankfurt propôs uma diferença entre a pretensão de validade das enteléquias (axiomas e teoremas matemáticos, p.ex.) e a pretensão de validade própria das instituições sociais. Há peso, nesse âmbito, dos chamados 'fatos institucionais', equacionados por John Searle, conceito já aludido acima:

Uma quarta característica dos fenômenos sociais também é consequência da intencionalidade: em relação a muitos deles, o fenômeno em questão só poderá existir se as pessoas acreditarem que existe. Por essa razão, com frequência o nome do fenômeno é parcialmente constitutivo do fenômeno nomeado. Esses fenômenos são totalmente diferentes dos fenômenos físicos, como a gravidade ou a energia cinética, por exemplo, de fenômenos biológicos, como doenças ou caracteres hereditários. Se algo é ou não uma doença, ou se existem ou não certas relações de atração gravitacional entre duas entidades, esses fatos são completamente independentes do modo pelo qual são representados. Existem independentemente do que uma pessoa pense a seu respeito. Mas, no caso dos fatos sociais, as crenças e os termos que as pessoas usam são parcialmente constitutivos dos fatos. Darei alguns exemplos: em geral, certo tipo de material somente é dinheiro se as pessoas pensarem que é dinheiro. Certo conjunto de relações constitui um casamento, uma propriedade, uma eleição, somente se as pessoas envolvidas pensarem que é dinheiro, casamentos, propriedade ou eleição. Uma pessoa pode se enganar de vez em quando: posso estar casado sem saber que estou casado, ou posso ter uma nota falsa de um dólar sem saber que é falsa. Mas, quanto a esses tipos de fatos, é verdade lógica que não se pode enganar todo mundo o tempo todo. Se todas as pessoas sempre pensarem que tal coisa não é dinheiro, então ela não é dinheiro. E o que vale para o dinheiro vale para as eleições, propriedade privada, guerras, votação, promessas, casamentos, compra e venda, cargos

---

<sup>478</sup> Idem, p. 154. Sobre a concepção fenomenológica de Alfred Schütz, leia-se também SCHUTZ, Alfred. **Sobre fenomenologia e relações sociais**. Tradução de Raquel Weiss. Rio de Janeiro: Vozes, 2012; LUCKMANN, Thomas; BERGER, Peter L. **A construção social da realidade: tratado da sociologia do conhecimento**. 26. ed. Tradução de Floriano Fernandes. Petrópolis: Vozes, 2006.

<sup>479</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 156-157.

públicos etc.<sup>480</sup>

Esse excerto ganha paralelo com o problema do interacionismo simbólico. Quanto os agentes sociais acreditam que algo é real, torna-se real em suas consequências, como dizia William Thomas.

O problema está na tematização desse saber que está diluído nas práticas sociais - valores culturais que constituem a visão de mundo -; o 'mundo da vida' parece escapar de uma apreensão mais acurada:

Assim, coloca-se a seguinte alternativa: ou negamos aos componentes não cognitivos da tradição cultural o *status* assumido pela entidades do terceiro mundo graças à alocação delas em uma esfera de nexos de validade, e então nivelamos esses mesmos componentes de maneira empirista, como formas enunciativas do espírito subjetivo; ou procuramos equivalentes para o referencial de verdade que está ausente.<sup>481</sup>

### 3.2.8. Funções da linguagem e espécies de ações sociais:

Com isso, ele concentra a atenção para as três funções básicas da linguagem: a função representativa, apelativa e expressiva (atos locucionários, ilocucionários e perlocucionários, conforme obra de John Austin).<sup>482</sup>

O fato de cada um desses três componentes estruturais apresentar características significantes fala a favor da sua autonomia. A cada um desses componentes se liga uma característica, a qual é constitutiva para um entendimento em geral, gramaticamente diferenciado, uma vez que proposições assertóricas podem ser verdadeiras ou falsas. A semântica da verdade demonstrou que nelas existe uma ligação interna entre significado e validade. Já nas proposições performativas o falante, ao enunciar algo, realiza uma ação. A teoria dos atos de fala comprovou que nessas proposições existe umnexo interno entre o falar e o agir. Proposições performativas não podem ser verdadeiras nem falsas; no entanto; as ações realizadas com o seu auxílio podem ser entendidas como obediência a determinados mandamentos ('Você deve prestar auxílio a A'). Por seu turno, as proposições expressivas têm como característica própria o fato de não se poder contestar seu conteúdo, nem sua relação com o objeto: está excluída a possibilidade de falhas de identificação; também não é viável a crítica de um saber ao qual o falante possui um acesso privilegiado. Nessas proposições é possível constatar umnexo interno entre intenção e significado, bem como entre o que é dito e o que é pensado. Além do mais, não existe

<sup>480</sup> SEARLE, John R. **Consciência e linguagem**. Tradução de Plínio Junqueira Smith. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010 p. 221-222. Veja-se também SEARLE, John R. **Making the social world**, p. 10.

<sup>481</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 161.

<sup>482</sup> AUSTIN, John. **How to do things with words**. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1975.

uma continuidade lógica entre as proposições assertóricas, normativas e expressivas, pois as proposições de uma categoria não são dedutíveis da outra, nem os componentes estruturais do ato de fala podem ser reduzidos uns aos outros.<sup>483</sup>

Ainda segundo Jürgen Habermas,

Um falante pode motivar um ouvinte à aceitação de sua oferta servindo-se da força ilocucionária de um ato de fala constativo ou expressivo, mesmo fora do contexto normativo em que é realizado. Como já mostrei, não se trata aqui da obtenção de um efeito perlocucionário no ouvinte, mas de um entendimento racionalmente motivado com o ouvinte, que acontece na base de uma pretensão de validade criticável.<sup>484</sup>

Ele reporta-se, ademais, aos conceitos de ação social: (a) ação teleológica; (b) ação estratégica; (c) ação dramaturgic e, por fim, (d) ação comunicativa.

No que toca à ação teleológica, "o ator realiza um propósito ou ocasiona o início de um estado almejado, à medida que escolhe em dada situação meios auspiciosos, para então empregá-los de modo adequado. O conceito central é o da *decisão* entre diversas alternativas, voltada à realização de um propósito, derivada de máximas e apoiada em uma interpretação da situação."<sup>485</sup>

Ele sustenta que esse modelo é ampliado para modelo estratégico, que leva em conta a interação de outros agentes. No âmbito da chamada ação estratégica, o agente tentaria antever a atuação de outros atores sociais, à semelhança do que ocorre com as operações econômicas.<sup>486</sup>

No que toca, por outro lado, ao agir regulado por normas, ele "não se refere ao comportamento de um ator, em princípio solitário, que encontra outros atores no entorno, mas a membros de um grupo social, que orientam seu agir segundo valores em comum."<sup>487</sup>

Normas expressariam um acordo comum vigente no grupo social.

Por seu turno, o agir dramaturgic trata da interação dos participantes, em que o agente evoca uma imagem, uma representação de um papel social: "Todo aquele que age pode controlar o acesso público à esfera de suas próprias intenções, pensamentos, posicionamentos, desejos, sentimentos, desejos, sentimentos etc., à

<sup>483</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo - 2**, p. 116-117.

<sup>484</sup> Idem, p. 127.

<sup>485</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo - 1**, p. 163. Ainda, na mesma obra, p. 197.

<sup>486</sup> Idem, p. 164.

<sup>487</sup> Idem, p. 164.

qual somente ele mesmo tem acesso privilegiado." <sup>488</sup>

Quanto à ação comunicativa, Habermas destaca o que segue:

O conceito de agir comunicativo, por fim, refere-se à interação de pelo menos dois sujeitos capazes de falar e agir que estabeleçam uma relação interpessoal (seja com meios verbais ou extraverbais). Os atores buscam um entendimento sobre a situação da ação para, de maneira concordante, coordenar seus planos de ação e, com isso, suas ações. O conceito central de interpretação refere-se em primeira linha à negociação de definições situacionais passíveis de consenso. Nesse modelo de ação a linguagem assume, como veremos, uma posição proeminente. <sup>489</sup>

A ação teleológica - estudada sobremodo por Max Weber <sup>490</sup> - trata da relação entre meios e fins:

Age racionalmente em ordem a fins quem orienta a sua acção por uma meta, meios e consequências laterais e pondera racionalmente, para tal, os meios com os fins, os fins com as consequências secundárias como, finalmente, também os diferentes fins possíveis entre si: em todo o caso, pois, quem não actua nem afectivamente (e, sobretudo, de modo não emotivo), nem tradicionalmente. <sup>491</sup>

Essa concepção da ação estratégica está na base da teoria dos jogos, desenvolvida por von Neumann e, portanto, encontra-se no âmago da *Law and economics*. Cuida-se de uma concepção utilitarista!

Por seu turno, o agir regulado por normas foi de extremo relevo para a concepção sociológica de Durkheim e Talcott Parsons. Ademais, Jürgen Habermas

<sup>488</sup> Idem, p. 165.

<sup>489</sup> Idem, p. 166.

<sup>490</sup> Segundo Weber, "A ação social, como toda ação, pode ser determinada: 1) de modo racional realmente a fins: por expectativas quanto ao comportamento de objetos do mundo exterior e de outras pessoas, utilizando essas expectativas como 'condições' ou 'meios' para alcançar os fins próprios, ponderados e perseguidos racionalmente, como sucesso; 2) de modo racional referente a valores: pela crença consciente no valor - ético, estético, religioso ou qualquer que seja sua interpretação - absoluto e inerente a determinado comportamento como tal, independentemente do resultado; 3) de modo afetivo, especialmente emocional: por afetos ou estados emocionais atuais; 4) de modo tradicional: por costume arraigado." WEBER, Max. **Economia e sociedade - volume 1: fundamentos da sociologia compreensiva**. 4. ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsbete Barbosa. Brasília: Editora Unb, 2000, p. 15. Ainda sobre a ação social no pensamento de Weber, leia-se KRONMAN, Anthony. **Max Weber**. Tradução de John Milton. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 34-42; SENEDA, Marcos César. **Max Weber e o problema da evidência e da validade nas ciências empíricas da ação**. Campinas: Editora da Unicamp, 2008, p. 93-106; FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. 5. ed. Tradução de Luís Cláudio de Castro e Costa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 77-84; WEBER, Max. **Conceitos sociológicos fundamentais**. 3. ed. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 43-48. Leia-se também WEBER, Max. **O direito na economia e na sociedade**. Tradução de Marsely de Marco Martins Dantas. São Paulo: Ícone, 2011, p. 64 e ss.; SELL, Carlos Eduardo. **Sociologia clássica: Marx, Durkheim e Weber**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 105-144.

<sup>491</sup> WEBER, Max. **Conceitos sociológicos fundamentais**, p. 47.

vincula ainda o agir dramaturgico à sociologia de Erving Goffman; enquanto que busca as raízes da sua teoria da ação comunicativa nas obras de Mead e de Garfinkel (interacionismo simbólico).

O professor de Frankfurt também relaciona as espécies de ação com a já referida 'teoria dos mundos' de Karl Popper. A ação teleológica estaria destinada a descrever um estado de coisas existente (i.e., uma asserção) ou a promover uma intervenção eficaz (de modo a gerar um novo estado de coisas). Logo, estaria vinculada ao 'mundo objetivo' - o mundo dos fatos.

Já a ação regulada por normas ensinaria uma relação entre o mundo empírico e o mundo social (i.e., fatos + normas).<sup>492</sup> Ou seja, esse mundo social trata de regras que estabelecem quais condutas são corretas - na sua base, encontrar-se-ia um acordo social diluído, sustenta Habermas: "uma norma subsiste ou goza de validade social quando é reconhecida como válida ou com justificada pelos destinatários dela mesma."<sup>493</sup>

Que uma norma valha significa em termos ideais: ela recebe assentimento de todos os atingidos, porque regulamenta os problemas da ação em prol do interesse comum desses mesmos atingidos. Que uma norma subsista facticamente significa, por outro lado, o seguinte: a pretensão de validade com a qual ela se apresenta é reconhecida pelos atingidos, e esse reconhecimento intersubjetivo fundamenta a validade social da norma.<sup>494</sup>

Essas normas acabam proporcionando motivos para a ação. Elas corporificam valores (conquanto normas não sejam valores); valores são padrões. Por seu turno, as normas têm força dissuasória. Ou seja, Habermas enfatiza essa diferença entre o 'ser' e o 'dever ser', que está na base do fenômeno jurídico.<sup>495</sup>

Ele diz que "o modelo de ação normativa parte de que os envolvidos podem assumir um posicionamento objetivador diante do que é o caso ou do que não é o caso, bem como um posicionamento adequada às normas em face do que (com ou sem razão) lhes é ordenado."<sup>496</sup>

"Somente o conceito de agir dramaturgico exige a suposição ampliada de

---

<sup>492</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo - 1**, p. 170.

<sup>493</sup> Idem, p. 171.

<sup>494</sup> Idem, p. 171.

<sup>495</sup> Idem, p. 174.

<sup>496</sup> Idem, p. 171.

um mundo subjetivo, ao qual o ator se refere quando se põe em cena, ao agir."<sup>497</sup> Trata-se de concepção desenvolvida por Erving Goffman em 1956, que toma como metáfora a encenação no palco; como se os sujeitos se comportassem como atores.

Ou seja, Goffman concebe a vida social como um grande teatro, com mecanismos de abertura e encerramento do espetáculo (a apresentação do professor na sala de aula, a evocação de 'bom dia!', as despedidas, os cumprimentos e apresentações, os silêncios prolongados etc.).

Sob o ponto de vista do agir dramático, entendemos interação social como o encontro em que os participantes constituem, uns para os outros, um público visível. Aí, as encenações são recíprocas. '*Encounter*' e '*performance*' são os conceitos-chave. O espetáculo de um grupo diante de terceiros é apenas um caso especial. Um espetáculo serve para que o ator se apresente diante de seus espectadores de determinada maneira; à medida que manifesta algo de sua subjetividade, ele pretende ser visto e aceito pelo público de determinada maneira.<sup>498</sup>

Habermas alega que essas qualidades dramáticas seriam parasitárias.<sup>499</sup>

Elas ficam vinculadas, de algum modo, à estrutura do agir teleológico - a adequação de meios a fins dados (a escolha da melhor representação do papel social). Algumas profissões bem evidenciam essa elevada carga de 'encenação': a figura do boxeador, do policial, do padre, do palestrante etc.

A questão é que, no âmbito do agir dramático, o indivíduo deve lidar com a sua subjetividade, elaborando e apresentando uma visão de si mesmo.<sup>500</sup> Tratar-se-ia da demonstração exterior de um sentimento e a sua efetiva sensação interna (ou seja: a sinceridade do falante):

Se um ator tem desejos e sentimentos, isso se dá no sentido de poder externar essas vivências como quiser, diante de um público, e de tal modo que esse público, desde que confie nas externalizações expressivas do ator, conceda-lhe serem esses desejos e sentimentos algo realmente subjetivo.<sup>501</sup>

O fato é que, para ele, essa concepção - i.e., o agir dramático - permite uma correlação entre a psique e o mundo social. Ela cuida do gosto, dos desejos e

---

<sup>497</sup> Idem, p. 174.

<sup>498</sup> Idem, p. 175.

<sup>499</sup> Idem, ibidem.

<sup>500</sup> Idem, p. 176.

<sup>501</sup> Idem, p. 177.

dos anseios individuais - ao mesmo tempo em que assegura a transição entre mundo subjetivo e mundo social (uma exteriorização sincera ou cínica).

De acordo com o modelo dramático de ação, os envolvidos no papel de ator só podem assumir uma posição em face da própria subjetividade se têm consciência de que o mundo interior do ego está limitado por um mundo exterior; e o mesmo se aplica aos envolvidos no papel de público, quando se trata de assumirem posição em face de exteriorizações expressivas de outro ator. Nesse mundo exterior, por certo o ator é capaz de distinguir entre componentes normativos e não normativos da situação de ação; mas no modelo de ação de Goffman não se prevê que o ator se comporte em relação ao mundo segundo um posicionamento conforme com normas.<sup>502</sup>

Habermas sustenta, todavia, que o agir dramático envolve alguma ambiguidade. Ele pode assumir contornos estratégicos, caso o agente trate seus espectadores como adversários, ao invés de tratá-los como público efetivo.

Segundo as suas palavras, "se o representador não está convencido do seu próprio papel e não está seriamente interessado em seu público, chamemo-lo então de cínico, ao passo que reservamos o termo 'sincero' para representadores que creem na impressão que sua própria apresentação ocasiona."<sup>503</sup>

Ele discorre, então, sobre a ação orientada ao consenso: a tentativa de se convencer os demais interlocutores, empregando apenas justificativas racionais. Sem o emprego de estratégias, coações ou argumentos de autoridade; uma ação escorada na linguagem e que tem o entendimento como o seu fim único.

Somente o modelo comunicativo de ação pressupõe a linguagem como um medium de entendimento não abreviado, em que falantes e ouvintes, a partir do horizonte de seu mundo da vida previamente interpretado, referem-se simultaneamente a algo no mundo objetivo, social e subjetivo a fim de negociar definições em comum para as situações. Essa concepção interpretativa da linguagem está subjacente a diversos esforços em favor de uma pragmática formal.<sup>504</sup>

J. Habermas diz que o agir comunicativo seria o único dialógico; todas as demais ações (teleológica, dramática, orientada a normas) teriam contornos unilaterais, confrontando o ator social com um dos mundos.

Ele resgata, pois, o interacionismo simbólico de George Herbert Mead,

---

<sup>502</sup> Idem, p. 184.

<sup>503</sup> Idem, p. 181.

<sup>504</sup> Idem, p. 183-184.

professor de Chicago; a concepção do 'segundo' Wittgenstein, a teoria dos atos de fala do John Austin e John Searle e, por fim, a hermenêutica desenvolvida por Hans-Georg Gadamer (obra que será examinada mais adiante).

Mas ele diz que "o entendimento por via linguística é apenas o mecanismo de coordenação da ação que, em face dos planos de ação e das atividades propositadas dos envolvidos, integra tais planos e atividades à integração."<sup>505</sup>

Habermas emprega, com temperamentos, a concepção de 'seguir-uma-regra', desenvolvida por Wittgenstein. Critica, no 'segundo' L. Wittgenstein, a pouca atenção dispensada às pretensões de validade orientadas ao mundo (o caráter intersubjetivo dos atos de fala).

Afinal de contas, não basta seguir uma regra; exige-se tomada de posição de cada sujeito a respeito das pretensões de verdade correspondentes.

Denomino ações apenas aquelas exteriorizações simbólicas com o ator faz referência a pelo menos um mundo (sendo o mundo objetivo também um deles, de todo modo); isso já constatamos nos casos do agir teleológico - regulamentado por normas e dramático - investigados até aqui. Distingo de ações os movimentos corporais e operações, os quais se cumprem com as ações mas têm papel secundário na consecução da autonomia das ações, ou seja, um papel que se cumpre pelo alojamento em uma práxis lúdica ou didática. O exemplo dos movimentos do corpo deixa isso bem claro.<sup>506</sup>

Ele sustenta que, sob o aspecto externo, no mais das vezes as ações sociais se mostram a partir de movimentos corpóreos. Mas, para ele, os movimentos são apenas o substrato sob o qual as efetivas ações sociais se consubstanciam: busca distinguir as ações pelas quais o agente intervém no mundo e as ações pelas quais ele se comunica com demais sujeitos:

Em ambas as vezes, os movimentos corporais ocasionam uma modificação física no mundo; em um dos casos essa modificação é causalmente relevante; no outro, semanticamente relevante. Exemplos de movimentos corporais causalmente relevantes de um ator são: retesar o corpo, estender a mão, erguer o braço, dobrar a perna etc. Exemplos de movimentos corporais semanticamente relevantes são: os movimentos da garganta, língua, lábios etc. durante a produção de sons fonéticos; assentimento com a cabeça, movimentos das costas quando se 'dá de ombros', movimentos dos dedos ao tocar piano, movimentos da mão ao escrever ou desenhar etc.

---

<sup>505</sup> Idem, p. 184.

<sup>506</sup> Idem, p. 186.



Nesse âmbito, J. Habermas alude à obra de Arthur Danto, a teoria dos atos básicos. Danto supunha que esse substrato - ou seja, o mero movimento corpóreo - seria ele próprio uma ação, chamando-o de ações básicas (*basic acts*), como se fossem ações primitivas: o estalar de dedos, o levantamento do braço e o movimento da mandíbula (algo que será mais bem examinado adiante).

O professor de Frankfurt sustenta, porém, que essa redução da ação aos movimentos corpóreos seria falsa (conquanto compreensível em casos de movimentos deliberadamente repetitivos: aulas de canto e exercícios de ginástica). Ademais, poderia ser, quando muito, uma 'semiação'.<sup>507</sup>

Mas o fato de que esses movimentos corporais possam ser feitos intencionalmente não contradiz a tese de que eles representam ações não autônomas. Isso se revela no fato de que, mesmo quando se executam intencionalmente esses movimentos corporais, a estrutura mediadora normal do agir:

(1) Não está presente, p.ex. quando S abre a janela, ao executar com sua mão o movimento de girar; pois seria artificial dizer:

(2) S levanta (intencionalmente) seu braço direito ao levantar seu braço direito.

É evidente, porém, que se pode entender o movimento corporal executado de maneira intencional como parte de uma práxis:

(2) S ergue o braço ao cumprir a ordem de que erga o braço, dada pelo professor de educação física durante a aula de ginástica.

Tipicamente, ações não autônomas têm de ser integradas a uma práxis de treinamento ou de apresentação pública, caso se deva poder vê-las enquanto ações. Ordens do tipo que se mencionou situam-se sempre no contexto de uma práxis que manifesta publicamente ou trata de treinar os elementos não autônomo das ações como tais. Esse aprendizado pelo treinamento pode pertencer à formação normal de alguém em fase de crescimento, mas também pode fazer parte de uma práxis de treinamento preparatório para ações especiais: preparatório de habilidades.<sup>508</sup>

Ainda segundo Habermas,

Em certo sentido, ações são realizadas por meio de movimentos do corpo, mas somente de tal modo que o ator participe no cumprimento desses movimentos, ao seguir uma regra de ação técnica ou social. Esse cumprimento conjunto significa que o ator tenciona a execução de um plano de ação, mas não o movimento do corpo com cuja ajuda ele realiza suas ações. Um movimento corporal é elemento de uma ação, mas não uma ação.<sup>509</sup>

Ele também destaca que as "Operações de pensamento e fala só se

<sup>507</sup> Idem, p. 39.

<sup>508</sup> Idem, p. 187-188, em nota de rodapé. Itálicos do próprio autor.

<sup>509</sup> Idem, p. 188.

cumprem mediante participação em *outras* ações."<sup>510</sup> Essas questões serão mais bem examinadas adiante, ao se tratar dos conceitos de ação, no que releva à teoria do concurso de crimes. O fato é que Habermas deixa manifesto que ação social não pode ser confundida com simples movimentos do corpo humano!

Não se pode analisar os atos de entendimento relacionados com o agir comunicativo de uma forma semelhante ao que se faz com as sentenças gramaticais com cujo auxílio elas são realizadas.

Para fazer valer uma pretensão criticável, um falante tem de se referir com sua exteriorização a pelo menos um 'mundo'; e para conclamar seu interlocutor a um posicionamento racionalmente motivado tem de recorrer à circunstância de que essa relação entre ator e mundo é fundamentalmente acessível a um julgamento objetivo.<sup>511</sup>

Habermas adverte, porém, que – ao contrário de Niklas Luhmann - a sua teoria não confunde a 'ação' com a 'comunicação':

A linguagem é um *Medium* de comunicação a serviço do entendimento, ao passo que os atores, à medida que logram entender-se uns com os outros com o intuito de coordenar suas ações, perseguem determinados fins, conforme o caso. Dessa forma, a estrutura teleológica é fundamental a todos os conceitos de ação. Os conceitos de agir social, porém, distinguem-se segundo a abordagem que enfoca a coordenação das ações ligadas a determinados fins, vinculados aos diversos participantes da interação: ora como a imbricação de cálculos de proveito egocêntrico (ou grau de conflito e cooperação varia com as situações de interesse dadas); ora como uma concordância sociointegrativa sobre valores e normas regulada por meio da tradição e da socialização; ora como relação consensual entre público e representantes; ora, justamente, como entendimento no sentido de um processo cooperativo de interpretação.<sup>512</sup>

### 3.2.9. Alguns problemas de método e questões axiológicas:

Ele discorre, ademais, sobre o problema epistemológico das ciências sociais (explicação *versus* compreensão). Supõe que haja um mundo objetivo: um "mundo que, por razões categoriais, é idêntico para ator e para observador, ou seja, é

---

<sup>510</sup> Idem, p. 189.

<sup>511</sup> Idem, p. 191.

<sup>512</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo - 1**, p. 194-195.

acessível de uma mesma maneira por via cognitivo-instrumental."<sup>513</sup>

Essa questão da objetividade é, porém, intrigante. Afinal de contas, pode-se muito bem comparar com a alegoria do 'escaravelho na caixa', apresentada nas Investigações Filosóficas de Wittgenstein:

Suponhamos que cada pessoa tem uma caixa dentro da qual está uma coisa a que chamamos 'escaravelho.' Nenhuma pessoa pode ver o que está na caixa de uma outra; e cada pessoa diz que só sabe o que é um escaravelho pela percepção do seu escaravelho. - Aqui seria possível que cada pessoa tivesse uma coisa diferente na sua caixa. Podemos até conceber que a coisa na caixa estivesse em transformação contínua. - Mas, se a palavra 'escaravelho' tivesse, no entanto, um emprego para estas pessoas? Então este emprego não seria o de uma designação de uma coisa. A coisa na caixa não pertence de todo ao jogo de linguagem; nem sequer como um simples algo, porque a caixa também podia estar vazia. - Não, a coisa na caixa é como um factor comum aos termos de uma fracção: permite simplificá-la; o que quer que é, elimina-se.<sup>514</sup>

Habermas tem em conta, porém, essa pretensão de objetividade; uma pretensão que é própria das ações teleológicas (asserções sobre o mundo empírico, p.ex.), pois trata da relação entre meios e fins.

Quanto mais univocamente uma ação corresponder ao decurso objetivamente racional-finalista, tanto menos serão necessárias reflexões psicológicas adicionais para explicá-la. No caso do agir objetivamente racional-teleológico, a descrição (feita com auxílio de um raciocínio prático) de uma ação tem também força explanatória no sentido de uma explicação intencional.<sup>515</sup>

Trata-se, de certo modo, da descrição externa, descomprometida, que apenas vislumbra regularidades - maior ou menor frequência de determinadas condutas - e a descrição interna, promovida por um efetivo participante da interação (observação interna e observação externa).<sup>516</sup>

Para descrever o conteúdo simbólico da comunicação é indispensável que o intérprete participe da interação social (postulado da etnomedologia).

Ele desafia o intérprete a testar não apenas a conformidade factual de

<sup>513</sup> Idem, p. 197. Sobre o tema, leia-se também WRIGHT, Georg Henrik von. **Explicación y comprensión**. Tradução de Luis Vega Reñón. Madri: Alianza Editoria, 1979.

<sup>514</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 357-358.

<sup>515</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 198.

<sup>516</sup> Como sabido, essa diferenciação entre observação interna e externa já havia sido empreendida por Herbert Hart. Confira-se com HART, Herbert L.A. **O conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 65 e ss.

uma ação às normas, ou a validade fática de uma norma, mas a própria correção dessa norma. E o intérprete pode aceitar o desafio, ou então refutá-lo como insensato, a partir de um posicionamento de ceticismo em relação a valores.<sup>517</sup>

O professor de Frankfurt busca estudar, não obstante, como se opera a compreensão de sentido nas ciências sociais. "Ações comunicativas sempre exigem uma interpretação que seja racional desde o início."<sup>518</sup>

No agir comunicativo, até mesmo o ponto de partida da interação torna-se dependente de que os envolvidos tenham sido capazes entre si de entrar em acordo sobre um julgamento intersubjetivamente válido de suas referências ao mundo. Segundo esse modelo de ação, uma interação só pode lograr êxito à medida que os envolvidos cheguem a um consenso uns com os outros; e esse consenso, por sua vez, depende de posicionamentos do tipo sim/não em face de pretensões potencialmente baseadas em razões.<sup>519</sup>

Haveria uma distinção entre a atitude do observador externo a uma dada cultura - p.ex., a do antropólogo -, e a ação orientada apenas ao entendimento (ação comunicativa). O observador externo não busca consenso; o que deve ocorrer quanto a todos participantes do discurso.<sup>520</sup>

Percebe-se, pois, que Habermas ainda se ampara em uma concepção dualista de ciência (à semelhança de Rickert, Windelband e Wilhelm Dilthey): ciências empíricas *versus* ciências axiológicas. Ele lamenta, porém, que alguns teóricos tenham concebido o *zu verstehen* (compreender), próprio das ciências humanas, como uma espécie de empatia ou de mero intuicionismo.

Ele menciona, ademais, a dupla hermenêutica (duplicidade de estrutura): o sujeito é senhor da sua história, mas nos limites dados pelas estruturas subjacentes, para cuja existência ele também contribui com a sua ação.<sup>521</sup>

Giddens fala de uma hermenêutica dupla porque nas ciências sociais os problemas do compreender não entram em cena só por meio da dependência da descrição de dados em relação à teoria e por meio da

<sup>517</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 200.

<sup>518</sup> Idem, p. 203.

<sup>519</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>520</sup> Idem, p. 206-207.

<sup>521</sup> Como dizia Karl Marx, "Os homens fazem a sua própria história, mas não a fazem segundo a sua livre vontade; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado." MARX, Karl. **O 18 de Brumário de Louis Bonaparte**. Disponível na internet: < <http://www.marxists.org/portugues/marx/1852/brumario/cap01.htm>>, acesso em 11.11.2013.

dependência das linguagens teóricas em relação ao paradigma; aqui, uma problemática do compreender já surge abaixo do plano da formação de teorias, ou seja, durante sua descrição teórica. Pois a experiência cotidiana que, à luz de conceitos teóricos e com auxílio de operações mensuradoras, pode ser transformada em dados científicos já está simbolicamente estruturada e inacessível à mera observação.<sup>522</sup>

O fato é que, em Habermas (tanto quanto em N. Luhmann), o sentido é a categoria sociológica fundamental; de certo modo, a sociologia é o estudo do conteúdo simbólico da interação humana, o amálgama da interação social.

A análise da 'percepção' de exteriorizações simbólicas deixa claro em que a compreensão de sentido se diferencia da percepção de objetos físicos: a primeira exige a apreensão de uma relação intersubjetiva com o sujeito que criou a exteriorização. A assim chamada teoria perceptiva do significado explica o conceito da experiência comunicativa e depara, ao fazê-lo, com o 'tema esquecido' na teoria analítica da ciência: a intersubjetividade, que no agir comunicativo se produz entre o ego e o alter ego.<sup>523</sup>

A experiência comunicativa não se compactua com a atitude solipsista. Ela exige participação em processos de entendimento, já que os significados apenas podem ser desvendados a partir de dentro (i.e., ponto de vista interno à cultura). O mundo da vida abre-se somente a um sujeito que faz uso de sua competência para a linguagem ou para a ação.

Como questionava Wittgenstein: se um leão pudesse falar, nós conseguiríamos entendê-lo? Seria possível o emprego de um tradutor? Tradutor para quem? Para o leão ou para os humanos? Enfim, sem que se compartilhe um 'mundo da vida' - um horizonte de sentidos comuns -, o entendimento recíproco é impossível.

O ego não pode simplesmente descrever uma pretensão alheia de forma neutra. Ele tem que tomar partido - avaliando-a.<sup>524</sup> "Quem pretende estabelecer um entendimento precisa submeter-se a padrões comuns com base nos quais os participantes podem decidir se firmarão um consenso."<sup>525</sup>

Quando menos, o estudioso deve tomar partido de uma forma virtual, hipotética (contrafática). Melhor dizendo, a diferença entre um leigo e um sociólogo

---

<sup>522</sup> Idem, p. 203.

<sup>523</sup> Idem, p. 212.

<sup>524</sup> Essa é a opinião de Skjerverheim, encampada por Habermas. *Op. cit.*, p. 215.

<sup>525</sup> HABERMAS. *Op. cit.*, p. 212.

seria apenas de graduação e de propósito, e jamais de conteúdo. Ao contrário do leigo, o estudioso das ciências sociais busca compreender a interação humana, de forma consistente e sistemática (a já mencionada diferença entre *doxa* e *episteme*).

Para compreender uma exteriorização e, modelarmente, uma ação de fala voltada ao entendimento, o intérprete precisa conhecer as condições de sua validade; precisa saber sob que condições a pretensão de validade vinculada a essa exteriorização é aceitável, ou seja, sob que condições ela normalmente deveria merecer o reconhecimento de um ouvinte. Só entendemos um ato de fala se sabemos o que o torna aceitável. mas de onde o intérprete deveria tirar esse conhecimento, senão do contexto da comunicação que ele observa a cada vez, ou então de contextos análogos? Ele só pode entender o significado dos atos comunicativos porque estes estão alojados no contexto de um agir orientado pelo entendimento - eis o discernimento central de Wittgenstein e o ponto de partida para a sua teoria do significado orientada pelo uso.<sup>526</sup>

Não há como alguém compreender a comunicação alheia sem supor, ao mesmo tempo, as razões pelas quais um falante defenderia a validade das suas próprias manifestações. Por conseguinte, a diferença entre interpretar a interação alheia e tomar parte nela é muito tênue: "A descrição de razões exige *eo ipso* uma valoração mesmo quando aquele que faz a descrição se encontra, naquele momento, sem condições de julgar a consistência dessa descrição."<sup>527</sup>

Uma vez mais: no que toca às ciências humanas, o estudioso deve se envolver em uma participação comunicativa, ainda que seja de modo virtual. Não há como julgar valores alheios, senão mediante comparação com os próprios.

O pesquisador deve atuar orientado por pretensões de validade, ao mesmo tempo em que neutraliza "essa sua interpretação racional he custaria assumir um *status* de observador que privilegiaria a objetivação; a partir daí, no entanto, os nexos internos de sentido são totalmente inacessíveis. Portanto, subsiste um *nexo fundamental entre a compreensão de ações comunicativas e as interpretações em princípio racionais*."<sup>528</sup>

Trata-se de uma latente assimetria entre a conduta do agente social e a interpretação dispensada pelo pesquisador. "Nós, observadores, no caso de uma interpretação racional, recorreremos a uma competência julgadora contra a qual o próprio ator não pode interpor recurso algum."<sup>529</sup>

<sup>526</sup> Idem, p. 215.

<sup>527</sup> Idem, p. 217.

<sup>528</sup> Idem, p. 220. Itálicos do autor.

<sup>529</sup> Idem, p. 220.

Mas o fato é que o cientista não está imune ao objeto do que estuda: o pesquisador também tem seus preconceitos e valores – truísmo que deve ser dito.

Para poder explicar o agir humano, o cientista precisa perguntar que modelo de ser individual se pode construir e que conteúdos típicos devem ser atribuídos a ele para que os fatos observados sejam explicados como resultado da atividade de tal indivíduo em um contexto apreensível. O cumprimento desse postulado garante a possibilidade de remeter todo tipo de agir humano ou seu postulado ao sentido subjetivo que esse agir ou seu resultado tiveram para o ator.<sup>530</sup>

Ora, o estudioso deve descrever o mundo cotidiano (do qual também faz parte - o cientista está implicado no seu objeto de estudo). Por outro lado, os conceitos teóricos se associam, nesse âmbito, aos 'conceitos-leigos', pré-teóricos, obtidos junto ao senso comum.

Parece que o pesquisador teria que apenas depurar aquilo que é conhecido por todos. Ele apenas criaria uma linguagem artificial, conceito e classificações. Mas isso revelar-se-ia insuficiente.<sup>531</sup>

Habermas critica em Alfred Schütz, porém, essa tentativa de simplesmente trocar um posicionamento interessado (a do participante da vida social) por uma atitude neutra e científica (a do sociólogo). Para J. Habermas, porém, não há como o cientista evadir-se para um mundo idealizado, de onde pudesse apreciar a realidade à distância.<sup>532</sup>

Fazer ciência social é lidar com o poder. Não há como ser neutro...

De Garfinkel, Habermas colhe as 'expressões deíticas' (lá, aqui, aquele, este etc.). Nesse âmbito, o contexto possui um relevo extraordinário, dado que essas expressões apenas ganham sentido por remissão direta a algo (esse ou aquele objeto): "Quando descreve interações, o observador não pode evitar a construção de um modelo subjacente que, como contexto imprescindível, serve para ver o que as situações as ações 'realmente' são; por sua vez, essas mesmas situações e ações são um recurso imprescindível para determinar o que o contexto 'realmente' é."<sup>533</sup>

Essa presença incontornável de preconceitos acaba gerando, todavia, um problema de demarcação: não haveria diferença substancial entre o conhecimento científico e o conhecimento leigo (com o que Habermas não concorda).

<sup>530</sup> SCHÜTZ, Alfred *apud* HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 228-229.

<sup>531</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 229.

<sup>532</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 232.

<sup>533</sup> WILSON, Thomas P. *apud* HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 236.

Para escapar à consequência de um relativismo autodestrutivo, faz-se tentativa de embotar o dilema por meio da trivialização. Os representantes da sociologia convencional não hesitam em adotar uma exigência que, seja como for, situa-se na linha de seus ideais de objetividade: os métodos de pesquisa precisam ser melhorados de modo que as teorias cotidianas deixem de se imiscuir irrefletidamente nas mensurações.<sup>534</sup>

Para Husserl, o cientista teria uma espécie de acesso privilegiado a tais objetos culturais (por vivenciá-los). Diz Habermas, por seu turno, que "O intérprete entende o significado de um texto na mesma medida em que obtém clareza sobre por que o autor se sente autorizado a propor determinadas asserções (como verdadeiras), reconhecer determinados valores e normas (como corretos) e externar determinadas vivências (como verazes)."<sup>535</sup>

O intérprete não poderá entender o teor de significado de um texto enquanto não estiver em condições de atualizar as razões que o autor poderia ter apresentado sob circunstâncias apropriadas. Em alguns casos, deve-se suspender o julgamento, esperando pelas justificativas ofertadas pelo ator social.

Trata-se do 'recurso prévio à pretensão', categoria de Hans Gadamer: "O intérprete precisa supor que o texto legado, apesar de sua inacessibilidade inicial ao intérprete representa uma exteriorização racional, isto é, uma exteriorização passível de fundamentação, sob determinadas pressuposições."<sup>536</sup>

"Compreender significa primeiro entranhar-se em alguma coisa para entendê-la; e só secundariamente, destacar e entender a opinião do outro como tal. A primeira de todas as condições hermenêuticas continua sendo a pré-compreensão, que provém de ter-a-ver com a coisa mesma."<sup>537</sup>

Toda interpretação bem-sucedida é acompanhada da expectativa de que o autor e seus destinatários possam partilhar a compreensão que temos do texto deles, bastando para isso que seja transposta a 'distância temporal' por meio de um processo de aprendizagem complementar ao nosso procedimento interpretativo.<sup>538</sup>

Gadamer promoveu uma virada unilateral no modelo interpretativo do compreender. O discípulo de Heidegger não teria atribuído, todavia, o devido peso

<sup>534</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 237.

<sup>535</sup> Idem, p. 246.

<sup>536</sup> Idem, p. 248.

<sup>537</sup> Idem, p. 249.

<sup>538</sup> Idem, p. 249.



ao fato de que o autor da obra também deve aprender algo com o intérprete.

"Gadamer continua apegado à experiência do filólogo que trabalha com textos clássicos - e clássico é o que se sustenta em face da crítica histórica."<sup>539</sup> Ele teria partido da premissa de que o saber presente no *interpretandum* seria sempre superior ao intérprete - o que Habermas não aceita.

O saber ocidental seria superior - no que toca à sua racionalidade - à prática dos azandes, alvo do estudo de Evans-Pritchard, segundo as premissas acima detalhadas (decorrentes, no fundo, da teoria de Karl Popper).

O benefício metodológico da hermenêutica filosófica pode ser resumido brevemente como a seguir:

- o intérprete só pode esclarecer o significado de uma exteriorização simbólica enquanto participante virtual no processo de entendimento entre os imediatamente envolvidos;
- embora o posicionamento performativo vincule-o à pré-compreensão da situação hermenêutica de partida,
- essa vinculação não precisa restringir a validade da sua interpretação;
- porque o intérprete pode fazer uso da estrutura interna racional do agir orientado pelo entendimento, além de recorrer reflexivamente à competência julgadora de um participante imputável da comunicação,
- a fim de relacionar o mundo da vida do autor e seus contemporâneos a seu próprio mundo da vida
- e então reconstruir o significado do *interpretandum* como substância objetiva (julgada ao menos de forma implícita) de uma exteriorização criticável.<sup>540</sup>

De todo modo, a hermenêutica teria contribuído para a percepção de que toda compreensão demanda uma pretensão de validade (uma tomada de posição frente ao que se interpreta) e também depende da tradição na qual o estudioso se encontra.

### 3.2.10. Razão calculadora instrumental:

O filósofo de Frankfurt também examina a teoria da racionalização social de Max Weber, quem concebeu a modernização da sociedade europeia como resultado de um processo de racionalização universal-histórico. Ou seja: como o produto de lentos processos de desencantamento do mundo.

Ele questiona sobretudo o conceito de racionalidade, desenvolvido por Weber, isto é, questiona a 'razão calculadora instrumental' (mera seleção e

---

<sup>539</sup> Idem, p. 250.

<sup>540</sup> Idem, p. 251.

adequação de meios para fins dados. Uma razão que não questiona os fins últimos). Para Weber a máxima demonstração de comportamento racional seria a do contador e do economista: adequação das estruturas às crises de conjuntura.

Sabe-se bem que Weber temia uma reificação das relações sociais em consequência da burocratização ('os espíritos em jaulas de ferro'). Horkheimer, Adorno e Marcuse interpretaram Karl Marx pelas lentes de Weber (esse receio de que os homens fossem tomados como coisas, o fetiche da mercadoria).<sup>541</sup>

Habermas formula críticas contra essa tese:

Por um lado, vejo que tal fato se deve a impasses da teoria da ação: os conceitos de ação que Marx, Max Weber, Horkheimer e Adorno tomaram por base não são suficientemente complexos para apreender nas ações sociais todos os aspectos em que a racionalização social pode ter início. Por outro, ela está na mescla de conceitos básicos da teoria da ação e da teoria dos sistemas: a racionalização de orientações para a ação e de estruturas de mundos da vida não é a mesma coisa que o avanço da complexidade em sistemas acionais.<sup>542</sup>

Na tentativa de contextualizar Weber, Habermas menciona a obra de Condorcet (1794) e sua ingênua crença na ciência. O marquês de Condorcet adotara a matemática como o modelo máximo de racionalidade; a física como o grande saber. Supusera que, empregando-se corretamente o método científico, as virtudes morais poderiam ser obtidas e o homem chegaria a vencer a morte.

Ele concebera, porém, a perfeição como progresso (ao invés da perfeição como um simples *telos* aristotélico de 'cada coisa no seu lugar'). Daí que, para Condorcet, o grande inimigo era a superstição. Reclamara, tanto por isso, que o poder político deveria ser confiado aos cientistas, retomando a proposta do ditador-filósofo da República de Platão.

O único fundamento da credibilidade das ciências naturais é a ideia de que as leis gerais que determinam que os fenômenos, quer as conheçamos quer não, são necessárias e duradouras; e por que razão esse princípio deveria ter menor validade para o desenvolvimento das faculdades intelectuais e morais do que para os demais processos da natureza?<sup>543</sup>

Essa sua crença na superação da morte pela ciência apenas revela que Condorcet tentou contornar problemas filosóficos mais importantes (a finitude e o

---

<sup>541</sup> Idem, p. 267.

<sup>542</sup> Idem, p. 268.

<sup>543</sup> Idem, p. 273.

sentido da vida; o que seria uma vida digna?). Esses temas ficariam relegados à religião - à semelhança do que dizia o 'primeiro' Wittgenstein: "'Acerca daquilo de que se não pode falar, tem que se ficar em silêncio.'"<sup>544</sup>

Habermas menciona também a obra de Herbert Spencer e sua concepção darwinista da sociedade. Para ele, a noção de progresso não gravitaria em torno de uma evolução linear das ciências - ao contrário do que dizia Condorcet -, mas sim de uma evolução biológica das populações (seleção e evolução filogenéticas).

É nesse contexto que Habermas examina a obra de Max Weber: o problema da racionalização da cultura ocidental (o problema fundamental da sociologia, a seu ver). Max Weber atacou (a) o determinismo evolutivo, (b) o naturalismo ético e (c) o universalismo e o racionalismo das teorias evolutivas.

O determinismo evolutivo diz respeito à suposição de um historicismo - uma pretensa evolução linear da sociedade; como se a história estivesse submetida a um motor que lhe conferisse um sentido imanente. Essa concepção historicista foi criticada por Wilhelm Dilthey<sup>545</sup> e também por Karl Popper,<sup>546</sup> ainda que por miradas muito distintas (hermenêutica *versus* positivismo).

Ao contrário do que esse cientificismo supunha, não há regularidades na História. Não há como obter uma inferência nomológica que permita decodificar a evolução da cultura: "Mudanças dirigidas e cumulativamente eficientes, caso se quisesse levar a sério a crítica historicista, teriam de ser remetidas à lógica interna dos nexos de sentido ou das ideias, e não a mecanismos evolutivos de sistemas sociais; precisariam ser explicadas de maneira estruturalista e não em razão de leis da evolução social."<sup>547</sup>

Quanto ao naturalismo ético, Max Weber operava com a distinção entre fatos e valores (Kant, Windelband, Rickert e Dilthey). Ou seja, a distinção entre 'ser' e 'dever ser' - e, derivado disso, entre ciências da natureza e ciências do espírito. Carregava uma significativa desconfiança da razão prática e da racionalização de valores: não há algo como 'valores naturais' ou apriorísticos.

Quanto ao universalismo, Weber supôs ser possível a obtenção de critérios

<sup>544</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 142.

<sup>545</sup> DILTHEY, Wilhelm. **A construção do mundo histórico nas ciências humanas**. Tradução de Marco Casanova. São Paulo: Editora Unesp, 2010; DILTHEY, Wilhelm. **Introdução às ciências humanas**: tentativa de uma fundamentação para o estudo da sociedade e da história. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

<sup>546</sup> POPPER, Karl. **A Pobreza do historicismo**. Lisboa: Esfera do Caos, 2007.

<sup>547</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 282.

para a comparação de culturas (o seu conceito de 'ação racional', p.ex.). Não chegava a ser, porém, um ufanista da ciência - daí que não ele esposa as premissas do Marquês de Condorcet, acima aludido. Weber "desconfia dos processos de racionalização descurados, desligados de orientações éticas de valor, observados por ele em sociedades modernas; e isso a tal ponto que ciência e técnica perdem em sua teoria da racionalização a posição paradigmática."<sup>548</sup>

O fato é que, para Weber, o desenvolvimento do capitalismo - com a separação da esfera da empresa e da esfera da vida privada; e desenvolvimento de uma contabilidade racional - seria a máxima demonstração dessa evolução social (com a dissociação entre um direito formalizado e a moral compartilhada socialmente).<sup>549</sup> Surge com isso uma ética também formalizada, apoiada sobre princípios abstraídos. As normas passam a ser vistas como meras convenções, acessíveis à razão e passíveis de elaboração (positivação) e modificação.<sup>550</sup>

O Direito como um todo consistiria em um sistema de regras abstratas estatuídas intencionalmente, com sua subsequente aplicação a casos particulares. Trata-se da dissociação entre o sagrado e profano, presente na obra de Durkheim. Desenvolve-se, ademais, a burocracia estatal, como reflexo dessa racionalização.

J. Habermas equaciona um quadro sobre as manifestações do racionalismo - apontando as ciências modernas, universidades, economia capitalista, direito natural racional, doutrina jurídica, ética protestante, associações religiosas, família nuclear burguesa, autonomia da arte, disposição de ação e orientações de ação etc.

Max Weber consegue descrever essa modernização como racionalização social porque a atividade capitalista é talhada para o agir econômico racional, e o aparato estatal moderno, para o agir administrativo racional; ou seja, ambos são talhados para o tipo do agir racional-teleológico. Mas esse é apenas um aspecto por meio do qual não se pode negligenciar um segundo aspecto, aliás muito importante do ponto de vista metodológico. Pois Weber pretende sobretudo explicar a institucionalização do agir racional-teleológico mediante conceitos de um processo de racionalização.<sup>551</sup>

Weber também se preocupou com a questão da técnica: "Nesse sentido, toda regra e todo sistema de regras que permite um agir fidedignamente reprodutível, seja ele planejado ou habitual, presumível pelos participantes da

---

<sup>548</sup> Idem, p. 285.

<sup>549</sup> Idem, p. 296.

<sup>550</sup> Idem, p. 297.

<sup>551</sup> Idem, p. 303.

interação e calculável a partir da perspectiva do observador, é uma técnica." <sup>552</sup> Há uma técnica para todo agir - técnica para a oração, para a construção de barcos e também para a pesquisa social.

Ele amparava-se em uma latente distinção entre a racionalidade formal e a racionalidade material, conquanto não tenha promovido essa distinção de forma clara. A racionalidade formal "refere-se a decisões de sujeitos que agem segundo a racionalidade eletiva, que procuram perseguir seus interesses de acordo com preferências claras e máximas de decisão dadas, como ocorre de maneira exemplar na circulação econômica." <sup>553</sup>

A racionalidade material trata de "exigências éticas, políticas, utilitárias, hedonistas, classistas, igualitárias ou de qualquer outra natureza - para mensurar - pela via da racionalidade dos valores ou pela via material racional-teleológica - a atividade econômica, por mais 'racional' que ela seja do ponto de vista formal" <sup>554</sup>

Em questões normativas, Weber teria sido um cético: a decisão entre diferentes sistemas de valores (por mais que sejam explicados analiticamente) não pode ser fundamentada, ou seja, não pode ser motivada de maneira racional. Aproximar-se-ia, portanto, das questões de gosto individual.

A racionalidade dos valores subjacentes a preferências de ação não se mede por seu teor material, mas de acordo com qualidades formais, isto é, se eles são tão fundamentais que possam fundamentar uma forma de vida pautada por princípios. Somente valores que possam ser abstraídos e generalizados sob a forma de proposições fundamentais, que possam ser internalizados como princípios amplamente formais e aplicados de maneira procedimental têm uma força tão intensa de orientação da ação, a ponto de abranger situações individuais, imiscuir-se sistematicamente em todos os campos da vida e situar toda uma biografia, até mesmo a história de grupos sociais, sob uma ideia geradora de identidade. <sup>555</sup>

Os valores demandam compartilhamento; eles são coativos (cobram tomadas de posição por parte dos agentes). Daí que não se pode perder de vista o caráter intersubjetivo dos valores; de certo modo, eles pairam sobre os sujeitos, conquanto os valores também dependam dos sujeitos para que subsistam.

Por um lado, Weber conquista o conceito de racionalidade prática a partir de um tipo de ação que está representado na forma histórica de

<sup>552</sup> Idem. p. 307.

<sup>553</sup> WEBER, Max *apud* HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 310. Confira-se ainda p. 329.

<sup>554</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 310.

<sup>555</sup> Idem, p. 312.

uma condução de vida adequada à ética protestante e apto a conciliar as racionalidades do emprego de recursos, da consecução de propósitos e da consideração de valores. Por outro lado, confronta a racionalidade de orientações de ação a outras duas: à das perspectivas de mundo e às das esferas de valor. Os pontos de referência da racionalização cultural, ele os situa na ciência moderna, na consciência pós-tradicional moral e jurídica, e na arte autônoma. Entretanto, os fenômenos que Weber pretende explicar situam-se no plano da sociedade.<sup>556</sup>

O fato é que Max Weber não advogava irrestritamente uma posição culturalista (como aquela defendida, por exemplo, por P. Winch, acima referido). Demonstrava uma grande preocupação com o método da atividade sociológica:

O racionalismo da dominação do mundo é nosso ponto de vista, e como ele, qual fossemos uma lanterna, iluminamos um recorte da história do mundo; à medida que a nosso ver está pautado pela continuidade, tem para nós uma pretensão de correção. Pertence a nosso ponto de partida hermenêutico que não apenas surgiu de maneira contingente, mas também continua sendo um ponto de partida especial. Ao mesmo tempo, a cultura ocidental moderna é tal que todos os seres humanos de cultura podem interessar-se por ela. Por ela trouxe consigo uma nova leitura da condição cultural própria ao ser humano, uma leitura historicamente desconhecida até então. Isso faz dela não apenas um fenômeno especial, mas confere-lhe também uma posição especial.<sup>557</sup>

O importante é destacar, com Habermas, que "Algo nunca é irracional em si mesmo, mas sempre a partir de um determinado ponto de vista racional. Para quem é irreligioso, toda condução religiosa da vida é irracional, assim como toda condução ascética da vida é irracional para o hedonista; e isso por mais que ela seja uma racionalização, se medida de acordo com o valor último dela mesma."<sup>558</sup>

### 3.2.11. Relação mundo da vida e sistema:

Como já foi destacado acima, o 'mundo da vida' (*Lebenswelt*) é um conceito desenvolvido originalmente por Edmund Husserl. Metaforicamente, ele pode ser concebido como um horizonte inatingível<sup>559</sup> que se desloca enquanto o ator também

<sup>556</sup> Idem, p. 322-323.

<sup>557</sup> WEBER *apud* HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 324-325.

<sup>558</sup> Idem, p. 333.

<sup>559</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo - 2: sobre a crítica da razão funcionalista*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 225-226. Em p. 227 desse segundo volume da TAC, lê-se o que segue: "Para os participantes, a situação da

evolui: ele constitui os sujeitos, oferta valores que estão na base mais profunda da própria sociedade.<sup>560</sup>

Em cada situação, o mundo me é dado num recorte limitado; somente uma parte dele se encontra atualmente ao alcance. Porém, em torno dessa esfera se escalonam esferas de alcance reconstruível ou somente acessível, as quais apresentam, por seu turno, uma estrutura temporal e social. Além disso, só posso agir num recorte do mundo. E em torno da atual zona de operações se escalonam outras zonas de operações acessíveis e reconstruíveis, que também possuem uma estrutura temporal e social.<sup>561</sup>

Habermas harmoniza, todavia, essa categoria - própria da fenomenologia - com a ideia de sistemas, desenvolvida inicialmente por Talcott Edgar Frederick Parsons. Busca, pois, uma concepção da sociedade distribuída em dois níveis distintos: o 'mundo da vida' e o nível dos sistemas funcionais diferenciados (os quais emergiram a partir da progressiva racionalização das práticas sociais).

Segundo o professor de Frankfurt, o mundo da vida permite a transmissão dos valores culturais, a socialização, a integração social e a solidariedade. Permite também a formação de identidades pessoais (mediante o confronto entre o 'mundo subjetivo', de um lado, e o 'mundo social', de outro). Ou seja, abrange a personalidade, a sociedade e a cultura (os subsistemas da teoria de Parsons).

Apoiando-se em Max Weber e Emilè Durkheim, Jürgen Habermas sustenta que esse 'pano de fundo' teria aglutinado alguns sistemas especializados – a política, o direito, a ciência e a economia. Para Parsons e Luhmann, esses sistemas funcionariam com base em 'meios de comunicação simbolicamente generalizados' (o dinheiro e os cargos, por exemplo), que facilitariam a interação social.

---

ação constitui o centro de seu mundo da vida; ela é dotada de um horizonte móvel porque *aponta para* a complexidade do mundo da vida. De certo modo, o mundo da vida, ao qual os participantes da comunicação pertencem, está sempre presente; porém, somente como um *pano de fundo* para uma cena atual. E tão logo tal *conjunto de referências* é introduzido numa situação, transformando-se numa parte dela, perde sua trivialidade e sua solidez inquestionável."

<sup>560</sup> Idem, p. 227 e 258. Leia-se também ANDREWS, Christina W. **Emancipação e legitimidade**, p. 33: "O pano de fundo da racionalidade comunicativa é o 'mundo-da-vida', conceito que vem da Fenomenologia e é definido como o conjunto das interpretações não problemáticas a partir das quais reivindicações de validade são apresentadas, debatidas, aceitas ou rejeitadas. Em uma visão de mundo descentrada, os elementos interpretados que constituem o mundo-da-vida não são rígidos, mas permitem que sejam problematizados e criticados." Vê-se que, para Andrews, esse é um conceito ambíguo (conjunto de interpretação 'não problematiza' que podem ser problematiza!).

<sup>561</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo - 2**, p. 235. Leia-se também HABERMAS, Jürgen. Preleções para uma fundamentação linguística da Sociologia *in* HABERMAS, Jürgen. **Jürgen Habermas: Obras escolhidas. Volume I. Fundamentação linguística da filosofia**. Lisboa: Edições 70, p. 57-58.

Quanto à origem dos sistemas, Habermas invoca a lição de Durkheim.

Sua constituição não consiste na repetição de segmentos semelhantes ou homogêneos, mas num sistema de órgãos diferenciados, cada um deles dotado de um papel específico. Em analogia com os elementos sociais, dotados de uma natureza diferenciada e ordenados de várias maneiras, as sociedades não se justapõem linearmente como os anéis de um organismo de uma minhoca, nem se encaixam entre si: ela se relacionam e se subordinam entre si tendo em vista um órgão central que exerce um efeito equilibrador com o resto do organismo. O caráter desse órgão não se assemelha ao do caso anterior; pois aqui, além de outros dependerem dele, ele também depende deles. Sem dúvida alguma, ele possui, ainda assim, uma posição especial e mesmo privilegiada.<sup>562</sup>

Habermas dissecou, como se percebe, a fórmula 'AGIL' - desenvolvida por Parsons - *Adaptation* (adaptação), *Goal Attainment* (obtenção de fins), *Integration* (harmonização social), *Latency* (manutenção de padrões culturais). Ou seja, os subsistemas da economia (i.e., relação sociedade/natureza), da política (definição de metas), subsistema social (socialização/integração) e da cultura (estoque de saberes compartilhados coletivamente).<sup>563</sup>

Habermas parece ter alocado o *latency* no âmbito da categoria 'mundo da vida', reconhecendo e preservando as demais categorias, i.e., os demais subsistemas da analítica parsoniana. Ao que releva, ele também emprega esses conceitos para evidenciar que, na modernidade, o *Lebenswelt* estaria sendo colonizado, invadido pela lógica tecnocrática própria aos microssistemas.

Trata-se daquilo que Max Weber havia delimitado como a 'perda da liberdade',<sup>564</sup> e que também pode ser associado - com algumas cautelas - ao poder disciplinar evidenciado por Michel Foucault. Os espíritos são aprisionados em uma jaula de ferro, não mais encontrando sentidos para a ação: há uma espécie de derrogação da razão material pela razão calculadora instrumental.

### 3.2.12. Ainda a razão comunicativa:

Percebe-se, destarte, que Jürgen Habermas vislumbra, na ideia de uma 'razão comunicativa' - i.e., uma ação orientada apenas ao entendimento -, uma

<sup>562</sup> DURKHEIM *apud* HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 208-209.

<sup>563</sup> Sobre a teoria da ação em Parsons (diagrama A.G.I.L.), leia-se ALMARAZ, José. **La teoría sociológica de Talcott Parsons**, p. 390-419.

<sup>564</sup> *Idem*, p. 548 e ss.



ferramenta útil para a obtenção de uma 'sociedade aberta', nos termos esgrimidos pelo positivista Karl Popper.<sup>565</sup> É fato que, caso se entenda o consenso como um 'fim', a ação comunicativa não deixa de ser uma ação teleológica...

Ela se funda na igualdade: no reconhecimento do outro como alguém digno de respeito (e não como mero instrumento ou 'coisa', tal como ocorre no âmbito da lógica estratégica). O entendimento demanda a conjugação da subjetividade com o 'mundo social', a fim de que o melhor argumento prevaleça.

O melhor argumento deve prevalecer - acredita Habermas - apenas por força das suas virtudes internas, eis que a ação comunicativa não se coaduna com coações de qualquer ordem. A sua teoria não tolera, pois, o abuso da autoridade e as assimetrias discursivas (a suposição de que alguém teria o melhor argumento apenas por ser o pastor, o juiz, o professor, o pai etc.).

As comunicações cotidianas são trazidas do contexto de exigências de fundamentação partilhadas, de tal modo que nasce então sobretudo uma necessidade de comunicação, quando as opiniões e pontos de vista dos sujeitos julgando e decidindo independentemente devem ser tomadas em uníssono. A necessidade prática de coordenar planos de ação proporciona em todo o caso a esperança do participante da comunicação de que os destinatários tomem posição, logo assumam um perfil claro em relação a suas próprias exigências de validade. Estes esperam uma reação afirmativa ou negativa, que conta como resposta, porque somente o reconhecimento intersubjetivo de exigências de validade criticáveis provoca o tipo de generalidade pela qual as obrigações fidedignas com consequências relevantes para a interação se deixam fundamentar para ambos os lados.<sup>566</sup>

Muito embora essa situação idealizada se traduza apenas em um construto regulativo,<sup>567</sup> ela oferece critérios para se avaliar um procedimento discursivo (maior ou menor observância dos seus critérios). Como explicita Jovino Pizzi, deve-se

<sup>565</sup> POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos - tomo I: o fascínio de Platão**. 3. ed. Tradução de Milton Amado. São Paulo: Edusp, 1987, p. 184 e ss.

<sup>566</sup> HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Tradução de Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 105.

<sup>567</sup> PIZZI, Jovino. **O conteúdo moral do agir comunicativo**, p. 147-148: As condições ideais de fala representam "uma virtualização hipotética do entendimento linguístico, pois o discurso se ergue como uma ilha no oceano da práxis cotidiana. A situação ideal 'não é nenhum fenômeno empírico, nem uma simples hipótese, mas uma suposição inevitável reciprocamente realizada nos discursos.' A situação ideal, ainda que nunca possa existir de fato - pois se refere a 'formas improváveis de comunicação' -, oferece as condições que permitem antecipar o consenso comunicativo. Esse consenso é fruto da resolução discursiva, em que todos têm as mesmas oportunidades para expressar sentimentos, opiniões, intenções etc. Refere-se, portanto, a uma possibilidade, ou seja, a uma instância de apelação do agir cotidiano, a qual, por assim dizer, todos são obrigados a supor, para que sejam cumpridas as condições imprescindíveis (formais) para o consenso, linguisticamente mediado, se se deseja o sentido da argumentação."

atentar para os seguintes requisitos:

- 1) Todos os participantes potenciais em um discurso devem ter a mesma oportunidade de empregar atos de fala comunicativos, de modo que, em qualquer momento, tenham a oportunidade de ensejar um discurso como de perpetuá-lo mediante intervenções, réplicas, perguntas e respostas.
- 2) Todos os participantes no discurso devem possuir igual oportunidade de fazer interpretações, afirmações, recomendações, dar explicações e justificações e, ainda, de problematizar, arrazoar ou refutar suas pretensões de validade, de modo que, na sua trajetória, nenhum prejuízo permaneça subtraído da tematização e da crítica.
- 3) Para o discurso são apenas admitidos falantes enquanto agentes, ou seja, nos contextos da ação, eles devem ter iguais oportunidades de empregar atos de fala representativos, isto é, de expressar suas atitudes, sentimentos e desejos.
- 4) Para o discurso são apenas admitidos como falantes os agentes que tenham a mesma oportunidade de empregar atos de fala regulativos, ou seja, de ordenar, opor-se, permitir e proibir, de fazer e retirar promessas, de dar razão e exigí-la.<sup>568</sup>

Sintetiza Jürgen Habermas, "No agir comunicativo, os participantes tentam realizar consensualmente seus planos tomando como base uma definição comum da situação. E, quando se torna necessário negociar uma definição comum da situação ou quando fracassam as tentativas de entendimento no quadro de definições comuns da situação, a obtenção do consenso, que normalmente é condição para a persecução de um objetivo, pode se transformar em um fim."<sup>569</sup>

### 3.2.13. E o concurso de crimes diante disso tudo?

Apresentados os tópicos principais da complexa teoria habermasiana, pode-se questionar o relevo disso tudo para o problema do concurso de crimes. Afinal de contas, qual a necessidade de se analisar os dois tomos da TAC, quando em causa um problema de dogmática penal?

Ora, Habermas oferece um conjunto de categorias de extrema importância para essa tese. De partida, evidencia que - conquanto o projeto iluminista possa ser criticado<sup>570</sup> -, a busca da racionalidade não é um projeto fadado ao fracasso.

<sup>568</sup> PIZZI, Jovino. *Op. cit.*, p. 150.

<sup>569</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo - 2*, p. 233.

<sup>570</sup> A *Aufklärung* pode ser criticada sob distintos holofotes. Por um lado, Horkheimer e Adorno destacam as aporias de uma razão meramente instrumental - a razão calculadora cartesiana -, destinada a adequar meios aos fins dados (mas sem colocar esses próprios fins em questão!). A razão calculadora tenderia ao ritualismo, ao espírito em jaulas de ferro, como dizia Max Weber. O discurso da razão também pode ser criticado com base em Foucault, ao evidenciar as *podendo origo*

Ele advoga um conceito bastante importante de ação - suscetível de ser apropriado pela dogmática penal. De partida, enfatiza que a ação não é o mesmo que o mero movimento corpóreo, ainda que alegue que esse movimento pode ser o molde no qual a ação se manifesta.

Jürgen Habermas preserva o conceito de 'ações-básicas', desenvolvido pelo filósofo analítico Arthur Danto, mas o toma como mero substrato.

A ação humana envolve uma elevada carga simbólica - uma atribuição de intenção ao agente (uma suposição de sentido). Há uma significativa diferença entre a conduta de se levantar o braço por mero espasmo e a conduta de se levantar o braço para se cumprimentar ou ameaçar alguém.

A mera observação objetiva de movimentos corpóreos, sem a atribuição de sentido, não permite compreender efetivamente a 'ação para fins penais'. Tampouco basta, por outro lado, a mera perquirição sobre o 'mundo subjetivo' do agente, sobre sua intenção - ao contrário, pois, do que acreditava Hans Welzel.

E isso pela razão singela de que o sentido é compartilhado socialmente. A intenção é importantíssima; mas, de igual modo, deve-se buscar um significado comungado pelos outros falantes (a interpretação que o agente atribui ao próprio ato não é suficiente para delimitar totalmente o sentido envolvido).

Em outras palavras, deve-se conjugar esses três vetores:

(a) o mundo dos fatos - sobremodo no que diz respeito aos nexos causais, à semelhança do que ocorre nos crimes comissivos de resultado;

(b) o mundo subjetivo - as intenções do agente, o sentido que atribui ao que faz; o que toca de perto problemas de cognição do seu contexto empírico e também compreensão das normas - abstraídos problemas de prova; e

(c) o mundo intersubjetivo - que toca aos significados compartilhados socialmente - qual o sentido inexorável de determinadas condutas, por força da coação externa exercida pela cultura?

Isso corresponde, grosso modo, às pretensões de verdade, autenticidade e retidão normativa, detalhadas por J. Habermas.

Facilmente se percebe que esses três conjuntos guardam semelhança com três importantes conceitos de ação penal: (a) ação causalista - modelo Liszt/Beling -,

---

(as origens vergonhosas) daquilo que se imagina puro, limpo, organizado e belo. A razão é fruto também de práticas de expropriação do 'tempo de vida' alheio; ela leva ao adestramento de corpos dóceis. Para Robert Kurtz e Walter Benjamin, o iluminismo eclode em uma razão sangrenta, em que os genocídios parecem ser a contraface do pretense progresso.

para o qual a ação seria a alteração da realidade empírica, deflagrada pela vontade (ou seja, mera enervação física); (b) ação finalista - modelo de Hans Welzel (para quem o importante seria a intervenção causal na realidade empírica, mas condicionada pela finalidade do agente); e (c) a teoria social da ação - modelo Jescheck e Eberhard Schmidt (reação coletiva à atuação individual).

Isso já denota, portanto, o relevo da TAC para essa tese. Longe de algum ecletismo grosseiro, essa análise evidencia o caráter complementar - mutuamente imbricado - dos distintos conceitos empregados até o momento.<sup>571</sup>

Jürgen Habermas também contribui decisivamente com o tema da interpretação jurídica, eis que formula critérios para análise da validade do discurso (a sua alusão a um auditório universal - à semelhança de Pierce, Perelman e Olbrechts-Tyteca). Com isso, ele almeja um construto regulativo - i.e., contrafático - que confira uma objetividade mínima a questões valorativas.

Ele também desenvolve o critério contrafático das 'condições ideais de fala', que serve de métrica para aferir a maior ou menor racionalidade dialógica de um discurso. Esses dois critérios terão relevo, no presente âmbito, quando for examinada a interpretação das fontes normativas penais (necessária para o exame de temas eminentemente valorativos como a consunção, o reconhecimento de comportamentos copenados etc.).

### 3.3. Breve confronto - Habermas *versus* Luhmann.

Como facilmente se percebe, ambas as concepções teóricas são densas.

Luhmann e Habermas desenvolveram categorias que permitem uma compreensão da sociedade como um todo; têm em comum a elevada erudição, transitando pelos campos da ciência política, semiótica, teoria da comunicação, antropologia, direito, arte e religião.

---

<sup>571</sup> Como será detalhado adiante, esse caráter complementar dos distintos conceitos de ação foi defendido por Daniel Lagier (alvo das críticas de José Antonio Ramos Vázquez). Confira-se LAGIER, Daniel González. **Las paradojas de la acción**. 2. Ed. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 80, traduziu-se: "O anterior, de novo, permite pensar a possibilidade se considerar a teoria causal, a teoria final ou a teoria social (incluindo a teoria da ação como significado, de Tomás Vives), não como sendo três teorias (ou grupos de teorias) contrapostas; senão como concepções que apontam a três aspectos das ações a que chamamos, no capítulo anterior, de ato-básico, ato-resultado e ato-consequência." Leis-se também VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**, p. 345-368. A questão está em saber se o 'sentido' - o significado - é algo suficiente para se tratar dos problemas do concurso, ou se, pelo contrário, ele deve ser conjugado com um critério fisiológico (as ações básicas, por exemplo)?

Tanto por isso, é arriscada essa tentativa de contrapô-los.

Esse embate pode suscitar resultados úteis para o tema da interpretação jurídica. Convém esclarecer que ambos se preocupam com problema do 'significado', i.e., com o problema da compreensão de mundo. E aqui, nessa tese, não se advoga uma concepção meramente burocrática da aplicação da lei.

Cabe, aqui, todavia, apenas uma breve comparação quanto aos pontos mais destacados. De partida, deve-se aludir à avaliação de J. Habermas faz da teoria sistêmica no capítulo final da sua obra 'O discurso filosófico da modernidade'.<sup>572</sup>

Para Habermas, a teoria sistêmica luhmanniana deveria ser associada aos problemas da filosofia da consciência (Kant a Husserl), ao invés propriamente da tradição sociológica iniciada com Augusto Comte.<sup>573</sup>

Ele enfatiza que "Essa teoria dos sistemas não conduz a sociologia ao caminho seguro da ciência; pelo contrário, apresenta-se como a sucessora de uma filosofia dispensada."<sup>574</sup>

A teoria sistêmica permaneceria apegada à dissociação o ente senciente e objeto cognoscível. Luhmann apenas teria alterado os personagens: ao invés do *cogito*, invocado como fundamento *inconcussum* pelo cartesianismo, ele alude ao sistema. O professor de Bielefeld simplesmente atribuiu personalidade para entes abstratos (o sistema observa; a comunicação comunica etc.).

Se se pretende substituir o conceito de sujeito do conhecimento desenvolvido de Descartes a Kant pelo conceito de sistema desenvolvido em contextos cibernéticos e biológicos, sem perder o nível conceitual, é preciso cumprir algumas modificações. A relação interior-exterior entre o sujeito cognoscente e o mundo - como a totalidade dos objetos cognoscíveis - deve ser substituída pela relação sistema-mundo circundante. O conhecimento do mundo e de si mesmo constituiu o problema referencial a que se atêm as operações da consciência do sujeito. Agora esse problema está subordinado ao da conservação e ampliação das aquisições do sistema. A auto-referencialidade do sistema é imitada daquela do sujeito. Os sistemas não podem se referir a um outro sem referir-se a si mesmos e sem assegurar-se reflexivamente de si mesmos. O 'si' do sistema distingue-se, contudo, do si do sujeito, visto que não se condensa no 'eu' do 'eu penso' aperceptivo que, segundo a formulação kantiana, tem de poder acompanhar todas as minhas representações. A teoria dos sistemas precisa manter afastadas do 'si' da auto-referência todas as conotações

<sup>572</sup> Como sabido, Habermas e Luhmann escreveram uma obra em conjunto, revesando críticas. HABERMAS, Jürgen; LUHMANN, Niklas. **Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie: Was leistet die Systemforschung?** Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1971. (em tradução livre, 'Teoria da sociedade ou tecnologia social? O que resulta da pesquisa sistêmica?').

<sup>573</sup> HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**, p. 512.

<sup>574</sup> Idem, ibidem.

de uma identidade da consciência de si, produzida por meio das operações sintéticas. A auto-referencialidade caracteriza cada operação sistêmica em seu *modus operandi*; porém, das auto-relações pontuais não decorre nenhum centro no qual o sistema como um todo se faria presente para si mesmo e saberia de si na forma de uma consciência de si. Dessa maneira, o conceito de flexibilidade é dissociado do conceito de consciência. No entanto, é necessário, nesse caso, encontrar um equivalente para o substrato de consciência daquela auto-referencialidade. A título de aquisição, correspondente à consciência, Luhmann introduz um conceito peculiar de 'sentido'. Para tanto, serve-se das descrições fenomenológicas de Husserl, nas quais o significado de uma expressão simbólica remete a uma intenção subjacente; a 'intenção' é, em relação ao 'significado', um conceito mais primordial. De modo análogo, Luhmann define o 'sentido', no plano pré-linguístico, como um contexto remissivo de possibilidades atualizáveis, referido à intencionalidade de vivências e ações. Os sujeitos capazes de consciência de si dão lugar aos sistemas que elaboram ou utilizam o sentido.<sup>575</sup>

Por conseguinte, a relação 'sistema-entorno' teria a mesma lógica da relação 'sujeito-objeto', própria da filosofia da consciência. Tratar-se-ia de algo próximo à fenomenologia do espírito, de Georg Friedrich Hegel - diz Jürgen Habermas -, com a pontual ressalva de que "A teoria de sistemas reduz os atos de conhecimento, incluindo os próprios, à operação sistêmica de sobrepujar a complexidade, privando o conhecimento de qualquer aspecto de incondicionalidade."<sup>576</sup>

Ademais, a teoria sistêmica - enquanto análise funcional da sociedade - não manifestaria um compromisso com a alteração de um *status quo* injusto; limitar-se-ia ao propósito de descrever o fenômeno social com o manejo das categorias que ela própria desenvolve. Ela estaria muito longe de ser, portanto, uma teoria crítica.

A passagem filosoficamente refletida ao paradigma do sistema tem como consequência, em quarto lugar, uma ampla revisão dos conceitos da tradição ocidental fixados sobre o Ser, o pensamento e a verdade. O quadro de referência não ontológico torna-se nítido quando se esclarece que a pesquisa da teoria dos sistemas é concebida como um subsistema (dos sistemas da ciência e da sociedade) com seu próprio mundo circundante. Neste, as relações sistema-mundo circundante

<sup>575</sup> Idem, p. 512-513. Leia-se também HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo - 2**, p. 237-238. O próprio Niklas Luhmann expressamente reconhece essa sua substituição do sujeito transcendental kantiano pela ideia de sistema, como pode ser lido em LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**, p. 50-51, com a tradução que segue: "Nesse âmbito, vale a pena recordar Kant. Ele partiu da premissa de que a multiplicidade (sob a forma de dados provenientes dos sentidos) era uma coisa dada e que a unidade deveria se constituir por meio da síntese. Sem embargo, somente mediante a problematização da complexidade o sujeito se converte em sujeito - do nexo entre multiplicidade e unidade - e não no produtor de sínteses. A teoria de sistemas rompe com esse ponto de partida, razão pela qual não necessita usar um conceito de sujeito. Substitui o sujeito pelo conceito de sistema autorreferencial. Assim, pode formular que qualquer unidade empregada no sistema (a unidade de um elemento, a de um processo, a de um sistema) deve ser constituída pelo sistema mesmo e não pode ser proveniente do entorno."

<sup>576</sup> HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**, p. 516.

dadas constituem a complexidade que a teoria de sistemas tem de apreender e reelaborar. Desse modo, são invalidadas, com um único golpe, tanto as premissas ontológicas de um mundo auto-sustentável dos entes racionalmente ordenados, quanto as premissas epistemológicas de um mundo de objetos representáveis referido aos sujeitos cognoscentes, ou as premissas semânticas de um mundo de estados de coisas existentes referido a proposições assertóricas. Todas as premissas que, na metafísica, na teoria do conhecimento ou na análise da linguagem, postulam o caráter não elidível de uma ordem cósmica, da relação sujeito-objeto ou da relação entre proposições e estados de coisas são afastadas sem discussão.<sup>577</sup>

Habermas também critica a opção 'anti-humanista' de Luhmann, para quem os seres humanos não comporiam a sociedade, pois ficariam no seu 'entorno'.

Por outro lado, os seus conceitos permitiriam muita manipulação, eis que a sua linguagem pode ser "ampliada com tanta facilidade, que pode ainda fornecer descrições novas, não apenas objetivantes, mas também objetivistas, para fenômenos sutis do mundo da vida. É preciso considerar que as teorias sociais inovadoras, juntamente com seus paradigmas, sempre estiveram ancoradas na própria sociedade e nunca pertenceram exclusivamente ao sistema científico."<sup>578</sup>

Isso levaria - prossegue Habermas - ao emprego de uma lógica organicista (metabiológica), pela qual a sociedade passa a ser compreendida como um sistema em um entorno, com outros sistemas em outros entornos (uma contínua sucessão de diferenciações, sem a preocupação com alguma essência). O modelo da célula ou dos fractais de Mandelbrot (recursividade) parecem evidentes nesse ideário.<sup>579</sup>

Destaque-se também a seguinte análise habermasiana:

Será que as tendências de burocratização, descritas por Weber, culminarão num estado orwelliano, em que todos os processos de integração, antes realizados pelos mecanismos de socialização do entendimentos linguístico - que considero fundamental -, são transferidos para mecanismos sistêmicos? E será que tal estado não

---

<sup>577</sup> Idem, p. 516-517.

<sup>578</sup> Idem, p. 533.

<sup>579</sup> Tanto por isso, em que pese Luhmann tenha manifestado preocupações democráticas, o seu modelo teórico evidencia algum apelo biopolítico, submetendo-se às críticas formuladas por Roberto Espósito, com amparo em Michel Foucault. Para Espósito (e o seu conceito de *immunitas*), não raras vezes a biopolítica se degrada em tanatopolítica. O aparato concebido para 'fazer viver' - controle das populações, aumento da expectativa de vida, erradicação das doenças - pode se convolar em matança, à exemplo dos nazifascismos (ao diferenciar entre 'componentes naturais' e 'corpos estranhos', o que resvala em racismo, xenofobia, machismo e outras ignomínias). Espósito reporta-se, para tanto, à concepção organicista de Estado, entendido como um grande corpo ou mesmo como uma célula - ilustrada com os conceitos de Rudolph Kjellen e de Jacob von Uexküll. Tanto por isso, uma concepção absolutamente funcional, que repete que cada humano é apenas uma peça em uma grande engrenagem, deve ser vista com redobradas reservas. ESPOSITO, Roberto. **Bios: biopolítica e filosofia**. Tradução de M. Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 46 e ss.

implica uma reorientação de estruturas antropológicas profundas? Tais questões ainda não encontraram respostas satisfatórias. Para mim, a fraqueza metódica de um funcionalismo sistêmico absoluto reside precisamente no fato de que ele escolhe as categorias fundamentais pressupondo que o processo, cujos inícios Weber captou, já está concluído; que a burocratização completa desumanizou a sociedade transformando-a num sistema desligado de um mundo da vida estruturado comunicativamente, o qual é rebaixado ao status de um subsistema ao lado de outros. Para Adorno, esse 'mundo administrado' constituída a visão mais assustadora; ao passo que para Luhmann ela se transformou em um pressuposto trivial.<sup>580</sup>

O próprio J. Habermas reconhece, porém, que "Luhmann foi quem melhor descreveu o modo como uma cultura reificada e transformada num mero entorno de um sistema é instrumentalizada, a fim de manter a integridade do sistema."<sup>581</sup> Esses são alguns dos elementos apontados, pelo professor de Frankfurt, na sua análise da teoria sistêmica, ao que releva para o presente trabalho.

De sua parte, no prefácio da 'Sociedade da Sociedade', Luhmann diz:

[M]eu projeto tem sido o de elaborar uma teoria da sociedade (...) Naqueles anos, na sociologia, a situação da literatura sobre o tema oferecia muito poucos pontos de referência para estimar um projeto de tal natureza como algo possível. Sobretudo porque a ambição de uma teoria da sociedade estava bloqueada por concepções neo-marxistas. Um volume resumido sobre esse tema, publicado junto com Jürgen Habermas, com o título 'Teoría da sociedade ou tecnologia social? O que resulta da investigação sistêmica? O irônico desse título é que nenhum de nós se inclinava em prol da tecnologia social, conquanto haja diferenças a respeito do modo como dever-se-ia formular uma teoria da sociedade. É muito sintomático que, na percepção pública, o lugar de uma teoria da sociedade não tem sido através da teoria, senão mediante uma discussão.<sup>582</sup>

Niklas Luhmann critica, em Habermas, o caráter normativo da sua teoria da sociedade. O professor de Frankfurt não teria descrito como a sociedade realmente se opera; mas como ela deveria funcionar.<sup>583</sup> Ele teria incorporado premissas utópicas, desconsiderando o elevado grau de complexidade da sociedade moderna.

Por outro lado, ainda segundo Luhmann, a sociologia crítica - de Marx a Habermas - teria substituído a metodologia científica pela mera comparação das "suas ambições críticas com a opinião de inimigos autoescolhidos, ainda que, dessa maneira, o juízo se estabelfaça já antes da investigação."<sup>584</sup> Ele também critica a

<sup>580</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo - vol.2**, p. 565.

<sup>581</sup> Idem, p. 558.

<sup>582</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 1. Traduziu-se.

<sup>583</sup> Idem, p. 131, 153, 265.

<sup>584</sup> Idem, p. 21.



concepção normativa de racionalidade, presente em Habermas,<sup>585</sup> eis que não corresponderia às demandas da modernidade.

Luhmann diz que, "Ao contrário do postulado pela teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, nós nos abstermos de incluir pretensões de racionalidade no conceito de comunicação."<sup>586</sup> Ou melhor, "Em Habermas, a inclusão destas pretensões leva adicionalmente ao fato de que, de toda maneira, as formas de comunicação que se furtam a tais pretensões devem ser admitidas - por mais que a teoria que vem em seu auxílio deva desvalorizá-las: por exemplo, como atuar que é apenas estratégico."<sup>587</sup>

Habermas teria empregado uma 'razão-normatizada' com o fim de solucionar o paradoxo da relação sujeito e sociedade (uma sociedade que emerge da interação entre pessoas, mas que não pode se confundir com essas mesmas pessoas).<sup>588</sup> Também critica a distinção entre sistemas e mundo da vida (sistemas e integração social) - presente na teoria da ação comunicativa - eis que esse 'pano de fundo' estaria fundado em um consenso imaginado: "Basta-nos um conceito mais reduzido da autodescrição [social], que inclua o caso do dissenso básico sobre o qual, todavia, também se pode comunicar."<sup>589</sup>

Luhmann atribui maior relevo ao receptor da informação - esposando conceito de informação de Gregory Bateson como 'a diferença que gera diferença'<sup>590</sup> -, enquanto que Habermas atribui ênfase para o emissor dos atos de fala.

Aliás, o teórico de sistemas Walter Kargl sustenta que as objeções formuladas contra a concepção lumanniana - a insurgência contra a tese de que os 'sistemas psíquicos' seriam o entorno do sistema social - estariam fundadas em preconceitos iluministas.

Ele sustenta que "caso tenham sido sinceros, em sua maioria, os críticos da teoria sociológica da autopoiesis, eles têm se preocupado pouco com as boas razões que justificam o desinteresse de Luhmann pelas teorias da ação. No lugar disso, eles têm se preocupado em manter vivo o fogo de uma figura imaginária - sujeito, pessoa, indivíduo - com a esperança de que sua simples invocação

<sup>585</sup> Idem, p. 131-132. Sobre a 'racionalidade' em Luhmann, leia-se MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier T. **Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**, p. 91-108.

<sup>586</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 153. Traduziu-se.

<sup>587</sup> Idem, ibidem. Traduziu-se.

<sup>588</sup> Idem, p. 607 e 817.

<sup>589</sup> Idem, p. 4, traduziu-se e complementou-se.

<sup>590</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 418. Luhmann, N. **La sociedad de la sociedad**, p. 239. MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier T. **Op. cit.**, p. 244-245.

mantenha controlado o *Leviathan*.<sup>591</sup>

Como é que se poderia, então, reprovar-se a Luhmann, a sua afirmação de que a teoria da ação seria um fracasso absoluto? Passo a mencionar duas razões entrelaçadas. Por um lado, o voluntarismo de toda variedade da (hoje, todavia, discutida) teoria da ação e, por outro lado, sua fundamentação na ontologia. No que respeita ao voluntarismo, este tem sua origem na função clássica da teoria da ação, que consiste em contrapor o fazer humano à estrutura determinista do mundo, passando assim a concebê-lo de outra maneira. A instância que deve fundamentar um fato destas características como indeterminado resta denominada de formas variadas como 'vontade livre', 'alma', 'razão pura', 'individualidade' ou 'consciência'. O que querem significar essas palavras não é outra coisa que o fato de que as ações humanas não se encontram 'determinadas' mediante um estado prévio do mundo ou da psique pessoal. No âmbito do Direito penal alemão foi sobretudo Hans Welzel quem introduziu um conceito da vontade que devia estar ancorada fora da conformidade a leis mecanicistas, mas dentro do mundo real. Com a fundamentação ontológica da vontade como um 'processo intencional de sentido', que se orienta de acordo com os objetos do conhecimento e não de acordo com a capacidade de conhecimento, pode ver-se-se liberada a ideia de liberdade do perigo vírus do relativismo. Com isso se tem nomeado as funções centrais das tradicionais teorias da ação: Por um lado, devem suprimir os valores e as valorações de arbitrariedade humana (=ontologia); mas, por outro lado, devem imputar ao fazer humano a falta os valores como arbítrio (=voluntarismo). Luhmann falaria aqui, na sua própria terminologia, da idoneidade das teorias da ação voluntarista para 'seguir publicamente a partitura da política criminal' e chamaria a atenção sobre o fato de que a simplificação das relações causais mediante a imputação de culpabilidade proporciona informações, aos eleitores, que correspondem com o nível da linguagem de seus mecanismos de bode expiatório com que estão familiarizados na prática cotidiana. Com razão Luhmann se refere de forma reiterada a que as teorias da ação aparecem por trás das concepções do avanço científico (por exemplo, a teoria da atribuição, da cibernética, da etnometodologia etc.) quando elas julgam somente as ações pelos motivos individuais, os problemas da condução social pelas anomalias psíquicas e as comunicações pelos autores individuais. Como revela, de forma especial, o exemplo do Direito penal, Luhmann tem razão inclusive até quando afirma que 'a imputação de consequências a pessoa serve de proteção de estruturas latentes'.<sup>592</sup>

Ou seja, o professor de Bielefeld renuncia a uma 'teoria da ação social' em prol de uma concepção mais abstrata (fundada apenas na comunicação, dissecada em três elementos: informação, dar-a-conhecer e compreender a diferença entre informação e dar-a-conhecer).

Em outras palavras, a 'ação social' seria, para Luhmann, uma espécie de

<sup>591</sup> KAGL, Walter. ¿Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad? Una crítica a la crítica contra la concepción sociológica del derecho como sistema autopoiético in DÍEZ, Carlos Gómez-Jara *et al.* **Teoría de sistemas y Derecho Penal**, p. 50, traduziu-se.

<sup>592</sup> Idem, p. 50-51, traduziu-se.

invenção do próprio sistema social, com a função de pontuar e encadear operações comunitivas.<sup>593</sup> Ele abandona qualquer pretensão ontológica, como se vê.

De significativo relevo é, de toda sorte, a contraposição estabelecida por Poul Kjaer,<sup>594</sup> quem sustenta ser possível a conjugação dos esforços luhmannianos e habermasianos em prol de uma 'teoria sistêmica crítica' (*critical systems theory*).

Ele sustenta o seguinte:

Esse artigo elabora oito hipóteses: 1. A diferença central entre as posições teóricas de Habermas e de Luhmann pode ser reduzida a uma diferença na avaliação do caráter 'temporário' das operações sociais; 2. A posição de Habermas é baseada no conceito de 'mundo da vida'; mas o seu conceito carece de consistência lógica; 3. O conceito de reiteração, apresentado por Luhmann como uma alternativa ao conceito de 'mundo da vida', detém maior rigor lógico; 4. A elaboração teórica de Luhmann falha, contudo, na tentativa de evidenciar a importância do contexto para a constituição do fenômeno social, o que reduz significativamente a sua força; 5. Essa insuficiência pode ser traçada até a tentativa de Luhmann para deduzir a teoria de sistemas da tradição idealista alemã - o que ele promoveu por meio de uma sofisticada estratégia de automistificação, procurando apresentar a teoria de sistemas como uma nova teoria, sem conexão com nenhuma tradição do pensamento social. De modo fundamental, na construção dessa mitologia, foi o conceito de paradoxo; 6. Removendo essa automistificação, as ferramentas da teoria social de Luhmann podem ser usadas para promover uma diferença radical na perspectiva de mundo, abandonando a espécie de ceticismo dominante na última teoria de sistemas de Luhmann, mantendo acordo com a tradição idealista alemã da qual essa teoria inicialmente emergiu; 7. Consequentemente, as teorias jurídicas de Luhmann e Habermas podem ser vistas como possuindo uma base comum na tradição idealista alemã, a qual fornece uma base estrutural para a sua conversão; 8. Uma tal conversão permite que ambas as teorias sejam compreendidas como complementares, na medida em que a mais recente teoria do discurso de Habermas se tornou uma superestrutura para a teoria descritiva da sociedade, elaborada por Luhmann.<sup>595</sup>

Poul Kjaer enfatiza que, para Luhmann, o problema central é a sua complexa noção de tempo - como se fosse mera questão de observação (tudo quanto acontece ocorre simultaneamente).<sup>596</sup> Apenas o observador poderia criar assimetrias, definindo o que vem antes, o que vem depois (!).

Para Jürgen Habermas, parece ter maior peso a ideia de 'dupla

<sup>593</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**, p. 97-98, 120, 134 e 162. LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**, p. 42. MANSILLA, Dário R.; NAFARRETE, Javier Torres. *Op. cit.*, p. 69 e ss.

<sup>594</sup> KJAER, Poul. Systems in context: on the outcome of the Habermas-Luhmann debate in *Ancilla Iuris*, 2006, p. 666-77, disponível na internet: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1489908](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1489908)>, acesso em 25.11.2013.

<sup>595</sup> Idem, p. 67, traduziu-se.

<sup>596</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**, p. 93-95. LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria de sistemas**, p. 205-227.

hermenêutica' - i.e., a noção de que as ações sociais emergem na interrelação entre estrutura (coação externa) e atuação subjetiva (atores sociais).

O conceito de 'mundo da vida' de J. Habermas está incumbido da função de ser, a um só tempo, o fundamento em que os sistemas funcionais emergem (economia, política, direito etc.) e também um horizonte dinâmico, que se move à medida em que evolui o observador (paralaxe).<sup>597</sup>

De acordo com Luhmann, esse conceito de 'mundo da vida' é baseado em um paradoxo. Isso porque o 'mundo da vida' não pode ser o terreno firme no qual todos os observadores e ações se desdobram e, ao mesmo tempo, um horizonte infinito que é simplesmente o MUNDO: isso não pode ser movível, se é firme; e se é firme, não pode ser movível. Conseqüentemente, Luhmann apresenta uma formulação alternativa do problema, substituição o conceito metafórico do horizonte e de fundamento com uma distinção entre familiaridade e 'não-familiaridade' (*Vertrautem/Unvertrautem*). Agora, a familiaridade representa o terreno (*ground*), e a 'não-familiaridade' representa o horizonte, evitando, assim, as contradições inerentes na oposição enganosa entre o estático e o dinâmico como encontrado no conceito de 'mundo da vida' de Husserl e Habermas.<sup>598</sup>

Em Luhmann, o conceito de *condensation*, extraído da obra de George Spencer Brown, exerce essa função de 'mundo da vida'. Em outras palavras, a ideia de reiteração das observações, de modo que uma primeira observação se consolida - surgindo com isso a noção de 'identidade', 'familiaridade' e de 'tradição'.

Atente-se para a conclusão de Poul Kjaer, quem advoga a fusão dessas duas concepções sobre a sociedade:

Em suma, um resultado do debate entre Luhmann e Habermas é que a mais recente teoria do discurso de Habermas pode ser considerada como uma superestrutura normativa para a teoria descritiva da sociedade, desenvolvida por Luhmann. Mas uma segunda conclusão é que, além da tendência de convergência desses dois complexos teóricos, uma completa fusão, por meio do desenvolvimento de uma completa teoria 'inter-sistêmica' e 'crítica', poderia fornecer uma base viável para maiores desenvolvimentos teóricos. Uma tal teoria poderia providenciar um quadro ótimo para a reformulação da teoria jurídica.<sup>599</sup>

Mais adiante, alguns desses *insights*, proporcionados pela teoria da ação comunicativa e também pela teoria sistêmica serão empregados - sobretudo no que toca à questão da interpretação judicial, racionalidade das sentenças e problemas

<sup>597</sup> KJAER, Poul. *Op. cit.*, p. 69.

<sup>598</sup> Idem, p. 70.

<sup>599</sup> Idem, p. 77.

próprios à teoria do concurso.

### 3.4. Habermas, Luhmann - decisão judicial e concurso de crimes:

Não é o caso se seguir um determinado filósofo em todas as conclusões; não há como ser absolutamente fiel a um único marco teórico. O que se exige é a correção das premissas e coerência no desenvolvimento.

Isso significa que a conjugação dessas duas concepções não pode ser descartada, no que ambas têm de compatível entre si. Sem dúvida que isso há de ser promovido com cautelas - muitas cautelas! - a fim de que não se crie uma espécie de *Frankenstein* teórico.

Essa tese não é animada pela pretensão filosófica mais profunda, de aferir se algum desses autores realmente possui razão em todas as suas análises. Sequer é o caso de se fazer um balanço provisório de obras tão instigantes e densas, o que exigiria um esforço considerável.

O confronto acima demonstra, contudo, que o problema do concurso de crimes está situado em um pano de fundo altamente complexo. Um penalista que advogue uma concepção sistêmica radical provavelmente chegará a resultados distintos, no que toca ao estudo do concurso de crimes, daqueles obtidos por um penalista adepto da teoria da argumentação, por exemplo.

Ambos são empregados aqui, tanto por isso, ao estilo da 'caixa de ferramentas' - tanto quanto a alusão que M. Jiménez Redondo faz da obra de Wittgenstein: "Creio que é o que Wittgenstein disse; mas se não o disse, tanto pior para ele, pois o que acabo de dizer se sustenta por si só."<sup>600</sup>

Alguns conceitos luhmannianos serão muito importantes para essa tese: (a) a noção de 'observação', revelando que toda classificação, toda definição - inclusive a presente tese - contém 'pontos cegos', contém certa margem de irracionalidade; (b) a constatação de que o controle absoluto do intérprete é impossível;<sup>601</sup> (c) o reconhecimento da complexidade do fenômeno jurídico e sua íntima relação com a política (mediante acoplamentos estruturais); (d) a sua concepção sobre a

<sup>600</sup> REDONDO, M. Jiménez. Estudio preliminar in VIVES ANTÓN, Tomás. **Fundamentos del sistema penal**, p. 73.

<sup>601</sup> O que não significa, todavia, qualquer nihilismo ou vaticínio do arbítrio. Não se pode renunciar a tentativa de se controlar quem decide em nome alheio. Quando menos, essa tentativa deve se prestar como ideal regulativo, de modo a orientar a prática dos julgadores.

'identidade', ao revelar que, de certo modo, os nomes e as classificações recortam o mundo - uma massa amorfa - em unidades menores, a partir da tradição.

De Habermas, como já mencionado, serão úteis: (a) sua concepção sobre a ação comunicativa - enquanto atuação orientada ao consenso; (b) a sua distinção entre um 'substrato da ação', de um lado, e a 'ação-em-si', de outro; (c) as distintas pretensões de verdade (adequação, retidão normativa, sinceridade); (d) o seu critério kantiano - contrafático - de análise da validade de enunciados normativos.

Quando transportados esses postulados para o problema do concurso, a questão deixará de ser simplesmente um debate sobre 'desvalor da ação' ou 'desvalor do resultado' - quantidade de movimentos corpóreos ou quantidade de infrações à lei -, para se converter em um problema mais profundo, que tocará de perto o próprio recorte da vida em unidades e sua respectiva valoração.

O que se busca, pois, é demonstrar que esses temas estão imbricados; eles são indissociáveis! Não há como se abrir mão do exame da fisiologia - no que toca aos crimes comissivos de resultado -, eis que isso é indispensável a sua valoração social (problemas quanto ao nexa causal, por exemplo).

Quando menos, o exame do movimento corpóreo se presta como cronômetro, para se recortar unidades de ação. Anote-se, a título de exemplo, que Zaffaroni - um autor que não é causalista! - advoga que a morte de centenas de pessoas, com um lançamento de granada, seria crime único.<sup>602</sup>

Tampouco se pode descartar a análise da intenção do agente (a interpretação que ele confere à sua própria conduta) - indispensável para se distinguir lesão corporal e tentativa de homicídio - um problema infelizmente muito comum. Conquanto a 'ação' demande uma interpretação coletiva, isso é feito também mediante a busca do sentido atribuído pelo próprio autor à sua conduta.

Por fim, a existência de significados objetivos - significados compartilhados coletivamente - também se impõe. A conduta de desferir 30 facadas contra a vítima implica o dolo de homicídio, ressalvada alguma situação específica que afaste essa conclusão. No exemplo mencionado anteriormente, empunhar uma suástica sinaliza para concepções nazifascistas! Esse conteúdo é quase incontornável.

Caso alguém empunhe uma suástica e diga que desconhecia o seu significado, isso redundará em duas alternativas: (a) não está sendo sincero, dado o

---

<sup>602</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**, p. 858.

sentido forte que esse emblema ganhou frente ao genocídio da II Guerra; (b) é alguém com *deficit* na sua socialização, por não ter apreendido um significado que está na base da percepção ocidental de mundo.

Aqui, parece vigorar a regra do terceiro excluído - *tertium non datum*.

O problema redundará, pois, no reconhecimento de que as palavras não possuem 'sentido' tabelado. O sentido surge do uso - como bem evidenciou o 'segundo' Wittgenstein. Não há, porém, um único uso: a língua é ambígua; há diferentes jogos de linguagem no seio da mesma comunidade política.

Esse é um tema que será examinado mais adiante.

**IV.**

**BREVES CONSIDERAÇÕES  
SOBRE A HERMENÊUTICA E A PROPORCIONALIDADE**



#### IV. HERMENÊUTICA E PROPORCIONALIDADE - BREVES NOTAS:

A presente tese tem como pano de fundo um problema que parece ser singelo: como o juiz reconhece a presença de um concurso meramente aparente entre normas e quanto ele decide haver concurso efetivo?

As aparências enganam. Não há nada de simples nisso.

Afinal de contas, na sua base, há um problema sobre a decisão judicial. E isso envolve confronto entre valores; envolve a interpretação das fontes normativas; envolve mecanismos para se avaliar deliberações alheias.

Com efeito, no âmago da teoria do concurso encontram-se dúvidas sobre a hermenêutica criminal: quantas normas teriam sido violadas? Quantos bens jurídicos? Quais bens jurídicos?

Como interpretar os recortes históricos e também os textos legais? Como justificar a construção teórica subjacente a tais dúvidas? Há como obter alguma resposta correta e inequívoca em matéria de interpretação?

É com esse pano de fundo, por conseguinte, que se ensaia aqui a análise de duas questões muito importantes, no que toca à decisão judicial. Por um lado, será examinada a obra de Hans-Georg Gadamer - trabalho indispensável para qualquer estudo sobre a interpretação jurídica.

Logo depois, será examinado o princípio da proporcionalidade.

Almeja-se um breve lançar de olhos sobre a questão da interpretação judicial. Afinal de contas, repita-se, o tema do concurso de crimes é essencialmente hermenêutico!

##### 4.1. Breve análise da obra 'Verdade e Método-I':

Gadamer oferece uma perspectiva muito interessante para a solução das perguntas acima equacionadas. Pretende-se aqui uma precária síntese do pensamento do professor de Heidelberg, em que pese isso possa ser cansativo.

A obra 'verdade e método' foi publicada inicialmente em 1960. Nela, retomando o trabalho de Heidegger, Gadamer busca evidenciar o caráter existencial da compreensão humana (*zu verstehen*). Para tanto, ele questiona as suposições iluministas, resgatando a importância dos preconceitos, da tradição e da autoridade.

Conquanto ele trate de algumas questões procedimentais – p.ex., cuida da

abertura de espírito necessária à compreensão de uma obra; ele trata da lógica da pergunta e resposta, da necessidade de coerência/adequação na interpretação -, o fato é que o seu trabalho não é propriamente metodológico. Gadamer não almeja oferecer uma receita, uma *technè* para a arte de bem interpretar.

Ao contrário, ele tem como pano de fundo a fenomenologia heideggeriana (ontologia da faticidade) – pressupõe, portanto, que a compreensão seja um aspecto da forma como o *Dasein* se manifesta no mundo. A sua obra não tem caráter normativo, não busca dizer como deveria ser uma interpretação perfeita.

Essa advertência é fundamental.

Fica o registro, todavia, de que – por mais que ‘Verdade e Método’ trate muito mais da verdade do que, propriamente, do método – ela também serve para desfazer alguns mitos muito corriqueiros na atividade jurídica (a pretensão de se matematizar/axiomatizar a exegese, a busca da *voluntas legislatoris* etc.).

Hans-Georg Gadamer não adota uma escrita absolutamente linear. Ele retoma inúmeras vezes, ao longo do texto, temas tratados no seu início, atribuindo maior ênfase e com novos contornos (p.ex., a questão do círculo hermenêutico).

Adota-se, aqui, a seguinte sequência de exposição.

Em primeiro plano, será mencionada a análise que Gadamer faz da questão metodológica (a busca de um critério de verdade próprio às humanidades). Logo depois, será sintetizado o seu exame sobre os ‘conceitos básicos do humanismo’ – tema que diz respeito diretamente à fundamentação das ciências do espírito.

Discorre-se, na sequência, sobre a sua investigação da essência da arte. O tema é relevante na medida em que – tanto quanto ocorre com a obra de arte – o Direito também pode ser associado ao ‘jogo’. Ademais, o fato rotulado como crime é, em alguma medida, um evento singular, irrepitível,<sup>603</sup> carecendo de interpretação.

Por fim, será examinada a forma como a compreensão humana se instala: a questão do círculo hermenêutico, a fusão de horizontes, a necessidade de pré-compreensão, a reabilitação dos preconceitos, a valorização da autoridade e a dificuldade de se apartar preconceitos positivos e negativos.

---

<sup>603</sup> Quando se sustenta que o crime é algo *irrepetível* isso deve ser compreendido em termos. Significa que, enquanto evento complexo, com todas as suas circunstâncias e situação no tempo e espaço, cada comportamento é único (conquanto possam ser conduzidos a idênticas classificações ou tipos ideais: dois homicídios semelhantes, mas cada qual com todas as suas peculiaridades que o tornam únicos). Cuida-se da clássica discussão sobre os universais e o nominalismo de Guilherme de Occam, para quem não haveria gêneros, mas apenas singularidades.

#### 4.1.1. A questão do método das ciências do espírito:

Hans-Georg Gadamer retoma o problema da fundamentação das ciências do espírito – questão que tanto atormentou Kant, Hegel, Rickert, Droysen, Dilthey e outros. Ele tem consciência que, a partir do Iluminismo, as ciências da natureza – pretensamente exatas – passaram a ser o referencial do conhecimento seguro, acurado, confiável. Importa dizer: as humanidades foram então concebidas como pseudo-ciências ('ciências de segunda classe').

“As ciências do espírito compreendem a si mesmas por analogia à ciência da natureza, e isso tão decisivamente que o eco idealístico que acompanha o conceito de espírito e de ciência do espírito retrocede a um segundo plano.”<sup>604</sup>

Com isso, busou-se a aplicação forçada do método científico - método concebido para as ciências naturais - também no âmbito da história, arte, sociologia etc. Para esse ideário cientificista, as humanidades também admitiriam a busca de regularidades nomológicas, i.e., a investigação de uma lei geral da conduta humana, ou uma teoria acurada do valor.

Segundo o positivismo, a precariedade do conhecimento sobre o homem decorreria muito mais da ausência do emprego de um método correto (e correspondente insuficiência dos dados coletados), do que propriamente de alguma complexidade do objeto de estudo, segundo essa ideário.<sup>605</sup>

<sup>604</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método - I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 1997, p. 37.

<sup>605</sup> Note-se, por exemplo, que essa pretensa insuficiência do 'método' das ciências humanas foi enfatizada no Michel-Adler Report (1932). Tratou-se de um estudo patrocinado pela Universidade de Colúmbia e destinado ao *Bureau of Social Hygiene of New York City*. Em apertada síntese, naquele ano, Jerome Michael, um advogado e professor da Columbia University Law School, e Mortimer J. Adler, um conhecido professor de Filosofia na Universidade de Chicago, escreveram um relatório devastador sobre o estado da Criminologia, naquele começo de século. Esse estudo foi publicado, no ano seguinte (1933) sob o título de *Crime, Law and Social Science*. Ambos concluíram que a Criminologia careceria de verdadeiro estatuto científico. Segundo a síntese de John Laub, Michael-Adler argumentaram que (i) a pesquisa criminológica teria sido, até então, um empreendimento fútil. O trabalho dos criminólogos não teria resultado em proposições científicas sobre o fenômeno do crime; (ii) a inutilidade das pesquisas empíricas decorreria da inaptidão dos criminólogos. Logo, o desenvolvimento da ciência demandaria importação de teóricos de outros campos (propugnavam a consolidação de um instituto composto, no mínimo, por um lógico, um matemático, um estatístico, um físico teórico, um físico experimental, um economista e um criminólogo que ainda não houvesse se engajado com a pesquisa criminológica (!), a fim de que não tivesse seus vícios) e (iii) os métodos até então empregados pela Criminologia deveriam ser abandonados. Confira-se LAUB, John H. **Edwin H. Sutherland and the Michael-Adler Report: searching for the soul of Criminology seventy years later**. Disponível na internet: <http://www.crim.umd.edu/faculty/userfiles/27/laub2006.pdf>. Acesso em 01.12.2013. CERETTI, Adolfo. **El horizonte artificial**, p. 33-41. Ao que consta, em reação ao

Por conseguinte – segundo essa concepção –, uma atenta observação da realidade humana permitiria a realização de prognósticos sobre condutas futuras.

Quando ocorrem decisões livres, se as houver, estas não interrompem o curso regular, mas pertencem, elas mesmas, à generalidade e à regularidade obtida pela indução. É o ideal de uma ciência natural da sociedade, aqui desenvolvida programaticamente, e que em alguns casos gerou pesquisas exitosas. Basta pensar na psicologia de massas.<sup>606</sup>

Não obstante, o fato é que essa premissa positivista não compreende adequadamente o modo de ser das humanidades. A História busca, por exemplo, apreender um evento singular, irrepitível: o fato histórico.

“O caso individual não se limita a confirmar uma legalidade, a partir da qual, em sentido prático, se poderia fazer previsões. Seu ideal é, antes, compreender o próprio fenômeno na sua concreção singular e histórica.”<sup>607</sup>

As ciências do espírito exigem certo tato, uma espécie de intuição ou de *phronesis*, para correta compreensão do fenômeno social. Ademais, não há como o historiador ou sociólogo simplesmente desconsiderar a autoridade das fontes que o antecederam.<sup>608</sup>

Hans-Georg Gadamer busca resgatar a tese de que as humanidades seriam o verdadeiro suporte do conhecimento.<sup>609</sup> Para tanto, ele pesquisa se haveria como escapar da noção de verdade enquanto descrição de mundo (enunciados assertóricos). Ele quer superar essa ideologia que limita a verdade apenas aos métodos das ciências pretensamente exatas.

Ele se depara, nessa medida, com o problema da arte (questão estética) e – justamente para tratar desse tema -, ele discorre então sobre os ‘conceitos básicos

mencionado estudo é que Edwin Sutherland desenvolveu sua conhecida teoria da associação diferencial – uma tentativa de apresentar uma ‘lei geral da atividade delitiva’.

<sup>606</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, p. 38.

<sup>607</sup> Idem, *ibidem*. Ademais, ao contrário das ciências exatas, a História permitiria um contato direto do pesquisador com seu objeto de estudo, no qual se encontra imerso: “O historiador está unido com o seu ‘objeto’, talvez não ao modo da constatação inequívoca de um experimento, evidente por si, mas a seu modo ele está ligado ao seu ‘objeto’ através da compreensibilidade e familiaridade do mundo ético; é um modo completamente diferente do que o que une o investigador da natureza com o seu objeto. O ‘ouvir dizer’ não é aqui uma má credencial, mas a única possível.” GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, p. 294.

<sup>608</sup> Idem, p. 39. Hans-Georg Gadamer enfatiza que, no mais das vezes, os cientistas parecem descuidar do contexto histórico das suas ‘descobertas’. Melhor dizendo, poucos indagariam sobre as pré-condições filosóficas que viabilizariam mudanças paradigmáticas (menciona, para tanto, a importância que a Escola Occamista de Paris teria tido para o desenvolvimento da mecânica newtoniana).

<sup>609</sup> Idem, p. 44.

do humanismo', amparando-se sobretudo em Immanuel Kant.

#### 4.1.2. Os conceitos básicos do humanismo:

Hans-Georg Gadamer promove uma interpretação densa da obra de Kant, enfrentando a sua concepção estética. Para tanto, ele socorre-se do que denomina de 'conceitos básicos do humanismo': (a) a formação (*Bildung*); (b) o senso comum (*sensus communis*); (c) o juízo; e (d) o gosto.

Para a presente tese, ganha maior destaque a noção de gosto, na medida em que – como se destacará mais adiante –, alguns problemas tópicos (p.ex., a questão da consunção) têm conteúdo absolutamente valorativo. Não admitem, tanto por isso, uma solução acurada, exata, eis que há grande dificuldade – senão uma impossibilidade – de se racionalizar valores.

(a) A formação (*Bildung*).

Gadamer atribui grande relevo ao conceito de 'formação'- algo próximo ao conceito francês de *civilisation*. Argumenta que a palavra teria sofrido grandes alterações (eis que, inicialmente, *Bildung* teria significado 'formação natural', como a formação de membros corporais ou de montanhas). Kant não teria empregado a expressão com o conteúdo atual – i.e., a formação cultural.

Em Georg Wilhelm Friedrich Hegel e em Wilhelm von Humboldt, porém, a palavra *Bildung* teria sido associada à formação moral e cultural.

O fato de a formação (assim como a atual palavra *Formation*) designar mais o resultado desse processo de devir do que o próprio processo corresponde a uma frequente transferência do devir para o ser. Aqui a transferência é bastante evidente, pois o resultado da formação não se produz na forma de uma finalidade técnica, mas nasce do processo interior de formulação e formação, permanecendo assim em constante evolução e aperfeiçoamento.<sup>610</sup>

Em Hegel, a ideia de formação foi associada à suposição de uma natureza provisória do homem. O homem não é, por natureza, aquilo que ele deve ser – enfatiza Gadamer.<sup>611</sup> Desse modo, a formação levaria a essa obtenção da cultura; de certo modo, a *Bildung* seria indispensável para que o Espírito Absoluto hegeliano

<sup>610</sup> Idem, p. 46.

<sup>611</sup> Idem, p. 47. Essa premissa – a de que a essência do homem é essa mutação perene – também foi assumida por Martin Heidegger, para quem o *Dasein* é um constante vir a ser, até o momento em que ele se define e define (a morte). HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**, p. 261-264.

viesse a atingir a consciência de si (o autorreconhecimento histórico; a revolução definitiva; a emancipação da consciência coletiva etc.).

A formação demanda, todavia, um inexorável contato com o passado, com tradições que antedecem a cada indivíduo:

[T]oda formação histórica, mesmo o cultivo de idiomas e aquisição de concepções de mundos estrangeiros, é a mera continuação de um processo de formação que teve início bem mais cedo. Cada indivíduo particular que se eleva de seu ser natural a um ser espiritual encontra no idioma, no costume, nas instituições do seu povo uma substância prévia de que deve se apropriar, como o aprender a falar. Assim, cada indivíduo já está sempre a caminho da formação e da superação de sua naturalidade, na medida em que o mundo em que está crescendo é formado humanamente em linguagem e costumes. Hegel acentua que nesse seu mundo um povo deu-se existência. Ele trabalhou a partir de si mesmo e extraiu de si o que é em si mesmo.<sup>612</sup>

Em que pese Gadamer não espouse completamente os pressupostos hegelianos, ele dá ênfase a esses vínculos com a tradição, da qual jamais se sai completamente. Ao nascer, cada pessoa encontra um mundo pronto, com idioma, instituições, valores compartilhados socialmente etc.

Ao mesmo tempo, contudo, ele clama pelo estranhamento: “É só pelo esquecimento que o espírito pode renovar-se totalmente e ser capaz de ver tudo com olhos novos, de modo que o que é velho e familiar se funde com o recém-visto em uma unidade de várias estratificações.”<sup>613</sup>

Esse distanciamento seria necessário em face de si mesmo: “Ver a si mesmo e seus fins privados com certo distanciamento significa vê-los como os outros os vêem.”<sup>614</sup> Ou seja, estaria em causa uma espécie de empatia, que permitiria a cada sujeito compreender a sua própria realidade.

Como se indicará adiante, ele atribui significativo peso para o distanciamento temporal e também para o estranhamento – elementos que viabilizariam que os problemas de compreensão se tornem manifestos.

(b) Senso comum.

Gadamer enfatiza que Giambattista Vico já havia, a seu tempo, resgatado a importância do *sensus communis*, e, com isso, de forma implícita, a diferença entre *phronesis* e *sophia* – a diferença entre o saber prático e o saber meramente

<sup>612</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, p. 50.

<sup>613</sup> *Idem*, p. 52.

<sup>614</sup> *Idem*, p. 53.

contemplativo.<sup>615</sup>

Isso lembra aquela frase de Karl Marx, ao final das suas teses sobre Feuerbach: "Os filósofos têm apenas interpretado o mundo de maneiras diferentes; a questão, porém, é transformá-lo."<sup>616</sup>

Note-se, porém, que, antes de transformar o mundo, deve-se refletir sobre qual mundo se deseja. A reflexão deve anteceder a ação!

G. Vico enfatizou, de sua parte, os limites da ciência.<sup>617</sup>

A razão instrumental não poderia desconsiderar a prudência e a eloquência – reflexos do senso comum, que Tomás de Aquino acreditava ter sido distribuída a todos os homens.<sup>618</sup> Ou seja, uma capacidade de orientação nos afazeres da vida, insuscetível de matematização.

Henri Bergson argumentou, de sua parte, que o senso comum viabilizaria uma relação do sujeito com as outras pessoas, enquanto que as ciências da natureza cuidariam apenas de coisas.<sup>619</sup> Todavia, o filósofo francês não chegou a examinar a função hermenêutica do *sensus communis*.

Christoph Oetinger sustentou que "O *sensus communis* está às voltas com coisas simples que os homens vêem diante de si cotidianamente, coisas que mantêm unida toda uma sociedade e que dizem respeito tanto a verdades e a enunciados quanto a instituições e formas de compreender os enunciados."<sup>620</sup>

Supõe-se, com isso, que haja conhecimentos insuscetíveis de serem delimitados em conceitos: há necessidade de uma empatia, de uma relação vital, de algum sentimento. "O sentido comum é um complexo de instintos, isto é, um impulso natural para aquilo que fundamental a verdadeira felicidade da vida, e, nesse sentido, um efeito da presença de Deus."<sup>621</sup> Há, pois, alguma proximidade entre essa concepção do *sensus communis* e a revelação escolástica.

<sup>615</sup> Idem, p. 57.

<sup>616</sup> MARX, Karl. **Teses sobre Feuerbach**. Disponível na internet: <<https://www.marxists.org/portugues/marx/1845/tesfeuer.htm>> Acesso em 04.05.2014.

<sup>617</sup> VICO, Giambattista. **Ciência nova**. Tradução de Jorge Vaz de Carvalho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 199 e ss.

<sup>618</sup> Sobre a concepção de Tomás de Aquino, leia-se BASTIT, Michel. **Nascimento da lei moderna**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 78-106; DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 106-117. Trata-se da afirmação bíblica de que a lei de Deus teria sido esculpida no coração dos homens, de modo que todos poderiam reconhecê-la mediante simples introspecção, independentemente da cultura em que houvessem nascido (Romanos, 2, 15-19).

<sup>619</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Op. cit.**, p. 64.

<sup>620</sup> OETINGER, M. Friedrich Christoph *apud* GADAMER, Hans-Georg. **Op. cit.**, p. 65.

<sup>621</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Op. cit.**, p. 67.

## (c) Juízo.

O conceito de senso comum tem uma íntima ligação com a noção de ‘juízo’ kantiano. “O que distingue um tolo de uma pessoa inteligente é que aquele não possui nenhum juízo, isto é, ele não consegue subsumir corretamente e, por isso, não é capaz de aplicar corretamente o que apreendeu e sabe.”<sup>622</sup>

Alguém pode até copiar um cálculo diferencial enquanto o professor o explica. Todavia, ele apenas o terá compreendido caso consiga, logo depois, aplicá-lo em contextos e problemas com variáveis diferentes.

Essa capacidade de subsunção não poderia ser demonstrada logicamente. Melhor dizendo, a operação lógica que está na sua base – o reconhecimento de algo como sendo o caso singular de uma regra geral – não pode ser matematizada (a questão está na capacidade de se reconhecer semelhanças em casos distintos).

Por conseguinte, trata-se de algo inato, ao que se infere do texto de Gadamer, não havendo métodos/critérios para ensiná-lo. Não haveria como ensinar alguém a reconhecer semelhanças relevantes entre casos singulares.

Não pode pois ser ensinado genericamente; só pode ser exercido de caso a caso e nesse sentido não passa de mais uma faculdade como são os sentidos. Trata-se de algo simplesmente impossível de ser aprendido, porque nenhuma demonstração conceitual pode guiar a aplicação de regras.<sup>623</sup>

O juízo envolve alguma intuição, certa *phronesis*: a capacidade de se orientar normativamente; de se reconhecer quando determinadas regras são aplicáveis, de se perceber quando algo seria o caso de um enunciado geral.

Em Kant, o juízo prático revela essa capacidade individual de identificar as regras aplicáveis a cada situação concreta, seguindo as máximas da conduta ética (“o juízo estético não permite julgar por conceitos.”)<sup>624</sup>

## (d) Gosto.

O gosto envolve uma capacidade de apreciação estética. Ele não é, porém, algo privado, solipsista, eis que eclode tendo como pano de fundo um conjunto de

---

<sup>622</sup> Idem, p. 69.

<sup>623</sup> Idem, p. 70.

<sup>624</sup> Idem, p. 71.



valores socialmente compartilhados.<sup>625</sup>

Sabe-se que em questões de gosto não existe nenhuma possibilidade de se argumentar (Kant diz corretamente que em questões de gosto pode haver desacordo, mas não disputa). E isso não só porque não se conseguem estabelecer padrões conceituais universais que todos tenham de reconhecer, mas porque nem sequer se procuram esses padrões, e caso existissem não seriam considerados justos. O gosto é algo que se deve ter; ninguém no-lo pode demonstrar, nem pode ser substituído por mera imitação.<sup>626</sup>

Assim, segundo Gadamer, o gosto não poderia ser matematizado.

Não haveria como demonstrar que uma escultura seria mais bela que outra. Quem gosta do vermelho dificilmente será dissuadido de que o verde é mais bonito etc. Há, porém, um latente antagonismo entre gosto e moda (a moda é a generalização social de determinados gostos, exercendo uma coação coletiva).

“[O] fenômeno do gosto deve ser definido como uma capacidade de discernimento espiritual.”<sup>627</sup> É uma forma própria de conhecimento, mas que não admite regras absolutamente precisas para o seu equacionamento:

Dessa maneira o gosto não se restringe, de forma alguma, ao belo na natureza e na arte, julgando-o de acordo com a sua qualidade decorativa, mas abrange todo o campo dos costumes e da decência. Também o conceito de costume nunca está dado como um todo nem determinado normativamente de maneira unívoca. Antes, a ordenação geral da vida através das regras do direito e dos costumes é bastante deficitária, necessitando de uma complementação produtiva. Ela precisa do juízo para avaliar corretamente os casos concretos. Conhecemos essa função do juízo sobretudo a partir da jurisprudência, onde a contribuição da hermenêutica em complementar o direito consiste em promover a concreção do direito.<sup>628</sup>

Gadamer destaca que o conhecimento do direito depende substancialmente dos casos particulares. O juiz não apenas interpreta e aplica a lei ao caso concreto, mas também contribui – com a sua sentença – para a evolução do próprio direito (o romance em cadeia de que fala Ronald Dworkin).<sup>629</sup>

Cada caso é singular, o que “significa simplesmente que o julgamento do

<sup>625</sup> GADAMER, Hans-Georg. Estética e hermenêutica in GRONDIN, Jean (org.). **O pensamento de Gadamer**. Tradução de Enio Paulo Giachini. São Paulo: Paulus, 2012, p. 213-215.

<sup>626</sup> GADAMER, H.G. **Verdade e método – I**, p. 76.

<sup>627</sup> Idem, p. 77.

<sup>628</sup> Idem, p. 79.

<sup>629</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 275-279.

caso não se restringe a aplicar o padrão do universal – de acordo com o qual ele ocorre -, mas o co-determina, completa e corrige. Daí segue-se que todas as decisões éticas exigem gosto.”<sup>630</sup>

Ele questiona, então, se o conceito de verdade deveria ficar limitado apenas ao conhecimento conceitual, matematizável, suscetível de descrição por axiomas. Pergunta se a obra de arte não teria a sua própria pretensão de verdade.<sup>631</sup>

Depois de equacionar esses ‘conceitos básicos do humanismo’, Gadamer analisa a teoria kantiana do gosto e do gênio. Immanuel Kant tinha consciência de que as questões que envolvem o gosto não podem ser decididas mediante simples argumentação racional: demandam algum sentimento, alguma intuição!

Mas Kant não viu nessa categoria do gosto um mecanismo cognitivo; o gosto limitar-se-ia a estimular uma sensação de prazer na subjetividade. Supunha, ademais, que essa relação seria igual para todos os humanos (conquanto os objetos do gosto pudessem variar individualmente).

#### 4.1.3. A busca da verdade própria à arte - a questão do valor:

O autor de ‘verdade e método’ discorre sobre a relevância da arte.

A arte permitiria, no dizer de Hegel, o confronto do homem consigo mesmo. Em Kant, operou-se uma distinção entre a beleza livre (beleza por si mesma) e a beleza dependente dos usos humanos,<sup>632</sup> o que corresponde a uma diferença entre o prazer desinteressado (contemplação da arte abstrata e da música absoluta, p.ex.) e a apreciação da arte enquanto meio para um fim útil.

A obra de arte permitiria, no dizer de Immanuel Kant, uma comunicação entre espíritos: “Somente no caso do artista é o que seu ‘invento’, a obra, de acordo com o seu próprio ser, continua vinculada ao espírito, tanto o espírito que cria, quanto aquele que julga e usufrui.”<sup>633</sup>

Por outro lado, Kant subjetivou o juízo estético. A beleza não seria uma propriedade das coisas em si; antes, ela residiria na relação entre o sujeito e a coisa apreciada. Isso poderia levar a um relativismo do gosto, dado que alguns podem

<sup>630</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método – I**, p. 80.

<sup>631</sup> Idem, p. 86.

<sup>632</sup> Idem, ibidem. Leia-se também HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. Tradução de Christian Viktor Hamm e Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 294-306. WOOD, Allen W. **Kant**: introdução. Tradução de Delamar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2008, p. 183-203.

<sup>633</sup> GADAMER, H.G. **Op. cit.**, p. 97.

achar um quadro belo e outros podem achá-lo repugnante.

O juízo estético teria um conteúdo normativo: o sujeito acharia belo aquilo que, segundo sua concepção, todos os demais também deveriam achar belo.

Isso suscita reflexões quanto ao relativismo hermenêutico – diante de um mesmo texto, distintos juízes podem chegar a conclusões diversas (carecendo-se, pois, de algum critério para se aferir qual deliberação seria mais adequada).<sup>634</sup>

Gadamer enfatiza a importância do ‘gênio’ na obra de Kant: o gênio criaria as regras de apreciação das suas obras de arte (ele inventaria ideias estéticas). A questão está em saber se há critérios para se distinguir o bom e o mau gosto, eis que – mesmo no idealismo hegeliano – a diferença depende do contexto da época e também dos intérpretes envolvidos.

Obviamente, e falando hegelianamente, o que justifica que a natureza ‘esteja contida por sua substância no espírito’ é a indeterminação como que se apresenta o belo na natureza ao espírito que a interpreta e entende. Do ponto de vista estético, Hegel tira aqui uma consequência absolutamente correta, que já nos foi insinuada acima quando falamos da imprecisão na aplicação da ideia do gosto à natureza. Pois é inegável que o julgamento sobre a beleza de uma paisagem fica na dependência do gosto artístico de uma época. Basta pensar, por exemplo, na descrição da fealdade da paisagem dos Alpes, que ainda encontramos no século XVIII – claramente um reflexo do espírito de simetria artística que dominava o século do absolutismo. É assim que a estética hegeliana assenta-se totalmente sobre o ponto de vista da arte. Na arte o homem se encontra a si mesmo, o espírito como espírito.<sup>635</sup>

Hans-Georg Gadamer analisa, ademais, a história do uso da palavra ‘vivência’ (*Erlebnis*). Argumenta que, a partir do século XVIII, esse signo teria sido utilizado para expressar a capacidade de se apreender algo de forma imediata, pela sua execução (um contato imediato entre o sujeito e a coisa apreendida), algo próximo a uma intuição ou revelação.

A vivência trata desse contato imediato com a coisa, sem interpolações.

---

<sup>634</sup> Confira-se também p. 487 da mesma obra: “A própria finitude da nossa existência implica estarmos conscientes de que, depois de nós, haverá outras pessoas que compreenderão de modo cada vez diferente. Mas em nossa experiência hermenêutica não há dúvida de que a obra continua a ser sempre a mesma, que comprova em sua plenitude de sentido cada vez que é compreendida diferentemente, assim como a história continua a ser a mesma, cujo significado continua se determinando. A redução hermenêutica à opinião do autor é tão inadequada quanto a redução da intenção dos agentes, no caso dos acontecimentos históricos.”

<sup>635</sup> Idem, p. 103. Gadamer sustenta, por outro lado, que “O artista livre cria sem precisar de encomendas. Parece que o que o caracteriza é a completa independência de seu trabalho criativo, o que, por isso, lhe confere, mesmo socialmente, as feições características de um excêntrico, cujas formas de vida não podem ser mensuradas de acordo com as massas que obedecem aos costumes públicos.” (GADAMER, H.G. *Op. cit.*, p. 138).

Retrata a sensação de ser tocado pela própria experiência, ao invés de se tratar de um simples conhecimento teórico.

Por outro lado, ele enfatiza que, com o devir do tempo, o passado seria objetivado: “As criações espirituais do passado, da arte e da história não pertencem mais ao conteúdo auto-evidente do presente, mas se tornaram objetos e situações dadas (*Gegebenheiten*) propostos como tarefa à pesquisa, a partir dos quais pode-se atualizar um passado.”<sup>636</sup>

Nessa toada, Gadamer retoma a contraposição entre o símbolo e a alegoria, algo que já fora teorizado durante a Idade Média: “Os significados de ambas as palavras têm realmente, desde sua origem, algo comum: Ambas as palavras designam algo que não está na sua aparência visual, no seu aspecto, ou no som da palavra, mas num significado situado para além disso. O que lhes é comum é que em ambas algo está para outra coisa.”<sup>637</sup>

A alegoria pertence originariamente à esfera do discurso, do *logos*, sendo pois uma figura retórica ou hermenêutica. Em lugar daquilo que se quer realmente dizer coloca-se algo diferente, algo mais à mão, mas de maneira que, apesar disso, esse deixa e faz entender aquele outro. O símbolo, ao contrário, não se restringe à esfera do *logos*, pois não é o seu significado que o liga a outro significado, mas, ao contrário, é seu ser próprio e manifesto que tem ‘significado’. Na medida em que se existe, reconhecemos nele algo diferente. Tal é a *tessera hospitalis* e outras coisas semelhantes. É claro que se denomina ‘símbolo’ aquilo que vale não só por seu conteúdo mas também por sua capacidade de exhibir, ou seja, é um documento no qual se reconhecem os membros de uma comunidade: quer seja um símbolo religioso, ou se apresente com um sentido profano, como uma insígnia, uma credencial ou uma senha, seja qual for o caso, o significado do *symbolon* está em sua presença e só obtém sua função representativa pelo fato de ser mostrado ou ser ito em sua atualidade.<sup>638</sup>

O símbolo significa a coincidência do fenômeno sensível como significado supra-sensível, e essa coincidência, como acontece no sentido original da palavra grega *symbolon* e em sua sobrevivência no uso terminológico das confissões religiosas, não é um acréscimo posterior, como na adoção de um signo, mas é como a união daquilo que mutuamente se pertence.<sup>639</sup>

A alegoria e o símbolo teriam em comum essa capacidade de representar alguma coisa por meio de outra; ademais, ambos teriam emprego primordial no

---

<sup>636</sup> Idem, p. 110.

<sup>637</sup> Idem, p. 119.

<sup>638</sup> Idem, p. 120.

<sup>639</sup> Idem, p. 126.

âmbito religioso - as parábolas do Cristo; os símbolos da cruz, da ovelha e do peixe, por exemplo -, cumprindo um função moral.

O símbolo ganharia, porém, notas metafísicas – a pretensa conexão entre o sensível e o significado invisível (a cruz estaria pelo Cristo; as pessoas carecem das imagens dos santos para o louvor; os símbolos evocam as empresas etc.).

A referência retórica do conceito de alegoria permanece ativa nessa ampliação do seu significado, na medida em que, como alegoria, não pressupõe propriamente um parentesco metafísico original, como o exige o símbolo; pressupõe apenas um atribuir instituído por convenção e fixação dogmática, o que permite aplicar representações imagéticas a coisas destituídas de imagens.<sup>640</sup>

O professor de Heidelberg discorre, como visto, sobre a verdade da arte e, derivado disso, sobre uma noção de verdade que seja própria às humanidades (verdade como compreensão, como vivência e como fusão de horizontes). Ele não almeja, pois, um conhecimento que meramente descreva o mundo; trata – ao contrário – da própria atribuição de sentido pelo *Dasein*.

Para saber o que é a verdade das ciências do espírito é preciso que a questão da filosofia se volte ao conjunto dos procedimentos das ciências do espírito, como fez Heidegger ao questionar a metafísica e nós, a consciência estética. Devemos aceitar a resposta da autocompreensão das ciências do espírito, mas indagando o que é de fato a sua compreensão. A pergunta pela verdade da arte serve para preparar essa pergunta de longo alcance, sobretudo porque inclui a compreensão da experiência da obra de arte, ou seja, representa ela mesma um fenômeno hermenêutico, e não, certamente, no sentido de um método científico. A compreensão partence, antes, ao próprio encontro com a obra de arte, de modo que só se poderá aclarar essa pertença a partir do modo de ser da obra de arte.<sup>641</sup>

E é nesse âmbito que Hans-Georg Gadamer socorre-se do conceito de jogo (conquanto não tenha conhecido, àquele tempo, a concepção de Ludwig Wittgenstein).<sup>642</sup> Ele enfatiza que esse conceito de 'jogo' teria representado um importante papel na estética; ao mesmo tempo, tenta libertá-lo do significado subjetivo que possui em Immanuel Kant e em Schiller.

<sup>640</sup> Idem, p. 122.

<sup>641</sup> Idem, p. 153.

<sup>642</sup> Chama a atenção, com efeito, que Gadamer também se socorra do conceito de 'jogo' – invocando sobretudo a obra de Huizinga (*Homo Ludens*) -, à semelhança da preocupação do 'segundo' Wittgenstein. Em p. 540, nota de rodapé, da obra 'Verdade e Método – I' ele enfatiza que, por época da redação da 'Verdade e Método', ainda não teria tomado conhecimento do *linguistic turn*.

Ora, por definição, o mero jogo não é algo sério. Todavia, por paradoxal que pareça, não há como jogá-lo com alguém que não o leve a sério; jogar com quem não se importa com a evolução da disputa é simplesmente perda de tempo.

De certo modo, pode-se diferenciar do próprio jogo o comportamento do jogador, que, como tal, se integra com outros modos de comportamento da subjetividade. Assim, por exemplo, pode-se dizer que, para quem joga, o jogo não é uma questão séria, e que é por isso mesmo que se joga. A partir disso, podemos procurar determinar o conceito de jogo. O que é mero jogo não é sério. O jogar possui uma referência essencial própria para com o que é sério. Não apenas porque nisso se encontra sua 'finalidade'. Joga-se 'por uma questão de recreação', como diz Aristóteles. É mais importante o fato de que no jogar se dá uma seriedade própria, até mesmo sagrada. E, não obstante, no comportamento lúdico não desaparecem simplesmente todas as referências à finalidade que determinam a existência (*Dasein*) atuante e cuidadosa, mas, de uma forma muito peculiar, permanecem em suspense. Aquele que joga sabe por si mesmo que o jogo não é nada mais que um jogo e que se encontra num mundo determinado pela seriedade dos fins. Mas ele não sabe isso na forma pela qual, como jogador, ainda imaginava essa referência à seriedade. O jogar só cumpre a finalidade que lhe é própria quando aquele que joga entra no jogo. Não é a referência que, a partir do jogo, de dentro para fora, aponta para a seriedade; é só a seriedade que há no jogo que permite que o jogo seja interiormente um jogo. Quem não leva a sério o jogo é um demanचा-prazeres. O modo de ser do jogo não permite que quem joga se comporte em relação ao jogo como se fosse um objeto. Aquele que joga sabe muito bem o que é o jogo e que o que está fazendo é 'apenas um jogo', mas não sabe o que ele 'sabe'disso.<sup>643</sup>

O fato é que, para revisitar essa outra concepção da verdade – verdade própria às humanidades -, Gadamer busca tratar da própria ontologia do que seja a 'arte'. E, para tanto, como visto, associa o conceito de 'arte' à ideia de 'jogo': a arte também envolve uma espécie de encenação, uma ação dramaturgica na qual os jogadores se expõem, revelando seus sentimentos e seus gostos.

Ou melhor, "A obra de arte ganha seu verdadeiro ser ao se tornar uma experiência que transforma aquele que a experimenta."<sup>644</sup> A arte desempenha um papel transformador, pois viabiliza o estranhamento – e sem estranhamento os problemas que gravitam em torno da compreensão não se tornam manifestos.<sup>645</sup>

É o estranhamento que permite que a reflexão ecloda, que as questões mais prosaicas sejam alvo de debates e compreensão sob uma nova luz. O homem está tão entretido com a sua cotidianidade – com aquilo que Heidegger chamava de

<sup>643</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método – I**, p. 155.

<sup>644</sup> Idem, p. 155.

<sup>645</sup> "O verdadeiro problema da compreensão aparece quando o esforço de compreender um conteúdo coloca a pergunta reflexiva de como o outro chegou à sua opinião." GADAMER, H.G. **Op. cit.**, p. 249.

‘falação’<sup>646</sup> – que simplesmente não se dá conta das complexidades e singularidades daquilo que faz, daquilo que parece tão natural e ineludível.

Carlo Ginzburg evidencia essa capacidade da arte, de provocar reflexões, ao invocar as constatações do cavalo ‘*Kholstomer*’, do conto escrito por Tolstoi:

Muitos dos homens que me definiam como ‘seu’ cavalo não cavalgavam; era outra gente que me cavalgava. Tampouco me davam o feno; isso também eram outros que faziam. Não me fizeram bem os que me chamavam de ‘meu’ cavalo, e sim cocheiros, veterinários ou outras pessoas estranhas. Quando, mais tarde, ampliei o horizonte das minhas observações, convenci-me de que o termo ‘meu’ não se refere apenas a nós, cavalos, mas, em geral, vem unicamente de um instinto baixo, animalesco, dos homens, instinto que eles chamam de sentimento de propriedade ou direito de propriedade. O homem diz ‘minha casa’, mesmo se nunca mora nela, mesmo se só cuida da sua construção e manutenção. O comerciante diz ‘minha loja’, por exemplo ‘minha loja de tecidos’, mas não confecciona suas roupas nem com as melhores fazendas que lá vende. (...) Agora estou convencido de que a diferença substancial entre nós e os homens está aí. Já por esse simples fato – e até mesmo descurando todas as outras vantagens que temos em relação a eles – temos o direito de afirmar que, na hierarquia dos seres vivos, estamos um degrau acima dos homens. A atividade dos homens, pelo menos de todos aqueles com os quais travei contato, é determinada pelas palavras, e não pelos fatos.<sup>647</sup>

Esse estranhamento também compõe a ‘verdade da arte’.

Pode-se estudar a narrativa dos eventos que eclodiram na Guerra Civil Espanhola – o que implica a obtenção de um conjunto expressivo de informações -; algo muito distinto, e não raras vezes mais poderoso, é ser tocado pela angústia da obra de arte (p.ex., a *Guernica*, de Picasso - 1937).

O importante é ter em conta que, segundo Gadamer, o jogo ganharia uma ‘vida própria’. Importa dizer: o jogo emergiria da atividade dos jogadores, mas não se confundiria apenas com esses. Surgiria algo distinto da mera interação humana (o jogo seria uma espécie de epifenômeno).<sup>648</sup>

No seu entender, “O sujeito do jogo não são os jogadores. Ele simplesmente ganha representação através dos que jogam o jogo.”<sup>649</sup> “É o jogo que é jogado ou

<sup>646</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**, p. 231-234. Sobre a necessidade do ‘estranhamento’ para que a vida seja alvo de reflexão, leia-se GINZBURG, Carlo. **Olhos de madeira: nove reflexões sobre a distância**. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 15-41.

<sup>647</sup> TOSLTOI *apud* GINZBURG, Carlo. **Op. cit.**, p. 17. Parte do texto foi omitida pelo próprio autor.

<sup>648</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método – I**, p. 181: “A festa só existe na medida em que é celebrada. Com isso não se quer dizer, de maneira alguma, que seja de caráter subjetivo e que só tenha o seu ser na subjetividade dos que a celebram. Antes, celebra-se a festa porque chegou o seu dia, ela está aí.”

<sup>649</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método – I**, p. 155.

que se desenrola como jogo; não há um sujeito fixo que esteja jogando ali.”<sup>650</sup> O jogo é um processo, que suplanta a mera conjugação de jogadores; que supera a mera soma das atuações individuais.

Percebe-se alguma proximidade entre essa lógica de Gadamer, e a concepção luhmanniana (Gadamer diz que o 'sistema' se apodera dos sujeitos). Em alguma medida, o jogo retrata uma lógica própria – algo bastante próximo à *autopoiesis* luhmanniana – eis que supera as intenções dos jogadores, na medida em que apenas há jogo quando presentes regras específicas, finalidades específicas, superiores à mera consciência dos jogadores.<sup>651</sup>

Ademais, “Para que haja jogo não é absolutamente indispensável que outro participe efetivamente do jogo, mas é preciso que ali sempre haja um outro elemento com o qual o jogador jogue e que, de si mesmo, responda a um contralance ao lance do jogador.”<sup>652</sup>

É possível jogar xadrez sozinho, desde que se respeite as regras.

A essência do jogo está justamente nessa circunstância de se apossar do jogador, de conduzi-lo e não ser totalmente previsível. A importância disso tudo? É que, segundo Gadamer e Huizinga,<sup>653</sup> arte e o Direito também são jogos, é como se ambos ganhassem vida própria, distinta daqueles que o jogam.

Colhe-se a interessante síntese de Chris Lawn sobre o tema:

O que ele quer dizer com jogo? Assim como as óbvias instâncias do jogo nos esportes organizados, Gadamer tem em mente o fenômeno real do jogo em sua variedade infinita, incluindo os sentidos metafóricos: ‘o jogo da luz, o jogo das ondas, o jogo das engrenagens ou peças de um maquinário, a interação dos membros, o jogo das forças, os jogos menos importantes, até mesmo um jogo de palavras’ (VM, p. 103). Apesar de suas diferenças, o que esses aspectos do jogo têm em comum é um ‘movimento de-e-para que não esteja condicionado a qualquer objetivo que o leve a um final’ (VM, p. 103). O jogo é uma atividade que não é aleatória e, mesmo assim, não tem objetivo óbvio ou ponto final teológico; intencional e mesmo assim sem nenhum grande objetivo principal. E um movimento de-e-para é evidente em todos os jogos de bola, onde a bola está constantemente em movimento, fornecendo o caráter do jogo em si. Ninguém sabe como o jogo vai terminar; ele está fadado aos reversos da fortuna, ao elemento da surpresa à medida que choca e altera expectativas. O jogo não é necessariamente uma despreocupação, pois está claramente inserido na operação de passatempos; na realidade, o jogo

<sup>650</sup> Idem, p. 156.

<sup>651</sup> Idem, p. 158.

<sup>652</sup> Idem, p. 159.

<sup>653</sup> HUIZINGA, Johan. **Homo ludens**. Tradução de João Paulo Monteiro. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 87-100.



pode, muitas vezes, começar como uma simples diversão e, repentinamente, se transformar num caso muito sério, quando o ato de perder ou ganhar se transforma numa questão de ‘vida ou morte’, como sempre dizemos, embora metaforicamente, mas com uma intenção absolutamente séria.<sup>654</sup>

Por sinal, Gadamer atribui significativo peso para essa aparente autonomia do jogo em face dos jogadores (um epifenômeno). O jogo humano alcança alguma idealidade, destacando-se dos seus componentes – e isso é fundamental para se compreender a arte, na medida em que essa também seria objetivada, ganhando uma expressão própria e independente do seu autor ou criador.

Ora, “o significado dos trabalhos de arte é aquilo que é revelado e exposto na oscilação constante entre o trabalho de arte e o intérprete. O significado dos trabalhos de arte nunca é final, assim como um jogo nunca atinge sua verdadeira finalidade; o jogo pode sempre ser jogado novamente e os jogadores sempre serão atraídos pelos seus horizontes.”<sup>655</sup>

Hans-Georg Gadamer emprega, para tanto, o conceito de ‘transformação em configuração’, enfatizando que se trata efetivamente de uma transformação – um epifenômeno – e não propriamente de uma mera mudança:

A importância disso para a determinação do ser da arte só aparece se considerarmos seriamente o sentido de transformação. Transformação não é uma modificação, algo como uma modificação de um porte especialmente grande. Modificação sempre sugere que aquilo que se modifica permanece e continua sendo o mesmo. Mesmo que se modifique totalmente, modifica-se algo nele. Categoricamente, toda modificação (*alloisiois*) pertence ao âmbito da qualidade, isto é, de um acidente da substância. A transformação, ao contrário, significa que algo se torna uma outra coisa, de uma só vez e como um todo, de maneira que essa outra coisa em que se transformou passa a constituir seu verdadeiro ser, em face do qual seu ser anterior é nulo. Quando encontramos alguém como que transformado, isso significa exatamente que se tornou outra pessoa. Aqui não pode haver transição, por modificações paulatinas, que conduza de um para o outro, uma vez que um é a negação do outro. Assim, a transformação em configuração significa que aquilo que era antes não é mais.<sup>656</sup>

Ou seja, Gadamer busca enfatizar, com o mencionado conceito da ‘transformação em configuração’ essa autonomia que a arte possui em relação ao seu criador e à sua tradição. A arte não é mera cópia da vida (*mimesis*). Ela é algo que provoca esse estranhamento, que desafia o gosto e revela uma época.

<sup>654</sup> LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Trad. Hélio Magri Filho. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 123.

<sup>655</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>656</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método – I**, p. 166.

A arte estabelece uma íntima ligação – verdadeiro jogo – entre a obra e o seu apreciador/crítico. Apreciar uma obra de arte é, em alguma medida, também reconhecer, nela, algo próprio – uma angústia, alegria, apatia ou repugnância. Para ele, na arte se reconhece algo já sabido e que apenas vem à tona.<sup>657</sup>

Isso significa que, em Gadamer, a arte não é mero senso subjetivo estético: há uma íntima relação entre o *interpretandum* e o intérprete. Ela é algo objetivo, tem uma dimensão própria, que ultrapassa as intenções de quem a criou ou do seu apreciador. Essa é a questão fundamental, como facilmente se percebe.

Afinal de contas, à semelhança da arte, os textos jurídicos também ganham certa objetividade. Em alguma medida, o significado de uma obra ultrapassa a intenção do seu criador. Supera-se, com isso, a *voluntas legislatoris*, conquanto dita vontade legislativa não possa ser descartada, em absoluto.

Segundo o discípulo de Heidegger, o jogo interpela sua plateia:

Se a parte não é a variedade de vivências cambiantes, cujo objeto é preenchido cada vez com significado subjetivo como se fosse uma fórmula vazia, a ‘representação’ terá de ser reconhecida como o modo de ser da própria obra de arte. Isso deveria ser preparado derivando o conceito de representação do conceito de jogo, na medida em que o representar-se é a verdadeira essência do jogo – e com isso também da obra de arte. Através de sua representação, o jogo jogado interpela o espectador e de tal modo que este passa a ser parte integrante do objeto, apesar de todo o distanciamento do estar de frente para o espetáculo.<sup>658</sup>

A arte está fundada em uma tradição; ela de certo modo é constituída e também constitui esse pano de fundo (o horizonte no qual surgiu). E isso coloca a questão de saber se haveria uma compreensão única, inexorável, correta, da obra de arte. Ora, em Gadamer, resta nítido que – conquanto a arte se mantenha a mesma, em sua identidade – ela admitiria distintas interpretações.

---

<sup>657</sup> Idem, p. 169. De certo modo, em que pese a sua linguagem cifrada, Gadamer trata, nesse âmbito, de algo próximo à *anamnese* platônica (a doutrina da reminiscência da alma). Isto é, aquela suposição de que haveria uma diferença entre o conhecimento consciente – suscetível de ser verbalizado em palavras – e aquele outro conhecimento profundo, esquecido, que demandaria mera recordação (um saber que estaria presente no ser humano, mas que careceria de ‘ativação’).

<sup>658</sup> Idem, p. 172. Anote-se, porém, que nem todas as representações são próprias à arte. Os rituais religiosos também carregariam uma espécie própria de ‘representação’, como enfatiza o professor de Heidelberg: “Importa agora não confundir o sentido especial da representação que convém à obra de arte com a representação sagrada, como convém, por exemplo, ao símbolo. Nem todas as formas de ‘representação’ têm o caráter de ‘arte’. Formas de representação são também os símbolos, também as insígnias. Também esses possuem a estrutura de referência (*Verweisung*) que faz deles representações.” GADAMER, *Op. cit.*, p. 214.

Em diversas encenações da mesma peça teatral pode-se, por exemplo, diferenciar um modo de mediação de outro, assim como se pode imaginar diversamente também as condições de acesso a obras de arte de gêneros diferentes, p.ex., quando se examina um edifício perguntando qual o efeito que produziria 'em separado' ou como deveria parecer seu entorno; ou quando nos encontramos diante da questão da restauração de um quadro. Em todos esses casos distingue-se a obra em si de sua 'representação'. Mas quando se considera que as variações na representação podem ser livres e arbitrárias, se está ignorando a vinculabilidade da obra de arte. Na verdade, todas elas se subordinam ao padrão da 'representação correta'.<sup>659</sup>

Esse tema diz respeito à (in)viabilidade de se obter respostas corretas na temática jurídica. Conquanto isso não possa se traduzir no vaticínio do arbítrio, a questão hermenêutica toca de perto o gosto e o tema valorativo, âmbitos em que há grande dificuldade (senão impossibilidade) se de apresentar receitas e critérios absolutos para avaliação de opções alheias.

A tradição surge, pois, justamente da reiteração das encenações da mesma peça teatral – a mesma peça, e, ainda assim, em cada ocasião uma interpretação distinta. Mas isso também não autoriza que qualquer interpretação, qualquer encenação, possa ser tida como prolongamento dessa mesma tradição.

Deve-se espeitar minimamente o objeto e a tradição que o cerca:

É possível que o padrão que se aplica nesse caso para medir se algo é uma 'representação correta' seja extremamente móvel e relativo. Mas o caráter vinculativo de uma representação não será diminuído pelo fato de ter de renunciar a um padrão fixo. Assim, certamente, não iremos permitir que a interpretação de uma obra musical ou de um drama possa tornar o 'texto' fixado como ocasião para produzir efeitos aleatórios; ao contrário, a canonização de uma determinada interpretação, p.ex., uma gravação discográfica dirigida pelo compositor ou as prescrições detalhadas de execução que procedem da estréia canonizada de uma peça, seriam consideradas como falta de compreensão da verdadeira tarefa da interpretação. Uma 'correção' que se procurasse alcançar dessa maneira não faria jus à vinculabilidade genuína da obra, que vincula cada intérprete de uma forma própria e imediata através da mera imitação de um modelo.<sup>660</sup>

A própria ideia de uma única representação correta é absurda, dada a finitude da vida humana – enfatiza Gadamer. Por conseguinte, ele acredita que, de uma mesma obra, distintas interpretações igualmente corretas são cogitáveis.

Ao mesmo tempo, todavia, ele sabe bem que toda interpretação é um ato de

---

<sup>659</sup> Idem, p. 174-175.

<sup>660</sup> Idem, p. 176.

criação – toda compreensão implica uma fusão de horizontes -, de modo que nunca será uma simples reprodução exata da obra anterior. Importa salientar: “É da natureza das obras dramáticas ou musicais que a sua execução em diversas épocas e em diversas ocasiões é e terá de ser diferente.”<sup>661</sup>

Esse conteúdo criativo/inovador há de ser reconhecido no que toca à interpretação jurídica. Afinal de contas, também nesse âmbito, a compreensão não se limita a fotocopiar um significado que lhe é prévio, eis que o intérprete parte dos seus preconceitos – sua história de vida -, e também se depara com as limitações impostas pelo *interpretandum*.

Advoga-se, assim, uma leitura relativista da obra de Gadamer. Não há respostas corretas; conquanto haja respostas melhores que outras.

#### 4.1.4. A hermenêutica como um *organon* das ciências do espírito:

É com esse pano de fundo que Gadamer se propõe a estudar a hermenêutica. Muito embora tenha sido entendida, no pensamento clássico, como sendo o estudo da interpretação de textos canônicos – com destaque para a interpretação da Bíblia ou de códigos legislativos -, ela deveria assumir uma função nova, muito mais abrangente (o estudo da compreensão humana enquanto um existencial heideggeriano: isto é, a forma como o *Dasein* se constitui).

Repise-se que Gadamer não busca uma técnica, uma metodologia.

Sua ênfase é descritiva: ele pretende evidenciar como o homem compreende, como o entendimento se instala, quais os seus pressupostos! E, como isso, o discípulo de Heidegger destaca a importância dos preconceitos, da pré-compreensão, da pretensão de perfeição, a relevância da tradição...

Toda questão de compreensão - até mesmo a compreensão estética (o problema do gosto, das opções morais, da conversação) - seria um problema

---

<sup>661</sup> Idem, p. 210. Confrontado com a questão da literatura, Gadamer questiona se a compreensão de um texto também seria a essência da obra literária (tanto quanto escutar a música é a essência da sinfonia), perguntando também sobre a liberdade dos intérpretes: “O ser da obra de arte só alcança sua consumação na representação que ela recebe, e fomos obrigados a concluir que toda obra de arte literária só pode se realizar inteiramente pela leitura. Ora, será que isso vale também para a compreensão de todo e qualquer texto? Será que o sentido de todo texto se realiza somente em sua recepção por quem o compreende? Dito de outra forma, será que compreender faz parte do acontecer semântico de um texto, como o fazer com que se torne audível faz parte da música? Quando frente ao sentido de um texto nos comportamos com tanta liberdade como o artista reprodutivo frente ao seu modelo, será que ainda podemos chamar a isso de compreensão?” GADAMER, *Op. cit.*, p. 230-231.

hermenêutico. Esse seria, a seu ver, o tema central das ciências do espírito.<sup>662</sup>

Gadamer promove um breve histórico da hermenêutica, atribuindo maior ênfase para as obras de Friedrich Schleiermacher e de Wilhelm Dilthey. O pastor e teólogo protestante F. Schleiermacher supunha que a hermenêutica tivesse por função uma espécie de fusão de espíritos, ao invés de uma fusão de horizontes.

Melhor dizendo, Schleiermacher supunha que a mútua compreensão fosse possível pelo fato de que, a rigor, todos os humanos teriam um mesmo espírito (decorreriam daquilo que Fichte havia denominado de *'Eu-puro'*). Ou seja, compreender o outro seria, na verdade, compreender a si mesmo.<sup>663</sup>

Segundo Schleiermacher, haveria duas formas de se promover a interpretação. A primeira seria a compreensão divinatória – i.e. a interpretação imediata, automática, do sentido de um texto (certa intuição). Já a segunda trataria da interpretação comparativa, que demandaria o consciente emprego de métodos (gramatical, teleológico, sistemático etc.).<sup>664</sup>

Em todo caso, para F. Schleiermacher, o intérprete deveria buscar a intenção do criador da obra, o que reputava ser o sentido original do texto (dever-se-ia compreender o autor melhor que ele teria entendido a si mesmo).<sup>665</sup> Assim, o

---

<sup>662</sup> Idem, p. 231 e 255. A hermenêutica trataria também da própria história, como se fosse uma espécie de *organon* das ciências do espírito: “De certo modo, a história é o grande ivro obscuro, a obra completa do espírito humano, redigida nas línguas do passado, cujo texto deve ser compreendido.” GADAMER, H.G. *Op. cit.*, p. 245. Melhor dizendo, “na medida em que não é só um produto interno da geração de pensamento mas também comunicação, possuindo como tal uma forma exterior, o discurso não é apenas manifestação imediata do pensamento, mas já pressupõe reflexão. E isso vale tanto mais para o que foi fixado por escrito, portanto, para todos os textos. Eles já são sempre representação pela arte. E aí, onde o discurso é arte, também o compreender o será. Todo discurso e todo texto possuem uma referência fundamental à arte de compreender, à hermenêutica; com isso se explica também o parentesco da retórica (que é parte da estética) com a hermenêutica: para Schleiermacher todo ato de compreensão é a inversão de um ato do discurso, a reconstrução de uma construção. Correspondentemente, a hermenêutica é uma espécie de invasão rumo à retórica e à poética.” GADAMER, *Op. cit.*, p. 259.

<sup>663</sup> GADAMER, H.G. *Op. cit.*, p. 260: “O pressuposto de Schleiermacher é de que cada individualidade é uma manifestação da vida universal e assim ‘cada qual traz em si um mínimo de cada um dos demais o que estimula a adivinhação por comparação consigo mesmo.’ Assim, ele pode dizer que se deve conceber imediatamente a individualidade do autor, transformando-se de certo modo no outro.” Ver também, na mesma obra, p. 271 e 273. Leia-se, ademais, SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. 8. ed. Tradução de Celso Reni Braidá. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 75 e ss.; BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Tradução do inglês por Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, [s.t.], p. 27-29; SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Tradução de Fábio Ribeiro. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 43-49.

<sup>664</sup> GADAMER, H. G. *Op. cit.*, p. 257.

<sup>665</sup> Gadamer refuta essa pretensão de Schleiermacher. Ele argumenta que não há como se promover uma ‘reconstrução’ acurada do passado, já que toda reconstrução seria, na verdade, uma nova obra. Gadamer diz, todavia, que, em alguns poucos casos, essa pretensão – entender o autor melhor que ele próprio teria se compreendido – poderia fazer algum sentido: “Quem aprende a compreender a linguagem de um texto escrito em um idioma estrangeiro deverá adquirir uma consciência expressa das regras gramaticais e da forma de composição desse texto, recursos de que o autor lançou mão

pastor-filósofo aproxima-se dos originalistas (*interpretativism*), aludidos na obra de John Hart Ely, para os quais a Suprema Corte deveria se limitar a perquirir a intenção dos constituintes.<sup>666</sup>

Gadamer é bastante crítico quanto a esse imaginado escopo da hermenêutica. Isso pelo fato de que (a) não há como se recuperar, simplesmente, uma pretensa intenção original do criador da obra; (b) não há como reconstruir, de forma acurada, as condições históricas nas quais a obra foi produzida; (c) o criador não é o seu intérprete mais autorizado.<sup>667</sup> Depois de produzida, a obra ganha vida própria, submetendo-se à compreensão dos demais interlocutores.<sup>668</sup>

É claro que a reconstrução das condições sob as quais uma obra transmitida cumpria sua determinação original constitui uma operação auxiliar verdadeiramente essencial para a compreensão. Apenas temos que perguntar se o que se alcança por esse caminho é realmente o que buscamos quando tentamos encontrar o significado da obra de arte, e se determinamos corretamente a compreensão quando a consideramos como uma segunda criação, como a reprodução da produção original. Uma tal determinação da hermenêutica acaba não sendo menos absurda do que toda restituição e restauração da vida passada. Face à historicidade do nosso ser, a reconstrução das condições originais, como toda e qualquer restauração, não passa de uma empresa impotente. A vida reconstruída, recuperada do alheamento, não é a original. Com a persistência do alheamento, ela obtém uma existência secundária na cultura. A tendência recente de devolver as obras de arte dos museus aos seu lugar original ou de reconstruir o aspecto original dos monumentos arquitetônicos só confirma esse ponto de vista. Mesmo o quadro retirado do museu e recolocado na igreja ou o edifício reconstruído segundo o seu estado antigo não são o que foram: convertem-se em objeto para turistas. Igualmente a atividade hermenêutica que entenda a compreensão

---

sem se dar conta, porque mora nessa língua e em suas mediações técnicas.” GADAMER, H.G. *Op. cit.*, p. 264. Por outro lado, segundo Edmund Husserl, “o significado das palavras, por exemplo, não pode continuar sendo confundido com o conteúdo psíquico real da consciência, com as representações associativas que uma palavra desperta.” HUSSERL, Edmund *apud* GADAMER, H.G., *Op. cit.*, p. 328.

<sup>666</sup> ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle de constitucionalidade.** Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 3-6.

<sup>667</sup> “Como intérprete, não tem nenhuma primazia básica de autoridade face ao simples receptor da sua obra. Na medida em que ele próprio reflete, converte-se em seu próprio leitor. Sua opinião com produto dessa reflexão não é paradigmática. O único critério de interpretação é o conteúdo de sentido da sua criação, aquilo que ela quis dizer” GADAMER, H.G., *Op. cit.*, p. 264-265.

<sup>668</sup> “O limite dessa hermenêutica fundamentada no conceito da individualidade mostra-se no fato de que Schleiermacher considera que a tarefa da filologia e da exegese bíblica – a de compreender um texto composto em uma língua estrangeira e procedente de uma época passada – não é mais problemática que qualquer outro modo de compreender. É evidente que também para Schleiermacher se impõe uma tarefa especial onde se deve superar uma distância temporal. Schleiermacher chama-a de ‘equiparação com o leitor original’. Mas para ele essa ‘operação de equiparar’ a produção histórica dessa igualdade não passa de uma preparação para o verdadeiro ato do compreender, que não é a equiparação com o leitor original mas a equiparação com o autor, pela qual o texto ser revela como manifestação vital característica do seu autor. O problema de Schleiermacher não é a obscuridade da histórica, mas a obscuridade do tu.” GADAMER, Hans-Georg, *Op. cit.*, p. 262.

como a reconstrução do original não passa de um exercício de um sentido morto.<sup>669</sup>

Schleiermacher, ao contrário, já não busca a unidade da hermenêutica na *unidade de conteúdo da tradição* a que se deve aplicar a compreensão; mas abstraindo de toda especificação de conteúdo, ele a procura na unidade de um procedimento que nem sequer se diferencia pelo modo como as ideias são transmitidas, se por escrito ou oralmente, se numa língua estranha ou na língua própria e contemporânea. O esforço da compreensão surge toda vez que não se dá uma compreensão imediata, e assim toda vez que se deve contar com a possibilidade de um mal-entendido.<sup>670</sup>

Repise-se que ele lança uma densa crítica contra essa pretensão de se recuperar a intenção do criador da obra (o que ele visava com o texto ou com a sua fala?) e, pretensamente, compreendê-lo melhor do que ele próprio.

Creio que há motivos exteriores e interiores pelos quais essa hipótese parece pouco provável. Essa refinada regra metodológica que ainda hoje está sendo tão mal-empregada, e conseqüentemente combatida, como um salvo-conduto para as mais arbitrárias interpretações, enquadra-se mal no grêmio dos filólogos. Antes, enquanto 'humanistas', esses têm sua autoconsciência no reconhecimento da exemplaridade indubitável dos textos clássicos. Para o verdadeiro humanista, o autor que ele estuda não é tal que ele, o humanista, possa compreender melhor do que o autor compreendeu a sua própria obra. Não se deve esquecer que o objetivo supremo do humanista jamais é, em princípio, 'compreender' seus modelos, mas assemelhar-se a eles e até superá-los. Por isso, o filólogo está ligado a seu modelo não só como intérprete mas também como imitador – quando não como rival. Tal qual a vinculação dogmática à Bíblia, também a vinculação humanista aos clássicos teve que começar por abrir espaço a uma relação mais distanciada para que o ofício do intérprete chegasse a um grau de autoconsciência como o que expressa a fórmula de que nos ocupamos.<sup>671</sup>

H.G. Gadamer se associa mais a Hegel do que a Schleiermacher (Hegel tem uma análise mais objetiva da arte).<sup>672</sup> F. Schleiermacher ainda está impregnado dessa busca de uma *voluntas legislatoris*, o que não se coaduna com a concepção objetiva – i.e., a chamada 'transformação em configuração' – gadameriana.

O professor de Heidelberg busca dar prosseguimento à pesquisa de Wilhelm Dilthey, mas sem os seus pressupostos dogmáticos. Como mencionado acima, por

<sup>669</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método – I**, p. 234.

<sup>670</sup> Idem, p. 247.

<sup>671</sup> Idem, p. 266-267.

<sup>672</sup> Idem, p. 326. Confira-se também HÖSLE, Vittorio. **O sistema de Hegel**, p. 643-666.

mais que Dilthey houvesse atribuído peso para a ‘vivência’ e ‘mundo da vida’, ele ainda teria vínculos profundos com o cientificismo (a busca de um método matemático para as ciências humanas), o que é deplorado por Gadamer.<sup>673</sup>

O grande problema, que esteve no pano de fundo da hermenêutica bíblica, era o critério para saber quando os versículos deveriam ser interpretados literalmente (Deus fez mesmo o mundo em seis dias? A mulher foi mesmo feita a partir da costela de Adão? Cristo ressuscitou, de fato, em 03 dias? Josué fez o Sol parar?) e quando deveria ser reconhecido o tom metafórico, simbólico.

Em princípio, o reconhecimento do tom alegórico deveria ser uma exceção – conforme sustentou Lutero -, de modo que ela é que demandaria uma justificação. Como regra, então, a Bíblia deveria ser interpretada com *sensus literalis*, privilegiando-se o conteúdo imediato, haurido do texto.

Ao que releva, o fato é que a retórica clássica já havia associado o discurso à figura de um corpo, buscando, com isso, a imposição de certa coerência interna para temas axiológicos, interpretativos:

Lutero e seus seguidores transferiram essa imagem, oriunda da retórica clássica, para o procedimento da compreensão, e desenvolveram um princípio geral de interpretação de texto segundo o qual todos os aspectos individuais de um texto devem ser compreendidos a partir do *contextus*, do conjunto, e a partir do sentido unitário para o qual o todo está orientado, o *scopus*.<sup>674</sup>

É nesse contexto que se coloca, então, o problema do círculo hermenêutico. Afinal de contas, o “velho princípio interpretativo de compreender o particular a partir do todo já não podia reportar-se nem limitar-se à unanimidade dogmática do cânon, mas dirigia-se à abrangência conjuntural da realidade histórica, a cuja totalidade pertence cada documento particular.”<sup>675</sup>

A compreensão só se converte em uma tarefa especial no momento em que esta vida natural experimenta alguma distorção no co-visar do visado, que é um visual da coisa (*Sache*) comum. É só no momento em que se produz um mal-entendido ou que alguém manifesta uma opinião que causa estranheza por ser incompreensível que a vida natural fica tão inibida com relação à coisa comum que a opinião enquanto opinião, isto é, enquanto opinião do outro, do tu ou do texto, se converte num dado fixo. Mas, mesmo assim, o que se procura em geral é chegar a

<sup>673</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método – I**, p. 244 e ss. Ver também p. 296.

<sup>674</sup> Idem, p. 243.

<sup>675</sup> Idem, p. 245.



um acordo, e não somente compreender. E isso de tal modo, que se refaz o caminho em direção à coisa em questão.<sup>676</sup>

Ele critica a concepção de Chladenius, para quem haveria uma distinção entre interpretação e compreensão. Para esse autor, a compreensão seria algo instantâneo e automático, enquanto que a interpretação demandaria esforço consciente – *in claris no fiat interpretatio*.<sup>677</sup> Segundo Hans-Georg Gadamer, ao contrário, a interpretação, a compreensão e a aplicação são indissociáveis (*Subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e applicatio*).

Ora, “assim como os homens não são capazes de abranger tudo com a sua visão, também suas palavras, discursos e escritos podem significar algo que eles próprios não tiveram a intenção de dizer ou de escrever.”<sup>678</sup>

Gadamer enfatiza, assim, o caráter circular de toda compreensão.

Todo entendimento depende de uma pré-compreensão – de uma antecipação de sentido do conjunto da obra -, ao mesmo tempo que a compreensão do todo também depende da interpretação das partes. Há um movimento mutuamente imbricado que vai das partes para o (pressuposto) todo, bem como vai do todo para as (provisórias) partes.

Isso significa que toda interpretação é provisória.

Ao longo da leitura de um texto – p.ex., de um romance policial –, alguém pode interpretar o capítulo supondo (tentando adivinhar) que o assassino é o mordomo; até ver-se confrontado com a presença do professor Moriarty. Ao final do texto, revelado o mistério, as passagens anteriores poderão ganhar nova luz, novo sentido. E, lendo-se novamente a obra, provável que também se obtenha nova interpretação do seu desfecho.

É evidente para todos que, a partir do ponto de vista lógico, aqui nos encontramos diante de um raciocínio circular, já que o todo, a partir do qual se deve compreender o individual, não pode ser dado antes do individual, a não ser sob a forma de um cânon dogmático (como o que segue a compreensão católica da escritura e, como já vimos, em parte também a protestante) ou de uma semelhante pré-concepção do espírito de uma época (um pouco como Ast pressupõe o espírito da Antiguidade à maneira de um pressentimento).<sup>679</sup>

<sup>676</sup> Idem, p. 249.

<sup>677</sup> Idem, p. 252.

<sup>678</sup> CHLADENIUS, Johan Martin *apud* GADAMER, H. G. *Op. cit.*, p. 253.

<sup>679</sup> GADAMER, H.G. *Op. cit.*, p. 261. Ademais, na nota de rodapé de p. 355, ele adverte que as objeções dos lógicos contra o ‘círculo vicioso’ revelaria má compreensão do problema: “A objeção dos lógicos contra o discurso do ‘círculo hermenêutico’ desconhece que aqui não está em questão uma

Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.<sup>680</sup>

Essa descrição é, naturalmente, uma abreviação rudimentar. O fato de toda revisão do projeto prévio estar na possibilidade de antecipar um novo projeto de sentido; que projetos rivais possam se colocar lado a lado na elaboração, até que se estabeleça univocamente a unidade do sentido; que a interpretação comece com conceitos prévios que serão substituídos por outros mais adequados; justamente todo esse constante reprojeter que perfaz o movimento de sentido do compreender e do interpretar é o processo descrito por Heidegger. Quem busca compreender está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que só podem ser confirmadas 'nas coisas', tal como é a tarefa constante da compreensão. Aqui não existe outra 'objetividade' a não ser a confirmação que uma opinião prévia obtém através de sua elaboração. Pois o que é que caracteriza a arbitrariedade das opiniões prévias inadequadas senão o fato de que no processo de sua execução acabam sendo aniquiladas? A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias. Por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade.

Essa exigência fundamental deve ser pensada como a radicalização de um procedimento que na realidade exercemos sempre que compreendemos algo. Diante de qualquer texto, nossa tarefa é não introduzir, direta ou acriticamente, nossos próprios hábitos extraídos da linguagem – ou, no caso de uma língua estrangeira, o hábito que nos é familiar por meio de autores ou de nosso trato cotidiano com a linguagem. Ao contrário, reconhecemos que a nossa tarefa é alcançar a compreensão do texto somente a partir do hábito da linguagem da época e de seu autor. Naturalmente, o problema é saber como se pode satisfazer essa exigência geral. Sobretudo no campo da teoria do significado, o caráter inconsciente dos próprios hábitos de linguagem opõe-se a isso. Como é possível conscientizar-nos das diferenças existentes entre o uso costumeiro da linguagem e o uso do texto?<sup>681</sup>

---

exigência de demonstração científica, mas se trata de uma metáfora lógica, conhecida no âmbito da retórica desde Schleiermacher.”

<sup>680</sup> “Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.” GADAMER, H.G., *Op. cit.*, p. 356.

<sup>681</sup> Idem, p. 356-357.

Segundo Gadamer, um texto não pode ser compreendido de uma vez só.

Exige-se a reflexão que vai da parte para o todo. Cada palavra ganha sentido no contexto da frase; cada frase ganha sentido no contexto do capítulo; cada capítulo deve ser entendido no contexto da obra; a obra no contexto dos demais livros do autor, os livros no gênero literário e assim por diante.

Gadamer socorre-se, ademais, do conceito de horizonte e de 'mundo da vida', desenvolvidos pelo matemático e filósofo Edmund Husserl:

Um horizonte não é uma fronteira rígida, mas algo que se desloca com a pessoa e que convida a que se continue a caminhar. Desse modo, à intencionalidade-horizonte que constitui a unidade do nexos vivencial corresponde uma intencionalidade-horizonte igualmente abrangente por parte dos objetos. Pois tudo o que está dado como ente está dado como mundo e leva consigo o horizonte do mundo.<sup>682</sup>

O fato de que, em tudo, Husserl tenha em vista o 'desempenho' da subjetividade transcendental corresponde simplesmente à tarefa da investigação fenomenológica da constituição. Mas o que caracteriza seu verdadeiro propósito é que ele não fala mais de consciência nem de subjetividade, mas de 'vida'. Ele quer posicionar-se além da atualidade da consciência intencional, e mesmo além da potencialidade da co-intenção, retrocedendo até a universalidade do produzir, a única capaz de medir a universalidade do produzido, isto é, do que ela constitui em sua validade. É uma intencionalidade fundamentalmente *anônima*, ou seja, que ninguém pode produzir nominalmente, através da qual constitui-se o horizonte do mundo que engloba tudo. Forjando um conceito que faz aparecer o contraste com o conceito de mundo que pode ser objetivado pelas ciências, Husserl chama a esse conceito fenomenológico do mundo de 'mundo da vida', ou seja, o mundo em que nos introduzimos por mero viver nossa atitude natural, que, como tal, jamais poderá tornar-se objetivo para nós, mas que representa o solo prévio de toda experiência. Esse horizonte do mundo é pressuposto também em todas as ciências, sendo assim mais originário do que elas. Como fenômeno de horizonte, este 'mundo' está essencialmente referido à subjetividade, e essa referência significa, ao mesmo tempo, que 'tem seu ser no fluxo de cada vez em cada caso' (*Jeweiligkeit*). O mundo da vida se encontra num movimento de constante relatividade da validade.<sup>683</sup>

O mundo da vida se opõe ao objetivismo, se opõe àquela tentativa de se resumir o conhecimento apenas à matemática e enunciados axiomatizáveis. O horizonte significa tudo aquilo que o homem vivencia como ser histórico, finito: "É

<sup>682</sup> Idem, p. 330. Note-se que Heidegger, discípulo de Husserl, também emprega com frequência, na sua principal obra (*Ser e Tempo*), a noção de horizonte fenomenológico. A título de exemplo, HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**, p. 52-57 e 83-85.

<sup>683</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método** – I, p. 331-332.

claro que o mundo da vida será sempre, ao mesmo tempo, um mundo comunitário que contém a co-presença de outros. Ele é mundo pessoal, e um tal mundo pessoal está sempre pressuposto como válido na atitude natural.”<sup>684</sup>

Para Hans-Georg Gadamer, a concepção fenomenológica de Husserl, baseada sobretudo na relação sujeito/objeto, enfrentaria dificuldades na explicação da intersubjetividade – e, portanto, na explicação da moral, do Direito e da própria comunicação -, eis que ainda teria conteúdo solipsista (em boa medida, Alfred Schütz realizou o maior trabalho de implementação das ideias de Husserl no âmbito da sociologia).<sup>685</sup>

O professor de Heidelberg socorre-se predominantemente dos conceitos do seu professor, Martin Heidegger, e da sua ontologia da faticidade. Ou seja, ele reconhece que o *Dasein* é um ser-para-a-morte, em constante devir. O homem é um conjunto de possibilidades, dado que é o único ente em cujo âmbito o ‘ser’ ainda não está completamente definido (a aporia de que o *Dasein* se define no momento em que morre e, portanto, no momento em que deixa de ser).<sup>686</sup>

Isso significa que, observada a metafísica heideggeriana, todo compreender é também um compreender-se. Toda compreensão depende do ponto de partida do intérprete, dos seus preconceitos, visões de mundo etc.

No dizer de Heidegger,

Compreender não é um ideal resignado da experiência de vida humana na idade avançada do espírito, como em Dilthey; mas tampouco é, como em Husserl, um ideal metodológico último da filosofia frente à ingenuidade do ir vivendo. É, ao contrário, a *forma originária de realização da pre-sença*, que é ser-no-mundo. Antes de toda diferenciação da compreensão nas diversas direções do interesse pragmático ou teórico, a compreensão é o modo de ser da presença, na medida em que é poder-ser e ‘possibilidade’.<sup>687</sup>

<sup>684</sup> Idem, p. 332.

<sup>685</sup> A respeito dessa tentativa de aplicação dos postulados fenomenológicos no âmbito da sociologia, leia-se SCHUTZ, Alfred. **Sobre fenomenologia e relações sociais**. Tradução de Raquel Weiss. Rio de Janeiro: Vozes, 2012, p. 84-108; LUCKMANN, Thomas; BERGER, Peter L. **A construção social da realidade**: tratado da sociologia do conhecimento. 26. ed. Tradução de Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 2006.

<sup>686</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**, p. 250-263. Anote-se que, segundo Gadamer, a tese central de Heidegger é de que o próprio ser é tempo (ou seja, uma espécie fusão das concepções de Heráclito e Parmênides). GADAMER, Hans-Georg. **Op. cit.**, p. 345. O ‘ser’ não pode ser compreendido como algo constante, presente, mas como o estar lançado e disposto à mudança (*Dasein*).

<sup>687</sup> GADAMER, H.G. **Op. cit.**, p. 347. Para Heidegger, segundo p. 348 da mesma obra, “Compreender é o caráter ontológico fundamental da própria vida humana.”

Mas isso não significa uma mera homogeneidade entre conhecedor e conhecido (algum panteísmo ou holísmo), não se trata de uma espécie de nirvana ou de sensação oceânica – como aquela aludida por Sigmund Freud<sup>688</sup> -, eis que também se deve respeitar a objetividade do *quid* que é interpretado.

Em Heidegger, trata-se apenas do reconhecimento de que a compreensão é um existencial, é um dos modos como o *Dasein*, o humano, se constitui no mundo.

Heidegger só se interessa pela problemática da hermenêutica histórica e da crítica histórica com a finalidade ontológica de desenvolver, a partir delas, a estrutura prévia da compreensão. Nós, ao contrário, uma vez tendo liberado a ciência das inibições ontológicas do conceito de objetividade, buscamos compreender como a hermenêutica pôde fazer jus à historicidade da compreensão. A autocompreensão tradicional da hermenêutica repousava sobre o seu caráter de ser uma disciplina técnica. Isso vale inclusive para a ampliação diltheyana da hermenêutica à dimensão de *organon* das ciências do espírito. Pode até parecer duvidoso que exista uma tal disciplina técnica da compreensão; sobre isso voltaremos mais adiante. Em todo caso, precisamentos compreender quais as consequências para a hermenêutica das ciências do espírito são provocadas pelo fato de Heidegger derivar fundamentalmente a estrutura circular da compreensão a partir da temporalidade da pre-sença. Essas consequências não precisam ser as de uma teoria que se aplica à praxis. Muito menos a práxis precisa ser exercida de maneira diferente, de acordo com a sua arte. Pode ser que a consequência disso seja a necessidade de corrigir a autocompreensão que se exerce constantemente na compreensão, livrando-a de adaptações inadequadas. Esse processo irá beneficiar a arte do compreender apenas de modo indireto.<sup>689</sup>

Martin Heidegger demonstrou, de toda sorte, que o círculo hermenêutico não se confunde com um simples ‘círculo vicioso’ (*Teufelskreis*), reconhecendo-lhe um sentido ontológico positivo: a questão está em se ingressar no círculo de modo correto.<sup>690</sup> Por sinal, Arthur Kaufmann fala em ‘espiral hermenêutica’, dado que não se regressa simplesmente ao ponto de partida.<sup>691</sup>

Quem busca compreender algo, está sempre exposto ao risco de se equivocar (dado que as opiniões prévias podem não se confirmar com a própria

<sup>688</sup> FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936)**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 15.

<sup>689</sup> GADAMER, H.G. *Op. cit.*, p. 354.

<sup>690</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**, p. 214-215. O problema é que Heidegger não verbaliza, de modo manifesto, o que seria esse ‘ingresso no círculo, na forma correta’; não diz quando efetivamente alguém promoveria uma compreensão adequada, quais critérios para se apartar uma interpretação melhor que outra.

<sup>691</sup> KAUFMANN, Arthur. **Espiral hermenêutica**. Disponível na internet: <[http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/14566/1/PD\\_52\\_12.pdf](http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/14566/1/PD_52_12.pdf)> Acesso em 20.12.2013.

coisa e é essencial 'voltar às coisas mesmas', como dizia Husserl).

#### 4.1.5. Preconceitos, tradição, autoridade e fusão de horizontes:

Diante desse contexto, o autor de 'Verdade e Método' acaba por redimensionar o papel dos preconceitos no âmbito da ciência. Como sabido, o Iluminismo buscou defenestrar os preconceitos e a autoridade no âmbito da investigação científica.

Para a *Aufklärung*, o conhecimento deveria basear-se no "ousa saber" – *Sapere aude!* -, de modo que o sujeito deveria questionar tudo (duvidar de tudo, como queria Renè Descartes), até encontrar algum chão seguro em que pudesse fundar sua compreensão do mundo – algum *fundamentum inconcussum*.

O Iluminismo opunha-se, então, contra o autoritarismo da patrística e dos metafísicos medievais, interessados em contar 'quantos anjos dançavam na cabeça de um alfinete.' Galileu, Bacon, Hooke e Newton encontraram, com isso, um novo método para o desenvolvimento da Física, exigindo experiências metódicas, controle, honestidade intelectual, publicidade das premissas e resultados.

Conquanto Gadamer reconheça o peso da ciência moderna – por sinal, seu pai fora um esforçado professor universitário de química -, ele julga que o Iluminismo acabou por jogar a criança com a água da bacia.<sup>692</sup> Reputa, portanto, que não há como se conhecer sem preconceitos, dado que homem algum pode se converter em *tabula rasa*, vazio das tradições que o constituíram.

Por conseguinte, segundo Heidegger<sup>693</sup> e Gadamer, a existência de preconceitos e a sua influência sobre a compreensão seriam incontornáveis. Ademais disso (i.e., além desse juízo de constatação), eles não seriam necessariamente negativos. Haveria preconceitos positivos, que viabilizariam o entendimento – p.ex., a 'concepção prévia de perfeição' de que fala Gadamer.<sup>694</sup>

Esse é o ponto de partida do problema hermenêutico. Foi por isso que examinamos o descrédito do conceito do preconceito na *Aufklärung*. O que se apresenta sob a ideia de uma autoconstrução absoluta da razão

<sup>692</sup> GADAMER, H.G. *Op. cit.*, p. 360. Gadamer alega que apenas com o iluminismo é que os preconceitos teriam adquirido esses contornos negativos, como sendo algo eminentemente ruim. Ele não analisa, contudo, o fato de que, de certo modo, a maieutica socrática já compartilhava dessa suposição ('só sei que nada sei').

<sup>693</sup> HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.*, p. 213-215.

<sup>694</sup> GADAMER, H.G. *Op. cit.*, p. 360 e 389-390.

como um preconceito restritivo na verdade faz parte da própria realidade histórica. Se quisermos fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é necessário levar a cabo uma reabilitação radical do preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos. Com isso a questão central de uma hermenêutica verdadeiramente histórica, a questão epistemológica fundamental, pode ser formulada assim: qual é a base que fundamenta a legitimidade de preconceitos? Em que se diferenciam os preconceitos legítimos de todos os inumeráveis preconceitos cuja superação representa a inquestionável tarefa de toda razão crítica?<sup>695</sup>

O problema é que ambos não explicitam, de modo claro, qual o critério para apartar uns e outros. Melhor dizendo, Heidegger e Gadamer não verbalizam qual o critério para se identificar os bons e os maus preconceitos. Até porque, como já referido acima, eles não buscam ofertar uma receita, uma técnica.

Ademais, identificar bons e maus preconceitos já é uma atividade hermenêutica. E, tanto por isso, fica na dependência de pré-compreensões e outros tantos pré-conceitos (bons ou ruins). Não há a última palavra! - repita-se.

H. G. Gadamer trata, é fato, do critério da adequação.

Ele diz que uma interpretação será melhor que outra, quando os seus argumentos forem mais coerentes entre si: “A tarefa é ir ampliando a unidade do sentido compreendido em círculos concêntricos. O critério correspondente para a justeza da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo. Se não houver tal concordância, significa que a compreensão malogrou.”<sup>696</sup>

Isso ainda é muito vago, como facilmente se percebe.

Pode-se muito bem imaginar inúmeras interpretações absurdas do mundo e, ainda assim, altamente coerentes. Basta recordar da interpretação dispensada pelo moleiro Menocchio (Domenico Scandella) e sua suposição de que a realidade teria origem no queijo.<sup>697</sup> Pode-se também ter em conta o mundo surreal descrito – mas com alguma consistência interna – pelo juiz Paul Schreber.<sup>698</sup>

Essa é, a bem da verdade, a grande questão.

---

<sup>695</sup> Idem, p. 368.

<sup>696</sup> Idem, p. 386.

<sup>697</sup> GINZBURG, Carlo. **O queijo e os vermes**. Tradução de Maria Betânia Amoroso. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 52-56.

<sup>698</sup> SCHREBER, Paul. **Memórias de um doente dos nervos**. Tradução e introdução de Marilene Carone. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 33 e 51. Sobre o caso ‘Schreber’ leia-se ainda FREUD, Sigmund. **Observações psicanalíticas sobre um caso de paranoia relatado em autobiografia (o caso Schreber), artigos sobre técnica e outros textos (1911-1913)**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010 e MELMAN, Charles. **Retorno a Schreber: seminário 1994-95**. Hospital Henri Rousselle - Paris. Tradução de Conceição Beltrão Fleig. Porto Alegre: Editora CMC, 2006.

Algum dia um comunitarista radical conseguirá convencer, com seus argumentos, um liberal radical (ou vice-versa)? As grandes questões jurídicas parecem gravitar muito mais em torno do incomensurável e imponderável, tema que provoca angústias, sobretudo para quem ambiciona oferecer bulas e receituários...

Antes de estudar lógica deôntica, o jurista deve estudar Ciência Política!

Qual o critério para se aferir se uma opinião prévia – um preconceito – é adequado ou não? Como escapar da armadilha dos primeiros juízos, a fim de permitir que o *interpretandum* se mostre?<sup>699</sup>

Como já mencionado, Gadamer não oferta uma resposta para essas dúvidas, até porque não é essa a sua preocupação (pretende descrever a forma como a compreensão se instala). Ele enfatiza, porém, que o intérprete deve tomar consciência das suas pré-compreensões, a fim de tentar controlá-las.<sup>700</sup>

Ademais, ele também argumenta que a distância temporal permitiria maior objetividade: “Muitas vezes essa distância temporal nos dá condições de resolver a verdadeira questão crítica da hermenêutica, ou seja, distinguir os verdadeiros preconceitos, sob os quais compreendemos, dos falsos preconceitos que produzem os mal-entendidos. Nesse sentido, uma consciência formada hermeneuticamente terá de incluir também a consciência histórica.”<sup>701</sup>

O fato é que o Iluminismo havia classificado os preconceitos em dois grandes grupos: (a) preconceito por precipitação e (b) preconceitos por autoridade. Grosso modo, o preconceito por precipitação trataria da ausência de meditação, ausência de reflexão, de modo que o intérprete contenta-se com a primeira impressão que a coisa lhe provocada, deixando de perquirir causas profundas (distinção entre aparência e essência; distinção entre *doxa* e *episteme*).

Já o preconceito por autoridade residiria na delegação, para outrem, do ato de pensar. Segundo o Esclarecimento, cada subjetividade deveria buscar o conhecimento, duvidando da tradição, da autoridade dos sábios constituídos e

---

<sup>699</sup> Conquanto – repita-se – Gadamer não busque ofertar receitas para uma boa compreensão, ele sustenta que é indispensável que se afaste tudo quanto impessa o diálogo com a coisa em questão. Deve-se manter o espírito aberto à alteridade do texto em questão; deve-se presumir que ele tenha algo a dizer. Confira-se GADAMER, H.G. *Op. cit.*, p. 358-359.

<sup>700</sup> Idem, p. 359 e 398. Gadamer não detalha, porém, a forma com alguém pode promover essa emersão dos preconceitos, já que – não raras vezes – eles são inconscientes, irrefletidos, automatizados. Logo, pode-se muito bem cogitar de uma associação do trabalho de Gadamer com a psicanálise freudiana (e sua tentativa de trazer o inconsciente à tona), abstraindo-se aqui as conhecidas críticas de Mario Bunge e Karl Popper contra os estudos psicanalíticos (considerados, pelo positivismo, como pseudo-ciências ou mero charlatanismo).

<sup>701</sup> Idem, p. 395.



também daquilo que parece sólido e perene.

E é esse último preconceito – o preconceito fundado na autoridade – que Gadamer busca reabilitar, indicando-o como algo bom, em muitos casos (e não apenas como algo sabidamente ineludível e inexpugnável). Ele busca resgatar certa autoridade da tradição; o que é um projeto oposto ao Iluminismo.

Quanto ao caráter incontornável dos preconceitos, mesmo no âmbito das ciências pretensamente exatas, colhe-se a seguinte passagem:

Aquele que está seguro de não ter preconceitos, apoiando-se na objetividade de seu procedimento e negando seu próprio condicionamento histórico, experimenta o poder dos preconceitos que o dominam incontroladamente como uma *vis a tergo*. Aquele que não quer conscientizar-se dos preconceitos que o dominam acaba se enganando sobre o que se revela sob sua luz. É como na relação entre o eu e o tu. Aquele que sai reflexivamente da reciprocidade de uma tal relação modifica-a e destrói sua vinculatividade moral. Da mesma maneira, aquele que pela reflexão vital com a tradição destrói o verdadeiro sentido desta. A consciência histórica que quer compreender a tradição não pode abandonar-se à forma de trabalho da metodologia crítica com a qual se aproxima das fontes, como se ela fosse suficiente para proteger contra a intromissão dos seus próprios juízos e preconceitos. Na verdade, ele precisa pensar também sua própria historicidade. Como já dissemos, o fato de estar na tradição não restringe a liberdade do conhecer, antes é o que a torna possível.<sup>702</sup>

Por conseguinte – o que é, de fato, incontornável – mesmo a ciência supostamente mais pura e radical estará impregnada de preconceitos, de saberes que a antecedem. Como disse Newton, a ciência escora-se no ombro de gigantes.

Ora, Hans-Georg Gadamer sustenta que a autoridade não é, simplesmente, uma delegação do próprio juízo em favor de terceiros. Ao contrário, para ele, a (verdadeira) autoridade jamais poderia ser imposta: “Na verdade, a autoridade é, em princípio, uma atribuição a pessoas. Mas a autoridade das pessoas não tem seu fundamento último num ato de submissão e de abdicação da razão, mas num ato de reconhecimento e de conhecimento: reconhece-se que o outro está acima de nós em juízo e visão e que, por consequência, seu juízo precede, ou seja, tem primazia em relação ao próprio juízo.”<sup>703</sup>

Com isso, Gadamer reabilita a importância dos textos clássicos<sup>704</sup> – Aristóteles, Platão, Leibniz, Kant, Hegel -, conforme método de análise próprio às

---

<sup>702</sup> Idem, p. 471.

<sup>703</sup> Idem, p. 371.

<sup>704</sup> Idem, p. 378.

humanidades. Em termos de Justiça e ética, Aristóteles tem muito a nos dizer, por mais antigos que sejam os seus escritos.

O problema, também aqui, é a obtenção de algum critério para distinguir o autoritarismo e a verdadeira autoridade, distinguir os poderes hegemônicos que tumultuam a compreensão (e impedem a emancipação) e a autoridade que educa e ensina. Essa é uma dúvida crucial no que toca à Filosofia Política, como sabido.

Gadamer não chega a ofertar uma resposta explícita a essa angústia.

Outro tópico diz respeito à importância da tradição – entendida como a validade que prescinde de fundamentação.<sup>705</sup> A tradição constitui o intérprete, encontra-se no pano de fundo da sua atividade e sua visão de mundo. Tanto por isso, “entre a tradição e a razão não existe nenhuma oposição que seja assim tão incondicional”, diz Hans-Georg Gadamer.<sup>706</sup>

A tradição precisa ser assumida, cultivada, afirmada! – pensa ele. O fato é que, não raras vezes, a tradição permanece oculta, tal como a atmosfera. Ela é essencialmente conservação – encontra-se presente mesmo nas revoluções históricas (momentos em que parte da tradição pode ser superada e substituída).

Isso não significa, porém, que a hermenêutica seja conservadora.

Ao contrário, ela busca o estranhamento, estabelece olhares novos sobre o que é antigo. A vida histórica da tradição consiste na sua dependência a apropriações e interpretações sempre novas.<sup>707</sup> Gadamer tem consciência, porém, de que não há pontos arquimedianos situados fora da História; não há como os sujeitos despirem-se de todos os seus preconceitos.

Para que uma compreensão se dê é imprescindível – pensa Gadamer – que a tradição seja valorizada. Ou seja, a historicidade do ser que compreende (o *Dasein*) e também do *interpretandum*. Daí que ele use a expressiva alegoria da fusão de horizontes – a interação do horizonte de sentidos do *interpretandum* e do intérprete, em prol de um diálogo (um ‘jogo’) que viabiliza o surgimento do sentido.

Por outro lado, não raras vezes a tradição é iníqua e deve ser enfrentada. Conquanto Gadamer busque reabilitar a importância da autoridade (a autoridade dos clássicos!), não se pode perder de vista que muitas tradições devem ser

<sup>705</sup> Idem, p. 372. Na mesma obra, em p. 467: “A experiência hermenêutica tem a ver com *tradição*. É esta que deve chegar à experiência. Todavia, a tradição não é simplesmente um acontecer que aprendemos a conhecer e dominar pela experiência, mas é linguagem, isto é, fala por si mesma, como um tu.”

<sup>706</sup> Idem, p. 373 e 385.

<sup>707</sup> Idem, p. 514.

deixadas de lado, porquanto são machistas, racistas, xenóforas, fascistas...

Também aqui, ele não chega a ofertar critérios para avaliação da cultura. Ele não acredita - ao contrário de J. Habermas - que haja critérios para se racionalizar valores. Alguém só critica uma tradição quando já se vê enredado em outra!

Recorde-se que, segundo Edmund Husserl, um horizonte é o pano de fundo, uma possibilidade imensa de sentido que se amplia/modifica na medida em que o intérprete avança. Melhor dizendo, "Horizonte é o âmbito da visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto."<sup>708</sup>

Ora, "Existirão aqui dois horizontes diferentes, o horizonte histórico a que este pretende se deslocar? Será que a descrição da arte da compreensão histórica que diz ser necessário aprender a deslocar-se a horizontes alheios é uma descrição correta e suficiente?"<sup>709</sup>

Gadamer conclui, a respeito do tema, o que segue:

Esse ato de deslocar-se não se dá por empatia de uma individualidade com a outra, nem pela submissão do outro aos nossos próprios padrões. Antes, significa sempre uma ascensão a uma universalidade mais elevada que supera tanto nossa própria particularidade quanto a do outro. O conceito de horizonte torna-se interessante aqui porque expressa essa visão superior e mais ampla que deve ter aquele que compreende. Ganhar um horizonte quer dizer sempre aprender a ver para além do que está próximo e muito próximo, não para abstrair dele mas precisamente para vê-lo melhor, em um todo mais amplo e com critérios mais justos. Não estamos fazendo uma descrição adequada da consciência quando, com Nietzsche, falamos dos muitos horizontes mutáveis aos quais a consciência histórica ensina a se deslocar. Aquele que assim faz abstração de si mesmo priva-se justamente do horizonte histórico, e na verdade a demonstração de Nietzsche das desvantagens da ciência histórica para a vida não diz respeito à consciência histórica como tal, mas à auto-alienação de que ela é vítima quando compreende a metodologia da moderna ciência da histórica como sua própria essência.<sup>710</sup>

O fato é que, a rigor, não há horizontes distintos e autônomos. Supondo-se a continuidade histórica, a rigor haveria um único horizonte (já que o presente não se

<sup>708</sup> Idem, p. 399.

<sup>709</sup> Idem, p. 402. Em p. 400 da mesma obra, Gadamer enfatiza a necessidade da compreensão histórica: "A tarefa da compreensão histórica inclui a exigência de ganhar em cada caso o horizonte histórico a fim de que se mostre, assim, em suas verdadeiras medidas, o que queremos compreender. Quem omitir esse deslocamento ao horizonte histórico a partir do qual fala a tradição estará sujeitos a mal-entendidos com respeito ao significado dos conteúdos daquela. Nesse sentido, parece ser uma exigência hermenêutica justificada o fato de termos de nos colocar no lugar do outro para poder compreendê-lo."

<sup>710</sup> Idem, p. 403.

recorta do passado). A alegoria é útil, porém, para evidenciar essa necessidade de distanciamento temporal, a fim de se compreender o *interpretandum*.<sup>711</sup>

Reitere-se: muitas vezes, novas tradições devem superar as antigas.

Há tradições iníquas e intoleráveis. Há passados que devem ser sepultados, para que não contaminem o presente. Basta pensar em concepções de mundo ignominiosas como a escravidão ou o nazismo, para que se compreenda que, em muitos casos, tradições devem ser enfrentadas e modificadas.

O conhecido apóteagma de Radbruch - ao sustentar que normas absurdamente injustas não são jurídicas - acaba se revelando como uma espécie de 'ponto arquimediano', para que avaliar a própria tradição jurídica.

O problema é que descobrir normas absurdamente injustas já é atividade hermenêutica; e depende, tanto por isso, de pré-compreensões. O sujeito que se encontra impregnado dos preconceitos talvez não perceba o quão injusto é o mundo que o circunda. O juiz que mantém seres humanos em verdadeiras pocilgas - as cadeias brasileiras - talvez acredite mesmo ser esse o seu papel social...

Eis a grande dificuldade de se obter interpretações mais corretas.

Afinal de contas, uma tradição não é superada mediante *robisonadas* - para mencionar a expressão gadameriana. Isso depende do surgimento de uma nova tradição; não raras vezes mera continuação da anterior, sob novas roupagens, como *il Gattopardo di Lampedusa*.

#### 4.1.6. Compreensão, aplicação e a singularidade histórica:

Na hermenêutica clássica, distinguiu-se, durante muito tempo, (a) a compreensão; (b) a interpretação e (c) a aplicação. Como já foi mencionado acima, supunha-se que a compreensão fosse algo automático, algo imediato (ler e entender instantaneamente). Por seu turno, a interpretação demandaria o emprego de métodos, sendo cabível sempre que o texto fosse confuso, obscuro ou não se concordasse com o resultado da compreensão promovida *prima facie*.

Por fim, supunha-se uma diferença entre interpretar e aplicar. A

---

<sup>711</sup> Ademais, a vingar os pressupostos luhmannianos, aludidos acima, cada observador teria um horizonte próprio e inconfundível, já que - em N. Luhmann - não há propriamente um 'mundo-da-vida' destacado dos demais sistemas funcionalizados (ao contrário, como visto, do que apregoa Habermas, quem distingue ambos os níveis - mundo da vida e sistemas). Quanto ao distanciamento histórico, enquanto requisito de objetividade, leia-se GADAMER, H.G. **Verdade e método - I**, p. 394.

interpretação envolveria alguma generalidade – a explicação da preleção para todos os casos possíveis, enquanto que a aplicação trataria da solução de uma situação problemática específica.

A homilia do padre, na missa, seria um exemplo de aplicação, de modo que deveria comparar as lições dos Evangelhos com as questões vivenciadas pela comunidade religiosa em causa. Tempos depois, o interesse pela *applicatio* teria sido reduzido, restando praticamente expulso do âmbito da hermenêutica.<sup>712</sup>

Em Gadamer, o fato é que esses três momentos não podem ser distinguidos. Todo compreender é interpretar, e todo interpretar é também aplicar. Não se compreende um texto sem que haja uma ‘pergunta-problema’ a que deva responder. Daí que, em alguma medida, toda interpretação é única e irrepetível!

Uma *techne* se aprende, e também pode ser esquecida. Mas o saber ético não pode ser aprendido e nem esquecido. Não nos confrontamos com ele ao modo de poder apropriar-nos ou não dele, como podemos escolher ou deixar de escolher uma habilidade objetiva, uma *techne*. Ao contrário, encontramos-nos sempre na situação de quem precisa atuar (com abstração feita da fase da menoridade, na qual a obediência ao educador substitui a decisão pessoal) e, assim, já devemos sempre possuir e aplicar o saber ético. Por isso o conceito da aplicação é tão problemático, pois só se pode aplicar o que já se possui previamente. Mas não possuímos o saber ético para nós mesmos de forma a primeiro possuí-lo para depois aplicá-lo à situação concreta. A imagem que o homem forma sobre o que ele deve ser, como p.ex. seus conceitos de justo e injusto, de decência, coragem, dignidade, solidariedade etc. (todos conceitos que têm seu correlato no catálogo de virtudes de Aristóteles) são, de certo modo, imagens diretrizes, pelas quais se guia. Mas há uma diferença fundamental entre elas e a imagem diretriz que representa, por exemplo, para um artesão o desenho do objeto que ele deve fabricar. Independentemente da situação que a justiça me exige, não é possível determinar, por exemplo, o que é justo, enquanto que o *eidos* daquilo que um artesão quer fabricar está inteiramente determinado, e quiçá determinado pelo uso para o qual está destinado.<sup>713</sup>

Isso significa que no âmbito da ética e do Direito, não haveria como distinguir, em planos absolutamente estanques, a interpretação e a aplicação. Toda compreensão é ditada por um contexto histórico (um caso) específico, com todas as suas peculiaridades – o que pode ensejar alguma insegurança jurídica.

A interpretação da lei também é motivada pela prévia interpretação do caso.

Mas o caso é delimitado a partir de pré-compreensões sobre o próprio conteúdo da lei... Cuida-se, também aqui, daquela alegoria do jogo, eis que parece

---

<sup>712</sup> Idem, p. 406.

<sup>713</sup> Idem, p. 417-418.

haver uma mútua relação entre fatos e normas (interpretação dos fatos e interpretação das fontes normativas...).

Aristóteles mostra que toda lei é geral e que não pode conter em si a realidade prática em toda a sua concreção, na medida em que se encontra numa tensão necessária com relação ao concreto da ação. Já assinalamos essa problemática quando falamos a respeito da análise do juízo. Fica claro que o problema da hermenêutica jurídica encontra aqui seu verdadeiro lugar. A lei é sempre deficiente, não em si mesma, mas porque, frente ao ordenamento a que se destinam as leis a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas.<sup>714</sup>

Com efeito, se toda compreensão depende de preconceitos – e esses são positivos ou negativos (viabilizam ou tumultuam a compreensão correta) – a dúvida que surge é quanto à identificação da leitura adequada ao texto. Afinal de contas, atualmente a tradição é pluralista: ela reconhece legitimidade a distintas visões de mundo, não raras vezes incompatíveis entre si!

Ora, conquanto o pluralismo seja uma conquista – pois tende à tolerância com o outro! -, também é fato que suscita graves perplexidades no que toca à interpretação. Os sujeitos podem estar escorados, portanto, em horizontes distintos.

Em um Estado que outorga aos juízes o controle da validade das próprias leis que aplicam (controle difuso de constitucionalidade), não será incomum que deliberações absolutamente discrepantes, sobre um mesmo tema, sejam prolatadas pelos magistrados (não raras vezes, com decisões conflitantes do mesmo tribunal).

Em uma sociedade pluralista – e o pluralismo deve ser ainda mais estimulado, deixa-se claro! -, o fato é que temas morais acabam se tornando mais contingentes. E as grandes questões jurídicas esbarram em questões valorativas: criminalização do consumo de maconha, criminalização do aborto, presença de símbolos religiosos em repartições públicas, proibição da progressão de regime, alcance da vedação de emprego de provas ilícitas etc.

Toda interpretação depende de preconceitos, como diz Gadamer.

O problema é que a própria identificação dos preconceitos positivos e negativos já é, em si, uma atividade hermenêutica, demandando outros tantos

---

<sup>714</sup> Idem, p. 419. Destaque-se que Gadamer também discorre, ao final da sua obra, sobre a teoria da designação (criticada pelo 'segundo' Wittgenstein) – i.e., a suposição de que haveria uma conexão íntima entre palavras e objetos designados. Ao que releva, ele também descarta a insuficiência/inadequação da tentativa de se criar uma linguagem artificial (seja pelo fato de que, para tanto, ela deve ser 'ensinada' com o uso da linguagem cotidiana; seja mesmo pelo fato de que é impossível se eliminar totalmente a ambiguidade do idioma). GADAMER, H.G. *Op. cit.*, p. 536.

preconceitos, em verdadeiro regresso *ad infinitum*.

Cada recorte histórico é único, dadas as suas circunstâncias e suas peculiaridades. O reconhecimento de um evento – um sucesso histórico – como sendo o caso de uma regra já envolve, como visto, uma espécie de juízo (o ‘juízo kantino’), insuscetível de ser matematizado.

Daí que também o reconhecimento de um único evento – uma única conduta – ou de vários (distintos comportamentos) envolve uma inexorável margem de arbítrio, ainda que ‘rios de tinta’ já tenham sido gastos na tentativa de se encontrar algum critério mais seguro.

#### **4.1.7. ‘Verdade e método’ e o tema do concurso de crimes:**

Esses *insights* são importantes para o tema do concurso de crimes.

Afinal de contas, para além dos debates metafísicos ou fisiológicos – i.e., o recorte de unidades de conduta -, o tema da pluralidade de delitos também desafia, não raro, graves problemas de interpretação da lei penal.

De partida, porquanto deve-se promover uma distinção entre concurso sincrónico e diacrónico. Antes de se cogitar de eventual concurso aparente entre normas, deve-se aferir se realmente as normas estão em vigor; ou se teria havido sucessão de leis no tempo.

E isso já demanda um grande esforço hermenêutico.

Ademais, essa questão valorativa ganha peso significativo em temas como a consunção e a subsidiaridade, há necessidade de que o aplicador reflita sobre as normas ‘veiculadas’ pelos textos normativos. E essa é uma atividade essencialmente valorativa – em que pese também envolva tecnicidades (afinal de contas, há uma longa tradição que versa sobre o assunto).

Gadamer evidencia, portanto, que (a) não há como limitar a interpretação a uma busca da intenção dos legisladores – ao contrário do que propugnara Schleiermacher, por exemplo; (b) toda compreensão depende de pré-compreensões, sendo insuscetível de ser axiomatizada completamente; (c) reconhece que, diante de um mesmo *interpretandum*, são possíveis distintas compreensões válidas, tudo a depender do horizonte de sentido em que se encontra o intérprete; (d) o aplicador deve se esforçar por deixar transparentes seus prejuízos, a fim de controlá-los; (e) tanto por isso, o juiz deve se esforçar por deixar manifestos os seus preconceitos

valorativos, a fim de que a comunidade política possa discutí-los e questioná-los; (f) uma compreensão adequada dependa da formulação de perguntas corretas, a que deve responder o texto.

Ora, basta ter em conta casos aparentemente prosaicos,<sup>715</sup> para se perceber a relevância desse problema hermenêutico, no que toca ao concurso de delitos. Gadamer evidencia muito mais a incorreção dos muitos mitos que animam os manuais jurídicos – a tentativa de obtenção de respostas acuradas em matéria jurídica – do que, propriamente, para ofertar um caminho alternativo.

#### 4.2. Algumas notas críticas sobre o postulado da proporcionalidade:

Não há como tratar de interpretação - muito menos, tratar de interpretação de normas penais - sem aludir ao princípio da proporcionalidade. Esse tema ganha relevo sobremodo a partir da superação do positivismo jurídico, com a constitucionalização de pautas valorativas, não raras vezes, conflitantes entre si.

Segundo Paulo Bonet Branco,<sup>716</sup> o assim chamado neoconstitucionalismo “reclama uma nova teoria do direito, assim resumida: mais princípios do que regras, mais ponderação do que subsunção, onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos relevantes, onipotência judicial, coexistência de uma constelação de valores plurais, às vezes tendencialmente contraditórios, em lugar da homogeneidade ideológica.”

Essa concepção não pode ser totalmente aceita.

Como se indicará na sequência, não se pode simplesmente delegar aos julgadores a valoração primária dos casos que lhes são submetidos. Sem dúvida que, por tudo quanto já foi expressado acima, controlar o intérprete é tarefa praticamente impossível.

As leis não possuem um conteúdo inequívoco, acurado.

Cada fonte normativa parece admitir distintas leituras. E isso tende a tornar muito tênues as diferenças entre criar a lei e aplicá-la; tende a tornar muito tênues,

---

<sup>715</sup> Por exemplo, cogite-se a relação entre a associação em quadrilha armada (art. 288, parágrafo único, CP) e o cometimento, no seu âmbito, de roubo qualificado pelo concurso de agentes e emprego de armas (art. 157, §2º, CP). Como se verá adiante, os tribunais aplicam essas normas concomitantemente, sustentando não violar o *ne bis in idem*, conquanto os elementos ‘associação de agentes’ e ‘uso de arma’ sejam empregados duplamente.

<sup>716</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 131.



de igual modo, as diferenças entre juízes e legisladores.

De toda sorte, se isso tudo é verdade - não se nega! -, também é certo que não se pode simplesmente recair no niilismo, na suposição de que os magistrados poderiam julgar ao seu gosto, sem atentar para regras no uso das palavras. Conquanto fugidias, as palavras não admitem qualquer uso...

Ainda que seja um 'mito regulativo', essa diferença entre legislar e aplicar a lei (julgar o caso) deve ser preservada, em prol de um mínimo de segurança jurídica. Remanescerão, ainda assim, um amplo espaço de arbítrio e violência. Cuida-se, todavia, de uma tentativa de 'contenção dos danos'.

Ou seja, é salutar que se preserve essa distinção, conquanto porosa, entre a atividade de se criar a lei (a valoração primária, a cargo do parlamento) e a sua interpretação e aplicação do caso concreto (a tarefa do julgador). Daí que não se concorda totalmente com a observação de Bonet Branco, transcrita acima.

Feita essa primeira advertência, busca-se, nesse tópico, um exame mais detalhado da questão afeta à proporcionalidade. Repise-se que essa tese cuida de verdadeiro caleidoscópio, eis que investiga-se a decisão judicial no âmbito do concurso de crimes.

#### **4.2.1. Contradições normativas e proporcionalidade:**

O presente tópico será balizado pela obra de Carlos Bernal Pulido, quem promove detido estudo do tema.<sup>717</sup> Trata-se, sem dúvida, de um grande esforço de síntese de várias concepções sobre esse árduo tema.

Ele começa sua análise enfatizando que, segundo concepções contemporâneas, a intervenção dos poderes públicos – e, em alguma medida, também a atuação privada – no âmbito dos direitos fundamentais deveria ser analisada sob o prisma de três subprincípios: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

1. Segundo o subprincípio da idoneidade, toda intervenção nos direitos fundamentais deve ser adequada para contribuir para a obtenção de um fim constitucionalmente legítimo.

---

<sup>717</sup> PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador. 3. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

2. Conforme o subprincípio de necessidade, toda medida de intervenção nos direitos fundamentais deve se a mais benigna com o direito no qual se interveio, dentre todas aquelas que revistam da mesma idoneidade para contribuir para alcançar o fim proposto.

3. No fim, conforme o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, a importância dos objetivos perseguidos por toda intervenção nos direitos fundamentais deve guardar uma adequada relação com o significado do direito intervindo. Em outros termos, as vantagens que se obtém mediante a intervenção no direito devem compensar os sacrifícios que esta implica para seus titulares e para a sociedade em geral.<sup>718</sup>

Carlos Bernal Pulido enfatiza que a proporcionalidade não é um conceito inventado pela jurisdição constitucional contemporânea. Muito ao contrário, ela já havia sido empregada nos âmbitos das matemáticas e das ciências afins.

A relação entre meio e fim – que está na base desse princípio – também esteve presente na filosofia grega clássica. Pulido argumenta, ademais, que, com o discurso de justificação do poder político (com Locke, sobretudo), reconheceu-se que o Estado deve ser limitado pelas liberdades dos sujeitos que o constituem.

Na origem do discurso constitucionalista já estava presente a necessidade dessa contenção do Estado e correspondente a necessidade de um juízo de adequação da violência exercida em nome da comunidade política.

Pulido discorre, ademais, sobre a importância do princípio da proporcionalidade na Prússia, nos tribunais ingleses e também na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.<sup>719</sup>

Ao que releva, ele sustenta que “O princípio da proporcionalidade cumpre a função de estruturar o procedimento interpretativo para a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais que resulta vinculante para o legislador e para a fundamentação de dito conteúdo nas decisões de controle de constitucionalidade das leis.”<sup>720</sup>

O postulado funcionaria como um critério de interpretação de fontes normativas. Partindo da concepção de Robert Alexy,<sup>721</sup> Carlos Bernal sustenta que os direitos fundamentais consubstanciarium um feixe de posições<sup>722</sup> e normas

<sup>718</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *Op. cit.*, p. 42. Traduziu-se.

<sup>719</sup> Idem, p. 50-51.

<sup>720</sup> Idem, p. 81. Traduziu-se.

<sup>721</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 240.

<sup>722</sup> Bernal Pulido emprega a distinção promovida por Robert Alexy entre posições e normas jurídicas. Sustenta que “As posições de direito fundamental são relações jurídicas entre os indivíduos ou entre

jurídicas, vinculadas a uma disposição/preceito de direito fundamental (enunciados da Constituição que tipificam direitos fundamentais).

Acolhe-se, portanto, um conceito semântico de norma:

As normas de direito fundamental se definem como o conjunto de significados prescritivos das disposições de direito fundamental. Este conjunto de significados se expressa mediante proposições prescritivas que estabelecem que algo está jusfundamentalmente ordenado, proibido ou permitido, ou que atribuem a um sujeito uma competência de direito fundamental.<sup>723</sup>

Daí que, em uma sociedade complexa e com inúmeros conflitos, o controle de constitucionalidade das leis ganha mesmo uma dimensão ainda mais significativa. Não raras vezes, incorre-se em conflitos entre pretensões jurídicas, ambas aparentemente guarnecidas por normas de direitos fundamentais.

O fato é que, no Estado Constitucional de que fala Peter Häberle,<sup>724</sup> os legisladores estão obrigados pela Lei Fundamental: nem toda lei é válida. Diante de uma Constituição rígida (ou semi-rígida), alguém deve controlar a 'legalidade' das leis promulgadas. Eis, portanto, o grande relevo da jurisdição constitucional.

A questão está longe de ser singela, porém.

Há acirrados debates sobre o pretenso caráter antidemocrático da jurisdição constitucional e correlato paradoxo: os vivos governados pelos mortos! A supremacia constitucional impede que maiorias eventuais modifiquem determinados vetores (conhecidos, justo por isso, como cláusulas pétreas).

Sustenta-se, todavia, que nada haveria de inválido nisso, eis que aludidas vedações de reforma seriam em tudo semelhantes ao cuidado adotado por Ulisses, rei de Ítaca, ao ordenar que não fosse acorrentado, para não capitular perante o enfeitado canto das sereias.

Cuida-se de um 'mito de fundação'.

Afinal de contas, essa suposição da existência de momentos de lucidez histórica comumente não se confirma na prática. Ao contrário, não raras vezes as

os indivíduos e o Estado. Como tais, as posições de direito fundamental são uma espécie de ampla gama de relações jurídicas existentes no Direito." PULIDO, Carlos Bernal. *Op. cit.*, p. 85.

<sup>723</sup> Idem, p. 83. Toda norma pode ser expressada de duas maneiras distintas: forma canônica (o comportamento 'x' é proibido, permitido, facultado) ou a forma condicional (se 'a', então 'b').

<sup>724</sup> HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Tradução do alemão para o espanhol por Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. A respeito dessa evolução do Estado legislativo para o Estado Constitucional, leia-se também FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia**. Volume 2, p. 9-70.

Constituições são fruto de rupturas, guerras, conflitos e conchavos.

Cuida-se, todavia, do 'ponto cego' da argumentação jurídica, para empregar aqui a expressão luhmanniana mencionada nos tópicos anteriores. Afinal de contas, não há como sistema jurídico cortar a escada na qual se escora. Apenas sob o holofote da Filosofia jurídica é que a própria legitimidade constitucional pode ser colocada em causa.

Deixa-se esse tema em *epochè* na presente tese.

Convém apenas advertir - para evitar confusões - que a Constituição brasileira é emancipatória! A tarefa é muito mais torná-la efetiva do que, propriamente, discutir sua fonte de legitimação social. Suas promessas reconhecem a dignidade humana... O problema é de efetividade, enfim.

#### 4.2.2. Ambiguidade da linguagem e a fundamentação interna e externa:

Há diferenças entre a fundamentação interna e a fundamentação externa do discurso jurídico.<sup>725</sup> A fundamentação interna implica o trânsito da premissa (a norma de direito fundamental) para as suas consequências:

R. Alexy tem esclarecido que a fundamentação interna de toda decisão jurisdicional consiste no trânsito desde uma norma geral para uma norma particular (o caso), mediante uma cadeia de normas cada vez mais concretas. Esse trânsito reveste basicamente a estrutura de um silogismo, conformado por uma premissa maior, uma premissa menor e uma conclusão.<sup>726</sup>

A justificação interna demanda o exame de questões alusivas à lógica (cânones aristotélicos da identidade, não contradição e terceiro excluído). Por conseguinte, parece ser caso de simples lógica deôntica.

Situação mais delicada surge, contudo, no que toca à fundamentação externa, como bem explicita Carlos Bernal:

Nesta fundamentação, por uma parte, devem oferecer-se as razões das quais surge a premissa menor do silogismo, é dizer, os argumentos que levam a determinar o que prescreve a norma legal, estabelecida pela disposição legislativa que constitui o objeto do controle de constitucionalidade. A este resultado somente se chega

<sup>725</sup> Essa diferenciação encontra-se na base da interessante obra de Luis Duarte d'Almeida sobre concurso de crimes. Confira-se D'ALMEIDA, Luís Duarte. **O 'concurso de normas' em Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 18-20.

<sup>726</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *Op. cit.*, p. 94. Traduziu-se.

depois de uma interpretação da lei. Se depois de dita interpretação, o Tribunal Constitucional observa, ademais, que a norma legal contradiz o prescrito por uma norma de direito fundamental, deve formular e fundamentar um enunciado subsuntivo, é dizer, deve asseverar que a norma legal examinada cumpre as condições estabelecidas pelo suposto de fato da norma de direito fundamental e deve tornar explícitas as razões que levam à aludida conclusão. Deste modo, a fundamentação externa da premissa menor consiste em uma interpretação da lei e em um enunciado sobre a subsunção da norma legislativa sob o pressuposto de fato da norma de direito fundamental aplicável ao caso.<sup>727</sup>

O problema maior está na fundamentação externa da premissa maior.

Difícil é a identificação das normas de direito fundamental e do seu conteúdo: os juízes devem determinar qual é a conduta imposta pela norma fundamental (relevante para o caso) e tornar explícitos os argumentos respectivos.

O princípio da proporcionalidade desempenha um papel significativo justamente no exercício dessa ‘fundamentação externa’.<sup>728</sup>

O problema se coloca justamente por conta da indeterminação normativa das disposições de direitos fundamentais. “A indeterminação não é, contudo, uma propriedade exclusiva destas disposições, senão um fenómeno generalizado da linguagem, que afeta todo tipo de enunciados. A indeterminação se apresenta cada vez que um enunciado não deixa explícito de forma exaustiva o conjunto dos seus significados e, portanto, gera uma incerteza sobre se um ou vários significados específicos podem ser-lhe atribuídos.”<sup>729</sup>

Vê-se que isso implica uma indeterminação semântica.

A indeterminação se traduz em ambigüidade, vagueza e redundância. Pulido exemplifica a questão da ambigüidade com o art. 22.1 da Constituição da Espanha, que assegura o ‘direito à associação.’

Ele alega ser duvidoso se a aludida cláusula também impediria ao Estado obrigar alguém a se associar (o que jamais seria aceito por um teórico liberal). Por outro lado, “Uma expressão é vaga quando não deixa claro se certo caso deve ser enquadrado no suposto de fato da norma que o enunciado estabelece, de acordo com uma determina proposta interpretativa.”<sup>730</sup>

Ele menciona, outrossim, a indeterminação valorativa: quando a legislação emprega termos como ‘bom’, ‘mau’, ‘adequado’, ‘justo’ etc. A indeterminação

<sup>727</sup> Idem, p. 101. Traduziu-se.

<sup>728</sup> Idem, p. 103.

<sup>729</sup> Idem, ibidem. Traduziu-se.

<sup>730</sup> Idem, p. 108. Traduziu-se.

sintática ocorre quando determinada oração carece de pontual adequada:

Um caso típico deste tipo de indeterminação é aquele no qual, em uma disposição jurídica, aparecem um ou vários adjetivos ou advérbios depois de uma série de verbos ou de substantivos, e se originam dúvidas se a qualificação que aqueles introduzem afeta a todos ou a somente alguns dos verbos ou substantivos da série.<sup>731</sup>

Ele também registra a ocorrência de indeterminação estrutural, que ocorre quando uma disposição estatui várias normas, que podem ser satisfeitas de formas diversas (o que ocorre sobretudo com as normas programáticas).

A redundância implica repetição de normas: ocorre quando uma norma de direito fundamental pode ser derivada de diferentes enunciados da mesma Constituição. “Na redundância se apresenta a incerteza se a norma respectiva deve seguir o regime jurídico de uma, de outra, ou, ao mesmo tempo, de todas as diversas disposições jusfundamentais que parecem estatuí-la.”<sup>732</sup>

Por fim, a indeterminação pragmática diz respeito à dúvida quanto ao conteúdo ‘perlocucionário’ – i.e., aferir se a disposição veicula uma ordem, uma asserção, um desejo, uma petição etc. Em regra, há de se presumir que a Constituição veicula comandos, ordens (não sendo mera carta de intenções).

Essa indeterminação da linguagem (o que a torna possível, por sinal) acaba por impedir, não raras vezes, que o intérprete conheça o seu conteúdo *a priori*, antes de uma necessária fundamentação. “De maneira categórica pode-se asseverar que, desde este ponto de vista, felizmente não muito relevante na prática, todas as disposições de direito fundamental da Constituição são indeterminadas.”<sup>733</sup>

Todavia, igualmente certo que comumente as disposições constitucionais permitem inferir a ‘norma diretamente estatuída’ (O art. 5º, X, CF obriga o Estado a respeitar a privacidade. Situação diferente é saber se, com isso, se proíbe que, em uma praça pública, alguém tire fotos alheias sem autorização...

Em princípio, quanto maior a indeterminação normativa, maior será a necessidade de fundamentação dessa identificação das ‘normas derivadas.’ (e também maior será a dificuldade para reconhecer a norma individual, aplicável ao

<sup>731</sup> Idem, p. 110. Traduziu-se.

<sup>732</sup> Idem, p. 112. Traduziu-se.

<sup>733</sup> Idem, p. 104. Traduziu-se.

caso).<sup>734</sup> Um primeiro momento da interpretação envolveria a atribuição de sentido diretamente aos enunciados constitucionais (obtenção das normas jusfundamentais diretamente veiculadas).

Ou seja, “cada disposição de direito fundamental estatui diretamente uma só norma. O nexó entre uma disposição e sua norma diretamente estatuída é, por assim dizê-lo, de tradução automática. Aquilo que as disposições expressam, se traduz automaticamente naquilo que as normas diretamente estatuídas ordenam.”<sup>735</sup>

Essas normas apenas raramente seriam empregadas como premissa maior, na fundamentação jurídica (‘fundamentação interna’) do controle da constitucionalidade das leis. Isso por conta do seu elevado grau de abstração e generalidade.

Daí que ele diga que “A tradução automática das disposições de direito fundamental em normas diretamente instituídas não costuma ser problemática, nem costuma dar lugar a grandes controvérsias, mas tampouco constitui um avanço notório no processo de interpretação.”<sup>736</sup>

Comumente, os juízes partiriam de ‘normas derivadas’, aferíveis *prima facie* daquelas normas diretamente instituídas. A identificação dessas normas derivadas constitui, no mais das vezes, o passo decisivo do *iter* argumentativo em temas de direitos fundamentais. Nos chamados ‘casos difíceis’, haveria grande incerteza nessa derivação de normas, a partir das ‘normas diretamente instituídas’.

Carlos Bernal ilustra a questão com a interpretação do art. 20.1., ‘d’, da Lei Maior da Espanha: “está obrigado a reconhecer o direito a comunicar ou receber livremente informação verídica por qualquer meio de difusão”. Ele questiona, então, se, *prima facie*, os juízes poderiam derivar, desse dispositivo, uma imposição para o Estado manter rádios e televisões públicas (o que não foi reconhecido pela Suprema Corte da Espanha, na STC 6/1981).

---

<sup>734</sup> Pulido emprega, portanto, a distinção das normas de direitos fundamentais em três níveis (diretamente previstas, derivadas e normas individuais): “Não se trata de normas diferentes, desde o ponto de vista ontológico, é dizer, diferentes no seu status normativo, nem diferentes pelo seu traço jusfundamental. Todavia, por uma parte, as normas diretamente previstas são mais gerais e as normas derivadas e estas últimas são mais gerais que as normas individuais. Por outra parte, de cada um destes tipos normativos é característico um peculiar modo de fundamentação: enquanto o texto das disposições constitucionais se erige como fundamento imediato e suficiente das normas que diretamente estipula, as normas derivadas são o produto de uma fundamentação interpretativa suplementar que parte das normas diretamente previstas e as normas individuais são o resultado da subsunção de um caso sob o suposto de fato de uma norma diretamente prevista ou de uma norma derivada.” PULIDO, Carlos B. *Op. cit.*, p. 115. Traduziu-se.

<sup>735</sup> Idem, *ibidem*. Traduziu-se.

<sup>736</sup> Idem, p. 116. Traduziu-se.

A conclusão destes exemplos pode generalizar-se para afirmar que, no âmbito de um significativo número de julgados do Tribunal Constitucional se decide sobre a validade definitiva de uma determinada norma derivada da disposição de direito fundamental relevante e que esta decisão é fundamental para determinar o sentido do caso. Sem embargo, isto não quer dizer que as normas derivadas existam unicamente como produto da interpretação dos direitos fundamentais por parte da jurisprudência constitucional. Estas normas estão dotadas já de uma validade *prima facie* que emana da Constituição. As normas derivadas forma parte *prima facie* do campo semântico ou do âmbito normativo das disposições jufundamentais.<sup>737</sup>

Essas normas derivadas são instituídas, em alguma medida, pela legislação infraconstitucional (submetida, porém, ao controle de validade perante os Tribunais, na maioria das democracias ocidentais) e também pela própria jurisprudência constitucional, ao delimitar quais normas decorreriam dos enunciados da Lei Maior.

Há uma latente contradição entre a implementação dos direitos fundamentais pela legislação infraconstitucional, de um lado, e a violação constante destes mesmos direitos pelo Estado. Afinal de contas, implementar direitos de uns pode significar a violação de direitos de outros...

Estas normas derivadas apresentam claramente quatro características que comumente integram não apenas o conceito semântico de norma, senão também outros conceitos alternativos da norma jurídica. Em primeiro lugar, trata-se de proposições prescritivas, nas quais seu componente deontico prevalece. Em segundo, estas normas derivadas se fundamentam a partir de uma disposição jurídica: uma disposição de direito fundamental. Em terceiro lugar, ditas normas procedem simultaneamente de duas fontes do direito: da Constituição, indiretamente, de modo imediato, da jurisprudência da Suprema Corte. Por último, as normas derivadas vinculam seus destinatários.<sup>738</sup>

As aludidas normas derivadas – ainda que sejam, em alguma medida, também fruto da interpretação judicial – vinculariam ao próprio Tribunal. Isso porque, ainda que os precedentes possam ser revistos, isso demandaria uma elevada carga argumentativa. Sobretudo porque os juízes devem fundamentar adequadamente suas deliberações: devem indicar porque aquela determinada norma derivada será descartada.

#### 4.2.3. Critérios estruturais/materiais e as críticas contra o postulado:

<sup>737</sup> Idem, p. 119. Traduziu-se.

<sup>738</sup> Idem, p. 126. Traduziu-se.



A fundamentação adequada demandaria, segundo aquele autor, elementos materiais e estruturais. Materialmente, exige-se a indicação das proibições, imposições, permissões, sujeições, competências etc. decorrentes dos enunciados constitucionais.

O trabalho para delimitar quais critérios materiais são idôneos para tanto é tarefa das conhecidas teorias materiais dos direitos fundamentais – a liberal, a democrática e a do Estado Social -, da análise das diversas funções dos direitos fundamentais – como direitos de defesa, direitos a prestações em sentido amplo, direitos de organização e de procedimento, direitos democráticos e direitos de igualdade – e da análise dogmática do alcance de cada um dos específicos direitos fundamentais.<sup>739</sup>

Para além do seu caráter controvertido, os referidos critérios materiais não seriam suficientes para viabilizar uma fundamentação correta da validade das normas derivadas de direitos fundamentais.

Nos casos difíceis, não haveria consensos mínimos sobre os critérios materiais decisivos para o caso. Aludidos consensos devem ser construídos, sem dúvida; mas a questão passaria também por critérios estruturais.

Mediante os critérios estruturais se determina a maneira com que se deve levar a cabo a fundamentação correta de ditas normas. Estes critérios determinam a forma em que devem ser resolvidas as colisões existentes entre os diversos critérios materiais relevantes. Deste modo, se pretende alcançar a correção material da fundamentação das normas derivadas, mediante sua correção estrutural. Certamente, a correção estrutural não é uma condição suficiente para obter uma fundamentação correta. Uma fundamentação estruturalmente correta, na qual, sem embargo, sejam empregados critérios materiais incorretos, terminará sendo uma fundamentação incorreta. Não obstante, a mediação de critérios estruturais é uma condição necessária para a correção, sempre que os critérios materiais não sejam suficientes para desenvolver plenamente a fundamentação da norma derivada respectiva. Toda fundamentação baseada em critérios materiais que entrem em conflito, que se leve a cabo sem a mediação de critérios estruturais será uma fundamentação inconsistente e, portanto, incorreta.<sup>740</sup>

Os critérios estruturais são alvo de distintas teorias, que buscam identificar qual o melhor método de aplicação das normas constitucionais, diante de situações

---

<sup>739</sup> Idem, p. 133. Traduziu-se.

<sup>740</sup> Idem, p. 134. Traduziu-se.

conflituosas (teoria do ‘conteúdo essencial’ dos direitos fundamentais, teoria interna/teoria externa dos direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade). Essas concepções têm uma meta comum: fornecem uma estrutura de fundamentação do controle de constitucionalidade. Daí que, em boa medida, o princípio da proporcionalidade é um critério formalista.

Ou seja, o chamado ‘princípio da proporcionalidade’ fornece uma estrutura argumentativa, mas já não indica os critérios materiais das normas (o que depende de tomadas de postura frente a valores: logo, concepções políticas como o liberalismo, comunitarismo, feminismo, libertarismo, anarquismo etc.).

Como se percebe, Bernal Pulido parte da distinção entre casos fáceis e difíceis,<sup>741</sup> tratada inicialmente por Herbert Hart. Um caso é dito fácil quando o intérprete consegue determinar *ab initio* e sem maiores vacilações que um determinado evento/comportamento se submete (ou não submete) dentro da hipótese de incidência da norma em questão.<sup>742</sup>

Isso ocorreria sobremodo quando as ‘normas diretamente instituídas’ funcionariam como premissa maior da fundamentação jurídica (nem maior discussão sobre normas derivadas e validade *prima facie*).

Conjeture-se que um decreto do Poder Executivo rotule determinado comportamento como sendo um crime e lhe comine penas. Referido caso é fácil,

---

<sup>741</sup> No Brasil, essa diferenciação tem sido alvo da crítica de Lênio Streck, quem argumenta: “Não se nega que possam existir casos fáceis; o problema está no fato de que é impossível uma institucionalização de casos fáceis e casos difíceis. No plano da fenomenologia hermenêutica, mesmo em face de uma suficiência ôntica que se expresse em um caso simples (raciocínio causal-explicativo), já estarão dadas – em face da pré-compreensão – as condições para um ‘ir além’, na direção de um acontecimento (ontológico), isto é, mesmo que o acontecer possa se dar de forma objetivada, sempre já existe um indicador a partir do qual essa objetivação faz sentido. Definitivamente, o intérprete não escolhe o sentido que melhor lhe convier. O intérprete também não escolhe o que seja um caso fácil e um caso difícil. O resultado da interpretação não é um resultado de escolhas majoritárias e/ou produto de convencionalismos. Não se trata, evidentemente, de verdades ontológicas no sentido clássico. Claro que não! Os sentidos não estão nas coisas e, tampouco, na consciência de si do pensamento pensante. Os sentidos se dão intersubjetivamente. Consequentemente, na medida em que essa intersubjetividade ocorre na e pela linguagem, para além do esquema sujeito-objeto, os sentidos arbitrários estão interditados.” STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 253.

<sup>742</sup> As modernas teorias da derrotabilidade normativa têm enfatizado, porém, que essa concepção de ‘caso fácil’ pode ser ilusória: mesmo no âmbito de regras, aparentemente inequívocas, podem surgir várias dúvidas sobre a sua aplicação. Observe-se, p.ex., a regra que proíbe a condução de veículos acima de 40 km/h nos arredores de escolas. Pergunta-se: essa norma deve ser aplicada mesmo quando for feriado? E quando a escola em questão abrigar apenas aulas para adultos? Confira-se HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**, p. 137; FIGUEROA, Alfonso García. La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de derecho in **Diritto & questioni pubbliche**, n. 3, 2003, p. 205; BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico in **Iso**, 2000, p. 87-117.

segundo a classificação acima, eis que não há maior debate que, frente ao art. 5º, XXXIX, CF, apenas a lei pode tipificar delitos e impor penas.

Já os casos difíceis ocorreriam quando presente indeterminação normativa; não sendo evidente se a norma questionada seria compatível, *a priori*, com as normas constitucionais relevantes para a análise.

Dado que a norma diretamente instituída não basta para determinar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, nestes casos é necessário concretizar e fundamentar uma nova norma que seja adequada para desempenhar a função de premissa maior da fundamentação interna da sentença.<sup>743</sup>

Em outras palavras, nesses casos catalogados como difíceis, o consenso sobre as premissas seria menor: a fundamentação não pareceria obra de mera subsunção '*modus Barbara*' (dado A, segue-se B), mas careceria também de justificação das premissas respectivas.

Daí que comumente se sustente que, nos casos fáceis, vigoraria a subsunção e, nos difíceis, a ponderação ou proporcionalidade.

Ora, em uma sociedade complexa, dotada de significativo pluralismo axiológico, a maior parte dos casos envolvendo direitos fundamentais será classificada como difícil, não admitindo solução automática, instantânea.

Isso por conta da já mencionada indeterminação da linguagem empregada pelos legisladores; pela tentativa da Constituição de conciliar interesses conflituosos (Constituições compromissórias) – quando menos postergando a sua solução -, e pela existência de vários direitos que, conquanto compatíveis entre si, no plano abstrato, podem suscitar antagonismos em situações concretas.

Nesse âmbito (casos difíceis) haveria argumentos a favor e contra determinada solução, *i.e.*, a obtenção de determinada norma derivada – argumentos contraditórios, mas ambos com aparente adequação constitucional. O problema é que a identificação de norma derivada é promovida comumente de forma circular (petição de princípios); quando, na verdade, a identificação das chamadas 'normas derivadas' careceria de justificação densa, fundamentada, por parte dos juízes.

Saber se um caso é fácil ou difícil também é questão de interpretação.

Sempre que existam dúvidas se um caso é fácil ou difícil, ele deve ser

---

<sup>743</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *Op. cit.*, p. 147. Traduziu-se.

tratado como um caso difícil e, deste modo, deve concretizar-se uma norma derivada de direito fundamental. É bem certo que o interrogante sobre se um caso deve ser considerado fácil ou difícil é um assunto de interpretação, cuja resposta somente pode formular-se depois de se considerar todas as circunstâncias relevantes, os argumentos aportados pelas partes no processo constitucional e as disposições constitucionais pertinentes.<sup>744</sup>

Bernal Pulido enfrenta, ademais, as principais objeções comumente lançadas, sobretudo na Alemanha, contra aludido critério. O jurista Böckenforde sustenta, por exemplo, que o ‘princípio da proporcionalidade’ ocultaria, na verdade, o arbítrio dos juízes (dado que o postulado traduziria meras opções irracionais e subjetivas).

Na prática, os juízes estariam legislando, ao impor graus de hierarquia entre disposições jurídicas da mesma Constituição.

Adverte Böckenforde que o problema está em que o princípio da proporcionalidade não constitui, por si mesmo, um critério objetivo e racional para resolver as colisões entre direitos fundamentais, e, pior que isso, tampouco pode fundamentar-se em nenhum critério jurídico que cumpra tais características.<sup>745</sup>

Haveria grande diferença entre a ‘proporcionalidade’ aplicável no âmbito do Direito Administrativo – um mero juízo de adequação entre os meios eleitos para obtenção dos fins legalmente dados – e o dito ‘princípio da proporcionalidade’, aplicável em matéria constitucional (em que os próprios fins teriam que ser identificados e dimensionados pelos julgadores).

No fundo, enfatiza Böckenforde, os magistrados acabariam funcionando como ‘legisladores positivos’, para cada caso concreto, ponderando que valores/bens/interesses teriam predomínio, em determinado contexto de vida, sem balizas prévias. Os magistrados acabariam por criar uma hierarquia de bens jurídicos, sem que algo semelhante estivesse previsto na Constituição.

Apenas duas alternativas seriam concebíveis: (a) atribuir ao legislador infraconstitucional a atribuição de hierarquizar ditos bens jurídicos (tornando a legislação infensa, portanto, ao controle pelos tribunais) ou (b) promover uma leitura restritiva da proporcionalidade, a partir da concepção de que os direitos seriam meramente defensivos (já não prestacionais ou de organização).

<sup>744</sup> Idem, p. 150. Traduziu-se.

<sup>745</sup> Idem, p. 166. Sobre a crítica de Böckenforde, leia-se também BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**, p. 68-71.

Esse ideário de Böckenforde foi acolhido, em alguma medida, por B. Pierrot e B. Schlink.<sup>746</sup> Eles enfatizam que, mesmo que se cogitasse de critérios para solucionar conflitos entre opções valorativas, dita solução permaneceria apenas no plano da moral, sem caráter jurídico.

Eles sustentam que, por vias transversas, o princípio da proporcionalidade implicaria ampliação indevida da competência dos juízes e, na ponta, na existência de uma assembleia constituinte permanente. Algo ilegítimo!

Para Bernal Pulido, essa contundente crítica – ao sustentar que aludido critério seria irracional, e mero intuicionismo - demanda maiores reflexões sobre a hermenêutica jurídica:

O problema que subjaz a esse conjunto de objeções consiste em determinar se é possível reconhecer, reconstruir e enunciar, mediante critérios racionais e generalizáveis, os argumentos que subjazem à aplicação dos subprincípios da proporcionalidade. Dito de outro modo, no fundo da crítica, encontra-se a questão de saber se há alguns critérios suscetíveis de controle racional, para determinar em cada caso concreto, quando uma medida legislativa de intervenção nos direitos fundamentais resulta desproporcional ou, de maneira mais específica, quando deve ser considerada idônea, necessária e proporcional em sentido estrito.<sup>747</sup>

Expressões como ‘proporcional’, ‘desproporcional’, ‘razoável’, carregam grande força persuasiva (emotiva). Contudo, esse efeito não implica, por si, que não haja como exercer um mínimo de controle sobre a racionalidade da solução aplicada pelos juízes, no controle da constitucionalidade das leis.

A suposta ausência de objetividade ou de racionalidade absoluta não seria demérito exclusivo do princípio da proporcionalidade, não havendo critérios alternativos quanto a isso (esse problema seria inerente à racionalização de valores). Antes, o problema seria outro: saber se, com a aplicação desse critério, se conseguiria um ganho de racionalidade em confronto com as demais soluções. Pulido responde afirmativamente.

Por sinal, essa conclusão decorre justamente do que foi analisado acima, com a obra de Gadamer. Reconhece-se a grande dificuldade de se controlar o intérprete, sobretudo em sociedades pluralistas (com distintas concepções sobre o

---

<sup>746</sup> SCHLINK, Bernhard; PIEROTH, Bodo. **Direitos fundamentais**. Tradução de Antônio Franco e Antônio Francisco de Souza. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 135-137. PULIDO, Carlos Bernal. **Op. cit.**, p. 168-169.

<sup>747</sup> PULIDO, Carlos Bernal. **Op. cit.**, p. 170-171. Traduziu-se.

bem, sobre o justo etc.).

Nenhum método de interpretação da Constituição pode ser tido como algorítmico ou matemático. E que é bom que assim não seja. Além de não ser possível, tampouco seria conveniente (implicaria a constitucionalização da vida, com ausência de espaços para a evolução política). Ademais, o problema estaria muito mais na aplicação errônea do princípio da proporcionalidade pelos tribunais; o que não implicaria que ele, em si, seja inadequado.

Pulido insurge-se, ademais, contra as propostas de Böckenforde.

A primeira – de outorgar apenas aos parlamentares a concretização da Constituição – tornaria o Direito refém de opções políticas sazonais. Isso poderia levar à ‘ditadura das maiorias’, para empregar aqui a expressão de Stuart Mill, comprometendo justamente os direitos fundamentais (trunfos contramajoritários, segundo conhecida expressão de Ronald Dworkin).

No que toca à segunda proposta (adotar uma concepção meramente defensiva de direitos fundamentais), Pulido argumenta que disso não decorreria qualquer garantia de ausência de conflitos entre direitos fundamentais e, sendo assim, algum critério de solução deveria ser então cogitado.

Ainda em um sistema destas características, os direitos fundamentais entrariam frequentemente em conflito, em razão da sua universalidade. A circunstância de que a titularidade dos direitos está atribuída a todos os indivíduos, torna inevitáveis as colisões entre direitos fundamentais de diversos titulares. A universalidade torna impraticável um exercício absoluto dos direitos e impõe a necessidade de coordenação dos diversos exercícios relativos.<sup>748</sup>

Não se pode deixar de reconhecer a dimensão objetiva, vinculante, dos direitos fundamentais (logo, também direitos prestacionais): sobretudo a necessidade de assegurar uma condição material mínima, para que o indivíduo possa realmente exercer sua autonomia em um mundo cada vez mais inseguro.

Desde que bem empregado, o princípio da proporcionalidade permitiria o reconhecimento da vinculação dos direitos fundamentais contra os legisladores e, ao mesmo tempo, de tornar evidente a argumentação jurídica.

Ou seja, tem razão "Alexy ao asseverar que a ponderação não implica, em cada caso, uma solução precisa, é dizer: não implica a verificação da tese da ‘única resposta correta’. Qual solução seja apropriada depois da ponderação, depende de

<sup>748</sup> Idem, p. 175. Traduziu-se.

valorações não controláveis por este mesmo procedimento.<sup>749</sup>

Muito embora o princípio da proporcionalidade não iniba espaços de arbítrio e irracionalidade, ele permitiria que dito *locus* argumentativo ficasse bem vincado, facilitando a sua submissão à crítica.

Carlos Bernal enfrenta, por outro lado, a objeção de R. Stammler e W. Leisner, autores que argumentam que o princípio da proporcionalidade não seria dotado de suficiente clareza conceitual.

De acordo com W. Leisner, a aplicação do princípio de proporcionalidade e a solução de problemas jurídicos mediante a ponderação consistem basicamente no exercício de uma técnica de poder, mediante a qual se produzem decisões que não são suscetíveis de controle desde um ponto de vista jurídico e que, por fim, resultam subjetivas e irracionais.<sup>750</sup>

A isso acrescentar-se-ia a ausência de substância. No dizer desses autores, o princípio de proporcionalidade seria um critério exclusivamente formal (não explicaria quando algo seria proporcional ou desproporcional). Para Pulido, porém, aludida objeção não infirmaria o 'princípio de proporcionalidade':

A clareza conceitual é, desde logo, a principal condição de racionalidade que todo conceito ou critério jurídico deve cumprir para poder ser utilizado na interpretação constitucional sem reparos de nenhum tipo. Sem embargo, como se verá adiante, uma detida análise do princípio de proporcionalidade e dos critérios alternativos demonstra que aquele princípio é o critério cuja estrutura pode compreender-se com maior clareza. A diferença de alguns critérios alternativos, a estrutura do princípio da proporcionalidade está livre de contradição e pode reconstruir-se como um procedimento argumentativo no qual aparecem explicitamente os diferentes tipos de premissas utilizadas pelo Tribunal Constitucional para a interpretação dos direitos fundamentais.<sup>751</sup>

A objeção de que o princípio de proporcionalidade seria meramente formal – conquanto seja verdadeiro, pois ele é, de fato, meramente formal! – não teria densidade. Essa sua característica não seria um defeito, mas a sua maior virtude. A interpretação dos direitos fundamentais demandaria a conjugação de um método estrutural (como o princípio da proporcionalidade), em conjunto com concepções materiais (liberalismo, comunitarismo, libertarismo, feminismo etc.).

---

<sup>749</sup> Idem, p. 177. Traduziu-se.

<sup>750</sup> Idem, p. 179. Traduziu-se.

<sup>751</sup> Idem, p. 181. Traduziu-se.

Ele argumenta que nenhum critério material conseguiria cumprir sozinho essa função, por conta do pluralismo axiológico vigente na sociedade e, em boa medida, acolhido pelas Constituições ocidentais.

L. Frantz alega que o princípio da proporcionalidade estaria fundado em uma incomensurabilidade. Logo, ele seria irracional. Com dito princípio, os juízes tentariam comparar grandezas distintas, sem uma unidade comum: isso recairia em uma espécie de intuicionismo ou revelação escolástica.<sup>752</sup>

Segundo essa crítica, a comparação de duas entidades demandaria o estabelecimento de um denominador comum (o dinheiro seria um exemplo de denominador comum, permitindo comparações entre coisas distintas, no que toca ao seu preço).

Quanto aos direitos fundamentais, não haveria como cogitar de algo semelhante. Daí que a proporcionalidade implicaria, no seu resultado, escolhas políticas arbitrárias, tomadas por juízes, sob o disfarce de técnica jurídica.

#### **4.2.4. Tentativa de se hierarquizar normas constitucionais:**

Amparando-se na obra de Alexander Aleinikoff, Bernal Pulido argumenta ser possível comparar direitos fundamentais. Uma primeira proposta seria a criação de uma hierarquia de bens jurídicos/direitos fundamentais. Bastaria elaborar uma escala aparecendo as relações de hierarquia entre os distintos direitos e bens. A segunda proposta seria a obtenção de um denominador comum, que permitisse a comparação de vantagens e desvantagens que afetariam direitos e bens.

Uma hierarquia de bens e direitos constitucionais deveria ser descartada.

Isso teria como consequência o engessamento da vida política: além de ser muito difícil cogitar de relações absolutas de predomínio/submissão entre tais vetores (o que depende, por óbvio, de opções materiais). Daí que a solução seria mesmo a busca do denominador comum (o que seria fornecido pelas regras/subprincípios da proporcionalidade, como bem explicita Carlos B. Pulido).

Não se deve confundir, porém, a proporcionalidade com o corriqueiro contraponto entre interesses privados e pretensos interesses públicos:

---

<sup>752</sup> Sobre o intuicionismo, leia-se ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 61-62.



Para esse feito não basta manter a tradicional dicotomia entre interesses públicos e privados, e reconduzir todas as possíveis colisões à conhecida fórmula que contrapõe o interesse geral, encarnado na lei, com o interesse particular, representando pelo direito fundamental no qual se intervém.<sup>753</sup>

Dieter Grimm argumenta que, com o aludido postulado da proporcionalidade, ter-se-ia uma jurisdição tópica, uma justiça do caso concreto (jurisprudência *ad hoc*), podendo reduzir a efetividade da Lei Maior. Isso poderia ser visto, todavia, como uma virtude, dado que o procedimento teria permitido superar o formalismo, inerente à metodologia jurídica do século XIX.

A crítica assinala que as estratégias viáveis para solucionar os inconvenientes da jurisprudência *ad hoc* desemboca em uma rua sem saída. Desde esta perspectiva, todo intento de sistematizar e generalizar a aplicação do princípio da proporcionalidade, e de submetê-la à regras substanciais, está condenado a um grande fracasso. A enunciação de regras substanciais para a aplicação do princípio da proporcionalidade somente poderia ser a consequência de uma reconstrução de decisões tomadas em casos anteriores, referidos aos mesmos direitos ou bens em conflito. Estas regras expressariam pautas de decisões que poderiam ser empregadas para solucionar casos futuros, nos quais, por conseguinte, já não seria necessário voltar a sopesar os direitos ou bens em jogo. Desta forma, se evitariam que as ponderações fossem *ad hoc*, é dizer, que em cada caso fosse necessário efetuar uma nova ponderação.<sup>754</sup>

Mas essa pretensão de criar pautas para a aplicação da proporcionalidade seria contraditória com o próprio princípio, que demandaria confrontos entre normas em cada caso concreto, com todas as suas circunstâncias.

Bernal Pulido responde à crítica, porém, argumentando que o princípio da proporcionalidade estaria fundado em sub-princípios, cuja aplicação reduziria o risco de jurisprudência *ad hoc*.

As circunstâncias do caso concreto, que o tornariam singular, seriam relevantes para qualquer método de interpretação, de modo que o receio de uma jurisdição tópica não seria exclusividade do referido princípio.

Bernal Pulido parece acreditar que esse procedimento permitiria aferir com exatidão quais teriam sido as valorações e os elementos empíricos empregados pelos juízes, no aludido controle. Mas isso é para lá de duvidoso!

O autor ainda enfrenta a objeção de que o Poder Judiciário não deteria

<sup>753</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *Op. cit.*, p. 192. Traduziu-se.

<sup>754</sup> Idem, p. 196. Traduziu-se.

legitimidade para promover aludido exame: não seria composto de representantes eleitos pela população (correndo o risco de tornar-se uma assembleia constituinte permanente). Essa objeção foi formulada por E. Forsthoff.

Retomando a diferenciação de Böckenforde (entre a proporcionalidade aplicada no Direito Administrativo, que reconhece como válida, e aquela aplicada no Direito Constitucional, que supõe ilegítima), Forsthoff aduz que o aludido princípio poderia ser aplicado no controle, pelo Judiciário, do exercício do poder de polícia pelo Poder Executivo, “porque está se desenvolve em um marco relativamente estreito e controlável.”<sup>755</sup> O mesmo não ocorreria, segundo aquele constitucionalista alemão, quanto à legislação.

Essas objeções são compartilhadas por Alexander Aleinikoff.

Para Pulido, porém, essa pretensa falta de legitimidade da aplicação judicial do princípio da proporcionalidade demandaria perquirições mais densas sobre a própria legitimidade do Poder Legislativo e também do Poder Judiciário.

Argumenta que o tema gravitaria em torno do latente conflito entre o princípio democrático (maiorias decidem), de um lado, e o princípio da constitucionalidade, de outro (nem sempre as maiorias decidem).

A ninguém se oculta que o funcionamento dos sistemas democráticos reais se distancia bastante de um semelhante modelo ideal. Para prevenir a eventualidade de que o Parlamento possa adotar decisões em detrimento da liberdade dos indivíduos no Estado Constitucional Democrático, se aceita que os direitos fundamentais vinculem o Legislador, é dizer, que constituam um limite para o princípio majoritário, e se institui uma Jurisdição Constitucional encarregada de verificar que sejam respeitados. Desse modo se institucionaliza a tensão entre os direitos fundamentais e o princípio democrático.<sup>756</sup>

Não obstante, Bernal Pulido também adverte que não se poderia supor que o Judiciário consiga identificar uma verdadeira solução, uma resposta correta para problemas de conflitos entre princípios constitucionais. Fazê-lo seria dar ensejo a um superado cognitivismo judicial, próprio do século XIX.<sup>757</sup>

<sup>755</sup> Idem, p. 201. Traduziu-se.

<sup>756</sup> Idem, p. 208. Traduziu-se.

<sup>757</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *Op. cit.*, p. 209 e 225 (crítica, em Dworkin, o excessivo pressuposto cognitivista). Comparar, todavia, com a análise de Lênio Streck, que defende – quando menos como ideal regulativo – a existência de respostas corretas em direito. STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. Veja-se também AARNIO, Aulis *et al.* **Bases teóricas de la interpretación jurídica**. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

Fosse isso possível, poder-se-ia delimitar desde logo qual o espaço de atuação legítima do Poder Legislativo, no que tocaria aos direitos fundamentais e, então, referida tensão seria reduzida ou até mesmo eliminada. O problema surge, porém, por conta justamente do caráter indeterminado dos enunciados de direitos fundamentais – a vagueza, a ambiguidade e a redundância já referidas -, em uma sociedade com distintos ‘ideais de vida boa’.

O tema tangencia, como se vê, a polêmica travada entre Carl Schmitt e Hans Kelsen (quem protege a Constituição?); assim como também coloca em causa concepções de Jürgen Habermas e de John Ely, sobre o alcance do controle de constitucionalidade (tutela do conteúdo de todas as normas promulgadas ou controle apenas do procedimento de deliberação democrática?).

Considerando que, em princípio, os Juízes são selecionados mediante aferição de conhecimentos técnico-jurídicos - ou seja, os candidatos são submetidos a determinado consenso mínimo sobre o conteúdo da Constituição e das leis -, e dado que, no Brasil, não carecem de reeleições periódicas (e correspondente tentação de agradar maiorias eventuais), o controle pelo Judiciário seria preferível.

Atente-se para a lição de Ronald Dworkin:

Os juízes não são eleitos nem reeleitos, e isso é sensato porque as decisões que tomam ao aplicar a legislação tal como se encontra devem ser imunes ao controle popular. Mas decorre daí que não devem tomar decisões independentes no que diz respeito a modificar ou expandir o repertório legal, pois essas decisões somente devem ser tomadas sob controle popular.<sup>758</sup>

A questão não é singela, sabe-se bem.

É que, para além de toda a indeterminação semântica já referida, os casos difíceis surgem também por conta da ausência de consensos coletivos sobre valores (sociedades pluralistas). Daí que, se não forem empregados maiores cuidados, corre-se o risco de recair em uma ditadura de juízes! Impõe-se o controle sobre a atuação dos magistrados, sobretudo quando deliberações sejam fundadas em argumentos de mera conveniência ou oportunidade.

#### **4.2.5. Algumas teorias alternativas:**

---

<sup>758</sup> Dworkin, Ronald. **Uma questão de princípio**, p. 17. Também nesse sentido, PULIDO, Carlos Bernal. *Op. cit.*, p. 224.

Pulido examina os critérios alternativos ao princípio da proporcionalidade.

Retoma, então, a teoria de Böckenforde (teoria liberal dos direitos fundamentais, que os limita apenas a direitos defensivos). Essa concepção é compartilhada por John Rawls na sua clássica ‘teoria da Justiça’.

A concepção liberal encontra amparo no contratualismo de Locke, Rousseau e Hobbes: a ideia de que o sujeito pré-exista à sociedade, a constante contraposição entre ambos, a concepção de que o Estado deveria interferir apenas em caráter subsidiário à atuação individual.

Merecem destaque os dois princípios de John Rawls,<sup>759</sup> idealizados para a construção de uma sociedade ‘bem ordenada’ e justa: (a) cada pessoa deve ter um direito igual ao esquema mais extenso de liberdades básicas iguais que seja compatível com um esquema semelhante para os demais (princípio de manifesta inspiração kantiana) e (b) as desigualdades sociais e econômicas devem ser conformadas de modo que se espere razoavelmente que sejam vantajosas para todos e que se vinculem a empregos e cargos acessíveis a todos. Esse modelo é denominado, por Rawls, de ‘justiça como equidade’.

Rawls advoga a existência do que chama ‘liberdades básicas’, derivadas das faculdades morais da ‘pessoa atômica’<sup>760</sup> e tidas como indispensáveis para o desenvolvimento pleno da personalidade: liberdade de pensamento e consciência, liberdade política e de associação, direito à integridade física e à segurança jurídica decorrente do postulado da legalidade. Ao mesmo tempo em que apresenta um lista estreita de tais liberdades, advoga que estas seriam insuscetíveis de restrição/limitação.

“A primazia da liberdade significa que o primeiro princípio de justiça confere às liberdades básicas um *status* especial. Têm um peso absoluto a respeito das

---

<sup>759</sup> Sobre a ‘justiça como equidade’ leiam-se RAWLS, John. **A theory of justice**. Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005; RAWLS, J. **Justice as fairness**. 3. ed. Londres: Harvard Press, 2003; RAWLS, J. **Lectures on the history of political philosophy**. Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2008; RAWLS, J. **Justiça e democracia**. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002; RAWLS, J. **O liberalismo político**. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

<sup>760</sup> O texto acima emprega uma concepção atomística de pessoa. O construto ‘véu de ignorância’, empregado para a concepção da aludida sociedade bem ordenada e justa, exige que todos se imaginem sem suas singularidades, suas opções políticas, sua formação religiosa etc. – exige que o sujeito pensante imagine-se ‘vazio de si’, o que é criticado por Michel Sandel, conforme síntese de Rainer Forst. FORST, Rainer. **Contextos da justiça: filosofia política para além do liberalismo e comunitarismo**. Tradução de Denílson Luís Werle. São Paulo: Boi Tempo, 2010, p. 15-43.

razões de bem público e dos valores perfeccionistas,” diz Rawls.<sup>761</sup> Disso decorrem duas consequências: (a) o seu já mencionado caráter reduzido (poucas seriam as liberdades básicas, para aquele jusfilósofo) e (b) a sua imponderabilidade.

Rawls rechaça expressamente a aplicação do princípio da proporcionalidade – aludido aqui com o conceito de ponderação -, que vai ligado inseparavelmente ao reconhecimento de um catálogo amplo de direitos fundamentais e às conseqüentes colisões que daí derivam. O liberalismo político pretende tornar desnecessária a ponderação, mediante a redução da lista de direitos fundamentais aos imprescindíveis. Dentro desse catálogo jusfundamental unicamente estão inscritas as liberdades que resultam essenciais para o desenvolvimento e exercício das faculdades morais da pessoa e aquelas liberdades instrumentais, indispensáveis para a garantia efetiva das liberdades essenciais.<sup>762</sup>

Para contornar o caráter absoluto de tais liberdades, John Rawls acaba por acolher uma distinção entre a restrição e a regulação dos direitos fundamentais. A restrição ocorreria quando um direito é limitado por uma razão não consistente na mesma ou em outra liberdade básica (o que não poderia ser promovido).

Já a regulação da liberdade se produziria quando um direito é limitado em razão de outro direito (o que seria válido e absolutamente necessário, por força do princípio da convivência das liberdades). “As liberdades básicas podem ser reguladas, mas nunca restringidas;”<sup>763</sup> dita regulação deve respeitar o âmbito central de aplicação, conexo com a dignidade moral do homem.

John Rawls acaba por reconhecer uma necessidade, ainda que mínima, de ponderação entre ditas liberdades; e por mais que atribua dita função aos legisladores. Carlos Bernal Pulido critica, na sequência do seu estudo, a teoria de Rawls: (a) dado que ela teria veiculado uma concepção muito limitada do ser humano, sem atribuir o devido peso para a sua dimensão social/comunitária; (b) atribui pouco peso à proteção das liberdades política, reputadas como mero instrumento para tutela da esfera privada; (c) não atribui maior peso para o ‘mínimo existencial’, confrontando apenas a situação do mais pobre indivíduo com a situação que haveria na ausência da diferenciação social.

Caso a lista de ‘liberdades básicas’ fosse ampliada – o que é um imperativo do Estado Social -, isso incrementaria os conflitos entre direitos fundamentais, tornando a concepção de Rawls (quanto à prioridade absoluta de tais liberdades)

<sup>761</sup> RAWLS *apud* PULIDO, Carlos Bernal. *Op. cit.*, p. 287. Traduziu-se.

<sup>762</sup> *Idem*, p. 288. Traduziu-se.

<sup>763</sup> *Idem*, p. 289. Traduziu-se.

insustentável. Pulido conclui, ademais, que essa teorização estaria imbuída de forte intuicionismo: Rawls parece pressupor que ditas ‘liberdades básicas’ se revelariam da mesma forma para todos os membros da comunidade, sem suscitarem – na vida de relação – maiores dúvidas, incertezas ou colisões. E isso seria muito ilusório.

Daí que Pulido conclua que a concepção liberal dos direitos fundamentais não seria um sucedâneo adequado para o princípio da proporcionalidade. Mesmo que seus postulados fossem aceitos, isso não excluiria a necessidade de um método estrutural para a fundamentação das decisões de controle de constitucionalidade.

Por seu turno, a teoria democrática dos direitos fundamentais, de Habermas, parte da ideia de que “A sociedade mais livre é aquela em que a pessoa conserva sua autonomia; é a sociedade onde cada indivíduo pode determinar sua conduta na maior medida possível, bem porque não existe o Direito, ou porque o Direito existente é criado pelo mesmo sujeito que deve obedecê-lo”<sup>764</sup>

Busca-se, com isso, uma significativa redução da heteronomia e, implicado nisso, a redução de intervenções do Poder Judiciário na definição material dos direitos fundamentais.

Habermas propugna, por exemplo, que a validade de uma norma estaria na possibilidade de assentimento por parte de todos os afetados: o que pressupõe a autonomia individual (capacidade de avaliar suas opções e conduzir seu próprio destino). Ele concebe o indivíduo como um ‘falante’ em uma rede de comunicações: cada qual com a pretensão de convencer os demais a respeito das suas próprias pretensões, e também com a disponibilidade de se deixar convencer.

Para Pulido, a concepção democrática de pessoa (concebida como um ‘falante’) também repercute sobre a definição dos direitos fundamentais:

O conceito democrático de pessoa constitui também um fundamento para a concretização de diversas normas derivadas. Estas normas desempenham basicamente duas funções: por uma parte, cumpre a tarefa de concretizar em proposições prescritivas as disposições que tipificam os direitos democráticos ou políticos; por outra parte, garantem posições jusfundamentais democráticas, ligadas a outros direitos de outra índole, tais como as liberdades de expressão, informação, associação ou reunião. Neste último sentido, pode-se afirmar que, para além dos direitos de participação política, outras disposições de direito fundamental, de marcada inspiração liberal ou prestacional, têm também uma dimensão democrática. O princípio democrático permeia e penetra em todo âmbito dos direitos fundamentais. Seu raio de atuação não encontra seus limites nas

---

<sup>764</sup> Idem, p. 315. Traduziu-se.

fronteiras semânticas dos direitos políticos, senão que se projeta também no campo das liberdades e dos direitos de prestação: e sua função básica consiste em proporcionar um fundamento material à concretização de normas de direito fundamental, suscetíveis de serem anexadas a todas as disposições.<sup>765</sup>

Reportando-se a Höfling, Bernal Pulido sustenta que os direitos democráticos não tratariam propriamente de imposições, faculdades ou deveres, mas da “imputação de um determinado efeito jurídico, ao ser realizada a ação do particular, relacionada com o exercício dos direitos de participação; ou uma omissão: não imputação do efeito jurídico, se a ação não se executa.”<sup>766</sup>

Essa concepção não exclui, óbvio dizê-lo, as demais liberdades fundamentais. Elas estão na base da democracia. Não há como se assegurar a participação do discurso jurídico sem um mínimo de igualdade de condições materiais de existência. Tampouco se apregoa que ditos direitos de participação democráticas sejam insuscetíveis de restrição.

A teoria democrática implica, não obstante, uma contenção da intervenção judicial, que ficaria adstrita – na linha de John Ely e Habermas – à proteção do procedimento de deliberação política, sem invadir o espaço das opções tomadas.

É bastante claro que as posições jusfundamentais democráticas não podem valer como direitos definitivos, senão somente como direitos *prima facie*, suscetíveis de serem restringidos. Esta é uma exigência que traz consigo a convicção generalizada de que os direitos democráticos devem compartilhar uma mesma hierarquia com os demais direitos fundamentais. A restrição dos direitos democráticos pode estar justificada, por conseguinte, pelo dever estatal de preservar algum espaço de liberdade, cujo titular seja um indivíduo ou um grupo, ou pelo imperativo de satisfazer um direito prestacional ou as existências derivadas de outros bens constitucionais. Ademais, os direitos fundamentais podem ser suscetíveis de restrições fundadas na necessidade de distribuir sua fruição entre um número grande de titulares. Em síntese, os direitos democráticos podem ver-se restringidos em razão das liberdades, os direitos prestacionais, outros bens garantidos pela Constituição, e a causa de outros direitos democráticos ou por conta do exercício do mesmo direito por parte de outros titulares.<sup>767</sup>

Daí que, segundo Pulido, aludida teoria não consiga excluir a necessidade de alguma ponderação. Mesmo que a atuação do Poder Judiciário fosse tida como

<sup>765</sup> Idem, p. 320-321. Traduziu-se.

<sup>766</sup> Idem, p. 331. Traduziu-se.

<sup>767</sup> Idem, p. 346. Traduziu-se.

subsidiária – destinada apenas a assegurar o *fair play* das deliberações políticas -, não raras vezes surgiria a necessidade de conjugar direitos conflitantes entre si. Ademais, essa concepção não asseguraria o respeito a todos os direitos fundamentais (dada a necessidade de protegê-los contra maiorias eventuais – cláusulas de eternidade constitucional -, eis que a política real ocorreria em situações muito diferentes daquelas ‘condições ideais de fala’ habermasianas).

Tampouco uma concepção material, como aquela defendida pela teoria do Estado Social, tornaria desnecessário o princípio da proporcionalidade. Essa concepção parte do reconhecimento de que a pessoa é titular de um conjunto de necessidades – há necessidade de prover condições materiais de existência digna -; e que o simples *laissez faire* não tem condições de satisfazer adequadamente.

Ora, como explicita Peter Häberle, “O Estado que deve atender aos direitos prestacionais se encontra em uma posição ambivalente frente aos direitos fundamentais: por uma parte os satisfaz, quando prevê e executa condutas para realizá-los, e por outra, com a sua intervenção, gera novos campos de risco para os direitos de liberdade.”<sup>768</sup>

Ademais, no mais das vezes, as Constituições do Estado providência assegurariam metas (com conteúdo obrigatório, enfatize-se), mas sem detalhar os meios adequados para tanto. Daí que também nesse âmbito surgiriam incertezas e a necessidade de análise quanto à adequação dos meios aos fins dados. A isso acrescenta-se, por exemplo, que a própria ideia de ‘mínimo existencial’, essencial para o Estado de Bem Estar, é imprecisa, não havendo muitos critérios para uma definição apriorística.

Outros problemas, como a da eficácia horizontal dos direitos fundamentais; limite da imposição de solidariedade social etc., também demandariam a aplicação do princípio da proporcionalidade, de modo que aludida concepção material dos direitos fundamentais não excluiria a necessidade de um método estrutural da argumentação jurídica, em sede de controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos.

Essas concepções materiais sobre os direitos fundamentais (concepção liberal, democrática, prestacional) não afastariam a conclusão de que as normas e posições que derivariam da interpretação dos enunciados constitucionais seriam

---

<sup>768</sup> Idem, p. 369. Traduziu-se.



apenas normas e posições *prima facie*, demandando conjugação com outros direitos, em situações de conflito.

Carlos Bernal Pulido examina, porém, critérios formais (estruturais) alternativos à proporcionalidade: (a) teoria do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e (b) teoria interna dos direitos fundamentais.

A teoria do conteúdo essencial é uma concepção ‘espacial’<sup>769</sup> dos direitos fundamentais, que diferencia entre um núcleo – de conteúdo absoluto -, e uma região circundante, que poderia ser restringida pelos legisladores. Em alguma medida, isso parece retomar a diferença entre núcleo de clareza e zona de penumbra, no que toca a conceitos vagos (quando alguém pode ser denominado calvo?), já referida acima.

Esse critério formal/estrutural guarda conexão, em alguma medida, com o ideário liberal (liberdades básicas absolutamente prioritárias, como diz Rawls). Haveria um núcleo (‘essência’) do direito fundamental insuscetível de ser restringido, em nenhuma hipótese, pelos legisladores. Junto a isso, haveria uma periferia que poderia ser limitada (os tais ‘acidentes’).

Busca-se, com isso, uma espécie de acomodação de vetores distintos. Por um lado, reconhece-se o caráter conflituoso da convivência dos direitos, em sociedades complexas. Por outro, porém, enfatiza-se a vinculação à Constituição, que constrange o próprio Congresso Nacional. Assim, o propósito é louvável. Ademais, em alguma medida, haveria mesmo alguns consensos mínimos sobre o conteúdo essencial de alguns direitos.

Todavia, essa concepção não seria infensa a críticas.

Esse ‘intuicionismo coletivo’<sup>770</sup> não se confirmaria em vários casos. Como definir, com precisão, qual o núcleo essencial de um direito fundamental? Isso seria

---

<sup>769</sup> Teoria dita ‘espacial’ em contraposição com a teoria ‘temporal’ do núcleo essencial: “A teoria espacial-absoluta, enquanto teoria espacial, se contrapõe às teorias temporais do conteúdo essencial. Uma teoria temporal define o núcleo dos direitos fundamentais como um conjunto de normas e posições jurídicas que sempre permanece na estrutura do direito, apesar de que este sofra mutações com o passar do tempo. Pelo contrário, as teorias espaciais representam os direitos fundamentais de modo estático, como entidades corpóreas, dotadas de substancial, que ocupam um lugar com coordenadas – pensem-se na metáfora das células.” PULIDO, Carlos Bernal. *Op. cit.*, p. 408. A teoria interna é compartilhada por José Casalta Nabais (leia-se NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 80-81, em nota de rodapé).

<sup>770</sup> Ou, quando menos, intuicionismo do conjunto de juristas: “O conteúdo essencial de um direito fundamental está composto por todas as normas e posições jurídicas que o integram, e que, segundo as convicções generalizadas dos juristas em um momento histórico determinado, são necessárias para que o direito não se desnature.” PULIDO, Carlos Bernal. *Op. cit.*, p. 415. Ainda sobre o conteúdo essencial, leia-se BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade*, p. 98-101.

muito custoso, sobretudo nos casos difíceis, em que praticamente não haveria consensos sobre o alcance dos direitos em conflito. Algo mais que a mera intuição seria necessário.

O alegado método estrutural atribuiria ao Poder Judiciário a definição do ‘núcleo’ intangível dos direitos fundamentais, a ser preservado em toda e qualquer hipótese (concepção estática), restringindo a atuação do Poder Legislativo. O seu viés ‘cognitivista’ (como se o Judiciário pudesse ‘revelar’ o Direito), acaba por não fazer frente à alta complexidade das questões envolvendo direitos fundamentais.

Carlos Bernal Pulido sustenta que também haveria dificuldades quanto à suposição da ausência de conflitos entre núcleos de direitos fundamentais, preconizados na mesma Constituição:

O caráter absolutamente irrestringível da parte nuclear também implica dificuldades. Que ocorre se uma exigência derivada de outro direito ou de um bem constitucional muito relevante torne necessária a intervenção nesse âmbito? Nos casos mais evidentes, o sentido comum indica que, se a afetação é imperiosa, ela deve ser admitida. O sistema de direitos fundamentais não pode ser tão rígido que inclusive favoreça a irracionalidade e auspice sua própria deslegitimação política, por não poder adaptar-se às necessidades da sociedade. Sem embargo, se se admite que, em casos de extrema urgência, se possa afetar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, se chega então ao paradoxo insolúvel segundo o qual, em abstrato, estaria prescrito não afetar o conteúdo essencial de nenhum direito, mas, no caso concreto, à vista de uma necessidade imperiosa, a intervenção legislativa no conteúdo essencial deveria ser admissível. O que valeria em teoria, não valeria na prática.<sup>771</sup>

Essa teoria parte do ideário de que os direitos fundamentais seriam ‘entidades’, ‘substâncias’, ao invés de serem relações (como dizia Tomas de Aquino, *Ordo no est substancia, sed relatio*). Mas o ‘conteúdo essencial’ seria obtido a partir da interpretação, em casos concretos em que haveria conflito com outros direitos: o problema estaria na crença de que o suposto ‘núcleo’ permaneceria o mesmo em toda e qualquer situação.<sup>772</sup>

Esses problemas não seriam contornados com uma concepção ‘temporal’ do núcleo dos direitos fundamentais (como defendida por Jimenez Campo, na Espanha): “O conteúdo essencial é definido como o componente do direito

<sup>771</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *Op. cit.*, p.420-421. Traduziu-se.

<sup>772</sup> “A teoria espacial-absoluta se funda na ilusão de que seja possível conceber um núcleo firme e inalterável do direito que possa ser definido ou captado ex ante e em abstrato e que resulta, em termos absolutos, imune à mudança legislativa.” JIMENEZ CAMPO *apud* PULIDO, Carlos Bernal. *Op. cit.*, p. 440.

fundamento que tem de permanecer vivo em que pese o decurso do tempo; o que persiste aberto à mudança, reconhecível sempre, mas nunca idêntico a si mesmo.”<sup>773</sup> Isso levaria a um conceito cultural dos direitos fundamentais, mas sem oferecer critérios para a solução dos seus iminentes conflitos.

Já as concepções internas dos direitos fundamentais, defendidas por Friedrich Müller e Habermas, p.ex., sustentam que todas as normas e posições de direitos fundamentais vinculam aos legisladores. Todavia, parte de um catálogo bastante reduzido de tais prerrogativas.

O que Müller propõe é que a fundamentação das normas jusfundamentais derivadas (adscritas) se efetue mediante um exercício linguístico: reconhecer todos os dados linguísticos que conformam a disposição de direito fundamental (programa normativo) e reunir a esses dados todos os fenômenos da realidade que lhes corresponda (âmbito normativo). O único que tem de precisar-se no julgamento constitucional das leis, é se as normas que os estabelecem entram em contradição com alguma das normas que formam parte do programa ou do âmbito normativo de alguma disposição de direito fundamental. Para tanto, o intérprete deve utilizar os métodos tradicionais da interpretação, as técnicas de aplicação do Direito desenvolvidas pela hermenêutica, e sobretudo, deve ter em conta que nenhum concretização dos direitos pode contradizer a literalidade das disposições jusfundamentais.

Do anterior se segue, ademais, que as disposições legislativas não restringem os direitos desde fora. As leis de intervenção nos direitos fundamentais não se projetam sobre seu âmbito desde o exterior, senão que os concretizam e configuram internamente, assegurando a efetividade de seu conteúdo normativo e delimitando seu alcance. As leis concretizam o âmbito e o programa de cada disposição jusfundamental.<sup>774</sup>

J. Habermas sustenta que a proporcionalidade ocultaria uma escolha da norma aplicável às situações de conflito; deriva disso que, para ele, o referido controle, promovido de forma abstrata pelo Tribunal Constitucional, seria inválido.

Os legisladores é que conformariam os direitos fundamentais – ao invés de limitá-los desde fora -, de modo que os juízes, quando muito, deveriam “verificar se a restrição legislativa pertence em realidade ao direito fundamental, é dizer, se dita restrição é o não em verdade uma daqueles que o direito fundamental garantiria de antemão.”<sup>775</sup>

Também aqui haveria elevado grau de cognitivismo e de intuicionismo moral: supõe-se a possibilidade de que os juízes descubram ‘verdadeiras’ normas

<sup>773</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *Op. cit.*, p. 440. Traduziu-se.

<sup>774</sup> Idem, p. 453. Traduziu-se.

<sup>775</sup> Idem, p. 470. Traduziu-se.

constitucionais e descubram se os contornos dispensados pelos legisladores seriam corretos, adequados efetivamente ao núcleo de cada prerrogativa individual.

Carlos Bernal Pulido conclui, portanto, que o emprego do princípio da proporcionalidade seria incontornável, em situações de conflito entre direitos fundamentais aferíveis *prima facie*. Não haveria propostas materiais ou estruturais alternativas com idoneidade para superar a necessidade de ponderação.

Daí o relevo da distinção – presente na base do neoconstitucionalismo – entre princípios e regras. Essa diferenciação foi uma das principais frentes do ataque promovido por Ronald Dworkin contra o positivismo jurídico (mais precisamente, o ataque contra o positivismo de Herbert Hart).

No fundo, o que se discute é a forma como o juiz decide - a forma como ele deve decidir, melhor dizendo -, quando não localiza uma regra determinada para solucionar um caso específico. Como o magistrado deve decidir, quando se depara com normas conflitantes, ambíguas, imprecisas? Para Hart e para Kelsen, em casos tais tratar-se-ia do espaço da vontade: os juízes atuariam de modo semelhante aos legisladores (uma escolha entre inúmeras opções possíveis).

Para Ronald Dworkin, porém, a resposta de Hart seria equivocada.

O Direito não seria composto apenas de regras – comandos ao estilo ‘dado A, segue-se B’ -, mas também por princípios (pautas valorativas, com conteúdo normativo): os magistrados não estariam autorizados a deliberar à semelhança dos parlamentares, com amparo em juízos de conveniência e oportunidade, nem mesmo quando ausentes regras claras para o caso.

Dworkin oferece dois critérios de distinção. De acordo com este autor, em primeiro lugar, os princípios se diferenciam das regras desde uma perspectiva lógica, em razão do caráter da solução que oferecem. As regras são aplicáveis por completo ou não são aplicáveis em absoluto para a solução de um caso determinado. As regras geram ao juiz sempre uma disjunção extrema, lhe apresentam um dilema de tudo ou nada. Se sucede o fato previsto na regra, o juiz deve aplicá-la por completo. Se, pelo contrário, o suposto de fato previsto pela regra não se verifica, ou apesar de ocorrer, ocorre uma exceção estipulada por ela, o juiz deve excluir a sua aplicação. Os princípios, ao contrário, não ostentam a estrutura condicional característica das regras, que se compõem de uma hipótese de incidência e de uma sanção. Os princípios não estabelecem com toda clareza quais são as circunstâncias da realidade diante das quais devem ser aplicados, nem quais são suas exceções, assim como tampouco determinam as consequências jurídicas que devem ser produzidas com a sua aplicação. Um princípio é só uma razão a favor de argumentações encaminhadas em certo sentido, mas não implicam necessariamente uma decisão concreta. Por efeito desse caráter, pode suceder que,

diante de uma certa situação fática, concorram dois ou mais princípios que resultem pertinentes e que entre em colisão entre si. Esta hipótese se apresenta quando os princípios concorrentes fundamentam diversas soluções contraditórias para o caso. Nessa situação, o juiz deve reconhecer que todos os princípios relevantes formam parte do sistema jurídico, e, portanto, deve tê-los em conta para construir sua decisão.<sup>776</sup>

Em certa medida, os princípios são aplicáveis de forma graduada (maior ou menor peso), o que não ocorre com as regras.

A ‘busca da segurança jurídica’, a ‘tutela das expectativas normativas’ são princípios, suscetíveis de serem atendidos em maior ou menor medida. Já o disposto no art. 5º XXXIX, CF (não há crime anterior sem lei que o defina) veicula uma regra: não há como cumpri-lo gradualmente.

Ronald Dworkin também sustenta a viabilidade da obtenção de respostas corretas em direito (logo, sem o ‘espaço de vontade’, aludido por Herbert Hart). Propugna, para tanto – como metáfora regulativa – um arquétipo contrafático:

Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules.<sup>777</sup>

Com esse constructo, R. Dworkin concebe a possibilidade de que, com paciência e sabedorias sobre-humanas, com conhecimento de todos os fatos e com tempo ilimitado, os princípios valorativos de uma dada comunidade política fossem coordenados de forma harmônica. Supõe, repisa-se, a viabilidade da obtenção de respostas corretas, ainda que possa haver percalços epistêmicos no seu reconhecimento, na cotidianidade dos juízes.

Aulius Aarnio lança, então, uma provocação: e acaso se admita a existência de dois juízes Hércules, será que ambos chegariam às mesmas respostas quanto aos problemas jurídicos? Conclui Aarnio que, diante dessa premissa, teria que ser

<sup>776</sup> Idem, p. 576-577. Traduziu-se. Veja-se também BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**, p. 146-157.

<sup>777</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 165. Essa alegoria é retomada por Marcelo Neves, quem propõe a figura do juiz lolau, destinado a viabilizar o fechamento sistêmico do Direito. NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 120-170.

presumido então um juiz Supér-Hércules, ou Hércules de segundo grau.<sup>778</sup>

A mencionada metáfora é apenas um ideal regulativo, frisa-se novamente.

Dworkin não imagina que haja algum ‘magistrado hercúleo’ por aí. Mas preconiza que os magistrados busquem atuar tal qual Hércules, tentando obter a melhor resposta, aquela que respeite a integridade do Direito (concebido como uma história que se conta e constrói junto, de forma coerente).

Ele aposta, portanto, em algum intuicionismo e cognitivismo, como fica bem evidente na sua obra ‘justiça para ouriços’.<sup>779</sup>

Robert Alexy complementa essa distinção; pois, para ele, nem sempre se consegue conhecer todas as exceções às regras. Logo, nem sempre se conseguiria aplicá-las de forma disjuntiva: tudo ou nada.

Alexy sustenta que, nos complexos sistemas jurídicos modernos não é possível conhecer sempre todas as exceções às regras, entre outras razões, porque nas específicas circunstâncias de cada suposto concreto em que as regras devam ser aplicadas, podem aparecer novas exceções. Ademais, em todo caso, se fosse possível conhecer de antemão todas as exceções às regras, também seria possível conhecer e prever todas as exceções que podem formular-se em relação aos princípios.<sup>780</sup>

Para R. Alexy, porém, as regras são normas que contêm determinações no âmbito do que é jurídica e faticamente possível (apenas podem ser cumpridas ou não); os princípios seriam ‘mandatos de otimização’, eis que poderiam ser cumpridos em diversos graus, ordenando que se realize algo na maior medida possível, diante das específicas possibilidades fáticas e jurídicas de um dado caso.<sup>781</sup>

Daí que, para Alexy, haveria uma diferença entre regra e princípio (diferença substancial, e não mera diferença de graduação). Ele não comunga da opinião de Humberto Ávila, para quem um enunciado poderia comportar-se de modo dúplice: ora como regra, ora como princípio.<sup>782</sup> Para o professor alemão, ao contrário, toda

<sup>778</sup> AARNIO, Aulis et al. **Bases teóricas de la interpretación jurídica**. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 15-17.

<sup>779</sup> DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Londres: The Benknaf Press of Harvard University Press, 2011, p. 23-39. Ainda sobre a teoria de Dworkin, recomenda-se a leitura de GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

<sup>780</sup> PULIDO, Carlos Bernal. **Op. cit.**, p. 579.

<sup>781</sup> Confira-se com ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86-87.

<sup>782</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 60: “A proposta aqui defendida diferencia-se das demais porque admite a coexistência das espécies normativas em razão de um mesmo dispositivo. Um ou mais

norma ou é princípio, ou é regra (não há como ser ambos ao mesmo tempo).

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídica é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.<sup>783</sup>

As regras seriam aplicáveis por meio da subsunção (*modus Barbara* – dado A, segue-se B); enquanto que os princípios seriam aplicáveis por meio da ponderação (aferição do peso específico, em um dado contexto de vida):

Os princípios não contêm mandatos definitivos, senão mandatos de otimização. Eles ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas, que dependem das razões que jogam em sentido contrário. Na ponderação se tem em conta estas razões fáticas e jurídicas que jogam contra e se determina com exatidão em que medida é fática e juridicamente possível realizar um princípio.<sup>784</sup>

Implicado nisso, também haveria diferença na solução de conflitos entre as espécies normativas. O conflito entre regras seria solucionado com o recurso a uma metarregra: dado o conflito, uma das regras deve ser afastada para a solução do caso, por ser superior (*lex superior derogat legi inferiori*), anterior (*lex posterior derogat legi priori*), especial (*lex specialis derogat legi generali*) etc.

Nesse âmbito, seriam aplicáveis os diagramas de Venn, empregados por

dispositivos podem funcionar como ponto de referência para a construção de regras, princípios e postulados. Ao invés de alternativas exclusivas entre as espécies normativas, de modo que a existência de uma espécie excluiria a existência das demais, propõe-se uma classificação que alberga alternativas inclusivas, no sentido de que os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa. Um ou vários dispositivos, ou mesmo a implicação lógica deles decorrente, pode experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado).”

<sup>783</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. SP: Malheiros, 2.008, p. 90-91. Na edição espanhola, ALEXY. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 87-88.

<sup>784</sup> PULIDO, Carlos Bernal. **Op. cit.**, p. 580.

Ulrich Klug para tratar do conflito de leis,<sup>785</sup> questão que será detalhada adiante.

O conflito entre princípios não geraria, de sua parte, o afastamento peremptório de um dos ‘mandatos de otimização’ em jogo: a questão exigiria o exame do princípio de maior peso, para a solução do caso específico.

Em alguma medida, nesse âmbito, os juízes examinariam questões valorativas desde logo, atribuindo determinada carga retórica, para a obtenção da ‘resposta adequada’. Com a solução do conflito de princípios, seria identificada uma ‘regra’, aplicável ao caso.

Esta análise das razões que jogam contra a realização de uma norma de direito fundamental de princípio se estrutura mediante os três subprincípios da proporcionalidade. Quando se aplica o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, se sopesam as razões contrárias que falam das possibilidades jurídicas. A pergunta relevante que se coloca ao aplicar esse subprincípio, é se o favorecimento de outros direitos fundamentais ou de outros bens constitucionais (as razões jurídicas contrárias), por parte da medida legislativa objeto do controle, consegue justificar a intervenção que sofre o direito fundamental afetado. Paralelamente, os subprincípios da idoneidade e da necessidade implicam uma análise das razões relacionadas às possibilidades fáticas. Ao analisar a idoneidade da intervenção legislativa, se examina se serve empiricamente para a realização de um princípio contrário; e quando se analisa a sua necessidade, se observa se o legislador dispõe de outras medidas igualmente eficazes quanto à consecução de suas finalidades, mas que intervenham faticamente em um menor grau no direito fundamental.<sup>786</sup>

Outra questão relevante diz respeito ao confronto entre o plano das regras e o plano dos princípios. Sem dúvida alguma que os princípios quando menos orientam a compreensão das regras constitucionais (indicam o caminho para a obtenção das regras, por meio da interpretação da Lei Maior).

Por conta da sua unidade hierárquico-normativa, não há dispositivos constitucionais juridicamente inválidos.<sup>787</sup> Não obstante, pode-se cogitar de casos em que surjam aparentes conflitos entre as regras e os princípios igualmente constitucionais. Qual deve prevalecer, em tal hipótese?

A exigência de se levar a sério as determinações estabelecidas pelas disposições de direitos fundamentais, isto é, de levar a sério o texto

<sup>785</sup> KLUG, Ulrich. **Lógica jurídica**. Trad. J. C. Gardella. Bogotá: Temis, 2004, p. 93 e ss.

<sup>786</sup> PULIDO, Carlos Bernal. **Op. cit.**, p. 585.

<sup>787</sup> Otto Bachof sustentou, ao contrário, a existência de normas constitucionais (Poder Constituinte originário) inválidas, ao se deparar com preceitos racistas, em algumas das Leis Fundamentais das nações européias. BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 49-50.



constitucional, é uma parte desse postulado, porque – dentre outras razões – tanto as regras estabelecidas pelas disposições constitucionais quanto os princípios também por ela estabelecidos são normas constitucionais.

Isso traz à tona a questão da hierarquia entre os dois níveis. A resposta a essa pergunta somente pode sustentar que – do ponto de vista da vinculação à Constituição – há uma primazia do nível das regras.

Ainda que o nível dos princípios também seja o resultado de um ato de positivação, ou seja, de uma decisão, a decisão a favor dos princípios passível de entrar em colisão deixa muitas questões em aberto, pois um grupo de princípios pode acomodar as mais variadas decisões sobre relações de preferência e é, por isso, compatível com regras bastante distintas.

Assim, quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios.

Mas a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do Legislador Constituinte. É por isso que a determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinações alternativas baseadas em princípios.<sup>788</sup>

Registre-se, por outro lado, que Humberto Ávila propõe uma dissociação distinta (de caráter heurístico),<sup>789</sup> classificando as espécies normativas em princípios, regras e também em postulados.

Ele não adota, ademais, a conceituação de Dworkin/Alexy, eis que concebe os princípios como sendo normas finalísticas (princípios indicariam fins, mas eles não detalhariam os meios para sua obtenção); enquanto que as regras seriam normas imediatamente descritivas (descrevendo um comportamento e prevendo uma específica consequência jurídica).<sup>790</sup>

Elabora, então, o quadro que segue:<sup>791</sup>

	Princípios	Regras
Dever imediato	Promoção de um estado ideal de coisas	Adoção da conduta descrita
Dever mediato	Adoção da conduta necessária	Manutenção da fidelidade à

<sup>788</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 140. Alexy sustenta, porém, que o Tribunal Constitucional Federal alemão não tem acolhido uma primazia absoluta do nível das regras constitucionais: “A relação de primazia entre os dois níveis não é, portanto, uma primazia estrita. Na verdade, aplica-se a regra de precedência, segundo a qual o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam também fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado. A questão da força dessas razões é objeto de argumentação constitucional.” Cumpre ter em conta, não obstante essa argumentação, que a própria Constituição já dispõe sobre os casos em que as regras de direitos fundamentais devem ser mitigadas (Estado de Sítio, Estado de Defesa). Logo, o plano das regras constitucionais deve prevalecer sobre o plano dos princípios!

<sup>789</sup> Para Humberto Ávila, a distinção é meramente heurística, funcionando como modelo provisório de trabalho, “sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão a respeito desses conteúdos.” ÁVILA, Humberto. **Op. cit.**, p. 60.

<sup>790</sup> Idem, p. 63.

<sup>791</sup> Idem, p. 70.

		finalidade subjacente e aos princípios superiores
Justificação	Correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal de coisas	Correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato
Pretensão de decidibilidade	Concorrência e parcialidade	Exclusividade e abarcância

Segundo Humberto Ávila, os postulados seriam metanormas – eles tratariam da aplicação de regras e dos princípios. Daí que, para o professor gaúcho, seria incorreto referir-se a um ‘princípio’ de proporcionalidade (dado que a própria ‘proporcionalidade’ não estaria submetida à ponderação).

O qualificativo de normas de segundo grau, porém, não deve levar à conclusão de que os postulados normativos funcionam como qualquer norma que fundamenta a aplicação de outras normas, a exemplo do que ocorre no caso de sobreprincípios como o princípio do Estado de Direito ou do devido processo legal.<sup>792</sup>

Repisa-se, ademais, que Ávila sustenta que um mesmo enunciado poderia ser interpretado ora como princípio, ora como regra, ou até mesmo como postulado, ilustrando isso com a sua exegese do art. 150, I da Constituição brasileira de 1988 (que veda a instituição/aumento/cobrança de tributos sem lei anterior que os defina):

Ora, o que não pode ser olvidado é o fato de que os dispositivos que servem de ponto de partida para a construção normativa podem germinar tanto uma regra, se o caráter comportamental for privilegiado pelo aplicador em detrimento da finalidade que lhe dá suporte, como também pode proporcionar a fundamentação de um princípio, se o aspecto valorativo for autonomizado para alcançar também comportamentos inseridos em outros contextos. Um dispositivo cujo significado preliminar determina um comportamento para preservar um valor, caso em que seria enquadrado como uma regra, permite que esse valor seja autonomizado para exigir outros comportamentos, não descritos, necessários à sua realização. Por exemplo, o significado do dispositivo que preconiza que os tributos só podem ser instituídos por lei pode ser enquadrado como regra, na medida em que a adoção do procedimento parlamentar é o comportamento frontalmente prescrito. Isso não quer dizer que, focalizando-se a questão sob outra perspectiva, aquele mesmo comportamento não possa ser examinado no seu significado finalístico de garantia de segurança e estabilidade às atividades dos contribuintes.<sup>793</sup>

<sup>792</sup> Idem, p. 88.

<sup>793</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**, p. 61-62. Anote-se, por outro lado, que Heleno Taveira Torres sustenta que essa distinção entre princípios e regras (teorias ‘forte’ e ‘fraca’) teriam perdido relevo na atualidade, dado que, no âmbito da interpretação, tanto a regra quanto o princípio contribuiriam para a construção da norma de decisão.

Ora, aparentemente Humberto Ávila está classificando os enunciados (ou seja, os dispositivos constitucionais) e não as normas, decorrentes da interpretação.

Afinal de contas, não há como uma norma ser, a um só tempo, regra e princípio (já que as definições são mutuamente excludentes). Que um enunciado possa dar origem a regras ou princípios, isso pode ser aceito, *ab initio*, pois nada impede que, de um único preceito constitucional, sejam hauridas várias normas.

Cumprir ter o cuidado, todavia, de não recair no solipsismo positivista, alvo da crítica de R. Dworkin. Não pode ficar a impressão de que o intérprete escolhe, como quem está em um balcão de feira, se leva essa ou aquela fruta. Não se trata de simples deliberação do hermenauta, com a aptidão de decidir se ora subsume, ora pondera (definição do que seria um caso fácil ou um caso difícil).

Isso implicaria uma corrupção sistêmica – para empregar a expressão tão cara ao luhmanniano Marcelo Neves<sup>794</sup> -, com a invasão do Direito pela Política.

Ou seja, essa lógica implicaria a degradação dos critérios jurídicos de decisão em deliberações políticas, por parte de juízes, que não estão legitimados, segundo consenso coletivo, para o emprego de argumentos de conveniência e oportunidade, próprios dos congressistas. Juízes não pode criar as normas!

Cumprir atender, ademais, para as críticas formuladas por Virgílio Afonso da Silva, aluno de Robert Alexy:<sup>795</sup>

Diante da diferença entre texto e norma, o argumento de Ávila perde força. A distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas e não entre dois tipos de *textos*. É por isso que tanto as regras, quanto os princípios pressupõem uma interpretação prévia. Isso não significa, contudo, que ambos tenham a mesma estrutura. Após a interpretação em sentido estrito, uma regra jurídica é já subsumível, enquanto que os princípios ainda poderão entrar em colisão com outros princípios, exigindo-se, nesse caso, que se proceda a um sopesamento para harmonizá-los. Assim, 'ser passível ou carente de interpretação' é uma característica de textos que exprimem tanto regras quanto princípios. Mas 'ser passível ou carente de sopesamento' é característica exclusiva dos princípios.<sup>796</sup>

Virgílio Afonso da Silva esclarece, todavia, o que segue:

<sup>794</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>795</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção *in Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Ano 1, nº 1, 2003, p. 607-630. Disponível em <http://direitopiaui.blogspot.com/2007/10/principios-e-regras-mitos-e-equivocos.html>, acesso em 20.11.2013.

<sup>796</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 617.

Quando digo que Humberto Ávila não leva em consideração a distinção entre texto e norma, não quero dizer que ele a ignore ou a rejeite. Muito pelo contrário, ele a utiliza em seu trabalho e afirma categoricamente: 'não há identificação entre norma e texto.' (cf. Humberto Bergmann Ávila, 'A distinção entre princípios e regras', p. 171). Mas ainda que ele use essa distinção para outros propósitos – para demonstrar que a regra da proporcionalidade não resulta de um texto específico - passa ele ao largo dela, quando de sua crítica à distinção entre regras e princípios.<sup>797</sup>

Virgílio Afonso também critica a concepção de princípio, esposada por Humberto Ávila, como segue:

Como visto acima, Humberto Ávila - no que é seguido por Mártires Coelho – afirma que, quando a realização do fim instituído por um princípio *exclui a realização* do fim determinado por outro, o problema só poderia ser solucionado com a *rejeição de um dos princípios*. Esse tipo de colisão seria, ainda segundo Ávila, semelhante aos casos de conflito entre regras.

Com base no que foi visto na parte expositiva deste artigo, não há como sustentar tal argumento. No caso de conflito total entre regras, uma delas, necessariamente, deverá ser declarada inválida, já que ambas não podem conviver no mesmo sistema. No caso em que Humberto Ávila classifica como colisão total entre princípios, a hipotética não realização de um princípio em nada se aproxima à solução dada ao conflito entre regras, já que o princípio afastado não é declarado inválido e, por isso, não deixa de pertencer ao ordenamento jurídico.

O que ocorre é uma simples impossibilidade de aplicação de um dos princípios para a solução de um problema concreto, o que não significa que, em outros casos, o mesmo princípio afastado não possa ser aplicado e, mais importante, que não possa até mesmo prevalecer àquele princípio que, no primeiro caso, prevaleceu a ele.

Não faltam exemplos para demonstrar que a rejeição da aplicação de um princípio em um caso concreto não se assemelha a tratá-lo como 'não pertencente ao ordenamento jurídico', como afirma Mártires Coelho. Assim, se um juiz proíbe a publicação de um determinado livro, por entendê-lo incompatível com a proteção constitucional à honra de alguém, isso não significa que a liberdade de expressão tenha sido tratada como 'não pertencente ao ordenamento jurídico.' Ao contrário, o juiz só pode decidir pela prevalência de um princípio sobre outro se pressupor que ambos fazem - e continuarão a fazer - parte do ordenamento jurídico. *Prevalecer* não se confunde, portanto, com *pertencer*.<sup>798</sup>

Essas observações de Virgílio são extremamente pertinentes.

Não há como sustentar que uma mesma norma possa ser, a um só tempo, princípio ou regra, como se isso fosse 'ao gosto do freguês'. Daí que a concepção alexyana é preferível àquela defendida por Humberto Ávila, quando menos enquanto

<sup>797</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>798</sup> Idem, p. 621. Itálicos do autor.

construtos regulativos, enfatizando a diferença entre legisladores e juízes.

De qualquer sorte, outro ponto de extremo relevo, sobremodo para setores submetidos a ‘conceitos fechados’ (tipicidade) é não confundir a expressão corriqueira ‘princípio constitucional’, com os efetivos princípios, tais como definidos para fins da teoria da ponderação:

A existência de normas de alto grau de generalidade que não são princípios demonstra que o critério da generalidade é apenas relativamente correto.

O enunciado normativo ‘só serão penalmente puníveis os atos que a lei previamente definir como crimes’ (artigo 103, parágrafo 2º da Constituição alemã, parágrafo 1º do Código Penal alemão) pode dar ensejo a uma série de problemas interpretativos, e a ele subjaz um princípio ao qual se pode recorrer para sua interpretação.

Mas esse enunciado estabelece uma regra, já que aquilo que ele exige é algo que sempre ou é cumprido, ou não. Como essa norma é freqüentemente caracterizada como princípio, ela é um exemplo dos casos em que a teoria dos princípios aqui defendida se desvia do uso corrente da linguagem.<sup>799</sup>

Deve-se tomar cuidado para não imaginar que a ‘legalidade penal’ seja um princípio, algo suscetível de ponderação. A partir das próprias premissas da teoria dos princípios, o art. 5º, XXXIX, CF, veicula uma regra, submetida ao juízo disjuntivo (tudo ou nada). Não há como cumprir gradualmente referido preceito.

Ou há lei rotulando a conduta como crime, e o aludido requisito – necessário, mas não suficiente para imposição de penas! – terá sido satisfeito, ou não há e, portanto, desde logo se reconhece que a cominação de penas será inconstitucional, qualquer que seja a gravidade do comportamento.

Há arrematado equívoco em deliberações judiciais que convertem verdadeiras regras constitucionais – normas que determinam comportamentos detalhados – a uma indevida ponderação.

Exemplifique-se com o julgado abaixo, que pretende converter a regra do art. 5º, XII, CF, em princípio, com o fim de ‘ponderá-lo’ (na prática, com o fim de não cumpri-lo: ampliando a incidência da interceptação telefônica, para hipóteses constitucionalmente interditas):

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DO DEVEDOR DE ALIMENTOS. CABIMENTO.

Tentada a localização do executado de todas as formas, residindo este em outro Estado e arrastando-se a execução por quase dois anos,

<sup>799</sup> Robert Alexy. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 109

mostra-se cabível a interceptação telefônica do devedor de alimentos. Se por um lado a Carta Magna protege o direito à intimidade, também abarcou o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes. Assim, ponderando-se os dois princípios sobrepõe-se o direito à vida dos alimentados. A própria possibilidade da prisão civil no caso de dívida alimentar evidencia tal assertiva.

Tal medida dispõe inclusive de cunho pedagógico para que outros devedores de alimentos não mais se utilizem de subterfúgios para safarem-se da obrigação. Agravo provido.<sup>800</sup>

A vingar a lógica desse julgado, os juízes poderão efetivamente decidir da maneira que quiserem, bastando converter 'regras' em 'princípios' e, *voilà*, consegue-se argumentos para caminhar para o Sul, mesmo quando a Constituição aponta o Norte.

Não tarda e mesmo a vedação da pena de morte será então burlada, equiparando-se crimes comuns a crimes de guerra; ou ainda com a 'ponderação' de vetores inequívocos da Lei Maior. Ao cabo, ter-se-á instalada uma ilegítima assembleia constituinte perene, sob o disfarce de uma suposta técnica jurídica.

Registre-se, por outro lado, a interessante crítica que Niklas Luhmann promove contra a ponderação de interesses (em tudo aplicável à ponderação de princípios), conquanto a citação seja extensa:

A controvérsia entre a jurisprudência de conceitos e a jurisprudência de interesses tem semelhança com a antiga discussão científica entre o racionalismo (Descartes) e empirismo (Bacon). Aqui se tem chegado com um pouco de dificuldade (ainda que se renuncie com desgosto às controvérsias) ao resultado de que a real operação do sistema requer de ambos os lados a distinção. E uma coisa análoga é válida para o Direito.

Em Jhering já havia restado claro: a ênfase na proteção dos interesses de nenhuma maneira deveria entender-se como recomendação para julgar sem conceitos. A crítica da jurisprudência dos conceitos se dirige mais contra o sistema de ideias do que contra a ferramenta mesma dos conceitos. Com esse ponto de vista se realiza uma inversão que vai do sistema dedutivo à técnica jurídica – que ao mesmo tempo desvaloriza, mas reconhece. É conhecida, ao menos o era, que unicamente a partir dos interesses não é possível deduzir nenhuma decisão. Sem embargo, o que na controvérsia não resta bem iluminado é o sentido da distinção. Se trata, em última instância, de uma distinção das distinções. Os conceitos seriam (de outra maneira) distinguidos como interesses. Mas em ambos os casos as distinções se propõem desde o interior do sistema e têm sentido somente para as operações do próprio sistema do direito. Os conceitos ajudam a refinar a *quaestio iuris* e a restringir o espectro da analogia. Ao contrário, com os interesses se trata em primeiro lugar de distinguir entre interesses que se favorecem legalmente e interesses que legalmente se postergam. Esta distinção tem a vantagem de que guarda na memória do sistema

<sup>800</sup> BRASIL, ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, TJRS, 7ª Câmara Cível, Agravo de instrumento n. 70018683508, rel. Des. Maria Berenice Dias, DJRS 05.04.2007, decisão unânime.

os interesses postergados, de tal sorte que se, se der o caso, se poderia voltar a prova se a postergação segue justificada. Com um conceito tomado de Yves Barel poder-se-ia falar de 'potenciação' dos interesses. Isso confere à decisão total um sentido finalmente paradoxo. O conflito de interesses se decide em um nível e em outro é tratado como insolúvel, desde que os interesses postergados se recordem como interesses com um possível valor – a recordação se produz mediante justamente a sua postergação. Precisamente quando a jurisprudência de interesses entende as decisões do legislador como decisões em favor (ou contra) os interesses, ela se reserva (na fórmula dos interesses) uma nova valoração, em constelações distintas que não haviam sido tomadas em conta pelo legislador. Nestes sentido, a jurisprudência dos interesses se distingue da estrita interpretação teleológica do direito – a qual pergunta somente pelo propósito perseguido. Precisamente ao manter reservada a nova valoração, pressupõe que o sistema do direito apresenta primeira os interesses como preferências motivadas a partir de si mesmas, para, logo depois, na valoração jurídica, distingui-los em qualidade de favorecidos ou postergados.

Tanto dogmática como metodicamente, a partir destas reflexões, se segue que a fórmula 'ponderação de interesses' deve ser descartada como princípio de direito. Poder-se-ia afirmar isto com o dito latino *'In hac verbi copula stupet omnis regula.'* Desde o ponto de vista do método, esta fórmula de deliberação tem falhado porque não se tem podido realizar as indicações operativas. A fórmula serve, na prática, como uma máxima daquilo que Max Weber teria expressado como Justiça do Cadi. A fórmula é, desde o ponto de vista da Constituição, duvidosa, quando não flagrantemente inconstitucional. Já que a partir das valorações dos arts. 1-3 da Constituição alemã se deduz que o juiz deve considerar os interesses de igual traço, contanto que o direito mesmo (e o juiz) não prevejam diferentes valorações em casos conflituosos. Dito de outra maneira: a fórmula ponderação de interesses não é nenhum direito vigente: se refere a problemas de compreensão do comportamento material, mas não ao fundamento legal da decisão. A fórmula encontra-se situada no campo da heterorreferência do sistema e não produz o que se deve exigir de cada decisão: a mediação entre a autorreferência e a heterorreferência. O passo da jurisprudência de interesses para a jurisprudência de valores e da ponderação de interesses à ponderação de bens, pelo menos faz justiça à crítica, contanto que a valoração não surja dos interesses, senão do juiz que indaga com base nos regulamentos mesmos do direito. Ou quiçá se deveria dizer: do juiz que deveria indagar, já que a práxis durante a perquirição dos valores do direito (em caso de conflito de valores) está totalmente excedida pelas exigências – o teórico da decisão vê isso de chofre, mas logo termina orientando-se pelos interesses. Por outro lado, agora, se encontra uma verbalização (que não se pode comprovar) de tais valorações que utilizam conceitos de intimidação (p.ex., dano social). Isso que provada é que o sistema interrompa as figuras densas, proporcionadas pela dogmática do direito e que poderiam tratar de adaptar aos resultados novos, dos casos decididos. Também a racionalidade 'substantiva' normalmente se define com relação a valores socialmente aceitos. O componente retórico na fundamentação das decisões segue aumentando: convém ao estilo 'democrático' da política ao restar bem.<sup>801</sup>

<sup>801</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 460-462, traduziu-se. Ele também sustenta, em p. 601: "Fala-se com frequência da valoração de bens e ponderação de interesses. Essa posição conta como positivista na medida em que sustenta que a decisão jurídica (venha da lei ou do juiz)

Para Niklas Luhmann, a adoção do método da ponderação pode incrementar o que chama de 'heterorreferência': a adoção de critérios pragmáticos, econômicos, moralistas, religiosos etc. para a solução de questões jurídicas (ao invés do emprego da autorreferência do sistema do direito: o exame formal, analítico e conceitual).

O que fixa princípios, em última instância, tem que remeter-se ao entorno do sistema onde esses princípios são reconhecidos. Isto é sobretudo válido quando os princípios se complementam com a moral, com a ética, com a razoabilidade. Quando uma teoria da argumentação está estabelecida dessa maneira, não se pode aceitar a tese da clausura operativa do sistema do direito, e tenderá a apoiar-se em razão da própria prática argumentativa – razões que falam contra esse encerramento [autopoietico].<sup>802</sup>

Diante do longamente exposto, conclui-se que – muito embora seja um critério razoável para a solução de conflitos entre princípios constitucionais – o postulado da proporcionalidade deve ser empregado com muito comedimento. Não pode se traduzir em simples decisionismo judicial.

Critica-se, sobretudo, a corriqueira falta de compreensão dos pressupostos para a aplicação da aludida construção teórica. Não se admite que o juiz simplesmente converta todos os enunciados normativos em 'princípios', a fim de ponderá-los, aplicando as normas que mais lhe aprouver.

Levado a extremos, isso implica a derrocada do Estado de Direito (*rule of law*), convertendo-se em indevido governo de juízes. Ou seja, defende-se aqui que, por mais que o recurso à proporcionalidade seja inexorável em muitos contextos, ela deve ser aplicada com muitos temperamentos.

Conquanto não haja respostas corretas - e toda decisão seja carregada de analogias e metarregras -, é fato que a legalidade penal é um importante ideal regulativo. Ela indica essa autocontenção dos magistrados, dado que sabem (devem saber!) que há limites; e que Direito Penal não pode se converter em moralismos.

Referido tema é importantíssimo para a investigação presente.

---

seria válida, ainda que se reconheçam interesses e consequências jurídicas distintas daquelas que foram tidas quando se tomou a decisão."

<sup>802</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 410-411. Ele sustenta, porém, que, mesmo em tais casos, os princípios apenas ganharam dimensão 'jurídica' quando diferenciados, identificados e aplicados no âmbito do sistema jurídico, submetido à operação 'conforme ao direito/não conforme ao direito'.



Afinal de contas, há uma tendência de se contrapor constantemente o '*ne bis in idem*' e o '*tot poenam quot delicta*', como se fossem princípios constitucionais. Imagina-se que os magistrados deveriam chegar a um suposto 'Direito Penal de equilíbrio', meio que salomônico, fazendo a justiça que lhes conviesse.

Isso é incompatível com o Estado Constitucional.

Tampouco se coaduna com os próprios vetores que animam a complexa teoria de Alexy e de Dworkin, sintetizada acima. Afinal de contas, não há propriamente um princípio que obrigue a punir suficientemente.

O Estado Constitucional convive bem com a impunidade de determinadas condutas, eis que o Direito Penal deve ser concebido como mecanismo de *ultima ratio*. E as hipóteses em que o Estado reputa indispensável a sanção penal devem atender todos os requisitos impostos pelo respeito aos direitos fundamentais.

Ou seja, não há espaço para que juízes aumentem sanções, escudados em um pretense dever de punir suficientemente. Daí que categorias como a *Untermaßverbot* e o *tot poena quot delicta* devem ser vistas com muitas reservas.

Derivado disso, categorias próprias à teoria do concurso aparente - p.ex., a *Wiederaufleben* (ressurgimento do tipo penal deslocado) e o *Sperrwirkung* (efeito de bloqueio) - tampouco podem ser aplicadas sob Estado Constitucional. Referidos institutos serão detalhados adiante.

Essa é uma visão panorâmica no que toca à teoria da decisão judicial.

Mais adiante, esses interessantes *insights* da obra de Hans-Georg Gadamer e também de Carlos Bernal Pulido serão confrontados com a questão do concurso aparente sincrônico, tema que desafia a presente investigação. Também é importante uma conjugação desses temas com o pragmatismo do 'segundo' Wittgenstein, o que será visto por época do exame da ação significativa.

V.

**ALGUMAS QUESTÕES  
RELEVANTES PARA A TEORIA DO CONCURSO**

## V. QUESTÕES RELEVANTES PARA A TEORIA DO CONCURSO

Busca-se, no presente capítulo, tratar brevemente de algumas questões que condicionam, de certo modo, a teoria do concurso aparente de delitos. Examina-se a questão do *ne bis in idem*, com especial destaque para o tratamento em solo norte-americano e breve menção ao caso brasileiro.

Segue, logo depois, uma análise também sobre a contraposição entre o desvalor da ação e desvalor do resultado; sobre a categoria do bem jurídico penal e, por fim, também sobre a teoria da ação.

### 5.1. Algumas notas sobre o *ne bis in idem*:

Como já foi mencionado, há uma tendência - no âmbito da teoria do concurso de crimes - de se estabelecer uma constante contraposição entre o *ne bis in idem* (vedação de múltipla punição de uma mesmo crime), de um lado, com o *tot poenam quot delicta*, de outro.<sup>803</sup>

Ao final do capítulo anterior, sustentou-se ser incabível a invocação desse último dispositivo. O *tot poenam* enseja, não raras vezes, analogia *in malam partem*. De outro tanto, esse axioma é incompatível com o Estado Constitucional, dado que não cabe aos juízes majorar penas arbitradas pelo legislador, em busca de uma pena que repute forte o suficiente para reprimir delitos.

Mas, alguém pode perguntar: a leitura anterior não era cética?

Afinal de contas, afirmou-se com todas as letras que não há respostas corretas; e que o Direito tem 'pontos cegos' e inefáveis. Ora, não há nenhuma contradição nisso, porquanto a legalidade deve funcionar como sinal de alerta.

---

<sup>803</sup> Aludido postulado '*tot poenam quot delicta*' encontra paralelo, como se percebe, com a chamada *Untermaßverbotgrundsatz* - princípio da vedação da proteção insuficiente -, conforme construção germânica. Supõe-se, nesse âmbito, que haja um pretense dever de tutela penal de condutas significativamente lesivas (ou seja, o Estado não poderia descriminalizar determinados comportamentos, à semelhança da decisão proferida, no caso do aborto, pela Suprema Corte alemã - *Bundesverfassungsgericht* - BverfGE 88, 28.05.93). Essa categoria é de constitucionalidade duvidosa, eis que desconsidera o postulado da *ultima ratio*. Pode-se até conceber que o Estado tenha deveres especiais de tutela - a proteção da vida de crianças, por exemplo -, mas disso não decorre que deva necessariamente socorrer-se da repressão criminal, sobretudo quando presentes eventuais outros mecanismos, de menor violência e maior efetividade (o que ganha significativo relevo quando se tem em conta o caráter criminógeno da própria repressão criminal, dado o efeito iatrogênico da pena).

Muito embora o juiz aplique mais analogia do que imagina fazer,<sup>804</sup> também é fato que deve ser estimulado a respeitar consensos linguísticos que o antecedem. Conquanto as palavras sejam polissêmicas, elas não admitem todo e qualquer uso!

Não há como se recair em uma estratégia *Humpty-Dumpty*, pelo qual o intérprete alega que as palavras significam simplesmente aquilo que ele deseja que elas signifiquem. Isso seria uma *robisonada* inadmissível!

Ora, o Estado não pode invocar o Direito Penal como instrumento de *prima ratio*, com o fim de tutelar direitos fundamentais. Deve apreciar, de forma cuidadosa, se as normas do Direito Administrativo sancionar já não seriam suficientes para tanto; deve também demonstrar se esse efeito simbólico da pena serve mesmo para induzir comportamentos (ou se apenas se destina a dar ares de eficiência...).

Vê-se com grandes reservas, por conseguinte, a constante invocação do *tot poenam* (*Ausschöpfungsgebot*), eis que essa máxima tende à ampliação do poder punitivo, em um país cujas cadeias fétidas já estão abarrotadas de gente.

Convém aqui tecer algumas considerações sobre o postulado do *ne bis in idem*. Atribuiu-se peso para a evolução desse preceito no âmbito da *Common Law*, e também para questões pertinentes do Direito Continental.

Cuida-se apenas de uma visão panorâmica, com o fim de permitir algumas reflexões sobre a teoria do concurso de crimes. Ou seja, não se almeja exaurir a apreciação de tema razoavelmente intrincado, como se indicará abaixo.

### **5.1.1. Vedação do *double jeopardy*:**

Ora, em solo estadunidense, a cláusula do *double jeopardy* (vedação do risco duplo) decorre da conjugação da 5ª e 14ª emendas à Constituição de 1769: "ninguém será (...) sujeito ao mesmo risco de ser colocado duas vezes em risco de vida e pena corpórea."

Ao julgar o caso *Benton v Maryland* (1969), a Suprema Corte sustentou que essa garantia representa um ideal fundamental na sua herança constitucional. Apesar dessa sua importância, foram necessários 178 anos para que a cláusula

---

<sup>804</sup> KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del derecho**. 2. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Luis Villar Borda e Ana María Montoya. Colombia: Universidad Externado, 2002, p. 148-168.

fosse imposta também aos Estados-membros!<sup>805</sup>

Segundo a leitura inicialmente dispensada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, a 5ª emenda não teria imposto limites à atuação dos Estados-membros (p.ex., *Palko v. Connecticut*, 1937; *Brock v. North Carolina*, 1953). Sustentou-se, então, que o *Bill of Rights* da Constituição americana - i.e., as primeiras oito emendas - seria oponível apenas no âmbito federal, conforme precedentes *Barron v. Mayor and City Council of Baltimore*, 1883; *Adamson v. California*, 1947.

Tão somente em 1969 - no mencionado julgado *Benton v. Maryland* -, é que os demais entes federativos foram proibidos de sancionar alguém duplamente pela mesma ofensa. E isso por conta de uma releitura da 14ª emenda (ratificada pelos Estados-membros, em 09 de julho de 1868, depois da guerra da secessão); e não por força diretamente da 5ª emenda, proposta por Madison (1791).

Vários anos antes, porém, o *justice* da Suprema Corte EUA Felix Frankfurter já havia sustentado que essa garantia seria um indispensável requisito de uma justiça criminal civilizada (caso *Green v. USA*, 1957 - opinião dissidente). Por seu turno, o *justice* Ivan Rand da Suprema Corte do Canadá também asseriu que o *double jeopardy* (*ne bis in idem*) seria inerente à ideia de Estado de Direito (*Cullen v. The King*, 1949 - também opinião dissidente).

David Rudstein enfatiza que as origens precisas dessa garantia ainda seriam muito nebulosas. Em 1913 sustentou-se que essa garantia seria imanente à cultura inglesa, encontrando-se também presente no direito romano - como se houvesse existido desde sempre (*stout v. State ex rel. Caldwell*, 1913).

Há nisso algum exagero.

Supor que *ne bis in idem* tenha vigorado em toda parte e por toda a história implica significativo grau de idealismo. Simplesmente não há como asseverar, de modo preciso, que a Grécia antiga o tenha conhecido. Tampouco se pode dizer que essa garantia tenha tido alguma aplicação entre os persas.

Por sinal, deve-se empregar redobrada cautela para não se transportar categorias do presente - o postulado da legalidade, o conceito analítico de crime, a noção jurídica de culpabilidade etc. - para a apreciação de períodos anteriores da

---

<sup>805</sup> RUDSTEIN, David S. **Double jeopardy**: a reference guide to the United States Constitution. Westport: Praeger, 2004, p. 1.

história, o que levaria a uma indevida interpolação.<sup>806</sup>

As leis de Hammurabi não contêm, por exemplo, referência expressa ao *double jeopardy* - enfatiza Rudstein: "A alegada universalidade do *double jeopardy* princípio não eclode do estudo da lei antiga."<sup>807</sup>

Em que pese essa ressalva, algum esboço desse postulado - uma tentativa de proscrever o *bis in idem* - pode ser encontrada em várias civilizações anteriores. Rudstein enfatiza, por exemplo, que os hebreus já o teriam conhecido, conforme inúmeras referências presentes no *Talmud*.

Segundo o *Talmud*, nos casos de acusação da prática de crimes capitais, uma absolvição não poderia ser revertida.<sup>808</sup> O Deuteronômio 25:2 preconiza que, quando uma disputa entre homens fosse trazida diante de uma corte de justiça, o culpado deveria receber tantos açoites quanto fossem os seus crimes.

O rabino Akiba ben Joseph, quem viveu entre 50 e 135 d.C., teria enfatizado que a lei puniria no limite da culpa; não seriam cabíveis punições múltiplas para uma mesma ofensa. Ele teria chegado a examinar uma questão jurídica - por sinal, um exemplo que também é mencionado com frequência no âmbito da literatura alemã sobre concurso de crimes - na qual um homem teria estuprado sua irmã, que também trabalhava sua empregada. Dessa forma, teria violado duas normas, gerando debates sobre a quantidade de pena aplicável.

Isso porque o Talmud proibia a relação sexual com empregadas, ao mesmo tempo em que também sancionava a violência contra a irmã. A questão estava, portanto, em saber se o acusado teria cometido dois delitos, ou apenas um. Segundo David Rudstein, aquele rabino teria então concluído que o acusado deveria ser punido apenas mediante os açoites, dado que a lei divina imporia uma única sanção - eis que a conduta teria sido uma só.

Por volta de 355 antes de Cristo, o orador grego Demóstenes já teria asseverado que "a lei proíbe que o mesmo homem seja julgado duas vezes pelo mesmo caso, seja isso civil, um escrutínio, uma reclamação contestada ou qualquer outra coisa."<sup>809</sup>

Em Atenas, de modo semelhante, "a principal preocupação de um homem

<sup>806</sup> Sobre a lamentável frequência dessa projeção de conceitos do presente para o exame do passado, leia-se SABADELL, Ana Lúcia. **Tormenta juris permissione**: tortura e processo penal na Península Ibérica (séculos XVI – XVIII). Rio de Janeiro: ICC: Revan, 2006, p. 20-32.

<sup>807</sup> RUDSTEIN, David S. *Op. cit.*, p. 2.

<sup>808</sup> Idem, p. 2.

<sup>809</sup> Idem, *ibidem*, traduziu-se.

trazido perante a corte foi vencer o veredicto por um meio ou outro, uma vez julgado ele não poderá ser processado novamente pela mesma acusação, a regra *ne bis in eadem re* sendo aceita em Atenas e não em Esparta."<sup>810</sup>

Na República romana, o *ne bis in idem* também teria sido reconhecido, impedindo a reiteração da mesma acusação contra o mesmo arguido. No período do império, essa garantia teria subsistido - conquanto, evidentemente, expressões como 'legalidade', 'Estado', 'crimes', 'acusações' etc. devam ser empregadas com muitas cautelas quando se reportam a períodos antigos, eis que incompatíveis com as concepções então vigentes...

O fato é que, ao longo dos primeiros anos do Império, não havia apelação.

A palavra do júri era definitiva. Chega-se até mesmo a contar uma lenda de que, sob o reinado de Tibério, o júri teria absolvido um homem a quem o imperador queria ver condenado; por mais que ele tenha repreendido o júri e o acusado de outra ofensa, o imperador não pôde infirmar o julgamento já formulado.<sup>811</sup>

Rudstein sustenta, por outro lado, que, tempos depois, os julgamentos pelo júri teriam sido substituídos, permitindo-se ao acusador a tentativa de modificar absolvições. Em que pese esse novo processo, algumas proteções contra o *bis in idem* teriam subsistido.

Paulus, jurista romano do século II, chegou a afirmar que "depois de uma absolvição pública um acusado pode ser processado de novo pela informação dentro de 30 dias, mas depois desse tempo isso não mais pode ser feito."<sup>812</sup> Por seu turno, o Digesto de Justiniano (533 D.C.) preconiza que a autoridade não deveria permitir que um homem seja acusado do mesmo crime do qual ele já tenha sido absolvido (Digesto, livro 48, título2, nota7).

David Rudstein reporta-se também à máxima, presente no direito romano, *nemo debet bis puniri pro uno delicto*.<sup>813</sup> Essa proteção difere muito, todavia, daquela reconhecida atualmente; até porque, para os romanos, o crime se confundia com a *actio*, com a própria acusação. Não havia uma noção como a atual - em que o crime é concebido como a conduta que viola a lei.

Atente-se para a análise promovida por García Albero a esse respeito:

<sup>810</sup> Idem, ibidem, traduziu-se.

<sup>811</sup> Idem, p. 3. Rudstein ampara-se, para tanto, na obra de James Leigh Strachan-Davidson.

<sup>812</sup> PAULO *apud* RUDSTEIN, David S. *Op. cit.*, p. 3, traduziu-se.

<sup>813</sup> RUDSTEIN, David S. *Op. cit.*, p. 3.

Para o Direito Romano, o delito não se configura como ação material, mas sim como infração legal em sentido jurídico. Isso não apenas não se adverte na análise de determinadas fontes que colocam de manifesto a consideração e uma unidade delitiva em hipóteses conforradas por uma pluralidade de atos materiais senão também pela possibilidade admitida em hipóteses de que um mesmo fato constitua vários delitos. A análise das fontes deixa claro que, por mais que se possa falar, em Direito Romano, de um conceito de delito, o termo *delictum* e o posterior *crimen* somente podem ser entendido no sentido jurídico.

O tratamento da *Klagenkonkurrenz* para a hipótese de semelhança de categorias delitivas, longe de permitir extrair consequências sobre a distinção concursal entre unidade ou pluralidade de ações, sim permite, contudo, a aproximação no Direito Romano da hipótese de unidade delitiva. Pode-se afirmar, em definitivo, que, em que pese o desconhecimento em sentido material de uma teoria do concros de delitos, o Direito Romano proporciona exemplos, somente que desde uma perspectiva exclusivamente processual, da abordagem do problema da unidade delitiva, que subjaz implicitamente nas hipóteses de exclusão simultânea de ações.<sup>814</sup>

No direito romano de então, a acusação penal geralmente não era providenciada por autoridades públicas: uma acusação criminal poderia ser formulada pela vítima do alegado crime ou por qualquer cidadão romano.

Na maioria dos casos, a pessoa ofendida pela conduta alheia poderia delegar a terceiros a formulação da *actio* contra o acusado, ou alternativamente ara promover uma ação delitiva perante ele (i.e., uma ação privada buscando uma penalidade - e não uma compensação - para o malfeitor).

Daí que, de certo modo, a vedação do Digesto não impedia que a mesma pessoa fosse acusada várias vezes pela mesma ofensa, mas desde que os acusadores fossem distintos.<sup>815</sup>

Por seu turno, a legislação eclesiástica, i.e., o direito canônico, também proibiu o *bis in idem*. Os decretos gregorianos, promulgado pelo Papa Gregório IX no ano de 1234, contêm um capítulo, tomado de um anterior concílio da Igreja, proclamando que "Uma acusação não pode ser repetida com respeito àqueles crimes os quais o acusado já tenha sido absolvido."<sup>816</sup>

David Rudstein alude, por outro lado, à obra de Gratian (1140), um monge que ensinou em Bolonha (ano de 1140), e autor do *Concordantia discordantium canonum*, conhecida como *Decretum*, contendo ensinamentos dos Papas. Segundo essa obra, "A escritura ensina que Deus não pune duas vezes pelo mesmo crime" -

<sup>814</sup> ALBERO, Ramón García. **'Non bis in idem' material y concurso de leyes penales**. Barcelona: Cedecs Editorial, 1995, p. 40-41, em nota de rodapé. Traduziu-se.

<sup>815</sup> RUDSTEIN, David S. *Op. cit.*, p. 3.

<sup>816</sup> Idem, *ibidem*. Traduziu-se.



enquanto que outra parte preconiza que " se um é condenado ou absolvido, não há ação subsequente quanto ao mesmo crime."<sup>817</sup>

No âmbito da Igreja, essa proscricção teria origem na interpretação, dispensada por Sto. Jerônimo (ano de 391) para o texto Nahum 1:9 - "Que pensais vós contra o Senhor? Ele mesmo vos consumirá de todo; não se levantará por duas vezes a angústia."

Jerônimo, tradutor da Bíblia (Vulgata), sustentou que nem mesmo Deus puniria duas vezes pelo mesmo pecado. Então, se isso valia a justiça divina, também deveria valer para a justiça dos homens!

Ao longo do século XIII, o a Inglaterra chegou a acolher alguma proteção contra o *ne bis in idem*, e isso por força das institutos do *autrefois acquit* (impedia a discussão de uma anterior absolvição), *autrefois convict* (impedia a renovação de uma anterior condenação) e também o perdão real.

Por volta da segunda metade do século XIII, William Blackstone sustentou que o *ne bis in idem* constituiria uma garantia no âmbito da *Common Law*,<sup>818</sup> o que evidencia a sua importância, já àquele tempo.

Teriam surgido três correntes, no que toca à origem da cláusula do *double jeopardy*, no direito inglês. A primeira teoria afirma que a garantia teria sido trazida para a *Common Law* pela Igreja logo depois da conquista normanda (1066); quando menos, por força da grande influência que o direito romano teria exercido sobre os juízes ingleses - no mais das vezes, clérigos indicados pelo rei.

Uma segunda teoria ampara-se no conflito havido, no século XII, entre o arcebispo de Canterbury, Sto. Thomas à Beckte, e o rei Henrique II. Rudstein enfatiza que, depois da invasão da Inglaterra, o normando William, o Conquistador (William I) - talvez para recompensar o apoio papal - teria reconhecido o benefício de clérigo. Cuidava-se de uma prerrogativa de foro para os membros da Igreja.

Isso significa, destarte, que os padres e bispos apenas poderiam ser julgados por outros padres e bispos, qualquer que fosse a acusação (crimes seculares ou crimes contra a fé). Com isso, a Igreja mantinha seu poder, na medida em que concentrava o julgamento dos seus clérigos, ao mesmo em que também promovia arrecadações de bens relacionados aos julgamentos.

Com a morte de William I, seu filho - Henrique II - tentou limitar o poderio da

---

<sup>817</sup> Idem, p. 4. Traduziu-se.

<sup>818</sup> Idem, p. 4. Traduziu-se.

Igreja (por volta de 1087). Ordenou então que, quanto às acusações seculares, os padres e bispos deveriam ser julgados pela justiça do rei, mesmo quando absolvidos pela jurisdição eclesiástica.

Rudstein sustenta que há muitas conjeturas sobre a sua motivação. Aparentemente o rei teria tentado incrementar a sua arrecadação de impostos, para fazer frente à expansão da sua guarda. Talvez ele tenha tentado recrudescido a repressão penal, dado que o direito canônico não previa a pena de morte.<sup>819</sup>

O fato é que ele chegou a criar um conselho de magnatas, no ano de 1164, com o fim de submeter os padres a um segundo julgamento, mesmo quando absolvidos pelos tribunais canônicos. Esse concílio teria redundado na definição da Constituição de *Clarendon*, uma anterior declaração acolhendo os costumes relacionados à jurisdição da Igreja em certas matérias (e prevendo, então, o julgamento dos padres pelos tribunais seculares).<sup>820</sup>

Clergyman charged and accused of anything shall, on being summoned by a justice of the King, come into his court, to be responsible there for whatever it may seem to the King's court they should there be responsible for; and [to be responsible] in the ecclesiastical court [for what] it may seem they should there be responsible for - so that the King's justice shall send into the court of holy church to see on what ground matters are there to be treated. And if the clergyman is convicted, or if he confesses, the church should no longer protect him.<sup>821</sup>

Um padre suspeito de cometer um crime deveria ser trazido para a corte secular, e acusado lá; a menos que ele admitisse a sua culpa, ele poderia ser mandado para uma corte eclesiástica (para processamento na presença dos oficiais do Rei). Caso fosse condenado pela corte eclesiástica, ele perderia seus privilégios de sacerdote e então retornaria para o tribunal laico para ser sentenciado para uma punição laica (i.e., a pena de morte ou a mutilação). Nessa hipótese, suas propriedades seriam apropriadas pelo rei.<sup>822</sup>

O arcebispo Thomas à Becket - conquanto mantivesse estreitas ligações com Henrique II - lançou severas críticas contra essa reforma. Argumentou que, a vingar essa lógica, os clérigos seriam processados e punidos duplamente, violando-se princípios inscritos nas Escrituras (Nahum 1:9, como visto acima). Becket sustentou

---

<sup>819</sup> Idem, p. 5.

<sup>820</sup> Idem, p. 5-6.

<sup>821</sup> Idem, p. 5.

<sup>822</sup> Idem, p. 6.

*nec enim Deus iudicat bis in idipsum*, i.e., sequer Deus pune duas vezes pelo mesmo crime.<sup>823</sup>

Por conta desse conflito, Becket se refugiou por certo tempo na França, de onde excomungou os partidários da tese de duplo julgamento. Decidindo retornar à Inglaterra, acabou assassinado em 1170, por asseclas do rei, dentro da própria sacristia (sendo canonizado alguns anos depois).

Henrique II renunciou, porém, à tentativa de reforma, o que teria gerado a percepção, entre os magistrados daquele tempo - a bem da verdade, clérigos, na sua ampla maioria - da importância do *ne bis in idem*.<sup>824</sup>

Segundo essa corrente, portanto, Sto. Thomas à Becket teria sido um mártir da causa do *ne bis in idem*; conquanto, a bem da verdade, estivesse em debate, àquele tempo, o alcance dos privilégios da Igreja muito mais que uma discussão sobre prerrogativas e garantias acessíveis a todos os indivíduos.

A terceira teoria sobre o surgimento da proteção contra o *double jeopardy* na *Common Law* enfatiza que ele teria sido reconhecido gradualmente no âmbito dos tribunais, por desenvolvido das próprias cortes inglesas.

Afirma-se que ela teria tido pouca relevância durante muitos séculos, eis que a sua violação, nos reinados de Henrique VII e Henrique VIII não teria suscitado maiores debates. Essa corrente aduz que a garantia não teria origem direta no direito romano; tampouco podendo ser reportada à disputa Thomas à Becket - Henrique II. Ou seja, o *ne bis in idem* no âmbito do direito inglês seria autóctone, com desenvolvimento gradual, a partir da experiência dos tribunais.

David Rudstein não toma partido quanto às teorias, sustentando que há muita especulação nesse âmbito. De todo modo, argumenta que muito do direito ocidental decorre de um pano de fundo comum - dada a existência de conceitos jurídicos compartilhados.<sup>825</sup> Ele menciona casos em que o *ne bis in idem* teria sido desrespeitado - casos de ordálias e juízos de Deus, nos idos entre 1087 e 1100.

No ano de 1163, Henrique II teria ordenado que um padre, Philip de Brois, fosse submetido a um novo julgamento depois de já ter sido absolvido. Por outro lado, por época da redação da Constituição de Clarendon, ele teria mantido uma

---

<sup>823</sup> Nesse sentido, veja-se também MAITLAND, Frederic William. *Henry II and the criminous clerks in The Collected Papers of Frederic William Maitland*. Cambridge University Press, 1911. Disponível na internet. <<http://oll.libertyfund.org/title/872/70278>> acesso em 04.10.2013.

<sup>824</sup> RUDSTEIN, David S. *Op. cit.*, p. 6.

<sup>825</sup> Idem, ibidem.

imposição de que, mesmo quando absolvido pela corte eclesiástica, o acusado deveria abjurar o reino e ser deportado, caso fosse mau-caráter.

Os tratados atribuídos a Glanville - datados de final do século XII - não contêm menção ao *ne bis in idem*.<sup>826</sup> Por outro lado, o bispo sucessor de Thomas à Becket, em Cantenbury, teria disposto que, os responsáveis por matar padres, deveriam ser excomungados e, depois, serem submetidos à justiça secular, a fim de que fossem enforcados (violando-se, pois, o *ne bis in idem*).

Confrontado com as vedações das Escrituras, esse bispo teria sido não haver dupla punição, dado que se trataria apenas de um único julgamento - iniciado no âmbito eclesiástico e finalizado pela justiça laica. A vedação de *bis in idem* também foi violada por um estatuto datado de 1315-1316, permitindo que a corte real ignorasse a absolvição imposta por uma corte da Igreja.

Casos que não envolvessem padres revelariam, porém, que, àquele tempo, já havia alguma tutela contra o *double jeopardy*, conquanto isso essa conclusão deva ser vista com reservas, dado que ainda não havia propriamente um poder centralizado, que monopolizasse a aplicação de sanções.

A condenação de uma infração (*felony*) no século XIII ensejada a pena de morte; então, a proibição contra uma segunda condenação tornava-se irrelevante. Se o rei perdoasse um individuo condenado em uma apelação, o perdão operava para inibir uma segunda persecução pela mesma ofensa.<sup>827</sup>

Rudstein aduz, todavia, que uma condenação, seguida de perdão, não impediria a apelação da vítima, pois o perdão invariavelmente ensejava o reconhecimento implícito da culpa do acusado. No ano de 1487, contudo, um estatuto teria limitado o *plea of former acquittal* (algo semelhante à exceção de coisa julgada): assegurou-se o prazo de 01 ano e 01 dia para que o suspeito fosse indiciado pela prática de homicídio, contados da data do falecimento da vítima.

Nesse período de 01 ano e 01 dia, todos aqueles autorizados a processá-lo poderiam promover o caso.<sup>828</sup> Permitia-se julgamento dúplice, nesse interregno - o que teria sido pouco empregado, porém (histórico em *Bartkus v. Illinois*, 1959).

Por volta de 1709, uma apelação teria sido trazida depois de uma absolvição (*Young v. Salughterford*, 1709). O *justice Holt* teria ordenado, então, uma apelação -

---

<sup>826</sup> Idem, p. 7.

<sup>827</sup> Idem, p. 8.

<sup>828</sup> Idem, ibidem.

na verdade, uma nova acusação - contra alguém já absolvido da mesma ofensa (ou seja, era uma espécie de revisão criminal *pro societate!*, desde que observado o prazo de 01 ano e 01 dia). O júri o teria condenado à morte.

No ano de 1557, Sir William Staunford teria descrito em detalhes os *pleas of autrefoits acquit* (exceção processual enfatizando a existência de uma anterior absolvição) e *autrefoits convict* (a existência de anterior condenação).

Para Rudstein, o *double jeopardy* - com seus contornos atuais - teria emergido na segunda metade do século XVII, com o fortalecimento de uma justiça pública, e começo de monopólio estatal na aplicação da lei.

Edward Coke, autor das *Institutes*, publicou (anos 1641 e 1644) os fundamentos *ne bis in idem*. Por seu turno, sr. Matthew Hale escreveu a História dos *Pleas of the Crown*, detalhando a questão do *double jeopardy*, mas sem mencionar deliberações contemporâneas. O *Bill of Rights* de 1689 não teria mencionado expressamente essa garantia - diz Rudstein.<sup>829</sup>

Em 1660, a corte do rei teria expandido essa proteção contra o *double jeopardy* (*the King v. Read*, 1660). Passou a permitir novos julgamentos, porém, desde que limitados à correção de erros de transcrição do julgamento, p.ex.

Sustentou-se, ademais, que uma absolvição em outro país impediria uma subsequente persecução penal pela mesma ofensa na Inglaterra<sup>830</sup> - *Rex v. Hutchinson* (1677) - discutido em *Beak v. Thyrrwhit* (1688) - a Corte sustentou que a prévia absolvição de *Hutchinson*, quanto à acusação de homicídio em Portugal impediria o seu processamento na Inglaterra pela mesma imputação.

Em razão disso, teria se tornado frequente, àquele tempo, o desfazimento do júri (*shame trial*), sempre que a absolvição fosse iminente,<sup>831</sup> como exemplifica o caso *King v. Perkins* (1698). O tratado de Blackstone teria atribuído significativo peso ao *ne bis in idem*, consolidando a sua aplicação na *Common Law*.

Deve-se ter em conta a incorporação da vedação do *double jeopardy* em solo estadunidense. No ano de 1639, a Assembleia Geral de Maryland teria promulgado '*the first american Bill of Rights*'. Por mais que esse estatuto não contivesse uma expressa proteção contra o *bis in idem*, ele teria reafirmado que os habitantes das colônias - à exceção das pessoas escravizadas - teriam os

---

<sup>829</sup> Idem, p. 9.

<sup>830</sup> Idem, ibidem.

<sup>831</sup> Idem, p. 10.

mesmos direitos, liberdades, imunidades e privilégios dos ingleses.

Em 1641 a legislatura de *Massachusetts Bay Colony* editou carta de liberdades, preconizando expressamente a proibição de *double jeopardy* (art. 42). Em 1648, promulgou um conjunto de garantias, vedando o *bis in idem*.

A colônia de *Connecticut* também adotou uma provisão expressa contra o *bis in idem* (1652). A Constituição de Carolina - redigida por John Locke, sem que tenha sido implantada - também tratou desse princípio.<sup>832</sup>

Encerrada a guerra da revolução americana, surgiu a Confederação; muitas constituições dos Estados-membros não trataram, todavia, expressamente dessa vedação. A primeira a tratar do assunto foi a de *New Hampshire* de 1784, no que foi seguida pela Constituição de Pensilvânia (1790).

Segundo Rudstein, em um caso de 1735, um júri condenou o acusado de furtar um cavalo. Em uma moção de arresto no julgamento, a Corte declarou um *mistrial* - i.e., terminou o julgamento antes de declarar o veredicto -, por questões de competência; em uma segunda tentativa de julgamento, o caso foi anulado, por conta da garantia (invocando-se, então, o precedente *Vaux's Case* de 1591).

As cortes de Nova Iorque também reconheceram as defesas de uma prévia condenação e uma anterior absolvição. Em 1699, um grande júri condenou três homens pela venda de pães (!) de tamanho ilegal. Dois anos depois, os homens haviam sido condenados e multados por terem feito pães do tamanho contrário à legislação daquele Estado, o que implicava dupla punição.

Rudstein ainda menciona os casos *Hannaball v. Spalding* (1783), versando sobre a acumulação de sanções criminais e reparação civil pelo furto de um lenço (!). Questão semelhante teria sido discutida no caso *Coit v. Geer* (1787).

James Madison foi o grande personagem para a incorporação da vedação do *double jeopardy* na Constituição dos Estados Unidos (5ª emenda - anos de 1789-1791), sob a ferrenha oposição do representante de Nova Iorque, Egbert Benson, quem sustentou que a cláusula seria muito ambígua.<sup>833</sup> A proposta foi aprovada; e, por outro lado, em 1868, com o término da guerra de secessão, os Estados-membros ratificaram a 14ª emenda, versando sobre o devido processo.

O fato é que, por força de interpretação da Suprema Corte dos Estados Unidos, a provisão do *Bill of Rights* apenas vinculou os tribunais federais (*Barron v.*

---

<sup>832</sup> Idem, p. 12.

<sup>833</sup> Idem, p.15.

*Mayor and City Council of Baltimore* - 1833; *Adamson v. California*, 1947, *Palko v. Connecticut*, 1937 e *Brock v. North Carolina* - 1953).

O *justice* Hugo Black apresentou votos dissidentes, advogando a plena aplicação da garantia também no âmbito estadual (antes, pois, da alteração jurisprudencial de 1969) - voto dissidente no caso *Adamson v. California* - 1947 e *Betts v. Brady*, 1942. Gradualmente, porém, a Suprema Corte passou a aplicar o *bill of rights* aos Estados-membros, reconhecendo, por exemplo, o direito a um julgamento público (*In re Oliver*, 1948) e a proteção contra buscas sem causa razoável - *Wolf v. Colorado*, 1949.

D. Rudstein enfatiza, porém, que, no geral, a Suprema Corte recusou a aplicação de várias garantias decorrentes dessa cláusula aos Estados. Em *Hurtado v. California* (1884) ela sustentou não haver direito, no âmbito estadual, ao indiciamento pelo grande júri; em *Twining v. New Jersey* (1908), aduziu que o *nemo tenetur se ipsum accusare* não decorreria da cláusula do devido processo.<sup>834</sup>

No caso *Palko v. Connecticut*, Franko Palko foi acusado de homicídio em primeiro grau, sendo condenado à prisão perpétua. O Estado recorreu almejando a aplicação de pena de morte; a Corte anulou, então, o julgamento, por conta de erros na condução do júri pelo magistrado (*State v. Palko*, 1936). No novo julgamento, foi condenado à pena de morte; resultado que foi mantido pela Suprema Corte.

No julgado *Brock v. North Carolina* (1953), a Suprema Corte examinou um caso de *shame trial* - i.e., encerramento do julgamento com o fim de inibir a sua absolvição. Isso porque, no primeiro julgamento, o Estado tentou empregar delatores - pretensos cúmplices (disparados de arma de fogo no interior de um veículo), mas estes fizeram uso do direito ao silêncio. Em um segundo julgamento, com novas provas, ele foi 02 anos de prisão. O resultado foi mantido pela Suprema Corte.

Ela decidiu que "um julgamento pode ser suspenso/descontinuado quando uma circunstância particular manifesta uma necessidade de fazê-lo, e então uma falha para desconstituir seria o fim da justiça. A justiça ou ambas as partes pode indicar uma certa discricão para o juiz do processo declare um *mistrial* e requiera que o acusado permaneça em julgamento perante outro júri."<sup>835</sup>

Na década de 1960, porém, a Suprema Corte passou a atribuir maior peso ao *bill of rights*, ampliado com o caso *Mapp v. Ohio* (1961), ganhando expressão

---

<sup>834</sup> Idem, p. 16.

<sup>835</sup> Idem, p. 19. Traduziu-se.

também com o caso *Duncan v. Louisiana*, 1968 e *Malloy v. Hogan*, 1964 (reconhecimento do direito a júri, aplicável também aos Estados-membros).

No caso *Benton v. Maryland* - 1969 - a Suprema Corte foi novamente confrontada com a questão do *bis in idem*. Benton havia sido acusado de crimes de furto e roubo (*larceny*). Foi absolvido dos pequenos furtos, e condenado pelo roubo (pena de 10 anos de reclusão). O julgamento foi anulado, porém, por vício na escolha dos jurados; submetido a novo júri (por ambas as acusações). Ele alegou que o *larceny* não poderia ser alvo de nova acusação, eis que ele já havia sido absolvido dessa imputação; o juiz indeferiu o pedido. No novo processo ele foi condenado por ambas as imputações - pena de 15 anos.

A Suprema Corte revisou, então, o precedente do caso Palko. Sustentou, no *Benton v. Maryland*, que a cláusula do devido processo - 14ª emenda - também implicava a vedação do *bis in idem*. Por outro lado, tempos antes, ao julgar o *Ex parte Lang* (1874), ela enfatizou que o *ne bis in idem* se aplicaria também aos crimes de menor gravidade.<sup>836</sup>

Em 1922, ela apreciou o caso *USA versus Lanza*.

O sr. Lanza foi acusado de vários crimes (violação do *National prohibition act*). Ele alegou já ter sido condenado pelo Estado de Washington quanto à mesma imputação; o que implicaria *bis in idem* a sua submissão a novo julgamento perante Cortes Federais. Esse argumento foi acolhido pela corte de origem (*United States v. Peterson* - 1920).

A Suprema Corte reformou o julgamento, mantendo o duplo processamento, elaborando uma teoria de dupla soberania: os Estados-membros e a União poderiam formular a mesma imputação, sem que violasse o *bis in idem*. Essa doutrina conflitava, porém, a com a origem inglesa do *double jeopardy* (precedentes ingleses - *The King v. Thomas*, 1664; *Beak v. Thyrrwhit*, 1668 etc).

Dez anos depois, ao julgar o *Blockburger v. USA* - 1932, a Suprema Corte delimitou quando uma ofensa seria a mesma para fins de *ne bis in idem*. Blockburger havia sido condenado por dois crimes rotulados na lei de narcóticos americana (venda ilegal de droga sem a apresentação do selo respectivo; e crime de vender narcótico sem prévia autorização). Ambas as condenações foram baseadas na

---

<sup>836</sup> Idem, p. 22. Sobre esse precedente, leia-se MOORE, Michael S. **Act and crime: the philosophy of action and its implications for criminal law**. Nova Iorque: Oxford University Press of New York, 2010, p. 310.



mesma venda de 08 (oito) gramas de morfina hidrocloreto.

A Suprema Corte rejeitou a sua alegação de que se trataria de *bis in idem*. Para tanto, ela alegou que o critério deveria ser a necessidade de diferentes provas no mesmo processo. Havendo necessidade de evidências distintas, não se trataria de um único crime, segundo esse precedente.

Where the same act or transaction constitutes a violation of two distinct statutory provisions, the test to be applied to determine whether there are two offenses or only one, is whether each provision requires proof of a fact which the other does not.<sup>837</sup>

No caso, a acusação da venda da droga sem o selo pertinente, demandaria a apresentação da sua embalagem original; o que não era requerido para a outra acusação (prova de que vendia dobra sem autorização).<sup>838</sup> Isso deu origem ao que se convencionou chamar de '*Blockburger-teste*' (pontualmente revisto pela Suprema Corte ao julgar o caso *Grady v. Corbin*, 1990).<sup>839</sup>

No precedente *Helvering v. Mitchell* - 1938, a Corte sustentou não haver *bis in idem* na acumulação de sanções civis e criminais; já no caso *USA v. Halper* (1989) ressaltou que, em casos excepcionais, uma sanção civil pode ganhar foros punitivos para fins da vedação do risco duplo.

Por outro lado, no caso *Ashe v. Swenson*, 1970, a Suprema Corte tratou dos efeitos colaterais do julgamento (*collateral stoppel*).<sup>840</sup> Três ou quatro pessoas mascaradas teriam invadido uma casa e roubado cada um de seis vítimas que estavam jogando pôquer.

O *Missouri* preparou várias acusações contra Bob Fred Ashe e outros três acusados da prática de vários crimes em conexão com o incidente - o roubo armado de cada um dos seis jogadores e o furto do carro.

O Estado primeiro acusou Ashe e lhe imputou apenas o roubo de um dos jogadores; mas o denunciado foi absolvido, dada a exclusão de prova obtida por

<sup>837</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Blockburger v. USA*, 1932. Em tradução livre: "Quando a mesma ação ou transação constitui uma violação a dois dispositivos legais distintos, o critério para determinar se há duas 'ofensas' ou apenas uma é saber se cada provisão requer prova de um fato, que a outra norma não exige."

<sup>838</sup> RUDSTEIN, David S. *Op. cit.*, p. 24.

<sup>839</sup> No caso *USA v. Dixon*, 1993 a Suprema Corte retomou, porém, os critérios do *Blockburger Teste*. Sobre esse conceito, leia-se MOORE, Michael S. *Op. cit.*, p. 314. Moore alega que, a rigor, esse critério - a aferição da identidade de provas para demonstração em juízo - já teria sido adotado muito tempo antes na Inglaterra. Reporta-se ao caso *King versus Vandercomb*, 2 Leach 708, 720, 168 Eng. Rep. 455, 461, do ano de 1796.

<sup>840</sup> MOORE, Michael S. *Op. cit.*, p. 313-314.

meios ilícitos. Depois disso, o acusador conseguiu novas provas e o acusou de roubar as outras vítimas, não mencionadas no primeiro julgamento.

A Suprema Corte asseverou, contudo, que, por conta da primeira absolvição, ele não poderia ser acusado do roubo dos demais, dado o efeito colateral do *double jeopardy - i.e., collateral stoppel*.<sup>841</sup> Na década de 1970, esse problema foi novamente examinado no caso *Dinitz v. USA*, 1976.

Rudstein enfatiza que, no direito norteamericano, essa cláusula impede novo julgamento depois de uma absolvição, conforme *Smalis v. Pensilvânia*, 1986; *Sanabria v. USA*, 1978, *USA v. Martin Linen Supply Co.*, 1977; *Benton v. Maryland*, 1969; *Fong Foo v. USA*, 1962; *Kepner v. USA*, 1904. Também impede a renovação do processo, quando o acusado já foi condenado: *USA v. Dixon*, 1993; *Harris v. Oklahoma*, 1977; *Brown v. Ohio*, 1977.

Por outro lado, e esse é um aspecto relevante, o *ne bis in idem* também impede a imposição de múltiplas sanções pelo mesmo crime: *Hudson v. USA*, 1997; *Missouri v. Hunter*, 1983; *North Carolina v. Pearce*, 1969.<sup>842</sup> Por fim, impede que o Estado processe novamente alguém, pela mesma acusação, quando há *mistrial*, observados alguns requisitos (*shame mistrial*) - *USA v. Jorn*, 1971, *Dwonun v. USA*, 1963; *USA v. Govro*, 1987; *USA v. Scott*, 1978.

A proibição constitucional do *bis in idem* foi concebida para proteger um indivíduo de ser submetido aos riscos do julgamento e possível condenação mais de uma vez para um crime alegado.

A ideia subjacente, uma que é profundamente presente quando menos no sistema Anglo-Americano de justiça, é que ao Estado, com todos os seus recursos e poder, não deveria ser permitido fazer repetidas tentativas para condenar um indivíduo por conta de um suposto crime, ademais submetendo-o aos contrangimentos, custos e o compelindo a viver sob um estado de contínua ansiedade e insegurança, de modo a aumentar as possibilidades de que, mesmo que inocente, seja talvez condenado.<sup>843</sup>

Ora, admitir-se que se renove o caso - permitindo novo julgamento depois de uma absolvição transitada em julgado - significaria permitir que o aparato estatal, com seus recursos muito superiores aos recursos dos indivíduos, a derrubar o suspeito, emocional e financeiramente - e criar um risco de condenação por meio da

<sup>841</sup> RUDSTEIN, David S. *Op. cit.*, p. 25.

<sup>842</sup> *Idem*, p. 38.

<sup>843</sup> BLACK, Hugo *apud* RUDSTEIN, David S. *Op. cit.*, p. 38-39 (voto apresentado no caso *Green v. USA*, 1957). Traduziu-se.

mera perseverança estatal.<sup>844</sup>

David Rudstein também menciona também o caso *Ciucci v. Illinois* (1958). Foram deflagrados três processos distintos contra Vincent Ciucci - acusado de ter matado esposa e três filhos (processado em júris distintos). No primeiro júri, o acusador incluiu evidências das demais imputações (ele foi condenado, então, ao cumprimento da pena de 20 anos de prisão). O acusador ficou insatisfeito e sustentou que iria processá-lo novamente, até obter a pena de morte.

O promotor o acusou então de matar uma das suas filhas, novamente introduzindo evidências dos demais crimes. Foi condenado ao cumprimento da pena de 45 anos de reclusão. Em um terceiro júri, foi condenado a pena de morte (também com a inclusão de evidências dos outros casos). Ao apreciar o caso, o *justice* William O. Douglas sustentou que ele teria sido acusado das mesmas quatro mortes, três vezes seguidas.<sup>845</sup>

Enfim, Rudstein enfatiza que a cláusula do *ne bis in idem* busca assegurar que o Estado não colocará alguém em risco de vida ou pena corpórea duas vezes pelo mesmo delito. Em princípio, essa cláusula do *double jeopardy* não se aplicaria à temática civil - processos entre partes privadas e ações civis do Estado (exceto se, a rigor, o processo civil ganha foros punitivos, p.ex., os precedentes *USA v. One Assortment of 89 Firearms*, 1984 e *Breed v. Jones*, 1975).

Rudstein sustenta, porém, que os Tribunais estadunidenses excepcionariam a cláusula do *ne bis in idem* nos casos de *contempt of court* (desprezo à Corte). Em tais casos, o juiz poderia aplicar a sanção no mesmo processo, de modo sumário - *Taylor v. Hayes*, 1974; *Codispoti v. Pennsylvania*, 1974 - e, para além disso, o acusado ainda responderia a um outro processo, subsequente.

A Suprema Corte teria enfatizado que esse poder sumário para punir crimes constatados na condução do julgamento seria proteção essencial da autoridade das Cortes (*Yates v. USA*, 1957 - *Harris v. USA*, 1965). Por outro lado, o subsequente processo não violaria o *double jeopardy*, dado que não se trataria da mesma ofensa (*USA v. Rollerson*, 1971. *USA v. Mirra*, 1963, *People v. Totten*, 1987; *State v. Warren*, 1982; *Maples v. State*, 1978), conquanto as acusações sejam idênticas.

No caso, *USA v. Rollerson* (de 1971), o acusado agrediu o promotor com uma arma branca (*ice-filled plastic water pitcher*), foi condenado no rito sumário do

---

<sup>844</sup> RUDSTEIN, David S. *Op. cit.*, p. 41.

<sup>845</sup> *Idem*, p. 42.

*contempt of Court*. Logo depois, foi submetido a um segundo processo pela mesma acusação. A Suprema Corte manteve o segundo julgamento, sustentando que não se trataria de ofensa ao *double jeopardy*.

Essa solução é criticada por Rudstein: "A Suprema Corte dos EUA jamais sustentou que o governo poderia processar duas vezes alguém com base na mesma acusação apenas pelo fato de que a ofensa violentariam distintos interesses."<sup>846</sup>

Por exemplo, no caso *State v. Cox* (2002), a Corte de Apelação de Washington sustentou que a cláusula do *Double Jeopardy* também atinge os processos sumários de *Contempt of Court*. Todavia, sustentou que essa garantia não impediria o Estado de processar um acusado pelo crime de tentativa de fuga, depois da sua condenação sumária pelo contempt, mesmo que ambos os crimes fossem baseados no singular ato individual de correr para fora da sala de audiências durante uma oitiva para *probation*, depois de ter sido advertido pelo juiz para não sair. A Corte entendeu que o julgamento sumário do contempt e a tentativa de fuga não teriam constituído uma 'mesma ofensa' para o propósito da análise do double jeopardy porque cada uma demandaria prova de um fato que a outra dispensaria - o julgamento sumário do Contempt exigiria prova da desobediência, da desordem, ou conduta de desprezo cometida na presença do juiz; o que o processo da tentativa de fuga não exigiria. Por outro lado, a tentativa de fuga demandaria prova da tentativa de escapar da detenção, o que o julgamento sumário do contempt não demandaria (veja-se também *Ellis v. State*, 1994).<sup>847</sup>

Percebe-se, pois, que – a despeito das inúmeras idas e vindas -, a cláusula do *double jeopardy* tem sido balizada, em solo estadunidense, por uma espécie de *phronesis*, já que se não decorre, de modo absoluto, de uma identificação da quantidade de ações praticadas (conjuga-se o critério do *act requirement*, com a constatação de quantas normas teriam sido violadas).

### 5.1.2. Vedação do *ne bis in idem* no solo brasileiro:

Ao contrário do que dispõe o art. 103, '3', da Lei Fundamental germânica,<sup>848</sup> a Constituição brasileira não chegou a tratar expressamente do *ne bis in idem*. A cláusula decorre, todavia, do conteúdo substantivo do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, CF), da tutela da coisa julgada e também do postulado da legalidade.

Ademais, a cláusula encontra abrigo no art. 8º, item '4' do Pacto de San

<sup>846</sup> Idem, p. 47. Traduziu-se.

<sup>847</sup> Idem, p. 48. Traduziu-se.

<sup>848</sup> Em tradução livre, "ninguém pode ser punido mais de uma vez pelo mesmo fato, com base no direito penal comum."

José da Costa Rica, suscetível de complementar a Constituição Federal, conforme já reconheceu o STF (súmula vinculante 25).

Registre-se a interessante opinião de García de Enterría, quem sustentava que - diante do art. 25 da Constituição espanhola - o Estado não poderia acumular sanções administrativas e sanções criminais, pois isso configuraria *bis in idem*.<sup>849</sup> Referido argumento já foi acolhido em sentença da Suprema Corte Espanhola (sentença n. 02, de 1981).

O princípio *non bis in idem* determina uma interdição da duplicidade de sanções administrativas e penais a respeito dos mesmos fatos, mas conduz também à impossibilidade de que, quando o ordenamento permite uma dualidade de procedimentos, e em cada um deles tenha de se produzir um julgamento e uma qualificação dos mesmos fatos, o julgamento e a qualificação que o plano jurídico possam produzir-se se façam com independência, se resultam da aplicação de normativas diferentes, mas que não possa ocorrer o mesmo no que se refere à apreciação dos fatos, pois é claro que os mesmos fatos não podem existir e deixar de existir para os órgãos do Estado.<sup>850</sup>

Segundo Estrella Escuchuri Aisa, o *ne bis in idem* material impediria a dupla punição de determinada conduta, mas isso somente quando houvesse identidade de fundamentos das normas aplicadas. Ou seja, poder-se-ia punir a mesma conduta com várias sanções, desde que submetidas a fundamentos autônomas.

Segundo García Albero, o princípio *non bis in idem* não obriga o legislador a evitar a sobreposição de normas sancionatórias de distintas ordens, senão que vai dirigido a o que aplica a norma naqueles casos em que um mesmo ato ou fato possa estar tipificado e sancionado em mais de um preceito punitivo. Uma compreensão correta do princípio tem que ter em conta que o *non bis in idem* não pressupõe exclusivamente a identidade de fato, senão de fundamento. E por isso prossegue García Albero, ali onde o mesmo fato seja sancionado com atenção a fundamentos distintos, estaremos na presença de infrações diversas; o princípio *non bis in idem* cederá em favor do princípio da íntegra valoração jurídica do fato.<sup>851</sup>

No sistema jurídico brasileiro, essa lógica autoriza que o Administrador Público comine uma multa tributária para o contribuinte que deixa de pagar seus tributos, empregando fraudes; ao mesmo tempo em que o juízo criminal pode lhe impor uma sanção penal pelo mesmo fato (autonomia de esferas jurídica).

<sup>849</sup> Conforme explicita AISA, Estrella Escuchuri. **Teoría del concurso de leyes y de delitos: bases para una revisión crítica**. Granada: Comares, 2004, p. 123.

<sup>850</sup> Idem, p. 131.

<sup>851</sup> Idem, p. 123. Sobre o tema, leia-se também MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio *ne bis in idem* e a Constituição de 1988 in **Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União** n. 16, julho-setembro de 2005.

Mas, levado esse postulado às suas últimas consequências, isso implicaria uma tese pluralista (*Mehrheitstheorie*), eis que uma mesma conduta poderia ser validamente punida várias vezes, desde que houvesse violado distintos tipos penais, autônomos entre si. De certa forma, essa é a tese central de Ingeborg Puppe, conforme se examinará adiante.

A questão é bastante complexa, facilmente se percebe.

O problema é que o tema envolve escolhas - ainda que inconscientes! - para se delimitar qual o conteúdo efetivo do *ne bis in idem*. Em si mesmo, esse aforismo é quase que vazio de significado, porquanto não delimita previamente o que é o ente que não pode ser punido duplamente.

As consequências serão distintas, caso se suponha que o *quid* que não pode ser punido duplamente é a ação - e isso colocaria em causa a pluralidade de infrações advindas de distintos ramos jurídicos -; ou se a unidade é o dolo (de modo que, a cada dolo poder-se-ia aplicar a sanção respectiva); o resultado empírico (tese de Roig Torres, p.ex.) ou se seria a quantidade de bens jurídicos ofendidos.<sup>852</sup>

Inúmeros teóricos já se debruçaram sobre esse tema, cada qual elegendo um critério para se identificar a base que não pode ser sancionada duplamente. Esse é o 'ponto cego' da argumentação jurídica - para empregar aqui a expressão luhmanniana -, pois depende que fatores que lhe antecedem e que não podem ser totalmente racionalizados...

Por certo que o *ne bis in idem* impede que o Estado puna duplamente um mesmo crime. Mas a pergunta relevante é outra: esse princípio impede que o Estado converta uma ação em vários crimes? Essa é o pomo de discórdia entre teoria unitária e teoria pluralista, como sabido.

Ora, a vingar a tese de que a unidade seria a ação, a causa de aumento prevista no art. 70, CP demandaria uma justificação adicional. Afinal de contas, se a cada crime segue-se uma pena, seria necessário explicar qual a razão pela qual a violação de uma outra vedação criminal (ausente o concurso aparente de delitos) implicaria a exasperação da maior pena aplicável.

---

<sup>852</sup> Sobre o tema, confira-se RAFFO, Juan Pablo Mañalich. El principio *ne bis in idem* en el Derecho penal chileno *in Revista de estudios de la Justicia*. n. 15, ano de 2011. Disponível na internet: <[http://web.derecho.uchile.cl/cej/doc/MA%C3%91ALICH%20\\_10.pdf](http://web.derecho.uchile.cl/cej/doc/MA%C3%91ALICH%20_10.pdf)> Acesso em 20.10.2013. TRACOGNA, Carla. *In ne bis in idem e i conflitti di giurisdizione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*. Tese disponível na internet: <<http://paduaresearch.cab.unipd.it/3478>> Acesso em 20.01.2013. VERVAELE, John. *El principio de non bis in idem en Europa*. Disponível na internet: <[http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/vervaele\\_def.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/vervaele_def.pdf)> Acesso em 15.12.2013.

Com efeito, a lei brasileira prevê uma causa de aumento de pena para o concurso formal de crimes, ao contrário do Código Penal alemão (§52, StGB).

Há uma tendência em se vislumbrar o *ne bis in idem* como um princípio conectado com a quantidade de bens jurídicos ofendidos. Uma ação poderia configurar distintos crimes, desde que fosse realmente lesiva a diferentes valores existenciais.<sup>853</sup> Confira-se novamente com a citação de Estrella Aisa:

Para concretizar essa identidade de fundamento, a doutrina assinala que não se deve atentar para a natureza da sanção, mas sim para a semelhança entre os bens jurídicos protegidos pelas distintas normas sancionadoras ou entre os interesses tutelados por elas. Mas, ao introduzir a noção de bem jurídico ou interesse volta a surgir o problema de delimitar o ilícito penal e o ilícito administrativo: por mais que majoritariamente se admita a vigência do princípio *non bis in idem* entre sanção penal e sanção administrativa de heterotutela (dado que entre ambas não haveria senão diferenças quantitativas), a opinião já não é unânime no que respeita às sanções administrativas de autotutela. Entre essas últimas se incluem as sanções disciplinares, também enquadradas dentro das relações de supremacia especial ou de sujeição especial, e precisamente o tema referido aos delitos dos funcionários públicos e as infrações disciplinares têm sido objeto de especial interesse entre a doutrina penal, sobretudo entre aqueles autores que resistem a considerá-lo um âmbito que escapa ao alcance do *non bis in idem*. Desta forma, reaparece o problema de deslindar o ilícito penal do ilícito disciplinário: a aplicação do *non bis in idem* exige responder à pergunta de se têm fundamentos distintos.<sup>854</sup>

Concorda-se com essa premissa.

Em princípio, o importante é saber quantos bens jurídicos foram afrontados. Mas - e isso é relevante destacar – esse ponto de partida somente pode ser aceito se houver realmente uma teoria densa sobre os bens jurídicos envolvidos. Como se verá ao longo dessa tese, essa é uma lacuna importante para que o tema do concurso possa ser mais bem examinado!

Aponta-se o problema, muito embora não se ambicione oferecer resposta no âmbito desse trabalho. Como se mencionará adiante, o problema do bem jurídico penal é tema que exige Ciência Política. Demanda uma teoria densa sobre valores!

De toda sorte, vale apenas registrar que inúmeros pensadores já indicaram critérios variados para aferição do *ne bis in idem*. Uma síntese interessante de todos

<sup>853</sup> Sobre a aplicação do *ne bis in idem* em solo europeu - sobretudo no que toca às questões processuais - leia-se ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (org.). **El principio de *ne bis in idem* en el Derecho penal europeo e internacional**. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, p. 54 e ss.

<sup>854</sup> AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 139.

esses estudos encontra na obra de Carranza Tagle.<sup>855</sup>

Com brevidade, deve-se apenas indicar alguns desses fatores:

(a) Fator externo - haveria tantos crimes quanto as ações praticadas.<sup>856</sup>

[E]ssa teoria configurou uma amplitude demasiada para o âmbito do concurso ideal, porque outorgou poder unificador a uma única ação, ainda que frente a casos de vários resultados com pluralidade de determinações delitivas (um incêndio de uma casa - ou um disparo -, e vários mortos, mesmo nos casos em que o sujeito pretenda esses vários mortos), é dizer, ainda quando existe uma pluralidade de lesões jurídicas com plurais elementos materiais e morais estruturantes da delinquência.<sup>857</sup>

Essa concepção (fator externo) atribui pouco peso para a intenção do agente. Ademais, a tese da unidade exterior de ação (fisiologia) enfrenta óbices naqueles casos em que há vários movimentos, unificados por um intento comum (p.ex., o lançamento sequenciado de veneno na comida a vítima).

De sua parte, von Buri sustentava que haveria tantos crimes quantas fossem as unidades de nexos causal. Caso o sujeito matasse, com um disparo, duas vítimas, von Buri supunha haver duas causalidades, e então, dois crimes.

Esse critério parece ter sido eleito justamente para se evitar a aplicação do concurso formal em determinados casos, mas sem provar essa pretensa pluralidade dos nexos causais.

A juízo de von Buri, contudo, resulta irrelevante para os efeitos do concurso de delitos, que várias lesões jurídicas se produzam mediante uma ou várias ações. O central é a quantidade de lesões jurídicas produzidas. Se fosse relevante o número de ações, se deveria admitir um tratamento distinto do autor de várias ações, ainda que se causasse uma só lesão jurídica, ou seja, caso um homem fosse morto por dois disparos ou que o autor concentrasse seu efeito dos tiros em um só.<sup>858</sup>

Essa concepção de von Buri acabava aniquilando o próprio concurso formal.

(b) Fator interno: buscou-se depois uma teoria de unidade de meio e fim (Carrara, p.ex.). Supunha-se que o importante seria delimitar o plano do autor; o que ele almejava ao início do *iter criminis*.

<sup>855</sup> TAGLE, Horacio A. Carranza. **Introducción al concurso de delitos**: criterios sobre unidad y pluralidad delictiva. Buenos Aires: IBdef, 2011, p. 15 e ss. Leia-se também CARAMUTI, Carlos S. **Concurso de delitos**. 2. ed. atual. ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p. 42 e ss.

<sup>856</sup> TAGLE, Horacio A. Carranza. **Op. cit.**, p. 29 e ss.

<sup>857</sup> Idem, p. 31.

<sup>858</sup> Idem, p. 35.



Essa teoria acaba por unificar vários delitos considerando apenas a vontade do agente. No Brasil, parece vigorar um viés contrário, diante da previsão de concurso formal impróprio (a expressão 'desígnios autônomos' - art. 70, CP).

Mal comparando, caso o sujeito furtasse um carro, sequestrasse o gerente de banco, matasse o vigilante e subtraísse o recurso, ele deveria responder apenas por roubo, a vingar essa premissa. Ela não leva em conta, todavia, a presença de dolo direto de segundo grau, no que toca aos meios empregados.

(c) Teorias ecléticas - fator externo e interno. Exigindo ambos os elementos, à semelhança de Impallomeni, quem distinguia um fim imediato e também um fim mediato (a causa impulsiva do delito).<sup>859</sup>

(d) Unidade de resultado material. Cada resultado empírico seria um crime autônomo, conforme advogam Ricardo Núñez e também Margarida Roig Torres.

(e) Teoria da sobreposição dos espaços típicos - exigindo um exame da correlação das normas entre si (tese de Nelson R. Pessoa).

Há várias outras teorias sobre o tema. No presente átimo, apenas cumpre ter em conta que falar em *ne bis in idem* diz muito pouco. Deve-se, antes, informar qual o conteúdo desse *quid* que não pode ser punido duplamente.

Eis, aí, mais um 'ponto cego' do discurso.

Há várias teorias, e quem busca confrontá-las - uma observação de segunda ordem - deve invocar algum critério de comparação. Eis a complexidade do tema, como facilmente se percebe.

## 5.2. Algumas notas sobre a teoria do bem jurídico penal.

Busca-se, nesse tópico, tão somente equacionar algumas reflexões sobre a teoria do bem jurídico. Como já foi mencionado na introdução, o tema do concurso demanda considerações sobre o escopo dos tipos penais confluentes.<sup>860</sup>

<sup>859</sup> Idem, p. 46.

<sup>860</sup> AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 23. A professora espanhola argumenta, todavia, que a importância do bem jurídico "não deve ser exagerada até o ponto de se pretender extrair do próprio conceito de bem jurídico um critério válido por si só para solucionar problemas concursais. Sua utilidade no contexto da teoria do concurso deriva do fato de que o concurso aparece vinculado à existência de tipos e estes surgem relacionados, por sua vez, com bens jurídicos. Pois bem, a proteção do bem jurídico pode ser promovida mediante um só tipo ou mediante a formação de uma pluralidade de diltos. Dado que esses tipos constituem um sistema não é possível sua interpretação isolada, é mais, a interpretação conjunta de ambos os tipos deve descobrir os fins de proteção

A problemática do bem jurídico está intimamente associada ao caráter fragmentário e subsidiário da intervenção penal. O Direito Penal é concebido como um sistema descontínuo de ilicitudes - um arquipélago de ilicitudes em um oceano de licitude -, razão pela qual a proibição deve ser excepcional (art. 5º, II, CF).<sup>861</sup>

Isso significa que, por força mesmo da sua violência, a sanção penal apenas pode ser cominada quando for imprescindível. Cuida-se de uma típica derivação do postulado da proporcionalidade, também já aludido acima.

Mencione-se novamente a síntese levada a efeito por Bernal Pulido:

1. Segundo o subprincípio da idoneidade, toda intervenção nos direitos fundamentais deve ser adequada para contribuir para a obtenção de um fim constitucionalmente legítimo.
2. Conforme o subprincípio de necessidade, toda medida de intervenção nos direitos fundamentais deve ser a mais benigna com o direito no qual se interveio, dentre todas aquelas que revistam da mesma idoneidade para contribuir para alcançar o fim proposto.
3. No fim, conforme o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, a importância dos objetivos perseguidos por toda intervenção nos direitos fundamentais deve guardar uma adequada relação com o significado do direito intervindo. Em outros termos, as vantagens que se obtém mediante a intervenção no direito devem compensar os sacrifícios que esta implica para seus titulares e para a sociedade em geral.<sup>862</sup>

Por conseguinte, o postulado da proporcionalidade fornece uma perspectiva interessante para se aferir a racionalidade de determinadas tipificações penais. Em princípio, ele permite aferir se o grau de privação de liberdade, imposto ao agente, é razoável/adequado, frente ao grau de efetiva proteção ao bem jurídico das potenciais vítimas, pretensamente asseguradas mediante a incriminação.

Essa comparação somente pode ser empreendida, todavia, quando se possui, na antessala, um conceito denso sobre o bem jurídico. O princípio da proporcionalidade demanda a identificação dos bens protegidos pela norma penal;<sup>863</sup>

---

perseguidos pela lei penal e isso deve decidir a concreta relação que entre ambos os tipos quer estabelecer a lei." AISA, E. *Op. cit.*, p. 23. Traduziu-se.

<sup>861</sup> Por sinal, convém registrar que, no âmbito do Direito Penal econômico, essa metáfora tem-se revelado inaplicável. O legislador parece não saber o que busca punir; e cria tipos penais anêmicos, delegando completamente aos juízes a sua elaboração. Atente-se, por exemplo, para o tipo penal do art. 22 da lei 7492, quando rotula como crime a conduta de promover a saída de divisas '*sem autorização legal*'. O legislador simplesmente não delimita minimamente o conteúdo da cláusula... Então, parece que o Direito Penal econômico se aproxima mais da metáfora de um oceano de ilicitude, rodeando ilhas de licitude...

<sup>862</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *Op. cit.*, p. 42.

<sup>863</sup> Honig foi um dos primeiros a sustentar que a teoria do concurso de crimes demanda um exame acurado dos bens jurídicos tutelados pelos tipos penais incriminadores, conforme afirma AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 33.

e o emprego de critérios de hierarquização.

Da fragmentariedade e da *ultima ratio*, infere-se também o postulado da lesividade. Apenas se pode reprimir uma determinada conduta, mesmo quando rotulada penalmente, nos casos em que ela tenha redundado, quando menos, em perigo efetivo de dano para os bens jurídicos tutelados pela norma.

Rompe-se com a concepção de que o injusto seria uma espécie de desobediência, uma espécie de insurgência contra a Ordem Jurídica (suposição de Baumgarten - *die Auflehnung gegen de Rechtsordnung*). A moderna justificação do Direito Penal almeja obter um conceito material de antijuridicidade - concebida como a realização de uma conduta socialmente danosa.

Daí que o Direito Criminal não pode tutelar o chapéu de Hermann Geißler,<sup>864</sup> da estória de Guilherme Tell. O Estado não pode empregar a sanção penal para que os indivíduos dobrem seus joelhos para a vontade dos governantes. A norma penal não pode proteger caprichos ou frivolidades.

Enfim, em um substancial estudo, Gonzalo D. Fernández argumenta que o surgimento dessa compreensão do delito como lesão efetiva a bens jurídicos é o momento de nascimento do Direito Penal moderno.<sup>865</sup> Cuida-se de uma orientação às consequências das normas (*Folgerorientierung*), de modo que a própria validade das normas passa a cobrar um mínimo de eficácia.

Vale a pena atentar para a lição de Hans Kelsen:

Como a vigência da norma pertence à ordem do dever-ser, e não à ordem do ser, deve também se distinguir a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos. Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão. Uma norma jurídica é

<sup>864</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. por Diego-Manuel Luzón Peña e outros. Madri: Civitas, 1997, p. 56. Sobre o tema do bem jurídico, leia-se ainda TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 176-180; PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2011, p. 72 e ss.; GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**: com um adendo. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 45 e ss.; HEFENDEHL, Roland (org). **La teoría del bien jurídico**: ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? Tradução do alemão para o espanhol por Rafael Alcácer e outros. Madri: Marcial Pons, 2007, p. 150 e ss.; ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen *in Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Tradução do alemão para o espanhol por Manuel Cancio Meliá. Disponível na internet: <<http://criminet.ugr.es/recpc>> Acesso em 14.01.2014.

<sup>865</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Bien jurídico y sistema del delito**: un ensayo de fundamentación dogmática. Buenos Aires: IBdef, 2004, p. 2.

considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que - como costuma dizer-se - não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente). Um mínimo de eficácia (como sói dizer-se) é a condição da sua vigência. No entanto, deve existir a possibilidade de uma conduta em desarmonia com a norma. Uma norma que preceituasse um certo evento que, de antemão, se sabe que necessariamente se tem de verificar, sempre e em toda a parte, por força de uma lei natural, seria tão absurda como uma norma que preceituasse um certo fato que de antemão se sabe que de forma alguma se poderá verificar, igualmente por força de uma lei natural. Vigência e eficácia de uma norma jurídica também não coincidem cronologicamente.

Uma norma jurídica entra em vigor antes ainda de se tornar aplicada uma lei num caso concreto imediatamente após a sua promulgação - portanto, antes que tenha podido tornar-se eficaz - aplica uma norma jurídica válida. Porém, uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanece duradouramente ineficaz. A eficácia é, nesta medida, condição da vigência, visto ao estabelecimento de uma norma se ter de seguir a sua eficácia para que ela não perca a sua vigência. É de notar, no entanto, que, por eficácia de uma norma jurídica que liga a uma determinada conduta, como condição, uma sanção como consequência - e, assim, qualifica como delito a conduta que condiciona a sanção -, se deve entender não só o fato de esta norma ser aplicada pelos órgãos jurídicos, especialmente pelos tribunais - isto é, o fato de a sanção, num caso concreto, ser ordenada e aplicada -, mas também o fato de esta norma ser respeitada pelos indivíduos subordinados à ordem jurídica - isto é, o fato de ser adotada a conduta pela qual se evita a sanção. Na medida em que a estatuição das sanções tem por fim impedir (prevenção) a conduta condicionante da sanção - a prática de delitos -, encontramos-nos perante a hipótese ideal da vigência de uma norma jurídica quando esta nem sequer chega a ser aplicada, pelo fato de a representação da sanção a executar em caso de delito se ter tornado, relativamente aos indivíduos submetidos à ordem jurídica, em motivo para deixarem de praticar o delito.<sup>866</sup>

Vê-se, portanto, que até mesmo na monumental teoria kelseniana, um mínimo de efetividade é apontado como requisito da própria vigência da norma.

Isso significa que aquele axioma de que normas penais não seriam abrogadas pelo desuso deve ser invocado com certas reservas. Uma norma reiteradamente descumprida, e sem que redunde em sanções, não pode ensejar a intervenção penal, dado que faltará, quando menos, o desvalor social da conduta

Deve-se atentar, por conseguinte, para a noção de 'direito vivo', da qual falava Eugen Ehrlich ao final da sua obra clássica.<sup>867</sup> Não raras vezes, há uma distância entre o direito dos livros e o direito da prática, e isso deve ser tomado em

<sup>866</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 11-12.

<sup>867</sup> EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. René Ernani Gertz. Brasília: Editora UNB, 1986.

conta quando em causa normas incriminadoras absolutamente vetustas.

Ora, essa categoria do 'bem jurídico' é carregada de ambiguidade.

Alguns teóricos tendem a associá-la apenas à *mens legis*, à finalidade almejada pelos legisladores com a incriminação. Outros juristas almejam construir um conceito material de 'bem jurídico', que possa ser oponível ao próprio legislador, de modo que o Congresso não possa criar normas incriminadoras ao seu alvedrio... Otto Bachof dizia que haveria bens jurídicos oponíveis aos próprios Constituintes.<sup>868</sup>

E é justamente por força desse pêndulo – pêndulo que oscila entre a concepção formalista e a concepção material de bem jurídico -, que o tema ganha relevo. Repita-se: em muitos casos de aparente concurso de crimes, a questão do bem jurídico tem sido o divisor de águas para se reconhecer o concurso formal ou a unidade de lei, conforme se explicitará com maior vagar adiante.

O conceito envolve uma grande polêmica.

A Escola de Kiel supunha, por exemplo, que o tal do bem jurídico fosse uma espécie de abstração especulativa, sem nenhum papel a cumprir no âmbito do Direito Penal. E isso porque - com o seu colorido autoritário - a referida corrente de pensamento advogava um Direito Penal do dever.<sup>869</sup>

O funcionalismo sistêmico advogado por Günther Jakobs também é bastante crítico quanto ao bem jurídico. Ele sustenta que referida categoria seria desnecessária, eis que a função do Direito Penal seria apenas assegurar as expectativas normativas (expectativas contrafáticas) diluídas pela sociedade.

Com certo enfoque hegeliano, o professor de Bonn argumenta que o único bem jurídico digno de tutela pelo sistema penal seria a sua própria validade (sua autorreferência, diria Luhmann).<sup>870</sup> Ele se aproxima, pois, da tese que alega que a função do Direito Penal seria tutelar o próprio Direito... Vê o agente como um rebelde: *Auflehnung gegen die Rechtsordnung* (rebelião contra a Ordem Jurídica).

Atente-se para o seguinte excerto da obra de Jakobs:

A. O rendimento positivo dos esforços por conseguir um conceito de bem jurídico é escasso. Mas, além disso, há duas objeções básicas

<sup>868</sup> BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

<sup>869</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, p. 3.

<sup>870</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho penal:** parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madri: Marcial Pons, 1997, p. 55-58. Quanto à autorreferência, compare-se com o exame da obra luhmanniana, promovida ao início dessa investigação.

que devem ser consideradas:

1. Por uma parte, a teoria do bem jurídico pode conceber o bem jurídico em relação com o seu titular, mas não demonstrar a necessidade de assegurar o bem também jurídico-penalmente. Exemplo: A veracidade de uma informação é sempre um bem para o destinatário, mas somente em alguns casos está reconhecida como um bem jurídico. Por isso há que incluir a danosidade social na lesão do bem desde fora, para poder qualificá-la como lesão de bem jurídico. Quais unidades de funcionamento podem elevar-se a bem jurídico por sua significação social não pode ser determinada pela doutrina do próprio bem jurídico, como tampouco fundamentar que a proteção das normas sempre tenha de ser aplicável a bens. A configuração da ordem que tem de proteger o Direito penal não vem definida por todos os bens, e nem sempre somente por bens. A soma de todos os bens jurídicos não forma a ordem social, senão que constitui somente um setor deste, que ademais somente se pode caracterizar se é que se conhecem os limites da ordem social. Somente o interesse público na conservação de um bem o converte em bem jurídico, e o interesse público nem sempre se referem somente à conservação de bens.

2. Por outro lado, nem sequer os bens que tem de ser reconhecidos pelo Direito Penal desfrutam de proteção absoluta. A sociedade não é uma instituição para a conservação de bens ou para otimizá-los; na realidade, às vezes se sacrificam bens para possibilitar o contato social (o que pode designar-se, por sua vez, como um bem). Que haja riscos de suportar um bem no contato social sem proteção jurídico-penal não se pode deduzir dos bens que se inserem no contato social; pois ditos bens não têm traço algum determinável antes de seu emprego no contato social, senão que 'na realidade somente há bens jurídicos se (e na medida em que) estejam desempenhando uma função, é dizer, na medida em que estejam na vida social surtindo efeitos e os recebendo. A vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc. não estão simplesmente 'aí', senão que sua essência reside em desempenhar uma função, é dizer, na conexão social de exercer efeitos e os receber.' Por isso, uma norma não pode proteger um bem - sempre que se trate de proteção de bens - contra todos os riscos, senão somente contra aqueles que não sejam consequência necessária do contato social permitido. Mas que seja um contato social permitido não pode ser elucidado pela doutrina do bem jurídico. Toda a teoria da imputação, à exceção da causalidade entre ação e resultado (na omissão: entre ação hipotética e resultado de salvação), assim em todo caso algum elemento do estado de necessidade agressivo (ponderação de bens), se encontram tão fora da perspectiva da doutrina dos bens jurídicos como a limitação do ataque punível aos bens em numerosos delitos por meio de modalidades de fato subjetivas e objetivas ou - especialmente nos novos 'bens jurídicos de amplo espectro' como o ambiente - por meio de padrões permitidos pelo Direito administrativo. Interessa aclarar a configuração do tráfico rodado permitido mediante os bens que participam do contato social.<sup>871</sup>

A concepção de Günther Jakobs acaba por gravitar, como facilmente se verifica, em torno da obediência à norma. Graças ao construtivismo que está na sua base - já que ele não reconhece estruturas ontológicas prévias à intervenção legislativa -, a sua obra acaba também por atribuir ao Direito Penal a função de tutelar a si mesmo, algo pouco democrático.

<sup>871</sup> JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, p. 55-57. Traduziu-se.

Gonzalo Fernández tem em conta a 'parábola involutiva' do bem jurídico (expressão de Luigi Ferrajoli). Cuida-se da constatação de que a teoria do bem jurídico, concebida inicialmente como mecanismo de contenção do poder punitivo, tem sido empregada, em tempos recentes, muito mais para ampliá-lo.<sup>872</sup>

A mencionada parábola involutiva, o processo de perversão do bem jurídico, permite constatar que, por desgraça, ele tem sido utilizado historicamente - em muitas ocasiões - não mais para reduzir o poder punitivo estatal, senão, ao contrário, para justificar e legitimar cada nova figura delitiva, ante cuja iminente sanção, os juristas penais têm corrido apressados à busca de um bem jurídico capaz de convalidá-la. Assim, de uma concepção limitadora, o bem jurídico tem passado a funcionar no sentido inverso, como instrumento de legitimação.<sup>873</sup>

De sua parte, o magistrado Luigi Ferrajoli argumenta o que segue:

Os esforços da ciência penal moderna orientam-se, mesmo que sem grandes resultados, à definição destes interesses com a ilusória pretensão de encontrar-lhes um fundamento objetivo ou ontológico. Os conceitos nos quais, desde há dois séculos, subsumiram-se tais interesses e tem-se identificado em diversas formas a questão da lesividade são, mais ou menos, os de 'dano penal', 'objeto de delito' e 'bem jurídico', que designam, respectivamente, a lesão de interesses, o interesse lesionado e o interesse protegido. Por isso, a história destes conceitos coincide, em boa parte, com a história moderna do conceito de delito. E caracteriza-se por uma ininterrupta expansão do seu significado, simultânea ao progressivo desvanecimento tanto dos seus referentes empíricos como de sua função garantidora dos limites ou condições que podem justificar a proibição penal.<sup>874</sup>

A categoria adquire seu maior relevo quando permite controlar a própria tipificação penal. Afinal de contas, como foi mencionado ao início desse trabalho, sob o Estado Constitucional os legisladores não são plenipotenciários. Eles não podem criar crimes ao seu alvedrio, eis que - por força do já mencionado postulado da *ultima ratio* - a restrição da liberdade individual, com a ameaça de pena privativa de liberdade, somente pode ser empregada quando imprescindível.

Tanto por isso, apenas quando se obtém um critério material - delimitado, rigoroso, preciso - oponível ao próprio Congresso Nacional (não se confundindo, pois, com a simples *mens legis*), é que o tal do 'bem jurídico' pode cumprir essa

<sup>872</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, p. 5. A respeito dessa inversão de sinais, leia-se também FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: RT, 2002, p. 374-376.

<sup>873</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, p. 6. Traduziu-se.

<sup>874</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 374.

função garantidora das liberdades individuais.

A tarefa não é singela, bem se percebe.

De partida, porquanto a busca por essências é uma tarefa inglória. Na sequência, será mencionada a obra do 'segundo' Ludwig Wittgenstein, quem impugnou essa ambição por conceitos acurados. Afinal de contas, a precisão também é graduável. Quando alguém se atrasa alguns minutos, isso conta? E quando se trata de um reator nuclear, esses mesmos minutos farão diferença?

Assim, há realmente uma dificuldade em se recortar conceitos precisos.

De toda sorte, cumpre ter em conta que a dogmática penal tem atribuído à referida categoria do bem jurídico um papel dúplice. Por um lado, ele deve eclodir da própria teoria da pena, e que evoca conceitos funcionalistas, imanentes, transcendentes, conceitos constitucionais etc.

Por outro lado, por força justamente dessa ambiguidade do conceito, também haveria grandes debates a respeito da própria função a ser desempenhada por essa categoria jurídico-penal. No mais das vezes, todavia, reconhece-se ao bem jurídico o papel de sistematizar os tipos incriminadores (parte especial do Código Penal), a função de viabilizar a interpretação dos preceitos penais, a função de contenção do poder punitivo (quando menos em teoria).

O bem jurídico deve cumprir a função importantíssima de conectar a dogmática penal - a teoria da responsabilização criminal - com a política criminal (os valores sociais subjacentes à rotulação penal). Deve haver uma mútua afetação entre política criminal e sistematização dogmática.<sup>875</sup>

O fato é que esse instituto foi alvo de uma evolução lenta e sinuosa.

Seu precursor é, sem dúvida, o penalista Feuerbach, com a sua obra de 1801 - *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Mas, de certo modo, a concepção do bem jurídico, ainda que difusa, já se encontra presente na obra do Marquês de Beccaria, no momento em que indagava sobre a origem das penas e do direito de punir, e, portanto, no momento em que ele defendia a existência de limites inexoráveis para o exercício do poder punitivo.<sup>876</sup>

Anselm von Feurbach derivava seus postulados justamente da filosofia

---

<sup>875</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 20-27. FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, p. 9.

<sup>876</sup> BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, capítulo XVI.



iluminista (base contratualista, fundada em direitos subjetivos imanentes).<sup>877</sup> Ele empregava, ademais, a noção kantiana de convívio entre arbítrios, ensejando maior secularização do Direito Penal - ou seja, desvinculando-o de opções expiatórias, muito em voga àquele tempo.

Atente-se para a precisa síntese de Gonzalo D. Fernández,

O delito vem a ser, por conseguinte, a lesão de um direito subjetivo. Trata-se de uma conduta socialmente danosa (*nullum crime sine inuria*) que ofende antes que nada ao próprio Estado como garantidor das condições de vida em comum, e determina que este a puna, ainda quando não se veja diretamente afetado por ela, salvo no concernente a esse papel de garantidor que se acaba de mencionar.<sup>878</sup>

Nesse momento, portanto, o crime era concebido essencialmente como uma agressão a direitos subjetivos (*Rechtsgutsverletzungstheorie*).

Caso fosse mantida efetiva coerência com essa premissa, isso imporia um severo corte na matéria suscetível de rotulação penal. Agressões contra interesses difusos, contra a fé religiosa etc. não poderiam ser alvo de tutela penal, porquanto ausentes efetivos direitos subjetivos em tais hipóteses.

Essa concepção de Feuerbach encontra paralelo com as teses advogadas por Carmignani, Carrara, Impallomeni.<sup>879</sup> Cuidou-se de um avanço significativo para o Direito daquele tempo, assegurando-se um começo de sistematização e também uma função limitadora (*Begrenzungsfunktion*), de modo a viabilizar a importante tentativa de racionalização da pena criminal, apartando-a dos moralismos religiosos.

O fato é que a expressão 'bem jurídico' (*Rechtsgut*) é empregada inicialmente por Birnbaum, nos idos de 1834. Por mais que ele seja apontado comumente como o 'fundador da teoria do bem jurídico', a sua concepção debatia-se com os limites impostos pela tese de Anselm von Feuerbach.

Birnbaum buscou ampliar, de certo modo, a intervenção criminal. Para ele, o Direito Penal não tutelaria apenas direitos subjetivos, eis que também asseguraria a vigência dos interesses/valores sociais que estariam na sua base. Com isso, sua tese assegurava a tutela penal de temas religiosos.<sup>880</sup>

O interessante é ter em conta que, segundo essa concepção o Direito Penal

<sup>877</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, p. 11.

<sup>878</sup> Idem, p. 12. Traduziu-se.

<sup>879</sup> Idem, p. 14.

<sup>880</sup> Idem, p. 81, em nota de rodapé.

encontraria no próprio contexto social, em momento anterior à escolha dos legisladores, bens jurídicos já reconhecidos pela própria população na sua cotidianidade. Tratava-se, pois, de uma concepção transcendente de bem jurídico.

Hormazábal argumenta que Birnbaum teria reagido à ideologia iluminista. Segundo essa percepção, ele não buscava reduzir ou restringir o Direito Criminal, mas sim expandi-lo quanto aos alvos que reputava merecedores de pena.

Desde essa perspectiva, a tese da lesão ao direito subjetivo formulada por Feuerbach aparecia como uma generalização abstrata e excessiva, porque o tempo histórico e novo contexto sócio-político - os começos da Revolução Industrial - exigiam intervenção penal do Estado de forma mais intensa, muito mais além dos âmbitos permitidos pela restritiva doutrina dos direitos subjetivos, uma fórmula liberal de inspiração kantiana.<sup>881</sup>

Anote-se, porém, que "Em que pese a sua vontade explícita de concretização, que o induz a se desprender do conceito de direito subjetivo, Birnbaum não logra êxito em delimitar o conteúdo do bem, sobre a qual pudese construir uma teoria material do delito."<sup>882</sup>

Por conseguinte, "como questiona Amelung, a determinação de que um certo objeto é merecedor da tutela penal - categorização como bem protegível - depende em última instância de uma decisão política, que inutiliza esse conceito de bem jurídico como uma função de contenção do poder punitivo."<sup>883</sup>

Birnbaum oferecia ferramentas, todavia, para se distinguir o perigo e o dano, a tentativa e a consumação, ao mesmo tempo em que se preocupava em conter o próprio legislador, dado que não limitava o conceito à simples *mens legis*.

Tempos depois, com o surgimento do positivismo de Augusto Comte, as ciências humanas foram impregnadas pelo empirismo, na tentativa de se aproximarem das ciências da natureza.

E é justamente com esse pano de fundo que se coloca o trabalho de Karl Binding. Esse penalista ambicionava uma teoria objetiva da interpretação, que pudesse encontrar amparo na racionalidade interna do Estado (razão pela qual limita sua preocupação significativamente ao Direito positivado).<sup>884</sup>

<sup>881</sup> Idem, p. 15-16. Traduziu-se.

<sup>882</sup> Idem, p. 16. Traduziu-se.

<sup>883</sup> Idem, ibidem.

<sup>884</sup> Idem, p. 18. Gonzalo diz que, de certo modo, Binding teria revisitado a concepção de Birnbaum, concentrando sua atenção em objetos e estados. FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, p. 102.

Como enfatiza Gonzalo D. Fernández, a obra de "Binding significa pois a culminação do racionalismo, centrado exclusivamente no direito positivo e livre de toda outra consideração filosófica ou metajurídica, posto que se mantém fiel ao dogma hegeliano da racionalidade inquestionável da lei, dado que esta resulta como um produto do Estado."<sup>885</sup>

O problema é que essa teoria - ao gravitar em torno do Direito positivo - acaba não fornecendo critérios de crítica da própria atuação estatal. Essa concepção do bem jurídico poderia limitar a atuação dos juízes, mas já não teria maior função quando confrontada com o papel dos próprios legisladores!

Releva ter em conta, por outro lado, que Binding esposava uma teoria da norma como sendo um imperativo. Ele a imaginava, tanto por isso, como uma espécie de comando, empreendido por um soberano em direção a seus súditos.

Para Binding, o bem jurídico era o desvalor reconhecido pelo próprio legislador, na sua tarefa de apreciar os interesses coletivos. Não seria anterior à própria rotulação penal, meio que confundindo-se com a *mens legis*.

Desse modo, "O bem jurídico não é algo natural, não constitui um ente de origem pré-jurídica, senão que se traduz em mera deliberação do legislador."<sup>886</sup> Repita-se: esse conceito de bem jurídico revela-se insuficiente.

Para Binding, toda desobediência à norma implicaria violação ao bem jurídico, como facilmente se concluir a partir das premissas já expostas.<sup>887</sup> Retoma-se, com isso, a pretensa *Auflehnung gegen die Rechtsordnung*, pela qual se imagina que toda desobediência deveria ser punida!

Com Franz von Liszt, por seu turno, a dogmática penal recai no positivismo naturalista. Para ele, o crime era um evento do mundo empírico, porquanto cuidava de interesses vitais do sujeito ou da sociedade.

Ele advogava, portanto, que o delito cuidaria do natural conflito de posições jurídicas, cabendo ao Direito Penal tutelar as condições de vida em sociedade (problemas de coordenação de ações).

Apegado a essa orientação, Liszt afirma que o bem jurídico é o interesse juridicamente protegido, ou seja, as condições vitais do indivíduo ou da sociedade (*Lebensbedingungen*) amparadas pelo direito. A norma penal e a pena pública (como reação estatal) têm por

---

<sup>885</sup> Idem, ibidem.

<sup>886</sup> Idem, p. 19. Traduziu-se.

<sup>887</sup> Idem, ibidem.

missão a defesa do bem jurídico, de maneira que o bem jurídico expressa no direito penal a ideia de 'fim de proteção' dos pressupostos da ordem social, à vez que traduz o pensamento de mera defesa do Estado.<sup>888</sup>

Anote-se, porém, que F. von Liszt sustentava que o Estado verticalizaria os interesses comunitários, o que parece ser uma reminiscência hegeliana. O Estado singularizaria os bens jurídicos - o que parece um raciocínio circular: a pena seria legitimada pelo fato de tutelar interesses realmente existentes na sociedades; mas tais interesses seriam reconhecidos pelo fato de terem sido protegidos pela lei.<sup>889</sup>

Para Karl Binding, dado o seu positivismo normativo, o bem jurídico decorreria da própria autoridade estatal (autoridade da norma). Já para Franz von Liszt, com seu positivismo naturalista, haveria um conceito material de bem jurídico, haurido junto às condições de existência. Mas, mesmo para esse último teórico, o Estado seria o árbitro absoluto, conformador das opções sociais.

Por conseguinte, em ambos os autores, a categoria do bem jurídico não chega a exercer o papel de controle das opções legislativas sazonais. O instituto parece destinado a servir de estalão para exame das deliberações dos juízes.

Superando Franz von Liszt, a teoria do bem jurídico avança então para a concepção dos neokantianos, caracterizada pelo fato de confrontarem o mundo do ser (o mundo empírico) com o mundo do dever-ser (o mundo dos valores). Cuida-se do antagonismo entre natureza e cultura.

Nesse âmbito, merece destaque a Escola de Baden - uma reação antipositivista, lançando profunda crítica contra o cientificismo naturalista, transportado para as ciências humanas. Buscou-se, com isso, uma retomada do problema dos valores, merecendo destaque os nomes de Windelband e Rickert, filósofos que resgataram a obra de Immanuel Kant.<sup>890</sup>

No Direito Penal, referida corrente de pensamento se consagrou com Richard Honig, Schwinge, Radbruch e Mezger, ensejando um giro radical na teoria do bem jurídico. Busca-se, então, um conceito com capacidade de servir de critério

<sup>888</sup> Idem, p. 22. Traduziu-se.

<sup>889</sup> Idem p. 23.

<sup>890</sup> Gonzalo Fernández diz que "Mais além dos fundamentos ontológicos e antropológicos que muitos ainda reivindicam como base de legitimação do sistema de direito penal, e que tampouco nos interessa desdenhar, o real e concreto é que o direito penal se resolve em uma valoração - formula uma equação de responsabilidade - que possui procedência antiga." FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, p. 93. Traduziu-se.

hermenêutico, para compreensão dos valores tutelados pela lei penal.<sup>891</sup>

Surge, com isso, um primeiro intento de desmaterialização do bem jurídico.<sup>892</sup> Melhor dizendo, os neokantianos buscam contornar o problema do substrato material do bem jurídico (qual o seu conceito e qual o seu limite), atribuindo-lhe apenas uma função teleológica, semelhante à da *mens legis*.

Com isso, abre-se mão da tentativa de se controlar o próprio legislador, ao mesmo tempo em que se atribui maior peso para o papel sistematizador da referida categoria. O Direito Penal teria a função de tutelar os bens da cultura, bens de caráter pré-jurídico - ou seja, bens que não seriam criados, mas apenas descobertos ou revelados pelas normas jurídicas.

Com Edmund Mezger, obtém-se uma mescla do causalismo com essa concepção valorativa. O bem jurídico é visto como sendo um interesse médio, tutelado pelo Direito.<sup>893</sup> Ele adere à concepção de Honig,<sup>894</sup> para quem caberia ao legislador reconhecer aludidos bens jurídicos, no seu exame da sociedade.<sup>895</sup>

Para ele, o bem jurídico é "uma figura ideológica, a valoração objetiva em sua forma mais simples, que o bem protegido leva em si, ou a síntese realizada em

<sup>891</sup> Idem, p. 25.

<sup>892</sup> A respeito dessa desmaterialização, leia-se a obra do discípulo de Günther Jakobs, MÜSSIG, Bernd. **Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema.** Trad. Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

<sup>893</sup> MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal.** Tradução do alemão ao espanhol por José Arturo Rodríguez Muñoz. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p. 358-361.

<sup>894</sup> Atente-se para a síntese promovida por Eduardo Correia, a respeito do conceito de bem jurídico na obra de Honig, "Os conceitos de interesses, de bens jurídicos compreendem-se antes modernamente, conforme já acentuámos (cfr. texto e nota anterior) e como depois da penetrante exposição de Honig parecia dever considerar-se patrimônio líquido da ciência do direito criminal, como aqueles valores que, num dado sistema jurídico, quando negados por um comportamento humano, colocam este na esfera das actividades criminosas. São, pois, conceitos do plano normativo (conf. Mezger, *Grundriss*, 2. ed., p. 65), que de modo algum se podem confundir com interesses ou bens dos indivíduos singulares (*das Gut irgendeines einzelnen*), materiais ou morais, que daqueles são apenas um possível abstracto, apenas seus possíveis portadores noutra plano. Não só a situação eudonística de cada homem relativamente a um bem, em virtude da qual lhe seja possível, fácil ou seguro poder empregá-lo para satisfazer necessidades, mas ainda toda e qualquer disposição ou revelação individual ético-social ou criminológica da personalidade do agente, forma de conduta etc., isoladas ou conjuntamente, podem respirar sentidos tutelados e protegidos pelo direito criminal e nessa medida ser abstracto de valores ou interesses jurídico-criminais. Mas, sendo assim, tudo aquilo que a escola de Kiel pretendia ficar fora do conceito de bem jurídico vem a caber lá, uma vez que este seja entendido normativamente. O erro de todos aqueles que criticaram o conceito de bem jurídico está em suporem que se pretende, fora deste plano normativo, determinar unitariamente o conteúdo do objecto da tutela criminal. Mas demonstrar o vício desse caminho foi justamente o grande serviço de Honig." CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal:** I. Unidade e pluralidade de infracções; II. Caso julgado e poderes de cognição do juiz. Coimbra: Almedina, 1996, p. 87-88, em nota de rodapé.

<sup>895</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, p. 28.

ideias que o tipo abarca em conjunto, de acordo com o seu sentido.<sup>896</sup> Essa concepção estava a serviço do nazismo, como bem explica Muñoz Conde.<sup>897</sup>

Ao final do parágrafo precedente [25, IV] temos determinado o bem jurídico como sendo o bem protegido por parte de cada um dos diversos tipos penais, como o valor objetivo que a lei considera necessitado de proteção, como o 'fim' do preceito concreto da lei, expressado na fórmula mais simples. Se reconhecemos no tipo concreto o bem jurídico que lhe é correspondente, nos restará claro o 'sentido' de dito tipo legal, e obteremos então a sua 'síntese' (com valor de categoria).

A determinação e o conhecimento do bem jurídico em referência ao tipo concreto são obtidos mediante a interpretação da lei segundo as regras já indicadas em outro lugar. Mas o bem jurídico assim obtido constitui, por sua vez, o mais importante meio de interpretação com referência a dito tipo e às suas singulares características. Somente do 'sentido', da 'síntese' (entendida como categoria), da captação valorativa essencial do tipo obtida mediante a determinação do bem jurídico, irradia, por sua vez, a necessária clareza para a compreensão das peculiaridades e características do tipo do qual, em concreto, se trate. Somente desde a totalidade 'compreendemos' suas diferentes partes. Portanto, esta formação conceitual jurídica que trata da captar e deixar claro a própria essência dos diferentes tipos penais é sempre, como anteriormente se indicou, e, em consequência, tampouco nenhum no marco do tipo penal, que pode ser compreendido de outra maneira que, desde o ponto de vista do seu 'telos', isto é, do seu fim. (...) A determinação do bem jurídico tem de realizar-se segundo a lei, considerada como linha diretriz obrigatória, mas ao mesmo tempo e de modo necessário, com relação ao Direito suprallegal. Não é preciso insistir agora no extremo de que a determinação do bem jurídico, relevante na interpretação do tipo concreto, tem de fazer-se sobremodo com relação à lei. Pois seria o mesmo que renunciar em absoluto ao pensamento da formulação conceitual jurídica do querer, neste ponto, abandonar o firme terreno da lei.<sup>898</sup>

Vale a pena atentar, ademais, para o conceito de bem jurídico esposado por Eduardo Henrique da Silva Correia, outro teórico de nítida inspiração neokantiana (quem se socorre constantemente das obras de Edmund Mezger):

Como valores jurídico-criminais são, com efeito, ao mesmo tempo, interesses, bens jurídico-criminais. Na verdade, a classificação como criminais de certos valores só pode entender-se na medida em que estes correspondam a fins a que o Estado reconhece interesse específico, na medida em que, portanto, dada a relação que inter est Estado e valores jurídico-criminais, eles são para o Estado interesses. Enquanto, porém, têm valor para o direito criminal, enquanto são susceptíveis de satisfazer aquela necessidade do Estado que conduziu à sua tutela jurídico-criminal, são tais valores bens jurídico-criminais, no sentido de bens do direito, Güter des Rechts, ou bens para o direito,

<sup>896</sup> MEZGER, Edmund *apud* FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, p. 29. Traduziu-se.

<sup>897</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o direito penal do seu tempo**. 4. ed. Tradução de Paulo Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>898</sup> MEZGER, Edmund. *Op. cit.*, p. 359. Traduziu-se e omitiu-se parte do texto.

Güter für das Recht. Encarando as coisas sob este ponto de vista, e só enquanto assim se encarem, as expressões valores, bens, interesses jurídico-criminais podem considerar-se equivalentes.<sup>899</sup>

A Escola de Kiel passa a refletir o autoritarismo que vicejava naquele momento histórico. Ela é marcada por advogar certo intuicionismo e irracionalismo, criticando a tentativa de formalização conceitual própria da dogmática jurídica.

Ao mesmo tempo, Carl Schmitt - um teórico que deu sustentação ideológica ao nazismo, no seu nascedouro<sup>900</sup> - se insurgia contra essa tentativa de se obter conceitos gerais, no Direito Penal, "que já não aparecem hoje como uma classificação conceitual ou como uma garantia de maior segurança jurídica e precisão, senão, ao contrário, como uma abstração artificial e absurda, desconectada das relações vitais naturais e realmente dadas."<sup>901</sup>

Caminhava-se, então, para a busca de um suposto 'são sentimento do povo' (*gesundes Volksempfinden*) ou 'são sentimento de justiça', insuscetível de racionalização. Disso decorria uma explícita restrição às garantias fundamentais inerentes ao Estado de Direito (*nulla poena sine lege certa*), na exata medida em que dispensava os juízes de fundamentarem suas deliberações.

No período do pós-guerra, a dogmática alemã caminhou então para o Finalismo, desenvolvido por Hans Welzel. O professor da Universidade de Bonn tomava como ponto de partida um ideário jusnaturalista, pressupondo a existência de estruturas ontológicas oponíveis ao próprio legislador.<sup>902</sup>

Atente-se para a lição de Gustav Radbruch: "Existem princípios jurídicos que são mais fortes que toda disposição jurídica, de tal modo que uma lei que os contradiga carece totalmente de validade. Chama-se a estes princípios de direito natural ou direito racional."<sup>903</sup>

Com concepção semelhante, H. Welzel supunha que o Direito penal deveria

<sup>899</sup> CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. *Op. cit.*, p. 86, em nota de rodapé.

<sup>900</sup> A respeito da obra de Carl Schmitt, leia-se MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>901</sup> SCHMITT, Carl *apud* FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, p. 29. Traduziu-se.

<sup>902</sup> Vale a pena confrontar, tanto por isso, a concepção welzeliana com a teoria desenvolvida por Otto Bachof, para quem haveria limites oponíveis ao próprio Poder Constituinte. Leia-se BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994. Semelhante também é a orientação de Gustav Radbruch, ao sustentar que normas absolutamente injustas não poderiam ser tidas como normas jurídicas (não veiculariam seus destinatários). A respeito do apótegma de Radbruch, leia-se ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 27-37 e 56.

<sup>903</sup> RADBRUCH, Gustav *apud* FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, p. 36. Traduziu-se.

tutelar um mínimo ético da vida em comum; e essa concepção pode implicar algum comunitarismo (ou perfeccionismo), de modo a se imaginar que o Direito Penal deveria aprimorar os sujeitos. Algo inconcebível em um Estado de Direito!

Ora, segundo o penalista de Bonn, a missão principal do Direito Penal "consiste em proteger os valores elementares da consciência, de caráter ético-social e, somente por inclusão, este tem de assumir concomitantemente a proteção dos bens jurídicos particulares."<sup>904</sup> Ele concebe o bem jurídico como sendo um interesse vital do sujeito ou da coletividade, diluído na cultura.

Bem jurídico é um bem vital do grupo do indivíduo, que, em razão do seu significado social, é amparado juridicamente. Em seu substrato pode apresentar-se em diversas formas: como objeto psicofísico ou com objeto ideal psíquico (a vida, por um lado, a honra, por outro); como estado real (a paz do domicílio); como relações de vida (matrimônio, parentesco); como relação jurídica (propriedade, direito de caça) e até como conduta de um terceiro (dever de fidelidade do servidor público, protegido mediante o tipo do suborno). Bem jurídico é, portanto, todo estado social desejado que o Direito quer assegurar contra lesões. A soma dos bens jurídicos não constitui um 'monte atomizado', senão a ordem social, e, portanto, o significado de um bem jurídico não deve ser apreciado isoladamente, senão tão somente em relação conjunta com a totalidade da ordem social.

O Direito penal protege esses bens jurídicos contra as possíveis lesões; não de modo absoluto, por certo, porquanto todo bem jurídico forma parte da vida social, e com isso é colocado em perigo dentro de certos limites (é suficiente recordar o grau considerável de perigo lícito decorrente do trânsito moderno). O Direito penal somente promove a proteção dos bens jurídicos contra determinadas espécies de agressões.<sup>905</sup>

Vale a pena enfatizar que o "bem jurídico é todo estado social desejável que o Direito quer resguardar contra lesões."<sup>906</sup> Haveria a confluência da norma de valoração primária (expressão de Armin Kaufmann) e a norma de determinação.

Ademais, Welzel distinguia o bem jurídico, de um lado, do objeto material protegido, de outro (*Schutzobjekt*). Isso também implicava a contraposição entre o desvalor ético social da ação com o desvalor social do ato, de modo que ele se desvencilhava, com isso, da ideia de um Direito da mera desobediência à norma.

Nesse âmbito, a concepção de Günther Stratenwerht, discípulo de Hans Welzel, também ganha destaque. Ele rechaça a suposição de que o Estado possa

<sup>904</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, p. 39. Traduziu-se.

<sup>905</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Tradução do alemão para o espanhol por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 5-6. Traduziu-se.

<sup>906</sup> WELZEL, Hans *apud* FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, p. 40.



melhorar os sujeitos, criticando a pretensão perfeccionista (latente no fundador do finalismo). O Estado não pode educar sujeitos maiores e capazes.

Por seu turno, Diethart Zielinski supunha que os bens jurídicos seriam correlatos aos direitos fundamentais dos sujeitos. Para Schmidhäuser, o bem jurídico é um estado de coisas pleno de valor (tese normativista), demandando uma pretensão de cuidado e precaução (*Achtungsanspruch*).<sup>907</sup>

Com essa evolução, caminha-se então para o surgimento de teorias constitucionais do bem jurídico, fruto do reconhecimento da plena normatividade das Leis Fundamentais, um fenômeno do pós-guerra. Trata-se, a bem da verdade, do reconhecimento da íntima conexão entre a ciência política, de um lado, e o Direito Penal, de outro - dado que a restrição da liberdade passa a cobrar uma fundamentação substancial (e não meramente procedimental).

A Constituição viabiliza, então, o trânsito da dogmática penal para a política criminal, de modo que a aplicação dos tipos incriminadores passa a depender, antes da mais nada, da apreciação da sua validade frente às normas constitucionais.

Com isso, a categoria do bem jurídico passa a orbitar a teoria constitucional, ganhando novo fôlego com o desenvolvimento de teses sobre os conflitos valorativos (por exemplo, a teoria da proporcionalidade de Robert Alexy).

Pelo quanto já foi exposto, os teóricos anteriores - Welzel, Mezger, Liszt - advogavam um conceito de bem jurídico (verdadeiro axioma), do qual extraíam as consequências para o sistema do direito penal. Não chegavam, desse modo, a deduzir esses valores a partir de uma pauta valorativa fundamental.

O giro dogmático inicia-se com Sax e com Claus Roxin.<sup>908</sup>

Surgia, com a obra desses autores, uma corrida do Direito Penal em direção à Constituição, cobrando-se então mecanismos de filtragem das normas frente aos dispositivos da Lei Maior. De sua parte, Lothar Kuhlen discorre sobre a interpretação constitucional das leis penais, o que passa necessariamente por uma teoria do bem jurídico acautelado pelos tipos incriminadores.<sup>909</sup>

Claus Roxin enfatiza que "um conceito de bem jurídico vinculante político criminalmente somente pode ser derivado dos preceitos lançados na Lei

<sup>907</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, p. 45.

<sup>908</sup> Idem, p. 48-49.

<sup>909</sup> KUHLEN, Lothar. **La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales**. Tradução do alemão ao espanhol por Nuria Pastor Muñoz. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 114 e ss. Leia-se também SILVESTRONI, Mariano H. **Teoría constitucional del delito**, p. 209-212.

Fundamental de nosso Estado de direito baseado na liberdade do indivíduo."<sup>910</sup> Para ele, destarte, o bem jurídico é um interesse útil para o sujeito e para seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social total.

Para o professor de München, como se vê, o bem jurídico ganha notas normativas, sob os influxos da Lei Maior. "Não obstante o empenho de relacionar o bem jurídico com os valores constitucionais, esta linha e orientação dogmática não logra predominar na doutrina alemã, onde prevalecem pelo contrário as orientações sociológicas, sem prejuízo da negação que realiza, a respeito do bem jurídico, a doutrina funcional sistêmica mais recente."<sup>911</sup>

Na doutrina Italiana, os trabalhos de Rocco (monografia de 1913), Alimena e Bettiol merecem especial destaque. Rocco advogava uma concepção formalista de bem jurídico (*mens legis*), enquanto que Giuseppe Bettiol atribuía peso para os valores impregnados no texto constitucional.

De sua parte Pulitano enfatizava que essa categoria marcaria o ponto de encontro entre a política criminal e a dogmática penal, de modo que o bem jurídico deveria ser compreendido como sendo a pauta de valores tutelados pelas normas incriminadoras. Importa dizer: "os bens jurídicos são substancialmente condições objetivas da sociedade, em presença dos quais uma certa descrição jurídica encontra sua justificação funcional."<sup>912</sup>

O fato é que, com essa nova perspectiva - decorrente da nova dimensão adquirida pelo constitucionalismo, na contemporaneidade -, a teoria do bem jurídico também ganha papel de maior destaque. Ela permite, de certo modo, que as categorias tradicionais do Direito Penal sejam relidas sob novas luzes, a fim de se aferir os valores fundamentais que estão no seu âmago.

Ao mesmo tempo, todavia, os penalistas começam a se acercar de teorias sociológicas, como bem ilustram as concepções de Claus Roxin - nitidamente influenciado pela sociologia de Talcott Parsons - e de Günther Jakobs, impregnado pela teoria sistêmica desenvolvida por Niklas Luhmann e pela filosofia hegeliana.

Com isso, a própria função do Direito Penal é repensada, nos quadros de uma sociologia da ordem e consenso social (ao invés de uma sociologia do conflito). Essas concepções tendem, de certo modo, a privilegiar o aspecto funcional da

---

<sup>910</sup> ROXIN, Claus *apud* FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, p. 49. Traduziu-se.

<sup>911</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, p. 49. Traduziu-se.

<sup>912</sup> PULITANO *apud* FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, p. 52. Traduziu-se.

sociedade - o fato de que os seus componentes interagem, gerando um epifenômeno superior (a ordem social) -, muito mais do que os antagonismos presentes no seu âmbito; ao contrário do que advoga a concepção marxista.<sup>913</sup>

Isso se traduz, então, na busca de unidades valorativas compartilhadas socialmente. Cuidar-se-ia de interesses que estariam na base da própria ordem coletiva; e que, portanto, viabilizaram a manutenção do *status quo* e sua evolução.

Ora, amparando-se na obra de Talcott Parsons, "Amelung acredita que um sistema social é disfuncional quando contém fatos complexos que se opõem à sua integração ou efetividade, fatos que dificultam a superação, pelo sistema social, dos problemas que lhe impedem de progredir."<sup>914</sup>

Amelung não reconhece, tanto por isso, a existência de bens jurídicos individuais ou liberais, dado que todo bem jurídico teria alguma conexão com esse estrato social que lhe seria superior. O reconhecimento de determinado interesse como sendo um 'bem jurídico' apenas poderia ser realizado pela própria sociedade, em face daquilo que lhe seria relevante.

Percebe-se que essa tese também implica certo risco de comunitarismo e organicismo, o que enseja muitas cautelas na sua apreciação. Sem dúvida que a categoria do bem jurídico não pode ser compreendida sem que se tenha em conta o contexto social em que tais interesses surgem. Mas tampouco se pode perder de vista a perspectiva singular, individual, eis que o sujeito é a base da sociedade, e não o contrário (sob pena de se reificar os seres humanos!).

Winfried Hassemer parte de uma premissa sociológica - i.e., o reconhecimento de uma específica estrutura social -, conquanto caminhe para uma direção oposta àquela traçada por Amelung.

Hassemer adere às teorias críticas ou transcendentais do bem jurídico, que situam-no mais além do direito penal. Para elaborar toda a teoria do delito desde e a partir do bem jurídico, Hassemer rechaça as posições imanentistas que o concebem como mera criação do legislador e toma, com ponto de partida, uma postura transcendentalista, segundo a qual o bem jurídico transcende ao sistema penal.<sup>915</sup>

---

<sup>913</sup> Gonzalo equaciona isso com precisão "Tem-se dito que o denominador comum de todas as teses de tendência sociológica é a negação das análises liberais, baseados já na subordinação do social ao individual, já na legitimação exclusiva dos bens jurídico-penais na relação com os valores constitucionais." FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, p. 117. Traduziu-se.

<sup>914</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, p. 59. Traduziu-se.

<sup>915</sup> Idem, p. 61. Traduziu-se.

De toda sorte, a teoria penal deve justificar a razão pela qual determinada conduta teria sido criminalizada: "É necessário funcionalizar os interesses gerais do Estado a partir do indivíduo, de modo que os bens jurídicos universais (coletivos ou supraindividuais) somente podem ser fundamentados e legitimados na medida em que correspondem a interesses - conciliados - do indivíduo."<sup>916</sup>

Hassemer busca limitar, tanto por isso, o bem jurídico aos interesses do sujeito. Isso parece implicar certo retorno à concepção de Anselm von Feuerbach, mencionada acima. Por sinal, o lastro teórico é semelhante: a teoria contratualista.<sup>917</sup>

Ele tem consciência, de todo modo, da grande ambiguidade e indefinição do conceito geral de bem jurídico, dada a relatividade social e política do fenômeno. Não há pontos arquimedianos para se reconhecer bens jurídicos apriorísticos.

Na obra de Jakobs - como já foi visto -, há uma manifesta recusa dessa teoria. Supõe-se que há um único bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal: a vigência das suas normas! Daí que o discípulo de Hans Welzel sustente que as normas incriminadoras se destinam a assegurar as expectativas contrafáticas dos sujeitos, na vida de relação, de modo a reafirmar os valores coletivos.

Cuida-se, como facilmente se constata, de um retorno à sociologia de Durkheim - para quem o crime cumpriria um papel funcional na sociedade (mera afirmação dos valores coletivos) - e também à filosofia de Hegel, para quem a sanção penal simplesmente confirmaria a norma, ao negar o crime.<sup>918</sup>

Günther Jakobs argumenta que a categoria não teria o condão de realmente limitar o poder punitivo, dada a sua ambiguidade. Ademais, inúmeras normas penais não poderiam ser reconduzidas a interesses bem delimitados, tidos como efetivos bens jurídicos oponíveis ao próprio legislador.

Ela concebe a sociedade como sendo comunicação - à semelhança do que apregoa Luhmann. O delito também ganha notas comunicativas, como se o crime

---

<sup>916</sup> Idem, p. 63. Traduziu-se.

<sup>917</sup> A concepção de Hassemer é alvo da profunda crítica promovida por Schünemann, conforme se lê na obra SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana**. Tradução do alemão para o espanhol por Manuel Cancion Meliá. Bogotá: Univesidad Externado da Colombia, 1998, p. 19-28.

<sup>918</sup> Sobre o retorno da influência de Hegel sobre o Direito Penal, recomenda-se a leitura das seguintes obras: STÜBINGER, Stephan. **Das idealisierte Strafrecht**. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann Verlag, 2008 (quem discorre sobre liberdade e verdade, a partir de holofotes hegelianos) e PAWLIK, Michael. **La libertad institucionalizada: estudios de filosofía jurídica y Derecho penal**. Tradução do alemão Enrique Bacigalupo e outros. Madri: Marcial Pons, 2010. Ainda sobre a obra de Hegel, leia-se HÖSLE, Vittorio. **O sistema de Hegel: o idealismo da subjetividade e o problema da intersubjetividade**. Tradução de Antônio Celiomar Pinto de Lima. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

fosse a comunicação de uma insurreição contra os valores coletivos.

Percebe-se que a concepção funcional de Jakobs acaba abrindo mão da diferença entre efeitos latentes e efeitos manifestos do sistema punitivo (diferença que é fundamental para uma Teoria Crítica, como sabido). Ou seja, ele apega-se ao discurso dogmático, imaginando que o Direito Penal entrega tudo quanto promete!

Segundo G. Jakobs, a função do Direito Penal realmente seria a de reafirmar valores coletivos, não tomando em conta as críticas profundas lançadas por Alessandro Baratta, Juarez Cirino dos Santos, Jock Young e outros.

Por seu turno, Kindhäuser sustenta que os bens jurídicos são qualidades das pessoas, coisas ou das instituições, destinadas a facilitar ou assegurar a participação livre e igualitária em acordos normativos.<sup>919</sup>

De outro tanto, para Cuello Calón, bem jurídico é "tudo aquilo, de natureza material ou incorpórea, que serve para a satisfação de necessidades humanas individuais ou coletivas."<sup>920</sup> Para Mir Puig, por seu turno, o bem jurídico é uma relação dialética entre a realidade e os valores sociais.<sup>921</sup>

Criticando as teorias do funcionalismo sistêmico, Francisco Muñoz Conde enfatiza que "O bem jurídico é o valor ao qual a norma penal pretende proteger, pois esse valor consiste em uma qualidade positiva, que o legislador atribui a determinados interesses."<sup>922</sup> Ele advoga, portanto, uma concepção roxiniana.

Luzón Peña sustenta que o bem jurídico são aquelas condições necessárias para o desenvolvimento da vida do indivíduo e da sociedade.<sup>923</sup> Bacigalupo ampara-se em uma concepção funcionalista, por mais que critique bastante o rendimento democrático da aludida categoria penal.

Sem embargo, no seu afã de manter uma estrita separação entre direito e moral, a teoria quer referir-se fundamentalmente à lesão de bens jurídicos. A lesão de um bem jurídico seria, então, conteúdo essencial da infração da ordem jurídica que se caracteriza como delito. Disso se tem deduzido que um princípio fundamental do Direito penal é a exigência de que todo delito constitua, quando menos, a lesão de um bem jurídico. Mas tal conceito é particularmente discutível. Na medida em que bens jurídicos sejam todas aquelas situações ou valores que o legislador quer proteger, praticamente todo delito, é dizer, toda ameaça de pena referida a um comportamento determinado, protegerá um bem jurídico que será, simplesmente, a finalidade perseguida pelo legislador.

<sup>919</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, p. 68. Traduziu-se.

<sup>920</sup> CUELLO CALÓN *apud* FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, p. 69. Traduziu-se.

<sup>921</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, p. 70.

<sup>922</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco *apud* FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, p. 71. Traduziu-se.

<sup>923</sup> *Idem*, *ibidem*.

Sob essas condições, o princípio fundamental perde evidentemente todo significado, pois requer - do mesmo modo que o conceito de delito que estamos tratando - uma determinação do conceito de bem jurídico que não tenha sido deduzido do direito positivo. Dito em outras palavras, a teoria do bem jurídico cumpriria uma função 'dogmática' (na interpretação da lei) e outra 'crítica' (quando se trata de identificar o objeto da lesão constitutiva de um delito). Sem embargo, este esclarecimento não permite resolver todos os problemas, conquanto impeça, de modo provisório, o aumento da confusão.<sup>924</sup>

Eugênio Raúl Zaffaroni defende, de sua parte, uma concepção realista - um realismo marginal -, argumentando que o Direito Penal apenas poderia tutelar interesses sociais que lhe seriam pré-existentes (convertendo-se em bens jurídicos a partir do momento em que os legisladores criam os tipos penais respectivos).<sup>925</sup> Haveria, portanto, uma "relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, em cuja conservação o Estado está interessado, revelando o seu interesse mediante a tipificação das condutas que a afetam."<sup>926</sup>

Deve-se atentar ainda para a certa advertência de Zaffaroni:

O bem jurídico é um conceito indispensável para tornar efetivo o princípio da lesividade. Mas não é, em absoluto, um conceito legitimante do poder punitivo (*de lege lata*, nem *de lege ferenda*). Por isso não se deve confundir o uso limitativo do conceito de bem jurídico com o seu uso legitimante, dado que este último acaba empregando um verdadeiro conceito legitimador diferenciado, que é o pretense bem jurídico tutelado. O mito do bem jurídico protegido ou tutelado, que se racionaliza com a teoria imperativista do Direito, pressupõe aceitar a eficácia protetora do poder punitivo, consagrada de modo pretensamente dedutivo, segundo a qual, se uma norma proíbe uma ação que o lesiona, é porque o tutela e protege e, por fim, ao não poder proibir resultados, a pena adquire então um sentido policial preventivo. Trata-se de uma premissa que consiste em um juízo falso: as normas protegem ou tutela bens jurídicos. Este juízo, ao verificar-se a operatividade do poder punitivo, ao menos na maioria dos casos, resulta com um valor de verdade falso.

O conceito legitimante do bem jurídico (bem jurídico tutelado) é produto de uma confusão incompatível com o caráter fragmentário da legislação penal e com o caráter sancionador desta. Com efeito, a legislação penal não cria bens jurídicos, senão que estes são criados pela Constituição, pelo Direito Internacional e pelo resto da legislação. Nestes âmbitos trata-se de bens jurídicos tutelados (pela respectiva norma que o manifesta). A lei penal apenas eventualmente individualiza alguma ação que o afeta de certo modo particular, mas nunca pode brindar uma tutela ampla ou plena, dada sua natureza fragmentária e excepcional. O Direito Penal recebe o bem jurídico já tutelado e a norma que se deduz do tipo não faz mais do que anunciar

<sup>924</sup> BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 212. Traduziu-se.

<sup>925</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Op. cit.**, p. 78.

<sup>925</sup> Idem, p. 69

<sup>926</sup> Idem, p. 79. Traduziu-se.

um castigo para certas formas particulares e isoladas de lesão ao mesmo, inclusive quando o faz por expresse mandado constitucional ou internacional.<sup>927</sup>

Diante desse quadro, Gonzalo D. Fernández argumenta que o conceito de bem jurídico derivaria do postulado da fragmentariedade e da *ultima ratio*, inerentes a um Direito Penal de orientação liberal. A violência criminal apenas poderia ser invocada nos casos em que fosse realmente indispensável.

A rigor, o bem jurídico teria que ser governado desde sempre pelo sistema dogmático do ilícito, de não ter mediado o predomínio crescente da teoria da ação, repentinamente convertida em elemento central da estrutura do delito, primeiro sob influxo dos penalistas hegelianos e, depois, por consequência da hipertrofia posterior que significou, todavia, a manutenção do sistema da ação causal.<sup>928</sup>

A categoria do bem jurídico apenas se justifica enquanto mecanismo para redução do poder punitivo. Ela deve ser empregada, tanto por isso, com vistas a racionalizar a intervenção penal, tornando-a mais previsível, calculável e limitada. O problema é que "O bem jurídico tem frustrado as expectativas que nele foram depositadas por penalistas liberais."<sup>929</sup>

Cuida-se da já mencionada parábola involutiva do bem jurídico.

Ao invés de se traduzir em uma ferramenta para a contenção do poder punitivo, essa categoria tem se prestado muito mais como mecanismo retórico para justificar a sua expansão. A cada novo problema de coordenação social divisado pelos legisladores, corre a dogmática a inventar um novo bem jurídico.

Ora, o Direito penal não deve fomentar a moral ou moralismos coletivos, devendo se limitar a assegurar o mínimo indispensável para que todos os indivíduos possam se desenvolver enquanto pessoas, em uma sociedade de sujeitos livres.

O problema é que não há pontos arquimedianos - repita-se! -, de modo que a categoria do bem jurídico fica atrelada aos inúmeros ideais de vida boa, compartilhados socialmente. *Ergo*, antes de se tratar dessa categoria, a dogmática penal deveria desenvolver uma sólida teoria dos valores, posicionando-se no que toca ao liberalismo, comunitarismo, libertarismo, feminismo etc.

Assim, essa expressão 'bem jurídico' acaba sofrendo da anemia semântica própria do tempo presente. Ela pode significar muito e também nada, tudo a

<sup>927</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, A. **Derecho penal**, p. 486. Traduziu-se.

<sup>928</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Op. cit.**, p. 81. Traduziu-se.

<sup>929</sup> Idem, p. 82. Traduziu-se.

depender da perspectiva com que é examinada; ela depende de premissas valorativas contraditórias, espalhadas no âmbito de uma sociedade altamente complexa, com distintas ideias de vida boa.

Gonzalo D. Fernández assevera, de toda sorte, o que segue:

[E]stamos convencidos da capacidade certa de rendimento da teoria do bem jurídico, na sua função dogmática, no terreno da teoria da interpretação do fato punível, de acordo a quanto se terá que expor na parte fina deste trabalho. A lesão ao bem jurídico (afetação não permitida, mediante dano ou colocação em perigo) é, em nosso modo de ver, um elemento estrutural do injusto penal, idôneo para dotar de maior racionalidade ao sistema do ilícito.<sup>930</sup>

Ele tem em conta, por sinal, que o abandono do naturalismo - característica da atual dogmática penal - não pode redundar no reconhecimento de um suposto 'vale tudo' valorativo, como se não houvesse limites para a atuação do legislador.<sup>931</sup> Não se pode reconhecer ao Direito Criminal aquela pretensão de constituir sua própria realidade, como se não houvesse limites!

Mas, em que pese essa ressalva, é fato indiscutível que, no momento, vive-se o período da desmaterialização do bem jurídico. O sistema passa a tutelar grandes complexos funcionais - expressão de Alessandro Baratta<sup>932</sup> -, à semelhança do mercado de capitais, do meio ambiente, do sistema financeiro nacional e até mesmo dos jogos da Copa do Mundo! (vide a absurda lei 12.663/2012).

Isso também é retrato da já referida parábola involutiva; o bem jurídico passa a se prestar como argumento de justificação da intervenção penal, olvidando-se o postulado da *ultima ratio*, indissociável a um Estado Constitucional.

Na ideologia do Estado democrático de direito, a Lei Fundamental não somente regula as bases de funcionamento da democracia republicana, senão que estabelece assim mesmo os valores axiais desse modelo de Estado, que positiva direitos e liberdades ao amparo da liberdade de dignidade humana como fundamento antropológico do direito e do regime de convivência social.<sup>933</sup>

Sabe-se, de toda sorte, que essa concepção de lastro sociológico pode acolher qualquer valor. Parece muito mais uma ferramenta estrutural destinada a

<sup>930</sup> Idem, p. 87. Traduziu-se.

<sup>931</sup> Idem, p. 96.

<sup>932</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, p. 1-24 e p. 168 e ss. Leia-se também BARATTA, A. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico *in* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 2, n. 5, jan./mar., 1994, p. 5-24.

<sup>933</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Op. cit.**, p. 112. Traduziu-se.



explicar como a sociedade funcionaria, mas não indicando vetores normativos (como deveria funcionar!). Não é, portanto, uma teoria crítica.

O direito representa, como sabido, os interesses reivindicados pelos grupos hegemônicos na sociedade. Não obstante, dado o multiculturalismo e a marginalidade que caracterizam a sociedade contemporânea - ambos extremos muito acentuados na América Latina -, a pretensão de universalidade dos valores se desvanece por completo; de modo que somente se pode outorgar proteção penal àquele minimum de valores ou interesses, coincidentes com os direitos humanos básicos.<sup>934</sup>

A pergunta sobre a essência do bem jurídico - o seu conteúdo material - continua sendo indispensável. Afinal de contas, "o bem jurídico é um valor de relação social, necessariamente conformado por algum dos direitos humanos reconhecidos à pessoa ou aos povos, que se inscrevem nas declarações de convenções internacionais de direitos humanos."<sup>935</sup>

O instituto deve cumprir a já referida função de garantia (limitação do *ius puniendi*, de modo a assegurar o postulado da *ultima ratio*), a função de sistematização (permitindo confrontar tipos penais e as sanções respectivas), a função hermenêutica (a exemplo da *enantiotelidad*, de que falava Santiago Nino).

Tomando como ponto de partida o caráter fragmentário do direito penal, que deixa espaços sem proteção, as quais constituem zonas de liberdade carentes de regulação jurídico-penal, o bem jurídico se constitui então como aquele núcleo de qualidades essenciais das pessoas, das coisas ou das instituições, que servem ao livre desenvolvimento do indivíduo em um Estado constitucional, social e democrático de direito e, justamente, por conta desse valor social especial de que se revestem, se tornam objetos da tutela penal.<sup>936</sup>

Deve-se sobretudo ter em conta que, atualmente, o juízo de tipicidade não é mais aceito como uma espécie de descrição neutra, isenta, de um movimento corpóreo, à semelhança do que parecia supor Franz von Liszt.

Muito ao contrário, sabe-se que o juízo de tipicidade está impregnado de elementos valorativos, axiológicos, demandando a análise sobre a afetação do bem jurídico tutelado (ou, quando menos, a produção de um perigo efetivo de afetação).

O juízo de tipicidade reclama, então, uma dupla valoração: o juízo de

<sup>934</sup> Idem, p. 121. Traduziu-se.

<sup>935</sup> Idem, p. 144. Traduziu-se.

<sup>936</sup> Idem, p. 149. Traduziu-se.

correspondência comparativa (homogeneidade) entre a conduta e o tipo, e o juízo adicional de verificação sobre a idoneidade dessa conduta típica, para afetar ao bem jurídico tutelado pela norma. Somente com o primeiro deles, a fundamentação da tipicidade não resta ainda completa. Dito de outro modo, a tipicidade penal somente se conclui depois de um juízo de subsunção, adicionado a um juízo de lesividade potencial (afetação) do bem jurídico tutelado pela norma.<sup>937</sup>

É nesse âmbito que a conhecida teoria da insignificância penal se coloca. Há comportamentos que, conquanto amoldados formalmente à hipótese de incidência penal, não podem ser tidos como condutas típicas, pela razão singela de não afetarem minimamente o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora.

O ato de subtrair R\$ 20,00 do caixa da empresa não configura o tipo incriminador previsto no art. 155, CP (furto) ou mesmo o tipo objetivo do art. 168, CP (apropriação indébita), eis que não há afetação mínima do bem jurídico tutelado (o patrimônio da empresa empregadora), de modo a justificar a intervenção penal. Em casos tais, as consequências devem ser segregadas no âmbito do Direito Civil.

Nesse âmbito, vale a pena promover uma pontual diferenciação.

Por um lado, deve-se ter em conta a adequação social de condutas formalmente típicas. Cuida-se de casos nos quais, conquanto formalmente se possa cogitar da incidência do tipo, a conduta é tolerada e até estimulada socialmente.

Afinal de contas, qual o motivo pelo qual uma mãe, que coloca brincos em sua filha pequena, não incorre em lesão corporal? Olhos postos no art. 129 do Código Penal, poder-se-ia sustentar que há agressão contra a incolumidade física da criança. O fato é que referida conduta é socialmente adequada, o que inibe, por si, o juízo de tipicidade penal.

Na função dos tipos de apresentar uma amostra da conduta proibida fica evidente que as formas de conduta por eles selecionadas têm, por um lado, um caráter social, ou seja, referem-se à vida social, mas, por outro lado, são inadequadas a uma vida social ordenada. Nos tipos se destaca a natureza social e ao mesmo tempo histórica do Direito Penal: indicam as formas de conduta que supõem uma infração grave à ordem histórica da vida social.

Isso repercute na compreensão e na interpretação dos tipos que, por influência da doutrina da ação causal, eram demasiadas restritas ao se procurar a essência do tipo nas lesões causais dos bens jurídicos. Assim, segundo um antigo exemplo dessa doutrina, o ato de gestão deveria ser considerado uma ação típica de matar, se a criatura gerada se convertesse depois em um assassino (vide E. Schmidt, *Frank-Festgabe II*, 119). Todavia, a gravidez, em si mesma, enquanto não

---

<sup>937</sup> Idem, p. 160. Traduziu-se.

suponha uma infração da ordem das relações sexuais pelas circunstâncias de sua realização (...), é socialmente adequada, vale dizer, se conforme completamente à ordem social, histórica, normal da vida, de modo que não será uma ação típica de lesão, ainda que como consequência produza a lesão de um bem jurídico (...) Do mesmo modo, a utilização do moderno tráfego motorizado, ferroviário ou aéreo é uma conduta socialmente adequada, de forma que, por exemplo, um sobrinho não realiza uma ação típica de homicídio se incentiva o tio, do qual é herdeiro, a utilizar com frequência meios de transporte com a esperança (fundada) de que morra em um acidente.<sup>938</sup>

Vale a pena atentar, ademais, para o seguinte excerto:

As condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, mas apenas condutas que se mantêm dentro dos limites da liberdade de atuação social (...) A adequação social é de certo modo uma espécie de pauta para os tipos penais: representa o âmbito normal da liberdade de atuação social, que lhes serve de base e é considerada (tacitamente) por eles. Por isso ficam também excluídas dos tipos penais as ações socialmente adequadas, ainda que possam ser a eles subsumidas - segundo seu conteúdo literal.<sup>939</sup>

Gonzalo afirma que "Uma ação socialmente adequada é aquela que se move por completo no marco da ordem ético-social normal - diz Hirsch -, no marco historicamente gerado da vida comunitária e que está vinculada de tal como com nossa vida social, que deve ser considerada como completamente normal."<sup>940</sup>

Sob esse ângulo, a conduta da mãe que coloca um brinco na filha menor - por mais que se enquadre, formalmente, no conceito de ofensa à integridade física alheia - não pode ser reputada como sendo um comportamento típico, eis que não sinaliza (sequer em potência) para a ilicitude desse agir.

Seria um verdadeiro absurdo deflagrar um inquérito destinado a apurar a conduta de uma mãe em tais hipóteses; eis que - muito mais que tolerada - é até mesmo estimulada socialmente. Mas já não haveria maiores dúvidas quanto à validade da apuração quando ela colocasse um alargador de orelha, nariz etc. (prática comum em outras culturas, mas ainda não toleradas na nossa) em seus filhos menores; ou mesmo que realizasse tatuagens em crianças etc.

Tampouco se admitiria a investigação criminal do boxe, conquanto pudesse ser tomado formalmente como rixa (art. 137, CP). Sob esse primeiro prisma, a

<sup>938</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 59. Omitiu-se parte do texto.

<sup>939</sup> Idem, p. 60. Omitiu-se parte do texto.

<sup>940</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Op. cit.**, p. 168. Traduziu-se.

manifesta adequação social e cultural do comportamento - ainda que formalmente subsumido à referida etiqueta penal - inibe o juízo de tipicidade.

Aliás, esse efeito pode ser reconhecido mesmo quando se cuida de comportamentos usuais *contra legem*. Hans Kelsen explica que um mínimo de eficácia é indispensável para a própria vigência da norma, como transcrito acima.

Vale a pena atentar ainda a lição de Eduardo da Silva Correia:

Por outro lado, situando-se embora o direito na esfera do ser-final e sendo, portanto, o conceito finalístico de acção 'o necessário ponto de partida da dogmática penal', nem sempre ela poderá servir de suporte à tipicidade ou à ilicitude. À actuação dos indivíduos, como suporte funcional da vida da comunidade, está necessariamente ligado um certo risco de lesão de bens jurídicos. Mas, na medida em que uma actividade se mantém dentro daquele risco que é imanente ao próprio movimento dos bens jurídicos na vida da comunidade, na medida em que, portanto, tal actividade é socialmente adequada (*sozialadäquat*), ela não pode dar lugar a um crime, não pode ser de alguma maneira base da tipicidade, da ilicitude ou da culpa. Daí que um conceito final da acção, mas um conceito limitado pela adequação social (*soziale Adäquananz*), devesse ser o ponto de apoio e de unificação num todo - e com isso reverte-se ao pensamento da visão integral (*Ganzbetrachtungsweise*) - dos diversos momentos que a análise distinga no conceito de crime.<sup>941</sup>

Esse é um aspecto da questão.

Contudo, além dos casos em que as condutas são toleradas ou estimuladas socialmente, há outras hipóteses de inibição do juízo de tipicidade. Cuida-se daqueles casos em que, por mais que o comportamento seja formalmente amoldado ao tipo, não há lesão significativa ao bem jurídico tutelado penalmente.

Nessa situação, não há como afastar, de pronto, o juízo de ilicitude para outros ramos do Direito. Em princípio, a conduta não é adequada aos valores sociais. A despeito disso, pela sua pequena monta, ela não pode ensejar sequer o juízo de tipicidade; não pode ensejar uma apuração criminal.

A lei penal tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais representados por estes efeitos lesivos e somente eles podem justificar o custo das penas e proibições. Não se pode nem se deve pedir mais ao direito penal (...) O uso das leis, as quais não são mais do que regras autorizadas - escreve Hobbes - não tem por finalidade impedir o povo de realizar ações voluntárias, senão dirigir e controlar estas de tal forma que os súditos não se lesionem mutuamente. Ao que Beccaria acrescenta: Proibir uma multiplicidade de ações indiferentes não é evitar os delitos que não podem surgir, mas criar outros

<sup>941</sup> CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. *Op. cit.*, p. 81.

novos...<sup>942</sup>

Desse modo, a subtração de objetos de diminuto valor não pode ensejar sequer o juízo de tipicidade, eis que a tutela do patrimônio individual – por mais que seja um imperativo da ordem jurídica - não justifica, em casos tais, a intervenção penal, deveras infamante.

Em regra, portanto, somente pode ser tomada como típica a conduta gravosa, suficientemente lesiva aos bens jurídicos tutelados pela norma penal.

Essa construção possui, não obstante, algumas inconsistências.

Ora, em muitos casos não se pode admitir que a insignificância seja excludente do juízo de tipicidade. Condutas reiteradas devem ser examinadas globalmente; pois do contrário cair-se-ia na situação absolutamente ilógica de reputar que o empresário que sonegasse, todo mês, cerca de R\$ 9.000,00 (valor, em si, irrelevante, segundo jurisprudência brasileira) não poderia ser censurado penalmente, ainda que, no seu total, houvesse sonegado milhões.

Caso se admita que a insignificância afasta sempre o juízo de tipicidade, é fato que tal conduta seria realmente irrelevante para o Direito Criminal; eis que a soma de comportamentos atípicos não gera, em regra, algo típico. A única exceção ocorre com os crimes habituais (p.ex., curandeirismo), mas isso deve estar previsto em lei, conforme art. 5º, XXXIX, CF.

Imagine-se que alguém subtraia, todo dia, R\$ 100,00 do caixa do patrão - redundando em subtração de uma quantia significativa, ao longo dos anos - essa conduta deveria ser tomada como irrelevante penalmente, caso se supusesse que a insignificância sempre afastaria o juízo de tipicidade. Afinal de contas, só se pode falar em crime continuado se, antes, cada conduta for típica!

O Código Penal brasileiro trabalhou, por sinal, a questão da insignificância no âmbito do juízo de culpabilidade (p.ex., arts. 155, §2º, 168-A, §3º, inc. II, CP). Há necessidade, pois, de que a questão seja submetida a novas luzes, eis que nem sempre a insignificância afasta o juízo de tipicidade.

Registre-se que a Suprema Corte tem cobrado um exame holístico, para a aplicação do postulado da insignificância (*de minimis no curat prætor*).

O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado

---

<sup>942</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**, p. 373.

em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.

O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.<sup>943</sup>

De toda sorte, essa não é a questão que aflige essa pesquisa.

Apenas se registra que o tema da insignificância penal - enquanto projeção da teoria do bem jurídico - ainda carece de reflexões densas, sobretudo a fim de que seja devidamente conjugado com o conceito estratificado de crime.

Releva ter em conta, no que interessa mais diretamente à presente tese, que a agressão ao bem jurídico diz respeito à antijuridicidade material. O instituto cuida, pois, de um conceito substancial de injusto, concebido não apenas como adequação da conduta ao descritor da norma incriminadora, mas sobretudo compreendido como um comportamento danoso, socialmente intolerável.

Convém atentar para as importantes advertências lançadas por Alessandro Baratta, quando traça o seu programa do direito penal mínimo.

c) Princípio da idoneidade. A violação grave dos direitos humanos e o princípio da proporcionalidade representam somente uma condição necessária, mas não suficiente para a introdução da pena. O princípio da idoneidade e dos demais princípios de limitação funcional assinalam outras condições, positivas ou negativas, que reduzem posteriormente o espaço reservado à lei penal. Este princípio obriga a realizar um cuidadoso estudo dos efeitos socialmente úteis que podem ser esperados da pena: somente subsistem as condições para sua introdução se, à luz de um rigoroso controle empírico em outros

<sup>943</sup> BRASIL, STF, HC 84412- SP. Rel. Ministro Celso de Mello. DJU de 19.11.2004.

ordenamentos, de normas análogas do mesmo ordenamento e com métodos atendíveis de prognóse sociológica, aparece provado ou altamente provável algum efeito útil, com relação às situações nas quais se pressupõe uma grave ameaça aos direitos humanos. (...) e) Princípio de proporcionalidade concreta ou princípio da adequação do custo social. Está comprovado que a pena produz elevados custos sociais. Estes não podem ser simplesmente valorados desde o ponto de vista de um cálculo econômico de custos e benefícios, senão, e sobretudo, desde o ponto de vista da incidência negativa que a pena pode ter sobre aquelas pessoas que constituem seu objeto, sobre suas famílias e seu ambiente social, e, de forma mais ampla, sobre a sociedade mesma. Desde este último ponto de vista, deve-se considerar o fato de que a violência penal pode agravar e reproduzir os conflitos nas áreas específicas em que aquela intervém. Pensem-se nos delitos que se vinculam a conflitos intersubjetivos cujas partes mantinham já relações pessoais, e, em particular, nos delitos de injúrias e lesões. Por outro lado, existem casos muito evidentes nos quais a introdução de medidas penais produz problemas novos e mais graves que aqueles que a pena pretende resolver (pensem-se na criminalização da interrupção da gravidez) e nos quais esta pode ser considerada como uma variável essencial na estrutura de um problema social complexo. Deve-se refletir, nesta perspectiva, sobre a criminalização do uso de álcool em tempos passados e sobre o que hoje constitui a proibição de drogas. Sabemos, pois, que este é o fator principal do qual depende a estrutura artificial do mercado de drogas, e que esta, por seu turno, determina, em torno da produção e da circulação delas, formas ilegais de acumulação e uma criminalidade organizada de extrema relevância; por outra parte, como é sabido, o proibicionismo torna mais perigoso e grave o uso de drogas para os consumidores.<sup>944</sup>

Ou seja, Alessandro Baratta alega que os bens jurídicos não podem ser examinados em um plano abstrato, sem considerar as condições reais da incidência da norma penal e seus elevados custos sociais, sobretudo quanto ao caráter altamente seletivo das agências criminalizadoras.<sup>945</sup>

O intérprete não pode invocar a categoria do bem jurídico como se fosse uma espécie de muleta argumentativa, fadada a apenas justificar o incremento das sanções criminais. Não basta uma análise *prima facie*, eis que é indispensável que se leve tudo em conta: os interesses almejados pela norma, os elevados custos sociais impostos por um sistema de justiça criminal perverso e as consideráveis mazelas que acompanham o encarceramento.

Muito mais poderia ser dito a respeito da categoria 'bem jurídico'.

Deve-se examinar, porém, a sua importância para a questão do concurso de delitos, frente ao equacionamento já promovido ao longo dos tópicos anteriores.

---

<sup>944</sup> BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo in BARATTA, A. **Criminología y sistema penal**: compilación in memoriam. Buenos Aires: IBdef, 2004, p. 309-310. Traduziu-se e omitiu-se parte do texto.

<sup>945</sup> Idem, p. 311-312.

Diante de tudo quanto foi exposto, é indiscutível que referido conceito cumpre um papel de destaque no âmbito da teoria do concurso de crimes. Quando menos, a questão da afetação ao bem jurídico é apontada como um dos critérios para se distinguir o concurso aparente, de um lado, do concurso formal, de outro.

Ou seja, sustenta-se comumente que, nos casos de concurso aparente (unidade de lei), por mais que a comissão/omissão pareça violentar distintos tipos penais - aparentemente confluentes -, apenas uma das normas incidiria, eis que suficiente para a cabal valoração do referido comportamento (*Ausschöpfungsgebot*). E isso demanda, como facilmente se conclui, exames a respeito do bem jurídico tutelado pelas normas envolvidas.

Nas hipótese em que, mediante uma só ação ou omissão, o agente lesiona distintos bens jurídicos, autônomos entre si, a dogmática penal tende a sustentar a ocorrência, quando menos, de concurso formal.

Muitos chegam até mesmo a propugnar concurso real, como se infere das teorias pluralistas (*Mehrheitstheorie*), da tese do desdobramento dos tipos (Eduardo Correia), da tese que exige identidade de *hechos* para o reconhecimento do concurso formal (Roig Torres) etc.

Eis o relevo das reflexões que foram suscitadas acima, com um exame panorâmico (ao invés de efetiva verticalização). Ela evidencia, porém, que a pretensa ofensa ao bem jurídico não pode ser invocada sem maiores cautelas, desconsiderando a elevada complexidade dessa questão.

Quando se alude à questão da ofensividade como um critério para se identificar o concurso formal (ao invés de um concurso meramente aparente), todos os vetores acima devem ser tomados em conta.

Há necessidade, tanto por isso, de se apresentar uma densa teoria sobre o bem jurídico, seus vetores e os seus limites, ao invés de simplesmente se inventar novos bens, com conteúdo legitimante, questão de resto já criticada por Luigi Ferrajoli, ao tratar da referida parábola involutiva.

### **5.3. Considerações sobre o desvalor da ação e do resultado:**

Conquanto essa pesquisa verse sobre a decisão judicial, tendo como pano de fundo o tema do concurso de crimes (concurso aparente *versus* concurso formal), é de extremo relevo atentar também para a tese desenvolvida por Marcelo Sancinetti,



eis que coloca em causa o confronto entre desvalor do resultado e desvalor da ação.

Afinal de contas, o problema do concurso não deixa de ser um problema de cálculo da pena criminal; e, tanto por isso, também um problema de saber o que deve ser sopesado com prioridade ao se apreciar determinado fenómeno delitivo (a ação, a intenção, o resultado empírico ou as normas violadas?).

Busca-se, aqui, apenas equacionar os principais elementos da densa tese de doutorado do professor argentino, publicada inicialmente em 1991.<sup>946</sup>

Ora, Sancinetti sustenta que o Direito Penal deveria atribuir peso exclusivamente ao desvalor da ação. Cuida-se, portanto, de uma tentativa de se exasperar os postulados desenvolvidos pelo Finalismo de Hans Welzel.

Para tanto, ele se socorre da teoria das normas.

Ele supõe que o Direito apenas poderia proibir condutas, jamais resultados. Trata-se, como facilmente se percebe, de uma teoria da norma como imperativo (i.e, como uma espécie de comando endereçada a seus 'súditos').

A hipótese central do estudo de Sancinetti é a de que a lei não poderia tratar de forma distinta a tentativa perfeita,<sup>947</sup> de um lado, e o crime consumado, de outro. Com idênticos fundamentos, o Direito Penal tampouco poderia tratar diversamente o agente que praticou um crime consumado e o agente que praticou um crime exaurido, desde que as ações tenham sido idênticas entre si.

Ele sustenta, nessa toada, que a dogmática penal ainda gravitaria em torno do dogma causal, atribuindo um significativo - e, ao seu ver, um indevido - peso para a produção dos resultados empíricos. Sancinetti discorre sobre a obra do causalista von Liszt, do neokantiano Mezger, a obra de Carrara, dentre outros.

Essa concepção objetiva do crime - reconhecendo relevo para a alteração do mundo empírico - também teria impregnado as obras de Sebastian Soler, Ricardo C. Nuñez, Carlos Balestra e Carlos Santiago Niño.<sup>948</sup>

De outro tanto, a despeito de ter se constituído em verdadeira virada copernicana, a teoria finalista preservou o desvalor do resultado, esposando uma

<sup>946</sup> SANCINETTI, Marcelo A. **Teoría del delito y disvalor de acción**: Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

<sup>947</sup> Sobre o conceito de tentativa perfeita, leia-se SCHLEIDER, Tobías J. **Acción y resultado**: un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011, p. 114-116. Leia-se também PESSOA Nelson R. **Injusto penal y tentativa**. Buenos Aires: Hammurabi, 2007 e FONSECA, Jorge Carlos de Almeida. **Crimes de empreendimento e tentativa**. Coimbra: Almedina, 1986.

<sup>948</sup> SANCINETTI, Marcelo A. *Op. cit.*, p. 3-4.

concepção compromissória.<sup>949</sup> E é justamente contra essa autolimitação da concepção welzeliana que se bate Marcelo A. Sancinetti.

Ele defende que, mantida coerência com as suas premissas, o Finalismo deveria ter defenestrado, do âmbito do Direito Penal, o exame do desvalor do resultado, eis que, quando muito, o dano cuidar-se-ia de uma condição de punibilidade (condição de punibilidade apenas quanto aos crimes imprudentes).

Daí que Sancinetti se socorra das obras de Armin Kaufmann, Eckhard Horn e Diethart Zielinski, autores que buscaram concentrar a censura penal no âmbito do desvalor da ação, exponenciando as premissas welzelianas.<sup>950</sup>

Como já mencionado, ele ampara-se na teoria dos imperativos - pela qual a norma é compreendida como uma espécie de comando endereçado aos sujeitos -, de modo que apenas poder-se-iam proibir condutas. Do mesmo modo como não se pode proibir a chuva, tampouco se poderia proibir a morte.

Retoma-se, assim, o confronto entre a norma de valoração e a norma de conduta, que já consumiu oceanos de tinta. Sancinetti equaciona essas concepções, tomando partido dessa última, eis que - conquanto o Direito possa valorar estados de coisas - apenas poderia comandar ações humanas (tese de August Thon).

Isso implica a concepção de que o crime é uma espécie de insurgência ou de desobediência - a tal da rebelião contra a Ordem Jurídica, de que falava Baumgarten (*Auflehnung gegen die Ordnung*). Para se recair em um Direito Penal do dever e, pois, um Direito Penal autoritário, basta um pequeno passo.

O jurista argentino argumenta que " dado que estas ordens estão dirigidas a todos os seus destinatários para motivar seu cumprimento, somente pode transgredi-la realmente quem é capaz de se motivar, por fim, quem conhece a norma."<sup>951</sup> A norma apenas teria aptidão para obrigar aquelas pessoas capazes de

---

<sup>949</sup> Essa tentativa de conjugar o desvalor da ação, de um lado, com o desvalor do resultado, de outro, também está presente na obra de alguns dos mais importantes discípulos de Hans Welzel, tais como Günther Jakobs e Günther Stratenwerth. Também está presente, em solo argentino, na obra de Enrique Bacigalupo e Eugênio Zaffaroni. Herbert L. Hart diferenciava, de outro tanto, a *criminal responsibility* e a *criminal liability* (responsabilidade criminal *versus* punibilidade), o que guarda certo paralelo com o desvalor da ação e desvalor do resultado.

<sup>950</sup> SANCINETTI, Marcelo A. *Op. cit.*, p. 7-8. Sancinetti argumenta, em p. 18, que a teoria moderna do fato impunível decorre substancialmente da releitura da obra de Binding (*Die Normen und ihre Übertretung*) por Armin Kaufmann, sob holofotes finalistas, com a sua monumental *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*.

<sup>951</sup> Idem, p. 19. Traduziu-se.

compreendê-la e de cumpri-la.<sup>952</sup>

Sancinetti argumenta, com base em Ferneck, que o Direito proíbe a ação com o fim de impedir o resultado.<sup>953</sup>

Na verdade, o direito proíbe a ação como fim de que não se produza o resultado, já que a ação não se proíbe por si mesma. Mas fora disso, o resultado mesmo não é, como tal, antijurídico. O proibido não é ele, senão a ação. O direito não pode proibir o resultado, já que ele não tem por única causa a ação: o agente somente completa uma série infinita de condições que conduzem ao resultado. Somente este completar é o proibido. Na verdade, o resultado é indiferente ao direito. A norma que proíbe matar a Gaius não diz: Gaius não deve morrer. Nem tampouco: Gaius não deve morrer agora nem por causa dessa lesão ou enfermidade; a norma diz somente: a morte de Gaius não deve ser produzida por causa de uma ação imputável. Antijurídica é sempre e somente a ação.<sup>954</sup>

Essa concepção deve ser confrontada - e Sancinetti o faz! - com a ideia de que o crime é uma atividade agressiva aos bens jurídicos fundamentais. Ou seja, em que medida o importante seria mesmo a ação ou o resultado imaterial?

Para ele, mesmo que se parta da premissa que a função do Direito Penal é a tutela dos bens jurídicos, isso apenas seria logrado com a proibição de ações; eis que os resultados não poderiam ser efetivamente proscritos (apenas as ações humanas poderiam ser vedadas ou estimuladas - ele enfatiza).

Sancinetti receia que, fundamentando-se o Direito Penal de um modo objetivo - isto é, atribuindo-se significativo relevo para a produção do resultado - isso poderia violentar o postulado *nulla poena sine culpa*. Afinal de contas, condutas praticadas por inimputáveis também agrediriam bens jurídicos.<sup>955</sup>

Essa suposição versarista encontrar-se-ia no âmago de uma leitura mecanicista do fenômeno delitivo, concebendo o crime como mero evento: como enervação, como causação de danos, como movimento corpóreo etc.

Edmund Mezger distinguia, por seu turno, a norma de valoração - que

<sup>952</sup> Isso implica um complexo debate a respeito da identificação dos destinatários das normas penais. A vingar essa lógica, os inimputáveis não seriam tomados como atingidos diretamente pelas normas, correndo-se o risco de que sejam tratados como objetos - reificando-os -, com agressão a inúmeros postulados éticos e jurídicos. Ademais, essa concepção faz com que a capacidade de culpabilidade (a imputabilidade) se converta em requisito da própria ilicitude, já que apenas os imputáveis poderiam violar a norma e, tanto por isso, apenas eles é que poderiam cometer, então, o injusto. Por conseguinte, esse ideário de Sancinetti deve ser examinado com muitas reservas.

<sup>953</sup> Idem, p. 20.

<sup>954</sup> Idem, p. 20. Traduziu-se.

<sup>955</sup> Idem, p. 23.

justificaria a criação dos tipos penais respectivos -, e a norma de conduta ou norma de determinação, que veicularia o comando para a comissão ou abstenção, destinada a proteger o valor em causa.

Uma ação é antijurídica quando contradiz as normas objetivas do Direito. Este é concebido como uma ordenação de vida, e o injusto, por conseguinte, como a lesão de dito ordenamento. O direito existe para garantir uma convivência externa ordenada daqueles que lhe estão submetidos. Objeto da vontade jurídica ordenadora é a determinação do que é conforme à ordem jurídica e do que a contradiz. Esta determinação tem lugar em virtude das normas do direito, que por isso aparecem como normas objetivas de valoração, como juízos sobre determinados acontecimentos e estados desde o ponto de vista do direito. Objeto desta valoração jurídica pode ser tudo: a conduta dos seres humanos capazes e incapazes de ação, culpáveis e não culpáveis, a conduta de outros seres animados, os acontecimentos e estados do mundo circundante... Há também estados antijurídicos e estados conformes ao Direito. A esta concepção do direito corresponde a da antijuridicidade, a do injusto, como uma contradição objetiva com os preceitos jurídicos, como uma lesão objetiva das normas jurídicas de valoração.<sup>956</sup>

Isso acaba eclodindo, de certa forma, na teoria do injusto pessoal, desenvolvida por Hans Welzel. Melhor dizendo, a dogmática penal avança, então, para uma concepção bastante peculiar da ilicitude, ao conduzir o exame do dolo do agente para o âmbito do juízo da tipicidade (tipicidade subjetiva).

Para o Finalismo, a ação é conceituada como uma atividade humana orientada por um propósito. A ação é uma atuação orientada a um fim, e não um mero suceder causal. A causalidade é cega, e a ação é vidente.<sup>957</sup>

Haveria, para esse ideário, uma estrutura ontológica que não poderia ser desconsiderada pelos legisladores. Em outras palavras, sequer a Constituição poderia preconizar a responsabilização penal da pessoa jurídica, por exemplo, eis que ontologicamente incapaz de realizar essa ação final.<sup>958</sup>

De toda sorte, a questão central estaria em saber como tratar a tentativa perfeita - i.e., aqueles casos em que o agente realiza todos os atos de execução, mas o resultado não sobrevém por circunstâncias alheias à sua vontade -, em

<sup>956</sup> MEZGER, Edmund *apud* SANCINETTI, Marcelo. **Op. cit.**, p. 26. Traduziu-se. Leia-se também MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Tradução do alemão ao espanhol por José Arturo Rodríguez Muñoz. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p. 309-312.

<sup>957</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Tradução do alemão para o espanhol por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 39.

<sup>958</sup> MARTÍN, Luis Gracia. **Fundamentos del sistema del Derecho Penal**, p. 69 e ss. Sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica, leia-se SANTOS, Juarez Cirino dos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Disponível na internet: <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade\\_penal\\_juridica.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade_penal_juridica.pdf)> Acesso em 14.05.2014.

confronto com o crime consumado. A tentativa deveria sofrer pena menor que a do crime consumado? - questiona Santinetti. E essa é a questão central da sua tese.

Ele tem em conta, porém, que a obra de Hans Welzel seria ambígua a esse respeito. Em algumas passagens, o pai do Finalismo parece concentrar sua atenção apenas no desvalor da ação, enquanto que em outros excertos acaba por atribuir significativo peso para o desvalor do resultado.<sup>959</sup>

A doutrina da contrariedade ao direito como lesão causal de um bem jurídico, que rechaçamos, tem o mérito, de todo modo, de haver destacado a importância do elemento do resultado (do bem jurídico). Na maior parte dos delitos é essencial, sem dúvida, uma lesão ou colocação em perigo para o bem jurídico, mas somente como momento parcial da ação pessoalmente antijurídica, e nunca no sentido de que a lesão do bem jurídico, caracterize suficientemente o injusto do fato. A lesão do bem jurídico (o desvalor do resultado) tem relevância no Direito Penal somente dentro de uma ação pessoalmente antijurídica (dentro do desvalor de ação).<sup>960</sup>

Sancinetti lamenta que, com isso, H. Welzel teria limitado sua própria concepção, deixando de desenvolver um ponto importantíssimo para o direito penal. Essa a tarefa que ele se atribui, como se infere do seu prefácio.

Daí o relevo que a obra de Armin Kaufmann exerce na tese do professor argentino. Com efeito, foi Kaufmann quem desenvolveu, de modo mais consistente, uma teoria das normas, ancorada no Finalismo (obra de 1954).

Armin Kaufmann enfatiza que a valoração positiva reconhece os bens jurídicos dignos de tutela pena. Depois dessa primeira valoração - por exemplo, o reconhecimento da dignidade da vida -, derivam-se normas sobre o que deve ou não ocorrer. Sob essa perspectiva, mesmo uma morte causada por um raio (ou seja, um infortúnio) não deve sobrevir, deve ser lastimada como algo indesejado.

Mas, para além dessa norma de valoração, também haveria uma norma de determinação, cujo conteúdo teria a função de estimular ou dissuadir condutas humanas, de modo a proteger os mencionados valores.

Armin Kaufmann dizia, portanto, que "1. A toda norma precede um juízo de valor. 2. Este juízo de valor e a norma têm o mesmo objeto. 3. As normas estão constituídas por juízos de valor sobre atos."<sup>961</sup>

Ele exigia, pois, uma mera capacidade de ação (compartilhada pelos

<sup>959</sup> SANCINETTI, Marcelo. *Op. cit.*, p. 31.

<sup>960</sup> MEZGER, Edmund *apud* SANCINETTI, Marcelo. *Op. cit.*, p. 31. Traduziu-se.

<sup>961</sup> KAUFMANN, Armin *apud* SANCINETTI, Marcelo. *Op. cit.*, p. 34. Traduziu-se.

inimputáveis), de modo que afastava, com isso, o problema próprio da teoria dos imperativos; deixava de lado, enfim, a questão de se saber se a norma estava endereçada exclusivamente àqueles capazes de entender o seu conteúdo.

Melhor dizendo, Armin Kaufmann tinha em conta que a lei apenas poderia proibir ações, e jamais resultados.<sup>962</sup> Por outro lado, ele dizia que "A proibição não pode ir, portanto, mais além; não pode proibir mais que o possível a uma ação final. O alcance da ação esgota, por isso, também o objeto da proibição."<sup>963</sup>

A norma de determinação apenas poderia ter em conta as atuações humanas, finalmente orientadas. Por conseguinte, independentemente da norma de valoração, o Direito Penal apenas poderia proibir/sancionar condutas.

Para Sancinetti, levadas essas premissas de Armin Kaufmann ao seu extremo, a tentativa acabada (tentativa perfeita) deveria estar no centro do sistema de imputação. A consumação não poderia ser submetida a uma pena superior àquela cominada ao *conatus*, como já se mencionou acima.<sup>964</sup>

Assim, a vingar essa concepção, o resultado não teria nenhuma função a cumprir no âmbito da teoria do fato impunível. O crime consumado não seria mais grave que aquele tentado; o exaurido não seria mais grave que o crime consumado. O importante seria apenas a ação! Mas o fato é que Armin Kaufmann não chegou a acolher todas essas consequências, implicadas no seu próprio ponto de partida.

Para ele, a sobrevivência do resultado seria uma condição de punibilidade, quanto aos crimes imprudentes, e, por outro lado, quanto aos crimes dolosos, o resultado seria a realização do próprio desígnio do autor (majorando o injusto).<sup>965</sup>

Sancinetti menciona, nesse rastro, a obra de Diethart Zielinski, quem chegou a criticar a premissa ontológica de Hans Welzel. Afinal de contas, para ele, o delito deveria ser compreendido a partir da comunicabilidade do comando normativo,<sup>966</sup> não estando vinculado a uma estrutura lógico-material.

Mas, a despeito de criticar a concepção ontológica welzeliana, de certa forma Zielinski acabou por ampliar o Finalismo. Reconheceu que o Ordenamento Jurídico não teria apenas uma função de valoração dos acontecimentos, mas sobretudo a função de regulação e dissuasão de comportamentos.

---

<sup>962</sup> SANCINETTI, Marcelo. *Op. cit.*, p. 35.

<sup>963</sup> KAFMANN, Armin *apud* SANCINETTI, Marcelo. *Op. cit.*, p. 35. Traduziu-se.

<sup>964</sup> SANCINETTI, Marcelo. *Op. cit.*, p. 36.

<sup>965</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>966</sup> *Idem*, p. 37.

Para cumprir esse *telos*, o Direito apenas poderia regular condutas orientadas a fins, dado que as demais escapariam da própria viabilidade de indução normativa (seriam atividades meramente impulsivas, não permitindo que sejam 'guiadas' pela lei). Assim, o Ordenamento deveria ser compreendido como um plexo de normas proibitivas e impositivas.

Desde que o incapaz de culpabilidade possa atuar com direção a fins ele seria capaz de ação, na opinião de Zielinski.<sup>967</sup> Também nesse âmbito, portanto, isso pode implicar que alguns requisitos atualmente examinados no âmbito do juízo da censurabilidade penal - por exemplo, a questão da imputabilidade do agente - sejam apreciados já no âmbito do juízo de ilicitude.

Sancinetti sustenta que o fato de o ilícito estar constituído exclusivamente pelo desvalor da ação não negaria a importância da categoria 'bem jurídico':

Sem um desvalor de resultado ao qual esteja endereçada a ação, tampouco é possível um desvalor de ação. Nenhuma ação é plena de valor ou contrária ao valor por si mesma; ela sempre recebe seu valor ou desvalor por conta da sua referência a uma meta plena de valor ou contrária ao valor. Disso se segue que não há ações de ilícito, cujo desvalor não esteja referido a um bem jurídico; toda proibição jurídico-penal serve à proteção de um bem jurídico.<sup>968</sup>

Enquanto norma de determinação, o imperativo apenas poderia estimular ou dissuadir comportamentos humanos; ela não poderia impedir resultados, senão apenas impedir a atividade humana orientada à produção de tais resultados.

Ele concentra toda a sua atenção no desvalor da ação, como se vê.

Atente-se para a afirmação de Zielinski: "É possível denominar igualmente ilícito a mera realização do objeto de um juízo de valor primário, de uma lesão ao objeto do bem jurídico, sem ação simultânea contrária ao valor, mas, para o direito penal, isso carece de sentido."<sup>969</sup>

Não obstante esse ponto de partida, Diethart Zielinski argumentava que a realização do resultado empírico previsto no tipo - i.e., a consumação -, conquanto não fizesse parte do injusto (tipicidade/ilicitude), poderia ser tomada em conta por época do cálculo da pena.

Ele admitia que tentativa fosse sancionada com pena inferior à da

---

<sup>967</sup> Idem, p. 38.

<sup>968</sup> ZIELINSKI, D. *apud* SANCINETTI, Marcelo. *Op. cit.*, p. 39. Traduziu-se.

<sup>969</sup> Idem, p. 40. Traduziu-se.

consumação, eis que, em muitos casos, a necessidade de pena nos casos da tentativa seria inferior à necessidade de pena nos casos de consumação.<sup>970</sup>

Isso pode levar à impressão de que se cuida de mero problema de categorização. Melhor dizendo, a argumentação de Zielinski pode suscitar a sensação de que é um problema de saber qual a etiqueta correta ou qual a 'caixa' correta para se lançar determinado problema, o que não deixa de ser relevante.

Percebe-se, porém, que ele não chega a extrair das suas premissas todas as consequências dela decorrentes (a inexorável identidade de tratamento entre a tentativa perfeita e o crime consumado).

A ambição de Sancinetti é justamente explicitar, a partir das teses de Zielinski, todas as suas potenciais consequências. Ele pondera, a esse respeito, que "De todo modo, a investigação de Zielinski demonstrou - a meu juízo de maneira brilhante e indiscutível - que o desvalor do resultado não pode cumprir nenhuma função no conceito de ilícito. Se pode cumprir alguma função, teria que ser sempre no âmbito das condições de punibilidade."<sup>971</sup>

Marcelo Sancinetti argumenta que as únicas premissas válidas, nesse âmbito, são as de que (a) a norma penal seria essencialmente norma de determinação; (b) por conta disso, o desvalor gravitaria exclusivamente em torno da conduta realizada. Daí que ele conclua que o Direito Penal não poderia punir a consumação com uma sanção mais grave do que a tentativa perfeita respectiva.

Ele assevera, por sinal, que - a despeito da significativa revolução promovida pela obra de Hans Welzel -, o Finalismo manteve as mesmas causas de exclusão da ação já previstas pela teoria causalista. A modificação fundamental teria se operado no âmbito do injusto/ilícito; e esse nível de categorias é que deveria ter sido mais bem explorado pelo professor da Universidade de Bonn.

Se a norma é apenas a proibição de uma ação, ou bem, a imposição de uma ação (imperativo), então o conteúdo da infração à norma somente pode estar constituído por elementos definitórios da ação (daquilo que o autor pode decidir pela sua vontade), dentro do qual, por certo, não se encontra a situação de fato objetiva, e isto significa: nem o resultado da ação, produzido depois dela (a morte, no homicídio), nem as demais circunstâncias exteriores ao autor que acompanham a realização do tipo (o efetivo caráter alheio da coisa, no furto). Se o ilícito provém, ao contrário, da infração a uma norma de valoração, a resposta seria a contrária.<sup>972</sup>

---

<sup>970</sup> SANCINETTI, Marcelo. *Op. cit.*, p. 40.

<sup>971</sup> Idem, p. 41. Traduziu-se.

<sup>972</sup> Idem, p. 44. Traduziu-se.



Conquanto os eventos também possam ser valorados, a norma penal apenas poderia atingir as ações humanas - compreendidas enquanto atividades orientadas a um fim -, de modo que os resultados não poderiam compor o injusto, não poderiam majorar a reprovação criminal de determinado agir.

Marcelo Sancinetti diz que, muito embora se pudesse acolher a tese de que o Direito valora um estado de coisas (valoração primária), a norma penal apenas poderia reprová-la a conduta - isto é, a comissão ou a omissão - promovida por um agente determinado.

Mesmo que a norma penal valorasse a situação objetiva - de modo a compreender os resultados - isso não implicaria que ela poderia comandar resultados, eis que apenas pode dissuadir ou estimular condutas.<sup>973</sup> Essa é a razão pela qual Sancinetti se bate contra a obra de Günther Stratenwerth - texto que ele traduziu do alemão -<sup>974</sup> eis que aquele discípulo de Welzel atribuiu significativo peso para a produção do resultado indesejado.

Para Marcelo, "o conceito de norma de valoração pode fundar perfeitamente um conceito de ilícito circunscrito ao desvalor da ação, se é que se aceita o ponto de vista de que o juízo de valor a suportar pelo autor na pena não deve exceder o desvalor da vontade."<sup>975</sup>

Desse modo, o problema não estaria tanto na adoção de uma concepção imperativista ou meramente valorativa das normas (já que alguns defensores da teoria da norma como imperativo também aceitariam o exame da questão do resultado). O problema estaria, isso sim, na premissa valorativa - na definição daquilo que deveria ser sancionado/reprovado.

Ou seja, cuida-se de saber o que deve ser desvalorado pelo Direito. Sancinetti supõe que a resposta seja óbvia: apenas o conteúdo da intenção, contrária à norma, e manifestada na conduta, é que poderia ser alvo de censura penal.<sup>976</sup> Afinal de contas, *in maleficiis voluntas spectatur, non existus*.

Para tanto, ele promove uma argumentação *contra legem*, eis que a maioria dos Códigos Penais comina penas distintas para crimes tentados, quando

---

<sup>973</sup> Idem, p. 45.

<sup>974</sup> STRATENWERTH, Günter. **Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho Penal**. 2. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Marcelo A. Sancinetti e Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

<sup>975</sup> SANCINETTI, Marcelo. **Op. cit.**, p. 46.

<sup>976</sup> Idem, p. 47.

confrontados com os mesmos delitos, quando consumados.<sup>977</sup>

Sancinetti supõe que a valoração do resultado, no âmbito da teoria do injusto penal, seria reflexo de certo atavismo - algum pensamento mítico - que teimaria em permanecer no âmbito da teoria jurídica contemporânea.

Para defesa dessa tese, ele necessariamente deve refutar o argumento de que a diferença entre crimes consumados e crimes tentados seria uma garantia liberal, indissociável do postulado do *harm principle*, desenvolvido por S. Mill.

Ora, o penalista argentino enfatiza que, partindo dos mesmos postulados liberais, Santiago Nino e Mir Puig teriam chegado a conclusões muito distintas entre si. Para Carlos Santiago Nino, o Estado não poderia punir alguém exclusivamente por conta dos aspectos anímicos da sua conduta; enquanto que Mir Puig teria atribuído grande peso justamente para esses elementos.

Ambos teriam se ancorado, como premissa, no conceito de Estado de Direito. Ainda assim, as conclusões sobre a configuração do ilícito/injusto seriam diversas; o que leva Sancinetti a afirmar que não se poderia deduzir uma específica estrutura normativo-penal do construto 'Estado de Direito'.<sup>978</sup>

Tanto haverá totalitarismo em um Estado que puna criminalmente todos os resultados lesivos, sem atentar para a culpabilidade do agente, quanto também haverá fascismo em um Estado que puna todas as intenções lesivas, sem examinar as condutas efetivamente realizadas.<sup>979</sup> Ele diz ser incabível derivar a conclusão de que o dolo compõe a tipicidade do fato de a Espanha ser um Estado de bem estar social, dado que o modelo político não afetaria o conceito-analítico de delito.

Segundo a sua análise, "Se somente se pode reprovar uma decisão de vontade, e, por sua vez, somente se pode reprovar o que seja ilícito - é dizer: se o ilícito é pressuposto e objeto de referência da culpabilidade -, então, não pode haver nada, no ilícito, que não seja um certo objeto que possa ser inteiramente atribuído ao autor: uma decisão de vontade."<sup>980</sup>

Para Sancinetti, a tentativa inidônea deve ser crime.<sup>981</sup> E isso revela que, de fato, a sua preocupação é mesmo com o desvalor da conduta. Ele não chega a

<sup>977</sup> No caso argentino, isso é regulado pelo art. 44 do Código Penal. Sancinetti argumenta, todavia, que cabe à dogmática penal criticar os fundamentos da legislação vigente, não podendo adotar o Direito positivado como sendo um inexorável ponto de partida para suas reflexões.

<sup>978</sup> SANCINETTI, Marcelo. *Op. cit.*, p. 55-56.

<sup>979</sup> *Idem*, p. 56.

<sup>980</sup> *Idem*, p. 63. Traduziu-se.

<sup>981</sup> *Idem*, p. 63, em nota de rodapé.

examinar, todavia, a solução para o caso dos crimes putativos, eis que também nessas hipóteses alguém poderia imaginar uma rebelião contra a ordem jurídica (desvalor de vontade), conquanto não haja ofensa ao bem jurídico tutelado.

Fica nítido que essa concepção amplia a repressão penal!

Ele cita, nesse rastro, a obra de Oskar Adolf Germann: "Não teria nenhum sentido ordenar ao homem: você não deve produzir tal e tal resultado! Pois a produção do resultado depende de uma séria de fatores (condições) que estão fora do âmbito de poder do homem respectivo; ao contrário, apenas se pode ordenar: você não deve querer produzir o resultado!"<sup>982</sup>

Isso parece lembrar aquela fala de Donald Davidson, para quem o homem não faz mais do que mover seu corpo; todo o resto é com a natureza!<sup>983</sup> O problema é que o exame de Germann não resolvia o problema, porquanto apenas o deslocava: o sujeito controla o seu próprio querer? Anote-se que, conquanto Freud tenha defendido a responsabilidade moral pelos estados inconscientes,<sup>984</sup> ele também enfatizou que ninguém efetivamente controla toda a sua psique.

Melhor dizendo, caso a responsabilidade criminal apenas possa atingir os elementos sob controle do agente, ela não pode olvidar que sequer a vontade - desejo da produção do resultado - é dominado pelo autor. Como tudo o mais, o dolo também é fruto de pulsões, desejos, traumas e idiosincrasias várias.

De todo modo, o professor argentino advoga que a atribuição de peso aos resultados empíricos, no âmbito da teoria do injusto, seria retrato de concepções míticas, primitivas, que permaneceriam impregnadas no senso comum, diluídas coletivamente e acolhidas, quase que sem reflexão, pela dogmática penal.

Isso parece afrontar a concepção de que não há crime sem resultado - *harm principle* -, apontada como uma garantia liberal, própria a um Estado secularizado. Marcelo acredita que o desvalor da intenção - e desvalor apenas da intenção! - seria

<sup>982</sup> GERMANN, Oskar Adolf *apud* SANCINETTI, Marcelo. **Op. cit.**, p. 65. Traduziu-se. Sobre a obra de Germann, leia-se também SCHLEIDER, Tobías J. **Acción y resultado: un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal**. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011, p. 97-98.

<sup>983</sup> "We never do more than move our bodies; the rest is up to nature." Ou melhor, "Nós devemos concluir, talvez com um tanto de surpresa, que nossas primitivas ações, as únicas que nós fazemos sem antes fazer alguma outra coisa, são os movimentos do corpo - essas são todas as ações que existem. Nós nunca fazemos mais que mover nossos corpos, o resto é com a natureza." DAVIDSON, Donald *apud* MOYA, Carlos J. **The philosophy of action: an introduction**. Cambridge: Polity Press, 1990, p. 41. Traduziu-se.

<sup>984</sup> Leia-se 'A responsabilidade moral pelos sonhos'. FREUD, Sigmund. Alguns complementos à interpretação dos sonhos *in* FREUD, Sigmund. **O eu e o ID, autobiografia e outros textos (1923-1925)**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 324-334.

a mola propulsora de um Direito Penal menos violento.<sup>985</sup>

Assim, o jurista argentino promove uma disjunção entre responsabilidade penal objetiva, de um lado, e direito penal fundado na intenção, de outro. E aposta suas fichas nesse último, ao argumento de que a consideração do resultado eclodiria inexoravelmente em uma responsabilização versarista.

Sancinetti argumenta, nessa toada, que o desvalor do resultado, no âmbito do Direito Penal, decorreria de uma crença fervorosa, irracional, de que o dano seria manifestação de algum pecado, a ser atribuído ao autor. Melhor dizendo, quanto duas pessoas hajam realizado exatamente a mesma conduta - e apenas uma delas tenha logrado êxito em produzir o resultado desejado - a consumação revelaria certa orquestração do mundo (denotando maior 'pecado' ou maior malefício por parte daquele que houvesse obtido a consequência almejada, como se o universo houvesse conspirado em seu desfavor).

Ele argumenta que esse 'mito do resultado' teria duas projeções principais.

A primeira seria a função material do resultado - i.e., a suposição de que o resultado seria componente do injusto -; e a segunda seria a suposição de que o resultado teria efeitos probatórios, de modo a permitir a inferência do dolo.<sup>986</sup>

Santiago Mir Puig disse, por exemplo, que o crime consumado demandaria pena superior ao crime meramente tentado, na medida em que o resultado permitiria a demonstração do dolo do agente.<sup>987</sup> É como se o juiz pensasse: 'se o sujeito produziu o resultado 'x', é porque tinha dolo de fazê-lo!', o que retrata o antigo postulado *facta lesionae praesumitur dolo, donec probetur contrarium*.

Essa presunção não se coaduna com um Direito Penal de índole liberal, que reconheça a dignidade humana. De todo modo, Marcelo Sancinetti destaca que a sua tese não examinará, com maiores detalhes, a questão processual.

Esse 'mito probatório do resultado', suposto como prova quase automática do dolo, encontra-se presente na obra de Mariano H. Silvestroni, como se percebe do excerto abaixo:

Parece-me adequado outorgar ao resultado ou à lesão efetiva do bem jurídico o efeito de agravar normativamente o desvalor do evento delitivo. Fundamento esta posição nas seguintes considerações:

a) Razões vinculadas à essência do garantismo penal justificam o

<sup>985</sup> SANCINETTI, Marcelo. *Op. cit.*, p. 67.

<sup>986</sup> Idem, p. 69. Leia-se também SCHLEIDER, Tobías J. *Op. cit.*, p. 104.

<sup>987</sup> SANCINETTI, Marcelo. *Op. cit.*, p. 70, em nota de rodapé.

estabelecimento de uma escala penal diferenciada para a tentativa. Como já temos visto (supra, VII, 1), o sistema de garantias deve operar como um contrapeso aos riscos inerentes à existência de um Estado e de um sistema pena. Dissemos que as garantias podem ser justificadas não somente partindo de uma petição de princípio, senão também como resultado de um balanço de utilidade: os custos para os direitos individuais são menores quando vigoram certas garantias e maiores quando estas não existem. (...) O que pretendo destacar é que existem delitos mais difíceis de provar que outros e os primeiros constituem um risco maior à média, dentro do risco inerente à existência do próprio sistema penal. Quando esse risco supera os limites racionalmente toleráveis, a restrição que geral à liberdade é inconstitucional; no geral, isso acompanha a violação de alguma outra garantia substantiva ou processual; por exemplo, é provável que a dificuldade de se provar um delito eminentemente subjetivo acompanhe uma violação do princípio do fato ou da lesividade, o que gera, por sua vez, uma violação do princípio constitucional do *in dubio pro reo*. Mas nem todos os riscos desse tipo são intoleráveis desde a ótica das garantias e é possível reconhecer a existência de graus dentro dos limites toleráveis. Dentro desse espectro do tolerável, não resta dúvida alguma de que a prova do delito consumado é mais simples do que a prova do delito tentado e que, por consequência, o risco matemático de erro judicial é menor a respeito das consumações do que a respeito das tentativas. Esse dado torna razoável a atenuação da reação punitiva a respeito da tentativa e, desse modo, compensar o risco gerado pela própria estrutura típica. Parece-me que este é um bom argumento para justificar uma escala menor para a tentativa quando confrontada com o delito consumado.

É que, como foi dito ao começo, no momento de se desenhar a estrutura do sistema penal deve ser promovido um balanço de utilidades de modo total a assumir os menores riscos para a liberdade das pessoas. Nesse desenho, o estabelecimento de uma escala penal menor para a tentativa contribui para um resultado final melhor, porque diminui o custo de um possível erro judicial em um âmbito (a prova do delito tentado) no qual esse erro é mais provável.<sup>988</sup>

Silvestroni supõe que o crime tentado deva sofrer uma pena inferior àquela cominada ao crime consumado, eis que a prova desse último seria mais fácil. Por conseguinte, a probabilidade de erros judiciários seria maior quando em causa delitos meramente tentados, o que justificaria a redução da pena.

Mariano advoga a premissa de que a sobrevivência do resultado lesivo facilitaria a prova do dolo. Mas essa suposição é discutível, eis que - mesmo quando presente um determinado resultado -, pode permanecer a dúvida a respeito da presença de dolo, apenas suscetível de análise mediante abdução.<sup>989</sup>

<sup>988</sup> SILVESTRONI, Mariano H. **Teoría constitucional del delito**. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 250-251. Traduziu-se.

<sup>989</sup> Ou seja, o dolo apenas pode ser demonstrado a partir de um exame de indícios, o que não significa que possa ser presumido. "Se é verdade que na investigação da subjetividade do agente, o fato externo é que indica o elemento interno, isto não quer dizer que o dolo possa ser presumido. O juiz deverá se convencer da ocorrência do dolo, ainda que, para tanto, deva se basear em elementos objetivos. Estes dados objetivos devem estar provados e convencer o julgador, sem margem de dúvida, sobre qual era a intenção do acusado. A inferência do elemento subjetivo a partir de dados

É fato que não há 'linguagem privada', como dizia o 'segundo' Wittgenstein - questão que será detalhada adiante, com o exame da ação comunicativa. Mas igualmente certo que o sistema jurídico não pode simplesmente supor a presença de dolo, pelo fato de determinado resultado lesivo ter ocorrido!

Essa é a análise no que releva à questão processual.

Por outro lado, no que toca ao pretense 'mito primário do resultado,' a concepção resultadista seria retrato de uma visão atávica, mítica da responsabilidade penal: '*versanti in re illicita impunatur omnia quae ex delicto sequuntur.*' A lógica das Ordálias ainda estaria presente no Direito moderno - segundo a tese de Marcelo Sancinetti.

Com esse pano de fundo, ele discorre sobre as obras de Carlos Santiago Nino, Jaime Malamud Goti, Juan Bustos Ramírez, Bacigalupo e Zaffaroni. De certo modo, o grande antagonista da sua tese é mesmo Santiago Nino, quem buscou associar a concepção resultadista com o conceito de Estado de Direito.

Santiago Nino desenvolveu a teoria da *enantiotelidad* (sinônimo de antijuridicidade) enfatizando que o ponto de partida deveria ser a distinção entre Direito e moralismo.<sup>990</sup> O resultado deveria ser tomado em conta, eis que haveria uma diferença entre colocar um bem jurídico sob perigo e efetivamente agredi-lo.

Vale a pena transcrever a análise de Nino, como segue:

O princípio de que a aplicação do Direito Penal deve tomar em conta se a ação, no caso particular, foi uma das quais a lei trata de dissuadir, implica - quando esse direito tem por objeto a prevenção de ações prejudiciais ou perigosas - uma condição adicional da responsabilidade penal que pode ser formada como segue: uma ação é punível somente quando causa o dano ou o perigo que a lei está destinada a inibir. Este requisito é semelhante àquele estabelecido, no Direito Civil, pela teoria do 'alcance da norma' (cuja variante é a doutrina alemã *Schutzzweck der Norm*). No direito penal este requisito tem sido expressamente reconhecido pelo Código Penal modelo da *American Law Institute*.  
À falta de melhor nome, resolvi qualificar as ações que a lei está destinada a prevenir ou, em outras palavras, que vão contra a política ou o propósito central da lei respectiva, de enantiotéticas (do grego

---

objetivos não significa que o dolo seja presumido." BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. SP: RT, 2.003, p. 307.

<sup>990</sup> Anote-se que o art. 19 da Constituição argentina dispõe que o mero moralismo não pode ser tutelado penalmente. Confira-se: "As ações privadas dos homens que, de nenhum modo, ofendam a ordem e a moral pública, nem prejudiquem terceiro, estão somente reservadas a Deus, e isentas da autoridade dos magistrado. Nenhum habitante da Nação será obrigado a fazer o que não manda a lei, nem privado do que ela não proibe." Anote-se ainda a opinião de Tobias Schleider, quando diz que "Nino refere que a mera imoralidade de um ato não é razão suficiente para justificar que o direito interfira com sua realização, é uma das que formulam no marco da discussão sobre as relações entre direito e a moral." SCHLEIDER, Tobías J. *Op. cit.*, p. 107, traduziu-se.

enantíos - contra e telos - finalidade, objetivo, propósito). Como substantivo abstrato para a propriedade correspondente usarei o termo '*enantiotelidad*', e, em consequência, ao princípio proposto o chamarei de princípio da enantiotelidade.

O princípio não requer diretamente que uma ação punível seja prejudicial ou perigosa, senão que seja uma das quais a lei está destinada a prevenir. Como disse, a primeira exigência mais específica é uma consequência do princípio quando este é aplicado a uma legislação penal que satisfaça (ou se possa interpretar de modo a satisfazer) o requisito liberal de que as leis devem estar destinadas a prevenir somente as ações danosas ou perigosas para terceiros. A formulação mais genérica do princípio nos permite aplicá-lo inclusive quando a legislação trate de dissuadir ações que não prejudiquem terceiros. Às vezes, sem embargos, assumirei que a legislação penal está destinada a inibir ações danosas e falarei de 'lesividade' como equivalente à 'enantiotelidade'.

Quero destacar que o conceito de *enantiotelidad* cumpre muitas das funções também realizadas pela noção de antijuridicidade na teoria continental do delito. Não se trata de mera coincidência, senão o resultado de que, ao introduzir aqui o conceito, o faço sob o impulso da ideia de que a noção de antijuridicidade tem aspectos que merecem ser destacados e que, desde que depurada adequadamente, pode exercer um importante papel na teoria do delito. Substituirei 'antijurídico' por 'enantiotélico' e 'antijuridicidade' por 'enantiotelidade' porque os termos usados pela teoria continental do delito não expressam de modo inequívoco a ideia de oposição ao propósito ou política das normas penais.<sup>991</sup>

Vê-se que o constitucionalista e também penalista argentino Carlos Santiago Nino atribuía significativo peso para o resultado, na medida em que - amparando-se no postulado liberal da *harm principle*<sup>992</sup> - argumentava que o Direito Penal não poderia reprimir meras intenções delitivas (*cogitaciones poenam nemo patitur*).

Marcelo Sancinetti critica, porém, o que ele denomina de '*silogismo de correspondência*' - isto é, essa pretensa conexão direta entre Estado de Direito e a tese resultadista -, dado que o fato de o Estado ser laico não implica que o crime consumado deva ser punido com pena superior ao crime meramente tentado.<sup>993</sup>

O penalista argentino, autor de *teoría del delito y disvalor de acción*, também critica a concepção de Jaime Malamud Goti, um teórico finalista, justamente por não ter desenvolvido, até o seu extremo, as premissas welzelianas bem lançadas na sua própria obra, escrita em 1976.<sup>994</sup>

No seu entender, a concepção resultadista estaria fundada no seguinte

<sup>991</sup> NINO, Carlos Santiago. **Los límites de la responsabilidad penal**: una teoría liberal del delito. Buenos Aires: Astrea, 1980, p. 324-327. Traduziu-se.

<sup>992</sup> A respeito do *harm principle*, leia-se MILL, John Stuart. **Utilitarianism, on liberty, considerations on representative government** (edição conjunta). Londres: Everyman, 2001, p. 143-164. Confira-se também HART, Herbert L.A. **Punishment and responsibility**: essays in the philosophy of law. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press of New York, 2009, p. 113-135.

<sup>993</sup> SANCINETTI, Marcelo. **Op. cit.**, p. 82.

<sup>994</sup> Idem, p. 96-100.

imperativo: "Tu realizas esta ação, se quizeres, mas, se depois causares um resultado desvalioso, te sancionarei e aí verás de que ação unicamente eu queria prevenir-te e dissuadir-te de que a praticasses."<sup>995</sup>

Ele reputa, todavia, que essa não seria a melhor compreensão das coisas.

Os 'súditos' – e o emprego dessa palavra 'súditos' decorre da teoria imperativa das normas! - não saberiam o que estaria proibido, eis que, em alguma medida, o resultado não seria totalmente controlável (haveria sempre algum componente randômico na sua produção). Ademais, Marcelo A. Sancinetti também critica essa concepção resultadista, por não explicitar a razão pela qual a tentativa deveria ser punida (pois nela não há o resultado previsto no tipo).

Mas Marcelo não leva em consideração que as tais concepções resultadistas são teorias mistas - atribuem peso ao desvalor do resultado, e também ao desvalor da intenção -, eis que dificilmente algum teórico sustentaria uma concepção exclusivamente causal (ao estilo 'causou o resultado, logo é crime!').

E, cuidando-se de concepção mista (resultado+intenção), não parece haver maior problema em se reconhecer a responsabilidade penal de alguém pela tentativa delitativa, ao mesmo tempo em que se advoga penas distintas para a tentativa perfeita e o crime consumado. Nesse âmbito, Sancinetti equivoca-se.

Não há razão para se optar entre desvalor do resultado e desvalor da ação, eis que as teorias mistas são igualmente defensáveis. Marcelo alude, para tanto, a uma norma que dispusesse 'ninguém pode morrer' - norma que ele supõe estar na base da concepção resultadista. Isso seria inconcebível, eis que o Direito apenas pode dissuadir condutas, jamais resultados (em si considerados). Ele retoma, constantemente, o argumento de que a própria teoria da norma - concebida como imperativo - impediria um tratamento diferente entre os crimes consumados e os crimes tentados (tentativa perfeita).

Com uma pesquisa bastante densa, o mencionado penalista argentino assevera, por outro lado, que um Direito Penal fundado exclusivamente no exame da intenção do agente não teria notas totalitárias, ao contrário do que comumente se imagina. Isso não levaria a um direito penal do autor, sustenta Marcelo Sancinetti.<sup>996</sup>

Ele argumenta que o dolo direto de primeiro grau não seria necessariamente

---

<sup>995</sup> Idem, p. 83. Traduziu-se.

<sup>996</sup> Idem, p. 89.



mais grave do que o dolo eventual.<sup>997</sup> Isso significa que ele não chega a ofertar alguma métrica para avaliar as intenções delitivas.

O interessante é ter em conta que o próprio Sancinetti condiciona a aplicação da pena à demonstração de que a intenção do agente teria se manifestado, de algum modo, na sua conduta.<sup>998</sup> Não bastaria a mera deliberação, dado que *cogitationes poenam nemo patitur*, repita-se.

Todos os crimes deveriam ser convertidos, de certa forma, em delitos de mera conduta. Ao mesmo tempo, porém, ele reconhece o desvalor de resultado enquanto condição de punibilidade, no que toca aos crimes imprudentes.<sup>999</sup>

Para Marcelo, "O objeto de valoração da norma, e o objeto de sua determinação, constituem, portanto, cada decisão de vontade; e apenas isso. Os detalhes da fundamentação desta consequência não pode ser explicados, pelo momento, mais de perto."<sup>1000</sup>

Ele diz ainda que "a opinião de que a consumação agrava o ilícito - vigente no pensamento da maioria - se encontra sacramental e dogmaticamente apoiada na ideia, que aparece em Malamud ao início desse argumento, de que isso é o que distingue a moral do direito."<sup>1001</sup>

Repise-se que ele acredita que o desvalor do resultado teria origem em um pensamento mítico, irracional, ainda presente na cultura contemporânea.<sup>1002</sup> Ao invés de examinarem apenas o desvalor da própria conduta, os teóricos seriam estimulados a aferir se a 'má intenção' teria se convolado em resultado lesivo, caso em que a sanção deveria ser maior.

---

<sup>997</sup> Idem, p. 92.

<sup>998</sup> Idem, p. 101.

<sup>999</sup> Idem, p. 291-295. Por conseguinte, Sancinetti não consegue abrir mão, totalmente, do desvalor do resultado. Do contrário, a conduta de ultrapassar o sinal vermelho, no trânsito, deveria ser punida da mesma forma quando causa um homicídio, quando causa uma lesão corporal e quando não causa nenhum dano (dado que a conduta é exatamente a mesma, em todos esses três casos). Essa consequência seria intolerável. E isso evidencia as deficiências de uma fundamentação penal escorada exclusivamente no desvalor da ação, mantida a coerência rigorosa com as premissas. Repita-se: Marcelo Sancinetti também diferencia as consequências jurídicas devidas aos casos em que tenha sobrevivido o resultado e os casos em que o agente tenha simplesmente violado o dever de cautela, mas sem gerar danos para terceiros.

<sup>1000</sup> Idem, p. 101. Traduziu-se.

<sup>1001</sup> Idem, p. 103. Traduziu-se.

<sup>1002</sup> Ele socorre-se, para tanto, de uma obra sociológica de Hans Kelsen, publicada inicialmente em 1943, a fim de evidenciar que o pensamento mítico supunha certa conspiração do universo, não dissociando totalmente causalidade e imputação, dada a prevalência dos elementos emotivos e irracionais. Cuida-se, porém, de um exame eurocentrista, que atribui significativo peso para a 'razão calculadora instrumental'. Leia-se KELSEN, Hans. **Society and nature: a sociological inquiry**. Chicago: The University of Chicago Press, 1943, p. 3-17.

Ele questiona, desse modo, "De onde provém o preconceito de que aquilo que ocorre depois da ação pode convertê-la, retroativamente, em contrária ao direito (delitos imprudentes) ou em mais contrária ao direito (delitos dolosos)?"<sup>1003</sup>

Na sua análise, "Ocorre que nem todas as condições causais são culpáveis, nem todas as culpas produzem um resultado. Quando se castiga mais a quem produz o resultado (quicá porque a vítima, desafortunadamente, moveu a cabeça), se lhe está imputando 'a culpa' de todas as outras causas (aquelas que não dependem dele)."<sup>1004</sup>

Marcelo Sancinetti socorre-se também da análise de Wifried Hassemer:

Qualquer sistema jurídico-penal supõe uma diferença decisiva se um homem morre porque uma árvore cai sobre ele de um modo acidental ou porque alguém a cortou exatamente no momento em que passava por ali: no primeiro caso não se pode imputar jurídico penalmente (ainda que se possa mágica ou ritualmente) a morte. Mas também há uma importante diferença jurídico penal se, em nossa cultura jurídica, é feita a distinção, desde o ponto de vista do autor, entre que a árvore caia porque alguém a cortou intencionalmente para matar a outrem ou simplesmente pelo descuido do lenhador. Se apenas se pergunta pelo que tem passado, a diferenciação entre um e outro caso é irrelevante, já que em ambos casos ocorre o mesmo. Se a árvore cortada com intenção de matar alguém, apesar disso não o faz, para uma cultura jurídica estritamente orientada pelo fato não será racional reagir jurídico penalmente. Um direito penal consequentemente orientado pelo fato tratará com rigor ao delinquente por imprudência, não pode diferenciá-lo do delinquente doloso. Somente a orientação ao autor coloca em relevo essa diferença e somente ela faz compreensível a razão pela qual o Direito penal tem que ocupar-se da tentativa.<sup>1005</sup>

Daí que, para Sancinetti, haveria uma íntima conexão entre a concepção resultadista - i.e., a concepção que atribui peso para o desvalor do resultado - e o retributivismo. Ambos teriam em comum certo conteúdo mítico, mágico.

Mas ele não tem em conta que esse carácter retributivista se mantém, quando se considera apenas o desvalor da ação. Um Direito Penal do dever, fundado exclusivamente no desvalor da 'má vontade', não deixa de ser mítico e irracional. Talvez o problema não esteja tanto em priorizar o desvalor do resultado ou o desvalor da ação; o problema está na própria punição, sob certo aspecto.

<sup>1003</sup> SANCINETTI, Marcelo. *Op. cit.*, p. 116. Traduziu-se.

<sup>1004</sup> Idem, p. 128. Traduziu-se.

<sup>1005</sup> HASSEMER, Winfried *apud* SANCINETTI, Marcelo. *Op. cit.*, p. 129.

O sistema jurídico é dotado grande dose de irracionalidade.<sup>1006</sup>

O jurista argentino desenvolve, de todo modo, a partir dessa premissa - i.e., a de que apenas o desvalor da ação deveria ser tomado em conta pelo Direito Penal - uma densa tese, examinando as repercussões que isso suscitaria quanto às demais categorias do conceito analítico do delito.

Ao que releva, porém, para a presente investigação, o exame já promovido da sua obra revela-se suficiente. É o caso de confrontá-la com o problema da sorte moral, alvo do denso estudo de Tobias J. Schleider.

#### 5.4. Breves considerações sobre o problema da sorte moral:

Tobias Schleider depara-se com problemática semelhante àquela que tanto intrigou Sancinetti. Ele se preocupa com o problema da 'sorte moral' (*moral luck*); ou seja, ele questiona em que medida fatores randômicos, não totalmente controláveis, poderiam influenciar a avaliação moral ou ética de determinada conduta.

Cuida-se, pois, da mesma questão tratada acima.

Em que medida a pena cominada à tentativa perfeita poderia ser inferior àquela cominada ao mesmo crime, quando consumado? Para responder essa questão, Tobias Schleider promove um exame denso, tomando como ponto de partida alguns *insights* proporcionados pela filosofia da ação.

Ele discorre, tanto por isso, sobre o princípio da materialidade - pelo qual o Direito Penal fica interdito de reprovar meros estados psíquicos, quando não exteriorizados em comportamentos efetivos -, discorre sobre o princípio da lesividade (*nulla poena sine iniuria*) e sobre o princípio da culpabilidade (que ele examina, porém, associando-o à questão da voluntariedade da conduta).<sup>1007</sup>

À semelhança de M. Sancinetti, Tobias Schleider promove o seu estudo atentando para a contraposição entre desvalor de ação e desvalor de resultado; traduzindo isso como o debate entre o subjetivismo e o objetivismo penal.<sup>1008</sup>

<sup>1006</sup> No fundo, o problema está justamente na suposição de que a repressão criminal logre êxito em proteger bens jurídicos ou estimular/dissuadir condutas. Há muita irracionalidade no funcionamento do sistema de justiça criminal, como bem evidencia Zaffaroni. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 4. ed. Tradução de Vania Romano Pedrosa e outro. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 26-27.

<sup>1007</sup> SCHLEIDER, Tobias J. **Acción y resultado: un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal**. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011, p. 23.

<sup>1008</sup> Idem, p. 24. Sobre a teoria da norma, leia-se ainda SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Normas y acciones en Derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2013, p. 20 e ss.

Por um lado, os subjetivistas radicais argumentam, no geral, que as consequências das ações podem escapar do domínio do agente. Ou seja, os resultados sobrevêm também por conta de questões randômicas.

Em muitos casos, a sobrevivência do resultado pode depender de fatores aleatórios, alheios ao domínio do agente. E, diante disso, por força do postulado da isonomia, não se poderia tratar de forma distinta o agente que efetivamente tenha logrado êxito, consumando o crime, e aquele outro que - tendo realizado exatamente a mesma conduta -, por fatores azarosos não o houvesse feito.

Os subjetivistas extremados argumentam que o Estado de Direito exigiria, segundo esse prisma, que a responsabilização somente ocorresse quanto aos eventos promovidos sob condição de controle (sob domínio efetivo), de modo que não se poderia tratar mais gravemente o crime consumado do que o crime tentado. Tudo deveria se converter em crime de mera conduta.

Essa é a concepção de Marcelo Sancinetti, sintetizada acima.

Tobias examina, nessa toada, o problema da sorte moral, um problema ético inicialmente perscrutado por Bernard Williams<sup>1009</sup> e Thomas Nagel.<sup>1010</sup> Como diz Schleider, "Entende-se por sorte moral, a grandes traços, aqueles casos nos quais a responsabilidade é atribuída a um agente sobre a base de fatores (ao menos em parte) azarados."<sup>1011</sup>

O problema é que a teoria subjetiva radical - ao recusar peso moral ao desvalor do resultado - parte da premissa de que a responsabilização apenas poderia ocorrer quanto àquilo que esteja sob controle absoluto do agente. E, com isso, ela desconsidera que não há como ter esse grau de domínio; afinal de contas, o agente não comanda a sua própria compleição psíquica.

Não há como ter controle absoluto da própria conduta!

Por coerência, uma concepção que exigisse dito 'comando total' dos resultados deveria advogar a supressão da sanção criminal. Como sabido desde Sigmund Freud, as manifestações da consciência são fruto de traumas, complexos, pulsões - elementos que influenciam qualquer tomada de decisão. Controle absoluto é apenas uma ilusão, eis que, repita-se, o agente não controla a sua constituição como sujeito; ele não controla seu próprio querer.

<sup>1009</sup> WILLIAMS, Bernard. **Moral luck**: philosophical papers 1973-1980. Londres: Cambridge University Press.

<sup>1010</sup> NAGEL, Thomas. **Mortal questions**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979, p. 24 e ss.

<sup>1011</sup> SCHLEIDER, Tobias J. **Op. cit.**, p. 24. Traduziu-se.

Schleider propõe que essa 'condição de controle' seja redefinida:

Em definitivo, proponho uma reformulação da condição de controle. Como não se pode pretender um controle total, isto é, que o agente aporte uma condição suficiente para produzir o resultado, ela tem que ser esmaecida. Talvez possa ser reinterpretada no sentido de que requer que seja colocada uma condição contribuinte (é dizer, uma condição necessária de uma condição suficiente) do resultado, somada a um conjunto de circunstâncias ordinárias.<sup>1012</sup>

Para equacionar o problema, Tobias Schleider examina a questão da ação humana, no âmbito da filosofia, bem como o problema da produção do resultado (problemas quanto ao nexos causal; problemas quanto à sorte etc.).

Ele diz não ser "certo que os resultados das ações se devam sempre ao azar, pois isso obrigaria a postular tanto um conceito de ação (puramente subjetivo) como um conceito de controle (absoluto ou total), os quais resultam inviáveis."<sup>1013</sup>

Isso não impede que se construa um Direito Penal fundado apenas no desvalor da ação; trata-se de uma opção política, não implicada por uma pretensa natureza das coisas. Afinal de contas, do contrário, incorrer-se-ia na falácia naturalista (tentar extrair o dever-ser, do ser).

Uma versão mais débil poderia partir da afirmação de que, quando um resultado desejado não se realiza, isso pode ser devido a fatores fora do controle do agente. E que, em tais casos, não corresponderia que aquele que não logrou seu cometimento se beneficiasse do evento fortuito que impediu o seu dano final: seu castigo deveria ser como aquele previsto para o delito consumado.<sup>1014</sup>

Ele tem em conta, portanto, a diferença entre uma análise conceitual e a análise normativa. A análise conceitual busca delimitar o sentido de uma expressão, com o fim de que se possa aprender algo importante sobre o seu referente. A análise normativa busca justificar determinadas práticas sociais.<sup>1015</sup>

Haveria uma diferença entre dizer como as coisas são; e dizer como elas devem ser! Cuida-se da diferença entre descrever uma pretensa natureza das

<sup>1012</sup> Idem, p. 25. Traduziu-se.

<sup>1013</sup> Idem, p. 27. Traduziu-se.

<sup>1014</sup> Idem, ibidem. Traduziu-se.

<sup>1015</sup> Essa é uma distinção kelseniana: a diferença entre descrever uma norma e criticá-la. De certo modo, supõe-se, com isso, que seja possível a descrição neutra, isenta, de uma norma jurídica (o que é absolutamente questionável!). Com lastro nessa distinção é que Tobias Schleider critica, por exemplo, a teoria de Luigi Ferrajoli, argumentando que ele teria confundido esses planos de análise. SCHLEIDER, Tobias J. *Op. cit.*, p. 34.

coisas, de um lado, e a conduta de propugnar como as coisas devem ser tratadas, de outro. E a questão da sorte moral situar-se-ia nesse último âmbito.

Ele aduz que "Costuma-se definir o caso central do castigo penal como aquele que envolve a inflição de um mal e outras medidas normalmente consideradas não agradáveis, impostos como consequência da realização de um delito a quem é considerado seu autor, por parte de um órgão do sistema jurídico que configurou esse delito."<sup>1016</sup>

Tobias Schleider versa sobre as teorias da pena - retributivistas e preventivas<sup>1017</sup>-, concluindo que a retribuição deveria ser compreendida, quando muito, como mero limite das sanções cominadas, mas jamais como o seu fundamento. Não se pode punir sem culpabilidade; conquanto se possa deixar de punir a despeito da existência de culpabilidade.

Ele assevera que "A imposição da pena é a confirmação da seriedade da ameaça abstrata sempre com o limite (relativo no extremo inferior do contínuo) da culpabilidade. Ademais, a aplicação da pena serve à prevenção especial. A fase da execução, por último, aporta à confirmação dos fins anteriores, de forma que tenda à ressocialização do delinquente, como forma de prevenção especial."<sup>1018</sup>

Cuida-se daquele conhecido embate entre o postulado '*punitur quia peccatum est*', de um lado, e o '*punitur ne peccetur*', de outro. Mas, mesmo abstraindo-se isso, o fato é que "Os atos suscetíveis de serem desestimulados pelas normas positivas devem ser aqueles que tenham sido exteriorizados."<sup>1019</sup>

Nenhum dano, qualquer que seja a sua essência, pode ser considerado penalmente relevante senão como efeito de uma ação humana. Então, os delitos abarcarão, no fundamental, às ações materiais, físicas: empiricamente observáveis e, assim, descritíveis pela lei penal com base em fatos e não em valores, epxressáveis

<sup>1016</sup> Idem, p. 36. Alf Ross criticou essa concepção - a rigor, cuida-se de crítica contra o conceito de Herbert Hart - ao argumento de que ele não teria incluído a exigência de que a medida punitiva seja a expressão de uma desaprovação frente à transgressão da regra jurídica; o que permitiria distinguir, em um plano abstrato, a multa fiscal e imposto, bem como, permitiria diferenciar a pena criminal e a medida de segurança. Confirma-se em SCHLEIDER, Tobias J. **Op. cit.**, p. 37, em nota de rodapé. Leia-se também ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 2. ed. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007, p. 77 e ss.; ROSS, Alf. *Finalidad del castigo in CARRIÓ, Genaro (org.). Derecho, filosofia y lenguaje*. Buenos Aires: Astrea, 1976, p. 151-192.

<sup>1017</sup> Roxin diferencia essas teorias, argumentando que, enquanto a prevenção especial busca auxiliar o autor de um crime (ressocializando-o, reeducando-o etc. - Teoria da Nova Defesa Social), a retribuição teria a meta de prejudicá-lo. ROXIN, Claus. **Strafrecht allgemeiner Teil**. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. ed. Munique: Verlag C.H. Beck, 2006, p. 87-90.

<sup>1018</sup> SCHLEIDER, Tobias J. **Op. cit.**, p. 47. Traduziu-se.

<sup>1019</sup> Idem, p. 49. Traduziu-se.

mediante asserções suscetíveis de serem refutadas.<sup>1020</sup>

Ao que releva - ao contrário de Marcelo Sancinetti -, Tobias Schleider atribui significativo peso para o postulado *nulla poena sine iniuria*. Não há crime sem a ocorrência de um dano; exige-se, quando menos, a colocação em perigo do bem jurídico tutelado pela norma.

Nesse âmbito, ele se socorre da teoria garantista de Luigi Ferrajoli, afirmando que a materialidade é um requisito normativo: exige-se que a intenção delitiva seja incorporada em uma ação. Por outro lado, o postulado da lesividade exige que a ação enseje alguma espécie de dano ao bem jurídico tutelado.

O postulado da materialidade (*nulla poena sine actione*) bate-se contra os tipos penais de arquétipos, cujo conteúdo rotulam subjetividades (Direito penal do autor), à semelhança do que propugnava a escola autoritária de Kiel.<sup>1021</sup>

Por seu turno, "o princípio da lesividade decorre, por força da secularização do direito, da ideia da necessidade do ordenamento jurídico penal para tutelar os bens jurídicos fundamentais não garantidos por outro modo."<sup>1022</sup>

Daí a necessidade de uma concepção de bem jurídico que possa ser oponível ao próprio legislador, a fim de que não se confunda com a simples *mens legis*. Isso já foi suficientemente detalhado acima. Aliás, faz-se necessário um conceito de 'bem jurídico' oponível ao próprio grupo social, por força do conhecido apótegma de Gustav Radbruch (normas absolutamente injustas não vinculam).<sup>1023</sup>

Ele toma o cuidado de diferenciar o resultado empírico produzido pela ação delitiva - de um lado - e o resultado empírico da conduta delitiva, de outro. Cuida-se, por exemplo, da diferença entre o simples deslocamento de um objeto e a agressão ao patrimônio da vítima.

Dado que a lesão a um bem deve ser condição necessária, e jamais suficiente, para justificar sua proibição e sua punição como delito, destaca-se a importância de uma política criminal que reforce a função de garantia do conceito de bem jurídico, assumindo-o como um critério negativo de deslegitimação das proibições penais e não como um critério positivo de identificação dos bens que requerem tutela penal, isto é, um parâmetro ontológico de legitimação apriorística das

<sup>1020</sup> Idem, ibidem. Traduziu-se.

<sup>1021</sup> Idem, p. 51. Leia-se também FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Op. cit.*, p. 4.

<sup>1022</sup> SCHLEIDER, Tobias J. *Op. cit.*, p. 51. Traduziu-se.

<sup>1023</sup> Sobre o apótegma de Gustav Radbruch, leia-se sobretudo ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 15-19.

proibições e sanções positivas.<sup>1024</sup>

Schleider menciona o postulado da culpabilidade (*nulla poena sine culpa*), questão que está na base de sua preocupação; melhor dizendo, a grande questão envolvendo a *moral luck* é justamente o problema com a culpabilidade - saber se alguém pode ser responsabilizado por algo que não controla em absoluto. Ou melhor, a questão está em saber se a responsabilidade de alguém que apenas tentou cometer um crime seria distinta daquele que conseguiu cometê-lo.

Tobias enfatiza que "A culpabilidade como garantia pode ser considerada como tendo por base quatro pilares externos, ou políticos, mais ou menos gerais. O primeiro, a circunstância de que a reprovabilidade da ação é condição necessária para justificar sua proibição, e uma ação não culpável pode ser sofrida, lamentada etc., mas não reprovada."<sup>1025</sup>

Não é o caso, aqui, de se passar em revista todos os conceitos de culpabilidade desenvolvidos pela dogmática penal. Sem dúvida que isso condiciona, de certo modo, a avaliação da sorte moral, dado que uma concepção retributivista, fundada apenas no desvalor da intenção provavelmente deixaria o próprio problema de lado (não haveria, para essa concepção, motivo para examinar o controle do agente sobre o resultado da sua conduta).

Mas, abstraindo-se disso, releva ter em conta, nessa quadra, que Schleider atribui significativo peso para o problema da ação - o que toma como base para a avaliação moral e jurídica.

A opção por um conceito de ação tem consequências práticas muito relevantes, excedendo o problema do castigo da tentativa. Quem se proponha a averiguar se, em um caso determinado, foi cometido um delito, antes de nada deverá responder se está na presença de uma ação, para o que necessitará saber o que é aquilo que busca. Mas logo depois se adverte que essa pergunta compreende muitas outras, que têm que ver basicamente com a individualização dos atos.<sup>1026</sup>

Quando os juristas buscam a ação que cumpre o tipo, realizam com isso uma função muito importante, de maneira por vezes explícita e por vezes encoberta. Esta consiste, a grandes traços, na introdução, no sistema, de regras de conduta ou de definições não incluídas pelo legislador, com o fim de preencher lacunas normativas, axiológicas ou

---

<sup>1024</sup> Idem, p. 55. Traduziu-se.

<sup>1025</sup> Idem, p. 59. Traduziu-se.

<sup>1026</sup> Idem, p. 85. Traduziu-se.



de reconhecimento.<sup>1027</sup>

Busca-se que a ação seja condição suficiente do resultado tal com ocorreu, quando se combina com circunstâncias normais do contexto no qual a ação se dá, com circunstâncias anormais mas previsíveis na situação do agente, ou com circunstâncias que, caso não houvessem ocorrido, o agente poderia facilmente substituir (talvez isso seja o que se pressupõe quando se diz que a conduta deve constituir uma forma de atuar não razoavelmente perigosa).<sup>1028</sup>

De sua parte, os objetivistas atribuíram significativo peso para o resultado.

Vale a pena enfatizar, eles distinguem o crime tentado, de um lado, e o crime consumado, de outro. É fato que não deixam, com isso, de tomar em conta o desvalor da conduta, cuidando-se, muito mais, de concepções ecléticas (deveriam ser denominadas de concepções objetivo-subjetivas).

Ora, "A posição de Stratenwerth é interessante, quando menos pelo fato de que ele tem tentado rebater as posições subjetivistas extremadas. Mas, sobretudo, também é importante porque compartilha de muitos dos pressupostos finalistas, mas não deriva as conclusões dos representantes mais conspícuos dessa escola."<sup>1029</sup>

Para Günther Stratenwerth, o delito não se traduz apenas em desobediência à norma - o que ainda é reflexo da já referida teoria dos imperativos -, mas também é o dano social decorrente da atividade humana. Ambos os vetores deveriam ser tomados em consideração pelo legislador penal, ao cominar e dosar as penas.

Em outro nível, sustenta-se que os pressupostos pelos quais deveria resultar a prioridade do desvalor de ação são menos evidente que o que se supõe. Os subjetivistas não discutem que a missão do direito penal seja, em algum sentido, evitar lesões aos bens jurídicos derivadas de condutas humanas. Tampouco que as regras penais devam ser entendidas como normas de conduta. Mas disso não parece seguir-se que o direito penal cumpra seus fins somente por meio da influência sobre os delinquentes potenciais. E mais, a posição contrária parece mais viável, algo que mostra o fato de que o sistema jurídico penal atua principalmente depois do ato que o viola, que ele não pôde evitar: ratifica a vigência da regra desconhecida, satisfaz em alguma medida a vítima, evita a vingança e a justiça por mão própria etc.<sup>1030</sup>

Tudo a depender das respostas a tais questões, isso pode ensejar consideráveis mudanças no tratamento da tentativa (pena inferior à consumação) e

<sup>1027</sup> Idem, p. 86. Traduziu-se.

<sup>1028</sup> Idem, p. 95. Traduziu-se.

<sup>1029</sup> Idem, p. 99. Traduziu-se.

<sup>1030</sup> Idem, p. 101. Traduziu-se.

também no tratamento das condutas imprudentes que não eclodem em dano (deveriam ser rotuladas penalmente?).<sup>1031</sup>

Por seu turno, caso seja radicalizada, essa concepção subjetivista - à semelhança da tese de Marcelo Sancinetti, alvo de considerações acima - recairia em um Direito Penal da atitude interna ou um Direito Penal do dever.<sup>1032</sup>

Para Stratenwerth, o desvalor do resultado é muito importante para o direito penal. Em determinados casos, "O desvalor da ação permanece intacto, enquanto que o desvalor do resultado não se produz (p.ex., por consentimento do lesionado) ou está compensado pelo valor do resultado."<sup>1033</sup>

Quem acredita encontrar em uma teoria do ilícito puramente subjetiva os fundamentos para a punição da mera colocação em perigo ou da imprudência sem consequências, confunde o resultado exterior separável da ação típica (no sentido da contraposição entre delitos de atividade e de resultado) com o resultado no sentido da teoria do ilícito que não representa mais do que a contrapartida objetiva do desvalor da ação. Daquele se pode prescindir, em grande parte, no Direito penal; deste, ao contrário (...) decididamente não.<sup>1034</sup>

Como visto, Marcelo A. Sancinetti supõe que o ilícito deva ser concebido como a vontade de realização delitiva, e não como a efetiva realização mesma dessa vontade. Quando menos, ela coloca mior ênfase na finalidade - conquanto ele exija alguma exteriorização -; mas sem tomar devidamente em conta o resultado agressivo ao bem jurídico.<sup>1035</sup>

Vale a pena atentar, ademais, para o que segue:

Nino sustenta que o Direito Penal deveria ser aplicado de modo que importe verificar que, no caso concreto, tenha sido produzido o dano ou o perigo que a lei está destinada a evitar, ideia que supõe um modo de aplicação das normas jurídicas que tome em conta a razão que determinou a sua criação. Assegura que os atos que a pena está destinada a evitar mediante sua ameaça podem ser diferenciados dos

<sup>1031</sup> Não raras vezes o legislador converte crimes imprudentes - i.e., crimes fundados no descumprimento do dever geral de cautela (e, portanto, tipos abertos) - em crimes de mera conduta. Mas, ao fazê-lo, o Congresso se obriga a detalhar exatamente a conduta proibida. No âmbito dos crimes imprudentes, a segurança jurídica é assegurada por se condicionar a aplicação da pena à sobrevivência do resultado (categorias da previsibilidade e evitabilidade do resultado, consumação do risco proibido no resultado, análise do âmbito de proteção da norma etc.). ROXIN, Claus. **Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico**. 2. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: IBdef, 2014.

<sup>1032</sup> SCHLEIDER, Tobías J. *Op. cit.*, p. 101.

<sup>1033</sup> Idem, p. 102.

<sup>1034</sup> STRATENWERTH, Günther *apud* SCHLEIDER, Tobías J. *Op. cit.*, p. 103. Traduziu-se. Leia-se também STRATENWERTH, Günter. **Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho**, p. 46-54 e 57-75.

<sup>1035</sup> SCHLEIDER, Tobías J. *Op. cit.*, p. 104.

atos que dão ocasião à aplicação do castigo. As leis, sob o princípio liberal antes defendido, devem buscar a prevenção de condutas prejudiciais ou perigosas. Mas isto, explica Nino não implica sem mais que a ação que condiciona a pena também deva ser danosa de modo atual ou potencial.

Nino tenta mostrar essa dificuldade, dizendo que as ações que caem sob uma descrição penal nem sempre têm as propriedades que foram consideradas quando se sancionou a lei tendente a desestimular certa classe de comportamentos. Isso, pelo menos, por três razões: porque o legislador considerou mais conveniente fazer referência a outra propriedade das ações, empiricamente conectada com seu caráter danoso (como quando se proíbe conduzir veículos a mais de cem quilômetros por hora, em lugar de se aludir genericamente à condução perigosa); ou bem porque a vagueza ou textura aberta da linguagem habilitaria sua aplicação a casos nos quais o dano ou perigo não se apresentam (como o exemplo de Hart da proibição de se ingressar com veículos em um parque, aplicada a uma criança que circula com seu triciclo); ou, por último, porque ainda que a conduta descrita seja em si mesma danosa, e esse dano se produza em um caso particular, poderia ter sido um meio necessário para evitar outro resultado mais prejudicial.<sup>1036</sup>

Carlos S. Nino tinha em conta o que chamava de *enantiotelidad*, como já foi visto acima. Em síntese, isso se traduz na necessidade de identificar o bem jurídico tutelado pela norma. Quando um preceito proíbe a caça em propriedade alheia, protege-se com isso a preservação da fauna ou o direito de propriedade?

Caso o direito de propriedade esteja sendo tutelado, a sanção deve ser inibida desde que se demonstre que o proprietário teria consentido com a caça, caso houvesse sido consultado a respeito. Solução distinta ocorreria, cogitando-se que o legislador teria tentado tutelar o ambiente.<sup>1037</sup>

Percebe-se facilmente, pois, que o reconhecimento da importância penal do desvalor do resultado permite maior controle e, portanto, maior contenção do Direito Penal, ao contrário do que advoga Marcelo Sancinetti.

A concepção objetiva sustenta que determinadas condutas não podem ser punidas, eis que - conquanto culpáveis e ilícitas - não teriam redundado em efetivo dano ou efetivo perigo de dano para o bem jurídico tutelado. Ela não defende, em momento algum, que alguém seja censurado tão somente pelo fato de ter produzido determinado resultado, sem culpa (*versare in re illicita*).

A teoria objetiva atribui peso, pois, para os dois vetores (desvalor da ação e desvalor do resultado). E isso não implica violação ao postulado da isonomia, na exata medida em que há uma natural distinção entre tentar produzir certo resultado,

<sup>1036</sup> Idem, p. 108. Traduziu-se.

<sup>1037</sup> Idem, p. 110. O exemplo pode ser conferido na obra NINO, Carlos Santiago. **Los límites de la responsabilidad penal**, p. 335-336.

de um lado, e efetivamente lograr êxito em fazê-lo, de outro.

Essa aventada violação à isonomia apenas poderia ser vislumbrada caso se admitisse a premissa da teoria subjetiva - i.e., que o único objeto de censura penal seria o desvalor da ação. Nessa toada, o teórico teria que explicar então qual a razão pela qual o sujeito que tem a intenção delitiva, mas, por forças do destino, não a manifesta em conduta (não a exterioriza), teria que ser tratado de forma distinta daquele outro que, tendo o mesmo propósito celerado, não obtém a sorte de ser impedido de deflagrar a própria ação.

A tese de Marcelo Sancinetti pode ser exasperada.

À semelhança do que ele fez com a obra de Hans Welzel, Armin Kaufmann e Diethart Zielinski, pode-se muito bem sustentar que, a partir das suas próprias premissas, o Estado não poderia tratar de forma distinta quem realizou a ação e quem apenas tinha a intenção de fazê-lo.

Cuida-se de *reductio ad absurdum* - convém esclarecer.

E isso porque está latente, na sua obra, a premissa de que o desvalor que interessa é o desvalor da vontade; é o desvalor da finalidade do agente. E com isso o próprio problema seria reiterado, de modo que ele ver-se-ia confrontado com o mesmo defeito que divisa na concepção welzeliana: a alegação de não ter levado adiante as suas próprias premissas.

Ora, isso redundaria em um Direito Penal moralista, fundado na mera 'má vontade' dos sujeitos. Levada a extremos, a sua tese implicaria significativo recrudescimento penal, autorizando o Estado a punir estados psíquicos, mesmo quando não exteriorizados em resultados lesivos ou em perigo efetivo de lesão.

Vale a pena atentar, por conseguinte, para a crítica empreendida por Raúl Zaffaroni, Alexandre Alagia e Alexandre Slokar:

É inevitável a tendência da teoria subjetiva a aproximar-se à punição do ânimo e a estender o âmbito punível aos atos preparatórios. A equiparação da pena da tentativa com a do delito consumado desconhece o aspecto objetivo do injusto, distanciando-se do chamado injusto pessoal (...) para aproximar-se a um direito penal do inimigo, somente centrado no desvalor de uma vontade que se revela hostil e contrária à ordem que quer estabelecer.<sup>1038</sup>

É com esse pano de fundo, enfim, que Tobias Schleider se depara com a

<sup>1038</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl *et al apud* SCHLEIDER, Tobias J. *Op. cit.*, p. 121.

questão da sorte moral (*moral luck*). Em que medida fatores que não estão sob total controle do agente podem influenciar no julgamento da sua conduta?

Ao introduzir a expressão 'sorte moral', Williams pretendia sugerir um oxímoro (Williams, 1993). É que o problema surge do enfrentamento entre a intuição de que os casos de sorte moral não deveriam ocorrer, com a aparente impossibilidade de evitar que eles ocorram (Latus, 2005). A ideia de que a moral é imune à sorte obteve carta de cidadania com a obra de Kant (especialmente, 1785, 4.394). E ao colocarem isso em dúvida, Williams e Nagel puseram em xeque a noção mesma de avaliação moral.<sup>1039</sup>

Como dizia Hegel, "*Der Stein, der aus der Hand geworfen wird, ist des Teufels*" (é do diabo a pedra que abandonou a mão).<sup>1040</sup> Ou seja, pode sobrevir algum evento inibitório, que impeça a ocorrência do resultado almejado pelo agente. A vítima pode simplesmente se abaixar; uma rajada de vento pode deslocar o projétil; por coincidência, uma outra pedra, lançada por um terceiro, pode atingí-la, impedindo-a de atingir seu alvo etc.

Há casos em que o agente não logra obter o resultado por ele ambicionado exclusivamente por força de questões fortuitas, alheias ao seu controle. É o que ocorre com muitos crimes imprudentes, dado que, não raras vezes, dois atores sociais realizam exatamente a mesma conduta (violam o mesmo dever de cuidado), e apenas um deles lesiona efetivamente alguém.<sup>1041</sup>

Segundo a sua análise, "no marco de análise desenvolvida até aqui, falar que um evento se deva à sorte pode significar que um agente (ou qualquer agente) não controla seu acontecimento. Por outro lado, pode querer dizer que sua ocorrência é muito improvável, em algum dos sentidos indicados."<sup>1042</sup>

Caso a responsabilização criminal seja condicionada à demonstração de uma espécie de controle absoluto, jamais a sanção poderá ser cominada. E isso pela razão singela de que ninguém tem controle absoluto sobre as causas de determinado resultado ou de determinado comportamento. Ninguém controla totalmente a sua própria psique ou sua história de vida, como já mencionado.<sup>1043</sup>

<sup>1039</sup> SCHLEIDER, Tobías J. *Op. cit.*, p. 130. Traduziu-se.

<sup>1040</sup> HEGEL *apud* SCHLEIDER, Tobías J. *Op. cit.*, p. 131, em nota de rodapé. Traduziu-se.

<sup>1041</sup> SCHLEIDER, Tobías J. *Op. cit.*, p. 132.

<sup>1042</sup> Idem, p. 143. Traduziu-se.

<sup>1043</sup> Idem, p. 134, 143 e 146. Tobias Schleider chama isso de 'falácia do controle total'. Vale a pena mencionar novamente a significativa e bela passagem de Karl Marx, ao início do '18 de Brumário de Louis Bonaparte', quando diz que "Os homens fazem sua própria história, mas não a fazem como

Aliás, "associar a sorte com a personalidade ou o caráter não tem por que ser inconsequente. Sempre se pode dizer que alguém teve sorte em ser quem é, e não ser outra pessoa."<sup>1044</sup>

Tobias Schleider desenvolve um exame denso sobre a filosofia da ação e também sobre a filosofia moral. Mas, ao que releva para a presente investigação, essas são os principais destaques da sua obra.

Vê-se, portanto, que, ao contrário da concepção de Marcelo A. Sancinetti, Tobias Schleider defende uma concepção mista (objetiva e subjetiva), rechaçando a tentativa de limitar o desvalor penal apenas ao exame da conduta do agente. Ao contrário, ele atribui significativo peso para a sobrevivência de resultados lesivos, à semelhança da tese liberal de Carlos Santiago Nino.

O resultado cumpre uma função de contenção do poder punitivo (postulado da lesividade), o que basta para, então, que não se imponha tratamento idêntico àquele que tentou e consumou, e aquele que apenas tentou a obtenção do resultado, ainda que isso envolva fatores randômicos, não totalmente controláveis pelo agente.

Dado o grande risco de se recair em um Direito Penal do dever, a tese de Marcelo A. Sancinetti não deve ser acolhida, em que pese a densidade da sua pesquisa. O Direito Penal do dever ampara-se apenas no desvalor da desobediência, concebendo os sujeitos muito mais como 'súditos' do que, propriamente, como titulares de direitos a serem respeitados pela comunidade.

No âmbito da presente tese, esposa-se uma concepção eclética, que atribui significativo peso tanto para o desvalor da ação, quanto também para o desvalor do resultado, na linha propugnada por Carlos Santiago Nino, Claus Roxin, Juarez Tavares, Juarez Cirino dos Santos, Paulo Busato e outros.<sup>1045</sup>

Isso não significa, porém, que a quantidade de resultados possa definir a quantidade de crimes cometidos (tese defendida por Margarita Roig Torres, como se

querem; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado." MARX, Karl. **O 18 de Brumário de Louis Bonaparte**. Disponível na internet: <[http://www.marxists.org/portugues/marx/1852/brumario /cap01.htm](http://www.marxists.org/portugues/marx/1852/brumario/cap01.htm)>, acesso em 11.11.2013, capítulo I.

<sup>1044</sup> SCHLEIDER, Tobías J. *Op. cit.*, p. 135. Traduziu-se.

<sup>1045</sup> NINO, Carlos Santiago. **Los límites de la responsabilidad penal**, p. 334 e ss.; STRATENWERTH, Günter. **Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho Penal**, p. 21-37; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007, p. 25-26 e 390-391; BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 347-391 e 658-660; TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 191-193.

indicará adiante). Advoga-se apenas que o desvalor do resultado não pode ser desconsiderado, de modo que as sanções cominadas à mera colocação de um dado bem jurídico em perigo devem ser necessariamente inferiores às sanções prevista para a efetiva lesão.

Isso significa que, em princípio, os crimes de mera conduta devem sofrer sanção inferior àquela cominada aos tipos penais lesivos, quanto em causa os mesmos bens jurídicos.

Assim, desde que obtido um conceito realmente denso sobre o bem jurídico, poder-se-ia cogitar de uma escala de desvalor penal, algo bastante útil para se examinar questões semelhantes à consunção e comportamentos copunidos, por exemplo. Daí que a lavagem de ativos não poderia ser punida de modo mais gravoso que os crimes antecedentes que a produziram.

Essa premissa é bastante relevante para a teoria do concurso de crimes

VI.

**ALGUMAS CONSIDERAÇÕES  
SOBRE A TEORIA DA AÇÃO HUMANA**



## VI. ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE A AÇÃO HUMANA:

As ações individuais confluem como um rio, razão pela qual seria tão difícil contar as ações particulares da vida, como cada uma das gotas de um rio.<sup>1046</sup>

É a própria experiência comum a ensinar que os objectos e acontecimentos deste mundo, como o agir humano, não contêm em si nada por que se possa reconhecer a sua unidade ou sua pluralidade.<sup>1047</sup>

A compreensão do concurso de crimes demanda uma reflexão sobre a teoria da ação humana. Há necessidade de se examinar essa tentativa teórica de se recortar a atividade dos homens em um conjunto de unidades.

Note-se, de partida, que a investigação sobre unidades de ação é relevante para os casos de 'unidade de lei' (i.e., concurso aparente). Afinal de contas, também há concurso real aparente - casos de comportamentos copunidos, consunção etc.

Ademais, a unidade de ação exerce também um papel importante para a delimitação temporal da atividade humana sob julgamento. Mesmo os teóricos pluralistas (*Mehrheitstheorie*) - penalistas que supõem que há tantos crimes quanto as normas penais violadas -, devem reconhecer algum critério para contar a quantidade de normas violadas (afinal, a norma incide sobre condutas!).

Será útil, desse modo, um breve apanhado de algumas concepções desenvolvidas no âmbito da Filosofia, Sociologia e também do Direito Penal. Como se indicará na sequência, ainda não se conseguiu abrir mão, no âmbito da teoria do concurso delitivo, do problema da unidade de conduta.

### 6.1. A análise promovida por Carlos Moya:

Há distintas concepções filosóficas sobre a conduta humana.

O tema pode ser examinado sob os holofotes da tradição analítica

<sup>1046</sup> BELING, Ernst *apud* MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal:** parte general. Volume 2. Tradução da 7ª edição alemã para o espanhol por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p. 518. Traduziu-se. Leia-se também TORRES, Margarida Roig. **El concurso ideal de delitos.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 90, em nota de rodapé.

<sup>1047</sup> CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal.** Lisboa: Almedina, 1996, p. 31. Também nesse sentido, ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho penal,** p. 857.

anglossaxã - o que corresponde à tentativa de se depurar conceitos -, também pode ser analisada sob os influxos de uma filosofia fenomenológica (Husserl, Blumenberg, Heidegger), ou sob os matizes de uma filosofia hegeliana.

A filosofia da ação toma como ponto de partida a distinção entre os meros eventos empíricos, de um lado, e a atividade humana, de outro: "Em nossa vida diária, nós tendemos a contrastar o que nós fazemos com aquilo que apenas nos ocorre", diz Carlos Moya em um denso estudo.<sup>1048</sup>

Essa também é a premissa esposada por Georg Henrik von Wright, quando distingue três tipos de fatos: os estados de coisas, os processos e os acontecimentos:

Na obra *Norma y Acción*, von Wright distingue, sem pretensão de ser exaustivo, três tipos de fatos:

(a) Estados de coisas, como, por exemplo, 'a máquina de escrever está sobre a minha mesa de trabalho'. Trata-se de fatos estáticos, de um 'ser' ou 'estar'.

(b) Processos, como aquele expressado pelo enunciado 'chove', que são um 'continuar'.

(c) Sucessos, como 'a janela foi aberta', que são um 'ter lugar'. Os acontecimentos implicam uma mudança, uma transformação do mundo. É dizer, o passo de um fato de algum dos anteriores tipos a outro fato do mesmo ou de outros tipos.<sup>1049</sup>

Cuida-se, como se percebe, de uma análise ainda situada no âmbito do chamado 'primeiro mundo de Karl Popper', ou seja, o mundo dos acontecimentos empíricos, com o perdão do pleonasma.

Pode-se distinguir o surgimento (i.e., o acontecimento), a permanência (o estado, a persistência) e a gradual mudança (a alteração de um estado de coisas).

Colhe-se novamente a precisa delimitação de Daniel Lagier:

Os acontecimentos podem ser de vários tipos segundo se trate (1) do passo de um estado de coisas para outro estado de coisas, (2) de um estado de coisas a um process, (3) de um processo a um estado de coisas ou (4) de um processo a outro processo. Ademais, o começo e o final de um processo podem ser compreendidos como sucesso do tipo (2) e (3), respectivamente (estar chovendo é um processo, mas o fato de que comece a chove é o passo do estado de coisas 'não chove' para o processo 'chove', e o fato de que pare de chove é o passo do processo 'chove' ao estado 'não chove').<sup>1050</sup>

<sup>1048</sup> MOYA, Carlos J. **The philosophy of action**: an introduction. Cambridge: Polity Press, 1990, p. 2, traduziu-se.

<sup>1049</sup> LAGIER, Daniel Gonzáles. **Acción y norma en G.H. von Wright**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995, p. 60.

<sup>1050</sup> Idem, p. 60.

Essa distinção pode encontrar anteparo em difíceis problemas metafísicos que tocam à persistência de algo (o 'ser') e à sua modificação (o 'devir'). O tema está no ponto de encontro das questões que afligiram Parmênides e Heráclito, cada qual a seu modo.<sup>1051</sup>

A ação humana pode ser concebida como uma espécie de evento, sob certo prisma. No Direito Penal, o causalismo atribui bastante ênfase para o movimento corpóreo (o levantar o braço, o mover as pernas, o ajoelhar-se etc.). A vingar esse ideário, não haveria maior diferença entre eventos e ações; a ação também seria uma espécie de acontecimento, tanto quanto o cair da pedra, o nevar ou o chover.

Como já foi mencionado acima, tudo é um problema de observação.

Caso a ação humana seja apreciada por um físico ou um médico, provável que o seu exame esteja fundado muito mais na questão empírica: o que teria causado a ação? Qual a influência dos neurotransmissores? Como o impulso elétrico, deflagrado no cortex cerebral, é transmitido para os músculos?

Essas são perguntas legítimas.<sup>1052</sup>

A Filosofia da ação está mais preocupada, todavia, com uma concepção distinta. Tem-se em conta, nesse âmbito, uma ideia de ação como causa, como agência (a ação humana deflagraria novos nexos causais, ela modificaria o mundo). No mais das vezes, as perguntas acabam gravitando em torno dos temas alusivos ao determinismo, indeterminismo, à responsabilidade moral etc.<sup>1053</sup>

Esse é um problema que depende, pois, do estabelecimento de premissas. A sua análise depende da formulação de axiomas que traduzam opções deliberadas sobre o que busca. O problema é de ênfase...

No âmbito da Filosofia, repita-se, o tema costuma gravitar em torno da ideia de que a ação não pode ser confundida com um mero evento:

<sup>1051</sup> Uma interessante análise desse tema é proporcionada pela obra de Étienne Gilson, quem examina detalhadamente o tema metafísico da essência/ser (muito embora ele não chegue a mencionar a fundamental obra de Heidegger, *Ser e tempo*). GILSON, Étienne. **El ser y los filósofos**. 5. ed. Tradução do francês para o espanhol por Santiago Fernández Burillo. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, 2009, em especial p. 13-66.

<sup>1052</sup> Anote-se que há, ademais, uma concepção cética sobre a viabilidade da própria obtenção de tal conceito. Teubner diz, por exemplo, que "não xiste nenhum conceito de ação de validade geral, seja do tipo filosófico, seja do tipo prático, do mesmo modo que tampouco existe alguma vantagem em um conceito de ação relativo ao sistema em comparação com outros." TEUBNER, G. *apud* VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valência: Tirant lo Blanch, 2008, p. 268. Traduziu-se.

<sup>1053</sup> Como explicita Moya, "Nós encontramos uma mais direta conexão entre o conceito de ação e conceitos semelhantes ao de responsabilidade, culpa, bem e mal. Se há algo pelo qual nós sejamos responsáveis, parece que deve então ser algo que tenha a ver conosco, algo que poderíamos ou não poderíamos ter feito." MOYA, Carlos J. **Op. cit.**, p. 2, traduziu-se.

Se há ou não tais ações não é algo que possa ser respondido apenas pela observação direta. Aqueles que duvidam da existência de ações não estão questionando o que todos podem perceber. Eles estão muito mais preocupados se os conceitos que nós ordinariamente usamos para descrever e interpretar tais observações são apropriadas e realmente consistentes. Se eles não são, então isso levaria a uma resposta negativa para a nossa questão: se ação é um conceito inconsistente, não haveria ações, tanto quanto não há 'círculos quadrados'. Então, a análise do conceito de ação é, em si mesma, um tópico principal da filosofia da ação.<sup>1054</sup>

Ora, a distinção fundamental é aquela entre o que alguém faz e aquilo do qual ele é acometido. Trata-se da distinção entre a ação de trabalhar, andar, pescar etc., de um lado, e o evento de adoecer, de cair e de morrer etc., de outro.

"Nós temos a consciência de que - ainda que poucas - quando menos algumas coisas estão em nosso poder, dependem de nós. Nós pensamos que podemos, de algum modo, influenciar o curso de eventos mediante nossa atuação, ao invés de apenas sofrê-los; nós pensamos que somos agentes, e não apenas seres passivos."<sup>1055</sup>

O problema é que essa noção sobre a ação conflita com a ideia também corriqueira de que o mundo é uma rede articulada de nexos causais. Em princípio, a ciência parece refutar a noção de um sujeito deflagrador de novos nexos etiológicos (eles próprios destituídos de causa). Não haveria eventos sem causa, de modo que a própria 'ação' também deveria ser fruto, então, de uma outra ação.<sup>1056</sup>

E esse é o problema do regresso infinito.<sup>1057</sup>

Ora, quando se imagina que a ação é como que um ponto interruptor, causador de mudanças no mundo - mudanças que não estavam desde logo determinadas pelas leis causais do universo -, costuma-se supor alguma espécie de capacidade humana de deflagração de acontecimentos.

Nesse âmbito, portanto, muitos atribuem peso significativo à vontade, ao querer, ao desejar etc. Essa seria a causa de mudanças, pensam alguns teóricos. O

<sup>1054</sup> Idem, ibidem. traduziu-se.

<sup>1055</sup> Idem, p. 9, traduziu-se.

<sup>1056</sup> Ou seja, demandaria uma espécie de 'causa da própria causa', até se chegar à ideia de um 'motor imóvel', como queria Aristóteles, o Deus-criador cristão ou mesmo à ideia de Big Bang da moderna física. Cuida-se do paradoxo de se imaginar algo sem limites; ou então se imaginar o que vêm depois do limite (o outro lado da 'forma', como diz Spencer-Brown, mencionado acima).

<sup>1057</sup> MOORE, Michael S. **Act and crime**, p. 115-116. Para Michael Moore, o aludido problema do regresso infinito, alvo da preocupação de Gilbert Ryle na obra *The concept of mind*, teria apenas relevo histórico.

problema é que sempre se pode também supor a causa da crença, a causa da vontade, a causa do desejo (como bem evidencia a obra de Freud).

E é nisso que consiste o temor do regresso infinito.

O fato é que essa concepção determinista das ações - i.e., a suposição de que as ações seriam determinadas por um rede causal que lhe é anterior - tenderia a equiparar a ação com os demais eventos. Uma leitura determinista da atuação humana acabaria por aproximar as ações dos acontecimentos empíricos.

A vingar uma lógica meramente determinista, não haveria distinção entre o fato de chover e a ação de matar alguém; em ambos os casos, cuidar-se-ia de simples resultado de leis naturais cogentes, que atuariam sobre a matéria.

Não obstante, o problema da ação parece ser relacionado, de algum modo, com alguns fatos naturais, notavelmente o fato de que alguns animais possuam uma habilidade não aprendida, para se enganjar em comportamentos teleológicos. Essas habilidades são claramente mostradas desde o nascimento pelos seres humanos saudáveis. E, em determinado sentido, elas constituem a base natural da nossa condição como agentes: seres humanos podem realizar uma ampla variedade de ações, mas o processo de aprendizagem e de socialização que nos leva a tal habilidade reside no fato de que elas podem realizar alguns movimentos corpóreos de forma espontânea, sem que sejam mero aprendizagem.<sup>1058</sup>

Corriqueiramente se imagina a 'ação' como sendo uma espécie de mudança deliberada, uma mudança provocada pelo homem. Há uma diferença entre apertar o gatilho de uma arma, mirando a vítima, e o fato de a arma disparar, depois de ter caído de uma mesa por influência de um vendaval.<sup>1059</sup>

Segundo Carlos Moya, a Filosofia perquiriu, durante algum tempo, a respeito de uma 'ação básica', compreendida como a menor unidade da atuação subjetiva. Cuida-se de conceito desenvolvido inicialmente por Arthur Danto,<sup>1060</sup> com

<sup>1058</sup> MOYA, Carlos J. *Op. cit.*, p. 10.

<sup>1059</sup> Segundo Moya, o acontecimento seria uma condição necessária, conquanto não suficiente, para a caracterização de uma ação. Ele tem em conta as ações que provocam mudanças no mundo (ou seja, comissões), dado que - no que toca às condutas omissivas - parece incorreto supor que os eventos sejam pré-requisitos para a sua caracterização. A omissão é um deixar ocorrer. MOYA, Carlos J. *Op. cit.*, p. 12.

<sup>1060</sup> A respeito desse tema, confira-se DANTO, Arthur. **What we can do?** Disponível na internet: <<http://philpapers.org/rec/DANWWC-2>> Acesso em 20.11.2013 e LAGIER, Daniel Gonzáles. **Acción y norma en G.H. von Wright**, p. 69. Sobre essa tentativa de se obter um conceito de ação elementar, leia-se também PUPPE, Ingeborg. **Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen: logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1979, p. 249. Conquanto a critique, Eduardo da Silva Correia menciona essa tentativa de se dissecar a ação humana em unidades fisiológica menores. CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal**, p. 34.

argumentação que bem lembra as aporias de Zenão de Eléa:

Em princípio, todas as ações são o caso de um agente provocando o acontecimento de algo. Isso significa que toda vez que ele faz A, ele deve também fazer independentemente B, o que leva A a ocorrer. Mas então, para fazer B, ele deve primeiro - e de forma independente - também fazer C, o que causa B... Isso implica que o agente não poderia realizar nenhuma ação, a rigor. Se, de acordo com isso, há alguma ação da espécie descrita como sendo 'provocar o acontecimento de algo', deve haver ações que não tenham sido causadas pelo sujeito que as realiza. E essas são as ações básicas.<sup>1061</sup>

Arthur Danto buscou dissecar as ações humanas em unidades atômicas, movimentos corpóreos que não poderiam ser reduzidos em partículas menores. Desse modo, para ele, o mover o dedo, o bocejar, o levantar o braço, girar o pescoço seriam exemplos de ações básicas, empregadas para a realização de ações mais complexas (jogar futebol, nadar, escrever uma carta etc).

As ações básicas não seriam ensinadas ou aprendidas.

Aprende-se a andar, mas não se aprende a mover as pernas, dado que isso seria um comportamento inato. "Alguns desses movimentos nós realizamos desde o nascimento, outros nós adquirimos naturalmente na medida em que crescemos; e outros até aprendemos, mas somente mediante treino ou prática. Nós compartilhamos essa habilidade natural com outros animais."<sup>1062</sup>

Isso retrata uma tentativa de se obstar o já mencionado regresso *ad infinitum*. A ação é tida como causa de um resultado; mas ela também demandaria outra causa, e assim sucessivamente.

A 'ação básica' seria feita de modo direto, ao contrário do que ocorreria com as ações completas. O sujeito mata a vítima apertando-lhe o pescoço; para tanto, ele move os braços e dedos. Vê-se, todavia, que mesmo nesse âmbito uma dissecação maior ainda pode ser feita: a contração dos músculos. Na ponta, tem-se as sinapses no cérebro, responsáveis pelo início do movimento.

Esse seu recorte da 'unidade básica' da ação, entendida como movimento corpóreo, é arbitrário. Afinal de contas, com idêntica lógica, a tal da *basic-action* poderia ser reduzida em questões ainda menores (meramente físicas: a atuação dos neurotransmissores, por exemplo).

Arthur Danto não logrou êxito nesse seu propósito. Mesmo que se admita a

<sup>1061</sup> DANTO, Arthur *apud* MOYA, Carlos J. **Op. cit.**, p. 14. Traduziu-se.

<sup>1062</sup> MOYA, Carlos J. **Op. cit.**, p. 15, traduziu-se.

existência de tais ações básicas - enquanto unidade mínima do movimento corpóreo - isso não impede o mencionado regresso causal: o movimento do dedo é causado por impulsos nervosos, repita-se.

Desse modo, nós nos confrontamos com um dilema: ou a causa de tal acontecimento é o próprio agente, e nós abraçamos então a concepção da ação como sendo uma causação subjetiva, ou a causa de tal acontecimento é outro acontecimento, e nós então chegamos bem próximos de dissolver as ações em uma mera sequência de acontecimentos [justamente o que a teoria da ação busca evitar].<sup>1063</sup>

Alguém pode mover o dedo por conta de simples espasmo, o que corriqueiramente não é considerado uma espécie de ação. Uma primeira tentativa de responder essa dúvida é ofertada - explica Moya - pela teoria volitiva, pela qual a vontade e o tentar seriam espécies de ações, ainda que ocorram internamente.

Para Hugh MacCann, a mínima unidade de ação seria o 'querer'. A volição envolveria os pensamentos, processos mentais. Seriam intencionais, nesse aspecto, porquanto possuiriam conteúdo. A vontade de levantar o braço teria o conteúdo correspondente (i.e., o desejo de que o braço se levante).<sup>1064</sup>

Essa teoria imagina uma espécie de 'ação interna', psíquica.

"Volições são ações porque, de acordo com MacCann, elas compartilham os principais aspectos intuitivos da ação, exceto o fato de não terem resultado. Elas são comportamentos, são intencionais, nós somos responsáveis por ela e as controlamos" - sintetiza Carlos Moya.<sup>1065</sup>

Essa tese de MacCann parece ser superior à de Athur Danto, na medida em que, em princípio, uma volição não poderia ocorrer sem que alguém a deseje, enquanto que uma ação básica (conforme conceituação de Danto) poderia ocorrer por espasmos involuntários (um tique nervoso ou ato reflexo).<sup>1066</sup>

<sup>1063</sup> Idem, p. 16, traduziu-se e complementou-se.

<sup>1064</sup> Idem, p. 20.

<sup>1065</sup> MOYA, Carlos J. *Op. cit.*, p. 20, traduziu-se. Anote-se que MacCann promovia uma distinção entre resultado e consequências (diferenciação também compartilhada por von Wright, como se mencionará adiante). Para ele, os resultados seriam os eventos diretamente (logicamente) relacionados com a ação. "Resultados são eventos, os quais são necessários para aquelas ações das quais eclodem. Mas eles jamais são suficientes para essas ações." (MOYA, Carlos. *Op. cit.*, p. 19, traduziu-se). O resultado da ação de se abrir a porta é o fato de a porta ficar aberta, por óbvio. As consequências são efeitos indiretos da ação (o fato de que, com a abertura da porta, a habitação ser esfriada, por exemplo). Daí que, a vingar essa distinção, as volições teriam apenas consequências, mas não resultados, segundo a conceituação de Hugh MacCann.

<sup>1066</sup> O problema é que, como sabido a partir de Freud, os desejos e vontades tampouco podem ser tidos como algo absolutamente espontâneo, a ser imputado a um suposto livre arbítrio. Sabe-se que

O querer seria uma efetiva ação - no dizer de MacCann -, não se confundindo com um mero evento. Não seria um pretenso sucesso mental; mas, a ser assim, como é que algo que não é um acontecimento poderia causar uma alteração empírica? Isso retoma, como se vê, o problema mente-corpo.<sup>1067</sup>

Semelhante é a noção desenvolvida por Brian O'Shaughnessy, para quem a essência da ação seria o fenômeno interno próprio à tentativa (tentar levantar o braço, por exemplo). A tentativa envolveria um estado interno, algo que poderia ser bem percebido quando alguém busca levantar, sem êxito, um braço dormente.

"A tentativa mostra os seguintes aspectos: é um evento, é uma ação, é um evento mental, por mostrar intencionalidade, o que é endereçado ao conteúdo. Ela é uma ação intencional (... se eu tentei realizar uma ação intencional, então eu desejei tentar); e, finalmente, é essencialmente a causa do movimento corpóreo."<sup>1068</sup>

Caso vingue essa conceituação, haverá uma espécie de multiplicação de ações. Alguém pode levantar o braço na tentativa de fazer distintas ações ao mesmo tempo (tentando afastar um inseto e abanar-se etc).<sup>1069</sup>

Jennifer Hornsby adota um ponto de vista semelhante.

Ela também parte da suposição de que ações seriam as causas últimas (e, portanto, algo não causado), de modo que a imagina como uma espécie de evento mental, algo introspectivo.

"Ações são a realização de coisas pelas pessoas, e o que é feito nunca é uma ação" – diz Jennifer Hornsby.<sup>1070</sup> As ações ocorreriam na mente! Mas as tentativas que não redundem em movimentos corpóreos não seriam ações; ela simplesmente desloca o foco. Ao invés de examinar desde logo o movimento corpóreo - como fazia Arthur Danto -, ela aprecia o fenômeno psíquico da tentativa, i.e., o impulso que levaria à enervação física.

as vontades individuais também são provocadas por traumas, complexos e pulsões; por conseguinte, a pretensa voluntariedade desses eventos internos tampouco pode ser aceita.

<sup>1067</sup> Moya menciona, nesse âmbito, a questão da memória residual (o fato de que algumas pessoas, depois de terem seus braços ou pernas amputados, continuariam a sentir extensões do corpo). Compara isso, ademais, com a tentativa de se levantar algo muito pesado (uma tentativa frustrada). O problema da relação mente-corpo é retratada, por Gilbert Ryle, como sendo o problema do fantasma na máquina. MOYA, Carlos J. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>1068</sup> Idem, p. 23, traduziu-se. Vê-se que, segundo esse conceito, a tentativa seria um evento mental que se situaria entre a intenção, de um lado, e o movimento corpóreo, de outro.

<sup>1069</sup> Aliás, é importante destacar que, para Claus Roxin, quando alguém empunha uma arma em cada uma das mãos e mata seus desafetos, realiza duas ações. Afinal de contas, a mera simultaneidade do movimento corpóreo não seria suficiente para unificar ações. ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil**: Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat. Munique: Verlag CH Beck, 2003, p. 801.

<sup>1070</sup> HORNSBY, Jennifer *apud* MOYA, Carlos J. *Op. cit.*, p. 27, traduziu-se.



Mesmo, porém, que a tentativa se convolve em distintos efeitos, haveria uma única ação para Hornsby (ela não explicita, porém, como contar a quantidade de tentativas internas!). Ademais, ela distingue duas espécies de movimento: o movimento transitivo (*movement-t*) e movimento intransitivo (*movement-i*).<sup>1071</sup>

Cuida-se da diferença entre o fato do braço ter se movido (p.ex., por uma ventania) e o fato de o agente deliberadamente tê-lo erguido. Isso significa que, conquanto toda ação (*trying* + resultado, segundo Hornsby) teria como efeito um movimento corpóreo, nem todo movimento corpóreo seria uma ação.

Essas concepções acabam por pagar, porém, um elevado preço. Elas buscam resolver o problema do regresso infinito - i.e., encontrar algo que deflagre novos nexos causais, sem que ele próprio seja causado -, convertendo a ação em um evento psíquico. E, com isso, acabam por não permitir critérios mais densos para separar uma efetiva ação, de um lado, de um mero espasmo muscular, de outro.

Carlos Moya argumenta o que segue:

A nova teoria volitiva não tem sido capaz de ter em conta a distinção com a qual nós começamos, a saber, a distinção entre ações e os meros acontecimentos. Ela não tem sido capaz de identificar as ações que não envolvem essencialmente a sobrevivência de acontecimentos. Se a volição e as tentativas não são físicas, nós nos defrontamos com o problema do interacionismo: como pode os atos puramente mentais causar acontecimentos físicos? Se, para evitar esse problema, as tentativas forem concebidas como físicas (Hornsby), então elas envolvem essencialmente acontecimentos físicos ou elas são mesmo simplesmente identificadas com acontecimentos físicos, então a distinção entre ações e eventos restaria destruída.<sup>1072</sup>

Essas teorias volitivas da ação revelam-se insuficientes, como se vê.

Por outro lado, Moya também destaca uma pergunta bastante interessante: como contar as ações? Para tanto, ele socorre-se do exemplo de Alvin Goldman. Quando alguém empunha uma arma, move seu dedo, aperta o gatilho, atira no desafeto e o mata, quantas ações teriam sido realizadas?

Para Alvin Goldman, haveria quatro ações.

E isso pelo fato de que, segundo ele diz, cada um desses elementos teria propriedades específicas. A identidade demandaria a igualdade de todas as propriedades pertinentes (teorema de Leibniz).

"Dois atos são idênticos se e somente se eles envolvem o mesmo agente, a

<sup>1071</sup> Essa distinção foi acolhida por Michael Moore. MOORE, Michael S. *Op. cit.*, p. 83.

<sup>1072</sup> MOYA, Carlos J. *Op. cit.*, p. 29, traduziu-se.

mesma propriedade e o mesmo tempo."<sup>1073</sup> Daí que Goldman acabe por multiplicar ações - como se destacará mais adiante -, eis que o ato de se apertar o gatilho e o resultado morte ocorrem e momentos distintos. A vítima pode morrer dias depois do momento do disparo, por exemplo.

Para Goldman, o fato de que John estaria andando distraído às 7hs. deve ser reputado como várias ações, tantas quanto forem as propriedades respectivas. Andar e 'andar distraído' seriam coisas distintas, tanto quanto andar e 'andar às 7hs.' A bem da verdade, ele parece estar contando adjetivos, e não eventos.<sup>1074</sup>

Admita-se que, no exemplo com o qual nós começamos, depois de atirar em James e matá-lo, John começa a chorar, dizendo não saber que a arma estava carregada. John diz que que moveu seu dedo e apertou o gatilho intencionalmente, mas que ele não atirou intencionalmente. Isso não significa que, depois de mover o seu dedo e apertar o gatilho, teria havido outra ação, não intencional (atirar em James). Isso significa que John, ao apertar o gatilho, não sabia que estava atirando em James, porque ele acreditava que a arma estava descarregada. Isso significa que essa ação, o que ele fez, era intencional sob algumas descrições, e não intencional sob outras descrições. Para Davidson, a noção de 'ação intencional' não é extensional, isso é, isso não determina uma classe particular de eventos. Ser intencional não é uma propriedade de ações, mas apenas das ações sob certas descrições. A pergunta 'quantas ações intencionais John realizou?' não pode ser respondida da mesma forma que a pergunta 'quantas ações John realizou'. A resposta para a última questão é: uma, com muitas consequências causais, e então, com muitas descrições. Mas, se a resposta para a última é 'uma ação', a resposta para a primeira não pode ser 'duas ações intencionais', dado que isso seria inconsistente.<sup>1075</sup>

Isso significa que o paradoxo da pergunta 'como pôde John ter matado James em um momento distinto daquele em que a vítima morreu?' - questão que tanto intrigou Alvin Goldman - é apenas aparente. Trata-se de um problema de descrição, de adjetivação, mas insuscetível de multiplicar ações.<sup>1076</sup>

Carlos Moya sustenta que essas concepções - Danto, MacCann, O'Shaughnessy e Hornsby - não teriam evitado o dilema do regresso infinito,

<sup>1073</sup> Idem, p. 30, traduziu-se. Leia-se também MOORE, Michael S. *Op. cit.*, p. 81, em nota de rodapé.

<sup>1074</sup> MOYA, Carlos J. *Op. cit.*, p. 33-34.

<sup>1075</sup> Idem, p. 34, traduziu-se.

<sup>1076</sup> Note-se que, nesse âmbito, o uso da expressão 'ação' ainda está impregnado de behaviorismo (Moya associa a palavra ação, nesse contexto, com o movimento corpóreo). Donald Davidson parece concordar com essa concepção, quando sustenta que "Nós devemos concluir, talvez com um tanto de surpresa, que nossas primitivas ações, as únicas que nós fazemos sem antes fazer alguma outra coisa, são os movimentos do corpo - essas são todas as ações que existem. nós nunca fazemos mais que mover nossos corpos, o resto é com a natureza." DAVIDSON, Donald *apud* MOYA, Carlos J. *Op. cit.*, p. 41, traduziu-se.

justamente aquilo que buscavam eliminar (ou seja, chegar ao elemento último do conceito de ação, algo que causaria novos nexos causais, mas sem ser causado):

(1) A maioria das ações teria resultados, isto é, 'não-ações' ou 'atos-neutros' que seriam necessários, mas não suficientes para que a ação correspondente ocorra.

(2) Elas não são suficientes porque elas também podem surgir enquanto nenhuma ação tenha ocorrido. Que meu dedo se levante não implica que eu o tenha levantado, eis que pode ter resultado de um espasmo. Que James tenha morrido não implica que alguém o tenha matado.

(3) O elemento próprio da agência na ação é, então, a causação ou produção de um evento por um agente.

(4) Para evitar o regresso infinito, essa causação ou produção de um evento deve ser, por último, uma pura ação, sem resultado, isto é, uma ação essencialmente envolvendo nenhum acontecimento específico. Porque se ela tem um resultado, ainda faria sentido perguntar como (ou melhor, fazendo o quê) o agente teria produzido aquele outro resultado.

(5) Essa pura ação deveria ser as ações básicas que realizamos. Sem o que não haveria ações, ao final de contas.<sup>1077</sup>

O problema da concepção de Arthur Danto é que ela não permite distinguir ações - i.e., movimentos deliberados, no sentido empregado por Moya - e meros espasmos e atos reflexos.

As concepções voluntaristas (McCann, p.ex.) não explicam o dualismo mente-corpo, ou seja, a forma como algo mental produziria efetivamente eventos físicos. Ademais, não impedem o regresso *ad infinitum*, eis que tais volições também deveriam ser causadas por algum 'agente' anterior.

Diante desse aparente beco sem saída, Carlos Moya examina então as ações significativas: "ações que possuem um significado ou conteúdo simbólico, tais como ofertar lance em um leilão, palestrar, votar, fazer um movimento no xadrez, sinalizar para uma conversão no trânsito ou cumprimentar um amigo."<sup>1078</sup>

Um movimento de xadrez não pode ser intransitivo (no sentido empregado por Jennifer Hornsby - *movement-i*); não pode ser promovido por simples espasmo ou pelo fato de a peça ter sido levada pelo vento.

Essas ações significativas parecem, então, ser então puras ações, envolvendo essencialmente nenhum acontecimento específico, e elas podem impedir o regresso infinito que ameaçava a possibilidade de existência de ações. Além do que, ao contrário das volições e das

<sup>1077</sup> MOYA, Carlos J. *Op. cit.*, p. 37, traduziu-se.

<sup>1078</sup> Idem, p. 38, traduziu-se.

tentativas, elas são claros, ordinários e intuitivos exemplos de ações. Apelando para essas ações pode-se resolver, de forma direta e simples, o problema do regresso que a teoria das ações básicas não foi capaz de solucionar e pode-se colocar em curto-circuito o movimento que parte dessas estranhas ações como volições ou tentativas, em direção a ações significativas, que não são concebidas como a produção de um acontecimento. Os eventos de sinalizar para uma conversão no trânsito, votar ou casar são ações, eis que se referem essencialmente a uma ação, ainda que o evento de o braço de alguém se levantar não precise se referir a uma ação.<sup>1079</sup>

Ações significativas apenas podem ser praticadas por humanos, conquanto possam ser imitadas por alguns seres sencientes treinados (pode-se treinar um chipanzé para imitar um jogador de xadrez). As ações significativas não podem ser resumidas ao mero movimento corpóreo, eis que requerem aprendizado e socialização, e sua realização está submetida a regras e normas.<sup>1080</sup>

Moya argumenta que Donald Davidson teria se enganado, quando sustentou que não fazemos mais do que mover nossos corpos.<sup>1081</sup> Também atribuímos sentido ao mundo que nos rodeia, também assumimos compromissos e nos obrigamos por conta de regras explícitas e implícitas.

Afinal de contas, "uma pessoa incapaz de estender seu braço pode ainda sinalizar para uma conversão mediante outros meios, mas uma pessoa incapaz de entender o que é uma norma não o pode. As ações básicas são instrumentais para as ações significativas, as normas não o são."<sup>1082</sup>

Segundo essa sua definição, as ações significativas podem envolver eventos (condutas comissivas), conquanto não se limitem a isso. Demandam a atividade de 'seguir uma regra', na forma propugnada por Ludwig Wittgenstein.

Uma ação básica mais uma convenção não gera uma ação significativa. O núcleo da nossa crítica é a noção de que o compromisso é logicamente prioritária em relação à de convenção: convenções não existiriam sem o compromisso de se comportar de certa forma no futuro. Isso está relacionado à distinção de Wittgenstein entre atuar seguindo uma regra e atuar meramente de acordo com uma regra. Uma ação significativa requer não apenas que aquilo que é feito esteja em conformidade com uma regra, mas que o agente tenha seguido uma regra ao fazê-lo. E seguir uma regra implica a compreensão por parte do agente de que a ação era ou não era coerente com a atuação de certo modo no presente momento. Essa é a

<sup>1079</sup> Idem, *ibidem*. Traduziu-se.

<sup>1080</sup> Para Alvin Goldman, porém, as ações básicas - compreendidas como mero movimento corpóreo - seriam indispensáveis para todas as espécies de ações mais complexas (até mesmo, portanto, para as ações significativas). Ele não atribui maior peso, porém, as condutas omissivas.

<sup>1081</sup> MOYA, Carlos J. *Op. cit.*, p. 47.

<sup>1082</sup> Idem, p. 50, traduziu-se.

razão pela qual '*seguir uma regra*' está relacionada com a noção de compromisso: atuar seguindo uma regra no presente obriga o agente a certas outras ações no futuro.<sup>1083</sup>

Isso não exclui as atividades não intencionais, como quando, em um jogo, o sujeito marca um gol contra seu próprio time. O problema é que o caráter voluntário de uma ação demanda um exame sob contexto de intensidade da descrição (e não de um contexto extensional), conceitos que serão mais bem detalhados adiante. Basta ter em conta, por ora, que uma ação pode ser dolosa quanto a determinado efeito e não intencional quanto a outros tantos efeitos.

Édipo quis casar com Jocasta, mas não quis casar com a sua mãe. Uma ação pode ser intencional sob certas descrições, e não a ser sob outras, repita-se.

Vale a pena enfatizar: "No geral, é verdade que o que uma pessoa faz intencionalmente pode receber outras descrições verdadeiras sob as quais a ação não seria intencional. Para se atribuir intencionalidade para uma ação é indispensável tomar em conta a descrição da ação sob as quais essa intencionalidade é atribuída."<sup>1084</sup>

Para Carlos Moya, algo será uma ação de alguém caso possa ser considerado, sob alguma descrição, como voluntário. O disparo da arma contra a vítima pode ter sido um acidente, mas o ato de pegar a arma pode ser considerado uma ação. E isso retrata o efeito *acordeon*, de que fala Feinberg...

Há uma nítida diferença entre apertar o gatilho por distração, de um lado, e o fato de ser lançado por uma ventania contra uma arma carregada, disparando-a (nesse último caso, há apenas um acontecimento, um evento, mas não efetivamente uma ação humana).

A ação não é um problema de explicação predicativa. Ao contrário, ela diz respeito à compreensão, ela toca de perto as questões normativas, pois envolve uma atribuição de significado, um atribuição de sentido no âmbito do convívio humano.

## 6.2. A análise promovida por von Wright:

<sup>1083</sup> Idem, p. 52, traduziu-se.

<sup>1084</sup> Idem, *ibidem*. Moya enfatiza, todavia, que a intencionalidade ou a voluntariedade não podem ser compreendidas como uma espécie de entidades mentais. A intencionalidade seria, a bem da verdade, uma relação com um conteúdo (MOYA, *Op. cit.*, p. 63).

A obra de Georg Henrik von Wright oferece interessantes perspectivas para o exame do problema da ação. A sua filosofia ganha notas analíticas quanto ao tema, revelando uma preocupação com a precisão dos conceitos. Ele busca esclarecer, com uma linguagem técnica, as percepções diluídas no senso comum.

Ele também parte da necessidade de se distinguir a atuação humana, de um lado, e os meros acontecimentos empíricos, de outro.<sup>1085</sup> Ou seja, as ações não poderiam ser reduzidas aos movimentos corpóreos, a meros sucessos físicos, como bem sintetiza Daniel Lagier: "Um tratamento adequado das ações precisa de um ponto de vista distinto, que poderia ser denominado de interno, de uma disposição de empática e, ao mesmo tempo, de uma perspectiva que tenha em conta o contexto social e institucional no qual as ações adquirem um sentido."<sup>1086</sup>

Segundo Lagier, essa distinção estaria na base do confronto mente e corpo presente no cartesianismo ou na distinção entre fenômeno e *noumenico* na obra de Immanuel Kant. Ou seja, a distinção entre algo teleológico e intencional (a ação)<sup>1087</sup> e algo cego, mero acontecimento (os meros eventos empíricos).

A bem da verdade, von Wright interessou-se pela teoria da ação humana muito mais como uma espécie de substrato para o desenvolvimento da sua teoria sobre as normas.<sup>1088</sup> "Poder-se-ia dizer que o conteúdo de uma norma - aquilo que dizemos que está proibido, obrigado ou permitido - é uma ação. Ela nos proíbe, permite ou obriga a fazer algo."<sup>1089</sup>

Ora, segundo o professor de Cambridge, a ação não pode ser confundida com um sucesso. A ação não é mero evento empírico; não se limita a movimentos corpóreos. Isso porque, "para distinguir entre ação e evento é necessário recorrer à noção de agente: conquanto não exista ação sem um agente que a provoque, os

<sup>1085</sup> WRIGHT, Georg Henrik von. **Explicación y comprensión**. Tradução de Luis Reñón. Madri: Alianza Editoria, 1979, p. 107 e ss. LAGIER, Daniel. **Acción y norma en G.H. von Wright**, p. 51.

<sup>1086</sup> LAGIER, Daniel Gonzáles. **Acción y norma en G.H. von Wright**, p. 51.

<sup>1087</sup> Como se destacará adiante, Henrik von Wright atribui maior peso à análise das intenções e propósitos do agente, do que propriamente ao conteúdo simbólico da interação humana. Ele privilegia, de certo modo, uma concepção finalista, semelhante àquela empregada por Hans Welzel.

<sup>1088</sup> LAGIER, Daniel Gonzáles. **Acción y norma en G.H. von Wright**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995, p. 53.

<sup>1089</sup> LAGIER, Daniel Gonzáles. **Op. cit.**, p. 54. Lagier enfatiza, todavia, que o pensamento de von Wright seria sinuoso a esse respeito. O filósofo também teria defendido a concepção de que as normas teriam por objeto a busca de um estado de coisas ('é obrigatório que seja o caso que *p*'). Essa diferenciação entre normas orientadas a ações ou normas orientadas a 'estados de coisas' aproxima-se daquela conhecida discussão a respeito do caráter imperativo ou meramente valorativo das normas jurídicas (as normas poderiam se limitar a desvalorar acontecimentos empíricos, por exemplo? Poderiam se limitar a dizer que a morte humana é indesejada?).

eventos ocorrem com independência do mesmo."<sup>1090</sup> Uma janela pode permanecer fechada, sem que, com isso, se cogite da existência de uma ação.

Von Wright distingue os agentes empíricos - i.e., agentes naturais - e os agentes supranaturais (entes metafísicos de suposta existência necessária. Isto é, uma espécie de motor imóvel, como queria Aristóteles). O homem seria, portanto, um agente empírico. Além disso, ele distingue os agentes empíricos pessoais e impessoais (p.ex., o Estado, a empresa, os sindicatos).

Ademais, para ele a ação envolveria um componente contrafático:

Como indica von Wright, uma descrição da ação em termos de estados de coisas e de eventos deve indicar:

- a) o estado no qual se encontra o mundo quando se inicia a ação (estado inicial);
- b) o estado no qual se encontra o mundo quando a ação tenha sido realizada (estado final);
- c) o estado no qual se encontraria o mundo caso o agente não houvesse interferido.<sup>1091</sup>

À semelhança do que promove Alvin Goldman, Georg Henrik von Wright também distingue os atos genéricos e os atos individuais (*act-types/act-tokens*).<sup>1092</sup> Melhor dizendo, há uma diferença entre os 'assassinatos', considerados globalmente, e o específico assassinato de Júlio César.

Um homicídio específico é praticado em um determinado local, em um determinado momento, de certo modo e por parte de um específico agente.

Para evitar esta ambiguidade, alguns autores distinguem a propósito do conceito de ação, ainda que com uma terminologia variada, entre os atos genéricos e os atos individuais (von Wright), ou atos-tipo e atos-caso (Goldman). Não se trata de dois tipos de ações, senão de dois significados distintos do mesmo termo: o termo 'ato', afirma von Wright, faz referência indistintamente a atos individuais e a atos genéricos ou categorias-ato. Um ato individual (que não devem ser confundido com um ato realizado por um agente individual) é um caso de um ato genérico 'individualizado', poderíamos dizer, pelo fato de ter tido lugar em um momento e em um espaço determinado e por um agente específico. Essa localização espacial e temporal é o que von Wright chama de ocasião.<sup>1093</sup>

Vê-se, pois, que Georg Henrik von Wright concebe as ações-genéricas

<sup>1090</sup> LAGIER, Daniel Gonzáles. *Op. cit.* p. 61.

<sup>1091</sup> *Idem*, p. 62.

<sup>1092</sup> Michael S. Moore sustenta que Charles S. Peirce teria sido o responsável pela introdução dessa distinção no âmbito da Filosofia contemporânea. MOORE, Michael S. *Act and crime*, p. 80.

<sup>1093</sup> LAGIER, Daniel Gonzáles. *Op. cit.*, p. 63.

(atos-tipo) como sendo uma espécie de propriedade. A palavra 'homicídio' tanto pode retratar uma conduta específica (ato-caso) - situada espacial e temporalmente, e promovida por agente específico - quanto também uma qualidade genérica, atribuída a um conjunto de atos individuais (o gênero 'homicídio').<sup>1094</sup>

É relevante ter em conta, ademais, que Georg von Wright promove uma distinção entre resultado e consequência. O resultado é o estado final decorrente da ação; ou seja, é a alteração do estado de coisas.<sup>1095</sup>

Por resultado de um ato podemos entender a mudança que corresponde a esse ato, ou alternativamente, o estado-final dessa mudança. Assim, por resultado do ato de abrir uma determinada janela podemos entender o fato de que a janela está sendo aberta (mudança de fechada a aberta) ou o fato de que está aberta.<sup>1096</sup>

Para o sucessor de Ludwig Wittgenstein em Cambridge o resultado da ação seria uma espécie de tautologia (algo indissociável do próprio conceito de ação). A ação de matar tem como resultado, por óbvio, o fato de que a vítima foi morta. Seria uma outra forma de se descrever a mesma atividade - truísmo dizê-lo.

Algo distinto ocorre com o seu conceito de 'consequências'.

Para ele, as consequências seriam produtos das ações, e que não guardariam aquele vínculo de implicação lógica. Muito embora a ação de matar necessariamente implique o fato de que a vítima foi morta (o que Georg von Wright chama de 'resultado'), ela também poderia ter, em alguns casos, o efeito de que um time de futebol perca o campeonato, por ausência do seu principal jogador.

---

<sup>1094</sup> "Quando, em uma dada ocasião, um agente determinado abre uma porta, sua ação (individual) tem a propriedade de ser o caso de abertura de uma porta. É em tal propriedade que nos fixamos para identificar essa ação. As propriedades qualificativas nos permitem identificar os atos individuais, é dizer, encontrar a classe de atos a que pertencem. Por sua vez, identificar um ato é necessário para que possamos promover a sua individualização. Para determinar quando nos encontramos diante de uma ação individual, não basta assilar a ocasião e o agente, porque um mesmo agente pode fazer (logicamente) em uma e mesma ocasião várias ações." LAGIER, Daniel Gonzáles. *Op. cit.*, p. 64. A identificação desse critério de individualização também é um problema de observação (conforme anotado acima, com menção ao *Laws of Form*). Melhor dizendo: a individualização depende do interesse envolvido (algo pode ser qualificado, sob certo aspecto como a ação de limpar uma arma ou como a ação de produzir a morte alheia por imprudência).

<sup>1095</sup> Percebe-se, portanto, que esse conceito (resultado) se adapta muito mais às condutas comissivas, eis que - cuidando-se de comportamentos omissivos (mera abstenção) - não há propriamente uma alteração do mundo. Ao contrário, na omissão apenas há uma apreciação normativa: o deixar de fazer o que deveria ter sido feito. Registre-se ainda que um conceito semelhante sobre o resultado é esposado na obra MOORE, Michael S. *Op. cit.*, p. 207. Leia-se também LAGIER, Daniel. **Las paradojas de la acción**. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 28 e ss.

<sup>1096</sup> VON WRIGHT *apud* LAGIER, Daniel. **Acción y norma en G.H. von Wright**, p. 66, traduziu-se.



Podem ocorrer transformações posteriores ao resultado que têm lugar pelo fato de que o mundo tem mudado em um determinado aspecto e que são produzidas pelo que von Wright chama de 'necessidade causal' ou 'necessidade natural'. Com efeito, entre dois estados de coisas pode existir uma relação de causa-efeito e cabe que o primeiro de tais estados de coisas seja o resultado de uma ação. Aos efeitos cuja causa é o resultado de uma ação, von Wright os chama de consequências da ação. A diferença do que ocorre entre a ação e o resultado, o nexos que une esta com suas consequências não tem o caráter lógico, senão que é um nexos extrínseco (causal): um ato pode ter consequência, mas também pode não tê-las.<sup>1097</sup>

O problema é que essa distinção é relativa. De modo semelhante à individualização da ação, a definição do que é resultado e do que é consequência depende do critério de observação envolvido. A morte da vítima é o resultado da ação 'homicídio', mas pode ser a consequência da ação de 'limpar a arma'.

A individualização da ação e, derivado disso, a individualização do seu resultado dependeriam da intenção do agente.<sup>1098</sup> Georg von Wright diz que "Quando o aspecto externo de uma ação consiste em várias fases relacionadas causalmente, é correto por regra geral singularizar uma delas identificando-a com o objeto da intenção do agente. Ela é o que o agente procura fazer. Eis aqui o resultado da sua ação."<sup>1099</sup>

De certo modo, von Wright associa, como regra, as ações a movimentos corpóreos. Ou seja, ainda está vinculado aos pressupostos behavioristas (vê a ação como a causa da mudança em um estado de coisas). A ação seria um recorte em uma atividade, i.e., um conjunto de movimentos corpóreos. A exceção ocorreria, segundo ele, com as condutas omissivas, como se detacará adiante.

Ele tem em conta os atos elementares: (a) a produção de um estado de coisas; (b) a manutenção de um estado de coisas; (c) a destruição de um estado de coisas e, por fim, (d) a inibição do surgimento de um estado de coisas.

Por outro lado, von Wright sustenta que "A noção de omissão de uma ação é notoriamente enganosa. A omissão é uma não-ação - e também, ao mesmo tempo, um modo de ação ou de conduta."<sup>1100</sup>

Daniel González Lagier enfatiza esse aspecto normativo da ação (a omissão não é um simples deixar de fazer). A omissão é um deixar de fazer algo mandado,

<sup>1097</sup> LAGIER, Daniel Gonzáles. *Op. cit.*, p. 67, traduziu-se.

<sup>1098</sup> Sua concepção aproxima-se, portanto, do Finalismo de Hans Welzel, como bem anotado na obra LAGIER, Daniel González. **Las paradojas de la acción**, p. 67-68.

<sup>1099</sup> VON WRIGHT *apud* LAGIER, Daniel G. **Acción y norma en G.H. von Wright**, p. 68.

<sup>1100</sup> *Idem*, p. 75, traduziu-se.

algo determinado. O problema está na ambiguidade da expressão 'poder fazer', pois envolve tanto a capacidade e habilidade para a ação, por um lado, quanto a oportunidade para fazê-la, de outro.

A postura de von Wright sobre a delimitação entre 'não fazer' e 'omitir', assim como sua hesitação deve ser considerada à luz das observações anteriores. Em Norma e ação, nosso autor afirma que as noções de ação que se bem o conceito de ação não pode ser definido exclusivamente com as noções de ação e mudança, podemos defini-lo em termos de ação, mudança e capacidade (...) Um agente, em uma ocasião dada, omite fazer uma determinada coisa se, e somente se, pode fazer essa coisa, mas de fato não a faz. Acrescenta von Wright que esta noção de omissão constitui o membro logicamente mais débil de uma série de noções de omissão progressivamente mais fortes.<sup>1101</sup>

Daniel Lagier sustenta que os requisitos mínimos para que se possa falar em omissão são dois: a oportunidade para a realização da ação omitida (por mais que o agente a ignore) e a habilidade de realização da ação omitida. Ele não menciona a existência de uma regra de agir que obrigue a realização da ação.<sup>1102</sup>

Para von Wright, as omissões também podem ser individualizadas e submetidas à depuração lógica, própria da filosofia analítica. Isso implica, porém, maiores dificuldades do que a individualização das condutas comissivas:

Mas a individualização de uma omissão suscita maiores problema que a individualização de uma ação: para determinar se um agente a omitiu efetivamente a realização de *p* na ocasião o não basta indicar que o agente, a ocasião e o tipo de omissão que se trata (tal como bastava para a ação), senão que deve-se verificar se não estamos diante de um caso de não fazer *p*. Para isso deve-se constatar, em primeiro lugar, que a não fez *p* e, em segundo lugar, que a ocasião o constitua uma oportunidade para fazer *p*. (...) Caso tenhamos em conta, por último, um conceito mais forte de omissão, sua individualização requer que se verifiquem alguns aspectos adicionais, como o fato de que a conduta do agente fosse de alguma maneira esperada ou devida.<sup>1103</sup>

De certo modo, Georg von Wright tem em conta a teoria do *aliud agere*, dado que reconhece que, no mais das vezes, a omissão não se dá mediante simples repouso corpóreo. Antes, o sujeito omite uma ação específica, determinada, ao mesmo tempo em que realiza outras.<sup>1104</sup>

Ademais, para ele, as omissões também teriam resultados e consequências,

<sup>1101</sup> LAGIER, Daniel Gonzáles. *Op. cit.*, p. 76, traduziu-se

<sup>1102</sup> Idem, ibidem.

<sup>1103</sup> Idem, p. 78, traduziu-se

<sup>1104</sup> Idem, p. 78-79.

por mais que não se possa falar de causação natural nesse âmbito. O resultado é apenas o componente lógico da própria descrição da omissão.

Daí que, no que toca a omissão, o resultado - no sentido com que essa expressão é empregada pelo professor de Cambridge - seria o fato de que a janela não foi fechada. A consequência seria o fato de que, graças a isso, o ocupante da casa pegou um resfriado.

As omissões somente são possíveis quando a ocasião constitui uma oportunidade para a sua produção. Ou seja, para que se possa falar em omissão da produção de um estado  $p$ , é necessário que  $p$  não exista ou que não se produza por si só (que ela careça da intervenção do agente  $Y$  para a sua realização).

Para von Wright há quatro tipos de omissões básicas: a) omissão na produção de um estado de coisas; b) omissão na destruição de um estado de coisas; c) omissão na conservação de um estado de coisas ou d) omissão no impedimento de um estado de coisas.<sup>1105</sup>

Assim, "o fato de que uma omissão dê lugar a que um determinado estado de coisas não mude (por exemplo) em uma oportunidade determinada não somente depende da conduta (ou passividade) do agente, senão também de que nenhum outro agente aproveite essa oportunidade para produzir a mudança."<sup>1106</sup>

Basta imaginar que o agente 'A' estivesse obrigado a fechar a janela. Quando outrem o faz, a oportunidade de atuar se perde.

O fato é, seja no âmbito das comissões, seja no âmbito das omissões, chama a atenção o problema da individualização das ações. O sujeito lança uma bomba e mata milhares de pessoas: quantas ações? O resultado teria algum relevo nesse âmbito? Quem subtrai diariamente, da quitanda, uma maçã ao longo de um ano cometeu 365 subtrações, ou uma única subtração de 365 maçãs?

Ora, uma primeira tentativa de se individualizar ações envolve a delimitação dos movimentos corpóreos envolvidos. Levantar o braço seria uma única ação, diz Lagier, conquanto o exemplo possa parecer truísmo.<sup>1107</sup>

E é nesse âmbito, portanto, que se coloca o debate entre os unificadores e os multiplicadores de ações. Cuida-se da contraposição entre Donald Davidson, de um lado, e Alvin Goldman, de outro.

---

<sup>1105</sup> Idem, p. 79.

<sup>1106</sup> Idem, p. 80. Traduziu-se.

<sup>1107</sup> Idem, p. 85.

Deve-se atentar, nessa medida, para o chamado efeito sanfona (efeito *acordeon*), aludido inicialmente por J. Feinberg: "Esse efeito consiste, segundo Feinberg, no fato de que as ações podem ser comprimidas a um mínimo (somente os movimentos corporais) ou expandidas até incluir os efeitos causais."<sup>1108</sup>

Feinberg diz que a ação de matar alguém pode ser examinada tanto com a perspectiva de apenas aferir o movimento do dedo apertando gatilho, envolvendo o disparo ou, por fim, também o resultado morte.

Isso significa que esse recorte da atividade humana, denominado de 'ação', pode ser ampliado ou restringido, tudo a depender dos critérios envolvidos.

Quando atuamos, o fazemos para provocar uma mudança no mundo que desejamos por alguma razão. Se atuar é provocar ou causar (no sentido amplo) uma mudança, parece que as frases do tipo 'A causou o fechamento da porta' são equivalentes à frase do tipo 'A fechou a porta'. As dificuldades surgem quando notamos que a mudança a que temos dado lugar pode ser causa de uma nova mudança, e esta última também causa de outra posterior, e assim ao largo de uma cadeia de causas e efeitos que podem ser mais ou menos larga e que temos iniciado com nossos movimentos corporais. (...) Esse efeito acordeon das ações suscita dois paradoxos. O primeiro deles é o seguinte (a segunda será analisada no tópico seguinte): Distintas consequências dos mesmos movimentos corporais pode constituir ações distintas? Se efetuo certos movimentos corpóreos que produzem várias consequências, faço várias ações com um só movimento corpóreo?<sup>1109</sup>

Esse efeito sanfona decorre muito mais da descrição desse *quid* (denominado de ação), do que propriamente da ação em si. O problema é o critério que se escolhe para recortar unidades de conduta, dado que se pode bem descrever o ato de Graviolo Princip como sendo um movimento dos dedos (atos básicos), apertar do gatilho, o assassinato de Franz Ferdinand, da Áustria, ou como a ação de causar a Primeira Guerra Mundial e os eventos daí decorrentes.

Para Donald Davidson, "Nós devemos concluir, talvez com surpresa, que nossas ações primitivas, aquelas que não fazemos mediante outra coisa, os meros movimentos de nosso corpo, são todas as ações que existem. Nunca fazemos mais que mover nosso corpo; o resto é coisa da natureza."<sup>1110</sup>

González Lagier sustenta, todavia, que - conquanto uma mesa possa ser

<sup>1108</sup> Idem, p. 86. Leia-se também LAGIER, Daniel González. **Las paradojas de la acción**, p. 38.

<sup>1109</sup> LAGIER, Daniel G. **Las paradojas de la acción**, p. 38-39, omitiu-se parte do texto. Traduziu-se.

<sup>1110</sup> DAVIDSON *apud* LAGIER, Daniel G. **Acción y norma en G.H. von Wright**, p. 87, traduziu-se.

descrita como redonda ou como amarela -, ela continuaria sendo uma mesa.<sup>1111</sup> Mas ele não nota, e aí o ponto, que a própria palavra 'mesa' já é uma descrição. Não há como fugir da necessidade de conceitos e de descrições.

Vê-se, de todo modo, que os unificadores (p.ex., Donald Davidson) atribuem peso para o movimento corpóreo, buscam algum critério que unifique a ação e permita que vários resultados sejam consolidados em um ato único. Apertar o gatilho, matar Franz Ferdinand e provocar a Primeira Guerra seriam uma só ação, conquanto descritas de modos distintos.

Situação diversa ocorre com os multiplicadores, para os quais haveria, nesse âmbito, várias ações distintas entre si. O maior exemplo de multiplicador é dado pela obra de Alvin Goldman, alvo de maiores detalhes adiante.

Por ora, basta ter em conta que, segundo Goldman, o ato de disparar e o ato de matar não seriam idênticos, dado que não exemplificariam as mesmas propriedades. O resultado morte pode ocorrer meses depois do disparo da arma.

Daí que Alvin Goldman, de forma contraintuitiva, multiplique as ações, afirmando que, para além de um ato-básico (mover os dedos), haveria inúmeras outras ações, tudo a depender das propriedades envolvidas (levantar o braço, mover os dedos, apertar o gatilho, matar a vítima, provocar a Primeira Guerra Mundial). E isso pode beirar ao *nonsense*, em alguns casos.

Afinal, para Goldman beijar a mulher mais rica e beijar a mulher mais bela seriam duas ações, mesmo quando a mulher mais rica é também a mais bela...

Neri Castañeda argumenta, todavia, que a controvérsia entre unificadores e multiplicadores seria meramente linguística.<sup>1112</sup> Unificadores focalizariam sua atenção na fenomenologia da ação (reputando-a mero movimento corpóreo), enquanto que os multiplicadores prestariam atenção na descrição das ações (suas propriedades). Cuidar-se-ia muito mais do problema de se conceituar ação, de modo que unificadores e multiplicadores não estariam tratando do mesmo *quid*.

De todo modo, haveria algumas semelhanças entre a teoria de von Wright e de Alvin Goldman, dado que ambos acolhem a distinção entre atos-tipo e atos-caso. O ato tipo cuida da descrição de uma espécie de ação (a subtração, o assassinato, o correr, o comer, o falar etc.), enquanto que o ato-caso cuida de uma ação específica, praticada por determinado agente, em determinado local e tempo (o fato de que o

<sup>1111</sup> LAGIER, Daniel Gonzáles. *Op. cit.*, p. 88.

<sup>1112</sup> Idem, p. 91-92.

agente A matou a vítima B no local 'x' no tempo 'y').

Ambos recorrem, pois, à ideia de exemplificação de propriedades, no momento em que conceituam a ação. Isso pode suscitar a impressão de que von Wright teria um multiplicador, conquanto - a bem da verdade - o professor de Cambridge não tenha tomado partido nessa disputa.

Georg von Wright dizia que uma ação individual (ato-caso) poderia exemplificar distintas ações genéricas (ato-tipo). A ação de levantar o braço também pode ser tida como um sinal de alerta, de despedida etc.

Ainda assim, para ele, a ação demandaria alguma consideração sobre o movimento corpóreo confrontado com a intenção do agente. A intenção é que permitiria aferir o 'resultado' da ação, como sendo aquele fim visado pelo sujeito.

É oportuna, pois, a análise promovida por González Lagier:

[C]hamar e individualizar as ações por seu resultado tem o inconveniente de reduzir nosso discurso às ações intencionais em um sentido forte. É dizer, somente poderíamos nos referir àquelas ações que se dirigem a um fim determinado. Contudo, frequentemente há casos em que é socialmente relevante o que o agente fez de alguma maneira consciente, voluntária, ainda que sem a intenção de fazê-lo.<sup>1113</sup>

Georg von Wright atribui maior peso para os resultados deliberados, planejados, visados. Encontra alguma dificuldade em tratar dos efeitos reflexos e indesejados. Quando o sujeito ultrapassa o sinal vermelho e mata o pedestre, a consequência 'morte' não foi almejada. Ela seria resultado da sua conduta, nos estritos termos em que o 'resultado' é concebido na sua teoria?

Dado que, para von Wright, a intenção cumpre o papel de identificar os resultados das ações - e, portanto, em certa medida, o papel de individualizar as ações -, ele acaba por se deparar com os mesmos problemas enfrentados por Hans Welzel quanto às condutas imprudentes.<sup>1114</sup>

É frequente a invocação do exemplo de Édipo Rei: ele quis casar com

<sup>1113</sup> Idem, p. 97, traduziu-se.

<sup>1114</sup> Sobre as dificuldades enfrentadas por Hans Welzel nesse âmbito, leia-se GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em Direito Penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: RT, 2005, p. 154 e ss.; ALLER, Germán. **Dogmática de la acción y praxis penal**. Buenos Aires: IBdef, 2009, p. 69-76; VIVES ANTÓN, Tomás. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 128-129; BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da filosofia da linguagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 20-22.

Jocasta, mas não quis casar com a sua mãe. Algo pode ser intencional quanto a determinado aspecto da conduta, e não o ser quanto a outros aspectos. O caráter deliberado de uma atuação depende, pois, da sua descrição (contexto de intensidade, em Gottlob Frege ou o critério de diferenciação em Spencer-Brown).

Levada a extremos a concepção de Georg Henrik von Wright, pode remanescer a impressão de que uma atividade não intencional não poderia ser denominada de 'ação'. Mas isso pode levar a alguma confusão. Desde que não se cuide de ato reflexo, destituído de um mínimo de voluntariedade, poder-se-ia chamar de 'ação' a conduta de atropelar alguém de forma imprudente, ainda que a consequência não tenha sido almejada pelo condutor do veículo.

Para González Lagier, mesmo as ações não intencionais teriam resultado (resultado, repise-se, no sentido empregado por von Wright, algo tautológico).

As ações não intencionais têm resultado? Podemos desvincular a noção de resultado da noção de intenção e defini-lo como aquele acontecimento que é logicamente necessário para dizer que a ação tem tido lugar, sem comprometer-nos com o critério que nos tem feito selecionar a esse acontecimento para qualificar a ação. Com essa correção, podemos seguir dizendo que as ações não intencionais têm resultado, e que a conexão entre ação e resultado é conceitual.<sup>1115</sup>

O fato é que a valoração que a comunidade faz de determinada atividade humana difere, não raras vezes, da valoração adotada pelo próprio autor. O sujeito leva consigo o guarda-chuva alheio acreditando ser o seu. Durante uma palestra, o sujeito sai do auditório a fim de fumar um cigarro; mas o palestrante interpreta o movimento como uma ofensa, como sendo um ato deliberado de afronta.

Enfim, na precisa síntese de González Lagier, Georg Henrik von Wright discorre sobre os critérios para individualizar ações: a amplitude da cadeia causal, previsibilidade das consequências, importância social dos eventos etc.

Em realidade, o termo 'ação' não somente é ambíguo pelo fato de se referir tanto a ações individuais como a ações genéricas, senão que também alude a movimentos corporais (nem sempre usamos o termo 'ação' para contrapô-lo aos meros movimentos corporais, senão que, às vezes, usamos estas duas expressões como sinônimas). O termo 'ação' oscila continuamente entre um e outro destes três significados, tanto na linguagem ordinária (na medida em que se utiliza deste), como nos textos de von Wright, como nestas páginas. Isto é muito difícil de evitar (algo parecido ocorre com o termo 'conduta').<sup>1116</sup>

<sup>1115</sup> LAGIER, Daniel Gonzáles. **Acción y norma en G.H. von Wright**, p. 100, traduziu-se.

<sup>1116</sup> Idem, p.104, traduziu-se.

Atento aos limites da presente investigação, essa é uma breve síntese da concepção de von Wright sobre a ação humana. Cuida-se de uma teoria analítica, que busca traduzir os sentidos comuns em pretensos sentidos técnicos. Pretende esclarecer, no fundo, o uso das palavras...

### 6.3. A concepção de Alvin Goldman:

Alvin Goldman é apresentado, no mais das vezes, com um multiplicador.

Ele reconhece a presença de inúmeras ações nos casos em que costumeiramente conta-se apenas uma. Por exemplo, para ele o ato de alguém apertar o gatilho e matar a vítima envolveria, quando menos, quatro ações.

Ao que releva, ele inicia sua principal obra - *A theory of human action*, publicada em 1970 - versando sobre a importância que esse tema teria adquirido no âmbito da filosofia analítica. A filosofia da mente, filosofia da linguagem e a ética não conseguem contornar o problema da ação humana.

Investigações sobre a natureza de mente clamam, diz Goldman, por uma explicação da relação entre um específico estado mental do agente e as ações que lhe sucedem.<sup>1117</sup> A filosofia da linguagem discorre sobre os atos de fala - uma específica forma de ação -, problematizando-os.

No que toca à ética, temas como a intencionalidade, a capacidade, a responsabilidade e a sorte moral cobram tomadas de posição sobre o comportamento humano. Teorias éticas como o pragmatismo e utilitarismo amparam-se em axiomas sobre a natureza da atividade do homem.

Goldman parte de um conjunto de dúvidas estranhas. Ele investiga se o ato de apertar o interruptor é o mesmo que acender a luz. E, caso não seja, qual seria a relação entre ambos. O filósofo e sociólogo americano também questiona o conceito do 'ato básico' (*basic act*) e a sua função na teoria geral da ação.

Ele busca uma análise detalhada, restrita, sobre o conceito de ação (*fine-grained view*); também pretende explicar as relações entre atos básicos e atos complexos, bem como a relação entre as ações e os desejos e crenças. Alvin Goldman tem pretensões, portanto, próprias à filosofia analítica, já que - à semelhança de Georg von Wright - ele também tenta desembaraçar os conceitos

---

<sup>1117</sup> GOLDMAN, Alvin J. *A theory of human action*. New Jersey: Prentice-Hall Inc., 1970, p. v.



presentes no senso comum sobre o conteúdo e estrutura da ação humana.

Recorde-se, todavia, a célebre advertência de Wittgenstein: "A fim de encontrar a verdadeira alcachofra, nós a despimos de suas folhas."<sup>1118</sup> Essa pretensão metafísica de Alvin Goldman parece fadada ao fracasso.

Na base da sua teoria, encontra-se o conhecido postulado de Gottfried Wilhelm Leibniz: duas entidades são iguais caso explicitem exatamente as mesmas propriedades.<sup>1119</sup> Ou melhor, duas entidades seriam idênticas caso sejam intercambiáveis, transitivas (podendo-se atribuir à entidade 'x' todas as qualidades atribuídas à entidade 'y' e vice-versa).

O problema é saber o que é um ato.

Goldman sustenta que apenas com os conceitos que a realidade pode ser dissecada. Ele questiona quantas ações John teria feito ao mover sua mão, afugentar uma mosca, mover a rainha na diagonal do tabuleiro de xadrez, dar um xeque-mate no seu oponente, provocar-lhe um ataque cardíaco e vencer a partida.

Para Donald Davidson e para Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe, nesse exemplo haveria uma única ação, suscetível de distintas descrições. Para Goldman, ao contrário, haveria seis ações diferentes, conquanto possam ter sido praticadas simultaneamente. Elas não teriam as mesmas propriedades, de modo que não poderiam ser a mesma ação.

Alvin Goldman também diz que quando John move seu dedo, aperta o gatilho, dispara a arma e mata seu desafeto, ele pratica com isso quatro ações. Daí que ele seja classificado, repita-se, como um multiplicador de ações.

Na sua obra, ele bate-se contra essa tese da identidade.

O filósofo argumenta que, por mais que seja atrativa e pareça decorrer de alguma intuição, essa equiparação entre todos esses eventos (mover a mão e dar um xeque-mate) afrontaria o postulado de que, para serem iguais, duas ações deveriam possuir exatamente as mesmas propriedades.

Alvin Goldman enfatiza, por exemplo, que o momento em que John dispara é diferente do momento em que a vítima morre. Ela pode falecer meses depois da ação de apertar o gatilho, razão pela qual a ação de matar e a ação de causar o disparo da arma não poderiam ser tidos como sinônimos.

---

<sup>1118</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 2. ed. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 72.

<sup>1119</sup> MOORE, Michael S. **Act and crime**, p. 329.

Ele também se reporta à seguinte situação hipotética: John toca piano, provocando sonolência em Smith e, ao mesmo tempo, faz com que Brown acorde. Caso as ações fossem idênticas, isso deveria admitir plena substituição entre os enunciados, de modo que seria legítimo afirmar que o adormecer de Smith teria causado o acordar de Brown, o que seria inadmissível - ele diz.<sup>1120</sup>

Percebe-se que Goldman não atenta para a distinção, promovida por Gottlob Frege, entre signo e referente. Para ele, como regra, duas descrições diferentes devem corresponder a propriedades distintas. A ação de falar e a ação de falar de modo estridente não seriam a mesma coisa.<sup>1121</sup>

Ademais, Goldman também se socorre da configuração do idioma inglês para demonstrar que haveria distintas ações. Reporta-se, então, para o uso da partícula 'by' na língua inglesa para sustentar que John liga a luz ao apertar o interruptor; não se podendo dizer que ele aperta o interruptor ao acender a luz.

The important point to notice about this relationship is that it is both asymmetric and irreflexive. Consider first the matter of asymmetry. If agent S does act A 'by' doing act A, then he does not do A 'by' doing A'. John turns on the light by flipping the switch, but he does not flip the switch by turning on the light. He checkmates his opponent by moving his queen to king-knight-seven, but he does not move his queen to king-knight-seven by checkmating his opponent. We can explain how John turned on the light by indicating that he flipped the switch, and we can explain how John checkmated his opponent by saying that he moved his queen to king-knight-seven. But we cannot explain how John flipped the switch by saying that he turned on the light; nor can we explain how John moved his queen to king-knight-seven by saying that he checkmated his opponent.

The irreflexivity of the relationship can be seen in the same examples. We would not say that John turned on the light by turning on the light, nor that John checkmated his opponent by checkmating his opponent. We cannot explain how John flipped the switch by indicating that he flipped the switch; nor can we explain how John moved his queen to king-knight-seven by saying that he moved his queen to King-knight-seven.<sup>1122</sup>

Diante dessa assimetria no uso do idioma, ele conclui que as ações seriam distintas. Haveria uma diferença entre apertar o interruptor e acender a luz, porquanto os enunciados não seriam intercambiáveis, transitivos e simétricos.

<sup>1120</sup> GOLDMAN, Alvin J. *Op. cit.*, p. 3.

<sup>1121</sup> Note-se, todavia, que, nesse âmbito, ele compara *act-types* entre si (falar e falar de modo estridente), e não efetivos *act-tokens* (porquanto, nesse caso, haveria uma única fala e, pois, promovida de certo modo). Ele compara ações no plano abstrato para concluir que, em situações concretas, teriam sido praticados distintos atos.

<sup>1122</sup> GOLDMAN, Alvin J. *Op. cit.*, p. 5.

Ademais, Goldman ainda argumenta que a tese da identidade (Davidson) não atribui o devido significado à diferença entre atos básicos e ações complexas. À semelhança de Arthur Danto, Goldman reputa que há ações básicas, ações elementares (atômicas), que comporiam outras ações.

Mover a mão seria uma ação básica; realizar um xeque-mate não.

Por outro lado, também haveria um problema quanto à intencionalidade: alguém queria matar Cícero, mas dizia ser indiferente a Túlio, sem saber que Cícero e Túlio designavam a mesma pessoa.

Goldman alega que haveria uma percepção comum de que ações mais simples acabariam compondo ações mais complexas; deplora, com isso, a concepção de Anscombe e de Donald Davidson - unificadores -, por não terem atentado para a necessária distinção entre ambos os conceitos.

O filósofo em causa diz ainda ter consciência das objeções que a sua teoria pode suscitar (teoria que dele denomina de *fine-grained manner of individuating acts*). Argumenta-se que seu ponto de vista pode levar a uma proliferação de entidades, incrementando o mobiliário do mundo.<sup>1123</sup>

Ele insurge-se contra essa crítica dizendo que a questão estaria muito mais em saber se duas ações seriam idênticas entre si (mover a mão e fazer um xeque-mate, apertar um botão e a ação de ligar a máquina etc). Refuta, pois, a invocação da navalha de Guilherme de Occam: *pluralitas non est ponenda sine necessitate*.

Para ele, na linguagem cotidiana esses problema quase não se coloca, dado que poucos estão interessados em individualizar ações ou questionar se mover a mão e aplaudir seriam a mesma coisa. E, por mais que algumas conclusões possam parecer contraintuitivas, a função da Filosofia Analítica seria justamente a de depurar o uso do idioma corrente, ele repisa.

Há, na sua obra, uma latente confusão entre os mundos de que fala Karl Popper, acima aludido. Ele não distingue claramente os eventos empíricos, de um lado, e o problema do significado, de outro. Para Goldman, tudo é uma questão de enunciados descritivos e de propriedades correlatas.

Na base da sua teoria encontra-se a distinção entre atos-tipo (*act-types*) e atos-caso (*act-tokens*). Os atos-tipos retratam ações genéricas, como a ação de aparar o gramado, matar alguém, cantar, pintar a casa. Atos-casos exemplificam

---

<sup>1123</sup> Idem, p. 8.

propriedades dos atos-tipos, em uma situação específica (a ação de o agente A aparar o grama no tempo 'x' e no local 'y').

Um ato-tipo é um ato-propriedade (um 'tipo' de atos) e um ato-caso ou ato particular é a exemplificação de um ato-propriedade por um agente determinado em um momento determinado. Portanto, dois atos-caso são idênticos se e somente se envolvem o mesmo agente, a mesma propriedade exemplificada pelo mencionado agente e o mesmo tempo.<sup>1124</sup>

Toda a sua teoria parte da premissa de que dois *act-tokens* seriam idênticos apenas quando são praticados pelo mesmo agente, no mesmo tempo e local, demonstrando a mesma propriedade; i.e., quando ilustram os mesmos *act-types*. Assinalar uma conversão com a mão esquerda não seria o mesmo que fazê-lo com a mão direita, ainda que o significado social seja o mesmo.

Alvin Goldman busca uma pretensa essência metafísica da ação, tomando como ponto de partida a linguagem (os enunciados que descrevem essas ações). Esquece-se, todavia, de que não há igualdade entre ações designadas pelos mesmos vocábulos, porquanto tudo se resume, quando muito, a uma semelhança de família, como dizia o segundo Wittgenstein.<sup>1125</sup>

Justamente por perquirir uma suposta essência da ação, é que ele acaba por multiplicar entidades, concentrando sua atenção nos enunciados linguísticos respectivos: mover a mão e dar um xeque-mate não podem ser a mesma coisa - ele conjectura - porquanto são descrições de diferentes propriedades.

Os *act-tokens* (i.e., atos-casos) podem exemplificar um conjunto de distintas qualidades: "*Act-tokens, like anything else, may exemplify indefinitely many properties, although they are tokens of only one property each.*"<sup>1126</sup>

Ele não chega a dizer, porém, que cada ato-caso apenas poderia ser descrito de uma única forma. Pode-se muito bem sustentar que o enunciado 'John matou seu inimigo' é igual a 'o prefeito matou seu desafeto', desde que John seja o prefeito da cidade.

Ainda assim, Alvin Goldman insiste que mover o dedo, apertar o gatilho e matar alguém não podem ser o mesmo *act-token*, já que ilustram propriedades

<sup>1124</sup> LAGIER, Daniel Gonzáles. **Acción y norma en G.H. von Wright**, p. 89-90.

<sup>1125</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 2. ed. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 38.

<sup>1126</sup> GOLDMAN, Alvin J. **Op. cit.**, p. 11.

diferentes. Diga-se uma vez mais, ele fia-se na constatação de que a ação de apertar o gatilho ocorre antes que a vítima morra. Duas coisas que ocorrem em tempos distintos não podem ser idênticas entre si.<sup>1127</sup>

Repisa-se, outrossim, que a teoria unificadora (Anscombe e Davidson) deveria demonstrar, por coerência, que a ação de matar a vítima teria provocado o disparo da arma (por força da transitividade das expressões idênticas, que Goldman reputa indispensável). A própria noção de causa demanda, porém, uma assimetria entre os eventos (se A causa B, isso afasta a expressão contrária: B causa A).

A sua proposta acaba por deslocar o problema da individualização das ações para o problema da individualização das propriedades das ações. Ao invés de se individualizar e recortar *act-tokens*, ele diz que é necessário delimitar *act-types* (tipos genéricos de ação).

Alvin Goldman confunde os planos empírico e linguístico. Ele transita livremente de um 'mundo' popperiano para outro, supondo ao mesmo tempo que haveria 'atos-básicos' (movimento corpóreo elementar), mas que as ações seriam identificadas por suas propriedades (adjetivos conferidos pelo idioma).

Daí que ele enfatize que há diferença entre a ação de correr (ato simples) e a ação de correr a 10 milhas por hora.<sup>1128</sup> Chega ao cúmulo de dizer que quem golpeia o homem mais rico da festa e quem golpeia o homem mais alto promove duas ações distintas, ainda que o homem mais rico também seja o mais alto...<sup>1129</sup>

Não apenas contraintuitivo, isso soa a *non-sense*.

De todo modo, essa conclusão parece coerente com a sua premissa: a de que dois *act-tokens* apenas podem ser tidos como iguais quando retratam as mesmas propriedades. E haveria tantos *act-tokens* quanto os adjetivos ou advérbios envolvidos. Ainda que o golpe seja único, isso significaria uma multiplicação de ações, tantas quanto forem as propriedades envolvidas na descrição.

Ele não está contando ações; está contando propriedades da ação...

Por conseguinte, aplicando-se essa tese em todo o seu rigor, sempre haveria quase que infinitas ações, já que as qualidades envolvidas na atividade humana são incomensuráveis. Golpear alguém pode ser traduzido como o ato de

---

<sup>1127</sup> Nesse âmbito ganha relevo, como se percebe, o efeito sanfona já referido acima. Supondo que ação seja movimento corpóreo, ela pode ser descrita de distintas formas, dando ênfase para um recorte maior ou menor da atuação humana correspondente.

<sup>1128</sup> GOLDMAN, Alvin J. *Op. cit.*, p. 13.

<sup>1129</sup> Idem, *ibidem*.

machucar o homem mais rico, o sujeito mais infeliz, golpear o homem com três filhos, golpear o sujeito careca, golpear o filho único, golpear com a mão direita etc.

Argumenta ainda que a íntima conexão lógica entre duas ações simultâneas não bastaria para o reconhecimento de uma identidade. Conquanto a ação 'João casou com Maria' implique a ação 'Maria casou com João', essas seriam ações (*atos-casos*) distintos, porquanto realizados por agentes diversos.

A cada nova propriedade, Goldman parece supor haver nova ação. No fundo, ele designa com a palavra 'ação' algo muito distinto daquilo com que a própria Filosofia da Ação está acostumada.

De toda sorte, ele argumenta que os problemas dessa multiplicação da ação seriam contornados com o emprego das técnicas desenvolvidas na sua obra. Isto é, o emprego de mecanismos de classificação e correlação entre essas supostas espécies de ação (divisadas em um único movimento corpóreo).

Alvin Goldman distingue, pois, o que chama de 'causação' e o que chama de 'geração causal'. A causação trataria justamente do nexu etiológico (nexo de causa e efeito), enquanto que a geração causal cuidaria das relações entre ações elementares, no sentido empregado por Arthur Danto, e as ações complexas ocorridas simultaneamente (p.ex., a relação entre o mover a mão sob o tabuleiro e a ação de realizar um xeque-mate).

Com efeito, Goldman supõe que tossir seja a propriedade de uma ação, mas desde que se cuide da tosse deliberada, fingida. A tosse corriqueira, o espirro, os atos reflexos não seriam manifestação de verdadeiras ações para ele, já que não envolveriam um mínimo de deliberação. O filósofo e sociólogo americano ainda se vincula, pois, à diferença entre ações e eventos (*that you undergo*).<sup>1130</sup>

Ele fia-se, nesse rastro, na obra de Anthony Kenny - *Action, emotion and will*, publicada em 1963 -, a fim de distinguir três espécies de verbos: estáticos, performáticos e verbos de atividade.

Por exemplo, há verbos estáticos nas frases 'João está no topo da árvore', 'João está doente' etc. Não retratam ações. No caso dos verbos performáticos, falar que 'João está aprendendo' significa que ele ainda não aprendeu; 'João está construindo uma casa' significa que ela ainda não foi construída etc.

Por fim, no caso dos verbos de atividade, falar que 'João está ouvindo'

---

<sup>1130</sup> GOLDMAN, Alvin J. *Op. cit.*, p. 16.

significa que ele já ouviu (ouviu e continua a ouvir), falar que 'João está falando' significa que ele já começou a falar etc.

Os verbos estáticos não representariam ações.

Goldman diz, porém, que o critério é insuficiente. Afinal de contas, '*to die*' (morrer) não é um verbo estático; e, ainda assim, não diz respeito a uma ação.<sup>1131</sup> Morrer é algo que acontece a um sujeito, e não uma ação dele, salvo quando se trate de suicídio. Tampouco 'pegar' uma gripe retrataria uma ação, conquanto se cuide de um verbo de atividade.

O problema está nessa tentativa de se resolver um pretenso problema metafísico - a essência da ação humana e sua individualização - invocando como fundamento a estrutura linguística. Há equívoco em se buscar na classificação dos verbos algum critério para se delimitar uma ontologia da ação humana.

De todo modo, Goldman também tem em conta a questão da intencionalidade. À semelhança de von Wright, para ele apenas as atividades intencionais poderiam ser classificadas como ações. Isso afasta, pois, do âmbito da ação, os atos reflexos, os atos sob sonambulismo e hipnose.

Ele parte da teoria de Arthur Danto - seu conceito de *basic act-token* (ação básica) - enquanto movimento corpóreo. Com lastro em uma ação básica, o agente poderia desenvolver ações complexas. Ações básicas seriam o levantar do braço, o mover o dedo, dobrar os joelhos, abrir a boca, piscar etc.

Ele trata do que chama de *level-generation* (nível da geração), como sendo a relação entre pares ordenados de *act-tokens*. Desenha, pois, diagramas sobre os atos praticados por um determinado agente no tempo determinado.

Deve-se atentar bem para o fato de que, segundo Goldman, esses *act-tokens* devem ocorrer simultaneamente (para que se possa falar em efetiva geração causal). Quando as ações ocorrem sucessivamente, haveria apenas nexos etiológico (nexo causal), algo distinto do seu peculiar conceito de '*causal generation*'.

O melhor exemplo dessa relação simultânea entre pretensos dois atos-caso é dado pelo ato de mover a peça sob o tabuleiro de xadrez e o ato de realizar um xeque-mate. Para Goldman, haveria duas ações distintas: uma ação básica de mover a mão e uma ação convencional de realizar encurralar o rei no jogo.

O fato de os atos ocorrerem simultaneamente não seria suficiente, porém,

---

<sup>1131</sup> Idem, *ibidem*.

para a constatação dessa relação (geração causal). Mover a orelha enquanto toca a guitarra não evidenciaria uma geração causal, dado que as ações seriam independentes entre si, ele diz.<sup>1132</sup>

Os atos cotemporais ocorrem, pois, simultaneamente, mas não implicam geração causal (discursar ao mesmo tempo em que aperta teclas no celular). Algo distinto ocorreria nas pretensas ações múltiplas de mover o dedo, apertar o gatilho e disparar a arma, dado que, além de simultâneas, elas manteriam uma relação estreita entre si (como se o ato-básico fosse componente da ação-complexa).

Goldman classifica os casos de relação geracional em quatro grupos: a) geração causal; b) geração convencional; c) geração simples e d) geração aumentativa. Tenha-se em conta a síntese promovida por González Lagier:

De acordo com Goldman, entre as ações geradas por uma mesma ação básica (que constituem a 'árvore de ações') existem relações de geração. Estas podem ser de distintos tipos:

- 1) Geração causal, quando a relação entre as ações depende de relações de causalidade.
- 2) Geração convencional, na qual uma ação realizada em certas circunstâncias gera uma ação distinta ao existir uma regra que assim o determina (por exemplo, quando um jogador de xadrez move a rainha em uma determinada casa e promove o xeque-mate).
- 3) Geração simples, quando uma ação é condição suficiente da geração de outra, sem que se trate de geração causal ou convencional (por exemplo, a relação entre saltar x metros e saltar mais que ninguém em toda a história).
- 4) Geração aumentativa, quando a primeira ação é aumentada com circunstâncias e fatos adicionais, sem que - ao contrário do que ocorre com a geração simples - exista uma relação de implicação (por exemplo, dizer 'olá' e 'dizer olá em voz muito alta', ao mesmo tempo).<sup>1133</sup>

Goldman tem em vista, portanto, as relação entre os atos de apertar o interruptor/acender a luz, apertar o gatilho/matar alguém, mover o braço/fechar a porta, fechar a porta/evitar que a mosca ingresse na casa, mover o braço/despedir-se de alguém, escrever um livro/escrever uma obra prima etc.

Ele mantém, todavia, a distinção entre causação e geração causal. A causação trataria de nexos etiológicos (eventos havidos em momentos distintos), enquanto que a geração causal trataria de ações simultâneas (seria um liame entre

<sup>1132</sup> GOLDMAN, Alvin J. **A theory of human action**, p. 22.

<sup>1133</sup> LAGIER, Daniel González. **Las paradojas de la acción**. p. 47-48, traduziu-se.



ações, e não entre ação e resultado).

Eis o motivo pelo qual, para o filósofo norte-americano, dois atos jamais podem estar relacionados entre si por um nexos causal e também por geração causal. Esses conceitos seriam mutuamente excludentes, porquanto a geração causal demandaria simultaneidade, algo afastado quando se fala em nexos etiológico.

O sujeito tranca o carro com a chave dentro. Para abri-lo, quebra o vidro. Logo, há nexos causal entre a ação de deixar a chave dentro do carro e a ação de quebrar o vidro. Mas não há geração causal, porquanto as ações são sucessivas.

Daí que Goldman critique Arthur Danto, acusando-o de ter negligenciado essa pontual distinção.<sup>1134</sup> Para esse último, as ações básicas seriam praticadas diretamente (seriam o início de outros nexos causais); mas ele não toma em conta que o ato de se mover o braço para quebrar o vidro - uma ação básica - seria causada pelo ato de se esquecer a chave dentro do carro.

Releva ter em conta que, para Goldman, haveria então nexos de geração convencional. Ele trata, pois, dos casos em que movimentos corpóreos produziram uma outra ação simultânea, fundada em convenções e regras: estender o braço pode significar o ato de avisar uma conversão do veículo; balançar o braço pode significar um ato de despedida etc.

Ele diferencia regras normativas - normas morais ou jurídicas que definem proibições/permisões - e regras não normativas (p.ex., as regras de um jogo, o significado de gestos corporais etc.). Em ambos os casos, a interpretação depende de contexto de realização de cada *act-token*.

Conquanto sua obra discorra também sobre a intencionalidade das ações, sobre a diferença entre vontade, crença e desejo e ainda sobre a explicação da ação no âmbito das ciências comportamentais, a síntese acima é o suficiente para as questões tratadas na presente investigação.

#### **6.4. A análise promovida por Max Weber:**

A Sociologia também dedicou considerável esforço para examinar a ação humana. Chama a atenção, por exemplo, a ênfase que Max Weber concedeu à ação, ao enfatizar que o seu estudo seria uma das vigas mestras da ciência social.

---

<sup>1134</sup> GOLDMAN, Alvin J. *Op. cit.*, p. 22.

Para Weber, "A acção social (inclusive a omissão ou tolerância) pode orientar-se pelo comportamento passado, presente ou esperado como futuro dos outros (vingança por prévios ataques, defesa do ataque presente, regras de defesa contra ataques futuros)."<sup>1135</sup>

Para Weber, todavia, nem toda acção seria uma acção social:

Nem toda a classe de acção - inclusivé a acção externa - é 'social' na accepção aqui estabelecida. Não o é a acção exterior quando se orienta simplesmente pelas expectações da conduta de objectos materiais. O comportamento íntimo é acção social só quando s orienta pelo comportamento dos outros. Não o é, por exemplo, a conduta religiosa quando permanece contemplação, oração solitária etc. A actividade económica (de um indivíduo) só o é na medida em que toma em consideração o comportamento de terceiros. De um modo interiramente geral e formal, pois, quando tem em conta o respeito por terceiros do seu próprio poder efectivo de disposição sobre bens económicos. Do ponto de vista material, quando, por exemplo, no consumo entra a consideração das futuras necessidades de terceiros e por elas se orienta o modo de 'poupança' própria. Ou quando na produção se põe, como fundamento da sua orientação, a necessidade futura de terceiros etc.<sup>1136</sup>

Para Max Weber, a acção social não decorreria da simples presença simultânea de várias pessoa (acção homogênea de muitos), ou pelo fato de se cuidar de uma acção influenciada pelo comportamento alheio. Ele diz que o simples fato de muitos homens abrirem seus guarda-chuvas ao mesmo tempo, por força do início da chuva, não caracterizaria essa atividade como 'social', nesse sentido estrito.

Weber coloca no centro da sua teoria, destarte, a ideia de comportamento propositado: "O conceito de um propósito constitui um elemento fundamental na teoria sobre o método sociológico de Weber, todavia, o seu sentido não se faz claro", diz Anthony Kronman.<sup>1137</sup>

Isso significa que "o comportamento propositado é, portanto, voltado conscientemente para algum tipo de fim, um fim que é representado antes de ser alcançado por uma ideia na mente do agente, acompanhado pelo conceito de um regra ou método para alcançá-lo."<sup>1138</sup>

De certo modo, apenas a identificação do propósito individual é que

<sup>1135</sup> WEBER, Max. **Conceitos sociológicos fundamentais**. 3. ed. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 43. WEBER, Max. **Economia e sociedade - volume 1: fundamentos da sociologia compreensiva**. 4. ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Unb, 2000, p. 13-14.

<sup>1136</sup> WEBER, Max. **Conceitos sociológicos fundamentais**, p. 43.

<sup>1137</sup> KRONMAN, Anthony. **Max Weber**. Trad. de John Milton. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 36.

<sup>1138</sup> Idem, p. 37.

permitiria aferir o conteúdo da ação. Um físico ou um químico provavelmente se interessam por outros aspectos da ação - a análise dos processos orgânicos relacionados à atividade humana.

A Sociologia demandaria, todavia, um critério próprio de observação: a compreensão do comportamento sob a luz das finalidades que o motivaram.

[A]s explicações propositadas são necessariamente individualistas - argumento esse que foi defendido por alguns críticos ao descreverem Weber como um individualista metodológico. Por definição, cada explicação propositada de um acontecimento encerra, entre as suas causas determinantes, uma ou mais ideias, e, segundo Weber, uma ideia é algo que só pode ter origem na mente de um indivíduo ou ser representada por ele. Diferentes indivíduos podem ter a mesma ideia e a ideia de uma pessoa pode ter como conteúdo as ideias ou comportamento de outrem.

Isso ocorre, por exemplo, se eu for a pé ao centro da cidade para encontrá-lo(a) em um local preestabelecido com a expectativa de que você comparecerá ao nosso encontro, pois é do seu interesse fazê-lo. Mas, seja qual for o conteúdo, uma ideia é sempre o produto ou a representação de uma única mente. Essa é, por assim dizer, a sua forma invariável. De acordo com Weber, não existe e não pode existir algo como uma ideia de grupo, uma ideia baseada em algo que não seja a consciência de um único indivíduo. Consequentemente, cada explicação propositada, até mesmo a respeito de acontecimentos e processos complexos, deve tratar aquilo que pretende explicar como uma combinação ou série de ações individuais distintas.<sup>1139</sup>

A Sociologia estudaria apenas certas espécies de ações: aquelas ações orientadas pelo comportamento dos outros. Ações que têm propósitos fundados na expectativa das respostas alheias. A atividade de se pagar uma dívida é uma ação social sempre que for orientada pela antevisão da conduta dos demais sujeitos (receio de sofrer a imposição de multas, por exemplo).

O sociólogo alemão sustenta que, à semelhança das demais atividades humanas, a ação social também pode ser (a) racional em direção a fins; (b) racional quanto a valores; (c) afetiva, sobretudo emocional ou (d) tradicional.

Releva ter em conta, aqui, que "Age racionalmente em ordem a fins quem orienta a sua ação por uma meta, meios e consequências laterais e pondera racionalmente, para tal, os meios com os fins, os fins com as consequências secundárias como, finalmente, também os diferentes fins possíveis entre si."<sup>1140</sup>

<sup>1139</sup> KRONMAN, Anthony. **Max Weber**, p. 38.

<sup>1140</sup> WEBER, Max. **Conceitos sociológicos fundamentais**, p. 47. Há certa aproximação dessa análise weberiana com os conceitos desenvolvidos por Aristóteles na sua *Ética a Nicômaco*, como bem alerta Marcos César Seneda, na obra *SENEDA, Marcos César. Max Weber e o problema da evidência e da validade nas ciências empíricas da ação*. Campinas: Unicamp, 2008, p. 236 e ss.

Weber tem consciência, todavia, que a ação teleológica se cuida de um tipo ideal. Na prática, a atividade humana revela uma mescla de vários elementos (axiológica, sentido, vínculo com a tradição, cálculo dos resultados etc.).

A análise do economista Ludwig von Mises guarda algum paralelo com essa concepção weberiana. Para Mises, "A ação humana é comportamento propositado. Também podemos dizer: ação é a vontade posta em funcionamento, transformada em força motriz; é procurar alcançar fins e objetivos; é a significativa resposta do ego aos estímulos e condições do seu meio ambiente; é o ajustamento consciente ao estado do universo que lhe determina a vida."<sup>1141</sup>

Mises sustenta ser viável distinguir claramente os estados de consciência e de inconsciência: "O comportamento inconsciente dos órgãos e célula do organismo, para o nosso ego, é um dado como qualquer outro do mundo exterior. O homem, ao agir, tem que levar tudo em conta: tanto o que se passa no seu próprio corpo quanto outros dados externos, como por exemplo as condições meteorológicas ou as atitudes de seus vizinhos."<sup>1142</sup>

No âmbito da sua praxeologia, o liberal Ludwig von Mises imagina que toda ação teria origem em uma insatisfação, algum desconforto.

Mas, para fazer um homem agir não basta o desconforto e a imagem de uma situação melhor. Uma terceira condição é necessária: a expectativa de que um comportamento propositado tenha o poder de afetar ou pelo menos aliviar o seu desconforto. Na ausência dessa condição, nenhuma ação é viável. O homem tem de se conformar com o inevitável. Tem de se submeter à sua sina.<sup>1143</sup>

Para von Mises a ação seria sempre racional. Uma ação humana irracional seria um oxímoro. O objetivo final da ação seria sempre a satisfação de algum anseio humano; por outro lado, questões relativas a valores não poderiam ser alvo de julgamentos objetivos por parte de outras pessoas.

## 6.5. Concepção significativa da ação:

Faz-se necessário um breve lançar de olhos sobre a concepção significativa da ação, propugnada por Tomaz Vives Antón, Buján-Perez, Paulo César Busato e

<sup>1141</sup> MISES, Ludwig von. **Ação humana**: um tratado de economia. 3. ed. Tradução de Donald Stewart Jr. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010, p. 35.

<sup>1142</sup> Idem, ibidem.

<sup>1143</sup> Idem, p. 38.

José António Ramos Vázquez.

Para empregar uma expressão de Ludwig Wittgenstein, essa teoria é um exercício terapia filosófica.<sup>1144</sup> Ela renuncia à perseguição de essências ontológicas no âmbito do Direito Penal, deslocando o foco para o exame do significado.

Em Hegel, a ação era compreendida como uma manifestação da vontade moral: "A exteriorização da vontade como vontade subjetiva ou moral é a ação. A ação contém as determinações assinaladas de: a) ser devida como minha em sua exterioridade, b) ter uma relação essencial ao conceito na forma de um dever ser e c) estar referida à vontade dos demais."<sup>1145</sup>

O ideário hegeliano supõe, portanto, a possibilidade de se delimitar o conceito de ação humana, da forma como segue:

O direito da vontade consiste em que um fato seu somente seja reconhecido como uma ação própria e somente tenha responsabilidade sobre aquilo que ele sabia em seu fim sobre o objeto pressuposto, é dizer, o que estava em seu propósito. O fato somente pode ser imputado como responsabilidade da vontade: este é o direito do saber (...). A ação, ao transladar-se a uma existência exterior, que de acordo com suas diversas conexões se desenvolve em todos os seus aspectos de um modo exteriormente necessário, tem múltiplas consequências. Estas consequências são próprias da ação (lhe pertencem) na medida em que conformam uma figura que tem como alma o fim da ação. Mas ao mesmo tempo, enquanto fim posto na exterioridade, está abandonada à forças exteriores que podem uni-la com algo totalmente diferente do que ela é por si e levá-la a estranhas e distantes consequências. É assim mesmo um direito da vontade imputar somente o primeiro, porque é o único que estava em seu propósito.<sup>1146</sup>

Berner teria sido um dos primeiros juristas a perquirir um conceito de ação como essência do crime (1857). Iniciava-se uma significativa empreitada intelectual motivada pela ambição de se descobrir o átomo da matéria penal.

Ora, a concepção de Hegel criava verdadeiro amálgama entre o conceito de

<sup>1144</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 2. ed. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 58. MORA, María Narváez. **Wittgenstein y la teoría del derecho**: una senda para el convencionalismo jurídico. Madri: Marcial Pons, 2004, p. 133 e ss. VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valência: Tirant lo Blanch, 2008, p. 104.

<sup>1145</sup> HEGEL *apud* VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. **Op. cit.**, p. 85. Leia-se também a avaliação crítica que Vázquez faz da concepção hegeliana, nesse particular, em p. 333-334 da mesma obra.

<sup>1146</sup> VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. **Op. cit.**, p. 85.

ação e o conceito de imputação.<sup>1147</sup> Ao definir a ação como sendo a manifestação da vontade moral, ele acabava por não conferir um tratamento adequado para a atividade dos inimputáveis; ao mesmo tempo em que tampouco oferecia um anteparo teórico para o exame das condutas imprudentes.

Esse problema surgia - diz Vázquez<sup>1148</sup> - da insistência de Hegel em afirmar que a ação estaria intimamente imbricada com o propósito do agente. Indiretamente, essa tese acabava por restringir o alcance do Direito Penal, negando legitimidade para os crimes imprudência.

O ideário hegeliano não se amparava em um conceito meramente descritivo. Ao contrário, a proposta cuidava de um *quid* já carregado de valoração. E dessa concepção seguiram-se várias outras, já detalhadas no tópico anterior.

Ora, a proposta formulada por Vives Antón almeja superar esse modelo ontológico. Ao invés de perquirir por uma pretensa essência, uma suposta ontologia da ação, ele acaba por desconstruir o próprio problema.

Na base da teoria da ação significativa, encontra-se uma densa análise dos *insights* filosóficos do 'segundo' Wittgenstein. Para se compreender a proposta de Vives Antón, faz-se indispensável a retomada dos conceitos de 'jogo de linguagem', 'seguir-uma-regra', 'formas de vida', inviabilidade de 'linguagem privada', elaborados pelo professor de Cambridge.

O 'primeiro'<sup>1149</sup> Wittgenstein julgava existir um liame entre a estrutura do mundo e a estrutura da linguagem (teoria pictórica). Daí que ele tenha versado sobre o 'espaço lógico', 'objetos simples', 'proposição elementar' etc.

Kenny bem sintetiza as principais propostas do Tratado Lógico:

<sup>1147</sup> Sobre a teoria da ação em Hegel (§113 dos princípios do Direito), leia-se QUANTE, Michael. **Hegel's concept of action**. Tradução para o inglês por Dean Moyar. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2004.

<sup>1148</sup> Idem, p. 87. Sobre a teoria da ação significativa, leia-se também as obras fundamentais BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da filosofia da linguagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. VIVES ANTÓN, Tomás. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

<sup>1149</sup> É corrente a distinção entre um 'primeiro' e um 'segundo' Wittgenstein. Há até mesmo quem diga que a sua obra deveria ser distribuída em três fases: o Wittgenstein do Tratado Lógico; o Wittgenstein das Investigações Filosóficas e, por fim, o Wittgenstein da obra 'Sobre a certeza', mais preocupado com questões epistemológicas. MORA, María Narváez. **Wittgenstein y la teoría del derecho**, p. 34. Por seu turno, Vázquez diz reconhecer certa continuidade entre as preocupações filosóficas que animaram o Tratado lógico, de um lado, e as Investigações, de outro. Confirma-se VÁZQUEZ, José Antônio Ramos. **Op. cit.**, p. 104. Anote-se, todavia, que nas Investigações ele formulou críticas manifestas à sua concepção inicial, veiculada no Tratado (p.ex., notas 65 e 114). Deve-se ter em conta, todavia, que nada é mais contrário à filosofia do próprio Wittgenstein do que essa tentativa de categorização e demarcação absolutas.

1. Uma proposição é essencialmente composta.
2. Os elementos que compõem uma proposição estão correlacionadas por decisão humana com elementos da realidade.
3. A combinação desses elementos correlacionados em uma proposição apresenta – sem ulterior intervenção humana – um possível estado de coisas.
4. Uma proposição está em relação interna com os possíveis estados de coisas que apresenta.
5. Esta relação interna somente pode ser mostrada, não pode ser enunciada de modo informativo.
6. Uma proposição somente é verdadeira ou falsa em virtude de seu cotejo com a própria realidade.
7. Uma proposição deve ser independente do estado real de coisas que a faz verdadeira ou falsa.
8. Nenhuma proposição é verdadeira a priori.<sup>1150</sup>

Releva atentar para o fato, ademais, que, no dizer do 'primeiro' Wittgenstein - nitidamente influenciado pelo matemático Gottlob Frege<sup>1151</sup> -, o significado de um enunciado seria dado pelo método da sua verificação.<sup>1152</sup>

Atente-se para a síntese promovida por Hans-Johann Glock:

Verificacionismo. Trata-se da visão de que o significado de uma proposição é o seu método de verificação (o princípio da verificação), e de que uma proposição não possui significado se não pode ser verificada ou falseada (o critério verificacionista para atribuição de significado). O princípio foi primeiramente adotado pelo Círculo de Viena, embora seus membros o tenham atribuído a Wittgenstein, que, ao que parece, transmitiu-o a Waismann em conversações particulares. Segundo alguns comentadores, o contraste básico entre as reflexões do primeiro e do segundo Wittgenstein corresponde ao contraste entre uma semântica realista, baseada em condições de verdade, e uma semântica antirrealista, que rejeita a noção de verdade transcendente à verificação, optando, em lugar dela, pela ideia de condição de assertabilidade ou justificabilidade. O *Tractatus* afirma, com efeito, que compreender uma proposição é saber o que é o caso se ela é verdadeira (TLP 4.024; ver 'Significado'). Isso não marca, contudo, um contraste simples com relação às ideias verificacionistas. Na verdade, quando Waismann tentou resumir o *Tractatus*, em 1930, não tardou a abandonar a ideia de que compreender uma proposição é saber sob que condições a diríamos verdadeira, em privilégio do princípio da verificação e do critério verificacionista para atribuição de significado (WVC 243-5). Esse movimento é no mínimo compatível com o *Tractatus*: para saber se uma proposição é verdadeira, é preciso verificá-la, compará-la com a realidade, como quando usamos uma régua (TLP 2.1512 e seg., 2.223). Compreender uma proposição é saber que combinação possível de objetos a verificaria, e não saber se tal combinação efetivamente se dá. Dessa forma, o *Tractatus* assume um compromisso tácito com um critério verificacionista para atribuição de significado, embora não se comprometa com o princípio da verificação.

<sup>1150</sup> KENNY *apud* VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Op. cit.*, p. 96

<sup>1151</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*, p. 18.

<sup>1152</sup> VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Op. cit.*, p. 100.

Wittgenstein começou a dar atenção ao método de comparar uma proposição com a realidade em 1929-30, quando se deu conta de que uma proposição e aquilo que afigura não se vinculam por meio de um isomorfismo lógico-metafísico (ver 'intencionalidade'). Em decorrência disso, adotou um verificacionismo radical. Uma proposição só será dotada de significado se puder ser completamente verificada ou falseada; seu significado ou sentido é o método de verificação; uma diferença de verificação é uma diferença de significado; compreender uma proposição é saber como decidir sobre sua verdade ou falsidade; a verificação constitui todo o sentido de uma proposição (WCV 47, 53, 79; PR 66-7, 77, 89, 174, 200, AWL 20, MS107 143). Baseando-se nisso, distinguiu três tipos de proposições, conforme o seu método de verificação. As 'proposições genuínas' (Aussagen) podem ser verificadas ou falseadas de forma conclusiva pela comparação com a realidade, já que descrevem uma 'experiência primária' ou dados dos sentidos, como ocorre em 'Parece que tenho diante de mim uma esfera'. Ou são verdadeiras ou são falsas. Em contraposição, as 'hipóteses', enunciados acerca de objetos materiais e dos estados mentais de terceiros não são proposições no mesmo sentido, uma vez que não são realmente verdadeiras ou falsas, mas apenas mais ou menos prováveis. Por vezes, Wittgenstein as caracteriza como leis ou regras para a construção de proposições genuínas (uma ideia que ele pode ter ido buscar em Weyl): as proposições acerca de objetos materiais ('Há uma esfera diante de mim') conectam múltiplas proposições acerca daquilo que vemos ao olhar para eles (WVC 100-1, 149, 210; PR 282-97). Finalmente, o sentido das proposições matemáticas é dado por suas provas. A princípio, Wittgenstein considerou as provas como um tipo diferente de verificação. Mais tarde, insistiu na ideia de que prova e experiência não são dois métodos de verificação comparáveis, já que uma prova matemática não estabelece a verdade de um enunciado factual, mas antes a aceitabilidade de uma regra (PR 192, 200; M 60-1; PG 361).<sup>1153</sup>

Vê-se que Wittgenstein chegou a esposar, durante algum tempo, pressupostos positivistas. Ou seja, a suposição de que o significado de um enunciado guardaria alguma espécie de vínculo com o mundo; como se a linguagem pudesse ser contraposta à realidade.

Supunha-se, com isso, que o ser humano poderia despir-se da própria linguagem para, em um segundo momento, olhar de fora os signos e o mundo, confrontando-os a fim de aferir o significado do idioma.

Ora, "Em diferentes ocasiões de sua vida, Wittgenstein empregou diferentes *slogans* relativos ao significado: que uma proposição tem significado por ser uma pintura, que o significado de uma proposição é o modo de sua verificação, que o significado de uma expressão é o seu uso."<sup>1154</sup>

Para o tópico presente, interessa muito mais a concepção filosófica desenvolvida pelo 'segundo' Wittgenstein e sua crítica à definição ostensiva.

<sup>1153</sup> GLOCK, Hans-Johann. **Dicionário Wittgenstein**, p. 367-368. A respeito do tema, leia-se também AYER, Alfred Jules. **Language, truth and logic**. Londres: Penguin Books, 1971, p. 27-36.

<sup>1154</sup> VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. **Op. cit.**, p. 103.



Com efeito, ainda hoje o senso comum está impregnado da suposição de que haja unidades de objetos - as identidades! - já delimitadas no mundo, já recortadas pela própria natureza, às quais o homem é chamado a atribuir nomes.

Cuida-se daquela ideia, lançada no Gênesis, de que Deus teria convocado o ser humano a atribuir nomes aos seres vivos: "Havendo, pois, o Senhor Deus formado da terra todo o animal do campo, e toda a ave dos céus, os trouxe a Adão, para este ver como lhes chamaria; e tudo o que Adão chamou a toda a alma vivente, isso foi o seu nome."<sup>1155</sup>

Aliás, é bom recordar que, segundo a Bíblia, a polissemia teria origem na arrogância humana (construção da Torre de Babel).<sup>1156</sup> Há uma pano de fundo cultural, portanto, que supõe que haja essa conexão imediata entre o *noumenico* e as palavras que o referenciam.

E é justamente contra essa suposição que o 'segundo' Wittgenstein se insurge, criticando a concepção da linguagem ostensiva presente na obra de Sto. Agostinho, como segue abaixo:

Dessa época já eu me lembro, e mais tarde adverti como aprendera a falar. Não eram pessoas mais velhas que me ensinavam as palavras, com método, como pouco depois o fizeram para as letras. Graças à inteligência que Vós, Senhor, me destes, eu mesmo aprendi, quando procurava exprimir os movimentos diversos dos membros, para os que obedecesseis à minha vontade. Não podia, porém, exteriorizar tudo o que desejava nem ser compreendido daqueles a quem me dirigia. Retinha tudo na memória quando pronunciavam o nome de alguma coisa e quando segundo essa palavra moviam o corpo para ela. Via e notava que davam ao objeto, quando o queriam designar, um nome que eles pronunciavam. Esse querer me era revelado pelos movimentos do corpo na expressão da fisionomia, no movimento dos olhos, nos gestos, no tom da voz que indica a afeição da lama quando pede ou possui e quando rejeita ou evita. Por este processo retinha pouco a pouco as palavras convenientemente dispostas em várias frases e frequentemente ouvidas como sinais de objetos. Domando a boca segundo aqueles sinais, exprimia por eles as minhas vontades. Assim principiei a comunicar-me com as pessoas que me rodeavam, e entrei mais profundamente na sociedade tempestuosa dos homens, sob a autoridade de meus pais e a obediência dos mais velhos.<sup>1157</sup>

<sup>1155</sup> BÍBLIA capítulo 2, versículo 19. É interessante atentar, ademais, para a correlação entre os mitos e as palavras. Não raras vezes, os povos mais antigos tendiam a vislumbrar uma espécie de parentesco entre objetos, pelo fato de terem nomes semelhantes. O nome evocaria alguma espécie de poderes mágicos, como se vislumbra da conjuração. A respeito do tema, leia-se CASSIRER, Ernst. **Linguagem e mito**. 4. ed. Tradução de J. Guinsburg e Miriam Schnaiderman. São Paulo: Perspectiva, 2003.

<sup>1156</sup> BÍBLIA, Gênesis 11.

<sup>1157</sup> SANTO AGOSTINHO. **Confissões**. 21. ed. Tradução de J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006, p. 31-32.

Essa passagem das Confissões de Sto. Agostinho traduz, de certa forma, uma concepção bastante difundida no senso comum teórico: o imaginário de que as palavras sejam uma espécie de etiqueta,<sup>1158</sup> a ser aposta sobre uma coisa que lhe é pré-existente. Trata-se da alegoria do 'museu dos sentidos'.

De certo modo, a passagem acima ilustra que, a atingir essa tese de Sto. Agostinho, o sujeito precisaria de uma pretensa linguagem inata.<sup>1159</sup> Quando criança, ele deveria conseguir pensar sem palavras, a fim de justamente 'adivinhar' o sentido dos enunciados utilizados pelos mais velhos.

E é justamente contra esse ideário que o 'segundo' Ludwig Wittgenstein se move.<sup>1160</sup> Conquanto a citação seja extensa, vale a pena atentar para o conteúdo dessa concepção agostiniana, na precisa síntese de Baker e Hacker:

- a) Toda palavra significa algo e tem assinalado um significado pela sua correlação com um determinado objeto.
- b) As explicações do significado de uma palavra se dividem em verbais e ostensivas. Enquanto as definições verbais explicam uma expressão dada por referência a outras, a definição ostensiva somente pode proporcionar significado correlacionando palavras com objetos através da expressão 'isto é...', acompanhada do ato de assinalar determinada coisa.
- c) Toda linguagem tem que conter definições ostensivas, dado que são imprescindíveis em vista à representação da realidade.
- d) A forma fundamental da explicação do significado das palavras é, portanto, a definição ostensiva, a qual se encontra nos fundamentos da própria linguagem.
- e) Toda definição ostensiva estabelece um vínculo entre a linguagem e o mundo, entre as palavras e os objetos que são designados através da mesma.
- f) O significado de um nome é invariável em todas e em cada uma das aplicações que lhe sejam dadas (isto é, qualquer que seja o contexto no qual se apresente), dado que uma palavra sempre está pelo mesmo objeto.
- g) Em princípio, toda definição ostensiva que não seja ambígua deve poder determinar completamente o que conta com um uso correto da expressão definida, fixando todos os aspectos do uso de dito definiendum.
- h) Em decorrência do anterior, o significado de uma palavra determina todo o seu uso e a definição ostensiva determina completamente o seu significado.
- i) Todo o dito garante a harmonia metafísica entre a linguagem e o mundo: a essência da linguagem é a essência do mundo.
- j) A definição ostensiva é possível em todas as categorias de palavra

<sup>1158</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*, p. 20.

<sup>1159</sup> Idem, p. 23. VÁZQUEZ, José A. Ramos. *Op. cit.*, p. 120. Isso retrata, de certo modo, uma concepção platônica (a teoria da reminiscência das ideias), presente na obra de Santo Agostinho.

<sup>1160</sup> VÁZQUEZ, José A. Ramos. *Op. cit.*, p. 177. Em p. 330, José Vázquez também sintetiza a concepção do 'segundo' Wittgenstein: "As conclusões devem ser, no mínimo, as seguintes: a linguagem não reflete a estrutura do mundo. A concepção agostiniana é pura ilusão. A dinâmica dos diversos jogos de linguagem e as regras que subjazem a estes se convertem no elemento chave, com o pano de fundo de nossas formas de vida."

(verbos, adjetivos etc.), dado que a gramática lógica ou sintaxis lógica na qual aquela se encontra inscrita é algo dado pela própria estrutura lógica do mundo.

k) Compreender uma palavra consiste em relacioná-la com o objeto que constitui o seu significado. É dizer, associar uma palavra com uma coisa.

l) Compreender uma oração consiste em compreender as palavras que a constituem e sua forma lógica.

m) Compreender uma oração é uma atividade mental, composta pela correlação mental de seus constituintes (as palavras) com o que esses nomes, de uma parte, e a apreensão (também mental) da forma lógica, de outra.<sup>1161</sup>

Esse ideário agostiniano é o antagonista que realmente motiva as Investigações Filosóficas de Wittgenstein. É contra essa concepção da linguagem que ele aponta suas armas argumentativas, a fim de desconstruir seus mitos. O professor de Cambridge busca inverter a equação central de Sto. Agostinho: não é o significado que condiciona o uso; ao contrário, é o uso que atribui sentido.

Para tanto, ele socorre-se do exemplo mais banal. A viabilidade de que alguém, indo até uma quitanda, consiga se comunicar portando apenas um conjunto de signos (fruta, cor, quantidade).

Pense agora no seguinte emprego da linguagem: mando alguém fazer compras. Dou-lhe um pedaço de papel, no qual estão os signos: 'cinco maçãs vermelhas'. Ele leva o papel ao negociante; este abre o caixote sobre o qual encontra-se o signo 'maçãs'; depois, procura numa tabela a palavra 'vermelho' e encontra frente a esta um modelo de cor; a seguir, enuncia a série dos numerais - supondo que a saiba de cor - até a palavra 'cinco' e a cada numeral tira do caixote uma maçã da cor do modelo. Assim, e de modo semelhante, opera-se com palavras. - 'Mas como ele sabe onde e como procurar a palavra 'vermelho', e o que vai fazer com a palavra 'cinco'? - Ora, suponho que ele aja como eu descrevi. As explicações têm em algum lugar um fim. - Mas qual é a significação da palavra 'cinco'? - De tal significação nada foi falado aqui; apenas, de como a palavra 'cinco' é usada.<sup>1162</sup>

Wittgenstein também emprega o exemplo da construção de casas.

Aplicando mesma sistemática - i.e., um conjunto de signos, fundados em prévio consenso - um empreiteiro orienta a reforma de uma casa.<sup>1163</sup> Uma linguagem como essa pode até ser suposta como primitiva, diante do reduzido conjunto de signos, mas não pode ser tomada como incompleta, eis que funciona! (*it works!*)

Ora, "Wittgenstein tenta chamar nossa atenção para a forma como a

<sup>1161</sup> BAKER, G.P.; HACKER, P.M.S. *apud* VÁZQUEZ, José A. Ramos. **Op. cit.**, p. 110. Traduziu-se.

<sup>1162</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**, p. 10.

<sup>1163</sup> *Idem*, p. 12.

linguagem se inscreve nas diversas atividades vitais do ser humano, compondo uma densa rede de interrelações cuja complexidade e riqueza Santo Agostinho não havia tomado em conta."<sup>1164</sup>

Ele insurge-se contra esse nominalismo - a ideia de que as palavras carreguem um sentido em si mesmas -, e também contra a correspondente suposição metafísica de que haja como descrever o mundo. Como se verá adiante, nada se furta à linguagem - e até mesmo essa tentativa de representar a realidade é fruto de um 'jogo de linguagem', não escapando do seu relativismo.<sup>1165</sup>

Ora, para ele o ensino ostensivo - propugnado por Sto. Agostinho - é uma espécie de adestramento. Mas, reduzir a linguagem a isso é muito pobre! Perde-se, nessa análise agostiniana algo muito importante. Perde-se o fato de que mesmo nesse âmbito, os interlocutores devem adivinhar o sentido das expressões.

Como é que o sujeito vê um objeto vermelho e consegue abstrair que a palavra 'vermelho' alude à sua cor e não a sua forma? Seguindo a lógica de Sto. Agostinho, alguém pode ser apresentado a dois objetos circulares, de dimensões diferentes. O professor utiliza a expressão 'círculo!' e mostra ao aluno ambos os objetos. Como é que ele consegue reconhecer que círculo é a forma dos objetos, ao invés da sua densidade, da sua cor, do seu tamanho, do seu odor etc?

Sempre se pode recorrer ao ensino de outras palavras/categorias, e assim sucessivamente. Mas, ao final, sempre restará esse mesmo problema de designação: como é que o aprendiz descobre sobre o que se fala?

28. Pode-se, pois, definir um nome próprio, uma palavra para cor, um nome de matéria, uma palavra para número, o nome de um ponto cardeal etc., ostensivamente. A definição do número 'dois' - isto se chama 'dois' - enquanto se mostram duas nozes - é perfeitamente exata. - Mas, como se pode definir o 'dois' assim? Aquele a que se dá a definição não sabe, então, o que se quer chamar com 'dois'; suporá que você chama de 'dois' este grupo de nomes! - Pode supor tal coisa; mas talvez não o suponha. Poderia também, inversamente, se eu quiser atribuir a esse grupo de nozes um nome, confundi-lo com um nome para número. E do mesmo modo, quando elucidado um nome

<sup>1164</sup> VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Op. cit.*, p. 113, traduziu-se.

<sup>1165</sup> Deve-se tomar muito cuidado, por certo, em atribuir a Wittgenstein posições cétricas, conquanto essa seja também uma leitura razoável da sua obra (leitura que faz Saul Kripke, p.ex.). Anote-se que o mesmo Wittgenstein que reconhece a existência dos 'jogos de linguagem' e 'semelhanças de família' - argumentos com notas relativistas -, é também quem irá criticar o uso corriqueiro de alguns termos (quando pergunta se alguém pode realmente dizer sentir a dor alheia; e se é possível uma 'linguagem privada' etc.). Mesmo no âmbito das investigações filosóficas, portanto, Wittgenstein não abandona totalmente a pretensão de acurácia e exatidão nos conceitos. Mas já não o faz com a ambição metafísica profunda de obter uma linguagem que retrate a lógica do mundo (concepção pictórica, presente no Tratado Lógico, como já foi assinalado no início dessa tese).

próprio ostensivamente, poderia confundi-lo com um nome de cor, uma designação ostensiva pode ser interpretada em cada caso como tal e diferentemente.<sup>1166</sup>

Ora, Wittgenstein reputa que esse problema é mal colocado. Ele decorre justamente da suposição de que as palavras tenham significados em si. Ao contrário, a linguagem se dá à forma de um jogo, compreendendo implícitas tentativas de se adivinhar o significado justamente a partir do uso.

Não há um significado último das palavras, melhor dizendo.<sup>1167</sup>

Ademais, Sto. Agostinho concentra a sua atenção apenas nos nomes - i.e., nos rótulos atribuídos para coisas -, olvidando que a linguagem é muito mais complexa do que isso. O Bispo de Hipona não leva em conta as interjeições, os advérbios, os verbos etc. Colhe-se a análise de José Ramos Vázquez:

Em segundo lugar, compreende mal a relação do significado (relação de denominação) inclusive no caso dos nomes, ao considerar que o significado de um nome é o objeto que representa, o objeto com o qual está relacional por meio da definição ostensiva. Pelo contrário, como já foi assinalado, Wittgenstein insiste na multiplicidade dos diferentes tipos de palavras e dos diferentes usos da linguagem, colocando em relevo o papel comparativamente limitado que desempenha a definição ostensiva na obtenção da compreensão da linguagem.<sup>1168</sup>

Explicar ostensivamente o significado do número 'dois', exigiria previamente a explicação ostensiva da palavra 'número'.<sup>1169</sup> Assim, a dificuldade aumenta: como apontar ostensivamente para uma abstração como o conceito de número? Também nesse âmbito, deve-se supor uma capacidade de compreensão que seria anterior ao idioma, como se quem aprendesse a linguagem já tivesse um código semântico inato (no fundo, é o que supõe Sto. Agostinho, reitere-se).

Daí que, para Wittgenstein, essa concepção solipsista da linguagem deve ser superada. E é solipsista justamente por se imaginar que um homem sozinho, isolado do mundo, conseguiria constituir uma linguagem, designar objetos e criar

<sup>1166</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*, p. 20-21.

<sup>1167</sup> Idem, p. 47. García Suárez sustenta, todavia, que "nesse sentido, a definição ostensiva é uma ideia anterior à tradição empirista, cuja finalidade seria a de proporcionar uma âncora externa às definições, dado que as definições verbais, desde esse ponto de vista, levariam a outras definições *ad infinitum*." GARCÍA SUÁREZ *apud* VÁZQUEZ, José António Ramos. *Op. cit.*, p. 119, em nota de rodapé. Anote-se, todavia, que - como diz Luhmann, mencionado tópicos acima - a forma 'sentido' não possui outro lado. Não há, pois, algo absolutamente destituído de sentido com o qual o sentido possa ser confrontado, de modo a ser o seu antagonico.

<sup>1168</sup> VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Op. cit.*, p. 118-119. Traduziu-se.

<sup>1169</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 21.

sentido. Antes de se prestar atenção, porém, à diferença entre signo e significado, dever-se-ia examinar o caráter público da fala.

Na base da linguagem encontra-se certo consenso; há a ideia de regularidade ('seguir uma regra'). Vale a pena atentar para a síntese de Glock:

As regras desempenham um papel crucial na filosofia de Wittgenstein, por conta de duas firmes convicções: em primeiro lugar, a linguagem é uma atividade guiada por regras; e, em segundo, o caráter apriorístico da lógica, da matemática e da filosofia provém dessas regras. No *Tractatus*, as regras linguísticas constituem a Sintaxe Lógica, um complexo sistema de cálculo, contendo normas inexoráveis ocultas por sob a superfície da linguagem natural. Em meados da década de trinta, Wittgenstein já se afastara dessa ideia do cálculo como modelo para a linguagem. Rejeitara, em particular, a ideia de regras que, sendo ignoradas por nós, guiam o comportamento linguístico e determinam aquilo que faz sentido dizer. O papel estratégico de sua celebrada discussão acerca da atividade de seguir uma regra é esclarecer o modo como as regras guiam o nosso comportamento e determinam o significado das palavras. Conectando-se com os temas do significado linguístico, da compreensão e da necessidade de lógica, esse tópico é central para a sua filosofia da linguagem, para a sua psicologia filosófica e para a sua filosofia da matemática (perpassa todo o texto de *Remarks on the foundation of mathematics*).

Wittgenstein não tentou fornecer uma definição analítica de 'regra', uma vez que considerava o termo como um conceito determinado por semelhança de família, melhor explicado com base em exemplos. Muitos pontos podem, contudo, ser levantados a partir de suas observações (WVC 153-4; AWL 153-5; BT 241; PG 117-18; BB 90-8; RFM 321; SDE 24; PLP 82, 137-44).

(a) Regras são padrões de correção; não descrevem, por exemplo, como as pessoas falam mas definem o que é falar com sentido ou corretamente.

(b) Há uma diferença entre uma regra e sua expressão, uma formulação de regra, da mesma forma que um número se distingue de um numeral (a mesma regra pode, por exemplo, ser expressa em diferentes línguas). A diferença não se dá, contudo, entre uma entidade abstrata e seu nome concreta, mas sim entre uma função normativa e a forma linguística utilizada para realizar essa função. Podemos esclarecer a noção de regra investigando o papel das formulações de regras. (...) (c) 'Seguir uma regra' é uma expressão indicativa de uma realização: há uma diferença entre crer que se está seguindo uma regra e estar de fato seguindo-a.<sup>1170</sup>

Ludwig Wittgenstein não chega a ofertar uma delimitação inequívoca do conceito de 'seguir uma regra'. Como se verá adiante, ele descarta a viabilidade dessa tentativa de demarcação conceitual. Quando muito, as palavras manteriam entre si 'semelhanças de família'.

<sup>1170</sup> GLOCK, Hans-Johann. *Op. cit.*, p. 312-313. Leia-se também CHILD, William. **Wittgenstein**: introdução. Tradução de Roberto Hofmeister Pich. Porto Alegre: Penso, 2013, p. 133-134. A respeito da evolução do conceito de 'jogos de linguagem', inicialmente associada ao cálculo de proposições lógicas, para a concepção 'antiessencialista' do segundo Wittgenstein, confira-se ainda VÁZQUEZ, José António Ramos. *Op. cit.*, p. 126.

'Seguir uma regra' significaria distintas coisas, sem que se possa buscar uma pretensa essência ontológica. "A fim de encontrar a verdadeira alcachofra, nós a despimos de suas folhas."<sup>1171</sup>

O filósofo austríaco enfatizava que a linguagem é uma atividade guiada por regras. "Assim como um jogo, a linguagem possui regras constitutivas, as regras da gramática. Distinguindo-se de regras estratégicas, as regras gramaticais não determinam que lance/proferimento terá êxito, mas sim aquilo que é correto ou faz sentido, definindo, dessa forma, o jogo/linguagem."<sup>1172</sup>

Wittgenstein tinha em conta que o conceito de 'jogo' é algo poroso, fugidio. Isso lembra muito aquela conhecida divagação de Santo Agostinho:

Que é, pois, o tempo? Quem poderá explicá-lo clara e brevemente? Quando dele falamos, compreendemos o que dizemos. Compreendemos também o que nos dizem quando dele nos falam. O que é, por conseguinte, o tempo? Se ninguém me perguntar, eu sei; se quisier explicá-lo a quem me fizer a pergunta, já não sei. Porém, atrevo-me a declarar, sem receio de contestação, que, se nada sobrevivesse, não haveria tempo futuro, e se agora nada houvesse, não existia o tempo presente.<sup>1173</sup>

O fato é que o filósofo de Viena lançava uma crítica implícita à pretensão de acurácia, compartilhada pelos fazedores de conceitos. Um microssegundo de atraso é relevante? E quando se trata da análise de um colisor de partículas? Quando o marceneiro se equivoca no tamanho da mesa, em questão de milímetros, a sua obra é imperfeita? Como avaliar os próprios conceitos?

Ora, como provocativamente pergunta Wittgenstein, "um conceito impreciso é realmente um *conceito*?"<sup>1174</sup> A sua resposta é implícita: todo conceito é impreciso, porquanto não há como fazer essa transição da realidade para a linguagem. A linguagem é porosa, borrada, imprecisa e dinâmica.

Ela funciona! - e é isso o que conta para o 'segundo' Wittgenstein.

Nas suas palavras, "Uma fotografia pouco nítida é realmente a imagem de uma pessoa? Sim, pode-se substituir com vantagem uma imagem pouco nítida por uma nítida? Não é a imagem pouco nítida justamente aquele de que, com frequência

<sup>1171</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 72.

<sup>1172</sup> GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, p. 225.

<sup>1173</sup> SANTO AGOSTINHO. *Confissões*, p. 278.

<sup>1174</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 40.

precisamos?"<sup>1175</sup> A distinção entre conceitos de classe e conceitos de ordenação - desenvolvida por Hempel, Oppenheim e Radbruch - é falha. A rigor, tudo é conceito de ordenação, eis que os limites entre os conceitos são cinzentos.

O 'primeiro' Wittgenstein almejava a obtenção de uma linguagem formalizada, exata, precisa. O 'segundo' reconhece que essa ambição está fadada ao fracasso. A linguagem envolve um intrigante jogo de adivinhação.<sup>1176</sup>

Destaque-se ainda o conceito de 'semelhança de família':

Semelhança de família - é a expressão que Wittgenstein utiliza nas Investigações Filosóficas para caracterizar as relações entre diferentes instâncias de uma categoria ou um tipo, cujos membros não têm nenhuma propriedade ou nenhum conjunto de propriedades em comum. Por exemplo, Wittgenstein afirma que jogos formam uma família; os membros daquela família estão relacionados por uma 'rede complexa de similaridades que se sobrepõem e se atravessam.' Ele chama essas similaridades de 'semelhanças de família' (IF, §67). Na literatura, um 'conceito de semelhança de família' é um conceito que distingue uma categoria ou um tipo dessa espécie: um conceito cujas instâncias não têm nenhuma propriedade ou nenhum conjunto de propriedades em comum, mas estão relacionadas dessa maneira por semelhança de família.<sup>1177</sup>

O 'primeiro' Wittgenstein estava preocupado com a descrição do mundo (i.e., com o efeito locucionário da linguagem). O 'segundo' tem em mira muito mais o funcionamento do idioma (efeitos alocucionário e perlocucionário), comparando-o com uma caixa de ferramentas.

Pense nas ferramentas em sua caixa apropriada: lá estão um martelo, uma tenaz, uma serra, uma chave de fenda, um metro, um vidro de cola, cola, pregos e parafusos. – Assim como são diferentes as funções destes objetos, assim são diferentes as funções das palavras (e há semelhanças aqui e ali).

Com efeito, o que nos confunde é a uniformidade da aparência das palavras, quando estas nos são ditas, ou quando com elas nos confrontamos na escrita e na imprensa. Pois seu emprego não nos é tão claro. E especialmente não o é quando filosofamos!<sup>1178</sup>

A linguagem funciona ao estilo de um jogo, no horizonte de uma forma de vida. Se o leão falasse, não o poderíamos entender,<sup>1179</sup> eis que não compartilhamos

<sup>1175</sup> Idem, p. 40-41.

<sup>1176</sup> Idem, p. 105 (alegoria do escaravelho na caixa).

<sup>1177</sup> CHILD, William. *Op. cit.*, p. 270.

<sup>1178</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 13-14. Leia-se também VÁZQUEZ, José A. *Op. cit.*, p. 132. Segundo Vázquez, o método de Wittgenstein é pragmático, empírico.

<sup>1179</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. p. 216. Por seu turno, Glock diz o que segue: "a afirmação significa que, se os leões possuíssem uma linguagem *felina* de rugidos e rosnados complexos, jamais



a sua forma de vida, conquanto tentemos, a todo tempo, antropomorfizar o mundo.

Com isso, Ludwig Wittgenstein busca superar a concepção da linguagem como cálculo ou como representação do mundo (teoria pictórica). Não se pode dizer que ele tenha descartado em absoluto as questões lógicas que o afligiam na redação do *Tractatus*, já que por vezes parece que ele simplesmente reputa que aquela análise inicial seria insuficiente, conquanto não de todo incorreta.

3. Santo Agostinho descreve, podemos dizer, um sistema de comunicação; só que esse sistema não é tudo aquilo que chamamos de linguagem. E isso deve ser dito em muitos casos em que se levanta a questão: 'Essa apresentação é útil ou não?' A resposta é, então: 'Sim, é útil; mas apenas para esse domínio estritamente delimitado, não para o todo que você pretendia apresentar.'<sup>1180</sup>

Percebe-se, pois, que a crítica central de L. Wittgenstein contra a concepção ostensiva da linguagem é que ela se equivoca no foco: ela concentra sua atenção em questões que não são as mais relevantes. Esquece que a linguagem é uma atividade, situando-se no âmbito da complexa interação humana.

Mantendo-se coerente com as suas próprias premissas, ele não chega a ofertar um conceito de 'jogos de linguagem'. Limita-se a ofertar exemplos, à semelhança do caso do pedreiro que grita vocábulos a fim de que outro lhe jogue os tijolos para viabilizar a construção.<sup>1181</sup>

Melhor dizendo, "a noção dos jogos de linguagem tem como finalidade mostrar as analogias entre falar e participar em jogos e entre as regras destes últimos e as regras linguísticas, analogias que ele reputa muito mais férteis que aquelas que havia empregado nas etapas anteriores de seu pensamento."<sup>1182</sup>

A linguagem atua por meio das palavras e enunciados; por meio dos instrumentos (p.ex., gestos, desenhos, maquetes); contextos de uso (pano de fundo

poderíamos chegar a aprendê-la. Por quê? Porque sua forma de vida e seu repertório comportamental nos são tão estranhos. Não poderíamos compreender coisa alguma de suas expressões faciais, de seus gestos e de seu comportamento. Além disso, nossa capacidade de interagir até mesmo com um leão domesticado é por demais limitada. Por razões relacionadas, 'não nos seria possível tomar pé' em uma comunidade de seres humanos que não exprimissem sentimentos de alguma forma, e ficaríamos completamente perdidos diante de marcianos esféricos." GLOCK, Hans-Johann. *Op. cit.*, p. 177.

<sup>1180</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 10.

<sup>1181</sup> Idem, p. 12.

<sup>1182</sup> VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Op. cit.*, p. 133. É interessante atentar para a proximidade do pensamento de Wittgenstein com as obras GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método - I** - eis que Gadamer também se socorre da ideia de jogo para versar sobre a hermenêutica -, e HUIZINGA, Johan. **Homo ludens**. Tradução de João Paulo Monteiro. São Paulo: Perspectiva, 2008.

no qual as palavras são empregadas) etc.

Vale a pena atentar, todavia, para a seguinte explicação de Glock:

É o modo como as atividades linguísticas se encontram interligadas com nossas práticas não linguística, estando nelas imersas, que as torna mais importantes que os jogos. As atividades linguísticas dos construtores são tão cruciais para suas vidas quanto são essenciais para as nossas a medição e o raciocínio indutivo. O jogo de linguagem da 'dor' interliga-se com os modos que temos de verificar atribuições de dor a terceiros, mas também com a comisseração etc. Nossos jogos de linguagem estão imersos em nossa forma de vida, as práticas gerais de uma comunidade linguística. Em virtude dessa vinculação com a prática, jogos com palavras como palavras cruzadas não contariam como jogos de linguagem para Wittgenstein. Essa ideia vai progressivamente ganhando destaque nos escritos do autor. Enquanto, no princípio, as palavras possuem significado dentro de uma proposição e no interior do jogo em que elas são utilizadas, mais tarde ele nos diz que 'as palavras só possuem significado no fluxo da vida' (LW I §913). As técnicas para empregá-las fazem parte de nossa história natural. Wittgenstein jamais identificou, entretanto, a noção de jogo de linguagem com a de forma de vida. Jogos de linguagem 'fazem parte' de uma forma de vida, encontram-se imersos nela (PI §§23-5). Observa-se também uma ênfase crescente na ideia de que nossos jogos de linguagem não são passíveis de justificação, enraizando-se, antes, em nossas reações e atividades naturais (RPP I §916; RPP II §453; OC §402-3, 559).<sup>1183</sup>

Com isso, há uma modificação substancial na sua concepção sobre o significado. O sentido de um enunciado deixa de ser o 'referente', para se traduzir no uso, no efetivo emprego pela comunidade de falantes.

Melhor dizendo, o primeiro Wittgenstein pensava que era o significado de um enunciado que condicionava o seu uso. Para o 'segundo', é o uso - guiado por consensos implícitos - que viabiliza o significado. Antes que haja o efetivo uso pela comunidade de falantes, não há sentido algum. Não há essências subjacentes à linguagem, eis que as palavras não retratam efetivamente o mundo.

Com efeito, "Em vez de indicar algo que é comum a tudo aquilo que chamamos de linguagem, digo que não há uma coisa comum a esses fenômenos, em virtude da qual empregamos para todos a mesma palavra, - mas sim que estão *aparentados* uns com os outros de muitos modos diferentes. E por causa desse parentesco ou desses parentescos, chamamo-los todos de linguagem."<sup>1184</sup>

No seu exemplo, o que jogos de tabuleiro, jogos de carta, jogos de bola,

<sup>1183</sup> GLOCK, Hans-Johann. **Dicionário Wittgenstein**, p. 229.

<sup>1184</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Op. cit.**, p. 38. Leia-se também VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. **Op. cit.**, p. 138.

torneios esportivos, jogos de adivinhação possuem em comum? "Não diga: 'algo deve ser comum a eles, senão não se chamariam 'jogos', - mas veja se algo é comum a eles todos. - Pois, se você os contempla, não verá na verdade algo que fosse comum a *todos*, mas verá semelhanças, parentescos, e até toda uma série deles. Como disse: não pense, mas veja!"<sup>1185</sup>

É igualmente relevante atentar para o excerto abaixo:

67. Não posso caracterizar melhor a semelhança do que com a expressão 'semelhanças de família'; pois assim se envolvem e se cruzam as diferentes semelhanças que existem entre os membros de uma família: estatura, traços fisionômicos, cor dos olhos, o andar, o temperamento etc, etc. - E digo: os 'jogos' formam uma família. E do mesmo modo, as espécies de número, por exemplo, formam uma família. Por que chamamos algo de 'número'? Ora, talvez porque tenha um parentesco - direto - com muitas coisas que até agora foram chamadas de número; e por isso, pode-se dizer, essa coisa adquire um parentesco indireto com outra que chamamos também assim. E estendemos nosso conceito de número do mesmo modo que para tecer um fio torcemos fibra com fibra. E a robustez do fio não está no fato de que uma fibra o percorre em toda sua longitude, mas sim em que muitas fibras estão trançadas umas com as outras. Quando porém alguém quisesse dizer: 'Assim pois todas essas figuras têm algo em comum - a saber, a disjunção de todas as suas características comuns' - então eu responderia: aqui você está apenas jogando com uma palavra. Da mesma, poder-se-ia dizer: algo percorre inteiramente o fio, - saber, o trançado sem lacunas dessas fibras.<sup>1186</sup>

Essa ideia de 'semelhança de família' é empregada por Ingeborg Puppe, na sua conceituação de concurso formal (que limita ao caso de 'parentesco de injusto').

Repita-se: para o 'segundo' Wittgenstein, não há essências subjacentes aos signos linguísticos. O ser humano é levado a acreditar que *quids* designados por palavras semelhantes são, eles próprios, também semelhantes entre si. Isso ainda é reflexo daquela confusão - reportada por Habermas - entre o plano normativo e o plano empírico, bastante comum nos povos antigos.<sup>1187</sup>

O filósofo austríaco também desenvolve, por outro lado, a noção de 'formas de vida', fundamental para a compreensão da sua antropologia: "Representar uma linguagem significa representar-se uma forma de vida."<sup>1188</sup>

<sup>1185</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 38.

<sup>1186</sup> Idem, p. 39.

<sup>1187</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo - 1*, p. 92-115.

<sup>1188</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 15. Percebe-se que há uma sensível modificação de foco. O primeiro Wittgenstein estava preocupado em encontrar o tal 'objeto simples', i.e., em encontrar o *elemento atômico* que não poderia ser expresso pela linguagem, porquanto viria antes de todo signo. Já o 'segundo' Wittgenstein levanta os olhos para as relações sociais, para a cotidianidade, para os

Cuida-se de um conceito semelhante àquele desenvolvido por Edmund Husserl (mundo da vida), com conteúdo fugidio e pragmático.<sup>1189</sup> O problema é que essa expressão acaba por ensejar variadas interpretações.

Para alguns teóricos, a forma de vida seria o mesmo que o 'jogo de linguagem'; uma forma de vida seria um jogo de linguagem reiterado, presente na cotidianidade do homem.<sup>1190</sup> Uma outra concepção diz que 'forma de vida' é um conjunto de tendências comportamentais, como gestos e expressões faciais manifestadas pelo ser humano.

A terceira interpretação - diz Vázquez - diz que "por formas de vida devem ser entendidos os diversos estilos de vida, isto é, todos os múltiplos modos possíveis de configuração da convivência humana na sociedade, que vêm determinados pelas estruturas econômicas, sociais, religiosas, culturais etc."<sup>1191</sup>

Por fim, também há uma concepção biológica (compartilhada por Hunter), para quem a 'forma de vida' alude a essa característica atávica do humano no emprego da linguagem.<sup>1192</sup>

Anote-se que, caso seja aceita a concepção orgânica, haveria então uma única forma de vida compartilhada por toda a espécie *Homo Sapiens*. Acolhendo-se, porém, uma compreensão cultural, recai-se no relativismo das formas de vida: haveria distintas formas de vida, tanto quanto há distintas culturas.<sup>1193</sup>

José Vázquez tem razão, porém, quando diz que a expressão 'forma de vida' deve ser compreendida em vista do conjunto de relações que pairam sobre a comunicação humana.<sup>1194</sup> Esse conceito aproxima-se daquilo que John Searle denominava de 'pano de fundo', enquanto pré-compreensões socialmente compartilhadas pelos falantes.

Não há pontos arquimedianos! Não se consegue sair da própria cultura e examiná-la a partir de um 'porto seguro', com critérios absolutamente objetivos para julgá-la. A crítica à cultura é promovida a partir de perspectivas e ferramentas

---

pressupostos compartilhados culturalmente. As 'formas de vida' cumprem o papel, nas Investigações Filosóficas, que os 'objetos simples' exerciam no *Tractatus*.

<sup>1189</sup> VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Op. cit.*, p. 142.

<sup>1190</sup> Idem, p. 143.

<sup>1191</sup> Idem, ibidem.

<sup>1192</sup> Idem, p. 144. Leia-se também GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, p. 175.

<sup>1193</sup> Como equacionada Vázquez, "*a fortiori*", seu conceito de forma de vida tampouco é biológico, senão cultural: não existe uma única e uniforme forma de vida, característica da espécie humana, senão uma diversa multiplicidade de formas de vida, próprias de cada cultura e época diferentes." VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Op. cit.*, p. 147.

<sup>1194</sup> VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Op. cit.*, p. 144.

dispostas pela própria 'forma de vida'.<sup>1195</sup>

A contracultura é uma projeção da própria cultura!

O fato é que, para Wittgenstein, a atividade linguística é uma atividade regrada: ela depende de normas. Daí a importância do seu conceito de 'seguir uma regra', conforme bem explica José Ramos Vázquez.<sup>1196</sup>

Com isso, a obra do professor de Cambridge sofre um giro pragmático, passando a prestar atenção às atividades realizadas no âmbito da linguagem, ao invés de apenas concentrar o exame do pretense caráter descritivo dos signos.

O próprio conceito de 'regra' também demanda o exame de semelhanças de família, eis que mesmo nesse âmbito Ludwig Wittgenstein não advoga a existência de essências ontológicas: "Wittgenstein considera o conceito de 'regra' como um conceito baseado em uma semelhança de família, repudiando a ideia de poder dar uma definição omnicomprensiva da mesma. Não há, portanto, característica alguma comum a tudo aquilo a que chamamos 'regra' em virtude do qual a denominamos assim."<sup>1197</sup>

A noção de regra está fundada em uma reiteração de condutas, uma certa regularidade do comportamento alheio, aferida mediante observação externa.

A relevância de tudo isso é muita: como se pode perceber e como se colocará de manifesto nas conclusões do presente capítulo, linguagem e ação seguem não já um caminho paralelo, senão simplesmente o mesmo caminho, o caminho do sentido - o caminho do significado - no qual as regras e o seguimento das regras ocupam o lugar central.<sup>1198</sup>

Justamente por se exigir essa reiteração de condutas, é que não pode existir o seguimento de uma regra exclusivamente individual.<sup>1199</sup> Quem empregar o sinal '▢' para significar uma adição, deverá convencer os demais disso.

---

<sup>1195</sup> Vê-se que essa questão toca de perto o debate, já mencionado acima, entre Peter Winch e Evans-Pritchard sobre a viabilidade de se estabelecer algum estalão universal de racionalidade, a ser empregado como régua para confrontar culturas distintas. Como foi mencionado, Habermas advoga a tese de Evans-Pritchard, argumentando que alguns povos seriam mais racionais que outros. Tanto mais discerníveis as três pretensões de validade (empírica, retidão normativa e sinceridade do falante), tanto mais racional uma forma de vida seria.

<sup>1196</sup> VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Op. cit.*, p. 149.

<sup>1197</sup> *Idem*, p. 156.

<sup>1198</sup> *Idem*, p. 159. Em p. 160 Vázquez também diz que "a linguagem e a ação se encontram entrelaçados, formam um conjunto governado por regras - um jogo - do qual o significado promana. E o significado não é senão o subproduto da interpretação e da aplicação das regras desse jogo."

<sup>1199</sup> *Idem*, p. 162. Vázquez apóia-se, para tanto, na leitura cética que Saul Kripke fez da obra de Ludwig Wittgenstein: "A solução cética supõe, por um lado, a substituição das condições de veracidade (sua correspondência com fatos) pelas condições de assertabilidade e a introdução da comunidade dentro da noção de seguir uma regra." (VÁZQUEZ, José R. *Op. cit.*, p. 162).

Wittgenstein, como Hume, aceita seu próprio argumento cético: uma regra não pode determinar nenhum curso de ação; e oferece uma solução assim mesmo cética: isto é, não é possível falar de um indivíduo isolado significando qualquer coisa, é dizer, segundo a regra privadamente. Podemos manter nossa crença ordinária de que estamos seguindo uma regra, a da soma, por exemplo, mas devemos deixar de pensar que essa regra pode ter uma existência fora do sistema social de seguimento de regras.<sup>1200</sup>

Como já foi mencionado acima, com amparo na obra de Hans-Georg Gadamer, não é possível '*robisonadas*'. A interpretação demanda uma fusão de horizontes; exige uma linguagem socialmente compartilhada.

Percebe-se que uma leitura cética da obra de Wittgenstein - aproximando-a das críticas que Hume formulada à ideia de causalidade -, enfatiza que a mera reiteração de condutas, aparentemente adequada a uma regra de agir, seria algo arbitrário. A mera regularidade não implicaria que dita regra realmente exista.

Atente-se para a provocação empreendida nas Investigações Filosóficas:

199. O que chamamos 'seguir uma regra' é algo que apenas uma pessoa pudesse fazer apenas uma vez na vida? - E isto é, naturalmente, uma anotação sobre a gramática da expressão 'seguir uma regra'.

Não pode ser que apenas uma pessoa tenha, uma única vez, seguido uma regra. Não é possível que apenas uma única vez tenha sido feita uma comunicação, dada ou compreendida uma ordem etc. - Seguir uma regra, fazer uma comunicação, dar uma ordem, jogar uma partida de xadrez são hábitos (costumes, instituições).

Compreender uma frase significa compreender uma linguagem. Compreender uma linguagem significa dominar uma técnica.<sup>1201</sup>

Como Wittgenstein enfatiza, "Nosso paradoxo era: uma regra não poderia determinar um modo de agir, pois cada modo de agir deveria estar em conformidade com a regra. A resposta era: se cada modo de agir deve estar em conformidade com a regra, pode também contradizê-la."<sup>1202</sup>

Mas esse paradoxo é falso. Afinal de contas, 'seguir uma regra' é uma prática, um hábito. "Acreditar seguir a regra não é seguir a regra."<sup>1203</sup> Essa é a razão pela qual não há como seguir uma regra meramente individual, já que toda regra demanda significados compartilhados culturalmente.

<sup>1200</sup> Idem, p. 165. Traduziu-se.

<sup>1201</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 87.

<sup>1202</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>1203</sup> Idem, p. 88. Ver também VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Op. cit.*, p. 172.

"Compreender uma regra significa saber que pressupostos concordam com a mesma e que pressupostos a contradizem."<sup>1204</sup> Ademais, seguir uma regra exige alguma intencionalidade, eis que determinado comportamento pode se amoldar a uma regra de agir, sem que necessariamente o agente a tenha tomado em conta.

Com efeito, "Uma pessoa tem seguido uma regra se o seu comportamento é suficientemente complexo e regular de modo a fazer inteligível a descrição de suas ações como manifestações da compreensão de uma regra e de sua intenção de agir conforme a mesma."<sup>1205</sup>

Atente-se ainda para o que segue:

A consequência disso tudo é a seguinte: a distinção entre o que um sujeito considera como seguimento de uma determinada regra e o que é realmente segui-la - é dizer, a diferença entre um sujeito que acredita e um sujeito que efetivamente segue dita regra - estriba na possibilidade de uma satisfatória comparação entre a conduta efetivamente realizada e o padrão de comportamento dentro da comunidade à qual dito sujeito pertence.<sup>1206</sup>

Percebe-se, desse modo, que a questão própria ao 'seguir uma regra' demanda que um terceiro possa descobrir a regra, observando o comportamento respectivo. Exige-se, todavia, não apenas o hábito - a reiteração da conduta -, mas indicativos de que eles são promovidos em atenção à mencionada regra.

Afinal de contas, alguém pode parecer jogar xadrez, sem que, a bem da verdade, saiba sequer do que se trata.<sup>1207</sup> O problema é que a intenção de alguém apenas pode ser inferida justamente a partir da sua prática; a partir dos jogos de linguagem nos quais dita regularidade se apresenta.

E é nesse âmbito que se coloca a filosofia wittgensteineana da mente. Ele busca superar, de certo modo, o binômio kantiano 'mente e corpo';<sup>1208</sup> opõe-se aos pressupostos cartesianos que supunham a existência de um fantasma na máquina<sup>1209</sup> e busca, enfim, demonstrar os equívocos do mentalismo.

Impregnada no senso comum, a concepção cartesiana supõe que a dissociação entre o corpo e a mente. Supõe, portanto, que a mente seja uma

<sup>1204</sup> VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Op. cit.*, p. 168.

<sup>1205</sup> VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Op. cit.*, p. 170.

<sup>1206</sup> Idem, p. 172.

<sup>1207</sup> Como diz P. Winch: "somente em uma situação na qual tem sentido supor que alguém mais possa, em princípio, descobrir a regra que estou seguindo, é possível dizer inteligivelmente que estou, de algum modo, seguindo uma regra." WINCH *apud* VÁZQUEZ, *Op. cit.*, p. 175, traduziu-se.

<sup>1208</sup> Sobre os binômios kantianos, leia-se FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**. 9. ed. Tradução de Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 99 e ss.

<sup>1209</sup> RYLE, Gilbert. **The concept of mind**, p. 11, 37 e 50.

entidade espiritual, quase que fantasmagórica, que animaria o corpo.<sup>1210</sup>

Percebe-se que, de certo modo, no exame da linguagem - superando a sua anterior teoria pictórica -, o 'segundo' Wittgenstein atribuiu maior peso ao senso comum, ao aspecto instrumental e pragmático do idioma. Ele reconheceu, portanto, a insubsistência da ambição positivista de descrição exata do mundo.

Já no âmbito da teoria sobre a mente, porém, ele parece adotar posição bastante distinta. Wittgenstein critica, então, as opiniões tradicionais, corriqueiras sobre a relação mente/corpo. Pretende, pois, demonstrar as falácias do uso da linguagem, questionando sobre o que pode ser dito.<sup>1211</sup>

De todo modo, ao que releva, também nesse âmbito Wittgenstein busca realizar uma terapia filosófica. Ele abala as crenças corriqueiras, presentes no imaginário coletivo e também no senso comum teórico, quando se trata da mente.

Descartes concebeu a mente como uma espécie de substância incorpórea; uma espécie de entidade inteligente capaz de mover o corpo. Ele chegou a supor que essa *res cogitans* fosse distribuída tivesse origem na glândula pineal.<sup>1212</sup>

Segundo esse ideário, alguém teria acesso privilegiado à própria mente: uma espécie de conhecimento direto, imediato. O sujeito poderia saber, com exatidão, quando sentiria dor, quando estaria com fome, sede etc.

E foi justamente nesse acesso privilegiado que Descartes lançou a sua pedra fundamental - o seu *fundamentum inconcussum* -, ao argumentar que, por não se poder duvidar que se duvida, essa entidade pensante deveria mesmo existir (*cogito ergo suum*). Vê-se que essa pretensão está no âmago dessa tentativa de se demonstrar a realidade, a partir de algum ponto arquimediano.

No que toca à mente, Descartes chegou à conclusão de o

<sup>1210</sup> Essa concepção é alvo da certa crítica do médico António Damásio: DAMÁSIO, António. **O mistério da consciência**: do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. DAMÁSIO, António R. **O erro de Descartes**: emoção, razão e o cérebro humano. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

<sup>1211</sup> Vázquez alega, todavia, não haver essa aparente contradição performática de Wittgenstein, eis que apenas uma concepção pré-concebida ensejaria vislumbrar antagonismo nesse âmbito. Ele não chega a ofertar, porém, argumentos mais densos sobre essa diferença de análise, no âmbito das Investigações Filosóficas. Enfatiza-se: em determinados parágrafos Wittgenstein atribui maior peso para o aspecto pragmático da linguagem - a concebe como um instrumento -, de modo que advoga que não há um modo efetivamente correto de falar. Já no âmbito da sua filosofia da mente, também presente nas Investigações, ele questiona as contradições, as falácias, presentes na fala de quem diz 'apenas eu tenho essa dor!' Leia-se, por exemplo, WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 95.

<sup>1212</sup> A respeito do tema, leia-se RYLE, Gilbert. *Op. cit.*, p. 11. DAMÁSIO, António R. **O erro de Descartes**, p. 91 e ss.



conhecimento dela é mais simples do que o conhecimento do próprio corpo. Enquanto as percepções referidas ao nosso corpo ou, no geral, à realidade externa à nossa mente, podem levar-nos ao erro, as percepções que vêm referidas à nossa alma gozam do atributo da infalibilidade.<sup>1213</sup>

Ora, L. Wittgenstein e Gilbert Ryle insurgem-se contra esses pressupostos cartesianos. Rechaçam, de certo modo, esse antagonismo entre mente e corpo, dado que a mente não pode se considerada como se fosse uma substância.

Para Ryle e John Searle,<sup>1214</sup> por sinal, a mente é apenas o estado funcional do corpo, à semelhança da relação *software* e *hardware*. Junto à obra de Searle, colhe-se o que segue:

Em primeiro lugar, o fato de a consciência ter um modo subjetivo de existência levou muitas pessoas a supor que devemos ter um tipo especial de certeza quando se trata de conhecer nossos próprios estados conscientes. Um famoso argumento de Descartes era que temos certeza absoluta a respeito de nossos estados conscientes. Não podemos estar errados em nossas alegações a seu respeito, e, por essa razão, nossas alegações a seu respeito são ditas 'incorrigíveis', o que significa que não podem ser corrigidas por provas posteriores. Isso me parece um erro. Há, de fato, uma assimetria, conforme apontei anteriormente, entre o modo pelo qual tenho acesso a meus estados conscientes e o modo como você tem acesso a meus estados conscientes. Mas isso não significa que eu não possa estar errado a respeito de meus estados conscientes. Pelo contrário, parece-me que as pessoas muitas vezes fazem julgamentos errados a respeito de seus próprios estados conscientes. Negam estar com ciúmes quando é óbvio, para qualquer observador, que na verdade estão com ciúmes. Dizem que têm a firme intenção de fazer alguma coisa quando, mais uma vez, é óbvio, para qualquer observador externo, que lhes falta tal intenção.<sup>1215</sup>

Para Gilbert Ryle, por seu turno, Descartes teria incorrido em um erro categorial. Ele teria pressuposto a existência de uma substância incorpórea, justamente por encontrar dificuldades em explicar a consciência. Mas isso seria o mesmo, no exemplo de Ryle, que - depois de ter visitado todos os laboratórios e salas de aula -, alguém perguntasse onde exatamente estaria a universidade.<sup>1216</sup>

Searle e Ryle não negam, por certo, a ocorrência de processos mentais. Reputam, todavia, ser equivocado imaginar uma entidade - algo autônomo, uma substância - a que se possa chamar de 'mente', em contraposição ao corpo.

<sup>1213</sup> VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Op. cit.*, p. 188. Traduziu-se.

<sup>1214</sup> SEARLE, John R. *Mente, linguagem e sociedade*, p. 73-104.

<sup>1215</sup> Idem, p. 70.

<sup>1216</sup> VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Op. cit.*, p. 192.

Para Searle, a mente seria uma espécie epifenômeno, decorrente da consciência de si (produzida pelas sinapses).<sup>1217</sup> Atente-se para o seguinte:

Custamos a admitir que a consciência possa ser apenas uma característica do cérebro, em parte por nossa tradição dualista, mas também porque temos a tendência de supor que a consciência não pode ser reduzida a um comportamento neuronal, então ela deve ser algo que vem se sobrepor, algo que intervém 'de cima e sobre' o comportamento neuronal. É evidente que a consciência, ao contrário, da solidez [da rocha], não é ontologicamente redutível a microestruturas físicas. Não é porque a consciência se sobrepõe, mas porque a consciência possui uma ontologia em primeira pessoa, uma ontologia subjetiva, e não pode, por conseguinte, ficar reduzida ao que quer que remeta a uma ontologia em terceira pessoa ou ontologia objetiva. (...) Minha intenção-em-ação consciente provoca a elevação do meu braço. Mas é óbvio que a minha intenção-em-ação é uma característica desse sistema que é meu cérebro, e que ela corresponde inteiramente, por essa razão, a um comportamento neuronal. A explicação que proponho não depende em nada de um reducionismo ontológico, porque nunca contesto o fato de que a consciência remete a uma ontologia não redutível em primeira pessoa. O poder causal da consciência não se estende para além do poder das estruturas neuronais (e neurobiológicas).<sup>1218</sup>

Ou seja, falar que há 'mente' não é exatamente o mesmo que falar que existem corpos. A forma de existência não é a mesma, tanto quanto há diferença em falar que há uma rocha, e há uma biblioteca. A biblioteca é o conjunto organizado de livros, dependendo, portanto, da existência dessa organização.

Supõe-se, não raras vezes, que os fenômenos mentais ocorram no tempo; mas não ocupem espaço. Pode-se muito bem sustentar isso, eis que, como o 'segundo' Wittgenstein enfatiza, não há essências ontológicas a serem descritas pela linguagem. Apenas não se pode perder de vista que a mente é função do corpo.

Nas investigações filosóficas, o professor de Cambridge enfatiza que isso decorre da suposição de que pensar seja algo semelhante a andar. Por conseguinte, deveria ocorrer em algum *locus* específico: ocorreria na mente.

"Quando as palavras têm, *prima facie*, em nossa linguagem ordinária gramáticas análogas, nos inclinamos a tentar interpretá-las analogamente; é dizer,

<sup>1217</sup> SEARLE, John. **Liberdade e neurobiologia**: reflexões sobre o livre-arbítrio, a linguagem e o poder político. Tradução de Constância Maria Egrejas Morel. São Paulo: Editora Unesp, 2007, p. 27: "Quando afirmamos que a consciência pode agir sobre o corpo, nós sustentamos que as estruturas neuronais agem sobre o corpo. A maneira como essas estruturas agem sobre o meu corpo está ligada ao estado de consciência delas. A consciência é uma característica do cérebro da mesma forma que a solidez é uma característica da rocha."

<sup>1218</sup> Idem, p. 28-29.

tratamos de fazer valer a analogia em todos os campos."<sup>1219</sup>

O fato é que Wittgenstein se insurge contra a viabilidade de que haja uma espécie de linguagem privada. Mesmo que alguém tentasse inventar um código próprio, associando a cada percepção interna (p.ex., toda vez que sente raiva anota 'x' em um caderno), ele não teria critério de comparação caso esquecesse qual havia sido exatamente a sensação inicial.<sup>1220</sup>

243. Um homem pode encorajar-se a si próprio, dar-se ordens, obedecer-se, consolar-se, castigar-se, colocar-se uma questão e respondê-la. Poder-se-ia, pois, imaginar homens que falassem apenas por monólogos. Que acompanhassem suas atividades com monólogos. - Um pesquisador que os observasse e captasse suas falas, talvez conseguisse traduzir sua linguagem para a nossa. (Estaria, com isto, em condição de predizer corretamente as ações dessas pessoas, pois ele as ouvira também manifestar intenções e tirar conclusões). Mas seria também pensável uma linguagem na qual alguém pudesse, para uso próprio, anotar ou exprimir suas vivências interiores - seus sentimentos, seus estados de espírito? - Não podemos fazer isto em nossa linguagem costumeira? - Acho que não. As palavras dessa linguagem devem referir-se àquilo que apenas o falante pode saber; às suas sensações imediatas, privadas. Um outro, pois, não pode compreender essa linguagem.<sup>1221</sup>

Vê-se que segundo o filósofo austríaco, poder-se-ia conceber uma espécie de linguagem-monólogo, na qual os estranhos habitantes de uma tribo falem apenas consigo. Mas isso não impediria, em princípio, que um observador externo pudesse decodificar a fala de cada um desses soliloquistas.

Algo diferente ocorreria, porém, no âmbito do diário de sensações privadas. Nesse âmbito, não haveria como formar uma tal linguagem, justamente por ausência de ponto de referência (ausência de estabilidade e ponto de comparação). Caso o sujeito esquecesse a sua primeira sensação, o próprio signo perderia o referente.

As pessoas falam que 'têm uma dor', tanto quanto dizem que têm uma moeda no bolso. Muito embora a estrutura lógica das expressões seja semelhante, os conteúdos seriam muito distintos.

Daí o relevo da pergunta formulada por Wittgenstein:

<sup>1219</sup> VÁZQUEZ, José A. R. *Op. cit.*, p. 194. Compare-se com CASSIRER, Ernst. *Linguagem e mito*. 4. ed. Tradução de J. Guinsburg e Miriam Schnaiderman. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 63-77.

<sup>1220</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 97-98. Segundo Vázquez, nesse caso, o sujeito não conseguiria outorgar um significado ao símbolo 'x'. Confira-se VÁZQUEZ, José A. *Op. cit.*, p. 220.

<sup>1221</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 94. É importante ter em conta, ademais, a pergunta feita no parágrafo 315 da mesma obra: "Aquele que *nunca* teve dor poderia compreender a palavra 'dor'? - Deve a experiência ensinar-me se isto é assim ou não? - E quando dizemos 'uma pessoa não pode representar-se dores a não ser que as tenha sentido uma vez' - de onde sabemos isto? Como se pode decidir se isto é verdadeiro?"

246. Em que medida minhas sensações são privadas? - Ora, apenas eu posso saber se realmente tenho dores; o outro pode apenas supor isto. - De certo modo, isto é falso, de outro, absurdo. Quando usamos a palavra 'saber', como normalmente é usada (e como deveríamos, pois, usá-la!), então os outros frequentemente sabem quando tenho dores. - Sim, mas não com a certeza com que eu próprio sei! - De mim ninguém pode dizer (a não ser por brincadeira) que sei que tenho dores. O que isto pode significar, a não ser que tenho dores?

Não se pode dizer que os outros aprendem minha sensação apenas por meu comportamento, - pois não se pode dizer de mim que as aprendi. Eu as tenho.

Isto é correto: tem sentido dizer que os outros duvidam que eu tenha dores; mas não tem sentido dizer isto de mim mesmo.<sup>1222</sup>

Essa questão é razoavelmente complexa.

Afinal de contas, até que ponto alguém pode realmente sentir dor, mas fingir sorrisos, a fim de que ninguém perceba seu sofrimento? Ora, há, de fato, acesso privado à dor, conquanto a linguagem falhe em descrevê-lo,<sup>1223</sup> justamente porque não tem uma base comum, manifesta (a alegoria do escaravelho na caixa: não há como saber se a dor pessoal é a sensação que o outro possui e chama de dor... )

Tem-se visto como, em uma discussão sobre esse tema, alguém batia no peito e dizia: 'Mas outro não pode ter, sem embargo, esta dor!' A resposta a isto é que não se define nenhum critério de identidade mediante a acentuação enfática da palavra 'este'. A ênfase nos sugere muito mais o caso de um critério semelhante que nos é familiar; mas nos tem de ser recordado.<sup>1224</sup>

Ou seja, os jogos de linguagem são diferentes. Falar '*tenho dores!*' não é o mesmo que dizer 'tenho um carro', dado que o significado é muito distinto. Ter uma dor é padecê-la; ninguém pode ter uma dor, senão apenas sentir dores.

Vale a pena atentar para a análise de José António Vázquez:

A crítica a Wittgenstein, desde essa perspectiva, seria evidente: a pouca fiabilidade da memória, que serviria de base à crítica da linguagem privada, não é nem mais nem menos problemática para o 'linguista privado' que para um usuário qualquer da linguagem pública (por assim expressá-lo), posto que uma forma de ceticismo como a que vêm estes

<sup>1222</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 95.

<sup>1223</sup> Repise-se que, conquanto Wittgenstein tenha criticado a sua anterior concepção pictórica da verdade, ele não abriu mão totalmente da crítica da imprecisão da linguagem corrente. Quando trata da filosofia da mente, ele critica justamente o uso corriqueiro de expressões como 'eu tenho dor'. Daí que, em certa medida, parece ainda buscar uma linguagem escorreita ou mais acurada. Quando ele diz que essa expressão 'eu sei que tenho dor' não tem sentido, acaba por retomar a divisão de Bertrand Russell entre enunciados verdadeiros, falsos e *non-sense*, que justamente parecia ter abandonado ao início das suas Investigações Filosóficas.

<sup>1224</sup> VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Op. cit.*, p. 213. Traduziu-se.

autores na argumentação de Wittgenstein, é, do mesmo modo, falha para qualquer forma de linguagem pública. Essa conclusão é, certamente, coerente e, nesse sentido, nada lhe pode ser objetado. Mas isso não significa que a crítica deva prosperar. (...) Como assinala Keynny, 'recordar a conexão entre signo e sensação' não significa sempre, então, identificar a sensação corretamente, senão simplesmente recordar qual é a sensação que o signo significa. Isto é, desde logo, o que deveria ser esperado: atribuir significado a um nome não significa adquirir infalibilidade no seu uso: saber o que significa 'mulher' não garante que nunca confundamos um homem com uma mulher.<sup>1225</sup>

Por conseguinte, Wittgenstein sustenta que uma linguagem privada dessa ordem - i.e., um conjunto de signos associados a sensações privadas - não teria como prosperar. E isso justamente por não ter um mínimo de estabilidade quanto aos referentes (i.e., o significado do signo). Esse significado apenas pode ser mantido, com um mínimo de consistência, quando compartilhado socialmente.

Ou seja, "O ataque de Wittgenstein à linguagem privada chega aqui a um ponto crucial. A ideia que o filósofo ataca aqui é a de que a minha inteligência do significado de um signo é garantida apelando a uma amostra privada que eu tenho diante de mim e à qual posso, por assim dizê-lo, lançar um olhar de relance para certificar-me de que emprego o signo corretamente."<sup>1226</sup>

Melhor dizendo, o fato da linguagem ser pública - isto é, compartilhada com outros falantes - é que fornece algum ponto arquimediano para o significado. É o uso coletivo das expressões linguísticas que lhes assegura sentido, por mais que o conteúdo do que outros querem dizer envolva certa adivinhação.

Daí que Ludwig Wittgenstein provavelmente não iria concordar com a pretensão de autenticidade (quando o agente fala aquilo que sabe sentir), presente na obra de Jürgen Habermas, justamente por criticar esse alegado acesso privilegiado às próprias percepções.

E é justamente nesse contexto que se coloca a conhecida alegoria wittgensteineana do escaravelho, já aludida ao início desse trabalho:

Suponhamos que cada pessoa tem uma caixa dentro da qual está uma coisa a que chamamos 'escaravelho.' Nenhuma pessoa pode ver o que está na caixa de uma outra; e cada pessoa diz que só sabe o que é um escaravelho pela percepção do seu escaravelho. - Aqui seria possível que cada pessoa tivesse uma coisa diferente na sua caixa. Podemos até conceber que a coisa na caixa estivesse em transformação

<sup>1225</sup> Idem, p. 222. Traduziu-se.

<sup>1226</sup> Idem, p. 229.

contínua. - Mas, se a palavra 'escaravelho' tivesse, no entanto, um emprego para estas pessoas? Então este emprego não seria o de uma designação de uma coisa. A coisa na caixa não pertence de todo ao jogo de linguagem; nem sequer como um simples algo, porque a caixa também podia estar vazia. - Não, a coisa na caixa é como um factor comum aos termos de uma fracção: permite simplificá-la; o que quer que é, elimina-se.<sup>1227</sup>

Pelo texto, percebe-se que Ludwig Wittgenstein sustenta ser inviável que alguém tenha efetivo acesso às percepções alheias. Não há como saber se a dor alheia é semelhante à própria! - essa é a questão. Daí que ele rejeite a gramática que se busca impor nesse âmbito.

Ou seja, para ele, a dor não pode ser alvo de uma definição ostensiva, ao estilo propugnado por Sto. Agostinho, pela razão singela de que ela simplesmente ocorre. Não haveria uma estabilidade mínima, e tampouco um ponto de referência compartilhado publicamente pelos falantes, de modo a garantir que o nome está sendo utilizado para coisas realmente semelhantes.

Ora, "Wittgenstein alude, portanto, ao carácter em último termo injustificado da gramática: justificamos nosso uso da linguagem por referência às regras gramaticais, mas esta não se justificam por nenhuma outra instância ulterior que transcenda a própria linguagem."<sup>1228</sup>

Ele rejeita, portanto, o mentalismo - o dualismo mente/corpo -, bem como toda tentativa metafísica de se descrever o mundo em sua essência. Note-se, porém, que essa tarefa não é das mais singelas, na exata medida em que a sua própria filosofia pode ser tomada então como mais um jogo de linguagem.

Pode-se bem questionar se as provocações que o próprio Wittgenstein formula não seriam, a seu modo, mais uma espécie de jogo (o jogo da linguagem, só que jogado então pelos filósofos). Isso suscitaria problemas de demarcação: qual a legitimidade das suas provocações, quando reconhece que a própria linguagem se dá por força de consensos e meras semelhanças de família?<sup>1229</sup>

<sup>1227</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 105. Leia-se também VÁZQUEZ, José A. *Op. cit.*, p. 238. Leia-se também a síntese de García Suárez a esse respeito: "O exemplar que dota de significado a palavra 'dor' é, segundo o filósofo egocêntrica, um exemplar privado: somente eu posso tê-lo. Agora bem, se esse exemplar é essencialmente privado, que sentido pode ter a suposição de outras pessoas a tenham também? Se eu obtenho meu conceito de dor a partir da sensação que eu experimento, então será essencial ao meu conceito de dor o fato de que a dor tem uma relação única comigo. Deste modo, a suposição de que outra pessoa também tenha dores resta vazio de conteúdo." (GARCÍA SUÁREZ *apud* VÁZQUEZ, José *Op. cit.*, p. 240. Traduziu-se).

<sup>1228</sup> VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Op. cit.*, p. 284. Traduziu-se.

<sup>1229</sup> Essa pergunta levaria à análise cética da obra de Ludwig Wittgenstein, defendida, por exemplo, por Saul Kripke. A obra de Kripke é aludida por Vázquez, conforme VÁZQUEZ, José A. *Op. cit.*, p.

Essa questão leva ao problema da autorreferência, alvo da preocupação de Niklas Luhmann, conforme já foi suficientemente explicitado acima.

Releva ter em conta, no que releva à presente tese, que Wittgenstein repudia a pretensão cartesiana de 'acesso privilegiado'. Não concorda, pois, com a suposição de que o sujeito poderia ter uma espécie de conhecimento especial a respeito das suas próprias sensações: ele não as conhece, apenas as sente.

A gramática própria ao 'saber' não se aplicaria nesse âmbito:

É incorreto dizer que eu conheço diretamente minhas dores ou meus pensamentos, enquanto que somente posso chegar a alcançar um conhecimento indireto da dor ou dos pensamentos alheios. E isso porque, em primeiro lugar, é incorreto dizer 'eu sei que tenho dor'. E em segundo lugar, porque somente tem sentido falar de conhecimento indireto ali onde tenha sentido falar de conhecimento direto (posto que, de outro modo, não teria sentido relaizar essa distinção).<sup>1230</sup>

Pode-se criticar, todavia, essa análise de L. Wittgenstein.

Alguém pode alegar 'eu sei que *tive* dor'. Isso não parece violentar a 'gramática' do verbo 'saber'. Alguém pode se recordar de uma sensação específica, e isso envolve uma descrição de um estado psíquico. Ademais, o gênio de Cambridge parece não dar o devido peso para os casos de cinismo, porquanto alguém pode simplesmente simular uma dor que realmente não sente.

Melhor dizendo: para Wittgenstein as sensações 'privadas' apenas podem ser inferidas a partir da conduta externa do agente. Contudo, deve-se ter em conta que a conduta pode ser fingida; e justamente esse é o problema. Qual o critério para se aferir se a manifestação é autêntica, se ela é mesmo sincera? Dado que a sensação alheia não pode ser inferida senão mediante o comportamento externo respectivo, apenas o contexto é que permitirá aferir indícios de simulação.

Há uma diferença entre 'sentir dor' e 'fingir sentir dor'. E, com isso, a busca de uma realidade - a busca de uma sensação realmente presente - não parece de todo descartável. Não pode ser reduzida, em princípio, a mero problema de observação externa. Melhor dizendo: o observador externo deve ter em conta que a manifestação da conduta alheia pode não retratar fielmente a psique alheia.

Vázquez argumenta, todavia, o que segue:

---

161-163. Por outro lado, Wittgenstein enfatizava que os conceitos deveriam ser examinados no âmbito da corrente da vida humana (*Denn die Wörter haben nur im Fluss des Lebens Bedeutung*), conforme Vázquez. *Op. cit.*, p. 302.

<sup>1230</sup> VÁZQUEZ, José A. *Op. cit.*, p. 306. Traduziu-se.

A réplica wittgensteineana, a meu juízo, seria chamar a atenção sobre as confusões que subjazem à postura cética: assim, a suposição - por demais comum - de que não se pode ter nunca realmente certeza sobre os estados psicológicos de outros seres humanos não somente é mostra de uma confusão acerca do status lógico das proposições psicológicas, senão também prova de um desconhecimento da natureza da dúvida e da certeza.<sup>1231</sup>

Mesmo que se tenha em conta que a simulação de estados psíquicos também é uma conduta humana - e, portanto, também possui sua 'gramática' -, Wittgenstein diz que a busca de certezas, nesse âmbito, não faria muito sentido. Cuida-se de simples mecanismos de interação social, próprios ao 'seguir uma regra'.

E é com lastro nesses *insights* de Wittgenstein, que Tomaz Vives Anton, Paulo César Busato, Buján-Perez e Ramos Vázquez desenvolvem a concepção significativa da ação, aplicável no âmbito penal.

Esses juristas desataram o nó górdio; ao invés de perquirirem sobre um substrato de valoração compartilhado por todas as condutas rotuladas penalmente, eles enfatizam que a questão está mal colocada. O exame penal deve ser concentrado na própria valoração, ao invés de se perquirir uma essência comum a todas as infrações penais.

Daí que José António Ramos Vázquez sustente ter havido um dispêndio bizantino de energias em busca dessa pretensa essência do crime, olvidando que o tema trata justamente da interpretação da atividade humana.

Uma vez mais: "A fim de encontrar a verdadeira alcaçofra, nós a despimos de suas folhas."<sup>1232</sup> De modo semelhante, a fim de se buscar a essência do crime, muitos teóricos acabam por deitar fora justamente aquilo que releva.

A busca do conceito de ação penal acaba por se defrontar, portanto, com o relativismo que está no âmago da concepção de Wittgenstein. Importa dizer: as palavras não estão pelas coisas; não há como reconhecer pretensas essências, anteriores à designação, eis que, quando muito, há semelhanças de família.

Isso não significa, porém, que o debate sobre o conceito de ação penal possa ser descartado. Ele deve ser mirado, isso sim, com a lente correta:

Já em 1930, Radbruch havia chegado à conclusão de que o conceito de ação não cumpriria nenhuma função na teoria do delito. Trinta anos

<sup>1231</sup> Idem, p. 311. Traduziu-se.

<sup>1232</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 72.



depois, Armin Kaufmann, por outros caminhos, chegou praticamente à mesma conclusão (...) No caso de Armin Kaufmann, ele também tinha em conta, ademais, que a considerável discussão jurídico-penal - particularmente nos anos cinquenta (basta recordar o teor da polémica entre Mezger e Welzel - sobre os conceitos de ação, teria se tratado na verdade de um debate sobre o fundamento do injusto.

Seja como for, o caso é que, enquanto a proposta de Armin Kaufmann no sentido de tomar como ponto de partida do sistema da teoria do delito a noção da 'capacidade de ação' não alcançou demasiado eco, ideias próximas àquelas suscitadas por Radbruch haviam obtido uma progressiva acolhida; em particular, aquela relativa a se iniciar a análise do fato punível na categoria da tipicidade. Com efeito, a assunção desta ideia por parte de um bom número de autores, entre os quais autores tão significativos como Roxin, determinou que, em muitos textos, fosse iniciado o estudo do delito justamente a partir do conceito de fato típico.<sup>1233</sup>

Nesse movimento cíclico, porém, o interesse pela ação penal teria sido retomado há algumas décadas, como bem ilustra a tentativa de Günther Jakobs em desenvolver o conceito negativo de ação (ação como evitação do evitável).<sup>1234</sup>

Silva Sánchez sustenta, por exemplo, a relevância dessa busca por um conceito basal de ação, com força nos seguintes argumentos:

Se interessa estudar o conceito de ação, isso é devido, a meu juízo, a duas razões. Por um lado, a que, se, de modo prévio, tem sido acolhido um critério de que somente podem ser impostas sanções penais aos sujeitos que realizam 'ações', a discussão sobre quais processos são ações e quais não são constitui, na realidade, uma discussão sobre a matéria possível de intervenção do Direito Penal (...). O anterior, como pode constatar-se, é da máxima importância, porquanto obriga a refletir sobre se - e por qual razão - a origem humana de um processo ou o caráter autossuficiente do sujeito que o gera são elementos constitutivos do caráter de ação e, por isso, do conjunto de objetos possíveis do Direito penal.

Por outro lado, a discussão sobre a ação tem um segundo elemento de interesse. Concretamente, o de que a determinação de diante de qual ação concretamente nos encontramos: a classe da ação. Esta determinação da 'classe' de ação é, em cada sistema penal, uma maneira própria de sua respectiva 'teoria da determinação do sentido concreto'. No Direito Penal é, desde logo, competência da teoria da tipicidade (...) Sem embargo, segundo acredito, o Direito Penal não pode proceder à determinação do significado juridicopenal concreto de um fato seguindo um modo estruturalmente diverso daquele que siga para determinar, no geral, o sentido concreto das ações na sociedade na qual se inscreve (não pode utilizar uma gramática distinta).<sup>1235</sup>

<sup>1233</sup> SILVA SÁNCHEZ *apud* VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Op. cit.*, p. 270-271. Traduziu-se. Silva Sánchez menciona, porém, que mais tarde Claus Roxin desenvolveu a concepção da ação penal como expressão da personalidade.

<sup>1234</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madri: Marcial Pons, 1997, p. 176-182.

<sup>1235</sup> SILVA SÁNCHEZ *apud* VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Op. cit.*, p. 271-272. Traduziu-se.

Em que pesem os rios de tinta já derramados sobre esse tema, ainda haveria espaço para o debate sobre a ação humana. Vives Antón propõe-se a resolver essa tarefa justamente a partir da filosofia do 'segundo' Wittgenstein.

Como já foi registrado acima, trata-se de uma terapia filosófica, porquanto - muito mais do que perquirir sobre o conceito de ação humana -, deve-se desfazer os mitos que subjazem à empreitada.<sup>1236</sup>

O problema é justamente esse!

Não há como recortar essências a partir de conceitos. Não há como vislumbrar algum elemento ontológico efetivamente comum entre todos os delitos - por exemplo, a enervação muscular -, justamente porquanto as palavras mantêm consigo, quando muito, semelhanças de família. Não há essências!

O fato de se empregar a mesma palavra para aludir a eventos no mundo não implica que tais eventos sejam, de fato, semelhantes entre si. Essa é a provocação fundamental empreendida pelo 'segundo' Wittgenstein, quando pergunta sobre o que há em comum entre todos os jogos (jogo de carta, tabuleiro, jogos de bola etc).<sup>1237</sup>

Ademais, a concepção significativa também enfatiza que a íntima conexão entre atividade humana e intencionalidade apenas ganha relevo em um contexto público. "Pensar outra coisa é, como temos assinalado, postular um poder mágico, um mecanismo *ad hoc*, sem fricções, capaz de fazer justamente o que não sabemos explicar (...) o fundamento da conexão intencional é este contexto de pessoas, objetos e instituições."<sup>1238</sup>

Já se chegou a sustentar que a tentativa seria uma espécie de tensão psíquica, como quando alguém tenta levantar um objeto muito pesado:

Esse tipo de raciocínio 'pode explicar a popularidade da noção de intentar como sendo uma espécie de tensão psíquica, mas isto é, com total segurança, uma ideia descabida. Não existe uma razão mais poderosa para considerar a tensão que sentimos quando um braço não se levanta como a causa da inchação muscular, antes do que o próprio efeito de dito inchaço, nem tampouco nos pode proporcionar nenhuma explicação atender a dita sensação de tensão. Pior que isso: estamos examinando a classe de casos equivocada; estamos tentando ver como levantamos um braço, estudando um caso no qual não o

<sup>1236</sup> Registre-se, todavia, que o próprio Hans Welzel já afirmava que "não há nenhuma unidade naturalística de conduta" e que "o ponto de vista decisivo da unidade da ação criminal é o sentido que ela realiza." WELZEL, Hans *apud* CORREIA, Eduardo da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal**, p. 82.

<sup>1237</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 38-39.

<sup>1238</sup> MOYA, Carlos *apud* VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Op. cit.*, p. 321. Traduziu-se.

levantamos.<sup>1239</sup>

O movimento voluntário seria destituído de surpresa,<sup>1240</sup> ao contrário do que pode ocorrer com o sujeito que acorde deambulando pela casa, depois de um ataque de sonambulismo, por exemplo.<sup>1241</sup>

Essa concepção não explica totalmente a *akrasia*; isto é, aqueles casos em que o agente faz algo, querendo a bem da verdade fazer outra coisa. A ação não causa assombro ao agente; mas, ainda assim, ela pode ter sido indesejada.

O importante não é atentar tanto à questão da voluntariedade da ação, mas muito mais à sua própria dimensão, ao alcance do conceito respectivo. Ao invés de se buscar uma essência - um *quid* bem demarcado na natureza das coisas -, deve-se enfatizar que a ação é um significado compartilhado socialmente.

A ação não é o substrato valorado; antes, é a própria valoração de um substrato, conforme bem equaciona Tomas Vives Antón: "como perfeitamente assinala Vives Antón, a ação é precisamente esse sentido. Não existe substrato algum na realidade que seja objeto da relação de denominação, porque o significado reside no uso, não é algo que tenha uma existência efetiva."<sup>1242</sup>

## 6.6. Unidade de ação para a teoria do concurso de crimes:

Convém apenas tecer algumas considerações, nesse âmbito, sobre a unidade de ação para efeitos de concurso. Cuida-se, também aqui, de um exame panorâmico, já que o tema pode ser alvo de maior verticalização.<sup>1243</sup>

Essa questão é relevante para o tema do concurso sincrônico real aparente. Ou seja, para aquelas hipóteses em que, *prima facie* - diante de normas igualmente vigentes - o sujeito parece ter realizado distintas ações e, por conseguinte, parece

<sup>1239</sup> VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Op. cit.*, p. 326. Traduziu-se.

<sup>1240</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 163.

<sup>1241</sup> Anote-se, por sinal, que Bernard Williams sustenta que sonâmbulos praticariam ação, à semelhança de Cesare, o sujeito hipnotizado no filme do *The Cabinet of Dr. Caligari* ou como a Lady Macbeth, da obra de Shakespeare. WILLIAMS, Bernard. *The actus reus of dr. Caligari*. Disponível na internet: <[http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3621&context=penn\\_law\\_review](http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3621&context=penn_law_review)>. Acesso em 14.01.2014.

<sup>1242</sup> VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Op. cit.*, p. 339. Traduziu-se.

<sup>1243</sup> Registre-se, a título de exemplo, a pesquisa interessante promovida por Christoph Keller, autor que desenvolve uma densa contraposição entre a unidade natural de ação, unidade de delito, unidade de valoração jurídica e unidade típica de ação. KELLER, Christoph. *Zur tatbestandlichen Handlungseinheit*. Berlim: Duncker & Humblot, 2004, p. 23-80.

ter praticado distintos crimes (reconhecendo-se, todavia, apenas um delito, quando se leva tudo em conta).

O tema suscita um conjunto de perplexidades.

A dogmática penal se esmerou em discutir o conceito da ação no âmbito do fato impunível (causalismo, neo-kantismo, finalismo, funcionalismo e teoria significativa dação). Referido conceito cumpre função de enlace, função de classificação, função negativa etc., como explicita Paulo César Busato.<sup>1244</sup>

A teoria da ação estaria destinada, todavia, muito mais a tratar da essência do crime – pois, excluída a ação, restaria automaticamente inviabilizada a rotulação penal -, mas ela não teria igual aptidão para auxiliar no cômputo de delitos.

Haveria grande diferença entre o conceito de ação para fins da teoria do fato impunível e o conceito de ação para fins de cômputo de delitos. Por sinal, Claus Roxin chega a sustentar que essa seria o único consenso a respeito desse tema.<sup>1245</sup>

Atente-se para a análise empreendida por Jescheck e Weigend:

O comportamento humano se compõe de uma série contínua de ações e omissões. Por isso surge a questão sobre quais critérios há de se decompor em partes esse processo, como para poder ser consideradas com unidades de ação ou, em seu caso, pluralidade de ações. Uma decomposição em pequenas peças de acordo com o número de enervações musculares (unidade de ação fisiológica) não renderia evidentemente nenhum sentido, já que para o ponto de vista jurídico aqui demandado carece de utilidade a decomposição do comportamento humano em frações minúsculas conforme um critério médico. A velha distinção baseada no número de resultados ocorridos está hoje abandonada, pois que uma pluralidade dos mesmos - mesmo quando violam bens jurídicos personalíssimos - pode ser provocada por uma única atuação da vontade e, nesse caso, somente é aceitável uma ação (BGH 1, 20; 6, 81 [82]; 16, 397; RG 70, 26 [31]). Tampouco o número de tipos realizados pode ser decisivo, já que o §52 parte precisamente de que podem ser cometidas várias infrações legais por meio de uma só ação. Igualmente, o conceito de ação jurídico penal tampouco é produtivo para a solução do problema, pois ali somente se trata da comprovação das exigências mínimas que, no geral, o comportamento humano deve cumprir para ser acessível à valoração penal.<sup>1246</sup>

<sup>1244</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da filosofia da linguagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 45-67. A respeito do tema, leia-se também GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em Direito Penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: RT, 2005, p. 27-49. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**, p. 97-100.

<sup>1245</sup> ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil**: Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat. Munique: Verlag CH Beck, 2003, p. 799.

<sup>1246</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. 5. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Colmares, 2002, p. 764-765. Traduziu-se. Leia-se também MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz.

José Lobo Moutinho critica o que ele chama de método lógico-conceitual (reducionismo), pelo qual os teóricos procurariam uma quintaessência do crime para fins de concurso, sem atentar para o próprio conceito analítico de delito.<sup>1247</sup>

Também há quem suponha, portanto, a necessidade de uma correlação entre o conceito analítico de delito - teoria do fato impunível - e o cômputo de crimes, como bem ilustra a opinião de Carlos S. Caramuti.

Como vemos, se exigimos a confluência de todos os elementos (objetivo, subjetivo e normativo) para que haja unidade, não podemos depois fazer depender apenas de um deles a pluralidade. Entendemos que isto nos coloca no centro do problema em torno do qual as discrepâncias entre as teorias se agregam às discrepâncias nos resultados da aplicação de cada uma delas. É que não é o mesmo exigir determinados elementos para que exista unidade, que exigi-los para que haja pluralidade, é dizer, para cada unidade. Se dizemos que para determinar a unidade se requerem os aspectos objetivo (exterioridade), subjetivo (vontade final) e normativo (o tipo ou a adequação típica) da conduta, poderíamos interpretar que bastará que um deles seja plural (que não seja único) para afirmar a pluralidade de delitos. Mas isso encerra uma contradição, porque, para que haja mais de um, cada unidade deve estar completa, tem que haver, ao menos, duas unidades completas. Uma unidade e meia não são duas unidades, já que unidade é a 'propriedade de todo ser, em virtude da qual não pode dividir-se sem que sua essência se destrua ou altere' e pluralidade é a 'qualidade de ser mais do que um'.<sup>1248</sup>

Ora, a teoria do fato impunível almeja determinar quando o juízo de imputação resta peremptoriamente afastado. Ao se sustentar que toda ação demanda uma orientação em direção a fins (antecipação biocibernética do resultado), com isso se afasta desde logo a responsabilização criminal de quem tenha matado outrem enquanto dormia (sonambulismo).

Conquanto esse conceito de ação seja muito importante para a própria compreensão do crime - e também para a correspondente interpretação judicial -, é fato que não se destina ao cômputo de unidades de delitos. Talvez uma pontual exceção ocorra com a teoria significativa da ação, pelo que se explicará adiante.

Basta ter em conta a situação em que o agente apunhala seguidamente a vítima. Nesse caso, em princípio, há várias ações - caso compreendidas enquanto

---

**Derecho penal:** parte general. Volume 2. Tradução da 7ª edição alemã para o espanhol por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p. 518.

<sup>1247</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 44-46; 54 e 486. A obra de Moutinho será examinada com maiores detalhes adiante.

<sup>1248</sup> CARAMUTI, Carlos S. **Concurso de delitos**. 2. ed. atual. ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p. 126-127. Traduziu-se.

movimento físico endereçado ao resultado. Caso ele tivesse apunhalado a vítima com menor quantidade de movimentos, ainda assim remanesceria o crime.

Contudo, desde que os golpes tenham sido promovidos com unidade de contexto, deve-se reconhecer a presença de um único delito, em que pese - em termos meramente abstratos - se possa cogitar da ocorrência de distintas lesões corporais. E é justamente dessa capacidade de unificação de condutas que trata a tal da unidade natural de ação, como se explicará adiante.

É com esse pano de fundo que apenas se menciona, nesse tese, as principais categorias desenvolvidas nesse âmbito, pela dogmática germânica.

Ora, ao comentar o referido §52, StGB - preceito que regra o concurso formal em solo alemão - o penalista Günther argumenta que aquele que golpeia a vítima seguidas vezes, em um mesmo contexto, pratica apenas um delito, muito embora cada agressão já seja, em si, uma realização típica.<sup>1249</sup>

Na teoria do concurso, costumam-se invocar três critérios distintos.

Há a unidade de fato (*Tateinheit*); a unidade de ação (*Handlungseinheit*) e a unidade de delito (*Deliktseinheit*). A unidade de fato busca recortar a quantidade de eventos/sucessos ocorrida (quantos resultados morte?), a unidade de ação cuida da quantidade de condutas humanas e a unidade de delitos cuida da quantidade de violações normativas.<sup>1250</sup>

São distintos os critérios de diferenciação envolvidos, como se percebe.

Vale a pena atentar novamente para a lição de Hans Jeschek e Thomas Weigend quando sustentam o que segue:

Para a determinação do conceito de ação da teoria do concurso, a jurisprudência e a doutrina majoritárias se baseam na concepção natural da vida. Uma pluralidade de componentes o curso de um acontecimento que sejam separáveis externamente devem configurar, deste modo, uma unidade de ação, quando os distintos atos parciais se apoiam sobre uma resolução unitária de vontade e se encontram em uma relação temporal e especial tão estreita que são percebidos como uma unidade por um observador externo.<sup>1251</sup>

Essa concepção natural da vida é uma fórmula vaga e bastante imprecisa.

<sup>1249</sup> KELLER, Christoph. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>1250</sup> Anote-se que, para Christoph Keller, a unidade típica de ação cuidaria justamente da quantidade de delitos (quantas normas teriam sido violadas), muito mais do que de uma unidade de comportamento humano. KELLER, Christoph. *Op. cit.*, p. 18-19.

<sup>1251</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Op. cit.*, p. 765. Traduziu-se.

Ela evoca algum intuicionismo valorativo, eis que não oferta, a rigor, nenhum critério efetivo para se dizer quando há uma ação para efeitos de concurso, e quanto existem várias. Afinal de contas, várias facadas seguidas são concebidas como uma única ação de lesão corporal?

Imagine-se, porém, que o sujeito - depois de ter desferido uma facada - aguarde alguns minutos, saia da casa para conversar com alguém, retorne e desfira outra apunhalada na vítima, com diferença de alguns poucos minutos. Nesse caso, ainda remanescerá a unidade de ação?

Ou seja, o grande problema é justamente essa incomensurabilidade. Parece muito difícil ofertar uma espécie de métrica para se definir quando, sob olhar de um observador externo, determinada atividade humana seria vista como uma unidade (concepção da ação em sentido natural).

Afinal de contas, por tudo quanto já foi exposto ao longo dessa tese, percebe-se que não há, de fato, nenhuma unidade social de ação pré-jurídica; não existe um critério ontológico para se recortar unidades de ação para efeitos de concurso de crimes. Daí que, a rigor, o problema é mesmo de observação.<sup>1252</sup>

E o critério pode ser amparado nesse aparente 'senso comum', pelo qual a percepção coletiva parece reconhecer unidades de ação para cômputo de crimes. Outro critério pode ser jurídico (a unidade típica de ação), de modo que a própria norma recortaria a atividade humana em unidades específicas.

Apenas se destacam, aqui, os fatores de diferenciação comumente invocados. Na Alemanha, costuma-se diferenciar a ação em sentido natural, a unidade natural de ação e, por fim, também a unidade jurídica de ação.<sup>1253</sup>

Atente-se para a síntese levada a efeito por Juarez Tavares:

A doutrina tem trabalhado, normalmente, com dois conceitos para proceder à diferenciação entre a unidade e pluralidade de ações: ação naturalística (ou ação em sentido natural), de um lado, e unidade naturalística de ação, de outro. A ação naturalística (ou em sentido natural) seria aquela na qual uma resolução para o agir se realizaria em uma manifestação de vontade.

Este critério nasceu praticamente com o finalismo, mas se estendeu aos demais penalistas em geral. Assim, o que caracteriza a unidade de

<sup>1252</sup> O problema é de critério de diferenciação, como se infere da obra de Spencer-Brown, mencionada ao início dessa tese. Sobre os vários conceitos desenvolvidos nesse âmbito, leia-se TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 414-415.

<sup>1253</sup> KELLER, Christoph. *Op. cit.*, p. 22. ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 800-801. AISA, Estrella E. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2004, p. 95. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Op. cit.*, p. 857.

ação seria a unidade de manifestação da vontade. Caso se verificasse apenas uma manifestação da vontade, haveria unidade de ação, ainda que esta implicasse a produção de vários resultados típicos, mesmo que se tratasse de eventos lesivos a bens jurídicos altamente personalíssimos.

Mas, se ocorressem várias manifestações de vontade, haveria, então, várias ações. Exemplo: alguém desferiu um tiro e lesa diversas pessoas (art. 129), ou coloca um explosivo e, com isso, produz dano patrimonial (art. 163), morte dolosa (art. 121), morte culposa (art. 121, §3º) e explosão (art. 251). Em todos esses casos, haveria unidade de ação.

Em contrapartida, se alguém desferir vários tiros sobre diversas pessoas, haverá pluralidade de ações.

(...)

O critério da unidade naturalística da ação foi criado pela jurisprudência alemã para disciplinar como 'unidade jurídica de ação' aqueles casos em que várias condutas essencialmente da mesma espécie correspondiam a uma só vontade, e atendendo ao contexto espaço-temporal, estivessem de tal forma unidas que, para um observador neutro, transparecessem como se constituíssem unidade de atuação.<sup>1254</sup>

### 6.6.1. Unidade natural de ação:

Pode-se imaginar, *ab initio*, uma unidade fisiológica de ação, para fins de concurso. A quantidade de enervações determinaria, então, a quantidade de crimes.

No exemplo de Claus Roxin, a unidade de enervação seria o apertar do gatilho do revólver, matando um pessoa.<sup>1255</sup> Mas, para ele, a ação em sentido natural é uma manifestação penalmente relevante da personalidade do agente.<sup>1256</sup>

Outros exemplos de unidade de ação: o lançamento de uma pedra ou de uma granada.<sup>1257</sup> O professor Roxin toma o cuidado de advertir, todavia, que a mera simultaneidade das atividades não seria suficiente para o reconhecimento de uma unidade natural de ação.

<sup>1254</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 414-415.

<sup>1255</sup> ROXIN, Claus. **Op. cit.**, p. 800.

<sup>1256</sup> Idem, p. 801. Compare-se com o conceito de ação para a teoria do fato impunível. ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução do alemão para o espanhol por Diego-Manuel Luzón Peña e outros. Madri: Civitas, 1997, p. 265.

<sup>1257</sup> Anote-se que Zaffaroni e outros sustentam que, ainda que o agente mate centenas de pessoas, o lançamento de uma granada configuraria apenas um delito (concurso formal), dado que o legislador não poderia multiplicar delitos. O Congresso poderia, isso sim, concentrar ações em um único delito (crimes permanentes, crimes complexos etc.). Confira-se ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Op. cit.**, p. 858.



Caso o sujeito empunhe duas armas, matando duas pessoas simultaneamente, à sua esquerda e sua direita, haveria duplicidade de ações, em que pese terem sido praticadas pelo mesmo agente e ao mesmo tempo.<sup>1258</sup>

Ainda que cogitável, o referido critério 'natural' não pode ser aceito, conforme a precisa crítica empreendida por Zaffaroni, Slokar e Alagia:

No plano natural não existe uma unidade de ação, que não seja a integrada por um único movimento. Mas seria ridículo tentar reduzir a questão a isso. Em nenhum caso há uma característica natural da conduta humana que, como tal, decida por si, de modo exclusivo, se essa conduta configura uma ação no sentido jurídico ou uma pluralidade de ações em sentido independentes.<sup>1259</sup>

### 6.6.2. Unidade de ação em sentido natural:

A ação em sentido natural costuma tomar como ponto de partida a percepção vulgar, a opinião coletiva a respeito do recorte da atividade humana em unidades. Não haveria um critério axiomático ou acurado a respeito disso.

O professor de Munique alude a 04 critérios para se avaliar a unidade natural de ação, quando em causa o aparente concurso delitivo: a unidade de vontade; a presença de uma pluralidade de atos da mesma espécie; uma estreita proximidade temporal e espacial entre eles e, por fim, que possam ser reconhecidos como unidos, por um observador externo.<sup>1260</sup>

Ramón Garía Albero sustenta o que segue:

Nesse âmbito, o critério da 'unidade natural de ação' permite considerar os sucessivos intentos - verificados em uma estreita conexão espaço-temporal - dirigidos a conseguir o resultado, como se fosse um só fato. Para isso é irrelevante que o autor tenha uma concreta representação do número de atos necessários para produzir o resultado, ou bem os tenha dependentes do efeito desejado. Do mesmo modo, presente dita conexão, um momentâneo abandono da execução de fato a que pudesse obrigar a necessidade de utilizar mais meios para produzir o resultado, quando aquela é retomada em seguida, para chegar ao fim proposto, não obsta a consideração unitária da conduta.<sup>1261</sup>

<sup>1258</sup> ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil**: Band II, p. 801.

<sup>1259</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 857. Traduziu-se. A respeito do tema, leia-se também POZO, María de la Palma Álvarez. **El concurso ideal de delitos**, p. 214-228. FRISTER, Helmut. **Derecho penal**: parte general. Tradução do alemão para o espanhol por Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 672.

<sup>1260</sup> ROXIN, Claus. **Op. cit.**, p. 805.

<sup>1261</sup> ALBERO, Ramón García. **'Non bis in idem' material y concurso de leyes penales**. Barcelona: Cedecs Editorial, 1995, p. 130, traduziu-se.

Essa unidade em sentido natural deveria ser reconhecida mesmo naquelas hipóteses em que haja modificação do modo de execução. "Este é o caso de quem lesiona com arma branca e, depois de perdê-la com consequência da resistência da vítima, prossegue com golpes de punho."<sup>1262</sup>

O problema é justamente essa incomensurabilidade!

Esse mesmo senso comum - que está na base da unidade em sentido natural - parece não aceitar a unificação de delitos, quando em causa determinados bens jurídicos (p.ex., a teoria do desdobramento do tipo, empregada por Eduardo Correia, destacada adiante).

Como diz Ramon Albero, há especial resistência à pretendida unificação de atos, quando em causa condutas agressivas à liberdade sexual, por exemplo. No Brasil, já se chegou a sustentar - mesmo depois da publicação da lei 12.015/2009<sup>1263</sup> - que haveria concurso de crimes, quando, mediante violência, o agente pratica um ato libidinoso e também mantém conjunção carnal com a vítima.<sup>1264</sup>

García Albero sustenta o que segue:

Em qualquer caso, somente resultará possível - sempre que não resulte incompatível com a natureza do bem jurídico - quando, tratando-se de bens de natureza altamente pessoal, os atos sejam dirigidos contra uma única vítima. As lesões de várias pessoas não podem ser consideradas, por exemplo, como uma lesão intensificada.<sup>1265</sup>

O professor espanhol diferencia, ademais, a chamada 'unidade da ação em sentido natural', de um lado, e os casos de concurso aparente, de outro. Convém atentar para os seus argumentos:

Agora bem, a diferença fundamental reside no fato de que, no concurso de normas, tal e como se tentará demonstrar adiante, o princípio non bis in idem não apenas opera sobre um pressuposto previamente dado, a identidade da ilicitude, senão que a determina diretamente. Pelo contrário, na denominada 'unidade natural de ação', a proibição de dupla valoração resulta inoperante para decidir entre a unidade e pluralidade delitivas, precisamente porque o que está em jogo é a conformação unitária ou plural do objeto a valor. E isso pelo fato de que os elementos típicos, que projetam o desvalor sobre o comportamento

<sup>1262</sup> Idem, p. 124, traduziu-se.

<sup>1263</sup> Essa lei 12.015 unificou o anterior tipo do atentado violento ao pudor (antigo art. 214, CP) e o estupro em uma única figura (congregando-os no atual art. 213, CP).

<sup>1264</sup> BRASIL, STJ, Petição 6610, rel. Min. Laurita Vaz, DJE de 09.03.2012.

<sup>1265</sup> ALBERO, Ramón García. *Op. cit.*, p. 125, traduziu-se.

material, são únicos e não recolhidos duplamente em outro preceito. Sempre se poderá argumentar, com relação a estes casos, que um tipo desvalora uma parte das ações (as primeiras lesões) e seu par homogêneo o restante (as sucessivas, em que pese o estreito contexto temporal). Um concurso real homogêneo somente pode ser refutado, nesse âmbito, por meio da interpretação orientada ao sentido e finalidade do preceito, com vista a comprovar se o tipo possibilita uma síntese valorativa unitária das diversas ações realizadas. Em qualquer caso, veremos como o problema de correlação entre a valoração e o objeto a valorar - problema que obviamente não pode ser resolvido desde o próprio princípio da proibição de dupla valoração em incorrer em uma *petitio principii* - não surge apenas nesses casos, senão também em outros tradicionalmente considerados como concurso de leis.<sup>1266</sup>

O critério da unidade da ação é muitas vezes definido em função dos resultados jurídicos almejados pelo intérprete. Ao invés de ser um critério para se condicionar os resultados, parece ser - ao contrário - apenas um mecanismo para se justificar os efeitos pretendidos pelo aplicador da lei.

Melhor dizendo, essa busca de uma unidade da ação em sentido natural parece depender, sobretudo, da percepção coletiva (e também da percepção do juiz do caso!) sobre a gravidade da conduta sob julgamento.

A questão não escapa dos problemas próprios ao círculo hermenêutico, pré-compreensões e tradição, acima detalhados (Gadamer). A grande dificuldade é conjugar essa porosidade do conceito, com aquela salutar ambição à segurança jurídica - um 'mito de fundação' inerente ao Direito Penal.<sup>1267</sup>

Calha novamente atentar para a lição de Zaffaroni, Slokar e Alagia:

Já se observou, com razão, que a fórmula da natural concepção da vida não esclarece, se não que encobre os verdadeiros fundamentos para a distinção entre a unidade e a pluralidade de ações. O certo é que o pretendido conceito de unidade pela natural concepção de vida tem sido uma fórmula vazia, que restou vazia de conteúdo porque a jurisprudência alemã não a usou em um sentido único, mas sim em vários sentidos distintos, o que a tornou praticamente inútil.<sup>1268</sup>

<sup>1266</sup> Idem, p. 133, traduziu-se.

<sup>1267</sup> Diz-se que é um mito de fundação eis que, em grande medida, o poder punitivo é incontornável. De certo modo, essa defesa da segurança jurídica acaba justificando o exercício do poder punitivo, como alertava Alessandro Baratta, em obra clássica. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à Sociologia do Direito Penal**. 3. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002, p. 42-48. Com isso não se sustenta, todavia, que essa busca por segurança jurídica não deva ser a meta de todo indivíduo. Apenas não se pode ter a ilusão de que o sistema punitivo realmente funcione segundo estritamente essa lógica. A respeito da diferença entre poder punitivo programado e o poder punitivo efeito, leia-se ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 4. ed. Tradução de Vania Romano Pedrosa e outro. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 26-29.

<sup>1268</sup> ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Op. cit.**, p. 857-858. Traduziu-se.

### 6.6.3. Unidade típica de ação:

Cuida-se de uma unidade de valoração jurídica. Sob esse aspecto, a própria lei recortaria o *continuum* da atividade humana em unidades, à semelhança do que ocorre com os tipos criminais permanentes, habituais, complexos etc.

Note-se que o sequestro da vítima pode ser composto por inúmeras atividades humanas: o fato de segurá-la, empurrá-la para o interior do veículo, conduzi-la para o cativo, mantê-la vendada etc. Em que pese a pluralidade de condutas, o tipo criminal as unificaria, supondo então cuidar-se de uma só ação.

E isso é o que se costuma denominar de unidade de valoração típica (*tatbestandliche Bewertungseinheit*). Isso ocorre quando mais comportamentos são reunidos em um único recorte criminal.<sup>1269</sup> O roubo pode ser decomposto em unidades menores (a ameaça contra a vítima + a subtração do bem móvel alheio).

Segue a precisa lição de Jescheck e Weigend, quanto àquilo que eles denominam de unidade típica de ação em sentido estrito.<sup>1270</sup>

No geral, a aceitação da unidade da ação deriva já da própria e simples realização do tipo.

1. Uma ação unitária é sempre o cumprimento dos pressupostos mínimos do tipo legal, ainda que também se possa fracionar o comportamento típico em vários atos individuais desde um ponto de vista puramente fático (e, assim, é uma ação no sentido do §218, I, a que se compõe de numerosos atos individuais para a realização de um aborto).

2. Existe, ademais, uma ação quando o próprio tipo pressupõe a realização de vários atos individuais (delitos de vários atos, vid. supra §26 II 5). Deste modo, é uma ação no sentido do §177 o uso da violência e da prática da violação extraconjugal. Ainda quando a ação no sentido do §307 n. 3, o incêndio e a destruição dos extintores. Ainda quando o segundo ato apenas aparece no tipo como um elemento subjetivo do injusto (intenção), aceita-se uma única ação no caso em que se leve a cabo realmente (é uma ação no sentido do §267, StGB, a falsificação de um documento e a utilização do mesmo dirigido ao engano).

3. Finalmente, o delito permanente vem também a constituir uma unidade típica de ação no sentido estrito. Através daquele se cria uma situação ilícita que o autor mantém e com cuja continuação o tipo segue sendo realizado ininterruptamente (...) Esse é o caso, por exemplo, da violação ao domicílio (§123), da infração do dever de

<sup>1269</sup> ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil**: Band II, p. 802.

<sup>1270</sup> Note-se que ambos também sustentam haver uma unidade típica em sentido amplo: a prática reiterada do tipo, como no caso de várias facadas seguidas contra a mesma vítima. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Op. cit.**, p. 767-768.

assistência (§170d), da detenção ilegal (§239), da colocação em perigo do trânsito, mediante colocação de obstáculos na via pública (§315b I, n. 2), mesmo quando sejam várias pessoas colocadas em perigo (BGH 22, 67 [71 ss]).<sup>1271</sup>

Nesse âmbito, pode-se cogitar também dos casos de normas penais mistas alternativas (*alternative Mischgesetze*), estudadas no âmbito do concurso aparente. O exemplo mais invocado disso é o tipo penal do art. 33, lei 11.343, de conteúdo plurinuclear: importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda drogas ilícitas.

Ou seja, em casos tais, desde que o agente realize tais condutas em um mesmo contexto, a lei as unificaria em um crime. O problema é justamente a delimitação desse pressuposto (o tal do 'mesmo contexto'), como se percebe.<sup>1272</sup>

Também nesse âmbito, há elevada contingência e indefinição.

#### 6.6.4. Realizações típicas reiteradas e sucessivas:

Outro grupo de casos diz respeito à realização típica reiterada (*die iterative Tatbestandsverwirklichung*).<sup>1273</sup> Ocorre quando agente preenche o mesmo tipo legal mediante uma prática iterativa de atos semelhantes entre si.

Basta imaginar um conjunto de calúnias formuladas sequencialmente; ou um conjunto de apunhaladas desferidas contra a mesma vítima. Quando o agente dá 20 socos no rosto do desafeto, isso implica a realização de um único crime de lesão corporal (concurso real aparente), conquanto o modo de execução possa eventualmente influenciar na definição da pena-base (art. 59, CP).

Claus Roxin diz ser discutível, todavia, a aplicação do aludido critério, quando em causa vítimas distintas.<sup>1274</sup> Isso é uma reminiscência da teoria do desdobramento dos tipos, alvo de maiores considerações adiante, por época do exame da obra de Eduardo Correia e das críticas formuladas por José Moutinho.

Roxin também alude à realização sucessiva do tipo, o que ocorre quando o autor promove várias etapas do *iter criminis*. É o que ocorre na relação entre

<sup>1271</sup> Idem, p. 766-767. Traduziu-se.

<sup>1272</sup> Roxin também invoca o exemplo do tráfico de drogas. ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 804.

<sup>1273</sup> Idem, p. 805-806.

<sup>1274</sup> Idem, p. 806.

tentativa e consumação; quando o sujeito falsifica a moeda com vistas a logo depois introduzi-la em circulação.

Ele menciona o caso Dagobert (*Dagobert Fall*) – acusado cujo verdadeiro nome era Arno Funke -, quem foi acusado de extorquir vários comerciantes, sob a ameaça de explodir uma bomba nas suas lojas (BGHSt 41, 368). O BGH viu-se confrontado, então, com o problema de identificar a quantidade de crimes.

No julgamento desse caso, o BGH aplicou os já referidos 04 critérios para identificação de uma unidade em sentido natural (exigindo uma proximidade temporal e espacial entre as condutas, para que pudessem ser reunidas).

Claus Roxin diz que, em determinados casos, essa unificação deveria ser promovida, mesmo quando em causa a pretensa incidência de diferentes tipos.<sup>1275</sup> O sujeito subtrai bem alheio, e logo depois, também danifica a porta que o retém; ou então a situação com a fuga da polícia,<sup>1276</sup> logo depois do cometimento do delito.

Esse tema toca de perto a questão dos comportamentos copunidos (ante e pós-fato impuníveis), alvo de análises que serão mais detalhadas adiante. Ademais, deve-se conjugar esses conceitos com a teoria da ação comunicativa, na medida em que ela renuncia à busca de recortes empíricos de unidades de conduta.

Mas isso acaba por deslocar o problema principal.

Ao invés de se buscar, então, unidades empíricas – i.e., unidades fisiológicas ou anímicas -, os teóricos passam a examinar o sentido social da atividade humana. O problema é a pluralidade de significados, dado que a sociedade é plural: não há um único sentido!! Há vários. Qual deve prevalecer? Qual o critério? Quem e como decide sobre o sentido a ser reconhecido?

Ou seja, com a teoria da ação significativa se avança bastante; mas acaba recaindo no problema da comparação de sentidos. Não há um único sentido social; e então o teórico se vê obrigado a justificar a escolha do que prevalece...

Determinada atividade pode ser compreendida como unitária ou como plural, tudo a depender do critério de observação (Luhmann, Spencer-Brown). O intérprete vê-se obrigado a escolher qual concepção deve prevalecer, mas isso realmente não pode ser promovido de modo solipsista, como se fosse uma robisonada, nos termos já suficientemente detalhados nos tópicos anteriores.

---

<sup>1275</sup> Idem, p. 812.

<sup>1276</sup> Idem, ibidem (*Polizeifluchtfälle*).

### 6.6.5. Recorte das unidades das condutas omissivas:

Tema razoavelmente complexo diz respeito à identificação de uma unidade para os comportamentos omissivos. Afinal de contas, nesse âmbito sequer ajuda muito a busca por uma unidade fisiológica, eis que tais delitos podem ser cometidos mediante simples abstenção (e não apenas o *aliud agere*).

A imputação do crime omissivo se dá em termos exclusivamente normativos, dado que prescinde do nexu etiológico (*ex nihil, nihil*). O nada produz nada! Com isso, a questão é eminentemente contrafática.

Ou seja, deve-se aferir se as normas poderiam ser satisfeitas simultaneamente,<sup>1277</sup> a fim de se identificar a quantidade de potenciais crimes (sem prejuízo do eventual reconhecimento de consunção ou comportamentos copunidos).

Cuida-se do princípio da inversão, desenvolvido inicialmente por Armin Kaufmann (*Umkehrprinzip*).<sup>1278</sup> Para se aferir quantas omissões teriam sido cometidas, seria necessário investigar a quantidade de ações comissivas que teriam sido necessárias para cumprir o dever violado.

Duas crianças se afogam na piscina, enquanto o salva-vidas assiste impávido. Caso lhe fosse dado salvar ambas com uma só conduta, haveria uma omissão; exigindo-se mais atuações, haveria então mais delitos omissivos, desde que preenchidos os demais requisitos para o seu reconhecimento.

Juarez Tavares enfatiza que, quando em causa os crimes omissivos impróprios, a doutrina se orientaria pela quantidade de resultados ocorridos. Claus Roxin advoga tese semelhante, mencionando o caso do pai que se omite a salvar os dois filhos que se encontram na casa em chamas,<sup>1279</sup> ou do pai que deixa de transferir recursos para custear os alimentos de seus três filhos (§170, StGB).

Vale a pena atentar para a precisa síntese de Juarez Tavares:

Nos delitos omissivos impróprios, a doutrina, em geral, se tem orientado em função dos resultados ocorridos. Isto tem sua relevância porque, nestes delitos, o resultado é atribuído ao sujeito por não haver este realizado a ação devida para impedi-lo, violando, portanto, por

<sup>1277</sup> Idem, p. 815.

<sup>1278</sup> KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Tradução do alemão para o espanhol por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2006, p. 45-55 e 204-205. Leia-se também SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **El delito de omisión: concepto y sistema**. 2. ed. Buenos Aires: IBdef, 2006, p. 47-48. TORRES, Margarida Roig. **El concurso ideal de delitos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 19.

<sup>1279</sup> ROXIN, Claus. **Op. cit.**, p. 815.

omissão uma norma proibitiva e não apenas uma norma mandamental. Como não há um processo causal que possa servir de orientação da conduta, o critério mais evidente será mesmo aquele que se baseia na unidade ou pluralidade de resultados.

Haverá, então, unidade de omissão, quando se verificar apenas um resultado, independentemente do número de vezes em que as chances de salvamento forem desperdiçadas, ou seja, sem que fora infringido o dever de impedi-lo.

O fato, porém, de terem ocorrido vários resultados não induz à conclusão de que haverá pluralidade de omissões. Se o sujeito se omitiu e, por isso, lhe foram atribuídos vários resultados, ponderam Wessels-Beulke que, para determinar a unidade ou pluralidade de omissões, deverá se proceder a uma avaliação quanto à relação entre os resultados e a ação devida para evitá-los. Caso os resultados pudessem ter sido evitados apenas com uma ação, haverá unidade de omissão; se, porém, os resultados só pudessem ter sido impedidos com a execução de várias ações, haverá pluralidade de omissões. Mesmo orientando-se pelo número de resultados, a doutrina continua a sedir sua argumentação em torno do número de ações devidas, o que vem mostrar que o conceito de ação em sentido natural, ainda que hipoteticamente configurada, continua a vigor, como critério preponderante, para a determinação da pluralidade de omissões.

Assim, se o médico se omite de evitar várias lesões ao paciente, resultantes do esquecimento de uma pinça em seu abdômen, as quais poderiam ter sido evitadas com apenas um melhor controle da instrumentação no momento do ato cirúrgico, haverá apenas uma omissão; se, ao contrário, as lesões fossem de tal ordem que tivessem de ser contidas por vários procedimentos, não executados por ele, por exemplo, uma lesão no peritônio e outra no coração, resultantes do esquecimento de uma pinça e do deficiente controle da anestesia, de modo que cada uma implicasse a infração de um dever específico, haverá pluralidade de omissões.<sup>1280</sup>

Quanto aos crimes omissivos próprios (p.ex., omissão de socorro - art. 135, CP), o número de delitos deve ser aferido a partir do número de vezes em que se violou a(s) norma(s) mandamental(is) respectiva(s).

Contudo, Tavares adverte que - mesmo nesse âmbito dos crimes omissivos próprios - também se deve apreciar o contexto.<sup>1281</sup> Caso todas as vítimas pudessem ser socorridas com um único ato de salvamento, haverá um único crime do art. 135, CP. Caso, ao contrário, o sujeito tenha sequencialmente se omitido em relação a distintas vítimas, haverá pluralidade de crimes (sem prejuízo de eventual continuidade delitiva - art. 71, Código Penal).

Essa análise panorâmica revela-se suficiente, dados os limites desta investigação. Ela evidencia, de toda sorte, que há um conjunto significativo de vetores, no que toca à ação humana, de modo que o tema carece da tomada de posição a respeito de temas metafísicos (busca de uma essência da ação humana).

<sup>1280</sup> TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, p. 417-418.

<sup>1281</sup> *Idem*, p. 418.



**VII.**

**BREVE  
ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO TEMA  
NOS PRIMÓRDIOS DA DOGMÁTICA ALEMÃ**

## VII. BREVE EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO DOGMÁTICO DO TEMA:

Pelo quanto já foi exposto até aqui, vê-se que uma significativa dificuldade nessa contraposição entre o concurso ideal (concurso formal) de delitos e o concurso aparente de normas incriminadoras diz respeito ao método teleológico - expressão empregada por José Lobo Moutinho.<sup>1282</sup>

Trata-se da busca de uma quintessência do fenômeno delitivo.

A dogmática penal - fruto de uma evolução gradual, lenta, complexa - desenvolveu um conceito analítico de crime destinado a conter o poder punitivo; isto é, orientado a impedir a ampliação do Estado de polícia, sempre oculto no âmago do Estado de Direito, como explicita Eugenio Raul Zaffaroni.<sup>1283</sup>

Conquanto haja variações nesse âmbito, tem predominado a concepção de que o crime é um recorte de conduta humana suscetível de ser qualificado como objetiva e subjetivamente típico, ilícito e penalmente censurável. Para além disso, a ciência jurídica também distinguiu os crimes puníveis dos impuníveis, reconhecendo que, em determinadas situações, a pena cominada abstratamente em lei não pode ser aplicada, apesar da eventual demonstração da responsabilidade do acusado - p.ex., quando operada a prescrição.

Ao mesmo tempo, porém, a dogmática penal tem preconizado que, para o cômputo da quantidade de crimes cometidos - e, portanto, para o cálculo das penas respectivas<sup>1284</sup> -, a unidade deveria ser outra.<sup>1285</sup> Não mais uma quantidade de

<sup>1282</sup> MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal português**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005, p. 26 e 56. Em sentido semelhante, leia-se CARAMUTI, Carlos S. **Concurso de delitos**. 2. ed. atual. ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p. 120-129; COSTA ANDRADE, João da. **Da unidade e pluralidade de crimes: doutrina geral e crimes tributários**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 38-40.

<sup>1283</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 41-44. Em sentido semelhante, leia-se SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007, p. 4-14; BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 5-18.

<sup>1284</sup> Não há, por certo, uma inexorável correlação entre o cômputo de unidades de crimes e a graduação da pena respectiva. Melhor dizendo, uma coisa não mantém uma ligação inevitável com a outra. Em princípio, nada impede que, reconhecendo-se a presença de 05 delitos, seja imposta uma única pena (como ocorre, p.ex., com a continuidade delitiva). Não obstante, é fato que, segundo concepção tradicional, vigoraria o princípio *tot poena quot delicta*, sustentando que, com a definição da quantidade de delitos, também estaria definida a quantidade de penas respectivas. Isso decorre de uma latente tentativa de se criar uma 'teoria axiomática' do direito penal.

<sup>1285</sup> ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil: Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat**. Munique: Verlag CH Beck, 2003, p. 799, em tradução livre: "Há unanimidade, todavia, de que o conceito de ação da teoria do concurso não é idêntico nem ao conceito de ação do sistema de crime (*Verbrechenssystems*) - a ação como sendo uma conduta típica, ilícita e culpável -, nem como o conceito processual-penal de ação (§264, StPO)." De modo semelhante, leia-se MAURACH,

'conceitos-analíticos', mas apenas a quantidade de ações (ensejando discussões sobre o seu conceito e seus limites), a quantidade de bens jurídicos ofendidos, de leis violadas ou de resoluções delitivas, por exemplo.

Esse tema é alvo da detalhada análise de José Lobo Moutinho:

Determinar se, em dado caso, havia um só crime ou vários crimes, isto é, contar os crimes, pressupunha que previamente se determinasse a natureza ou essência do crime, ou seja, que previamente se estabelecesse o respectivo conceito. Nessa senda, a questão da essência ou natureza do crime em geral é alçada a questão prévia e decisiva: procura-se, primeiro, identificar em geral a natureza ou essência do crime para, depois, aplicar ao conceito assim obtido aos diferentes domínios problemáticos em que se desdobra o tema da unidade e pluralidade de infracções e, de um modo particular, ao chamado concurso ideal ou formal de crimes, que constitui o domínio onde mais insistentemente se tentou aplicar o método em análise.<sup>1286</sup>

Como se destacará adiante, na sua densa obra - 1405 páginas dedicadas ao tema do concurso! - Lobo Moutinho confronta-se com as teses elaboradas em 1948 por Eduardo Henriques da Silva Correia; ao mesmo tempo em que analisa o alcance do art. 30º do Código Penal lusitano de 1998.<sup>1287</sup>

Busca-se traçar, no momento, uma breve evolução das principais teorias desenvolvidas sobre esse confronto entre concurso ideal e concurso aparente, no âmbito da dogmática alemã. Não se trata, portanto, de uma efetiva história das ideias - o que demandaria contraposição dos autores com o contexto social respectivo -, e tampouco uma exaustiva pesquisa bibliográfica.<sup>1288</sup>

Por mais que a dogmática penal italiana e a espanhola também tenham influenciado o desenvolvimento desse tema - conforme será evidenciado ao longo

Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. Volume 2. Tradução da 7ª edição alemã para o espanhol por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p. 512-513.

<sup>1286</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 44-45.

<sup>1287</sup> Esse 'método de redução' será alvo de maiores considerações no capítulo V dessa tese.

<sup>1288</sup> Sabe-se bem que, não raras vezes, a menção a um suposto histórico de categorias jurídicas pode ser bastante equivocado. Não raras vezes, os estudiosos do(s) Direito(s) acabam por mencionar a suposta evolução de conceitos a partir de Hammurabi, Direito Romano, Idade Média e assim por diante. Supõe-se, com isso, uma espécie de História-linear, progressiva, incompatível com as rupturas e zigue-zagues próprios ao que é humano. De outro tanto, também se supõe que haja conceitos/categorias atemporais, suscetíveis de serem utilizados como chaves de decodificação do passado, o que é bastante ingênuo (para dizer o mínimo). Daí que, a bem da verdade, essa tentativa de reconstrução de uma história de conceitos, a partir de supostas posições dogmáticas sobre o tema, deve sempre ser empregada com muitos temperamentos e cautelas. Na espécie, todavia, deve-se aplaudir sobremodo o trabalho de pesquisa bibliográfica levada a efeito por Bernd Lang. Mas não se trata, realmente, de uma efetiva história das ideias, pelo que facilmente se percebe. Não deixa, todavia, de ser útil para as reflexões em curso na presente tese.

dessa tese -, o fato é que a doutrina germânica empreendeu um dos maiores esforços de sistematização no que toca à teoria do concurso.

Desse modo, a análise de uma parte significativa dessa evolução permitirá uma oportuna contextualização das principais dúvidas. Não se busca, pois, 'descobrir a roda', na medida em que o problema de fundo já se encontra presente, por exemplo, na obra de August Köhler.<sup>1289</sup>

Cuida-se tão somente de apresentar uma breve sequência, com amparo sobremodo na detalhada análise promovida por Bernd Lang em sua tese de doutorado defendida em 2005 perante a Universidade de Bonn, sob a orientação do professor Günther Jakobs.<sup>1290</sup>

A preocupação de B. Lang gravita em torno do alcance do §52 do Código Penal alemão (dispositivo que regula o concurso ideal/formal). O destaque está no fato de que, ao contrário do art. 70 do Código Penal brasileiro, o preceito germânico não prevê uma causa de aumento de pena para o concurso formal; limita-se a impor a maior pena dentre os tipos penais violados com uma única conduta (regra de absorção – a bem da verdade, regra de combinação como se explicará adiante).<sup>1291</sup>

Diz o mencionado §52 que, "Caso se viole, com a mesma ação, várias normas penais ou a mesma várias vezes, então apenas será aplicada uma pena. Caso tenham sido violadas várias normas penais, então a pena será determinada de acordo com aquela que comine a pena mais grave. A pena não pode ser inferior ao admitido pelas outras normas penais aplicáveis."

Bernd Lang tenta demonstrar que esse dispositivo (§52) teria origem em uma equivocada interpretação do art. 163 da *Constitutio Criminalis Carolina* - CCC de 1532, imposta pelo imperador Carlos V - também conhecida como PGO - *peinliche Gerichtsordnung*. Aquela norma cominava a pena mais grave para quem

<sup>1289</sup> KÖHLER, August. **Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz**: eine strafrechtliche Untersuchung. Munique: CH Beck Verlag (reimpressão da Nabu Press), 1900.

<sup>1290</sup> LANG, Bernd. **Die idealkonkurrenz als Mißverständnis**: zur Entwicklung der Konkurrenzen im 19. Jahrhundert. Berlim: Duncker & Humblot, 2008. Por outro lado, a evolução do concurso aparente (a partir do ano de 1870) é examinada por Jean Pierre Matus Acuña: MATUS ACUÑA, Jean Pierre. La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (primera parte) *in lus et praxis*. Vol. 6, n. 2, 2000, p. 295-371, disponível na internet: <[http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=197\\_60212](http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=197_60212)> acesso em 20.11.2013. Sua análise será mencionada, porém, mais adiante, por época do exame da 'unidade de lei'.

<sup>1291</sup> O §52, StGB, pode influenciar, todavia, a definição da pena mínima. Suponha-se que há dois crimes - A e B - com as seguintes penas: A - pena de 04 a 12; B - pena de 06 a 10. Em tal caso, vê-se que a pena mínima de B é maior que a de A; contudo a pena máxima de A é maior que a pena do crime B. Caso o agente, com uma só 'ação', cometa esses dois delitos, em concurso formal, a regra do §52 implica uma nova moldura penal (a maior pena mínima e a maior pena máxima). Assim, a pena deverá ser calculada, segundo aquela lei, entre 06 e 12 anos de reclusão.

praticasse vários furtos, suscetíveis de serem enquadrados em outros preceitos.

Ele alega, ademais, que a expressão '*ideale Concurrenz*' - conforme grafia da época - presente na obra de Kleinschrod, teria sido interpretada erroneamente por Feuerbach. Ele teria lido isso como 'concurso formal', enquanto que, a bem da verdade, teria significado casos de concurso aparente.

Com o intento de evidenciar esses mal-entendidos (*Mißverständnis*) do alcance do art. 163, é que ele elabora uma profunda pesquisa sobre a evolução desse confronto entre concurso aparente e concurso formal. Os resultados dessa investigação revelam-se muito úteis, tanto por isso, para a presente tese.

Bernd Lang tem bem presente que, no âmago da teoria do concurso de crimes, remanesce a discussão sobre a unidade ou pluralidade de ações. Ou seja, a distinção que acabou por contrapor o concurso real/substancial, de um lado, ao concurso meramente ideal/formal, de outro.

Ele questiona, todavia, a origem dessa classificação; qual o momento em que essa clivagem teria passado a suscitar efeitos jurídicos;<sup>1292</sup> isso porque - em que pese a importância desse tema - poucos autores contemporâneos teriam se aventurado a examinar a evolução histórica dessa questão.

Ora, não se pode afirmar, sem maiores cautelas, que essa diferença de tratamentos entre o concurso real e concurso ideal seria imprescindível. Essa é uma questão valorativa, condicionada pelas concepções compartilhadas sobre o direito penal (ou seja, influenciada pelas justificativas do poder punitivo, teorias da pena e concepções políticas do 'ideal de vida boa'). Sabe-se também que gradualmente o alcance do 'concurso real' foi limitado, a fim de se restringir a violência punitiva.

Com efeito, a limitação da regra de acumulação foi promovida mediante o reconhecimento da continuidade delitiva, dos casos de consunção, da teoria sobre os comportamentos coapenados. Essa limitação das hipóteses de soma de penas também foi levada a efeito com os conceitos amplos de unidade natural de ação, unidade típica de ação e técnicas de enlaçamento (*Verklammerungstechnik*).<sup>1293</sup>

A solução legislativa (§52, StGB) é alvo de polêmica.

Alguns teóricos sustentam que a regra seria adequada, eis que - praticada uma única conduta - a sanção não poderia ser múltipla, mesmo quando violados distintos bens jurídicos. Do contrário, haveria agressão ao *ne bis in idem*

---

<sup>1292</sup> Idem, p. 15.

<sup>1293</sup> Idem, ibidem.

(*Doppelverwertungsverbot* ou *substantive double jeopardy clause*).

Já os opositores à referida disposição legal argumentam que essa construção seria injusta. Não haveria - eles enfatizam - maior diferença entre aquele agente que, com três disparos mata três vítimas, e aquele outro que obtém o mesmo resultado com uma única granada.<sup>1294</sup> Para Bernd Lang, a corrente dos opositores - i.e., daqueles que se insurgiriam contra o tratamento legislativo vertido no §52 - seria predominante na Alemanha.<sup>1295</sup>

O tema demanda, por certo, complexas questões preliminares que tangenciam a justificação da intervenção penal; problemas metafísicos - recorte de unidades de ações humanas -; problema lógicos (relações entre enunciados abstratos, p.ex., o postulado da especialidade) e questões valorativas (relações entre condutas principais e os 'acompanhantes típicos' - atos copunidos) etc.

O problema é que essas questões não tem sido enfrentadas, no mais das vezes, de forma sistemática e criteriosa. Muitos teóricos simplesmente empregam verdadeiras petições de princípio, ao tentar delimitar as unidades a serem computadas, no âmbito da teoria do concurso de delitos.<sup>1296</sup>

Quanto aos defensores da redação do §52, destaque-se a obra de Jescheck-Weigend (muito embora Jescheck já houvesse criticado esse critério em obra anterior - ZStW 67, 1955). Segundo o seu tratado, quem tenha descumprido várias normas penais com uma única conduta teria culpabilidade menor do que aquele outro, violador das mesmas regras, mas fazendo-o com pluralidade de ações.<sup>1297</sup> A prática de vários atos revelaria menor respeito às normas envolvidas.

Gössel também defende o tratamento vigente na Alemanha,<sup>1298</sup> eis que a confluência de distintos comportamentos demonstraria maior culpabilidade do agente. De certo modo, a multiplicidade de condutas significaria maior descaso com a ordem jurídica, independentemente da equivalência dos resultados.

Bernd Lang reporta-se também à análise de Mark Deiters, para quem a

<sup>1294</sup> Anote-se, por exemplo, que Zaffaroni sustenta que o legislador não pode tratar um único lançamento de granada como sendo vários delitos, dado que haveria uma única conduta (mesmo que disso resulte vários resultados lesivos). Tratar-se-ia de um limite oponível ao próprio legislador. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**, p. 858.

<sup>1295</sup> LANG, Bernd. **Op. cit.**, p. 16.

<sup>1296</sup> Idem, p. 16-17.

<sup>1297</sup> Idem, p. 17. Leia-se também JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. 5. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Colmares, 2002, p. 774-775.

<sup>1298</sup> MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**, p. 521 e ss.

teoria da prevenção geral implicaria esse tratamento distinto entre a conduta do agente que tenha consumado, em um único ato, determinados resultados lesivos e o comportamento de quem, atuando de forma reiterada, tenha atingido o mesmo fim. Deiters diz que a segunda hipótese demonstraria maior descaso com a lei (a partir do desvalor da conduta), conquanto os resultados tenham sido idênticos.

Já os opositores da redação do §52, StGB, apontam razões de política criminal para que o preceito seja reformado. Quando menos, a norma estimularia que o agente - ao buscar resultados lesivos plurais -, concentrasse sua intervenção, de modo mais calculado, viabilizando-lhe atingir o mesmo fim com uma única conduta. Dentre estes autores críticos ao §52 StGB, destacam-se, por exemplo, Friedrich Geerds, Herbert Wegscheider, Eberhard Schmidhäuser; Georg Freund.

Eles dizem, em suma, ser "duvidosa essa pretensa maior periculosidade do autor de mais delitos, por meio de mais ações."<sup>1299</sup>

Ademais, para além das objeções de política criminal, alguns autores lançam críticas fundadas em pressupostos dogmáticos. Ou melhor, sustenta-se que - mesmo que essa diferenciação fosse justificada - ela deveria ser negada em um conjunto significativo de casos (Jakobs, Puppe, Strenwerth, Erb e Roxin).<sup>1300</sup>

Na base dessa crítica, subjaz a ideia de que, em ambos os casos (concurso real e ideal), haveria a mesma rebelião contra o ordenamento jurídico (*Auflehnung gegen die Rechtsordnung*), independentemente do número de ações. A quantidade de movimentos corpóreos não justificaria tratamento privilegiado ao concurso ideal, argumentam alguns desses juristas.

Até mesmo Claus Roxin - como cediço, um penalista de concepção liberal - diz ser discutível a fundamentação dessa regra legislativa (§52, StGB).<sup>1301</sup> A simples quantidade de ações não determinaria o grau do injusto; ademais, a existência de uma moldura geral para o cálculo da pena única (*Strafenbilgunsprinzip*) - moldura fundada na exasperação -, seria suficiente para abranger ambos os fenômenos (concurso real e ideal).

Bernd Lang também se reporta, nessa sua introdução, às obras de Volker Erb, para quem a presumida maior culpabilidade do autor de diferentes condutas nem sempre seria evidenciada. Não raras vezes, com uma única ação, o autor

<sup>1299</sup> GEPPERT, Klaus *apud* LANG, Bernd. *Op. cit.*, p. 17, traduziu-se.

<sup>1300</sup> As concepções de Günther Jakobs, Claus Roxin e Ingeborg Puppe serão examinadas, com maiores detalhes, no capítulo seguinte.

<sup>1301</sup> ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 798-799.

poderia obter resultados ainda mais gravosos, demonstrando maior premeditação.

Trata-se do famoso *Kinderwagenfall*. Deve alguém ser punido de forma mais grave se lança, em momentos seguidos, duas crianças do alto de um penhasco, do que quando o faça de uma só vez? Qual a diferença em termos de culpabilidade ou de injusto? - questionam Volker Erb e também Mark Deiters.<sup>1302</sup>

Questão semelhante é alvo da preocupação de José Lobo Moutinho:

Pode porventura entender-se que, se o agente, mais forte ou menos cansado, pegar em duas coisas ao mesmo tempo e as transportar da casa assaltada para o automóvel, a pluralidade de objectos é considerada nos termos atrás expostos no grau da ilicitude do facto e estamos perante um só facto; mas se tirar primeiro uma e a levar ao automóvel estacionado junto da casa assalta e imediatamente a seguir voltar e tirar outra, já esse aspectos não pode ser ponderado no grau de ilicitude do facto e, portanto, já não há um só facto?<sup>1303</sup>

Volker Erb alude ao crime de roubo, em cujo âmbito haveria plural violação a bens jurídicos distintos (patrimônio e incolumidade física), com uma mesma conduta. E, ainda assim - conquanto se cogite de uma única conduta! - ninguém recusaria a sua significativa dignidade/gravidade penal, Erb sustenta.<sup>1304</sup>

Ou seja, para esses autores, quando em causa a lesão a vários bens jurídicos, o fato de se tratar de uma única conduta não deveria ensejar – tão só por isso - uma redução inexorável da censura penal, quando confrontada com resultados idênticos, promovidos com pluralidade de atuações.

Por seu turno, Günther Stratenwerth centra sua atenção na grande

<sup>1302</sup> DEITERS, Mark. **Strafzumessung bei mehrfach begründeter Strafbarkeit**: Studien zur Ratio der §§52-55 StGB. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1999. FANDRICH, Alexander. **Das Doppelverwertungsverbot im Rahmen von Strafzumessung und Konkurrenzen**. Berlin: Driesen Verlag, 2010, p. 88 e ss. Esse mesmo exemplo é empregado por Ramón García Albero e por Figueiredo Dias. ALBERO, Ramón García. **'Non bis in idem' material y concurso de leyes penales**. Barcelona: Cedecs Editorial, 1995, p. 239. Ver também DIAS, Jorge de Figueiredo *apud* VINAGRE, Nuno. **Da reforma dogmática do concurso de crimes**: o repensar à luz do complexo sistema dialéctico entre o crime de coacção sexual e o crime de violação. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 43. A pergunta leva à resposta intuitiva de que 'não há diferença!' Logo, aparentemente, a culpabilidade daquele que lança as duas crianças de uma vez só parece idêntica à daquele que o faça, de modo seguido, com dois movimentos corpóreos. Todavia, esse exemplo pode ganhar maior complexidade. Comparem-se duas situações: (a) o sujeito chega em casa e, encontrando a mulher com o amante, mata os dois, num rompante de fúria; (b) o sujeito chega em casa e, encontrando a mulher com o amante, mata apenas este. Dias depois, ainda com raiva, mata a esposa. A pergunta é: nesse caso, havendo maior lapso entre as ações, haverá diferença na culpabilidade? A resposta já não será tão óbvia – como facilmente se percebe -, eis que dependerá de um posicionamento do intérprete sobre o desvalor do resultado e da conduta.

<sup>1303</sup> MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal português**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005, p. 538-539.

<sup>1304</sup> LANG, Bernd. **Op. cit.**, p. 19-20.



semelhança de tratamento, no direito alemão, entre o concurso aparente e o concurso ideal. Praticamente não haveria diferenças mais significativas entre ambos. Essa conclusão é compartilhada por Jescheck-Weigend.<sup>1305</sup>

Günther Jakobs recusa maior relevância jurídica à distinção entre unidade e pluralidade de condutas, concentrando seu exame nas normas violadas (portanto, uma concepção pluralista - *Mehrheitstheorie*).<sup>1306</sup> A legislação não deixaria claro se aquela regra do §52 StGB apenas seria aplicável ao concurso ideal; ou a razão pela qual os casos de 'unidade de lei' (concurso aparente) também não se submeteriam à imposição da pena mais grave - abstraídos os casos de especialidade privilegiadora.

Vários autores já teriam evidenciado essa pretensa incorreção desse dispositivo - enfatiza Bernd Lang. Em que pese isso, poucos teriam atentado para a origem do tratamento normativo: a razão pela qual esse critério - a quantidade de ações - teria adquirido tamanha relevância no âmbito da teoria do concurso.

Essa é, portanto, a sua tese, desenvolvida ao longo de 488 páginas.

Ora, o tema não é de pouco relevo, dada a diferença de regimes punitivos. Para Lang, durante certo tempo teria prevalecido a solução normativa vinculada à 'infração penal' - melhor dizendo: à quantidade de leis penais violadas. O momento em que esse critério teria sido alterado, é que chama a sua atenção.<sup>1307</sup>

A sua preocupação parece gravitar em torno da diferença entre o concurso ideal e o real; enquanto que a presente tese é animada pela comparação entre os casos de concurso ideal e concurso aparente de normas incriminadoras. De toda sorte, como se constatará adiante, a evolução traçada por Lang é útil.

### 7.1. Direito romano:

Segundo Lang, os romanos não chegaram a tratar da questão do concurso de crimes em seu sentido material. Essa constatação também foi levada a efeito por Wilhelm Höpfner, na sua clássica obra sobre concurso de delitos.<sup>1308</sup>

<sup>1305</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**, p. 789.

<sup>1306</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general**. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed., corregida. Tradução do alemão para o espanhol por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madri: Marcial Pons, 1997, p. 1046-1047.

<sup>1307</sup> LANG, Bernd. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>1308</sup> HÖPFNER, Wilhelm. **Einheit und Mehrheit der Verbrechen: eine Strafrechtliche Untersuchung**. Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1901, p. 7-16.

A Roma Antiga conheceu apenas a confluência de distintas acusações,<sup>1309</sup> tratada de modo casuístico; Lang informa que, no período fórmulario, alguém poderia promover várias acusações contra o mesmo demandado.

Cumpra-se ter em conta que o processo penal romano permitia acusações privadas - algo próximo a uma ação penal popular. As consequências do delito eram traduzidas em pecúnia; e essa consequência era independente do número de ações cometidas.<sup>1310</sup> Tanto por isso, conclui-se que o Direito romano não empregava essa distinção concurso real/ideal.

Por outro lado, no âmbito dos delitos públicos, aplicava-se constantemente a pena de morte e a prisão perpétua - o que ensejava o pouco interesse em regras pontuais para cálculo de penas (algo que apenas ganha maior relevo quando o 'tempo' passa a ser a moeda universal para medida do trabalho e da sanção).<sup>1311</sup>

Quanto aos 'delitos privados', a possibilidade da reparação pecuniária, acabava ensejando o cálculo de ofensas praticadas, ou dos objetos subtraídos.<sup>1312</sup> Mesmo nesse âmbito, porém, a quantidade de ações não exercia maior influência para a definição da sanção criminal respectiva. Por outro lado, as ações públicas e as privadas poderiam concorrer, suscitando a necessidade de se apartar o aspecto material do *crimen* da questão meramente procedimental.<sup>1313</sup>

Daí que o postulado *quot crimina, tot poenae* (*Ausschöpfungsgebot*) tenha sido a regra predominante no âmbito do antigo Direito Romano, por mais que não tenha constado expressamente no Código Justiniano (salvo pontuais alusões para a solução de determinados grupos de casos).

Deve-se ter em conta, porém - e a advertência é importante! -, que os romanos não empregavam a palavra 'crime' com o conteúdo atual. Sequer havia algo semelhante ao postulado da legalidade (*nulla poena sine lege*) - como sabido, uma conquista iluminista defendida por Beccaria e Feuerbach. Para os romanos, o

<sup>1309</sup> A respeito da acumulação de ações, no procedimento penal romano, leia-se MOMMSEN, Teodor. **Derecho penal romano**. Tradução do alemão para o espanhol por P. Dourado. Bogotá: Temis, 1991, p. 247, em tradução livre: " A acumulação de ações penais - é dizer: a reunião em um mesmo processo de vários delitos para tratá-los todos a uma só vez - era juridicamente possível no antigo procedimento penal, no qual intervinha apenas o magistrado, e naquele outro em que intervinham o magistrado e os jurados; e que tinha lugar quando o magistrado que havia de tratar do assunto ou aquele que teria que dirigir o processamento, segundo o rito de que se tratasse, o permitisse. Mas é de advertir que, para que tivesse lugar, era necessário que todas as acusações fossem dirigidas contra o mesmo acusado, ou que fossem ações conexas ou semelhantes."

<sup>1310</sup> LANG, Bernd. *Op. cit.*, p. 25.

<sup>1311</sup> MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: RT, 2003.

<sup>1312</sup> HÖPFNER, Wilhelm. *Op. cit.*, p. 7.

<sup>1313</sup> LANG, Bernd. *Op. cit.*, p. 28.

crime se aproximava da ofensa; aproximava-se da moral;<sup>1314</sup> a palavra *crimen* se prestava a indicar a própria acusação, a ofensa e até mesmo a investigação.

Alguma preocupação com regras de concurso poderia surgir, naquele âmbito, quando em causa a aplicação concomitante de penas incompatíveis entre si: a pena de morte e o banimento em uma ilha, por exemplo.<sup>1315</sup> Um segundo grupo de casos ocorria quando, por conta de um mesmo resultado, fossem apresentadas distintas ações (*actiones*) - desde que tivessem o mesmo fundamento ético, as diversas ações (processuais) não poderiam ser acumuladas; valendo a primeira, frente a uma insipiente noção de litispendência.<sup>1316</sup>

O fato é que não havia, no Direito romano antigo, regras para uma determinação acurada de quando um mesmo comportamento se traduzia em um único delito (*unice crime*), ou quando dois delitos seriam idênticos (*idem crimen*). Para Wilhelm Höpfner, os romanos teriam conhecido, porém, algo semelhante ao concurso aparente de normas incriminadoras (unidade de lei).<sup>1317</sup> Essa opinião é compartilhada por Geerds, conforme assinala Bernd Lang.<sup>1318</sup>

De todo modo, os romanos não teriam tido maiores motivos para desenvolver um conceito de 'unidade de ação', conforme assevera Höpfner.<sup>1319</sup>

## 7.2. Direito germânico comum - entre 500 - 800 d.C.:

Bernd Lang discorre, ademais, sobre o direito germânico quanto ao período compreendido entre 500 e 800 d.C. Enfatiza que, no mencionado lapso, teriam prevalecido a vingança e o conflito entre clãs; ademais, eles teriam dado ênfase à responsabilidade pelos resultados (tendente à responsabilidade penal objetiva).

Por outro lado, ao contrário da concepção moderna - fundada em tipos abstratos, elaborados por representantes eleitos pelo povo -, o direito germânico daquele tempo, consubstanciado nos costumes, impunha multas e a lei de talião.<sup>1320</sup> Cada consequência lesiva desafiava uma espécie de retribuição.

<sup>1314</sup> Sobre a fundamentação diferença, no direito romano antigo, entre o *ius* e o *fas* - direito profano e religioso - leia-se COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 202 e ss.

<sup>1315</sup> LANG, Bernd. **Op. cit.**, p. 26.

<sup>1316</sup> Idem, ibidem. HÖPFNER, Wilhelm. **Op. cit.**, p. 12.

<sup>1317</sup> HÖPFNER, Wilhelm. **Op. cit.**, p. 15.

<sup>1318</sup> LANG, Bernd. **Op. cit.**, p. 27.

<sup>1319</sup> HÖPFNER, Wilhelm. **Op. cit.**, p. 16.

<sup>1320</sup> LANG, Bernd. **Op. cit.**, p. 28-29.

A morte de uma gestante ou a subtração de duas coisas seriam consideradas dois crimes - dado que provadas duas agressões (a despeito de se tratar de uma única conduta). Isso repercutia no valor da reparação a ser paga. Apesar disso, algumas exceções teriam vicejado: a pluralidade de agressões contra uma pessoa, em um mesmo contexto, dava ensejo a apenas uma multa; de modo semelhante, o clássico exemplo da confluência de adultério, estupro e incesto também ensejava uma sanção único.

O fato é que ainda não havia maior preocupação em se racionalizar essas exceções, fruto de um insipiente 'senso de justiça'.

### 7.3. O período dos 'livros jurídicos':

B. Lang denomina de 'tempo dos livros jurídicos' o período compreendido entre o ano 900 e 1500 d.C. Argumenta que, na região que viria a se converter, tempos depois, na atual Alemanha, teria prevalecido, então, uma vinculação entre a quantidade de resultados lesivos e a quantidade de sanções aplicáveis.

Operou-se gradualmente, porém, a transição do direito penal privado - fundado na vingança de clãs, ordálias, duelos e juízos de Deus - para o direito público (expropriação do conflito, como destaca Michel Foucault).<sup>1321</sup> Com isso, limitou-se, pouco a pouco, o cabimento de sanções meramente patrimoniais; por outro lado, consolidou-se um processo obrigatório, inquisitivo.<sup>1322</sup>

Chama a atenção, quanto ao mencionado período, o reconhecimento do princípio da absorção - i.e., a aplicação apenas da sanção mais grave -, sempre que as penas cominadas fossem incompatíveis entre si (prisão perpétua e pena de morte, por exemplo). Vigorava, por outro lado, a concepção retributivista, lei de talião (*Auge um Auge, Zahn und Zahn* - olho por olho, dente por dente).

### 7.4. Período da jurisprudência italiana:

<sup>1321</sup> FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**, p. 54-78.

<sup>1322</sup> Sobre a origem da sociedade punitiva na Europa ocidental, leia-se MOORE, Robert Ian. **The formation of a persecuting society: authority and deviance in Western Europe 950-1250**. 2. ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2007, p. 11-61; HAY, Douglas. *Property, authority and the criminal law* in HAY, Douglas *et al.* **Albion's fatal tree: crime and society in eighteenth-century England**. Londres: Verso, 2011, p. 16-63; FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**. 25. ed. Tradução de Raquel Ramallete. São Paulo: Vozes, 1987, p. 63 e ss.

Bernd Lang menciona também o período da jurisprudência italiana, dada a força da redescoberta do *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, na alta Itália. Nesse período, a atividade dos glosadores exerceu influência importante na sistematização de regras jurídicas.<sup>1323</sup>

Tentou-se, talvez pela primeira vez, a construção de uma teoria geral do direito penal. As fontes romanas foram reconhecidas como critérios para a solução de casos particulares, dada a equidade de muitas das suas previsões.

De certo modo, esses glosadores já conheciam os problemas fundamentais do concurso de crimes; apesar disso, essa época não chegou a exercer, todavia, uma importância decisiva, no âmbito do Direito germânico, quanto à valoração da confluência de crimes.

## **7.5. Período do direito comum alemão - 1500 até metade do séc. XIX**

### **7.5.1. Constitutio Criminalis Carolina de 1532:**

Por meio dos pós-glosadores, por volta do século XVI, a compreensão do concurso de crimes sofreu significativa alteração na Alemanha. Para tanto, um documento de grande importância foi a *Constitutio Criminalis Carolina*, outorgada pelo imperador Carlos V no ano de 1532.

De certo modo, ainda havia uma íntima imbricação entre problemas procedimentais e as questões materiais, à semelhança da concepção italiana. Por outro lado, surgiram especiais problemas de coordenação, dada a existência de territórios distintos, provocando insegurança jurídica e arbítrio.

As teorias estrangeiras passaram a exercer um papel importante para o preenchimento de lacunas no pensamento jurídico alemão, ao mesmo tempo em que surgiam, assim, conceitos de direito material (tipos de delito, corpo de delito).<sup>1324</sup>

Por mais que a PGO - i.e., a *Constitutio Carolina* - não tenha veiculado uma regra expressa, tratando de todos os casos de concurso de crimes, ela incorporou o postulado italiano '*quot crimina, tot poena*' (tantos os crimes, tantas as penas). A solução gravitava apenas em torno da quantidade de resultados, não havendo maior distinção entre unidade e pluralidade de ações.

---

<sup>1323</sup> LANG, Bernd. *Op. cit.*, p. 31-32.

<sup>1324</sup> Idem, p. 32.

O fato é que, nessa época, o juiz dispunha de considerável margem para a cominação da pena, um elevado arbítrio - razão pela qual não surgiam grandes debates, no geral, sobre uma métrica para cálculo de sanções. Tão somente por época do surgimento dos ideais iluministas (sobretudo com Beccaria) é que essa reflexão teria ganhado força, frente a penas desumanas e cruéis.

### 7.5.2. Benedict Carpzov (1759-1836):

Benedict Carpzov foi um dos juristas com maior influência no âmbito do Direito alemão daquele tempo. Seus comentários foram empregados como a principal autoridade, em matéria penal, por mais de 50 anos ininterruptos.<sup>1325</sup>

Também conhecido, ao que se sabe, com o nome de Ludovicus de Montesperato, o inquisidor B. Carpzov dedicou a atenção para a solução dos casos de incompatibilidade de penas. Por conseguinte, para ele, o problema do concurso de crimes somente se colocava como questão atinente à execução penal (p.ex., concurso entre pena de morte e pena de banimento perpétuo).

Para tanto, ele buscou descrever os usos jurídicos então vigentes na Saxônia, em confronto com as fontes romanas. Criou regras para a mutilação dos corpos dos condenados (!), de modo a refletir a quantidade de crimes cometidos. Dada a crueldade dessas penas, no mais das vezes a preocupação com o concurso de delitos não encontrava maior relevo prático.

Ao final das contas, a pena de morte absorvia as demais sanções. Todavia, dada a confluência de distintos delitos, não raras vezes emergiam sanções ainda mais cruéis (vários graus de pena de morte, de forma a incrementar o sofrimento: morte mediante afogamento, roda ou fogueira).

No seu tratado, Carpzov formulou 05 regras para a execução da pena (*de cumulatione poenarum*), dedicando especial atenção para esses casos de

---

<sup>1325</sup> Idem, p. 33-34. Chama a atenção o fato de que - segundo Thorsten Sellin, professor de sociologia em Pensilvânia - Benedict Carpzov tenha subscrito mais de 20.000 (vinte mil!) sentenças condenatórias à pena de morte. É considerado, com razão, um dos juízes mais sanguinários da história ocidental. Confira-se SELLIN, Thorsten. Two myths in the history of capital punishment *in Journal of Criminal Law and Criminology*. Volume 50, n. 114 (1959-1960). Disponível na internet: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4814&context=jclc>>, acesso em 20.11.2013. Também lhe é atribuída a elaboração do brocardo, de triste memória, "*In atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet judici jura transgredi.*" Nos crimes atrozes, é válida a condenação com base em conjeturas e é lícito ao juiz descumprir a lei. Trata-se evidentemente de um postulado incompatível com o Estado de Direito.

incompatibilidade física do cumprimento simultâneo de distintas sanções. Ele tomou como ponto de partida, para tanto, o postulado da acumulação - *tot poenam quot delicta*<sup>1326</sup> - já reconhecido pela doutrina italiana de então.

Por conseguinte, para ele a pergunta central dizia respeito à viabilidade de que distintas penas pudessem ser executadas em conjunto (*per rerum naturam impossibile sit*). Quando isso se mostrasse incabível, deveria vigorar o postulado da absorção - *poena major absorbet minorem*<sup>1327</sup> -, sem prejuízo de alguma exasperação no sofrimento cominado (por exemplo, mediante o cruel corte dos dedos do condenado - *Fingerabschlagung*).

Sua primeira regra dispunha de que, cuidando-se de pluralidade de penas de morte, deveria ser executada aquela cominada ao crime mais grave (cumpre recordar que havia distintas penas de morte, com graduação quanto ao sofrimento infligido ao condenado - e a execução de *Damiens*, retratada ao início da obra *Vigiar e Punir*, de Foucault, bem ilustra isso!).<sup>1328</sup>

Pela segunda regra, a confluência de pena corpórea e pena de morte ensejava a aplicação dessa última. A terceira regra trata das penas corporais - deveria ser imposta apenas uma sanção (que atingisse a todos os crimes); tampouco sendo cabível a acumulação com uma sanção civil (*poena civilis*), nos termos da sua regra quatro. A quinta regra discorria sobre a pena que deveria prevalecer, quando em concurso com uma sanção civil.<sup>1329</sup>

Com isso, ele tinha em conta a diversidade dos crimes (*diversis delictis*) e não apenas a pluralidade de infrações (*pluribus delictis*), frente a casos de incompatibilidade das sanções - p.ex., banimento perpétuo e trabalho forçado, pena de morte e pena corpórea, pena corpórea com pena de multa etc.

Essa sua solução permaneceu no pano de fundo da teoria do concurso, não raras vezes compreendida como um problema de mera dosagem de sanções ou como um mero problema de política criminal. Ele também tinha em conta, em casos pontuais - como já referido acima - a exasperação da pena, quando possível.

Dada a sua crueldade, B. Carpzov defendeu o emprego e a graduação do número de tenazes quentes na execução de condenados (*zangereißer*); essa

<sup>1326</sup> LANG, Bernd. *Op. cit.*, p. 35. A respeito da obra de Carpzov, leia-se também MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal português**, p. 20 e 25.

<sup>1327</sup> LANG, Bernd. *Op. cit.*, p. 36. MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 25.

<sup>1328</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, p. 9-11.

<sup>1329</sup> LANG, Bernd. *Op. cit.*, p. 37-38.

majoração pode ser vista como uma espécie de exceção às regras do concurso de crimes (*Verbrechenskonkurrenzberücksichtigung*).<sup>1330</sup> Ele apregoava a majoração da pena nos casos de reiteração delitiva (p.ex., no caso do latrocínio).

B. Carpzov já sustentava que o crime de latrocínio deveria ser avaliado conforme o número de pessoas mortas e não pelo valor dos objetos subtraídos.<sup>1331</sup> Trata-se, a toda evidência, de um antecedente da lógica da súmula 610 da Suprema Corte brasileira: "Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não se realize o agente a subtração de bens da vítima." (sic)

Isso evidencia que ele não se preocupava minimamente com a quantidade de ações cometidas pelo acusado; mas apenas com a compatibilidade das sanções criminais - ou, quando muito, com os resultados dos crimes. Predominava então, de toda sorte, o pensamento jurídico de que, na confluência de crimes, apenas a sanção do mais grave deveria ser aplicada, como regra.

### 7.5.3. August Becker:

Lang reporta-se, então, à obra de August Becker, de 1692 (*De concursu delictorum*), que fica a meio caminho entre Carpzov e a obra de Johann Christoph Koch, esse último apontado como o fundador da moderna teoria do concurso de delitos. Becker promoveu uma elaboração de natureza puramente classificatória.

Para ele, o importante é saber - tanto quanto Carpzov havia assinalado - se as penas poderiam ser executadas em conjunto, se seriam compatíveis entre si. Diferencia, para tanto, o *concursum simultaneum* (*plura delicta ex uno eodemque facto*) dos casos de *concursum successivum* (*ex diversi et separatis factis*).

Por último, ele divide o concurso simultâneo nos casos de *reiteratio ejusdem delicti* e *delicti speciei diversae* (i.e., reiteração do mesmo crime e delitos de espécie diversas).<sup>1332</sup>

De outro tanto - com o perdão do abuso do latim -, ele tratava dos crimes plúrimos (*ex eodem facto ad eundem finem necessarium*), que se aproximam dos atuais crimes progressivos: p.ex., o dano da porta da casa para a consumação do crime de roubo ou estupro; ou a lesão corporal consumida pelo homicídio.

<sup>1330</sup> LANG, Bernd. *Op. cit.*, p. 39.

<sup>1331</sup> Idem, p. 40-41.

<sup>1332</sup> Idem, p. 44.



Em August Becker, já apontavam alguns casos de concurso aparente de leis - conquanto não tenham sido devidamente explicitados e alvo de manifesto interesse (casos de *eudem finem necessarium* - crimes reunidos pela unidade de propósito ou plano de ação, por exemplo). Também tratou dos casos de reiteração delitiva: adultérios cometidos com a mesma pessoa. Haveria apenas um delito, segundo sua análise (*pro uno facto habentur, quoad poenam, et quasi unum delictum constiuunt*).

Em contradição com a prática então vigente, Becker tratou da absorção de penas como uma exceção, diz Bernd Lang.<sup>1333</sup> Insurgiu-se contra a autoridade de Carpzov, então dominante na *praxis* jurídica (como visto acima, Carpzov sustentara que *poena major absorvet minorem*).

De certo modo, as classificações de Becker criaram o terreno sob o qual a teoria do concurso viria a ser efetivamente estruturada por J. Koch (quanto ao concurso ideal/real) e Adolf Merkel (quanto ao concurso aparente).

No período de August Becker ainda não havia, porém, uma teoria mais densa sobre o conceito de delito; maior preocupação com a quantidade de ações ou a deliberada busca de uma quintessência delitiva.

#### **7.6. Estado da teoria do concurso até 1794:**

Lang trata do período em que efetivamente surge, de modo estruturado, algo que se pode chamar de 'teoria do concurso de crimes'. Coloca como limite, para tanto, o ano da entrada em vigor do código geral prussiano - *Preussischen Allgemeinen Landrechts*, responsável pela incorporação em definitivo de algumas dessas regras (ano de 1794).

Nesse período, no pano de fundo, a concepção dominante ainda não associava o concurso de delitos com a quantidade de condutas/ações promovidas pelo agente. Parecem predominar o interesse classificatório e o exame de grupos de casos, de modo que os exemplos dos autores se repetem.

Ainda no dizer de Lang, alguns autores desse período podem ser tomados, porém, como precursores da atual separação entre concurso ideal e concurso real,<sup>1334</sup> diferenciando então o cometimento de crime por conta das ações, mas sem lhes atribuir maiores consequências práticas.

---

<sup>1333</sup> Idem, p. 45.

<sup>1334</sup> Idem, p. 47.

### 7.6.1. Classificação dominante - crimes homogêneos/heterogêneos:

No século XVIII, o critério predominante da classificação distribuía os delitos em duas categorias: delitos semelhantes e diversos. Ou melhor, crimes homogêneos e heterogêneos. Não se apoiavam na quantidade de condutas.

Ademais, nesse âmbito, prevalecia a noção de 'infração', ao invés da ideia de crime. Importa dizer: tomava-se em conta mais a violação da lei penal - tomava-se em conta apenas o contexto da *intensidade* da norma, para empregar a expressão de Ingeborg Puppe (que será examinada adiante).<sup>1335</sup>

Crimes de mesma espécie se traduziam em agressões à mesma lei penal.

Essa classificação tinha peso, pois, para a definição da espécie de penas; o cometimento plural do mesmo delito poderia ensejar maior facilidade no cálculo da sanção respectiva (pode-se até cogitar que essa seja a origem da continuidade delitiva - uma regra para facilitar a execução penal).<sup>1336</sup> Problemas pontuais surgiam, como se percebe, no âmbito dos delitos heterogêneos, dada a eventual diversidade de espécies de penas, ressuscitando Carpzov e suas regras.

Quando esses crimes heterogêneos ocorriam ao mesmo tempo,<sup>1337</sup> surgia também a necessidade de se esclarecer qual a pena que seria cumprida primeiro (a pena corpórea e, logo depois, a pena de morte, por exemplo). Àquele tempo, prevaleciam penas cruéis, com constante emprego da sanção capital.

#### 7.6.1.1. Johan Christian Quistorp:

Na sua obra de 1782, J. Quistorp empregou essa distinção entre crimes homogêneos e heterogêneos. Quanto aos homogêneos, ele sub-dividia em crimes continuados (*fortgesetzte Verbrechen*) e crimes repetidos (*wiederholte*

<sup>1335</sup> PUPPE, Ingeborg. **Idealkonkurrenz und Eizelverbrechen**. Berlim: Duncker & Humblot, 1979, p. 22, 27, 30 e 35.

<sup>1336</sup> Sobre a continuidade delitiva - tema alheio às pretensões do presente trabalho - confira-se MAYA, Ricardo Posada. **Aspectos fundamentais del delito continuado**. Granada: Comares, 2012, p. 5-39; FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**. 4. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 113-130; FROSALI, Raoul Alberto. **Concorso di norme e concorso di reati**. Milão: Dott A. Griuffrè Editore, 1971, p. 445-460.

<sup>1337</sup> Dado que essa concepção ainda não havia desenvolvido uma teoria sobre a 'ação penal', pode-se questionar quanto é que, para os autores de então, um crime poderia ser tido como simultâneo ao outro. Somente uma referência ao mundo - e não apenas às normas - permite essa identificação de crimes simultâneos ou sucessivos.

*Verbrechen*).<sup>1338</sup> Em latim, *continuata e repetitia*.

Quanto aos heterogêneos, ele não promoveu novas divisões.

Os crimes homogêneos continuados atingiriam o mesmo objeto, sequencialmente. Era considerado como crime único, a bem da verdade. Já os repetidos atingiam objetos diferentes, ensejando a soma das penas.<sup>1339</sup> Essa distinção também apartava os crimes homogêneos da reincidência (*Rückfall*), dado que, nesse caso, haveria diferentes processos.

Desse modo, como regra, ele pressupunha a acumulação de sanções, exceção feita aos casos de crimes homogêneos continuados (pena única) e reincidência (em que previa uma exasperação).<sup>1340</sup>

#### **7.6.1.2. Justus Claproth:**

Com a sua obra de 1774, Claproth também empregou essa classificação - crimes homogêneos e heterogêneos -, então predominante. Como regime punitivo, preconizou a soma de penas (*tot poenam quot delicta*).

Chama a atenção o fato de que ele defendia algo semelhante ao ignominioso *'three strickes and you're out'*: três cometimentos seguidos do mesmo crime implicariam pena de morte, conforme explicita Bernd Lang.<sup>1341</sup> Para ele, portanto, essa distinção ganhava relevo para o emprego dessa cruel pena capital (exigia que se tratasse de três crimes idênticos entre si).

#### **7.6.1.3. Hans Ernst Globig e Johann Georg Huster:**

Bernd Lang menciona a obra conjunta desses dois autores, publicada em 1783. Ele enfatiza que ambos também empregaram como critério a semelhança das leis penais violadas: crimes homogêneos e heterogêneos; também advogavam o critério da acumulação de sanções.

Em alguns casos (pena de morte), contudo, eles sustentavam que a sanção menor deveria ser absorvida. O importante é atentar para o argumento, fundado em uma lógica de prevenção geral: diante da gravidade da pena maior, as demais

<sup>1338</sup> LANG, Bernd. *Op. cit.*, p. 48.

<sup>1339</sup> Idem, p. 48.

<sup>1340</sup> Idem, p. 49.

<sup>1341</sup> Idem, *ibidem*.

penas não surtiriam efeitos dissuasórios, razão pela qual não deveriam ser aplicadas (recorde-se que Carpzov estipulava alguns critérios para incremento do sofrimento do agente, mesmo quando fosse condenado à pena de morte – pena de morte *plus*).

#### 7.6.1.4. Ernst Christian Westphal:

Na sua obra de 1785, o jurista Westphal seguiu o coreto (divisão homogêneos/heterogêneos); ele tratou de forma expressa sobre a atenuação dos crimes homogêneos continuados; invocando o art. 161 da *Constitutio Carolina* quanto aos crimes repetidos (i.e., homogêneos que atingiam objetos diferentes).<sup>1342</sup>

Para ele, haveria diferença de tratamento das lesões corporais de uma única vítima (homogêneo continuado) frente às lesões de vítimas distintas (homogêneo reiterado). Abstraia-se, no momento, o debate a respeito da teoria do desdobramento do tipo, desenvolvida por Eduardo Correia e outros teóricos.<sup>1343</sup>

Westphal não chegou a detalhar, porém, quanto os crimes teriam diferentes pesos, sobretudo nos casos de diversas espécies de penas. Fia-se, de toda sorte, no postulado da acumulação (*tot poenam*); ressaltando o critério da absorção e exasperação, quando em causa crimes diferentes.

A sua obra não chegou a mencionar, no âmbito dos delitos homogêneos, os crimes repetidos (*repetitia*), limitando-os apenas aos homogêneos continuados. Tampouco aludiu à reincidência penal (*Rückfall*).

#### 7.6.1.5. Johann Christoph Koch (da 1ª à 3ª edição do tratado):

B. Lang situa Koch - o fundador da moderna teoria do concurso - no âmbito dessa primeira classificação (influenciada por August Becker). E isso quanto ao período compreendido entre a primeira publicação do seu tratado, no ano de 1758, e o ano de 1770.

O pensamento de Koch sofreu duas evoluções, como se verá adiante.

<sup>1342</sup> Idem, p. 50-51.

<sup>1343</sup> Essa teoria - alvo da crítica de José L. Moutinho - sustenta que, cuidando-se de tipos penais que tutelam bens jurídicos personalíssimos, haveria uma espécie de 'multiplicação' dos tipos: cada resultado seria um crime autônomo, não se admitindo então continuidade delitiva e concurso formal. Essa questão será mais bem examinada adiante. Registre-se, por ora, as obras CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal**: I. Unidade e pluralidade de infracções; II. Caso julgado e poderes de cognição do juiz. Coimbra: Almedina, 1996, p. 123 e 169; MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 95-99.

Nesse primeiro momento, porém, ele chegara a esposar a concepção então dominante, dividindo os crimes em homogêneos e heterogêneos. Também empregou a classificação em *concursum simultaneum* e *sucessivum*. Edmund Mezger apenas mencionou, no seu tratado, a edição de Koch de 1783, em cujo âmbito sua formulação já havia sido complementemente consolidada.<sup>1344</sup>

Nesse primeiro momento, portanto, J. Koch não chegou a empregar a quantidade de ações como critério para a classificação de crimes. Não lhe atribuiu, tanto por isso, maiores consequências práticas.

Reportou-se também à distinção dos crimes em homogêneos (*continuata e repetita*) e heterogêneos (*concurrentia*). A diferença entre crimes continuados e repetidos também dizia respeito ao objeto, com repercussões sobre o cálculo da pena (crimes homogêneos continuados: atingiam o mesmo objeto). Segundo o §158 do seu tratado, '*Delicta vel sunt continuata, vel reiterata, vel concurrentia.*'<sup>1345</sup>

O crime continuado estava submetido a uma pena única (§159).

§159. Si quis delicta continuata (§24) perpetravit, unica tantum poena, ordinaria tamen, eaque none exasperata, imperatur. Habentur enim pro uno delicto.<sup>1346</sup>

Bernd Lang critica, por outro lado, a leitura que Friedrich Geerds fez dessas primeiras edições do Tratado de Koch. Ao contrário do que esse autor sustentou - diz Lang -, aquela obra de Koch ainda não sinalizava para o tratamento dos crimes em razão da quantidade de ações.<sup>1347</sup>

Isso apenas seria promovido efetivamente a partir da sua 5ª edição.

### 7.6.2. Mera menção à simultaneidade dos crimes:

Nesse grupo, B. Lang lista autores que, conquanto tenham mencionado o critério da 'unidade de conduta', não o teriam empregado como fator decisivo para a classificação dos crimes, tampouco reconhecendo maiores efeitos jurídicos.

<sup>1344</sup> Idem, p. 53. A análise da teoria do concurso de Mezger pode ser conferida em MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Vol. 2. Tradução do alemão para o espanhol por José Arturo Rodriguez Muñoz. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p. 287 e ss.

<sup>1345</sup> KOCH, J. Christoph *apud* LANG, Bernd. **Op. cit.**, p. 52.

<sup>1346</sup> Idem, *ibidem*. Em tradução livre, "Se foram perpetrados delitos continuados, é devida a aplicação de uma única pena, não devendo ser exasperada. Tem-se como um único delito."

<sup>1347</sup> LANG, Bernd. **Op. cit.**, p. 54.

### 7.6.2.1. Regner Engelhard:

Na sua obra de 1756, Regner Engelhard tomou como base o direito natural. Tanto quanto os autores acima referidos, ele também classificou os crimes em homogêneos e heterogêneos. No §202 do seu tratado, ele advogou a aplicação da regra da acumulação (*tot poena*), salvo os casos de incompatibilidade (*poena major absorbet minorem*).

Esse jurista argumentava, porém, de modo enfático, que essa absorção seria uma exceção (ao contrário da tese de Benedict Carpzov); ele também diferenciou o crime continuado da reincidência (processos distintos), argumentando que essa última deveria sofrer um acréscimo de pena, algo próximo ao que prevê, atualmente, o Código Penal brasileiro, que trata a reincidência como agravante, nos termos do seu artigo 61, com as ressalvas dos arts. 63 e 64.

Na obra de Engelhard desponta, porém, uma classificação adicional: ele mencionada o concurso homogêneo cometido com um único ato (§204) - algo próximo ao atual concurso ideal -, mas sem atribuir a isso maior relevo prático. Quanto ao regime punitivo, defendia a regra da acumulação das sanções; e, nos casos de incompatibilidade, a aplicação da pena mais grave, ainda acrescida de uma agravação (*Schärfung*).

### 7.6.2.2. Christian Stelzer:

Na obra de 1790, Stelzer classificava os crimes em repetidos (homogêneos) e acumulados (heterogêneos). Quanto aos homogêneos, subdividia em continuados, reiterados e reincidência.<sup>1348</sup> Advogava que a pena da reincidência deveria ser dura, a fim de cumprir o efeito dissuasório.

Ele introduziu, todavia, uma terceira classificação - os crimes confluentes (*zusammenfliessenden Verbrechen*), para cuja compreensão ele oferece exemplos de concurso-medial: o sujeito mata o empregado para posteriormente matar o seu patrão. Ele esbarrava na concepção do 'concurso aparente de normas incriminadoras', dados os casos de consunção (comportamentos copunidos), p.ex.

---

<sup>1348</sup> Idem, p. 57.

### **7.6.3. Classificação com lastro na unidade de ação:**

Esse terceiro grupo veicula os teóricos que passaram a empregar o exame da quantidade de ações como o critério decisivo para o tratamento do concurso de delitos. Ou seja, expressam a mesma concepção atual, no que toca à separação entre concurso real e concurso ideal de delitos.

#### **7.6.3.1. August Becker.**

August Becker já foi mencionado acima (com sua obra de 1692), cuidando-se de uma dos precursores da classificação atual, com a sua divisão em concurso sucessivo e simultâneo (o que evoca o momento do cometimento dos crimes): (a) *plura delicta ex eodemque facto* e (b) *ex diversi et separatis factis*.

Ele não chegou a atribuir, porém, consequências jurídicas para essa divisão. Tampouco chegou a separar casos de concurso ideal e concurso aparente de normas, algo que apenas seria promovido muito mais tarde.

#### **7.6.3.2. Segunda fase de J. Koch (1775 a 1779).**

Como já foi mencionado acima, o pensamento de Koch - considerado o fundador da moderna teoria do concurso de crimes - passou por três estágios, no que toca ao tema. No momento, interessa essa sua segunda etapa.

Bernd Lang<sup>1349</sup> registra que esse seu tratado teria sido utilizado como opinião dominante nos tribunais alemães ao longo de mais de 16 anos (divisão em crimes homogêneos e heterogêneos). Chama a atenção também a quantidade de edições, em um tempo de livros caríssimos e de público muito restrito.

J. Koch certamente teria tomado conhecimento da obra de August Becker, aludida acima – classificação fundada no momento do cometimento do crime -, conquanto ele não a tenha mencionado expressamente. O fato é que Koch modificou a sua primeira concepção no ano de 1775 (4ª edição do seu tratado).

Nesse âmbito, muito embora tenha mantido, no geral, a redação anterior, ele

---

<sup>1349</sup> Idem, p. 60-61.

introduziu um novo grupo de casos: agressão de distintas leis penais ao mesmo tempo (concurso simultâneo), situação em que apenas a sanção mais grave deveria ser aplicada. Empregou, todavia, uma expressão ambígua - quando um determinado crime pode ser examinado de diferentes lados.

Essa locução - '*von verschiedenen Seiten betrachtet werden kann*'<sup>1350</sup> - tanto pode implicar casos de concurso formal, quanto concurso aparente de normas. Reportou-se à regra do art. 163, CCC - dispositivo que Bernd Lang sustenta ter sido mal-compreendido pela doutrina, no geral.

Koch alude ao exemplo corriqueiro - em obras que tratam do concurso de crimes -, que diz respeito ao cometimento, com uma única conduta, dos crimes de incesto, adultério e estupro. Com esses exemplos, ele articulava, de forma sistemática, o problema da simultaneidade dos infrações à lei penal.

Para Lang, esse texto é o propulsor do atual concurso aparente de crimes. Preconizava como consequência a cominação da pena mais grave - uma espécie de exceção à regra da acumulação (*tot poena quot delicta*). Na 5ª edição da sua obra (ano de 1779), ele empregou esses critérios de uma forma mais clara - divisão entre crimes simultâneos e sucessivos.

### 7.6.3.3. Johan Lorenz Dorn:

Johan Dorn também dividia os crimes em homogêneos e heterogêneos, com a subdivisão em crimes homogêneos reiterados e continuados. Quanto ao crime continuado, ele oferece como exemplo o caso de sucessivos adultérios com a mesma amante ou o furto de distintos peixes de um mesmo lago (!).<sup>1351</sup>

O concurso de delitos heterogêneos (*concurrentia*) e homogêneos reiterados (*repetitia*) estariam submetidos à regra da acumulação de penas. Em alguns casos, porém, ele aludia ao princípio da absorção - devendo ser aplicada apenas a sanção mais grave (raptó e estupro, p.ex.). Para tanto, invocou o art. 163 da *Constitutio Criminalis Carolina*.

Para ele, portanto, nos casos de incompatibilidade de pena, o art. 163 CCC ofertaria a regra: a aplicação da pena mais grave. Por outro lado, também aludiu à divisão dos crimes em simultâneos e sucessivos, na esteira de Koch:

---

<sup>1350</sup> Idem, p. 60.

<sup>1351</sup> Idem, p. 62.



a) *concursum delictorum simultaneus* - pluralidade de leis violadas com uma mesma conduta.

b) *concursum delictorum successivus* - pluralidade de leis penais violadas a partir de condutas distintas:

(b.1.) *reiteratus* - distintas condutas que atingem distintos objetos ou diferentes vítimas; (b.2) *continuatus* - diferentes condutas que atingem o mesmo objeto ou a mesma vítima.

Repisa, porém, que a regra da absorção (*poena major absorbet minorem*) apenas poderia ser aplicada nos casos de incompatibilidade de penas. Isso bem evidencia que, de certo modo, o concurso de delitos ainda estava impregnado da concepção de Benedict Carpzov - o inquisidor -, para quem o tema trataria apenas da execução de penas cominadas na sentença.

Bernd Lang salienta, ademais, a expressiva semelhança entre a obra de Dorn e o tratado de J. Koch - quase um plágio -; as mesmas expressões e os mesmos exemplos teriam sido empregados por Dorn, sem o devido crédito. A única distinção relevante seria a definição abstrata do concurso simultâneo.<sup>1352</sup>

Para Lang, por outro lado, essa distinção ainda não permite absoluta segurança quanto à sua natureza (ou seja, se seriam casos de concurso aparente ou de concurso ideal). A expressão 'observação sob diferentes lados' poderia implicar ambas as espécies de concurso, em princípio.

#### **7.6.3.4. Ainda a obra de J. Koch:**

Bernd Lang promove uma densa análise da obra de Koch - conquanto já a houvesse mencionado em dois tópicos anteriores -, com o fim de aferir se os seus grupos de caso (4ª edição) realmente diriam respeito ao concurso ideal ou concurso aparente (um único crime que admitiria observações por distintos lados).

O fato é que Koch seguiu o pensamento então predominante por cerca de 20 anos (divisão em crimes homogêneos/heterogêneos). Posteriormente, ofertou um grupo de casos cuidando da simultaneidade dos delitos (um critério já presente no livro de August Becker, de 1692). Por fim, com a 5ª edição, no ano de 1779, ele em definitivo trata do concurso de crimes guiado pela quantidade de ações.

---

<sup>1352</sup> Idem, p. 64.

Cumprir ter em conta que, já no âmbito da 4ª edição (1775), Koch havia tratado de crimes cometidos ao mesmo tempo: *si delictum quoddam plures admittit inspectiones, ex graviore determinanda est poena*. (regra da absorção).

Bernd Lang examina detalhadamente essa 4ª edição, a fim de aferir se J. Koch tinha como meta casos de 'concurso ideal/formal' ou se, pelo contrário, havia anunciado o concurso aparente de delitos (cuja 'descoberta' é comumente atribuída a Adolph Merkel).<sup>1353</sup>

Apegando-se à literalidade da formulação de Koch - um único crime que se deixa observar por distintos lados -, pode-se cogitar que se cuidaria de casos de 'unidade de lei' (concurso aparente de normas incriminadoras). Sabe-se, é fato, que àquele tempo a ideia de crime ainda não havia sido consolidada na forma atual. Delito era compreendido como violação a lei; e quanto alguém falava em um único delito suscetível de apreciação sob distintos ângulos, isso certamente não pode ser tomado com o conteúdo que essa locução ganha, no momento atual.<sup>1354</sup>

Àquele tempo, o hodierno 'concurso aparente' seria reputado como uma espécie de concurso real: o crime era compreendido, até então, como a agressão formal ao preceito penal. Os limitadores substantivos à cominação são, pois, uma conquista democrática muito mais recente.

A bem da verdade - diz B. Lang -, J. Koch teria vivenciado algum dilema; pois ele quis conjugar a compreensão então vigente (crime como a infração formal à lei), com o aspecto substantivo que havia chamado a sua atenção (a simultaneidade das infrações). Nessa segunda edição, ele sustentou que esse grupo de casos seria regulado pelo postulado da absorção, que deita suas origens em Carpzov (*ex graviore determinanda est poena*).

Outra análise busca conjugar esse grupo de casos de Koch com a regra do art. 163-PGO (que tratava da regra de absorção, quando praticados distintos furtos - o que pode ser interpretado como um preceito de qualificação pelo resultado ou, por outro lado, como uma cláusula de *ne bis in idem*).<sup>1355</sup>

B. Lang advoga a tese de que o art. 163, PGO, tratava de casos de crimes

<sup>1353</sup> ALBERO, Ramón García. **'Non bis in idem' material y concurso de leyes penales**. Barcelona: Cedecs Editorial, 1995, p. 41, em nota de rodapé, e também p. 134. A obra de Merkel (*Zur Lehren vom fortgesetzten Verbrechen*) foi publicada em 1862. Leia-se também NICÁS, Nuria Castelló. **El concurso de normas penales**. Granada: Comares, 2000, p. 4 e 21. MERKEL, Adolf. **Derecho penal: parte general**. Tradução do alemão para o espanhol por Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: IBdef, 2006, p. 388.

<sup>1354</sup> LANG, Bernd. *Op. cit.*, p. 68.

<sup>1355</sup> Idem, p. 69-70.

qualificados pelo resultado; não veiculado, portanto, uma regra geral aplicável a todos os delitos (*double jeopardy, ne bis in idem*). Por sinal, referido preceito não teria encontrado uma interpretação uniforme ao longo de todo o século XVIII - e a sua tese central diz respeito justamente aos equívocos na sua compreensão.

Ele examina se os grupos de casos - todos vinculados a uma proibição de relações sexuais (*Geschlechtsverkehrsverbot*): incesto, estupro e adultério - diriam respeito a derivações de um delito base, a ser tomado como gênero. Esse tema pode suscitar a tese do 'parentesco de injusto', desenvolvida por I. Puppe.<sup>1356</sup>

Depois de confrontar argumentos e contra-argumentos, Lang conclui, então, que Koch realmente teria tratado, nessa sua 4ª edição (ano de 1775), do concurso aparente. Leva em conta, para tanto, a constatação de que ele havia preconizado a incidência apenas da lei mais grave nesses casos.<sup>1357</sup>

Tanto por isso, a vingar essa sua tese, Koch teria problematizado o problema do 'concurso aparente' 87 anos antes de Adolph Merkel (1862).

#### 7.6.3.5. Terceiro estágio - J. Koch (ano de 1779):

Por fim, na quinta edição do seu tratado sobrevém uma nova orientação do concurso, empregando como critério principal de classificação a quantidade de ações: (a) distintas ações com plural violação à lei - concurso real; (b) uma única ação com plural violação à lei - concurso formal.

Nessa edição, ele deixou de empregar a locução anterior - 'um determinado crime suscetível de observação por distintos lados' -, passando a empregar a palavra 'ação', ao invés de crime. Uma ação é que poderia ser examinada por distintos lados, distintos ângulos.<sup>1358</sup>

Por outro lado, ele acrescentou novos grupos de casos - o que B. Lang sustenta ser significativo (dado o elevado custo da impressão/modificação de livros, àquele tempo). Com isso - diz Lang - Christoph Koch havia tratado de forma

---

<sup>1356</sup> PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 138, em nota de rodapé. Atente-se para o fato de que Puppe reporta-se justamente a esse mesmo grupo de casos (estupro, adultério e incesto). Essa tese de Puppe será examinada com maiores detalhes adiante.

<sup>1357</sup> Idem, p. 73-74.

<sup>1358</sup> Idem, p. 78-79.

homogênea os casos de concurso ideal e concurso aparente.<sup>1359</sup>

#### **7.6.4. Síntese do estado de arte da teoria do concurso até 1794:**

Desse modo, percebe-se que, de uma preocupação inicial com a acumulação de acusações (Direito romano), a questão do concurso de crimes evoluiu para uma questão de compatibilidade de penas (Benedict Carpzov). Eclodiu, então, com a primeira edição do tratado de J. Koch, na distinção entre crimes homogêneos e heterogêneos (critério fundado na semelhança das normas violadas). Nesse período, ainda não se cogitava da distinção concurso real/ideal.

Conquanto essa distinção já estivesse latente na obra de August Becker, foi apenas com a publicação da 5ª edição do tratado de Koch, no ano de 1779, que a unidade de conduta passou a ser o critério para a definição das penas respectivas. O detalhe está no fato, repita-se, que o direito alemão não preconiza uma causa de exasperação da pena máxima (§52, StGB) quando se trate de concurso ideal de crimes (ao contrário do que dispõe o art. 70, CP).

Nesse período, o regime punitivo do concurso fora baseado, como regra, pelo princípio da acumulação (soma das penas cominadas em todos os tipos penais abstratamente violados). As exceções pontuais cuidavam dos casos de incompatibilidade das sanções respectivas, inviabilizando o cumprimento simultâneo (regra *poena major absorvet minorem*).

#### **7.7. Desenvolvimento do tema na literatura - 1790 até 1838:**

Bernd Lang examina a relação entre o concurso aparente de normas incriminadoras - também denominado de unidade de lei, concurso de normas etc. - com os casos de concurso ideal - o concurso formal brasileiro. Esse tema permanece inconcluso - o que justifica, por sinal, para o presente estudo.

O fato é que, ao longo desses 48 anos, a 5ª edição da obra de Johann Christoph Koch (unidade/pluralidade de ações) passou a retratar o entendimento predominante junto aos tribunais e também na academia, superando-se a anterior classificação em crimes homogêneos/heterogêneos.

---

<sup>1359</sup> Idem, p. 83.

Por outro lado, a partir de 1838 inúmeros tratados de direito penal foram publicados, aprimorando as categorias próprias ao 'conceito de crime', com repercussão no âmbito da teoria do concurso.

Lang classifica as correntes teóricas, quanto à mencionada distinção (concurso aparente/concurso ideal) em quatro grandes grupos:

(a) o grupo dos evitadores - autores que não examinaram a distinção entre concurso aparente e concurso formal. Tampouco chegaram a analisar a questão do *ne bis in idem*;<sup>1360</sup>

(b) o grupo dos misturadores - advogam idêntico tratamento para o concurso formal e o concurso aparente de normas incriminadoras (*Tot delicta quot leges lesae*);

(c) grupo dos separadores - defendem diversidade de tratamento entre o concurso aparente, de um lado (invocando o postulado da especialidade, p.ex.), e o concurso ideal de outro (aplicação da pena mais grave).<sup>1361</sup>

(d) grupo de tratamento não sistemático - tratamento superficial e sem a construção de um conjunto organizado de conceitos sobre essa diferenciação (concurso aparente/concurso ideal).

Alguns juristas teriam apresentado diferentes fases, enquadrando-se em mais de uma classificação acima (p.ex., Feuerbach na publicação da sua *Revision* de 1799; e as distintas publicações do seu tratado, a partir de 1803).

### 7.7.1. Evitadores do *ne bis in idem* (concurso aparente):

Os representantes desse grupo chegaram a conhecer o concurso aparente de normas incriminadoras (*Gesetzeskonkurrenz*) - chamando-o, porém, de *ideale Konkurrenz*.<sup>1362</sup> Buscavam a inibição do *ne bis in idem*. Não chegaram a descrever, todavia, o concurso formal de crimes.

Desse grupo, merecem destaque os seguintes autores:

<sup>1360</sup> Destaque-se que, segundo Bernd Lang, muitos desses autores - classificados como evitadores (*Vermeider*) - chegaram a utilizar a expressão '*ideale Konkurrenz*', mas com o fim de aludir aos casos de concurso aparente de normas incriminadoras. LANG, Bernd. *Op. cit.*, p. 87.

<sup>1361</sup> LANG, Bernd. *Op. cit.*, p. 89.

<sup>1362</sup> Tanto por isso, cumpre ter em conta que nem sempre a expressão 'concurso ideal' se traduz no instituto modernamente conhecido como 'concurso formal' (uma conduta, dois resultados lesivos). Inicialmente, o sentido de

### 7.7.1.1. Johann C. Koch - 4ª edição de 1775:

Como já foi mencionado acima, Lang defende a tese de que, nessa 4ª edição, publicada em latim, J. Koch tinha em mira os casos de concurso aparente. Ele é que seria o precursor dessa questão, ao invés de Adolph Merkel.

Koch apenas chegou a tratar do concurso formal de crimes na 5ª edição da sua obra, datada de 1779. Lang sustenta que, para ele, na 4ª edição, os casos de verdadeira confluência de crimes demandariam a soma das penas respectivas.

### 7.7.1.2. Johann Lorenz Dorn.

Dorn também tratou apenas dos casos de *ne bis in idem* (concurso aparente), enfatiza Bernd Lang. O discípulo de Jakobs reitera que há indícios de que Dorn tenha plagiado Koch, dada a significativa semelhança entre as expressões e também exemplos dispensados na sua obra.<sup>1363</sup>

### 7.7.1.3. Ernst Ferdinand Klein - (1ª edição, 1796):

Klein apóia-se em Johann Koch, distinguindo crimes homogêneos e heterogêneos. Também não trata dos casos de concurso ideal; limita-se a tratar da *plures inspectiones*: o fato de que uma conduta poderia ser observada por diferentes ângulos de visada.

Ele deixou mais claro, portanto, tratar-se de casos de concurso aparente. Isso porque - segundo B. Lang -, ele empregou a expressão '*ponto de vista*', ao invés de observação por diferentes 'lados'.<sup>1364</sup> Todavia, empregou a expressão 'concurso ideal' para aludir a esse grupo de casos (algo que, hoje, seria considerado 'unidade de lei').

Para ele, "O concurso real deveria descrever, então, a ocorrência de verdadeiros crimes e não de apenas diferentes pontos de vista."<sup>1365</sup> Por outro lado, Klein chegou a utilizar o conceito de 'ação'; mas o fez com o sentido de 'resultado lesivo'. Portanto, a ação confundiria-se com a noção de 'fato jurídico'.

---

<sup>1363</sup> Idem, p. 95.

<sup>1364</sup> Idem, p. 99.

<sup>1365</sup> Idem, p. 100, traduziu-se.

Três anos depois, na segunda edição do seu tratado, ele cuidou do concurso simultâneo. Aludiu, ademais, ao concurso formal homogêneo; ao mesmo tempo em que preconizou uma exasperação - causa de aumento de pena -, quando se tratasse de delitos simultâneos.<sup>1366</sup>

Ou melhor, conquanto Klein tivesse preocupação com o *ne bis in idem*, ele julgou que o aumento de pena (*Schärfung*) não implicaria dupla punição para um mesmo crime. Tratava-se, portanto, de uma solução semelhante àquela dispensada pelo art. 70 do Código Penal brasileiro.

Bernd Lang reputa, porém, que essa questão não seria totalmente clara no pensamento de Ernst Klein. Não haveria total segurança quanto a saber se ele defendida, quanto ao concurso formal, apenas uma modificação da espécie de pena, ou se buscava também tratar da medida da sanção respectiva.

Klein e Koch preocuparam-se, porém, com a proibição da dupla incriminação; mas sem um tratamento absolutamente sistemático da questão. O grupo de casos - exemplos apresentados - tratariam de delitos qualificados pelo resultado (caso que se aproximaria do concurso aparente de normas).

#### **7.7.1.4. Karl von Grolman - (1ª edição de 1798):**

Na sua obra de 1798, Grolman preocupou-se com a aplicação das teorias até então publicadas. Buscou uma espécie de articulação entre a obra de Koch e Klein. No §159 do seu tratado, ele tratou do concurso aparente (o que ele denominou, porém, de *ideale Concurrenz* ou delitos confluentes).<sup>1367</sup> Sequer mencionou, porém, o concurso formal.

Cumprir recordar que, àquele tempo, o crime ainda era concebido como a mera violação à lei - ou seja, como *sindônimo* de infração. Para Grolman, porém, também haveria casos de concurso real de delitos, o que demandaria a prática de distintas ações. Ele diferenciou, portanto, os delitos confluentes (concurso aparente) e os delitos acumulados (concurso real) - *zusammenfließende Verbrechen*, de um lado, e *zusammentreffende Verbrechen*, de outro.

Por outro lado, Grolman empregou os mesmos exemplos de Koch e Klein.

B. Lang enfatiza, porém, que a obra de Grolman foi a primeira a conjugar o

---

<sup>1366</sup> Idem, p. 102.

<sup>1367</sup> Idem, p. 104.

antigo critério (concurso homogêneo/heterogêneo), com a classificação a partir da ação (concurso real/aparente).<sup>1368</sup> Isso é, distinguiu os casos de concurso real homogêneo/heterogêneo e concurso ideal homogêneo/heterogêneo, uma divisão do concurso de crimes ainda hoje empregada.

Tanto quanto já havia feito Ernst Klein, Grolman partiu da premissa de que os casos de concurso aparente (que ele denominava de 'concurso ideal') ocorriam quando havia apenas um fato (*ein Tat*), submetido a diferentes pontos de vida. Sustentou, porém, que as demais normas incidentes deveriam ser consideradas para o cálculo da pena.

Nas subseqüentes edições do seu tratado, ele mencionou expressamente o postulado da especialidade, deixando claro que esse era o critério que estava na base da expressão 'uma conduta submetida a diferentes pontos de vista'.<sup>1369</sup>

#### **7.7.1.5. Gallus Alois Kleinschrod (primeira edição 1794 e 1796):**

Ainda segundo Bernd Lang, o autor Kleinschrod desvia-se pontualmente das obras de Klein, Grolman e Koch. Ele sustentou expressamente que, quando o agente cometesse vários crimes simultaneamente, a sua pena deveria atenuada (quando comparada com o concurso real).

Também distinguiu crimes repetidos e crimes continuados - conforme as ações atingissem o mesmo objeto/mesma vítima (continuados) ou objetos/vítimas distintas. Ele buscava um tratamento mais brando, ademais, para os casos em que mediasse pequeno período entre uma ação e outra.

Kleinschrod promoveu um denso trabalho analítico sobre o concurso de crimes (o nono capítulo da sua obra); mencionou novos exemplos e grupos casos. Lang sustenta que essa obra é extraordinária, dado o cuidado com a citação de outras doutrinas, e apresentação da situação do problema do concurso.

Ele também emprega, porém, a expressão '*Tat, die aber verschiedene Seiten hat*' - um fato, mas com diferentes lados<sup>1370</sup>-, o que converge para a compreensão moderna do concurso aparente de normas. Além disso, divide os casos de concurso em crimes conforme a semelhança dos delitos

---

<sup>1368</sup> Idem, p. 106.

<sup>1369</sup> Idem, p. 107.

<sup>1370</sup> Idem, p. 117, traduziu-se.



(homogêneos/heterogêneos) e quanto aos objetos do crime (*continuata/repetitia*).

Invoca, ademais, o clássico exemplo do adultério/incesto/estupro, a fim de perquirir quantos delitos teriam sido cometidos. Deixa de mencionar, todavia, alguns dos exemplos invocados por Koch (p.ex., a relação furto e roubo).<sup>1371</sup>

Chama a atenção, ademais, que fundamente a sua concepção expressamente nos arts. 108 e 163<sup>1372</sup> da *Constitutio Criminalis Carolina*. Ou seja, reputou que o grupo de casos tratado naqueles dispositivos (aparentemente, a relação entre furto simples e qualificado) deveria ser tomado como uma espécie de princípio concursal, aplicável aos demais delitos.

Ou seja, reconhece - no âmbito do concurso aparente - uma regra de absorção, de modo que apenas a sanção mais grave deve ser aplicada.<sup>1373</sup> Em outras palavras, conquanto a cláusula pareça tratar da especialidade, o critério de solução do conflito aparente assemelha-se à alternatividade.

Ademais, também preconiza uma exasperação da penal, nesses casos de concurso aparente (exasperação como regra geral).<sup>1374</sup> Isso soa contraditório, por outro lado, com a invocação dos arts. 108 e 163, CCC, dispositivos que não aludem ao pretendido aumento de pena (apenas determinam a aplicação da pena mais grave, no caso de confluência de furto e roubo).

Essa exasperação foi requerida, por Kleinschrod, por força da concepção ainda 'formal' do crime - concebido como infração à lei. Logo, presente, em um mesmo caso, distintas violações da lei, o penalista reputou ser indispensável a majoração da pena máxima, apesar de se tratar de concurso aparente de crimes.

Segundo alega Bernd Lang, esse penalista partiu da obra de J. Koch, apenas desviando-se desta no que toca à definição das consequências jurídicas cominadas ao concurso aparente (não apenas a cominação da pena mais grave, mas também a sua exasperação). Nas edições seguintes, Kleinschrod chegou a

---

<sup>1371</sup> Idem, p. 118.

<sup>1372</sup> Art. 163. *Furtum, quod pluribus causis gravantibus exaggeratur, justa maximum gravæm est puniendum.*

<sup>1373</sup> Essa questão será alvo de detalhado exame mais adiante. Anote-se que alguns ordenamentos jurídicos preconizam o 'postulado da alternatividade' dispondo que, quando uma mesma lei veicula duas hipóteses de incidência idênticas (mas com penas distintas), a solução é a aplicação da sanção mais grave. Essa foi a solução expressamente acolhida pelo art. 81 do Código Toscano de 1853 e também pelo atual art. 8º, §4º do Código Penal espanhol. Esses dispositivos são questionáveis, dado que o indivíduo não deve pagar, com a sua liberdade, pela falta de técnica legislativa. Em casos de equívoco do legislador, a questão deve ser solucionada pelo *in dubio pro libertatis*, de modo que a sanção menor é que deve ser aplicada.

<sup>1374</sup> LANG, Bernd. *Op. cit.*, p. 118.

aplicar um conceito natural de delito.

Por sinal, ele travou uma conhecida contenda com Savigny. Para Kleinschrod, no concurso ideal haveria um único crime (i.e., uma única ação, um único dolo), o que foi refutado por Savigny, quem argumentou tratar-se de vários delitos, ainda que aplicada uma única sanção.<sup>1375</sup>

Wilhelm Höpfner sustentou, de sua parte, que Kleinschrod teria sido o pioneiro em empregar uma concepção natural de ação no direito penal (ele o aponta como fundador da teoria unitária). Todavia, isso é questionável - enfatiza B. Lang - dada a equivocidade das expressões empregadas no seu texto.<sup>1376</sup> Simplesmente não haveria maiores indicações de que, caso alguém matasse duzentas pessoas com um poderoso veneno, Kleinschrod suporia tratar-se de um crime único, pelo fato de ter havido uma única ação.<sup>1377</sup>

Não há como ter maior segurança de que, com a expressão '*That*' (conforme grafia alemã da época), Kleinschrod teria se reportado a uma concepção natural de ação - como supõe Höpfner - ou se teria em conta apenas um recorte fático, de modo a compreender também a conduta e os resultados.<sup>1378</sup>

Ademais, conquanto ele tenha tratado de casos de reiteração da mesma conduta em curto espaço de tempo, não haveria maiores detalhes sobre o emprego de uma 'concepção de ação em sentido natural', com o conteúdo que essa expressão veio a ganhar tempos depois.<sup>1379</sup>

Ele justifica um tratamento mais suave para o concurso aparente (que ele denomina de concurso ideal), frente ao concurso real, no fato de envolver apenas um impulso delitivo. No concurso real haveria uma pluralidade de oportunidades para delinquir, demonstrando maior culpabilidade do agente, conforme conteúdo que essa expressão adquiria, àquele tempo.

#### 7.7.1.6. Síntese quanto ao grupo dos evitadores (*Vermeider*):

<sup>1375</sup> Confira-se com AGGE, Miguel Ángel Arce. **Concurso de delitos em matéria penal**. Buenos Aires: Editorial Universidade, 1996, p. 101, em nota de rodapé.

<sup>1376</sup> HÖPFNER, W. **Einheit und Mehrheit der Verbrechen**, p. 57. LANG, Bernd. *Op. cit.*, p. 120.

<sup>1377</sup> LANG, Bernd. *Op. cit.*, p. 124 e 126.

<sup>1378</sup> Registre-se, por exemplo, que há que defenda, na atualidade, que a expressão 'fato' compreenderia a conduta e também o seu resultado. Essa é a tese, por exemplo, de Roig Torres frente à expressão '*hecho*', empregado pelo art. 77 do Código Penal espanhol. Com isso, ela sustenta que - ao matar duas pessoas com uma mesma conduta - o agente incorreria em concurso real, e não mero concurso formal. Confira-se TORRES, Margarida Roig. **El concurso ideal de delitos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 124 e ss.

<sup>1379</sup> LANG, Bernd. *Op. cit.*, p. 126.

Os autores acima referidos têm em comum o fato de não contraporem o concurso formal ao concurso aparente. Eles oferecem grupos de caso – colhidos junto à obra de Koch -, os quais versão sobre a ‘unidade de lei’ (conquanto a chamem de *ideale Concurrenz*, conforme grafia da época). Não chegam a examinar, de forma manifesta, o concurso formal.

Klein teria sido o primeiro a empregar, no direito alemão, a expressão ‘concurso ideal’ – destaca Bernd Lang.<sup>1380</sup> Desviando-se da obra de Koch, nesse aspecto, ele evitou o uso da expressão *delicta simultanea*, ao argumento de que o concurso real também poderia ocorrer de forma simultânea (ou seja, para ele, alguém que matasse duas pessoas com uma só conduta incorreria em concurso real). Logo, com a expressão ‘concurso ideal’, ele tinha em mente apenas o que atualmente se denomina ‘unidade de lei’ ou concurso aparente.

No período subsequente, as obras de alguns dos evitadores teriam sido alvo de equívocos de interpretação (por conta de empregarem a expressão ‘concurso ideal’, mas com isso aludindo ao concurso aparente). Não podem ser confundidos com o grupo – adiante mencionado – dos misturadores, para os quais o concurso formal e o concurso aparente deveriam ter o mesmo tratamento.

Lang também registra que esses autores (evitadores) modificaram suas posições em edições seguintes das suas obras.<sup>1381</sup>

### **7.7.2. Grupo dos ‘misturadores’ (*Vermischer*):**

Esses autores confundiram ambos os institutos, advogando idêntico tratamento para o concurso formal e concurso aparente de normas incriminadoras. Em outras palavras, esses juristas não reconhecem o concurso formal/ideal como instituto autônomo,<sup>1382</sup> utilizando-se de expressões ambíguas, de modo a abranger essas duas espécies de concurso.

#### **7.7.2.1. Paul Johann Anselm von Feuerbach (Revisão):**

---

<sup>1380</sup> Idem, p. 127.

<sup>1381</sup> Idem, p. 128.

<sup>1382</sup> Idem, p. 128.

Feuerbach trata do concurso aparente de normas na sua obra 'revisão dos princípios e conceitos fundamentais' (ano de 1799). Contudo, o faz de modo implícito (a partir de grupos de casos), de modo superficial, empregando conceitos que atingem ambos os institutos.

Nessa obra, ele defende uma regra geral de acumulação de penas, mesmo no âmbito do concurso aparente (recorde-se que, àquele tempo, o crime era concebido como infração). Critica também a concepção de Keinschroder.

Feuerbach emprega a expressão *concursum simultaenus s. idealis*.

Para ele, contudo, é o número de leis violadas que determina a quantidade de delitos.<sup>1383</sup> Tanto por isso, não há diferenças substanciais – na sua análise – entre o concurso ideal e o concurso aparente de normas. No seu tratado (ano de 1803), porém, ele limitou essa regra de acumulação, de modo a aplicar o postulado *major absorbet* quando em causa um concurso ideal ('quando crimes de mesmo gênero concorram idealmente'),<sup>1384</sup> invocando o art. 163, CCC.

Como mencionado acima, Kleinschrod invocou esse mesmo artigo, da *Constitutio Carolina*; todavia, defendeu a aplicação de uma causa de aumento de pena, não prevista naquele dispositivo. Nessa segunda fase, Feuerbach será considerado como 'separador' (como destacado adiante).

Feuerbach também destaca, porém, que um delito pode conter em si diferentes 'crimes', de modo que apenas a circunstância mais grave deveria ser tomada em conta.<sup>1385</sup> Lang critica a ambiguidade dessa expressão.<sup>1386</sup> Ademais, Feuerbach não chegou a detalhar os casos de concurso aparente de normas.

Ora, Feuerbach criticou – na sua Revisão – o tratamento conferido por Kleinschrod ao concurso ideal, sustentando que não haveria violação ao *ne bis in idem*, nesse âmbito. Não se atentou, porém, para o fato de que, em Kleinschrod, a expressão *ideale Concurrrenz* – conforme grafia da época – dizia respeito aos casos de concurso apenas aparente de normas.<sup>1387</sup>

Logo, o alegado mal-entendido, investigado por Bernd Lang (*Idealkonkurrenz als Mißverständnis*), deveria ser debitado a Feuerbach!

Melhor dizendo, dado que Feuerbach já era, então, um autor renomado, a

---

<sup>1383</sup> Idem, p. 132.

<sup>1384</sup> Idem, ibidem.

<sup>1385</sup> Idem, p. 133.

<sup>1386</sup> Idem, ibidem.

<sup>1387</sup> Idem, p. 134.

sua interpretação da expressão 'concurso ideal' – presente nos evitadores – como sendo o mesmo que concurso formal, teria ensejado várias consequências posteriores, de modo a vingar o postulado *poena major absorbet minorem*.

Repita-se: Feuerbach modificou sua análise ao publicar seu tratado (1803), passando a compor o grupo dos 'separadores', como será visto adiante. Chama a atenção também o fato de que ele emprega a expressão '*ideale oder formale Konkurrenz*' (i.e., concurso ideal ou formal).

Na obra 'Revisão', porém, ele confundiu ambos os institutos.

#### **7.7.2.2. Gallus Alois Kleinschrod (3ª edição de 1805):**

Como foi mencionado acima, as primeiras edições da obra de Kleinschrod (anos de 1794 e 1799) não mencionam o concurso formal, limitando-se a exemplos de concurso aparente de crimes ('unidade de lei').

Todavia, com a publicação da 3ª edição do seu tratado, no ano de 1805, ele assume uma posição de 'misturador', confundindo ambos os institutos. Nessa edição, ele introduziu 04 grupos de casos - o primeiro dos quais trata do concurso aparente (denominado, então, de *ideale Konkurrenz*, conforme grafia da época),<sup>1388</sup> citando as obras de Klein e de Grolman, acima aludidas.

Ele trata também dos casos em que alguém, com uma única conduta, mata a duas pessoas (concurso formal), advogando idêntico tratamento com o concurso aparente.<sup>1389</sup>

Kleinschrod não chegou a ofertar, todavia, uma justificção para que houvesse uma exasperação da pena, nos casos de concurso aparente, eis que o art. 163, CCC, não mencionada essa causa de aumento.

Ou seja, por um lado, ele buscava evitar o *ne bis in idem*; por outro, tolerava uma causa de aumento da sanção não apontada expressamente pelo dispositivo penal invocado como fundamento. Isso resultava contraditório - algo que Feuerbach havia constatado, na sua obra 'Revisão.'

Por sinal, a fim de impedir o *ne bis in idem*, Kleinschrod chegou a definir a lesão corporal como sendo o ataque promovido sem a intenção fatal.<sup>1390</sup> Tenta,

---

<sup>1388</sup> Idem, p. 135.

<sup>1389</sup> Idem, p. 140.

<sup>1390</sup> Idem, p. 137.

porém, aplicar a exasperação da pena nos casos que hoje são denominados de 'concurso formal homogêneo'.

Com isso, dado que ele atribuiu idêntico tratamento para casos de concurso formal e casos de concurso aparente, a 3ª edição da sua obra é classificada por Bernd Lang como sendo um exemplo de teoria 'misturadora'.

Kleinschrod supunha que, lesionadas distintas normas com uma única conduta, a sanção deveria ser mais suave do que naquelas hipóteses em que os mesmos preceitos fossem descumpridos, mas por meio de distintos comportamentos.

Ele argumentava, pois, que, desrespeitada a lei em distintas oportunidades, a censura deveria ser mais grave, conquanto não se possa propriamente falar em culpabilidade como reprovação, uma construção dogmática subsequente.

Diz B. Lang, todavia, Kleinschrod não pode ser apontado como o fundador da teoria unitária (*Einheitstheorie*) - ao contrário do que sustenta Wilhelm Höpfner<sup>1391</sup> - eis que também teria preconizado a exasperação da pena, algo incompatível com a correlação 'uma ação/um crime/uma pena'.<sup>1392</sup>

Por mais que a obra de Kleinschrod tenha exercido influencia na literatura, o fato é que a sua análise não foi totalmente compartilhada. Os demais misturadores defenderam idêntico tratamento do concurso formal e aparente, mas sem aludir à causa de aumento invocada por ele.

### 7.7.2.3. Friedrich Ziegler:

De modo semelhante, Ziegler não distinguiu o concurso formal e o concurso aparente, preconizando um idêntico tratamento penal para ambos. Não invocou, porém, o postulado da absorção (*poena major absorbet minorem*), mas o postulado da acumulação.

Tanto por isso, ao contrário de Kleinschrod, Klein e Grolman, ele não vislumbrou, no art. 163, CCC, uma regra geral sobre concurso de crimes (sustentou que o dispositivo apenas teria criado um furto qualificado). Por outro lado, ele empregou a expressão 'concurso ideal' no sentido atual, ao invés de outros teóricos desse período.

---

<sup>1391</sup> HÖPFNER, Wilhem. *Op. cit.*, p. 59 e ss.

<sup>1392</sup> LANG, Bernd. *Op. cit.*, p. 140.

Lang aduz não ser claro se Ziegler chegou a examinar o *ne bis in idem*. A despeito de empregar o critério da unidade de ação, advogou a aplicação de todas as normas violadas (*Tot delicta quot leges lesæ*).

#### 7.7.2.4. Eduard Henke:

Henke separou dois casos aparentemente alheios à controvérsia (diferenciou a reincidência e a continuidade delitiva). Ele chegou a aplicar algo semelhante à 'unidade natural de ação', tal como compreendida atualmente.

Tratou, com isso, de condutas em que há distintas exteriorizações de energia (*Kraftäußerung*), unificadas, porém, por uma vontade unitária e havendo apenas um resultado lesivo.<sup>1393</sup> Por outro lado, Henke conceituou o concurso formal (*formale Konkurrenz*) como aquele caso no qual, por meio de uma única ação, são produzidas distintas agressões, independentes entre si.

Ao contrário de Schröter - um autor que será mencionado adiante -, Henke tentou limitar esse conceito de 'agressão jurídica', eis que reconheceu casos em que, conquanto houvesse aparência de uma violação plural de normas, apenas uma infração deveria ser reconhecida (dada a íntima conexão entre os 'bens jurídicos' tutelados). Não empregou uma concepção formalista absoluta, tal como aquela propugnada por Feuerbach na sua Revisão de 1799.

Henke distinguiu aquilo que denominou de concurso formal (uma ação - distintas agressões jurídicas independentes), dos casos que Schröter havia denominado de 'primeiro gênero'. Ou seja, além do concurso formal, também haveria hipóteses de um fato unificado submetido a distintas qualificadoras (p.ex., o incesto é visto como uma agravação no caso de estupro).

Para Henke, a *troika* clássica 'estupro/incesto/adultério' implicava crime único (seria uma qualificação de um tipo básico). Ademais, na sua obra, o concurso ideal permanece como aqueles casos que haviam sido denominados, por Schröter, como segundo e terceiro gêneros. Importa dizer: uma única ação com distintos resultados (cada resultado com desvalor autônomo). Ele exemplificou com a relação sequestro e latrocínio.

Henke defendeu a acumulação de penas no âmbito do concurso (formal e

---

<sup>1393</sup> Idem, p. 145.

aparente), desde presente a agressão a bens jurídicos autônomos e desde que a execução concomitante das penas fosse possível (sendo inviável, seria devida uma exasperação da pena máxima).<sup>1394</sup> Concebeu o crime como 'infração' - haveria tantos crimes, quanto as leis violadas.

Esse seu tratamento ganha notas de 'separador'. Afinal de contas, ao mencionar a necessidade de que as agressões jurídicas fossem autônomas, isso pode sinalizar para uma regra de especialidade. E, portanto, um tratamento diferente para os casos de concurso aparente. Bernd Lang argumenta, porém, que Henke não teria detalhado suficientemente essa diferenciação.

Ele não teria apresentado uma concepção mais densa sobre a 'agressão jurídica', ainda empregando o termo como a violação formal a uma lei penal (conquanto exigisse uma autonomia entre essas agressões, para o reconhecimento do concurso formal). Essa é a razão pela qual Lang classifica a sua obra como sendo 'misturadora'.<sup>1395</sup>

#### **7.7.2.5. Christoph Reinhold Dietrich Martin:**

Na condição de juiz, no despontar do século XIX, Martin tenderia a ser um típico representante da teoria pluralista (tantos crimes quantas as normas violadas), então predominante. Afinal de contas, àquele tempo vigorava o princípio *poena major absorbet*, conforme obras de Kleinschord, Feuerbach e Henke.

Não obstante, o fato é que ele adotou uma concepção unitária. Ele sustentou que, como regra, haveria tantos crimes quantas as ações praticadas pelo agente. Por outro lado, ele não distinguiu o concurso formal e o aparente.

Tanto por isso, segundo Bernd Lang, Martin deve ser considerado um típico 'misturador'. Para ambos os casos, ele sustentou que apenas a pena da norma mais grave deveria ser aplicada (tanto no caso de concurso formal, quanto no caso de concurso aparente). Ampara-se, para tanto, nos já mencionados arts. 108 e 163 da *Constitutio Criminalis Carolina*.

Martin preocupou-se também com a distinção entre o concurso real homogêneo, de um lado, e a continuidade delitiva, de outro. Questionou o critério para que várias ações sequenciadas sejam tidas como um crime único. Para tanto,

---

<sup>1394</sup> Idem, p. 154-155.

<sup>1395</sup> Idem, p. 152.



atribuiu peso à intenção do agente - sustentou que uma intenção global teria o condão de unificar as infrações distintas em apenas um delito.<sup>1396</sup>

Não explicou, todavia, o papel que o dolo deveria exercer nos casos em que, havendo uma única ação, houvesse distintas intenções lesivas (algo presente, por exemplo, na parte final do art. 70, Código Penal brasileiro).

#### **7.7.2.6. Carl Georg Wächter:**

B. Lang sustenta que Wächter teria promovido um trabalho descritivo, detalhando as teorias então vigentes sobre esse assunto e as criticando, conquanto não tenha tomado uma posição mais inequívoca sobre o tema.<sup>1397</sup>

Wächter alegou que o art. 163, CCC, não teria veiculado uma regra para todos os casos de concurso ideal e que o art. 108, da *Constitutio*, simplesmente teria tratado de um grupo de casos. Criticou os autores que aplicaram, de modo contraditório, esse art. 163 como fundamento e, ao mesmo tempo, ainda invocaram uma causa de aumento (não prevista naquele dispositivo).

Ele criticou o emprego do princípio *poena major* no âmbito do concurso de crimes, ao argumento de que se trataria de um critério exclusivo de aplicação de penas (quando incompatíveis entre si). Como visto acima, essa teria sido, de fato, a origem daquele preceito, na teoria do inquisidor Benedict Carpzov.

Conquanto tivesse conhecimento do problema do *ne bis in idem* (*Doppelbestrafung*), Wächter sustentou que a aplicação apenas da sanção mais grave não encontraria justificativa legal.<sup>1398</sup> Defendia, por outro lado, um tratamento idêntico (i.e., a acumulação de pena) para os casos atualmente denominados de concurso formal e de concurso aparente, por mais que não tenha se manifestado de forma clara quanto a essa última espécie de concorrência normativa.

#### **7.7.2.7. Síntese do grupo das obras 'misturadoras':**

Bernd Lang também menciona, no grupo dos misturadores, as obras de Carl Ernst Jarcke e Ludwig Zehler, publicadas em 1827. Ambos também trataram o

---

<sup>1396</sup> Idem, p. 160.

<sup>1397</sup> Idem, p. 162.

<sup>1398</sup> Idem, p. 165.

concurso ideal da mesma forma que a 'unidade de lei'.

Martin, Wächter e Jackte não teriam dedicado maior atenção ao problema do *ne bis in idem*. De certo modo, não apenas confundiram o concurso aparente com o concurso formal, como também advogaram idêntico tratamento ao concurso real, supondo ser injustificável alguma atenuação da pena apenas pelo fato de os resultados lesivos terem sido provocados por meio de uma única ação.

Já o penalista Henke tentou limitar o poder punitivo, reconhecendo a incidência de uma única sanção quando distintas normas fossem violadas por meio de apenas uma ação (concurso formal e concurso aparente).

Daí que Lang distribua esses autores em dois sub-grupos.

Por um lado, aqueles que defenderam um tratamento mais suave para o concurso formal, quando comparado com o concurso real (devendo ser aplicada a sanção mais grave, dentre aquelas cominadas pelas normas incriminadoras aparentemente aplicáveis). O Código da Baviera de 1813 atribuiu peso a essa concepção, verbalizando o *poena major absorbet minorem* (art. 110, §2º).

Por outro lado, alguns dos autores desse grupo de 'misturadores' sustentaram uma concepção formal de crime (crime: infração), sustentando que cada violação à lei seria merecedora de uma pena autônoma. Com isso, advogaram que o concurso formal tivesse o mesmo tratamento do concurso real.

Lang os denomina, respectivamente, de misturadores suaves e misturadores duros (*milde Vermischer, harte Vermischer*).<sup>1399</sup> Essa concepção - confundindo essas duas espécies de concurso - predominou entre 1790 e 1810, digladiando-se, no seu interior, essas duas posições extremadas.

Para tanto contribuiu também o método então empregado: no mais das vezes, os autores não promoveram um exame rigorosamente abstrato, na busca de uma teoria sistemática do concurso. Limitaram-se a apresentar grupos de casos, sem maiores detalhes quanto aos motivos da classificação empregada.

### **7.7.3. Grupo dos separadores (*Trenner*):**

Segundo Lang, esse grupo é o precursor do tratamento atual. Esses penalistas distinguiram claramente o concurso aparente e o concurso ideal/formal,

---

<sup>1399</sup> Idem, p. 174.

preconizando consequências jurídicas distintas para ambos.

### **7.7.3.1. Johann Christoph Koch - 5ª edição de 1779:**

Como já foi mencionado acima, Koch é apontado como o fundador da moderna teoria do concurso de crimes, dado ter sido o primeiro a empregar a quantidade de ações como critério da diferenciação (dando ensejo, pois, à atual diferença entre concurso real e concurso formal).

Por sinal - conquanto essa pareça uma opinião minoritária -, Lang também o aponta como o primeiro autor a prestar atenção ao concurso aparente de normas. Como sabido, no mais das vezes a obra de Adolph Merkel é apontada como pioneira sobre esse tema (publicada em Darmstadt no ano de 1862).

Bernd Lang o classifica, portanto, a sua 5ª edição como uma obra separadora (edição latina de 1779 e alemã de 1791). Diz também que Dorn o teria plagiado, empregando os mesmos exemplos e formulações, sem o devido crédito.

Para Koch, os casos de concurso aparente deveriam ser submetidos à regra da absorção (aplicando-se apenas a sanção mais grave). Os casos de concurso formal seriam tratados de modo semelhante ao concurso real, com a acumulação das penas (p.ex., alguém que, com uma única conduta, lesione duas vítimas - as sanções deveriam ser somadas). Se as penas fossem incompatíveis entre si, somente a mais grave deveria ser cominada, com uma exasperação.<sup>1400</sup>

### **7.7.3.2. Ernst Ferdinand Klein - 2ª edição de 1779:**

A obra de Klein também já foi mencionada acima (como evitador - 1ª edição de 1796). A partir da 2ª edição, ele passou a distinguir ambos os institutos, percorrendo claramente sobre o concurso aparente e confrontando-o com o ideal.

Distinguiu os crimes sucessivos (*delicta repetita*) dos crimes simultâneos; apartou o concurso ideal homogêneo do crime continuado (em ambos os casos, os resultados lesivos são semelhantes entre si). Destacou, porém, que o concurso real também poderia ocorrer com crimes simultâneos, exemplificando com um disparo que matasse várias vítimas.<sup>1401</sup>

---

<sup>1400</sup> Idem, p. 176.

<sup>1401</sup> Idem, p. 177.

Klein ainda manteve, portanto, nessa sua segunda edição, aquela distinção antiga entre crimes homogêneos e heterogêneos. Essa classificação possui algum relevo para a identificação da continuidade delitiva - exige reiteração de infrações de mesma espécie.

Conjugou, porém, essa classificação com a separação real/formal (emprego da quantidade de ações como critério fundamental). Isso pode ensejar, todavia, alguma confusão, dado o entrecruzamento de distintas formas de visualizar o crime (como ação ou como infração).

Tentou definir, pois, o crime continuado - uma espécie de concurso real homogêneo (*delicta continuata*) -, também o crime repetido (*delicta reiterata*), diferenciando-os em razão de terem ou não o mesmo objeto (agressões seguidas contra a mesma vítima).

Para o concurso real, ele preconizou a acumulação das penas. O destaque está no fato de que, para ele, o fato de se tratar de única ação não ensejaria, por si, o reconhecimento do concurso ideal/formal. Ele considerou a morte de duas pessoas com um único disparo como caso de concurso real.

Assim, Klein reputou que a diferença de resultados empíricos também devia ser tomada em conta para se apartar concurso real/ideal. Essa sua proposta guarda semelhanças, como se verá adiante, com a tese do desdobramento dos tipos, desenvolvida por Eduardo Correia e também presente em outros autores.

Ele invocou o art. 163, CCC, como fundamento do concurso ideal - tese semelhante à de Koch. Nesse caso, advogou a aplicação da pena mais grave. Ao contrário de Koch, porém, ele sustentou ser necessária a exasperação dessa pena<sup>1402</sup> (tal como ocorre com o art. 70 do Código Penal brasileiro).

Atente-se, porém, para o fato de que Klein continuou a chamar o concurso aparente de *ideale Concurrenz*, conforme grafia da época. Seus princípios foram os seguintes: (a) todo crime deveria ser punido - *tot poenam quot delicta*; (b) todavia, o concurso aparente de normas e a incompatibilidade na execução de penas seriam exceções a essa regra de acumulação, por força do *ne bis in idem* (*Doppelverwertungsverbot*).

### 7.7.3.3. Karl von Grolman - 2ª edição de 1805:

---

<sup>1402</sup> Idem, p. 179.

Entre a 2ª e a 4ª edições do seu tratado - i.e., entre 1805 e 1825 - Karl von Grolman esposou a divisão entre concurso real e concurso formal, atribuindo-lhes distintas consequências jurídicas.

Sustentou, para tanto, que o concurso ideal/formal implicaria lesão a distintos bens jurídicos, de forma autônoma entre si. Ele foi um dos primeiros a desenvolver, portanto, a vinculação do *ne bis in idem* com a questão dos objetos protegidos pelas normas violadas.<sup>1403</sup>

Tanto por isso, carregou uma latente distinção - pode-se deduzir - entre a violação efetiva da norma incriminadora (concurso ideal) e a mera adequação formal entre um evento e a sua hipótese de incidência (aparência de concurso). Por outro lado, Grolman dispensou tratamento semelhante ao concurso real e ao concurso ideal de crimes (acumulação de penas).<sup>1404</sup>

#### 7.7.3.4. Carl August Tittmann:

Na sua obra de 1800 (princípios da ciência penal), Tittmann não dispensou maior análise do concurso de crimes, limitando-se a mencionar a regra de absorção (*poena major absorbet minorem*).

Ocupou-se, todavia, de modo detalhado desse tema, por época da primeira edição do seu tratado (1806). Discorreu, então, sobre a diferença entre o concurso formal e o concurso aparente (§45 do tratado), promovendo um equacionamento, em nota de rodapé, das doutrinas de 25 anos antes.<sup>1405</sup>

Tittmann divide o tema em concurso real homogêneo/heterogêneo, concurso ideal homogêneo/heterogêneo e concurso aparente.<sup>1406</sup> Ao contrário do seu entendimento anterior, nesse tratado ele adotou a premissa de que toda agressão jurídica corresponderia a uma pena (acumulação).

Também cogitou do concurso real simultâneo.

Bernd Lang também enfatiza que Tittmann foi um dos primeiros a empregar

---

<sup>1403</sup> Idem, p. 183.

<sup>1404</sup> Idem, p. 184.

<sup>1405</sup> Idem, p. 185.

<sup>1406</sup> Conquanto Klein já houvesse empregado essa classificação ternária, Tittmann foi o primeiro a levá-la a efeito com a compleição atual. Isso porque, em Klein, o chamado 'concurso ideal homogêneo' dizia respeito ao concurso aparente de normas, e não propriamente ao concurso formal hodierno.

a expressão 'agressão jurídica' com o sentido efetivo de agressão a bem jurídico penalmente tutelado.<sup>1407</sup> Ou seja, segundo a sua obra, não haveria absoluta correlação entre a quantidade de ações e a quantidade crimes. Desde que violentados distintos bens jurídicos, autônomos entre si, haverá distintos delitos, mesmo quando promovidos mediante uma única ação penal.<sup>1408</sup>

Ele tentou conjugar os critérios.

Reconheceu, por exemplo, que, em princípio, a prática de um único movimento corpóreo poderia se traduzir em menor probabilidade de agressão dos bens jurídicos tutelados penalmente, do que a prática de distintos movimentos<sup>1409</sup> (distintas ações, segundo uma concepção *behavioristas*). Não haveria, porém, uma relação determinista entre essas variáveis.

A atenuação da sanção penal - nos casos de concurso formal - poderia significar uma espécie de 'sanção premial' pelo menor risco provocado pelo autor. Todavia, como facilmente se percebe, esse argumento pode ser refutado em muitos casos. Não raras vezes, o agente pode ser metuculoso o suficiente, de modo a causar danos significativos mediante apenas uma ação.

B. Lang argumenta, porém, que, ao invés de se atenuar a pena no caso de concurso formal, poder-se-ia cogitar de se aumentar a pena no caso de concurso real.<sup>1410</sup> Ele cobra, pois, uma justificativa para esse tratamento menos severo (a sua tese gravita justamente em torno dessa questão).

Reconhece, porém, que a construção de Tittmann forneceria distintas categorias para se equacionar o problema do concurso: a quantidade de bens jurídicos agredidos, o risco provocado pelo autor e a quantidade de ações. Argumentou, por outro lado, que a quantidade de ações não teria maior relevância no âmbito dos crimes imprudentes, centrado no desvalor do resultado lesivo.

Tittmann tentou conjugar, portanto, o desvalor da ação com o desvalor do resultado lesivo, concepção que ainda hoje ganha muitos adeptos, mediante certa dialética entre o *tot poena quot delicta*, de um lado, e o *ne bis in idem*, de outro.

#### 7.7.3.5. Paulo Johann Anselm Ritter von Feuerbach (Tratado,1832):

---

<sup>1407</sup> LANG, Bernd. *Op. cit.*, p. 191.

<sup>1408</sup> Idem, p. 192.

<sup>1409</sup> Idem, p. 194.

<sup>1410</sup> LANG, Bernd. *Op. cit.*, p. 194.

No seu tratado de 1803, Feuerbach tratou de modo muito resumido do tema do concurso, mantendo-o inalterado, nesse ponto, ao longo de 30 anos.<sup>1411</sup> Ele não aproveitou, portanto, as inúmeras reflexões teóricas surgidas nesse tempo, demonstrando que esse não foi o seu assunto predileto.

Como já foi mencionado, ele chegara a esposar - na sua "Revisão dos princípios e conceitos fundamentais do direito penal vigente" (1799) - a concepção de crime como 'infração'. Ou seja, a tese de que as penas deveriam corresponder à quantidade de leis violadas (não distinguindo, destarte, os casos de concurso aparente, concurso formal e concurso real).

Nas primeiras edições do seu tratado, Feuerbach empregou a clássica distinção entre crimes homogêneos e heterogêneos, conforme pensamento compartilhado pela ciência jurídica da época (*repetitia versus reiterata*). Àquele tempo, ele julgava irrelevante a distinção fundada na quantidade de ações.

§127 - Há unicamente três formas possíveis de concurso, conforme a diferença das leis penais infringidas: I) Uma delas tem lugar quando uma mesma ação ou um ato ininterrupto infringe distintas leis penais, sendo que este um concurso ideal ou formal (conc. del. simultaenus); II) Distintas ações, mediante as quais são infringidas diferentes leis penais, dão lugar a um concurso objetivo (c.d. objetivus s. heterogeneus); III) Tendo infringido uma mesma lei mediante diferentes ações, produz-se um concurso subjetivo (c.d. subjetivus s. homogeneus).<sup>1412</sup>

Ele reconheceu expressamente apenas duas exceções à regra da acumulação (*tot poenam quot delicta*): os crimes continuados e, desde que se tratasse de delitos de mesmo gênero, o concurso ideal.<sup>1413</sup> Lang sustenta que haveria uma pontual contradição na obra, eis que, no seu §131, ele trata da regra de exasperação de pena, quando as sanções fossem incompatíveis entre si (aplicando-se a pena mais grave, com um fator de aumento).

Atente-se para o seu §131:

As leis sancionam estes princípios, em especial para o concurso objetivo e para os crimes reiterados. Mas, no concurso ideal e no crime continuado, fazem uma exceção, desde que os crimes que concorrem idealmente sejam do mesmo gênero, estabelecendo a regra de que a

<sup>1411</sup> A respeito do tratamento do concurso na obra de Feuerbach, leia-se FEUERBACH, Paul Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal**. Tradução do alemão para o espanhol por Eugenio Raúl zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 105 e ss.

<sup>1412</sup> FEUERBACH, Paul Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal**, p. 106. Traduziu-se.

<sup>1413</sup> LANG, Bernd. **Op. cit.**, p. 203.

pena maior cancela a menor (poena major absorbet minorem); aqui a infração plural deve ser considerada com uma única infração. Quando uma pluralidade de crimes de distinta natureza concorrem idealmente, resta em pé a regra segundo a qual se impõe o mal da infração mais grave, associado a um complemento agravante.<sup>1414</sup>

Atente-se também para os §§128 e 129:

§128 - Verificando-se o concurso subjetivo em um e idêntico objeto, trata-se de um crime continuado (del. continuatum); produzindo-se sobre objetos diferentes, trata-se de um crime reiterado (del. reiteratum s. repetitum).

§129 - Nestes casos, a pena de cada lei penal encontrará aplicação sempre que os pressupostos para a pena legal estiverem dados, do que se deduz que: 1) Quando tenham sido infringidas várias leis penais, aplicar-se-ão as penas de todas as leis penais infringidas; 2) Quando uma lei penal tenha sido infringida várias vezes, será devida a aplicação da pena da mesma tantas vezes quanto haja sido infringida.<sup>1415</sup>

No §130 da sua obra, Feuerbach detalhou os casos em que - não se cuidando propriamente de regras de concurso de delitos -, as penas não poderiam ser aplicadas conjuntamente por verdadeira impossibilidade física (restringindo, portanto, o postulado geral da acumulação). Ademais, ao contrário do uso jurídico então vigente, Feuerbach preconizou a incidência de uma causa de aumento, nessa hipótese (e não apenas a regra *major absorbet minorem*).

Influenciado pelas primeiras obras de J. Koch, Feuerbach distinguiu os casos de especialidade (uma ação regulada com prioridade por uma norma) e os casos de concurso formal (uma ação com distintas agressões jurídicas, autônomas entre si). Para ele, a especialidade era considerada um sub-grupo dos casos então denominados de 'concurso ideal'.<sup>1416</sup>

Da leitura da sua obra, resulta evidente que o maior peso está na quantidade de normas violadas, e não propriamente na quantidade de ações penais respectivas. Não discorreu com maiores detalhes sobre o alcance do art. 163 da *Constitutio Criminalis Carolina*.

#### 7.7.3.6. Karl Schröter:

<sup>1414</sup> FEUERBACH, Paul Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal**, p. 106-107, traduziu-se.

<sup>1415</sup> Idem, p. 106, traduziu-se.

<sup>1416</sup> LANG, Bernd. *Op. cit.*, p. 205.



Como explicita Bernd Lang,<sup>1417</sup> Schröter diferenciou dois grupos de casos: (a) casos em que, mediante uma única ação, o agente causa várias agressões jurídicas (concurso formal) e (b) casos em que, mediante várias ações, inúmeras normas são violadas (concurso material). Esse último caso era denominado de acumulação de mais agressões jurídicas no sentido estrito.

Empregou, portanto, o critério fundado na quantidade de ações; mas o fez sem utilizar a 'concepção natural da ação', fruto de desenvolvimento posterior. Levo em conta, ademais, o dolo do agente, suscetível de multiplicar os crimes.<sup>1418</sup> O concurso formal demandaria 'dolo unitário'.<sup>1419</sup>

Ele não chegou a ofertar, todavia, uma definição clara do que seria essa tal 'agressão jurídica'. Ao que consta, buscava algo semelhante ao atual conceito de bem jurídico penalmente tutelado.

Ao mesmo tempo, também examinou o art. 163 da *Constitutio Carolina* tendo em conta as 'agressões jurídicas', reputando justificado a aplicação da pena mais grave, conforme lá previsto.

Schröter diferenciou a pluralidade de agressões jurídicas em três sub-casos. a) unidade de ação - mais agressões jurídicas; b) um ato ligando mais lesões jurídicas e c) distintas agressões jurídicas reunidas por dolo único.<sup>1420</sup>

No primeiro caso, ele tratou do postulado da especialidade (lesões jurídicas dependentes entre si). Por exemplo, a relação entre um delito-gênero e suas derivações, tais como os crimes qualificados. No segundo grupo, Schröter discorreu sobre o crime complexo (p.ex., o roubo, o latrocínio). Quanto ao terceiro caso, aludiu aos casos atualmente denominados de consunção e de concurso medial (relação meio-fim; crimes progressivos etc.).

Amparou-se, para tanto, no postulado *ne bis in idem*.

O destaque está no fato de que, para Schröter, a morte de várias pessoas com um único disparo deveria ser considerado como caso de concurso real, a

---

<sup>1417</sup> Idem, p. 209.

<sup>1418</sup> Idem, ibidem.

<sup>1419</sup> Algo próximo, portanto, ao que dispõe a parte final do art. 70, CP - concurso formal impróprio: "Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior."

<sup>1420</sup> Idem, p. 210.

despeito de se tratar de uma única ação.<sup>1421</sup> Dividiu o concurso material em *concursum simultaneum* (o que hoje é denominado de concurso formal) e *concursum successivum*.

Empregava, portanto, diferentes conceitos de ação: como unidade de movimento corpóreo, de um lado, e também como liame entre movimento e resultado (de modo que, havendo mais resultados, se supusessem mais ações). Enfim: ele não vislumbrou maior distinção entre o concurso real e o concurso ideal, conquanto separasse esse último frente ao concurso aparente.

Assim, para Schröter - em regra - a cada bem jurídico violado uma pena deveria ser aplicada (*Tot delicta quot leges lesae*). Limitava, porém, essa acumulação de pena nos casos em que os bens jurídicos violados mantivessem, entre si, uma mútua dependência (relação gênero/espécie).

#### **7.7.3.7. Carl J. Mittermaier:**

Mittermaier atualizou a obra de Feuerbach, depois do seu falecimento. Acrescentou alguns comentários marginais ao Tratado, naquilo que não concordava com o autor (com destaque para as várias anotações sobre a continuidade delitiva, por exemplo).

Critica a rejeição de Feuerbach ao postulado *poena major*, invocando, para tanto, as obras de Jarcke, Martin e Carmignani.<sup>1422</sup> Apesar disso, Mittermaier não chegou a separar totalmente o caso da incompatibilidade de penas (problema de execução penal) e as questões atinentes ao concurso, diz Lang.<sup>1423</sup>

Distinguiu, porém, o concurso aparente (unidade de lei) dos casos de concurso formal/ideal, apresentando exemplos de casos de crimes qualificados (estupro com resultado morte), casos de crimes complexos (roubo).

#### **7.7.3.8. Síntese do terceiro grupo (separadores):**

Bernd Lang alude também às obras de Christoph Christian Dabelow (1807), Conrad Franz Rosshirt (1828), Julius Abegg (1826) e Anton Bauer (1826), todos

---

<sup>1421</sup> Idem, p. 213.

<sup>1422</sup> Idem, p. 245.

<sup>1423</sup> Idem, ibidem.

considerados 'separadores'.

Nesse grupo, predomina a menção ao *ne bis in idem*.

Repisa que Geerds estaria equivocado quanto à data de surgimento do concurso aparente. Como foi mencionado acima, B. Lang sustenta que Koch já havia mencionado casos de 'unidade de lei'. Ademais, ainda que assim não fosse, inequivocamente Grolman (1805), Tittmann (1806) já o teriam conhecido.

Esse conjunto de autores distinguiu, pois, os casos de concurso aparente, de um lado, dos casos de concurso formal, de outro. O detalhe é que, quanto aos primeiros, esse grupo advogou a aplicação apenas da sanção mais grave (abstraídos debates quanto aos preceitos privilegiadores). Quanto ao concurso formal, tendiam a equipará-lo com o concurso material (*tot poena*).

Grolman reportou-se - de forma pioneira - em 1805, à ideia de 'agressão jurídica' como critério de solução dos casos de concurso de crimes. Esse é um conceito predecessor da noção de 'bem jurídico'.

De todo modo, em sua maioria, esses autores atribuíram peso para a quantidade de ações - então entidades como movimentos corpóreos -, para a distinção entre concurso real e concurso ideal. Tittmann figurou como exceção, eis que considerou pouco relevante esse pretense denominador comum.

Predominou, ademais, a concepção de que o concurso formal deveria receber o mesmo tratamento do concurso real. Isso revela que, conquanto houvesse o emprego da ação como fator de divisão, ela ainda não era levada ao extremo (porquanto também havia a preocupação com os resultados empíricos).

#### **7.7.4. Quarto grupo - tratamento não sistemático:**

Por fim, Bernd Lang trata dos autores que não chegaram a dispensar um tratamento sistemático desse confronto concurso ideal/concurso aparente (ele também relaciona casos de classificação duvidosa, por conta da ambiguidade presente nas obras analisadas).<sup>1424</sup>

##### **7.7.4.1. Johann Christian Quistorp (1794):**

---

<sup>1424</sup> Idem, p. 248.

J. Quistorp empregou a classificação de crimes em homogêneos e heterogêneos - predominante no início do século. Dividiu os crimes homogêneos em continuados e reiterados. Os continuados atingiriam o mesmo objeto ou mesma vítima, ao contrário do que ocorreria com os reiterados.

Os crimes reiterados submetiam-se à acumulação das penas.

Ele tem em conta sobretudo a execução das penas, a exemplo do inquisidor Benedict Carpzov. Cuidando-se de penas incompatíveis entre si, apenas a mais grave deveria ser aplicada, acompanhada de uma agravação.

Na sua obra, a quantidade de ações não exerceu papel relevante. Tampouco aludiu aos casos de concurso aparente.<sup>1425</sup> Bernd Lang avalia que a sua obra não contém um tratamento sistemático do *ne bis in idem*, conquanto Quistorp tenha mencionado esse postulado.

Ele teria sido um típico representante da teoria predominante no século XVIII; ainda assim, teria incluído posteriormente uma nota de rodapé aludindo à diferença fundada na quantidade de ações (sem maior aprofundamento, porém).

Lang enfatiza ainda que a obra de Quistorp não contém um exame mais denso sobre o concurso aparente, o concurso formal ou mesmo a relação da 'ação' para a solução dos casos de confluência de normas penais.

#### **7.7.4.2. Christian Stelzer:**

A sua obra (1790) evidencia que ele já havia se deparado com a distinção fundada na quantidade de ações. Chegou a empregar a classificação entre crimes homogêneos/heterogêneos; crimes homogêneos repetidos/acumulados e confluentes (i.e., concurso formal).

Todavia, a sua construção estava mais amparada na prática, sem grande sistematização. Ele sequer teria mencionado maiores fontes bibliográficas; sustenta que a confluência de crimes ocorreria no caso do latrocínio (crimes complexos, por exemplo). Não questiona quando haveria um crime, concentrando seu estudo no problema da execução das penas.

Conquanto tenha aludido aos casos de concurso ideal e aparente, Stelzer não chegou a diferenciar suas consequências jurídicas, deixando a questão em

---

<sup>1425</sup> Idem, p. 250.

aberto (daí que B. Lang considere sua obra como sendo pouco sistemática).<sup>1426</sup>

#### 7.7.4.3. Síntese do quarto grupo - obras sem sistematização:

Lang também menciona, como obras sem sistematização, os livros de Anders Oersted (1800) e August Wilhelm Heffter (1833).

Esse conjunto de autores ainda se vincula à distinção homogêneo/heterogêneo, anexando-o à subsequente distinção fundada na quantidade de ações. Mas o fizeram sem maior rigor e concatenação sistemática.

#### 7.7.5. Síntese do desenvolvimento da questão - 1790-1838:

Bernd Lang enfatiza, por fim, que - em nenhum outro período - houve tamanha uniformidade das opiniões sobre o concurso do que nos primeiros 30 anos do século XVIII (amplo predomínio dos separadores).

O concurso formal implicaria, segundo muitos desses autores, a soma das penas respectivas (p.ex., a morte de duas pessoas com um único disparo). Uma insipiente busca de uma noção de 'agressão jurídica' - quantidade de bens jurídicos ofendidos - retratou a tentativa de se evitar o *ne bis in idem*.

Lang enfatiza que - caso se promova uma comparação entre o tratamento atual do concurso formal na Alemanha (§52, StGB) -, apenas os 'misturadores suaves' (*milde Vermischer*) chegaram a advogar solução semelhante (3ª edição do tratado de Kleinschrod<sup>1427</sup>). No mais das vezes, o *tot poena quot delicta* foi o postulado invocado nesse período, ensejando a acumulação de sanções.

Por sinal, essa acumulação de penas foi defendida, por alguns autores (o Feuerbach da Revisão, p.ex.), até mesmo para os casos de mera aparência de concurso (unidade de lei), como visto acima. E isso por conta de uma compreensão, diluída na prática jurídica, de crime como mera infração da lei.

A partir da 5ª edição do Tratado de Koch, passou a predominar o entendimento de que o concurso de crimes deveria ser solucionado a partir da

<sup>1426</sup> *Idem*, p. 256-257.

<sup>1427</sup> Na terceira edição do seu tratado, como visto acima, Kleinschröd dispensou o mesmo tratamento para o concurso aparente e para o concurso formal. O detalhe está no fato de que - ao contrário de outros autores desse período - ele não invocou a regra da acumulação. Ele aduziu, ao contrário, que mesmo o concurso formal estaria submetido à regra *poena major absorbet minorem*. Confira-se com LANG, Bernd. *Op. cit.*, p. 281.

quantidade de ações envolvidas. Isso não implicou, todavia, as regras atuais, eis que, em muitos casos, o concurso formal também ensejava a soma de penas.

Gradualmente, porém, o concurso formal passou a aproximar-se do concurso aparente, a ponto de, hoje, haver quem diga que os tratamentos de ambos os institutos seriam idênticos entre si.<sup>1428</sup>

Ao longo desse trajeto, permaneceu latente essa dúvida sobre a razão pela qual a quantidade de ações poderia traduzir o grau do injusto (e o *Kinderwagenfall* - caso das crianças no precipício, aludido acima - é o maior exemplo dessa problematização).

Há, no seu âmago, um problema metafísico pelo qual se imagina que os crimes realizados com inúmeros movimentos corpóreos seriam mais graves que aqueles outros, cometidos com menos atos. De certo modo, é o que está na base da suposição corriqueira de que os crimes omissivos teriam grau menor de reprovabilidade, se comparados com crimes comissivos agressivos do mesmo bem jurídico (matar alguém seria mais censurável do que deixar alguém morrer).

---

<sup>1428</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. 5. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Colmares, 2002, p. 789.

**VIII.**

**ALGUMAS TESES  
SOBRE CONCURSO DE CRIMES**

## VIII. ALGUMAS TESES SOBRE O CONCURSO DE CRIMES:

Aproveita-se esse tópico para se mencionar, com certo grau de detalhamento, algumas obras bastante importantes sobre a teoria do concurso de crimes. Atribui-se peso, nesse âmbito, para a tese desenvolvida pela prof. Ingeborg Puppe - citada com frequência pelos penalistas nesse âmbito.

A obra de Puppe consiste em uma tentativa ambiciosa de se empregar a filosofia analítica da linguagem no âmbito da teoria do concurso de crimes (suscitando *insights* interessantes sobre a própria hermenêutica jurídica), conquanto os resultados a que chega sejam criticáveis.

Na sequência, promove-se um detalhado exame também das obras de Michael S. Moore, Eduardo da Silva Correia, Roig Torres e José Lobo Moutinho. Ainda que possa ser enfadonho e cansativo, essa sistemática permite um equacionamento muito útil, como se espera demonstrar ao final.

A seleção não é graciosa.

Os livros em causa revelam uma tentativa de ofertar respostas para os problemas que têm atormentado gerações de juristas. E indicam, de certo modo, as balizas da tradição jurídica quanto ao tema do concurso, seus problemas e também as soluções já concebidas.

### 8.1. Breve análise da tese de Ingeborg Puppe:

Em sua tese de habilitação, apresentada perante a Universidade de Heidelberg no ano de 1977 e publicada em 1979, Ingeborg Puppe promoveu um instigante estudo sobre o concurso de crimes, tomando como ponto de partida a filosofia analítica da linguagem. Como diz José Lobo Moutinho, "Tanto a complexidade da tese, como a novidade da sua fundamentação, exigem uma exposição cuidada e, por conseguinte, algum desenvolvimento."<sup>1429</sup>

<sup>1429</sup> MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal português**, p. 340. A tese de Puppe também é sintetizada nas obras AISA, Estrella Escuchuri. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**, p. 232-240; WERLE, Gerhard. **Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung**. Duncker & Humblot, 1981, p. 119-142; ALBERO, Ramón García. **'Non bis in idem' material y concurso de leyes penales**. Barcelona: Cedecs Editorial, 1995, p. 278-285; PROSDOCIMI, Salvatore. **Contributo alla teoria del concorso formale di reati**. Padova: Cedam, 1984, p. 6, em nota de rodapé. MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal: parte general**. Volume 2. Tradução da 7ª edição alemã para o espanhol por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p. 519; POZO, María de la



Pretende-se, pois, fornecer uma visão panorâmica sobre a sua obra.

Como se indicará adiante, a insigne penalista alemã acaba por defender a ampliação dos casos de concurso real (aproximando-se da teoria pluralista), ao mesmo tempo em que limita o concurso formal àquelas hipóteses em que haja 'parentesco de injusto' entre as normas violadas. Ela restringe, de outro tanto, o concurso aparente de normas às relações de especialidade entre os tipos penais.

Já ao início do trabalho, Puppe enfatiza que as reformas promovidas sobre o Código Penal germânico de 1871 teriam preservado, basicamente, o que vinha disposto na sua redação original (§73). Isso significa que, no âmbito do concurso formal, o legislador alemão adotou um sistema de conjugação de marcos penais.<sup>1430</sup>

Segue a redação do §52 do StGB vigente:

§52. Unidade de fato:

(1) Caso sejam violadas com a mesma ação várias normas penais ou a mesma lei penal várias vezes, então somente se aplicará uma pena.

(2) Caso se violem várias leis penais, então a pena será determinada de acordo com a norma que comine a pena mais grave. A pena não pode ser inferior ao admitido por outras normas penais aplicáveis.

(3) A multa pode ser imposta pelo Tribunal sob os pressupostos do §41 de forma separada ou em conjunto com a pena privativa de liberdade.

(4) Caso a norma aplicável preveja a aplicação de pena pecuniária, então o Tribunal poderá aplicar, em separado, uma pena de privação da liberdade perpétua ou temporal de mais de dois anos. Para os demais casos, deve-se ou pode-se aplicar as penas acessórias, as consequências acessórias e as medidas conforme o §11, inciso I, número 8, quando uma das normas aplicáveis o prescreve ou admite.<sup>1431</sup>

Vê-se, pois, que, segundo o §52 StGB, quando, mediante uma única ação, o agente pratica distintos crimes (concurso formal), deve-se aplicar apenas a sanção mais grave. Ou seja, ao contrário do que vigora no Brasil (art. 70, CP), o Código Penal alemão não prevê uma causa de aumento de pena, nesse âmbito.

Aquele dispositivo veda, porém, que a pena cominada seja inferior ao admitido por outras normas penais violadas (§52, inciso 1, parte final). Logo, nas

---

Palma Álvarez. **El concurso ideal de delitos**: tese apresentada à Universidade de Granada. Disponível na internet < <http://hera.ugr.es/tesisugr/16792786.pdf> > Acesso em 20.01.2013, p. 51-57. TAGLE, Horacio A. Carranza. **Introducción al concurso de delitos**: criterios sobre unidad y pluralidad delictiva. Buenos Aires: IBdef, 2011, p. 96-97. AGGEO, Miguel Ángel Arce. **Concurso de delitos en materia penal**. 2. ed. rev. ampl. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2007, p. 127-130.

<sup>1430</sup> PUPPE, Ingeborg. **Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen**: logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung. Berlim: Duncker & Humblot, 1979, p. 9.

<sup>1431</sup> ALEMANHA. **Código penal alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998**. Traduzido do alemão para o espanhol por Cláudia Lopez Dias. Traduziu-se.

hipóteses em que o agente viola com uma única ação - i.e., em concurso formal<sup>1432</sup> - dois tipos distintos com as penas, p.ex., de 04 a 10 anos de reclusão (tipo A) e de 02 a 12 anos de reclusão (tipo B), o juiz deve conjugar os marcos penais, de modo que a sanção mínima deve ser a do tipo A (mínimo de 04 anos de reclusão) e a máxima a do tipo B (máxima de 12 anos de reclusão).

Não obstante, essa regra - ao aparentemente esposar a unidade de ação como sendo o critério diferenciador das consequências jurídicas - teria sido alvo de profundos ataques por parte da doutrina especializada. Reporta-se, para tanto, às obras de Geerds, Hälschner, Binding, Honig, Coenders, Finger dentre outros.<sup>1433</sup>

Ela enfatiza que uma possibilidade de se eliminar essa diferenciação seria a adoção indiscriminada do sistema de pena única (*Einheitsstrafe*): uma reforma legislativa que ensejasse idêntico tratamento entre o concurso real e o concurso formal. Isso implicaria, então, o abandono da unidade de ação como fator de quantificação dos crimes.

Haveria tantos crimes quantas fossem as normas penais violadas.<sup>1434</sup>

A literatura do seu tempo teria deixado de questionar explicitamente - diz Puppe - a razão pela qual, quando várias normas restam agredidas com uma única ação, essas violações não poderiam ser julgadas de modo autônomo. Não bastasse isso, a unidade de ação também teria sido esposada como um critério fundamental para cálculo das penas no direito estrangeiro, consolidando-se na dogmática penal.

Isso levaria à impressão de que as críticas formuladas por Binding, Coenders, Geerds e outros já teriam sido cabalmente superadas. Mas essa aparência seria mera ilusão, acredita Puppe.

Depois de inúmeras discussões dogmáticas, a disparidade de tratamento entre o concurso formal e o concurso real continuaria suscitando grandes perplexidades; ademais, a própria busca de um conceito de ação anterior e independente do juízo de tipicidade seria também uma tarefa inglória.<sup>1435</sup>

---

<sup>1432</sup> Ou seja, em princípio, referido dispositivo não se aplicaria aos casos de concurso apenas aparente de norma penais. A questão será mais bem examinada adiante.

<sup>1433</sup> PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 9, nota de rodapé.

<sup>1434</sup> Deixar-se-ia, assim, de se computar ações delitivas para se contar, a bem da verdade, a quantidade de infrações (i.e., a quantidade de bens jurídicos ofendidos ou de normas jurídicas violadas), tal como é propugnado pelas teorias pluralistas do concurso de crimes (*Mehrheitstheorie*). Ingeborg Puppe enfatiza ainda que, por época das reformas penais então realizadas, teria havido uma forte tendência para a adoção do sistema de pena única, de modo a se formular um quadro geral unitário para a cominação de penas, com conjugação de marcos sancionatórios também no âmbito do concurso real. Ao final dos trabalhos, porém, referida concepção não foi acolhida.

<sup>1435</sup> PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 10.

Ela argumenta que a ausência de maiores esclarecimentos teóricos desse instituto (i.e., o concurso formal) acabaria ensejando uma sensação de insegurança e de injustiça, dada a grande disparidade de tratamento para com o concurso real. Ela estaria fundada apenas na crença de que a unidade de ação deveria permanecer como critério de cômputo dos crimes.<sup>1436</sup>

De outro tanto, por força do §46, inciso 2, StGB, o juiz deveria identificar o que significaria o 'fato penal' (dado o princípio da culpa pelo fato). Referido dispositivo trata dos elementos que podem ser considerados para a dosimetria da pena em solo alemão.

"Com isso tampouco muda a possibilidade de que todas as normas violadas por um agente, em um momento determinado (p.ex., entre duas condenações), sejam reunidas em uma 'essência' do fato punível."<sup>1437</sup> O problema é que, desse modo, isso levaria a considerar, como alvo de censura penal, o próprio agente, com toda a sua personalidade (Direito Penal do autor).

Puppe tem em conta, com isso, que há duas questões intimamente conexas: o cômputo da quantidade de crimes - o que suscita a pergunta sobre a essência do delito - e também o problema da norma de medição da pena (§46, StGB), em cujo âmbito o juiz deve sopesar inúmeras variáveis, tais como a personalidade, a motivação e a culpabilidade do agente, algo semelhante ao art. 59 do CP brasileiro.

Caso a Ciência Penal reconhecesse que não lhe caberia definir uma essência do crime, os penalistas teriam que se contentar com um sistema de pena unitária, deixando de computar unidades de ação.<sup>1438</sup> Daí que uma solução mais simples seria a adoção - enfatiza Ingeborg Puppe - da teoria plural (*Mehrheitstheorie*), de modo que cada violação de uma norma penal deveria ser compreendida como um 'fato', e, portanto, como um crime autônomo.

A vingar essa solução, "dever-se-ia então aceitar que as diferentes consequências típicas seriam separáveis umas das outras, mesmo quando promovidas por meio de uma ação."<sup>1439</sup>

Contudo, a vingar tal pressuposto - i.e., tantas normas violadas, tantos os crimes -, isso poderia levar a um sistema de acumulação de penas, praticamente sem limites. Uma solução alternativa seria a adoção de um sistema de aumento da

---

<sup>1436</sup> Idem, p. 10.

<sup>1437</sup> Idem, p. 11, traduziu-se.

<sup>1438</sup> Idem, ibidem.

<sup>1439</sup> Idem, p. 11-12, traduziu-se.

sanção (critério da exasperação), não prevista no §52 StGB; mas isso também poderia ganhar notas arbitrárias.

Um verdadeiro sistema de pena unitária (*Einheitsstrafe*) seria incompatível com a determinação legal da pena máxima cominada a um único tipo penal, eis que - nesse caso - o cálculo da pena sempre dependeria da conjugação de distintas normas (ultrapassando-se a sanção máxima cominada em cada tipo específico). Isso demandaria o exame de todos os tipos incorridos pelo autor.

O fato é que, por força da lei, o Judiciário apenas pode levar em conta um evento específico, determinado, para que não incorra em um Direito Penal pela condução de vida ou Direito Penal do autor. O Estado deve considerar, todavia, as peculiaridades do crime sob julgamento, a fim de dosar as penas respectivas.

A Ciência Penal deve ofertar, por conseguinte, critérios para determinação de quando um caso poderia caracterizar crime único. E um excelente pano de fundo para isso seria o confronto entre o concurso formal e o concurso real.<sup>1440</sup> O problema é que sequer os representantes da teoria unitária (*Einheitstheorie*) teriam ofertado uma conceituação segura do que seria a 'unidade de ação'.

Puppe argumenta que tais teóricos se limitariam a invocar um conceito natural de ação - o lançamento de uma pedra, o disparo de uma arma, a subtração de um bem alheio etc. - mas sem desenvolver um conceito denso e inequívoco sobre isso. A definição dessa unidade não seria, de modo algum, anterior ao juízo de tipicidade, dado que apenas a norma viabilizaria critérios para recortar a conduta humana.<sup>1441</sup>

Então, quando a ação-única é determinada, como objeto do juízo penal, de um modo dependente ao juízo de tipicidade, surge com isso a pergunta, diante do §52 StGB, se e sob quais condições por meio de uma determinada ação-única mais tipos seriam então preenchidos, e sob quais pressupostos o §52 ordena a cominação de uma pena unitária ao invés da incidência dos tipos aplicáveis.<sup>1442</sup>

Ainda segundo Puppe, "Acredita-se hoje geralmente que a solução desse dilema é promovida pela chamada fórmula do *Reichsgericht* [Tribunal do Império]. A fórmula assevera que há concurso formal entre duas consequências típicas quando

<sup>1440</sup> Idem, p. 13.

<sup>1441</sup> De algum modo, essa questão já havia sido alvo da polêmica entre Liszt e Binding a respeito da essência do crime, como aludida por Puppe. *Op. cit.*, p. 14, nota de rodapé e também em p. 28.

<sup>1442</sup> Idem, p. 15, traduziu-se.

as suas ações-de-execução são total ou parcialmente idênticas entre si.<sup>1443</sup>

Mesmo aqueles teóricos que se opõem à viabilidade da identificação de uma ação em sentido natural reconhecem que esse critério tem seus méritos, eis que permite separar o concurso formal e o concurso material. Sustentam, porém, o seu caráter duvidoso em alguns casos tópicos, como, por exemplo, o chamado efeito abraçadeira,<sup>1444</sup> ou quando em causa a agressão a bens jurídicos personalíssimos.<sup>1445</sup>

O fato é que essa fórmula do RG - ao definir o concurso formal como a múltipla incidência normativa a partir de uma única ação - pressupõe que haja unidades de ação pré-típicas, à semelhança desse conceito de 'unidade natural'.<sup>1446</sup>

Para ela, essa concepção natural não teria anteparos sólidos, eis que a pergunta lançada contra Liszt, sobre o critério para identificação de uma unidade de ação anterior ao juízo de tipicidade ainda permaneceria sem resposta convincente.<sup>1447</sup> Como dizia Binding, a essência da ação, fora do Direito, ou como ela se chamaria nesse âmbito não jurídico, seria indiferente para o Direito mesmo.

Mas, se o cômputo das unidades de ação dependeria do juízo de tipicidade, como seria possível aplicar o §52 StGB? Se é o próprio juízo de tipicidade que recorta unidades de ação, como conjugar esse reconhecimento, de um lado, com a existência de uma norma, de outro, que efetivamente pressupõe uma unidade de ação anterior ao tipo? Se apenas haveria ações de furto, ações de homicídio, ações de estupro etc<sup>1448</sup> - já recortadas e qualificadas pela norma penal - como seria possível falar em cometimento simultâneo de tais delitos?

Em outras palavras, se o recorte de ação apenas é dado pela própria incidência da norma (o tipo recortaria o *continuum* da vida humana em unidades), como aplicar o referido §52, StGB, que pressupõe que uma só ação - logo, uma

<sup>1443</sup> Idem, ibidem, traduziu-se e complementou-se.

<sup>1444</sup> O efeito abraçadeira será examinado adiante. Grosso modo, isso ocorre quando um tipo (p.ex., um crime permanente) mantém uma relação de identidade parcial com outros dois tipos, entre si distintos. Por exemplo, duas lesões corporais independentes entre si, cometidas no âmbito de uma condução perigosa contínua (crime permanente). A crítica se dá pelo fato de que, reconhecendo-se o concurso formal entre todos os três crimes, por força da identidade parcial entre dois deles e um terceiro, a pena seria reduzida (três crimes implicariam pena inferior à prática de dois delitos), o que parece agressivo à ideia de que, tanto maior a quantidade de delitos, maior a pena.

<sup>1445</sup> O que dá ensejo à teoria do desdobramento do tipo, como será mencionado adiante. Essa concepção - defendida, por exemplo, por Eduardo da Silva Correia - foi alvo da contundente crítica de Lobo Moutinho. Confira-se MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal português**, p. 95 e ss.

<sup>1446</sup> PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 16.

<sup>1447</sup> Idem, p. 17.

<sup>1448</sup> Idem, p. 260.

suposta unidade anterior ao tipo - seja amoldável a diferentes descrições penais?

Para os que recusam a existência de uma unidade de ação pré-típica, esse §52 StGB seria carente de sentido. E isso pelo simples fato de não se poder reconhecer uma unidade de ação antes de se examinar os tipos incidentes.

Ingeborg Puppe não começa, todavia, o seu estudo com o problema da ação penal. Ela pressupõe que as inconsistências da teoria unitária (*Einheitstheorie*) já teriam sido suficientemente esgrimidas pela doutrina especializada.<sup>1449</sup> Ela enfatiza que essa discussão apenas teria relevo quando pressuposta uma proibição de dupla valoração penal (*ne bis in idem*), cujo alcance não seria, porém, totalmente claro.

Ora, caso não houvesse a proibição de *bis in idem*, então não haveria maior problema em se identificar o juízo de censura penal; não fosse essa vedação de dupla valoração, não haveria razão alguma para se perquirir sobre a identidade dos tipos penais envolvidos. Puppe expressamente exclui, todavia, do seu objeto de estudo a análise do alcance do §46 StGB, que versa sobre a dosimetria da pena.<sup>1450</sup>

### 8.1.1 Contexto de intensidade e contexto de extensão - Frege:

Para ofertar uma resposta a tais questões, Puppe socorre-se dos conceitos desenvolvidos por Gottlob Frege no texto 'Digressões sobre o sentido e a referência' (1895).<sup>1451</sup> Como se indicará adiante, a diferença entre a extensão e a intensidade de um enunciado guarda íntima conexão com o confronto entre o sentido e a referência (examinada por Frege no artigo 'Sobre o sentido e a referência', de 1892).

A igualdade desafia a reflexão, dando origem a questões que não são fáceis de responder. É ela uma relação? Ou entre nomes ou sinais de objetos? Em minha Breifriffschrift assumi a última alternativa. E as razões que parecem apoiar esta alternativa são as seguintes:  $a=a$  e  $a=b$  são, evidentemente, sentenças de valor cognitivo diferentes, pois  $a = a$  sustenta-se a priori e, segundo Kant, deve ser denominada de analítica, enquanto que sentença de forma  $a=b$  contém, frequentemente, extensões muito valiosas de nosso conhecimento, e nem sempre podem ser estabelecidas a priori. A descoberta de que o

<sup>1449</sup> Idem, p. 18.

<sup>1450</sup> Idem, p. 20. Ela registra, todavia, que referida cláusula carregaria alguma ambiguidade, já que o *ne bis in idem* não impediria, por exemplo, que um mesmo evento seja qualificado pelas normas penais e pelas normas tributárias, por exemplo (configurando crime e também infração administrativa). Por sinal, um excelente estudo sobre esse dispositivo do Código Penal alemão é a obra HETTINGER, Michael. **Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen (§46 Abs. 3, 50 StGB)**. Berlim: Duncker & Humblot, 1982.

<sup>1451</sup> FREGE, Gottlob. **Lógica e filosofia da linguagem**. 2. ed. Tradução de Paulo Alcoforado. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009, p. 160-169.

sol nascente não é novo cada manhã, mas é sempre o mesmo, foi uma das descobertas astronômicas mais ricas em consequências. Mesmo atualmente, o reconhecimento de um pequeno planeta ou de um cometa nem sempre é evidente por si. Assim, se quiséssemos considerar a igualdade como uma relação entre objetos a que os nomes 'a' e 'b' se referem, então  $a=b$  não pareceria diferir de  $a=a$ , caso  $a=b$  fosse verdadeira. Desse modo, expressaríamos a relação de uma coisa consigo mesma, relação que toda coisa tem consigo mesma, mas que nunca se dá entre duas coisas distintas.

Mas, outro outro lado, parece que por  $a=b$  quer-se dizer que os sinais ou os nomes 'a' e 'b' referem-se à mesma coisa; e neste caso, a discussão versaria sobre esses sinais: uma relação entre eles seria asserida. Mas tal relação entre os nomes ou sinais só se manteria na medida em que eles denominassem ou designassem alguma coisa. A relação surgiria da conexão de cada um dos dois sinais com a mesma coisa designada.

Essa conexão, porém, é arbitrária. Ninguém pode ser impedido de empregar qualquer objeto ou evento arbitrariamente produzido como um sinal para qualquer coisa. Com isto, a sentença  $a=b$  não mais se referiria propriamente à coisa, mas apenas à maneira pela qual a designamos; não expressaríamos por seu intermédio, propriamente, nenhum conhecimento. Mas é justamente isto o que queremos expressar em muitos casos. Se o sinal 'a' difere do sinal 'b' apenas enquanto objeto (aqui, por sua configuração), não enquanto sinal - isto é, não pela maneira como designa alguma coisa - então o valor cognitivo de  $a=a$  seria essencialmente igual ao de  $a=b$ , desde que  $a=b$  seja verdadeira. Uma diferença entre elas só poderá aparecer se à diferença entre os sinais corresponder uma diferença no modo de apresentação do objeto designado.

Seja a, b, c as linhas que ligam os vértices de um triângulo com os pontos médios dos lados opostos. O ponto de intersecção de a e b é o mesmo que o ponto de intersecção de b e c. Temos, assim, diferentes designações para o mesmo ponto, e estes nomes ('ponto de intersecção de a e b' e 'ponto de intersecção de b e c') indicam também os modos pelos quais esses pontos são apresentados. E, em consequência, a sentença contém um genuíno conhecimento.

É, pois, plausível pensar que exista, unido a um sinal (nome, combinação de palavras, letras), além daquilo por ele designado, qu epode ser chamado de sua referência (Bedeutung), ainda o que eu gostaria de chamar de o sentido (Sinn) do sinal, onde está contido o modo de apresentação do objeto.

Consequentemente, segundo o nosso exemplo acima, a referência das expressões 'o ponto de intersecção de a e b' e 'o ponto de intersecção de b e c' seria a mesma, mas não os seus sentidos. A referência de 'estrela da tarde' e 'estrela da manhã' é a mesma, mas não o sentido.<sup>1452</sup>

Por conseguinte, segundo G. Frege, dois enunciados podem se referir a um mesmo objeto (referência), com sentidos distintos. Determinado artefato pode ser descrito, a um só tempo, como sendo uma balança ou 'o símbolo da Justiça'. Por outro lado, conquanto todo triângulo equilátero também seja equiângulo (ângulos iguais), esses nomes têm em conta qualidades distintas do mesmo referente.

<sup>1452</sup> FREGE, Gottlob. Sobre o sentido e referência *in* FREGE, **Lógica e filosofia da linguagem**, p. 129-131. Ainda sobre essa diferença, leia-se MILLER, Alexander. **Filosofia da linguagem**, p. 25-32.

Ingeborg Puppe parte justamente dessa diferenciação entre sentido e referência.<sup>1453</sup> Ela destaca a sua importância sobretudo quando está em causa a necessidade de se reunir distintas normas penais, por conta de uma identidade parcial (p.ex., a semelhança entre a falsidade documental e o estelionato). Mas o reconhecimento dessa semelhança entre tipos depende, em primeiro plano, de se saber o que um tipo 'significa', ou seja, o que está realmente ameaçado com a cominação de pena: a conduta, uma propriedade dessa conduta, o resultado?

Vê-se, pois, que essa questão admite distintas respostas.

Pode-se sustentar, por exemplo, que "o tipo descreve determinada espécie de processos vitais, de ações ou de modos de comportamento."<sup>1454</sup> Para uma outra concepção, todavia, o tipo trataria de uma agressão a bem jurídico, de uma violação a normas ou de qualidades que caracterizariam um sucesso empírico como ilícito.

Essas duas perspectivas implicam distintas consequências jurídicas.

Caso se parta da concepção do tipo como descrição de uma ação, esse objeto (referência) não poderia ser sancionado duplamente, ainda que sob descrições distintas. O fato de haver distintas descrições (significados) não afastaria o *bis in idem*, quando esse mesmo recorte fático - a ação penal - fosse submetida a mais de uma sanção criminal.

Por outro lado, na hipótese de se partir da premissa de que o tipo descreveria a agressão a bens jurídicos ou de alguma espécie de desvalor da conduta, não haveria empecilhos para se cominar distintas penas, desde que retratassem distintos e autônomos desvalores penais. Nesse caso, seria cabível a cominação de várias sanções para uma mesma ação, salvo quando os próprios tipos fossem parcialmente idênticos entre si ou mutuamente excludentes (p.ex., a relação estabelecida entre o furto e a apropriação indébita).<sup>1455</sup>

---

<sup>1453</sup> PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 22-23, em nota de rodapé.

<sup>1454</sup> Idem, p. 22, traduziu-se.

<sup>1455</sup> Não há como um agente, com uma única ação, cometer ao mesmo tempo o crime de apropriação indébita (apropriação de coisa alheia da qual tem a posse) e o crime de furto (apropriação de coisa alheia da qual não tem a posse, já que demanda subtração). Nesse caso, há relações de heterogeneidade, para empregar aqui as categorias de Ulrich Klug. KLUG, Ulrich. **Problemas de la Filosofía y de la pragmática del Derecho**. Tradução do alemão para o espanhol. Mexico: Fontamara, 1992, p. 62. Sobre o tema, confira-se ainda com a importante obra Sobre o tema, leia-se também o importante estudo de Rodrigo Sánchez Rios e Daniel Laufer. RIOS, Rodrigo Sánchez; LAUFER, Daniel. Apontamentos a respeito do concurso de crimes e do conflito aparente de normas: a regra do antefato e do pós-fato coapenado no âmbito dos delitos econômicos *in* FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (org.). **Direito penal econômico: questões atuais**. São Paulo: RT, 2011, p. 138 e ss. Sánchez Rios e Laufer também discorrem sobre os diagramas de Ulrich Klug empregados no âmbito do concurso aparente.



Vale a pena atentar para a síntese de Estrella Escuchuri Aisa:

Em termos gerais, pode-se dizer que a extensão de um enunciado ou expressão geral equivale à classe de todas as coisas às quais o termo se aplica, enquanto que a intensidade é o atributo ou propriedade (série de características) que esse termo expressa. A partir dessa distinção, Puppe sopesa as possibilidades de entendimento dos tipos. Por um lado, um tipo descreve determinadas classes de eventos, ações ou formas de comportamento; por outro lado, um tipo descreve uma infração normativa, é dizer, não se refere às ações reais, mas sim à sua qualidade de constituir uma infração normativa. Quem considerar que o tipo penal constitui uma descrição de uma infração normativa faz referência à intensidade do texto da lei, enquanto que quem considera que os tipos descrevem determinadas classes de ações ou eventos fala da sua extensão. Dado que ela toma como ponto de partida uma tácita proibição de dupla valoração (*stillchweigend vorausgesetzte Doppelverwertungsverbot*), deve averiguar qual conteúdo desse princípio; a questão é, portanto, se a descrição típica aparece em um contexto de intensidade ou de extensão, é dizer, na concreta norma penal que prevê para aquela uma determinada moldura penal, pode ser substituída por outra descrição das mesmas ações ou somente por uma das mesmas propriedades dessa ação.

Unicamente quando o contexto fosse extensional se infringiria a proibição de dupla valoração ao aplicar várias normas a uma mesma ação. Mas, caso o contexto seja de intensidade, somente estará proibido considerar na medição da pena duas vezes as mesmas propriedades da ação.<sup>1456</sup>

Percebe-se, pois, que essa diferenciação retrata o confronto entre a teoria unitária - que parte do conceito de ação penal - e a teoria plural, que parte do conceito de infração (tantas as normas violadas, tantos os crimes).

Como se indicará adiante, Ingeborg Puppe acaba por se filiar a essa última concepção (*Mehrheitstheorie*), ainda que o faça com alguns temperamentos.

Ela tem ciência, é fato, de que ambas as concepções têm seu fundo de verdade. O tipo descreve, a um só tempo, uma ação e também uma qualidade de identificação dessa ação. O tipo pode ser examinado tanto sob um contexto extensional quanto de intensidade, conforme conceitos de Gottlob Frege.

"A diferença entre extensão e intensidade de uma expressão foi desenvolvida com base na pergunta sobre quando, em um dado contexto, uma expressão pode ser substituída por outra, sem que a frase se torne falsa."<sup>1457</sup> Ou melhor, "Isso mostra que, em muitos contextos, uma expressão pode ser substituída por outra, que circunscreva a mesma classe de objetos, o que não vale, todavia,

<sup>1456</sup> AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 233-234. Traduziu-se.

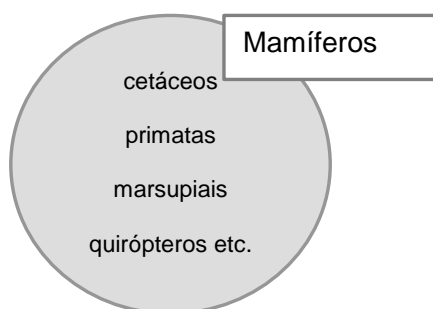
<sup>1457</sup> PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 23, traduziu-se.

para todos os contextos."<sup>1458</sup>

Vale a pena atentar para a síntese de Lobo Moutinho a esse respeito:

De significado central seria, no entanto, o outro fundamento para a rejeição de uma leitura extensional: se se aceita que as descrições das acções ameaçadas com pena nas leis penais são substituíveis com qualquer outra descrição das mesmas classes de acções, tem de se recusar a tais descrições qualquer influência material na determinação concreta da pena dentro da penalidade, com o que esta se libertaria da referência ao tipo de crime, o que resultaria contrário ao princípio da culpa pelo facto e à vinculação da pena à lei.<sup>1459</sup>

A extensão de um enunciado trata de todos os objetos por ele designados. Por exemplo, o enunciado 'animal' trata de todos os seres vivos que se alimentam de outros seres vivos (ou seja, não produzem clorofila), podem se locomover etc. Por seu turno, a intensidade diz respeito às qualidades que tais objetos possuem para que sejam reunidos sob o mencionado enunciado. A intensidade retrata justamente a adjectivação 'ser vivo heterotrófico'.



**Figura 3: Extensão de um enunciado**

No exemplo acima, a extensão trata dos objetos atingidos pelo conceito 'mamíferos'. A intensidade diz respeito justamente à qualidade que tais seres vivos possuem para que possam ser submetidos à referida classe de entes.

Percebe-se facilmente que esses dois conceitos mantêm uma relação

<sup>1458</sup> Idem, p. 23, traduziu-se. Com efeito, suponha-se que 'José' também tem o apelido de 'Lutador'. Assim, a frase 'O juiz acredita que José é culpado' deveria ser substituída por 'O juiz acredita que Lutador é culpado', mesmo que o juiz não saiba que José e Lutador são a mesma pessoa. Em muitos casos, portanto, isso gera confusão. Alguém pode achar que *Clark Kent* é um covarde, e sustentar, ao mesmo tempo, que o *Superman* é herói, justo por desconhecer que ambos são a mesma pessoa. Daí que, conquanto, no caso concreto, os dois enunciados - Superman e Clark Kent - se reportem a um único referente (i.e., tenham a mesma extensão), nem sempre as asserções de mesma extensão admitem a substituição exata, sem perda de sentido. Isso porque, em alguns casos, prevalece o contexto de intensidade.

<sup>1459</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 344.

inversamente proporcional entre si. Tanto maior a extensão de um enunciado, menor a sua intensidade, e vice-versa.

Com efeito, o enunciado 'mamífero' possui uma extensão ampla, já que atinge um conjunto considerável de animais. Já o enunciado 'ser vivo, mamífero bípede' possui uma extensão menor, e uma intensidade maior (pois envolve uma qualidade a mais, a ser acrescida ao conceito anterior). Anote-se, por exemplo, que o enunciado 'ser vivo, animal, mamífero, bípede, sem penas, que fala, proprietário do veículo de placas x', residente em Belo Horizonte, possui uma intensidade razoável e diminuta extensão, já que atinge um único indivíduo.

Pode-se examinar uma locução atentando para o seu referente - i.e., para a sua extensão -, como também se pode examinar a sua intensidade (importa dizer, o que se têm em conta quando se emprega aquela expressão). Um mesmo objeto pode ser descrito por diferentes enunciados, com intensidades distintas.

No exemplo já mencionado acima, as expressões 'triângulo equilátero' e 'triângulo equiângulo' referem-se ao mesmo objeto, já que todo triângulo equilátero também é equiângulo. Contudo, as propriedades que alguém tem em conta quando utiliza uma e outra expressão não são intercambiáveis. Em um momento, examina-se a propriedade 'equivalência dos lados do triângulo'; em outro, examina-se a propriedade 'equivalência dos ângulos do triângulo'.

Para um matemático, seria verdadeira heresia sustentar que tais conceitos seriam idênticos. Em um dado problema teórico, o uso da palavra 'equiângulo', ao invés de 'equilátero', pode ser ilustrativa de algum interesse implícito... Já um publicitário, preocupado apenas em fazer um cartaz utilizando ângulos de uma determinada forma, talvez se contente com qualquer das duas expressões.

Vê-se que o contexto de intensidade trata, de algum modo, da metalinguagem (toma como referente a própria linguagem). Quando se concebe o crime como um contexto de extensão, isso se traduz em contar 'unidades de ação', por exemplo. Quando se examina o contexto de intensidade, a análise gravita em torno dos adjetivos, das qualidades pelas quais aquela específica conduta teria sido selecionada (o fato de configurar 'causa da morte alheia', o fato de configurar 'subtração de coisa alheia móvel' etc.).

Vale a pena atentar, portanto, para a análise de Lobo Moutinho:

Nessa oposição, a autora, socorrendo-se do método de análise da

linguagem de Carnap, vê a discussão entre aqueles que, identificando o objecto do tipo como um acontecimento da vida, entendem que o tipo designa uma certa classe de objectos - extensão - e aqueles que, identificando o objecto do tipo como uma contrariedade à norma, entendem que o tipo designa uma propriedade (Eingenschaft) - intensão. Ambas as respostas estariam em certa medida correctas porque toda e qualquer expressão tem uma extensão e uma intensão. Assim também os tipos. No entanto, precisamente por isso, assim colocada a questão, ela, no fundo, não teria sentido, e seria, como tal, irrespondível.

A questão que haveria a colocar seria outra: a de saber se as descrições típicas na lei penal aparecem num contexto extensional ou num contexto intensional, entendendo, pelo primeiro, aquele em que se pode substituir uma expressão por outra com a mesma extensão sem se tornar falsa, e, pelo segundo, aquele em que uma expressão se pode substituir por outra com a mesma intensão sem se tornar falsa. Haveria ainda contextos no qual uma expressão nem mesmo poderia ser substituída por outra intensionalmente idêntica.<sup>1460</sup>

Segundo ela, no âmbito do Direito Penal, as normas seriam empregadas, no mais das vezes, sob um contexto de intensidade. Atirar pedras em alguém pode significar uma tentativa de homicídio, homicídio consumado, lesão corporal consumada etc. Examinando-se apenas a extensão desses conceitos, aquela única conduta - enquanto evento empírico - pode ser descrita por distintas expressões. Apenas quando se examina a qualidade, os detalhes desse evento, é que se pode classificar como homicídio, tentativa de homicídio, lesão corporal etc.<sup>1461</sup>

Puppe argumenta, pois, que a contradição entre um fato e uma norma demandaria, no mais das vezes, um exame sob contexto de intensidade. Ressalva, porém, que "A contradição da qual aqui falamos e como sinteticamente temos descrito como contradição à norma, é isso sim aquela que se opera entre uma descrição de fatos e também uma asserção que seria verdadeira, quando a norma sempre fosse observada."<sup>1462</sup>

Essa análise da professora de Heidelberg se aproxima do exame levado a

<sup>1460</sup> Idem, p. 341-342.

<sup>1461</sup> A questão também demanda considerações sobre a intenção do agente. Afinal de contas, apenas quanto se supõe uma específica motivação por parte do autor é que se pode distinguir a lesão corporal dolosa consumada, de um lado, e a tentativa de homicídio, de outro. Caso se atente apenas para o resultado, ou para o movimento corpóreo, essas duas espécies de ações não podem ser suficientemente apartadas. A respeito do tema, leia-se SCHMIDT, Andrei Zenkner. Concurso aparente de normas penais *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 9, n.º 33, jan.-mar. 2001, p. 68-100.

<sup>1462</sup> PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 24, traduziu-se. Essa ressalva promovida por Puppe diz respeito à viabilidade de uma lógica deontica. Como sabido desde David Hume, do 'ser' não se pode extrair um 'dever ser' (falácia naturalista). Isso significa que, em princípio, em termos absolutamente lógicos, os fatos não contradizem as normas. As condutas podem desobedecer as normas, o que é algo distinto. Ela também enfatiza, em nota de p. 25, a importância dos modais lógicos: a necessidade, impossibilidade e a contingência.

efeito por Alvin Goldman, como foi acima mencionado, dado que ele distingue entre causação e geração causal; e pressupõe que haveria tantas ações quanto as propriedades envolvidas na atividade humana. Com efeito, para Goldman haveria uma diferença substancial entre a ação de falar e a ação de falar de modo estridente; entre a ação de apertar o gatilho do revólver e a ação de matar alguém.

Ingeborg Puppe não chega, porém, ao cúmulo de multiplicar ações a partir das intensidades (i.e., das descrições) envolvidas. Ao contrário de Goldman, Puppe pretende desvencilhar-se do próprio problema da 'unidade de ação', conquanto não consiga fazê-lo totalmente, pelo que se mencionará adiante.

Para ela, jogar pedras não contradiz a norma que define o homicídio; matar alguém, sim, o faz. E jogar pedras não seria necessariamente sinônimo de 'matar alguém'. Daí que apenas quando se examina o contexto de intensidade - destaca-se novamente - é que as normas penais poderiam ser aplicadas.

Nossa frase de partida pode ser modificada da seguinte forma: 'Que A tenha assassinado duas pessoas contradiz a proibição de matar alguém.' Mesmo sem conhecimento adicional de fatos, é manifesto que essa frase contradiz a norma, por mais que em ambos os lados da expressão não haja os mesmos enunciados, já que na nossa língua o enunciado 'alguém' e 'pessoa' e o enunciado 'assassinar' e 'matar' possuem o mesmo significado, i.e., não apenas circunscrevem os mesmos objetos, mas também o faz com base nas mesmas propriedades desses objetos.<sup>1463</sup>

Ainda segundo Ingeborg Puppe, "Quem considera o tipo penal como sendo uma descrição de uma violação normativa, tem em conta com isso a intensidade dos textos legislativos, enquanto que aqueles que tratam os tipos penais como sendo uma espécie de descrição de ações ou de processos vitais frequentemente tratam da sua extensão."<sup>1464</sup>

Quando se fala que a conduta de se jogar pedras em duas pessoas configura homicídio, com isso se diz que ela pertence à classe de todas as ações qualificadas com homicídio ou que possui a propriedade de ser um homicídio.

E isso não decorre - diz Puppe - de alguma equivocidade das expressões

<sup>1463</sup> Idem, p. 25. Traduziu-se.

<sup>1464</sup> Idem, p. 25, traduziu-se. Ela deixa manifesto, por outro lado, que referida diferenciação é apenas um instrumento de investigação semântica (a diferença entre o conteúdo e a circunscrição de um conceito). Ademais, em outra obra ela socorre-se do conceito de Carnap (orações L-equivalentes), conforme se vê em PUPPE, Ingeborg. *Error de hecho, error de derecho, error de subunción* in FRISCH, Wolfgang *et al. El error en el Derecho Penal*. Tradução do alemão para o espanhol por Manuel Canción Meliá e outros. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 87-138.

em causa ou de alguma vagueza da lei. Não se trata de algo que possa ser remediado por alguma linguagem artificial (p.ex., uma linguagem formalizada). Cuida-se de uma singularidade da própria língua, pelo fato de que ela admite a diferença entre linguagem e metalinguagem.

Daí que não seria o caso, ela argumenta, de se responder se os tipos realmente descreveriam classes de ações (extensão) ou propriedades de tais ações (intensidades). Essa diferenciação ocorreria no âmbito da metalinguagem, i.e., apenas quando se examina o próprio funcionamento da comunicação.

Cuidar-se-ia, pois, de um segundo nível de análise: a qualificação de determinado evento como homicídio, como furto, como lesão corporal etc. demandaria uma classificação, um confronto entre qualidades reconhecíveis na ação observada, de um lado, e as qualidades extraídas da descrição típica, de outro.

Ela questiona, pois, se, no âmbito do Direito Penal, prevaleceria o contexto extensional ou o contexto de intensidade. Caso vigorasse o extensional, isso se traduziria na possibilidade de intercambiar descrições de mesma extensão: uma mesma ação descrita por tipos distintos, de modo que a escolha do tipo respectivo não importaria muito. Importaria apenas a identificação do referente.

Atente-se para a síntese de Estrella Escuchuri Aisa, a esse respeito:

Pois bem, Puppe chega à conclusão de que as descrições da ação nas normas penais não podem estar em um contexto de extensão, por duas razões:

1) Caso se atentasse apenas para a extensão dos tipos não seria possível distinguir entre o concurso formal e o concurso aparente das normas. Uma diferença entre o concurso formal e a especialidade em uma interpretação extensional dos tipos seria encontrada nas classes de ações abarcadas pelos tipos: no concurso formal estão em relações de interferência, e na especialidade, relação de inclusão. Mas em relação ao caso concreto não se poderia explicar que no concurso formal seja decisiva a norma mais grave, e no concurso de normas - em concreto, a especialidade - a norma especial prevaleça, ainda que seja menos grave. Somente em um contexto de intensidade podem ser distinguidas ambas as formas de concurso. Segundo uma interpretação intensional dos tipos, entre as normas que concorrem formalmente não existe nenhuma contradição; ao contrário, as regras sobre o concurso de normas têm por objeto a contradição entre a norma penais.

2) O segundo argumento que ela menciona, apoiando a necessidade de uma interpretação de intensidade dos tipos penais, têm que ver com a medição da pena. Uma concepção extensional suporia atribuir ao tipo unicamente a função de delimitar as classes de ações para as quais seria válida determinada moldura penal, o que significaria que o juiz teria que fixar ele mesmo os critérios do injusto e de culpabilidade, mediante os quais ele determinaria a culpabilidade do fato e fixaria a pena segundo o princípio da culpabilidade e, para isso, não teria nenhum fundamento na lei. Sem embargo, o injusto e a culpabilidade,

que o juiz deve determinar, estão descritos no tipo e resultam do princípio da culpabilidade pelo fato e do princípio da determinação legal da pena. Portanto, a culpabilidade do fato no sentido do §46 somente pode ser a culpabilidade (no sentido amplo) descrita nos tipos concretos.<sup>1465</sup>

Puppe concluir, desse modo, que - conquanto esses contextos não sejam totalmente separáveis -, deveria prevelacer a interpretação com lastro no exame da intensidade dos tipos. No Direito Penal importariam muito mais as qualidades, as propriedades e detalhes da ação, do que, propriamente, a ação em si considerada. A vedação de analogia *in malam partem* também convergiria para essa conclusão, eis que, na base do sistema, vigoriaria a premissa da taxatividade descritiva.

Não bastaria, pois, a identificação de um ente metafísico - um recorte temporal da vida de um dado agente (a ação humana) -, sendo imprescindível ainda o exame a respeito das qualidades pelas quais esse recorte teria sido promovido. Assim, para ela, por mais que o contexto de extensão seja relevante, não poderia ser promovido sem uma análise densa do contexto de intensidade.

Isso se traduz, porém, na conclusão de que, a rigor - no dizer de Ingeborg Puppe - a garantia do *ne bis in idem* não impediria que uma mesma ação seja submetida a distintas penas, desde que amoldada a distintos tipos legais, independentes entre si (ou seja, que não guardem entre si uma relação de 'parentesco de injusto', com se destacará mais adiante).

Por conseguinte, a tese de Ingeborg Puppe retrata um ideário pluralista (*Mehrheitstheorie*), o que parece não conviver totalmente com a regra do §52, StGB. E ela tem bem consciência disso.

### 8.1.2. Teoria unitária e teoria plural:

Puppe enfatiza que essa disputa entre a teoria unitária (*Einheitstheorie*) e a teoria plural (*Mehrheitstheorie*) ainda teria muito relevo, por mais que muitos juristas a tomem por obsoleta e despropositada. Na sua base, estaria o referido confronto entre um contexto de extensão (critério: quantidade de ações) ou um contexto de intensidade (critério: quantidade de normas violadas ou de bens jurídicos atingidos).

A teoria unitária afirma que "Crime é ação, então uma ação pode também

<sup>1465</sup> AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 234-235. Traduziu-se.

apenas ser um único crime, sendo indiferente quantos tipos penais essa ação preenche ou quantas normas ela agride.<sup>1466</sup> Ela está no pano de fundo, portanto, da regra do §52 do Código Penal alemão e do art. 70 do Código Penal brasileiro.

Um defensor da teoria unitária como Edmund Mezger sustentava que, quando alguém tem um cavalo de corrida branco, isso não significa que tenha dois cavalos.<sup>1467</sup> Diz Puppe, porém, que o problema é que - ao contrário dos cavalos - o crime não seria um ente natural. O crime seria a adjetivação de um comportamento, nada impedindo que uma única ação configure vários delitos.

Para a teoria plural (*Mehrheitstheorie*) a identidade entre crimes demandaria identidade entre as normas violadas.<sup>1468</sup> Ou seja, antes de se cogitar de unidade de ação, exigir-se-ia a semelhança entre os bens jurídicos agredidos. Atente-se para o fato, todavia, que sequer a teoria plural consegue abrir mão totalmente de uma referência empírica - a unidade de ação - dado que se deve aferir os momentos em que tais normas foram violentadas.<sup>1469</sup>

Daí que os partidários de uma teoria plural critiquem o tratamento privilegiado conferido, pelo Código Penal alemão, ao concurso formal. Eles sustentam que, a despeito de haver uma única ação, haveria distintas violações normativas, suscetíveis de serem tratadas da mesma forma que o concurso real.

Ademais, sob o aspecto da política criminal, referida regra, ao reduzir a censura penal quando em causa o concurso formal, acabaria por favorecer o agente mais escrupuloso, que conseguisse lesionar vários bens jurídicos com maior planejamento, de modo a provocar os resultados mediante uma única ação.

Ingeborg Puppe discorre sobre esse problema da identidade, que está na base do concurso formal, tal como esse concurso é definido pela fórmula do *Reichsgericht*, acima referida. Ela sustenta que a identidade poderia ser compreendida como uma outra espécie de relação entre os objetos em causa (p.ex.,

<sup>1466</sup> PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 27, traduziu-se.

<sup>1467</sup> Essa metáfora do cavalo foi utilizada inicialmente por Wilhelm Höpfner, conforme se vê em HÖPFNER, Wilhelm. **Einheit und Mehrheit der Verbrechen: eine Strafrechtliche Untersuchung**. Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1901, p. 161-162.

<sup>1468</sup> Baumgarten teria empregado, para tanto, a sugestiva expressão 'rebelião contra o ordenamento jurídico' (*Auflehnung gegen die Ordnung*), conforme enfatiza Puppe. PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 31, em nota de rodapé. Sobre o tema, leia-se também TORRES, Margarida Roig. **El concurso ideal de delitos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 105.

<sup>1469</sup> Isso será mais bem detalhado adiante. Anote-se, por ora, que - mesmo no âmbito da teoria plural -, a identidade dos crimes não se contenta apenas com a identidade entre as normas violadas, eis que se exige que tenham sido violadas ao mesmo tempo. Quando alguém viola a mesma norma em átomos distintos, em princípio não há que se falar em unicidade de crime, mas em concurso real.



a relação de simultaneidade, de equivalência das decisões ou das motivações).<sup>1470</sup> Contudo, os partidários da teoria unitária não teriam ofertado maiores esclarecimentos sobre esses pressupostos.

Uma segunda interpretação cabível - diz Puppe<sup>1471</sup> - teria por base a concepção de Carnap (teoria de classes e sua *quase-análise*<sup>1472</sup>). A ação poderia ser compreendida como o nome de um conjunto, composto pelas consequências típicas (extensão do conceito); de modo que haveria uma única ação quando houvesse uma única consequência típica. O problema dessa concepção é que, ao invés de ser o pressuposto do cômputo de crimes, a ação se converteria em seu resultado.

Ademais, continuaria a persistir o problema de se saber quando duas consequências típicas seriam idênticas entre si, problema esse que, como se verá adiante, Puppe tenha resolver com o conceito de 'parentesco de injusto'.

Ela conclui, de toda sorte, que, em sua literalidade, a pergunta se o crime seria ação ou se seria violação à norma careceria de sentido, eis que quem questiona deveria antes perquirir se está em busca de uma análise extensional ou de intensidade.<sup>1473</sup> Daí que Hans-Heinrich Jescheck tenha afirmado que essa disputa - teoria unitária e teoria plural - recairia em um mero problema de terminologia.<sup>1474</sup>

A professora de Heidelberg critica ambas as concepções por não manifestarem todos os seus pressupostos. Ela argumenta que "com base no chamado 'método da extensão e da intensidade', de Carnap, a pergunta deve ser reformulada: A descrição típica em uma lei penal ocorre em um contexto extensional ou em um contexto de intensidade, isto é, ela é substituível por uma expressão com

---

<sup>1470</sup> PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 33, nota de rodapé. Em p. 34 ela sustenta que "Uma unidade de ação seria então a classe de todas as consequências típicas (para outras atividades, nós não nos interessamos), as quais sejam promovidas com total ou parcial simultaneidade, por um mesmo autor. Mas há hoje consenso de que a simultaneidade não seria suficiente para a unidade de ação."

<sup>1471</sup> Idem, p. 33, nota de rodapé.

<sup>1472</sup> Ao que releva aqui, essa quase-análise (CARNAP, *Aufbau*, p. 96, mencionado por PUPPE. *Op. cit.*, p. 33) cuida da comparação entre propriedades. Ao invés de se perguntar quando um corpo é azul, ou mesmo o que é a cor azul, a quase-análise se preocupa com os critérios para estabelecer quando dois corpos possuem a mesma cor.

<sup>1473</sup> PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 35.

<sup>1474</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*, p. 774. Puppe sustenta, todavia, que a teoria unitária contaria, a seu favor, a expressa disposição do §52, StGB, enquanto que a teoria plural teria deixado de discutir o alcance do referido dispositivo, limitando-se a invocar o sentimento jurídico e a aparente injustiça do tratamento privilegiado implicado pelo concurso formal. Ela toma para si a tarefa de desenvolver uma teoria plural que se amolde, de algum modo ao referido §52. Leia-se PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 40.

mesma extensão ou apenas por uma expressão com mesma intensidade?"<sup>1475</sup>

Puppe oferece a resposta: para ela, a interpretação e a aplicação do tipo penal devem privilegiar um contexto de intensidade. Um tipo apenas pode ser substituído por outros que denotem as mesmas qualidades da ação sob julgamento.

### 8.1.3. A ação como elemento individual na linguagem jurídica:

A forma mais fácil de se aferir se um enunciado deve ser interpretado em um contexto extensional é a sua substituição por outro, que tenha o mesmo objeto como referente, mas com distinta intensidade. Caso essa substituição revele-se indiferente, o contexto será de extensão (i.e., importaria a mera identificação de um objeto, e não propriamente as qualidades pelas quais o objeto foi identificado).

Como já foi aludido acima, ela parte de uma concepção de classes. Supõe que haja uma adjudicação progressiva de qualidades. Por exemplo, o furto é definido como uma espécie de processo vital, ou que o infanticídio seria uma espécie de ação etc. Algo é definido como ação, depois recebe mais um rótulo (ação típica), logo depois mais outro (ação típica e ilícita) e assim por diante.

Há o risco de que, com isso, apenas se trate de novos enunciados - com distintas intensidades - mas que buscam identificar o mesmo conjunto de objetos (i.e., tenham exatamente a mesma extensão). No mais das vezes, porém, a modificação de intensidades promove um recorte no alcance do enunciado, modifica o referente, de modo a delimitar um grupo mais específico de casos.

O conceito 'animal' possui uma extensão mais ampla do que o conceito 'animal vertebrado', dado que nem todo animal é vertebrado. A palavra 'ação' possui uma extensão mais ampla do que o conceito 'ação típica', dado que nem todas as ações são rotuladas penalmente etc.

Puppe parece acreditar na viabilidade de uma linguagem artificial que permita a realização dessa distinção entre extensão e intensidade de uma forma mais clara.<sup>1476</sup> Socorre-se, para tanto, de expressões matemáticas (funções de frase - *Satzfunktion*) que admitam a substituição das qualidades referenciadas (variáveis).

Para ela, portanto, o enunciado veiculado na lei ainda não chega ser uma norma completa. Apenas com a efetiva concretização judicial, com o preenchimento

<sup>1475</sup> PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 36, traduziu-se.

<sup>1476</sup> Idem, p. 38.

das lacunas - i.e., indicação do agente, da vítima, do momento, do local etc - é que o comando jurídico seria totalmente identificado.

A professora de Heidelberg admite, além disso, que - nessa linguagem artificial - o conceito de gênero (*Gattungsbegriff*) mais amplo seja denominado de ação, dado o considerável e contínuo esforço da dogmática penal em buscar um substrato sobre o qual fundar as demais categorias do conceito analítico de delito.

Ela aceita a premissa de von Liszt - 'crime é ação!' - apenas como uma hipótese heurística, a fim de aferir a sua falsidade ou verdade ao longo da sua tese.<sup>1477</sup> Adota, pois, um fundamento pragmático, a fim de viabilizar o seu estudo.

Ainda segundo a professora de Heidelberg, "Caso tenhamos que adotar um conceito de 'recorte de ação' em nossa linguagem penal, nós poderíamos dizer que todos os tipos descrevem propriedades de ações ou que determinam ações com certas propriedades e, com isso, descrevem classes de ações."<sup>1478</sup>

Um conceito como esse parece eclodir da teoria unitária, eis que toma a ação como ponto de partida e, com isso, possibilita examinar o *ne bis in idem* como sendo uma espécie de sobreposição de tipos incidentes sobre a mesma ação. Ela rechaça novamente essa concepção, ao argumento de que os tipos devem ser aplicados sob um contexto de intensidade, eis que não basta a identificação da ação punível, mas também há necessidade de se saber a razão pela qual ela é punível.

Uma mesma ação pode se amoldar a distintos tipos penais, e apenas um exame das propriedades da própria ação permitiria identificar qual a norma que deve prevalecer, derrotando as demais. A ação de atirar alguém do alto de um edifício, quebrando com isso janelas, pode se traduzir em 'matar alguém' e também a propriedade de se 'danificar propriedade alheia'.

Segundo Ingeborg Puppe, apenas a aferição do motivo da incriminação,

---

<sup>1477</sup> Idem, p. 40 e 69. Ela formula, todavia, contundentes críticas contra a concepção causalista (Liszt/Beling) e contra a concepção finalista (Welzel), em nota de rodapé de p. 41. Afirma que não há como derivar normas de uma pretensa essência ontológica (falácia naturalista - David Hume), razão pela qual os fundamentos de Liszt e de Welzel retratariam escolhas políticas e, como tais, opções substituíveis por outras. Argumenta ainda que essas concepções não responderiam a contento o problema dos crimes omissivos impróprios (praticados quando o sujeito repousa e, portanto, não há movimento corpóreo no sentido propugnado por Liszt) ou quando sequer há uma efetiva ação final (o problema dos crimes imprudentes no âmbito da teoria finalista da ação).

<sup>1478</sup> Idem, p. 43, traduziu-se. Anote-se que Puppe emprega a palavra composta '*Handlungsindividuum*', o que pode ser traduzido como uma 'unidade de ação' ou 'ação como indivíduo'. Optou-se, no texto acima, a tradução por 'recorte de ação', expressão que parece expressar com maior precisão o conteúdo em questão.

comparando os tipos entre si, é que permitira identificar a sanção cabível.<sup>1479</sup>

Ademais, apenas um contexto de intensidade justificaria a conjugação de marcos penais promovida pelo §52 StGB. Somente um contexto de intensidade explicaria a razão pela qual a norma penal deslocada poderia continuar a surtir efeitos, quando cominasse pena mínima superior àquela da norma prevalente.<sup>1480</sup>

Haveria, por outro lado, uma norma de prevalência ainda mais ampla (que seria aplicável ao próprio §52, StGB). A regra do §52 seria deslocada quando em causa tipos especiais privilegiadores. Ora, quando a mãe mata o recém nascido, sob o efeito do estado puerperal, haveria incidência tanto da norma que define o homicídio, quando daquela que define o infanticídio, apenas essa última deveria ser aplicada, apesar de cominar uma pena inferior.<sup>1481</sup>

A vingar apenas o caso de concurso formal (previsto no §52) jamais poderia ser aplicada a norma que comina pena inferior. E, com isso, os tipos especiais privilegiadores deixariam ser aplicados, o que seria absurdo.

Daí que, segundo Puppe, haveria uma sobre-norma, oponível ao próprio §52 StGB, que trataria da prioridade dos casos de especialidade (concurso aparente), sobre os casos de concurso ideal. E isso apenas a interpretação promovida em um contexto de intensidade revelaria.

Ela argumenta, para tanto, que, do contrário, se violaria o postulado de que a lei não deve ter palavras supérfluas (*Verba cum effectu, sunt accipienda*). Uma vez

---

<sup>1479</sup> Puppe concebe, pois, o §52 StGB como uma espécie de metanorma ou norma de segundo nível (norma que regula a aplicação de outras tantas normas) que estabeleceria a prevalência da norma que comina maior pena. Como se mencionará adiante, Puppe não divisa maiores diferenças entre o concurso formal e o concurso aparente, salvo no que toca ao postulado da especialidade privilegiadora (p.ex., relação homicídio/infanticídio). Ela enfatiza, portanto, que os planos de incidência não poderiam ser confundidos, sob pena de se gerar contradições; ou seja, ela própria - a regra do §52 - não poderia ser aplicada a si mesma (problemas de autorreferência e paradoxo do mentiroso). Ela diz, ademais, que, em solo alemão, cada norma incidente obrigaria a imposição da sua pena mínima e facultaria a imposição da sua pena máxima (que poderia ser ultrapassada, caso outras normas também incidam, cominando penas superiores).

<sup>1480</sup> Em solo alemão também se discute a respeito da ressuscitação de tipos penais deslocados (*Wiederaufleben*); e isso também contribui para a prevalência do contexto de intensidade, na interpretação dos tipos penais. Puppe expressamente registra que o §52 StGB não é totalmente compatível com a teoria unitária, na medida em que, como já referido acima, prevê a conjugação dos marcos penais. Leia-se PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 52. Ela menciona, todavia, que uma interpretação extensional, preocupada com a identificação das ações, parece mais fácil, sobretudo porquanto - no que toca à intensidade - as consequências jurídicas não estariam suficientemente determinadas, para que se possibilitasse emprego imediato (tais consequências dependem de observações complexas, com o confronto de vários dispositivos).

<sup>1481</sup> PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 47. Repise-se que Ingeborg Puppe não distingue, no mais das vezes, os casos de concurso formal e concurso aparente. Quanto ao concurso aparente, ela apenas reconhece o caso da especialidade; daí que veja o §52 StGB como uma espécie de metanorma destinada a solucionar hipóteses de confluência normativa.

mais: dado que a norma especial já está compreendida na dicção da norma geral, caso se aplicasse essa última, jamais o tipo especial seria reconhecido (especialidade privilegiadora), dada a sua cabal absorção pelo tipo mais amplo.

A jurista tem bem em conta, porém, que, em termos absolutamente lógicos, nada impediria a prevalência da norma geral.<sup>1482</sup> Mas a prevalência do tipo especial representa, de certa forma, a meta almejada pelo legislador,<sup>1483</sup> por se supor que tenha desejado criar exceções àquela formulação geral.

Ademais, Ingeborg Puppe aduz que, no âmbito da medição de pena, a norma do §46 StGB<sup>1484</sup> - dispositivo que veda que uma elementar do tipo seja empregada para aumentar a penabase - implica uma interpretação sob contexto de intensidade e também de extensão: "§46, item 3, StGB. Não se pode tomar em conta circunstâncias que já são características do tipo penal."

Sob o ponto de vista da extensão, o mencionado §46 teria a função de selecionar os fatos relevantes para a dosimetria da pena (p.ex., a personalidade do autor, os resultados do crime, o modo de execução etc.). Sob o ponto de vista da intensidade, o dispositivo exigiria o confronto das mencionadas qualidades com o tipo incriminador, para que uma elementar não enseje majoração da sanção.<sup>1485</sup>

Winfried Hassemer tentou desenvolver conceitos para a aplicação da pena, partindo apenas de uma interpretação extensional dos tipos. Importa dizer:

---

<sup>1482</sup> Idem, p. 51.

<sup>1483</sup> Essa argumentação, presente na obra de Puppe, ainda parece vinculada à busca de uma *voluntas legislatoris*, algo sabidamente questionável atualmente, dado que as fontes normativas possuem conteúdos objetivos que não retratam necessariamente a vontade de quem a elaborou. A respeito do tema, confira-se a obra de Hans-Georg Gadamer, acima aludida. De todo modo, mesmo que se abstraia a 'vontade do legislador', é fato que a prevalência das normas especiais frente aos tipos gerais é necessária para uma concepção consistente do sistema jurídico (ou seja, para uma concepção de sistema íntegro e destituído de normas redundantes).

<sup>1484</sup> Segundo a tradução espanhola promovida por Cláudia López Díaz, o §46 StGB tem a seguinte redação: "(1) La culpabilidad del autor constituye el fundamento para la fijación de la pena. 2 Deben considerarse las consecuencias que son de esperar de la pena para la vida futura del autor en la sociedad. (2) En la fijación sopesa el tribunal las circunstancias favorables y desfavorables del autor. 2 En esta relación deben tomarse en consideración de manera particular: - los móviles y objetivos del autor, - el ánimo, que habla del hecho y la voluntad empleada en el hecho, - la medida de la violación al deber; - la clase de ejecución y el efecto culpable del hecho, - los antecedentes de conducta del autor, sus condiciones personales y económicas, así como su conducta después del hecho, especialmente su esfuerzo para reparar el daño, así como el esfuerzo del autor de lograr un acuerdo con la víctima. (3) No se permite tomar en cuenta circunstancias que ya son características del tipo legal." ALEMANHA. **Código penal alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998**, p. 15.

<sup>1485</sup> PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 55 e 58. Puppe sustenta, para tanto, que a regra do §46, inciso 1, StGB, ao preconizar que o juiz deve levar em conta, na dosimetria da pena, a culpa pelo fato, teria em vista um conceito de 'fato recortado pelo tipo' e, portanto, um contexto de intensidade. Ela rechaça a aplicação, nesse âmbito, de um conceito de fato ou de ação anterior ao juízo de tipicidade (ação em sentido natural, p.ex.).

Hassemer partiu apenas da identificação dos critérios que poderiam ser tomados em conta pelo juiz, no momento de calcular a sanção respectiva. Para ele, depois de ter identificado o fato punível, os conteúdos de injusto e de culpabilidade não poderiam desempenhar papel algum na dosimetria da pena.<sup>1486</sup>

Assim, para o ministro da Suprema Corte alemã, a cláusula do *ne bis in idem* interditaria que a culpabilidade - já considerada para fins de condenação do agente - fosse considerada com o fim de se aumentar a sua pena. Puppe argumenta, todavia, que Hassemer não teria indicado critérios mais densos sobre quais elementos poderiam ser considerados, então, no cálculo da sanção; ele tampouco teria conseguido renunciar totalmente a um exame sob contexto de intensidade, dado que a própria análise das qualidades da conduta julgada já demandaria isso.

O próprio postulado *nulla poena sine lege* levaria a uma interpretação sob contexto de intensidade - i.e., que priorize as qualidades implicadas pelo próprio tipo penal -, já que, do contrário, ficaria a impressão de que o juiz poderia cominar pena ao seu gosto, algo incompatível com o Estado de Direito.<sup>1487</sup> Os critérios para majoração da pena base também devem ser colhidos no âmbito da lei.

Puppe socorre-se, então, de um modelo teórico de subsunção, compreendido como uma função de frase, cujas variáveis possam ser preenchidas. Por exemplo, uma frase incompleta como "A capital do Parana é....." poderia ser colmatada pela variável 'Curitiba', suficiente para completar a asserção, tornando-a verdadeira. Para tanto, a professora de Heidelberg reporta-se novamente à obra de Gottlob Frege (texto 'Função e conceito').<sup>1488</sup>

As normas poderiam ser concebidas também como asserções incompletas, a demandarem preenchimento com as qualidades de individualização, aferíveis no

<sup>1486</sup> Conforme sintetiza PUPPE, I. *Op. cit.*, p. 56, em nota de rodapé.

<sup>1487</sup> Idem, p. 59. Deve-se ter o cuidado, todavia, de não se majorar a pena base com amparo exclusivamente em uma peculiaridade do fato que já configura elementar do tipo incriminador. Afinal de contas, do contrário, jamais a pena-base seria aplicável. Esse é o conteúdo do §46, inciso 3, StGB. Quanto ao Direito brasileiro, a respeito desse tema leia-se CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 345-346.

<sup>1488</sup> FREGE, Gottlob. Função e conceito (1891) in FREGE, G. **Lógica e filosofia da linguagem**, p. 81-110. Nesse texto, Frege desenvolve os conceitos de 'percurso de valor' e igualdade de valor de uma função. Ao que releva, ele sustenta que "Podemos nos propor a analisar as sentenças assertivas, tal como é feito com as equações e expressões analíticas, em duas partes, uma completa em si mesma e a outra insaturada e carente de complementação. Assim, pode-se decompor a sentença 'César conquistou a Gália' em 'César' e 'conquistou as Gálias'. A segunda parte é insaturada, ela contém um lugar vazio, e somente quando esse lugar é preenchido com um nome próprio, ou de uma expressão que represente um nome próprio, o sentido completo aparecerá. Aqui, também, denomino de função a referência dessa parte insaturada. Neste caso, o argumento é César." FREGE, *Op. cit.*, p. 95.

caso sob julgamento. Por exemplo, a norma 'matar alguém, pena de 06 a 20 anos', demandaria preenchimento com os detalhes do caso: 'José matou João na data de 05 de janeiro de 2000, causando a orfandade de 04 crianças e com elevado grau de culpabilidade - pena de 10 anos' etc.

Solução semelhante pode ser obtida com o recurso ao *modus ponens* (Dado A, segue-se B). A norma geral implicaria, em cada caso particular correspondente, a aplicação da sanção respectiva, calculada conforme regras de segunda ordem.

O importante é ter em conta, repise-se, que o juiz é que preencheria a norma incompleta, veiculada pela lei (e fruto da interpretação), com as variáveis do caso concreto. Mas apenas lograria êxito em fazer isso atentando para as finalidades da própria lei, o que exigiria uma leitura em contexto de intensidade, diz Puppe.

Ela apenas ressalva que, na sua obra, Gottlob Frege partiu da premissa de que uma função de frase seria preenchida com uma única variável [ $f(x) = x + 1$ , p.ex.], admitindo sempre uma análise disjuntiva 'verdadeiro ou falso'. Ou seja, a concepção de Frege ainda está impregnada de conceitos matemáticos, conceitos que admitem, no mais das vezes, respostas acuradas.

As normas jurídicas não escapam, todavia, da natural ambiguidade da linguagem. Ao contrário dos números, as palavras possuem zonas cinzentas de aplicação, razão pela qual o Direito não trata apenas da lógica, mas também de valores. Há, em cada concretização normativa, um espaço de deliberação judicial, ainda que mínimo (espaço da vontade), a ser restringido pelo Estado de Direito.<sup>1489</sup>

O preenchimento das 'funções de frase' com variáveis deve ser qualificado como justificável ou injustificável, muito mais do que como verdadeiro ou falso. Nesse âmbito, o tema diria respeito à pretensão de correção normativa, muito mais do que a pretensão de verdade própria das descrições do mundo empírico.

Puppe diz, por outro lado, que essas variáveis seriam tomadas em conta, inicialmente, em um contexto de extensão (ou seja, como referentes). Isso significa que a asserção normativa pode ser preenchida por expressões sinônimas. Quando alguém diz que 'Maringá fica no Estado do Paraná', isso também pode ser substituído por 'A Cidade Canção fica no Estado do Paraná'.

<sup>1489</sup> PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 64. Essa advertência levada a efeito por Puppe se aproxima de uma concepção positivista da decisão judicial, à semelhança daquela defendida por Kelsen (alegoria da moldura) na sua teoria pura do direito. KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 390-391. Leia-se também HART, Herbert L.A. **O conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001 e CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y lenguaje**. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

"Pode-se dizer que cada tipo contém uma pluralidade de tais normas na forma incompleta ou também que o tipo contém uma instrução para que o juiz construa uma tal norma."<sup>1490</sup> Esse seria o conteúdo da norma que versa sobre a dosimetria da pena, segundo a professora de Heidelberg.

O importante é ter em conta que, nesse âmbito, cuidar-se-ia de predicados de segunda ordem (classe de classes e propriedades de propriedades). O juiz deve examinar o grau de culpabilidade (culpabilidade intensa, fraca, normal etc). Isso apenas ganha sentido quando se tem em conta que, segundo Puppe, os tipos incriminadores não cuidam de crimes únicos, mas de espécies de crimes - i.e., trata do gênero dos furtos, homicídios, latrocínios.

Logo, ela trabalha no plano dos *act-types* de que falam von Wright, Alvin Goldman e Michael Moore, conforme acima mencionado.

Em primeiro lugar, essa concepção da lei penal pode parecer inaceitável. A norma penal deve ser aplicada sobre casos individuais e não sobre toda a classe ou sobre espécies de casos. Em segundo, nós não punimos conceitos, propriedades ou classes, mas sim autores. Não obstante isso, que os tipos - em todo caso, no cálculo da pena - poderiam e deveriam ser compreendidos como afirmações sobre espécies de delitos e não sobre cada delito individual e, por conta disso, não poderiam eles mesmos ser empregados sobre o caso concreto, porque as suas consequências jurídicas são indeterminadas. A norma, que já seja suficientemente determinada, para ser empregada diretamente sobre o caso individual, deve ser desenvolvida, antes, por meio de um ato judicial, o qual poderia ser descrito inteiramente como um ato legislativo. Essa norma judicial dispõe inicialmente algo sobre classes e propriedades de crimes individuais.<sup>1491</sup>

Para Puppe, a aplicação das normas na fase do cálculo da pena envolveria um procedimento com três etapas. Anote-se que referido critério não pode ser confundido com o chamado 'método trifásico' desenvolvido, no Brasil, por Nelson Hungria. Isso porque ela está preocupada em aferir o contexto de extensão ou de intensidade quanto à aplicação dos tipos penais, na fase da dosimetria da pena, segundo o procedimento traçado pelo Código alemão.

Na primeira fase, os elementos de um tipo são pressupostos como indicadores de propriedades de ações (como já referido acima, Puppe parte da hipótese heurística de que o objeto da censura penal seriam ações).<sup>1492</sup> Contudo, a

<sup>1490</sup> PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 65, traduziu-se.

<sup>1491</sup> Idem, p. 67, traduziu-se.

<sup>1492</sup> Ela registra que adota isso como conjetura de trabalho, a fim de aferir a sua falsidade ou verdade no curso da própria tese. PUPPE, I. *Op. cit.*, p. 40 e 69.



norma não pune propriamente uma ação individual - dado que, segundo ela, com isso não seria possível distinguir o concurso formal e os casos de especialidade.

Para a mencionada penalista, já nessa primeira fase, a norma tomaria em conta as propriedades, os adjetivos da conduta. A dosimetria da pena levaria em conta as consequências típicas dessa conduta, assim selecionada.<sup>1493</sup>

Na segunda fase, promove-se a determinação do grau de culpabilidade (culpabilidade pelo fato - *Tatschuld*). Examinam-se as propriedades do fato concreto suscetíveis de justificar a exasperação da pena-base. Segundo Puppe, essa fase eclode em uma norma geral/abstrata, conquanto seja concebida para a solução de um caso concreto.<sup>1494</sup> Ela enfatiza que essa fase implica a concretização da consequência jurídica, i.e., a definição da pena aplicável.

Nesse âmbito, "As propriedades que descrevem o injusto e a culpabilidade são as constantes que ingressam no lugar das variáveis de propriedades no âmbito da função normativa do tipo incriminador (os elementos do tipo)."<sup>1495</sup>

Ainda segundo Puppe, nessa fase a censura penal recai sobre a relação entre um 'recorte de ação', de um lado, e alguma sua propriedade, tida por relevante pela norma incriminadora, constituindo o conteúdo do injusto e da culpabilidade. Por conseguinte, ela tem em conta a teoria plural (*Mehrheitstheorie*), eis que, havendo várias adjetivações, seriam aplicáveis distintas sanções.<sup>1496</sup>

Na terceira fase, essa norma, contendo as variáveis respectivas (dosagem da culpabilidade, do resultado, das peculiaridades etc.) é confrontada com o caso singular, o que geralmente não suscita maiores problemas.<sup>1497</sup>

#### **8.1.4. A relação entre conceitos-gênero e conceitos-espécie:**

A professora de Heidelberg trata, na sequência do seu estudo, das relações entre os conceitos-gênero e os conceitos-espécie (implicados pelo gênero). Ela

---

<sup>1493</sup> Idem, p. 68-69.

<sup>1494</sup> Idem, p. 70. Ela sustenta que, de certo modo, referida norma pode ser compreendida como aplicável a um conjunto de um único elemento (i.e., as propriedades recortadas pela norma incidente, contendo a identificação do autor, local e tempo da realização típica). Essa norma concreta deve incidir em todos os casos absolutamente idênticos, caso existam tais casos.

<sup>1495</sup> Idem, ibidem, traduziu-se.

<sup>1496</sup> Idem, p. 73.

<sup>1497</sup> Idem, p. 70.

ênfatiza essa relaçaõ de dependência que existe entre o gênero e a espécie.<sup>1498</sup>

Ela ilustra essa afirmação dizendo que - caso se conceitue os animais como sendo seres vivos que consomem oxigênio, se movimentam com energia própria e se reproduzem -, eles também poderão ser classificados a partir das espécies de respiração, de movimentos que empregam ou espécies de reprodução, por exemplo.

Puppe divisa uma íntima correlação entre os conceitos de classe, de um lado, e os conceitos de ordenação e de graduação, de outro. Esses conceitos serão explicitados adiante, com lastro na obra de Gustav Radbruch.

Dado o conceito de triângulo, resta desde logo excluída a possibilidade de se encontrar um triângulo retângulo e, ao mesmo tempo, equilátero. Essa exclusão decorre da vedação da *contradictio in adjecto*. Na matemática, classificar triângulos pela sua cor é algo sem sentido, tanto quanto distinguir as relações sociais a partir das reações químicas ocorridas no interior dos sujeitos.

A observação dos exemplos matemáticos e da ciência natural ensina, porém, ao mesmo tempo, em qual sentido a tese de que a espécie é determinada pelo gênero, pela latente implicação da espécie pelo gênero, é correta: em uma linguagem exata, para cada conceito-gênero introduzido, não são ofertadas apenas as condições, sob as quais ele é preenchido, também os seus elementos necessários, assim como as diferenciações permitidas e, com isso, as espécies que são possíveis dentro desse gênero.<sup>1499</sup>

Conquanto a Ciência Jurídica empregue a linguagem corriqueira, isso não impede que haja vínculos entre os conceitos-gêneros e os conceitos-espécie elaborados no seu âmbito (conceito analítico de crime, espécies de crimes etc.).

A fim de equacionar essa relação entre gênero e espécies, Puppe socorre-se das obras de Karl Hempel e Paul Oppenheim<sup>1500</sup> e também de Gustav Radbruch.<sup>1501</sup> Haveria conceitos de classe e também conceitos ordenadores.

---

<sup>1498</sup> Isso tem relevo, na obra de Puppe, dado que ela supõe que as normas penais não incidem diretamente sobre 'recortes de ações', mas sobre classes de ações. Apenas mediante um processo progressivo de concretização é que o objeto do julgamento (o *quid* sob apreciação) seria delimitado. Essa delimitação ocorreria, ao *modus ponens*, quando as variáveis abstratas da norma fossem preenchidas com as variáveis singulares de um caso concreto. Quem manter alguém será punido com a pena entre 06 e 20 anos. Na data de 01 de janeiro de 2000, José da Silva matou João Alberto, devendo ser punido com a pena de 08 anos e 06 meses...

<sup>1499</sup> Idem, p. 81, traduziu-se.

<sup>1500</sup> HEMPEL, Karl; OPPENHEIM, Paul. **Der typusbegriff im Licht der neuen Logik** mencionada por PUPPE, I. **Op. cit.**, p. 85 e ss.

<sup>1501</sup> RADBRUCH, Gustav. Conceptos de clasificación y conceptos ordenadores en el pensamiento jurídico. Tradução do alemão para o espanhol por José Luis Guzmán Dalbora in **Revista electrónica**

Conforme sintetiza Radbruch, "os conceitos de classificação estão formados por elementos que apenas podem ser atribuídos ou negados a um fenômeno individual; ao contrário, os conceitos ordenadores contêm propriedades graduáveis, qualidades que podem ser atribuídas a um fenômeno individual em uma medida variada, em menor ou menor grau."<sup>1502</sup>

A título de exemplo, algo pode ser classificado como mineral ou como matéria orgânica (conceito de classe). Por outro lado, os minerais podem ser ordenados conforme o seu grau de dureza (conceito de ordenação).

Radbruch supunha que os conceitos ordenadores, por envolverem graduações, estariam mais próximos da linguagem cotidiana, ao contrário da acurácia exigida para os conceitos de classe (aplicam-se na base do tudo ou nada).

Os conceitos de classe retratam uma lógica disjuntiva (é isso ou aquilo), enquanto que os conceitos de ordenação retratam uma lógica graduável (mais isso que aquilo...). Na linguagem cotidiana, a distinção entre conceitos seria porosa, fugidia: a diferença entre uma duna, um monte e uma montanha evidencia isso.

Já Ingeborg Puppe tem em conta essa diferença entre a conceituação (conceito de classe), de um lado, e a comparação de qualidades (conceitos de ordenação), de outro. Ela emprega o exemplo da definição do que é a corrente elétrica - o que é um conceito de classe (definição) -, enquanto que a maior ou menor intensidade da corrente elétrica retrataria um conceito de ordenação.<sup>1503</sup>

De modo semelhante, essa seria a relação entre o movimento (conceito de classe) e a velocidade (conceito de ordenação); ou entre a velocidade (conceito de classe) e a aceleração (conceito de ordenação). Nota-se, com isso, que algo pode ser, a um só tempo, conceito de classe ou de ordenação, conforme o ângulo com que se examine. Também aqui, prevale-se a diferenciação fundamental entre contexto de extensão (conceito de classe) ou contexto de intensidade (ordenação).

Quando se examina o conceito de 'velocidade' - como a relação entre o deslocamento de um corpo e o tempo gasto nesse trajeto - como uma definição,

---

**de Ciencia Penal y Criminologia.** Disponível na internet: < <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-r3.pdf> > acesso em 16.03.2014.

<sup>1502</sup> RADBRUCH, Gustav. *Op. cit.*, p. 2. A respeito dessa diferença entre conceitos de classe e conceitos de ordenação, leia-se também DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito tributário, Direito Penal e tipo.** 2. ed. atual. ampl. São Paulo: RT, 2007, p. 51-58; DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no Direito Tributário *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais.* Vol. 31, 1987, p. 213-260.

<sup>1503</sup> PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 86. Em nota de rodapé de p. 94, ela aponta pontuais diferenças entre as concepções de Radbruch, de um lado, e Oppenheim e Hempel, de outro.

tem-se em conta a sua classe. Mas quando se examina uma maior ou menor velocidade, em confronto com outras velocidades possíveis, tem-se uma ordenação.

Puppe enfatiza que há uma diferença entre a atribuição de valor nulo a uma variável e os casos em que ela sequer pode ser aplicada. Um corpo em repouso tem velocidade nula (valor 'zero'); por outro lado, sequer se pode cogitar da velocidade de um número primo (o que seria *nonsense*).

Essa distinção já estava presente na obra do primeiro Wittgenstein, quando supunha haver alguma relação íntima entre a lógica do mundo e a lógica da linguagem. Para o primeiro Wittgenstein, o som não poderia ser descrito como azul.

Ora, no âmbito do Direito Penal, isso se traduz no emprego das variáveis tipicidade, ilicitude e culpabilidade sobre o substrato 'ação'. Essas variáveis também podem atingir o valor nulo (ausência de culpabilidade); e em alguns casos pode ser sem sentido aplicá-las (culpabilidade do poste que cai sobre a vítima).

Puppe argumenta que o conceito de ordenação - ao confrontar variáveis entre si (o diamante é mais duro que o quartzo) - também pode ser empregado para classes e para propriedades.<sup>1504</sup> Pode-se dizer, sob o ponto de vista do conceito de ordenação, que o crime A é mais grave que o crime B, sem que seja necessário aferir qual a gravidade específica de qualquer um deles - apenas se sabe que um é mais grave do que o outro.

Ela enfatiza que, no âmbito de conceitos de ordenação, podem ser empregadas relações de igualdade ( $x=y$ ) ou de hierarquia ( $x>y$ ,  $x<y$ ). A penalista tem em conta, com isso, a formação de ordens de classes, e não ordens de objetos individuais. Ou seja, ela busca examinar, sob o prisma da lógica formal, as relações entre *act-types*, e não entre *act-tokens*.<sup>1505</sup>

A sua obra sustenta, por outro lado, que uma determinada propriedade do tipo penal poderia ser decomposta em outros tantos elementos, que poderiam ser tomados como variáveis ou como constantes para a chamada 'função de frase' (*Satzfunktion*).<sup>1506</sup> E isso envolveria um problema de interpretação.

Ela ambiciona aferir, nesse exame de postulados lógicos, que espécies de

<sup>1504</sup> Idem, p. 92.

<sup>1505</sup> Idem, p. 92.

<sup>1506</sup> De certo modo, essa concepção da norma veiculada pela lei como uma espécie de 'função' - ou fórmula - a ser preenchida com as variáveis do caso, decorre da própria generalidade da lei. Como sabido, o Direito Penal é incompatível com um *bill of attainder* (i.e., uma norma destinada a atingir um grupo diminuto de pessoas). No caso brasileiro, há casos excepcionais de preceitos endereçados a um número reduzido de servidores públicos, como exemplo a lei n. 1079/1950, que define os crimes de responsabilidade. A respeito do *bill of attainder*, leia-se MOORE, Michael S. *Op. cit.*, p. 193.

diferenciação um determinado tipo penal permitiria.<sup>1507</sup> Ou seja, um exame da sua intensidade, relevante para a dosimetria da pena. A cor do objeto furtado certamente não pode ser adotada como critério para majorar a sanção.

Quando o juiz aumenta a pena do agente por conta da idade da vítima, não se trataria propriamente de violação do *ne bis in idem*. Ela concorda que a sanção não deve ser majorada, mas aponta como razão para tanto o fato de não se tratar de uma diferenciação (uma ordenação - conceitos progressivos) permitida pelo tipo penal referido.<sup>1508</sup> Variáveis como a idade, o estado de saúde, a expectativa de vida da vida não poderiam ensejar a majoração da pena, segundo ela enfatiza, mas isso não por força de uma pretensa dupla valoração penal. O motivo seria outro.

Ingeborg Puppe sustenta que o reconhecimento de atenuantes ou agravantes dependeria, em uma situação ideal, dos conceitos progressivos (conceitos de ordenação) veiculados no conceito de classe (tipo penal). Ou seja, dever-se-ia identificar o bem jurídico protegido - o que implicaria uma leitura do enunciado sob contexto de intensidade - para, em um segundo momento, aferir quais variáveis seriam permitidas para a modificação da pena base.

Algumas normas veiculariam conceitos progressivos, como, por exemplo, o grau da lesão corporal (art. 129, CP), o grau de sofrimento imposto à vítima no âmbito do sequestro (art. 148, §2º, CP). Nesse âmbito, a variação de intensidade em tais elementos justificaria a elevação da reprimenda penal.

O fato é que, segundo a professora de Heidelberg, o injusto e a culpabilidade seriam conceitos progressivos. Há condutas mais injustas que outras - truísmo dizê-lo. Ela busca, a bem da verdade, delimitar as características do caso criminal que poderiam ensejar a majoração da pena diante da regra do §46, StGB.

Pode-se cogitar, portanto, de uma ordenação de todas as características relevantes para a avaliação de um dado caso. Os legisladores tentariam reunir essas qualidades em uma descrição típica; mas jamais conseguiriam impedir que - diante de distintas valorações - não houvesse interferência entre tais enunciados.<sup>1509</sup>

Conquanto já se tenha dito que o Direito Penal seria um conjunto de ilhas de ilicitude em um oceano de licitude, no mais das vezes as ilhas comporiam

---

<sup>1507</sup> Ela busca aferir, portanto, que diferenciações um conceito-gênero admitiria. Argumenta, pois, que uma definição poderia ser alvo de diferenciações internas, com base em conceitos de ordenação (conceitos progressivos, por exemplo). A respeito, leia-se PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 127.

<sup>1508</sup> *Idem*, p. 97-98.

<sup>1509</sup> *Idem*, p. 110.

arquipélagos, mantendo-se intimamente ligadas entre si (parentesco de injusto).

### 8.1.5. A concepção de Puppe sobre o concurso formal:

Ela repisa, no terceiro capítulo da sua obra, que - mesmo que se admitisse a existência de recortes de ação anteriores ao juízo de tipicidade - isso não implicaria necessariamente a adoção da teoria unitária (*Einheitstheorie*). Afinal de contas, essa consequência somente seria admissível caso se supusesse que os tipos deveriam ser compreendidos apenas em um contexto extensional.

Para Puppe, os tipos devem ser necessariamente compreendidos também sob contextos de intensidade.<sup>1510</sup> Ou seja, devem ser examinadas as razões pelas quais aquela conduta foi rotulada penalmente; devem ser analisadas as peculiaridades da própria descrição típica (i.e., quais qualidades o legislador tomou em conta, ao rotular aquele comportamento como crime). E disso ela extrai a conclusão de que, cuidando-se de uma análise de intensidade, nada impediria que um mesmo recorte de ação fosse alvo de distintas adjectivações penais.

Vê-se, pois, que Ingeborg Puppe esposa uma concepção pluralista.

O Direito Penal não puniria a conduta, em si considerada; reprovaria, isso sim, alguma característica da ação. Desse modo, desde que um mesmo recorte empírico apresente distintas qualidades, suscetíveis de censura penal, o *ne bis in idem* não impediria a acumulação de penas, apesar de haver uma só ação.<sup>1511</sup>

Desse modo, "Com a recusa da hipótese de que, na lei penal, a descrição da conduta seja promovida em um contexto extensional, a teoria dominante quanto à necessidade de pena única para cada recorte de ação perde a sua base."<sup>1512</sup>

Da comprovação de que as descrições da ação nas normas penais aparecem em um contexto de intensidade resulta, na opinião de Puppe, que a denominada unidade de ação não leva, por si só, a uma infração da proibição da dupla valoração. Se o instituto do concurso formal se explica como uma consequência da proibição da dupla valoração, a unidade da ação não seria condição suficiente do

<sup>1510</sup> Ela argumenta, para tanto, que - caso vingasse um contexto de mera extensão dos tipos - todas as descrições do mesmo recorte de ação deveriam ser intercambiáveis. Mas isso não chega a ocorrer, dado que, conquanto o referente indicado seja o mesmo, há diferença substancial entre o homicídio e o infanticídio (ainda que, em si consideradas, as duas ações sejam 'matar alguém'). Ademais, atentando apenas para o contexto extensional, não seria possível a distinção entre concurso aparente e concurso formal. Confira-se com PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 125 e 128.

<sup>1511</sup> Idem, p. 126.

<sup>1512</sup> Idem, p. 126, traduziu-se.

concurso formal. Mas, além disso, a interpretação de intensidade dos tipos se deduz também quando a proibição da dupla valoração exige uma medição da pena unitária para várias realizações típicas, a saber, quando não apenas as ações típicas são idênticas senão, ademais, quando nas normas de medição da pena formadas segundo os distintos tipos, aparecem as mesmas propriedades. Desta maneira, o que se deve elucidar na teoria do concurso é quando as distintas normas de medição da pena teriam as mesmas propriedades, o que leva de novo ao tipo já que a norma de medição da pena se deduz do tipo.<sup>1513</sup>

Isso significa que, para ela, a 'unidade de ação' não seria um requisito imprescindível para o reconhecimento do concurso formal. Ao invés disso, dever-se-ia perquirir primeiramente a unidade ou a semelhança das normas envolvidas (p.ex., a semelhança entre a norma do art. 171 e do art. 297, Código Penal).<sup>1514</sup>

Ingeborg Puppe defende a tese, destarte, de que o §52 StGB - ao preconizar a conjugação de marcos penais, como foi mencionado acima - apenas se aplicaria aos casos de identidade parcial ou total entre as normas penais envolvidas. Em todas as demais situações, ou haverá especialidade (para ela, o único caso de concurso aparente<sup>1515</sup>) ou haverá concurso real de crimes.

Como já foi explicitado acima, a tese de Puppe limita os casos de concurso aparente - reconhecendo apenas a especialidade -, limita os casos de concurso formal - apenas os reconhecendo quando presente o parentesco de injusto entre os tipos penais incidentes -, ampliando, com isso, as hipóteses de concurso real.

Por conseguinte, a tese pode significar uma considerável ampliação do poder punitivo, sobretudo quando transportada para países que não adotam um sistema de pena unitária (*Strafseinheit*), somando todas as sanções, tal como ocorre no Brasil, diante da regra do art. 69, CP, com as limitações do art. 75, do mesmo Código e também o entendimento de súmula 715, STF.

Algumas normas encontrar-se-iam entrelaçadas; elas guardariam, entre si, um parentesco de injusto - diz Puppe com implícita referência às Investigações Filosóficas de Ludwig Wittgenstein (o conceito de semelhança de família).<sup>1516</sup>

O problema é que nem todas as normas aparentadas entre si cominariam

<sup>1513</sup> AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 235.

<sup>1514</sup> Isso é afirmado expressamente por PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 128 e 243. Mas, como se verá adiante, ela não consegue se desvencilhar totalmente do problema que a aflige - i.e., a superação de uma unidade ontológica -, eis que o 'recorte de unidades de ação' permanece importante, na sua obra, a fim de se aferir o período da vida do autor sob julgamento (e, portanto, quais a normas pertinentes).

<sup>1515</sup> *Idem*, p. 313.

<sup>1516</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico. Investigações filosóficas* (edição conjunta). 2. ed. Tradução de M. S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995, p. 228-230.

idênticas sanções. Logo, segundo ela, seria parcialmente falsa a afirmação de que uma norma incriminadora vedaria a imposição de pena inferior ao mínimo e de pena superior ao máximo. Para Puppe, apesar de a norma ter incidido no caso, o sistema permitiria a imposição de sanções superiores, desde que presente, na situação concreta, o mencionado 'parentesco de injusto' (*Unrechtsverwandtschaft*) ou 'parentesco de conteúdo' (*inhaltsverwandte Tatbestände*).<sup>1517</sup>

Os legisladores não conseguiriam evitar a edição de normas aparentadas; ou seja, não conseguiria criar normas absolutamente secantes entre si, sem elementos comuns.<sup>1518</sup> Os congressistas apenas poderiam evitar, isso sim, a acumulação de todas as consequências jurídicas da incidência conjunta dessas normas, na exata medida em que preconizam regras para o cálculo da pena.

Importa dizer: para Puppe, a incidência concomitante, em um mesmo caso, de normas dessemelhantes (i.e., não aparentadas entre si), não violentaria o *ne bis in idem*. Isso porque a sanção teria por base uma concepção de intensidade dos tipos penais envolvidos - ou seja, os detalhes da ação envolvida -, e não propriamente o 'recorte de ação', em si considerado.<sup>1519</sup>

A rigor, ela espousa uma concepção pluralista (*Mehrheitstheorie*), repita-se.

Puppe critica, tanto por isso, a redação do §52 StGB, na medida em que parece impor uma mesma sanção para questões distintas. Não teria promovido explicitamente essa necessária diferença - ela diz - entre os casos de normas aparentadas entre si (concurso formal), e os casos de incidência plural.<sup>1520</sup>

Ela advoga, pois, uma peculiar teoria sobre o concurso formal, aproximando-o do que outros autores denominam de concurso aparente. Para ela, o concurso formal apenas seria aplicável nos casos em que as normas violadas tivessem alguma semelhança entre si, mantivessem vínculos de interferência recíproca.

A penalista divisa um concurso formal entre a tentativa de homicídio e o homicídio consumado, mesmo quando se trate da mesma ação (uma espécie de delito progressivo entre a tentativa e a consumação).<sup>1521</sup> A pena do delito

---

<sup>1517</sup> PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 131.

<sup>1518</sup> Idem, p. 135.

<sup>1519</sup> Idem, p. 138.

<sup>1520</sup> Idem, p. 139.

<sup>1521</sup> Idem, p. 140. Ela critica, pois, a solução adotada pelo BGH 1, 152 (dividindo uma relação de especialidade entre a norma que regula a tentativa e a norma que trata da consumação), dado que, para ela, haveria um concurso ideal entre esses preceitos. Recorde-se, todavia, que essa sua lógica decorre de um sistema normativo que não prevê causa de aumento de pena no âmbito do concurso formal (§52, StGB), ao contrário do que ocorre com o Código Penal brasileiro (art. 70). No Brasil, por



consumado jamais poderia ficar aquém da pena cogitável para o caso de *conatus*.

Percebe-se, pois, que Puppe supõe que o §52, StGB, veicularia uma espécie de metanorma, destinada a solucionar casos de confluência de tipos penais sobrepostos (i.e., normas aparentadas). A penalista restringe, repise-se, os casos de concurso formal apenas àquelas hipóteses de normas com relação de interferência.

A professora de Heidelberg supõe que o conceito de unidade de ação seja dispensável no âmbito da teoria do concurso de crimes.<sup>1522</sup> Bastaria um exame abstrato das normas sob um contexto de intensidade, i.e., aferindo-se as razões da penalização, para que se pudesse distinguir casos de concurso formal, dos casos de concurso aparente (que ela limita à especialidade) e casos de concurso real.

Puppe tem em conta, de certo modo, a concepção de Baumgarten, quem fundava a questão do concurso na chamada rebelião contra a ordem jurídica (*Auflehnung gegen die Rechtsordnung*).<sup>1523</sup> Cada norma violada representaria, em princípio, uma insurreção contra o Direito, merecendo repressão autônoma.

Ela tem em conta, é fato, que essa concepção ainda seria caudatária de uma visão imperativa da norma. Isto é, supõe que o Direito seja um conjunto de comandos de um soberano para os seus súditos. Essa visão encontra alguma dificuldade, ademais, no âmbito dos crimes imprudentes, eis que a rebelião contra a ordem jurídica é imaginada como a violação voluntária da proibição penal.

Em outras palavras, para esse ideário, haveria tantas rebeliões contra a ordem jurídica quanto as normas violadas. Isso se traduz em uma lógica pluralista no âmbito da teoria do concurso (*Tot delicta quot leges lesae*).

Para Puppe, o fato de se cuidar de uma única ação, violadora de distintas normas, não implicaria apenas uma rebelião contra o Direito. A unidade de ação não seria suficiente para assegurar a unidade de crime. Argumenta que a coincidência apenas da variável 'x' não bastaria para que se suponha que haveria um único ponto no sistema cartesiano de coordenadas.<sup>1524</sup>

Na base dessa concepção encontra-se o ideário de um Direito Penal

outro lado, não há como falar em especialidade da consumação em face da tentativa, já que são conceitos mutuamente excludentes. Há entre ambos uma relação de heterogeneidade, empregando-se aqui a categoria de Ulrich Klug, conforme bem se evidencia com a leitura do art. 14, II, Código Penal brasileiro.

<sup>1522</sup> Idem, p. 145.

<sup>1523</sup> Sobre a tal da 'rebelião contra a ordem jurídica', leia-se SCHLEIDER, Tobías J. **Acción y resultado**: un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011, p. 44-49 e 100.

<sup>1524</sup> PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 146.

fundado em uma pretensão estatal de obediência; uma teoria de norma como imperativo e do crime como violação da paz pública.<sup>1525</sup> E esses postulados são bastante questionáveis, como se indicará na sequência.

#### **8.1.6. Tentativa de se recortar unidades de conduta a partir da psique:**

Ela argumenta que, de certo modo, a pena deve retratar a medida do descumprimento da obrigação jurídica (*Maß der Pflichtwidrigkeit*).<sup>1526</sup> O §46 StGB determina que a sanção deve ser calculada tendo em conta os propósitos e os motivos do autor, dentre outros vetores.

Daí que alguns autores sustentem que o tema do concurso deveria ser tratado no âmbito da teoria da pena, ao invés de ser ubiqüado no âmbito da teoria da teoria do fato impunível (tese de Karl Peters, por exemplo). Para essa visão, a pena estaria fundada na unidade de caráter do agente, o que acaba por implicar um Direito penal do autor.

Essa visão ampara o sistema de pena unitária (*Einheitsstrafe*), com formação de um tipo amplo destinado a viabilizar o cálculo da pena (por exemplo, a soma das penas mínimas e soma das penas máximas, a fim de se estipular uma moldura dentro da qual a sanção definitiva deveria ser calculada).

Puppe diz que poder-se-ia buscar uma espécie de critério de recorte do *continuum* da atividade do autor nos seus elementos psíquicos.<sup>1527</sup> Mas isso apenas deslocaria o problema, dada a grande dificuldade em se contar dolos envolvidos.

Ademais, ela diz que "uma propriedade de uma pessoa pode não ser idêntica com a propriedade homônima de uma ação."<sup>1528</sup> De todo modo, haveria uma distinção entre adjetivos e advérbios, de modo que uma pessoa pode ser qualificada como cruel (adjetivo - Direito penal do autor), assim como uma ação pode ser rotulada como sanguinolenta (advérbio - Direito penal do fato).

O problema é que as propriedades da ação estariam reunidas, diz Puppe, na pessoa do agente.<sup>1529</sup> Aplicar isso pode se traduzir, todavia, em uma culpabilidade

---

<sup>1525</sup> Idem, p. 149.

<sup>1526</sup> Idem, p. 151.

<sup>1527</sup> Idem, p. 154.

<sup>1528</sup> Idem, p. 161, traduziu-se.

<sup>1529</sup> Idem, p. 164.

por condução de vida; daí que não descarta em absoluto buscar um conceito de ação, enquanto fundamento/substrato dos adjetivos subsequentes.

Ela formula, portanto, um conceito de ação apenas como modelo heurístico. Argumenta que apenas o faz a fim de aferir se a hipótese provisória do trabalho - i.e., a irrelevância do conceito mesmo de ação - acabaria se confirmando.

Para Puppe, a ação é a relação entre uma pessoa e determinado comportamento.<sup>1530</sup> Esse conceito é submetido, porém, a níveis de predicados (tipicidade, ilicitude, culpabilidade).<sup>1531</sup>

A professora de Heidelberg repisa que, para ela, a diferença essencial entre o concurso formal e o concurso aparente seria a forma de relação entre os tipos envolvidos. O concurso formal implicaria uma relação de interferência entre as normas (*act-type* do roubo e *act-type* da ameaça), enquanto que o concurso aparente se resumiria à especialidade, com relação de inclusão (*act-type* do homicídio e *act-type* do infanticídio, por exemplo).<sup>1532</sup>

Ela supõe, como se percebe, que a relação entre as normas possa ser aferida em um plano abstrato, independentemente do caso concreto surgido.<sup>1533</sup> Cuidar-se-ia de mera relação entre *act-types*, para empregar aqui o conceito de Goldman.

Todo homicídio também é uma lesão corporal, conclusão que não depende da experiência, já que decorreria dos conceitos respectivos (juízo analítico kantiano). Por conseguinte, haveria uma semelhança de família entre esses enunciados.

Mas o fato é que, em que pese esse hercúleo esforço de fundamentação, Puppe não concebe abrir mão totalmente do conceito de ação. Ainda que o homicídio e a lesão corporal possam ser tidos como *act-types* semelhantes, com parentesco de injusto, somente se poderia falar em concurso formal quando cometidos simultaneamente (§52 StGB).

Ademais, ela reconhece que há alguma dificuldade em se tratar do tal do parentesco de injusto, dada a própria ambiguidade do conceito. Os juristas normalmente supõem que as palavras veiculam o mesmo sentido, mesmo quando empregadas em distintos enunciados.<sup>1534</sup> No entanto, o sentido de uma expressão

---

<sup>1530</sup> Idem, p. 165.

<sup>1531</sup> Idem, p. 170.

<sup>1532</sup> Idem, p. 51, 129, 133 e 171. Em p. 138 ela menciona o clássico exemplo do estupro, incesto e adultério, destacando que essas três infrações, previstas no Código Penal de então, manteriam, entre si, uma semelhança de família.

<sup>1533</sup> Idem, p. 173.

<sup>1534</sup> Idem, p. 174.

depende do contexto e do intérprete, como já foi destacado acima.

Para Ingeborg Puppe, haveria uma relação de especialidade entre homicídio e lesão corporal.<sup>1535</sup> Ela sustenta, todavia, que seria metodicamente incorreto e também supérfluo fundamentar essa relação de especialidade no conhecimento ou na vontade do autor;<sup>1536</sup> o problema demandaria apenas confronto entre enunciados.

A professora de Heidelberg também divisa, por sinal, a ocorrência de concurso formal entre roubo e violação de domicílio,<sup>1537</sup> ou entre furto e fraude, porquanto manteriam certo parentesco de injusto entre si.

Nesse âmbito se coloca, então, o problema da relação concursal entre crimes permanentes e crimes instantâneos. Para Puppe, quem furta um veículo e o conduz sem autorização, incorreria em concurso real entre o crime do §242, StGB (furto) e do §21 do *Straßenverkehrsgesetz - StVG* (condução sem licença).<sup>1538</sup>

Ela argumenta que, por mais que se possa falar que os crimes teriam sido cometidos com uma única ação (ação de furtar + ação de conduzir sem licença), os bens jurídicos tutelados pelos dispositivos seriam distintos entre si. Entre a norma que define o furto e a norma do §21 StVG não haveria parentesco de injusto.

Por conseguinte, vê-se que Puppe tenta solucionar os problemas do efeito abraçadeira (*Verklammerungswirkung*) - tema que será detalhado adiante -, com a mera análise das normas e dos bens jurídicos tutelados. Ela reputa, por conseguinte, que a cláusula do §52 StGB, ao definir o concurso formal, apenas poderia ser aplicada quando as próprias normas guardassem uma relação de interferência entre si, por terem elementos de injusto em comum (semelhança de família).

Segundo ela, o círculo dos tipos aparentados de injusto seria tão grande quanto a quantidade de elementos comuns mantidos entre as normas. Quanto mais gerais os interesses tutelados por determinada norma, mais frequentes seriam os casos de semelhança de família com outros preceitos penais.<sup>1539</sup>

Levado a extremos, porém, isso poderia implicar um parentesco de injusto entre todas as normas criminais, supondo-se que todos os tipos teriam em comum a insurreição contra a ordem jurídica (Baumgarten) ou a perturbação da paz pública. Puppe recusa, porém, essa conclusão, ao argumento de que deveriam ser

---

<sup>1535</sup> Idem, ibidem.

<sup>1536</sup> Idem, p. 180.

<sup>1537</sup> Idem, p. 183.

<sup>1538</sup> Idem, p. 184.

<sup>1539</sup> Idem, ibidem.

examinados os bens jurídicos específicos, tutelados pelas normas envolvidas.

Percebe-se, portanto, que esse critério - o tal parentesco de injusto - acaba dependendo das interpretação dos preceitos penais invocados em cada contexto de vida. Com isso, o reconhecimento da presença de um concurso formal ou de um concurso real torna-se bastante contingente, incrementando-se a insegurança jurídica e o Estado de polícia.

### 8.1.7. Identidade parcial entre os tipos:

O problema da identidade parcial entre os tipos suscita o problema do efeito abraçadeira. Ou seja, discute-se em que medida determinados delitos - por exemplo, os crimes permanentes ou os crimes continuados - teriam o condão de unificar outros dois crimes, entre si autônomos, mas cometidos no seu âmbito.

Quando o sujeito, conduzindo o veículo sob efeito de embriaguez (art. 306, lei 9.503) atropela inicialmente uma pessoa, provocando-lhe lesões corporais graves (art. 129, §1º, CP) e, sem interromper seu trajeto, logo adiante atinge outra vítima, matando-a (art. 121, CP), a questão está em saber se todos esses crimes teriam sido cometidos em concurso formal, dada a identidade parcial entre as ações.

No exemplo dado, pode-se dizer que o delito do art. 306, Código de Trânsito - condução de veículo sob efeito de álcool - teria sido realizado com a mesma ação com que ele atropelou ambas as vítimas. Basta ter em conta que não tenha interrompido a condução, não tenha parado a referida atividade.

Isso suscita complexas questões no âmbito da dogmática penal. Sobremodo porquanto pode ensejar uma ligação - efeito abraçadeira - entre delitos autônomos entre si (a lesão corporal e o homicídio, no exemplo acima).

Os casos mais polêmicos tratam dos crimes cometidos no seio de associações delitivas: quadrilhas, associações terroristas etc. Muitos reputam ser injusto o reconhecimento de concurso formal entre quadrilha e o delito cometido no seu âmbito, dado que seria indevida a atenuação inerente ao §52, StGB.<sup>1540</sup>

---

<sup>1540</sup> Idem, p. 203. A respeito do tema, leia-se ainda WERLE, Gerhard. **Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung**. Duncker & Humblot, 1981, p. 160-189. Argumenta-se contra o reconhecimento de um concurso formal (§52, StGB) sobretudo que isso afrontaria a percepção corrente de que, quando o agente pratica dois delitos, o reconhecimento de um terceiro crime deveria majorar a pena, ao invés de reduzi-la. Em solo alemão, dado que a lei não prevê causa de aumento da sanção (ao contrário do art. 70, CP brasileiro), o reconhecimento do concurso formal entre crimes autônomos entre si, mas praticados no âmbito de

No âmbito da teoria da unidade (*Einheitstheorie*), que adota como critério para solução dos casos de concurso a quantidade de ações praticadas (distinção concurso formal/concurso material), discute-se se bastaria a identidade parcial entre as ações. A ação de conduzir o veículo não é totalmente idêntica à ação de atropelar a primeira ou a segunda vítima. Mas uma parte da conduta mais ampla - a ação de dirigir o veículo - é idêntica ao ato de atropelar a vítima.

Esse tema será alvo de maior detalhamento adiante.

No momento, no que toca à presente tentativa de expor o pensamento de Ingborg Puppe, cumpre ter em conta que ela resolve essa questão no âmbito da comparação das normas envolvidas. Vale dizer, ela sustenta que o problema não seria resolvido pela aferição da identidade parcial das ações em causa.<sup>1541</sup>

Ela repisa que o concurso formal apenas poderia ser reconhecido nos casos em que as normas penais incriminadores mantivessem uma relação de mútua interferência. Melhor dizendo, quando mantivessem elementos de injusto comuns, de modo que isso indicasse que os parlamentares teriam considerado motivos semelhantes para reprimir determinado comportamento sob distintas normas (contextos de intensidade parecidos, em suma).

Vê-se que ela cobra requisitos que não são verbalizados pelo §52, StGB.

Puppe parte, para tanto, da premissa de que seria possível reconhecer semelhança entre normas incriminadoras pelo fato dos enunciados penais respectivos veicularem elementos de injusto comuns (p.ex., o elemento 'agressão à incolumidade física', presente nos *act-types* do homicídio e da lesão corporal; o elemento 'fraude' presente no estelionato e da falsidade documental).<sup>1542</sup>

Ela se ampara em uma cogitada intercambialidade (*Vertauschbarkeit*) entre os tipos penais de determinados crimes, desde que mantenham essa alegada semelhança de família, aferida em contexto de intensidade.

A professora busca resolver o dilema entre o *ne bis in idem*, de um lado, e o *tot poenam quot delicta*, de outro. Diz que elementos importantes para a reprovação

---

uma quadrilha ou organização terrorista, acabaria por favorecer o agente, ao contrário daquele outro que apenas houvesse cometido os mesmos dois delitos, sem compor dita associação. A dogmática bate-se, nesse tema, com o problema a identidade parcial entre ações e sua transitividade. Para certa teoria, se  $A \approx B$ , e  $B \approx C$ , ergo  $A \approx C$ , conquanto não haja identidade parcial entre A e C. Por seu turno, Puppe pretende ofertar uma resposta para essa questão, de modo a fundamentar um concurso real, a despeito da regra do mencionado §52, StGB. No seu entender, apenas quando presente o tal 'parentesco de injusto' é que o concurso formal/ideal poderia ser divisado.

<sup>1541</sup> PUPPE, Ingborg. *Op. cit.*, p. 186, 187 e 206.

<sup>1542</sup> Idem, p. 191.

do fato não poderiam ser desconsiderados, razão pela qual somente divisa o concurso formal (§52, StGB) naquelas hipóteses de normas sobrepostas.

Isso bem evidencia que, de certo modo, Puppe filia-se à *Mehrheitstheorie*.<sup>1543</sup>

Para a jurista, sua tese solucionaria de forma mais adequada os fatos coapenados (ante e pós-fatos delitivos).<sup>1544</sup> Isso porque, deixando de lado os problemas quanto à unidade de ação, muitos casos poderiam ser resolvidos por força da comparação recíproca das próprias normas incidentes.

Também nesse âmbito haveria, quando muito, identidade parcial entre as ações de cometimento dos delitos. Mas isso não impediria o reconhecimento de concurso formal, desde que presente a mesma *mens legis* para a incriminação.

Como já se advertiu acima, Puppe não consegue se desvencilhar totalmente, porém, do conceito de ação. Isso porque essa comparação das normas demanda que sejam aplicáveis ao mesmo recorte empírico. Do contrário, dever-se-ia reconhecer concurso formal entre um crime de fraude cometido em janeiro de 2000 e um crime de estelionato cometido dez anos depois, por força do simples parentesco de injusto entre os tipos.

E isso se convolaria, então, em carta de indenidade. Bastaria ao agente ter cometido um crime de fraude para que, ato contínuo, pudesse cometer delitos assemelhados, porquanto já abrangidos pela norma do §52, StGB. Daí ser incontornável a conclusão de que o recorte temporal é imprescindível.

Essa questão será mais bem explicitada adiante.

Ao que releva no momento, Puppe filia-se, de algum modo, à distinção que já havia sido promovida por Beling entre tipo amplo e tipo estrito.<sup>1545</sup> Reconhece, pois, que determinadas peculiaridades do crime devem ser consideradas por época do cálculo da pena (tipo amplo), tais como a intensidade da culpabilidade do agente, o grau da lesividade do resultado etc. Nesse âmbito, ela destaca a importância dos já mencionados conceitos de ordenação, aludidos inicialmente por Hempel e Oppenheim, e alvo da atenção de Gustav Radbruch.<sup>1546</sup>

---

<sup>1543</sup> Conquanto ela tenha criticado ao longo da obra algumas premissas esposadas pela teoria pluralista, conforme se vê em PUPPE, *Op. cit.*, p. 219.

<sup>1544</sup> Idem, p. 196.

<sup>1545</sup> Idem, p. 198. A respeito dessa distinção, leia-se também MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 148.

<sup>1546</sup> RADBRUCH, Gustav. Conceptos de clasificación y conceptos ordenadores en el pensamiento jurídico. Tradução do alemão para o espanhol por José Luis Guzmán Dalbora in *Revista electrónica*

Puppe advoga, com isso, que o juiz deve concretizar a norma (substituição das variáveis do tipo penal - *Satzfunktion* - pela identificação concreta do autor, da vítima, dos detalhes do crime etc.). E, ao fazê-lo, deve então elaborar um tipo amplo para a medição da pena, tomando em conta a conjugação das normas aplicáveis ao caso (maior pena mínima e maior pena máxima, na forma do §52, StGB).

#### 8.1.8. Ainda sobre a concepção de Puppe sobre o concurso formal:

Ingeborg Puppe enfatiza, nesse rastro, que a identidade da ação pela qual as normas teriam sido violadas não seria uma condição suficiente para o reconhecimento de um concurso formal. Ela não deixa totalmente claro se a unidade de ação seria necessária para isso.

Afinal de contas, a jurista sustenta que o concurso formal poderia ser divisado nos casos de pluralidade de ações, aqui compreendidas como movimento corpóreo. Com efeito, ela advoga a viabilidade de aplicação do §52, StGB nos casos de ante e pós-fatos delitivos.

Puppe supõe que, quando dois tipos se encontram em concurso formal (parentesco de injusto), a relação é transitiva. Melhor dizendo, dever-se-ia chegar sempre à mesma pena, independentemente de qual norma o juiz teria partido para o cálculo da sanção respectiva.<sup>1547</sup>

Isso decorreria da já mencionada intercambialidade (*Vertauschbarkeit*) dos elementos de injusto presentes em normas aparentadas. A prática infirma, porém, esse pressuposto, dado que o sistema dificilmente preconiza um gradiente de penas absolutamente consistentes e coerentes entre si.

O fato é que Puppe explica um conceito muito peculiar de crime: um crime unitário é aquele *quid* subsumível sob uma norma de medição de pena.<sup>1548</sup> Repisa, então, que a análise dos tipos penais deve privilegiar um contexto de intensidade (i.e., o exame das peculiaridades, das qualidades da ação que são tomadas em conta pela rotulação penal respectiva).

Daí que ela não se ampara em um conceito de ação anterior ao juízo de tipicidade. Apenas seriam relevantes as ações de latrocínio, homicídio, lenocínio,

---

**de Ciencia Penal y Criminologia.** Disponível na internet: < <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-r3.pdf> > acesso em 16.03.2014.

<sup>1547</sup> PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 219 e 224.

<sup>1548</sup> Idem, p. 220.



estupro, aborto, furto etc., à semelhança do que dizia Binding: "O que acção é ou significa fora do Direito é, para o domínio desse, indiferente."<sup>1549</sup>

Com isso, a partir das suas premissas, a professora de Heidelberg desloca o problema para a aferição dos critérios para se identificar normas aparentadas. O essencial seria aferir se os motivos da incriminação seriam semelhantes, i.e., se os bens jurídicos tutelados gravitariam em torno de um núcleo comum.<sup>1550</sup>

### 8.1.9. A constituição da unidade do crime:

Nessa toada, Puppe busca recortar a unidade de crime, partindo da quantidade de normas violadas de modo autônomo. Uma vez mais, ela vincula-se ao aforismo *tot delicta quot leges lesae*.

Ela argumenta não carecer de um nível substancial, de uma espécie de substracção para alocação dos adjetivos ("*Wir brauchen dazu keine besondere Konstitutionsstufe der Handlung, aber auch keinen allgemeinen Begriff des einzelnen Verhaltens und keine V-Variablen*").<sup>1551</sup>

A jurista ilustra sua preocupação com aquilo que Lobo Moutinho chama de 'desdobramento dos tipos'.<sup>1552</sup> Isso é, casos em que, a despeito de haver uma única ação, a doutrina e a jurisprudência costumam reconhecer a presença de vários crimes, dado que em causa bens jurídicos altamente pessoais.

É a hipótese, por exemplo, em que o agente coloca uma bomba em um restaurante, matando centenas de pessoas. Em que pese haver uma só ação, muitos teóricos propugnavam a presença de centenas de homicídios, por conta da dignidade do bem jurídico atingido.

Levada a teoria unitária (*Einheitstheorie*) a seu extremo, apenas haveria um delito, porquanto presente um único recorte de ação. Essa é a concepção de Eugênio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, como sabido.<sup>1553</sup>

<sup>1549</sup> BINDING *apud* MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 33.

<sup>1550</sup> PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 221-223.

<sup>1551</sup> Idem, p. 232. Em tradução livre, "Nós não precisamos, com isso, de nenhum nível especial de constituição da ação, e tampouco precisamos de algum conceito geral de comportamento unitário e de variável comportamental."

<sup>1552</sup> Idem, p. 239. Ver também MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 95: "Tipos descritos em tais disposições legais - escreve a respeito das disposições legais que visam proteger bens jurídicos eminentemente pessoas - desdobram-se assim em tantos outros quanto os possíveis indivíduos aos quais se estende a proteção da lei."

<sup>1553</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 858.

Esse mesmo problema não se colocaria, todavia, quando em causa delitos patrimoniais. Em regra, a jurisprudência e a doutrina aceitaram tranquilamente a presença de um único crime de furto quando o agente, mediante uma ação, subtrai bens de proprietários distintos.<sup>1554</sup>

Para a penalista, o injusto concreto não é a ação enquanto qual, mas sim aquelas propriedades que a tornam ilícita.<sup>1555</sup> O injusto deveria ser examinado privilegiando-se uma leitura dos tipos penais sob contexto de intensidade. E isso implica que, como regra, a sua tese enseja maior incidência de concurso real.

O concurso ideal homogêneo não poderia ser reconhecido quando em causa bens jurídicos altamente pessoais com vítimas distintas, dado que as distintas variáveis (diferentes vítimas) teriam o condão de implicar a presença de distintas normas de medição de pena, e, tanto por isso, diferentes crimes.<sup>1556</sup>

Como se mencionará adiante, essa concepção é bastante semelhante àquela defendida, tempos antes, por Eduardo Correia, quem também advogou uma tese pluralista (tantas normas descumpridas, tantos os crimes).<sup>1557</sup>

Puppe até chega a discorrer sobre a busca de unidade elementar de conduta,<sup>1558</sup> à semelhança dos esforços de Arthur Danto, acima aludido. Conclui,

---

<sup>1554</sup> PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 233-234. Ela argumenta, todavia, que, em termos absolutamente lógicos, nada impediria a multiplicação de delitos conforme a quantidade de variáveis normativas. A subtração de dois objetos de um mesmo proprietário poderia ser tomada como dois furtos; assim como a subtração de uma coisa pertencente a duas pessoas também poderia ser suposta como uma pluralidade de crimes. Percebe-se que esse argumento guarda certa semelhança com a tese de Alvin Goldman, acima equacionada, para quem haveria tantas ações quanto fossem as propriedades ilustrativas dos *act-types* respectivos.

<sup>1555</sup> *Idem*, p. 237.

<sup>1556</sup> *Idem*, p. 239 e 243. É importante destacar que a jurista de Heidelberg argumenta que o conceito de ação desenvolvido no âmbito da teoria do fato impunível (ação do causalismo, finalismo, funcionalismo etc.) não desempenharia nenhum papel no âmbito da sua teoria sobre o concurso de crimes. Algo semelhante é aludido por Roxin e Jescheck, quando tratam da unidade natural de ação. Confira-se PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 243 e ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil**: Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat. Munique: Verlag CH Beck, 2003, p. 799. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. 5. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Colmares, 2002, p. 765.

<sup>1557</sup> Anote-se, todavia, que Eduardo Correia atribuiu significativo peso, na sua teoria, para a quantidade de intenções envolvidas. Ele supunha que cada resultado lesivo correspondia a um dolo/culpabilidade (dado que ele ainda mantinha algum vínculo com a concepção pré-finalismo, notadamente com a concepção de Edmund Mezger). Leia-se, a respeito, CORREIA, Eduardo Henrique da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal**: I. Unidade e pluralidade de infracções; II. Caso julgado e poderes de cognição do juiz. Coimbra: Almedina, 1996, p. 92 e 95.

<sup>1558</sup> PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 249. Ela ilustra com o soco, ataque, o apertar do gatilho do revólver etc. Em p. 255 da mesma obra, Puppe discorre sobre a unidade natural da ação, a fim de aferir se poderia servir de elemento de constituição da unidade do crime. Também nesse âmbito, todavia, a sua análise é cética. Diz que apenas o exame das normas incidentes poderia revelar a presença de concurso formal ou concurso real, dado que limita a aplicação do §52, StGB, aos casos em que haja 'parentesco de injusto', i.e., incidência de normas com relação de interferência recíproca.

todavia, que referido substrato ontológico seria irrelevante para a diferenciação entre concurso real e concurso formal de crimes.

Ou seja, ela só admite o enunciado 'crime é ação', quando se toma a expressão 'ação' em um sentido normativo, como sendo a descrição coletiva dos tipos penais incidentes (uma espécie de tipo de segundo nível). Mas, a vingar isso, a frase seria trivial, dado que trataria justamente da tipicidade.

Ela prefere abrir mão, destarte, do emprego do conceito de ação no âmbito da teoria do concurso. A questão está em saber se, de fato, ela logra êxito nesse seu intento. Adiante, isso será alvo de maiores considerações.

Sua obra enfatiza, por sinal, as dificuldades presentes no tratamento do concurso de crimes omissivos, justamente por se cuidar de uma abstenção do cumprimento da ação mandada.<sup>1559</sup>

Puppe tem em conta, nesse âmbito, o chamado princípio do regresso ou da inversão (*Umkehrprinzip*), desenvolvido por Armin Kauffman.<sup>1560</sup> Uma forma de se contar as omissões respectivas seria aferir quantas ações teriam sido necessárias para satisfazer todas as normas violadas.

Um exemplo: duas crianças se afogam na piscina, enquanto o salva-vidas assiste impávido. Caso lhe fosse dado salvar ambas com uma conduta, haveria uma omissão. Do contrário, exigindo-se mais atuações, haveria então mais delitos omissivos, desde que preenchidos os demais requisitos para o seu reconhecimento.

De todo modo, ela tem em conta a necessidade de promover um destaque, um recorte, do *continuum* da atividade do agente, a fim de delimitar o que deve ser alvo do juízo penal.<sup>1561</sup> Esse é um problema bastante difícil no que toca aos delitos omissivos (eis que, quanto aos comissivos, comumente a doutrina e jurisprudência invocam a questão da unidade natural de ação - alvo da crítica de Puppe).

---

<sup>1559</sup> Idem, p. 270. Quanto ao concurso no âmbito dos crimes omissivos, leia-se também TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 414-419. Puppe tem em conta, ao que releva, que a rotulação da omissão penal implicaria maior restrição da liberdade individual do que a rotulação da comissão. No caso da omissão, está dito desde logo o que deve ser feito em um momento determinado (restando ilícito tudo o mais); enquanto que, na comissão, apenas se diz o que é proibido (restando permitido todo o mais). PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 271. Compare-se também com MOORE, Michael S. **Act and crime**, p. 25 e ss.

<sup>1560</sup> KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Tradução do alemão para o espanhol por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2006, p. 204-205. Leia-se também TORRES, Margarida Roig. **El concurso ideal de delitos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 19.

<sup>1561</sup> PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 282.

### 8.1.10. Concurso aparente para Ingeborg Puppe:

A penalista sustenta, de outro tanto, que o único caso de concurso aparente (unidade de lei) seria a especialidade. Nesse caso, haveria uma relação de inclusão entre o tipo especial e o tipo geral, na forma preconizada por Ulrich Klug.

Ela faz verdadeira concessão à especialidade, na medida em que busca assegurar a aplicação dos tipos penais privilegiadores, p.ex., o tipo penal do infanticídio quando confrontado com o homicídio, ou a subtração de coisa de pequeno valor (art. 155, §2º), quando confrontado com o tipo do art. 155, *caput*, CP.

Ora, a vingar a sua tese, a adequação formal de um ou mais comportamentos a várias normas levaria, como regra, ao reconhecimento de um concurso material de crimes. O concurso formal somente seria cabível quando as normas incidentes mantivessem elementos de injusto em comum (relação de interferência entre os enunciados).

Reconhecido o concurso material, isso levaria à elaboração de um tipo geral de cominação de pena (a pena global prevista nos §§53 e 54, StGB):

§54 - Formação da pena global.

(1) Se uma das penas únicas é a pena privativa de liberdade, então será imposta como pena global a pena privativa de liberdade perpétua. Nos casos restantes, a pena global será obtida através da elevação da pena mais grave em que se tenha incorrido. Nas penas de distinta classe, a pena global será obtida mediante a elevação da pena da classe mais elevada. Para isso serão avaliadas conjuntamente a personalidade do autor e as particularidades dos fatos puníveis.

(2) A pena global não pode alcançar a soma das penas particulares. Nos casos de pena privativa de liberdade temporária, a pena global não pode superar o limite de 15 anos; nos casos de pena pecuniária, não pode superar o valor do patrimônio do autor e, nos casos de multa, não pode superar o valor de 720 unidades diárias. O §43, inciso 1, terceira parte deverá ser aplicado no que for pertinente.

(3) Devendo-se formar uma pena global da pena privativa de liberdade e uma pena de multa, então para a determinação da soma das penas individuais, a unidade diária corresponderá a um dia de pena privativa de liberdade.

Caso seja aplicado o concurso formal, a solução será o cálculo da pena na forma do §52, StGB. Isto é, a definição de uma moldura penal, dosando-se a sanção entre a maior pena mínima e a maior pena máxima cominadas pelos tipos incidentes. Suponha-se, por exemplo, que sejam aplicáveis naquele contexto os tipos A e B, cujas penas sejam, respectivamente, de 04 a 10 anos de reclusão e de

02 a 12 anos de reclusão.

Nessa hipótese, como já foi registrado acima, a moldura penal para o cálculo da pena deverá ter pena mínima de 04 anos e pena máxima de 12 anos, mediante combinação dos marcos sancionatórios de ambos os dispositivos (§52, StGB).<sup>1562</sup>

Essa é uma das razões pelas quais Puppe sustenta que o concurso formal ensejaria uma relação de mútua imbricação entre as normas penais incriminadoras. Isso apenas pode ser cogitado no âmbito da legislação alemã, eis que não prevê causa de aumento de pena e aplica um efeito de bloqueio quanto à pena mínima (*Sperrwirkung des milderer Gesetzes*).<sup>1563</sup>

Percebe-se facilmente que o contexto em que a tese de Puppe foi desenvolvida é muito diferente daquele vigente em boa parte dos países da *Civil Law*. No mais das vezes, o concurso formal implica uma causa de aumento de pena, não havendo essa fusão de marcos penais (até porque isso decorre, em solo alemão, da lógica inerente à formação de uma pena global - §54, StGB, já citado).

A outra hipótese cogitável, para além do concurso real e concurso ideal, seria o concurso aparente ou 'unidade de lei'. Ingeborg Puppe argumenta que o único caso de concurso aparente seria a especialidade; e tem em conta, a rigor, muito mais a especialidade privilegiadora (redução da pena de um tipo básico).<sup>1564</sup>

---

<sup>1562</sup> Sobre essa combinação do limite mínimo e do limite máximo de pena, leia-se TORRES, Margarida Roig. *Op. cit.*, p. 64, traduziu-se: "O princípio da cominação somente deve ser empregado para determinar a pena das normas que concorrem idealmente e que permitem impor uma sanção no caso concreto. É dizer, este princípio não atua quando uma das normas penais não pode ser aplicada por faltar um pressuposto processual e resultar o tipo inaplicável (por exemplo, por não ter sido apresentada a queixa quando necessária, ou caso esta tenha sido apresentada de modo defeituoso, ou por ter sido operada a prescrição). Tampouco esse princípio vigora quando há uma causa de exclusão ou de exoneração da pena frente a um dos delitos, o que obriga o juiz a cingir-se às penas cominadas nos demais preceitos infringidos, deixando esse fato claro na sentença."

<sup>1563</sup> Segue um exemplo de um suposto efeito de bloqueio, em solo brasileiro (caso a tese a Ingeborg Puppe fosse admitida): imagine-se que alguém falsifique documentos públicos para o fim de cometer estelionato. Nesse caso, cogita-se da incidência do art. 297, CP (pena de 02 a 06 anos de reclusão) e do art. 171, CP (pena de 01 a 05 anos). Supondo-se que o estelionato absorva o crime de falso (lógica da súmula 17, STJ) e supondo-se que o tal 'efeito de bloqueio' fosse aplicado em solo brasileiro, isso significaria que a pena mínima jamais poderia ficar aquém dos 02 anos de reclusão (incidência da maior pena mínima, dentre os tipos respectivos). Essa é a lógica presente no §52, StGB, que supõe, de certo modo, que deve prevalecer, como regra, o tipo penal com pena superior. No exemplo dado, a vingar essa premissa, o *act-type* do estelionato não poderia ser o tipo prevalente, porquanto sua pena máxima é inferior à do art. 297, CP. De todo modo, o exemplo se presta a ilustrar as diferenças gritantes existentes entre a sistemática germânica e a sistemática brasileira, no que toca ao tema em causa. Leia-se CHEQUER, Cláudio. O concurso aparente de normas, o efeito de bloqueio do Direito Alemão e sua aplicação no Direito Brasileiro *in Carta Forense*. Disponível na internet: <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/o-concurso-aparente-de-normas-o-efeito-de-bloqueio-do-direito-alemao-e-sua-aplicacao-no-direito-brasileiro/12743>>. Acesso em 02.04.2014.

<sup>1564</sup> PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 313 e 355 ("*Die einzige Form der Gesetzeskonkurrenz ist die Spezialität im logisch strengen Sinne.*"). Em tradução livre, "A única forma de concurso de normas é a especialidade no sentido lógico estrito.

As hipóteses de subsidiariedade e de consumação deveriam ser tratadas, segundo a obra em exame, como casos de concurso formal,<sup>1565</sup> e isso desde que apresentassem realmente o tal 'parentesco de injusto'.

No que releva à presente tentativa de síntese do denso estudo de Ingeborg Puppe, vê-se que ela acaba por ampliar os casos de concurso real - tantos crimes quantas as normas violadas -, ao mesmo tempo em que restringe significativamente o âmbito de aplicação do concurso aparente.

A meio caminho, fica o concurso formal, somente cogitável, segundo ela, quanto às normas que mantenham uma mútua imbricação entre si, ou seja, que possuam elementos de injusto comum (fraude e estelionato, lesões e homicídio etc), e contanto que não lesionem bens jurídicos altamente pessoais.

Por mais que a sua tese sobre a 'unidade de lei' possa ser aproximada à proposta de Jakobs - quem também diz apenas reconhecer o postulado da especialidade -, há grande diferença entre ambas as teses. Jakobs reconhece a subsunção e a subsidiariedade, ainda que o faça com outros nomes (sub-casos da especialidade).

Isso não ocorre com Puppe, quem argumenta que essas questões deveriam ser tratadas sob a égide do §52, StGB. Ao que releva, essas são as principais linhas traçadas na obra '*Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen.*'

Passa-se a uma breve análise crítica.

#### **8.1.11. Avaliação crítica da tese de Ingeborg Puppe:**

Percebe-se, do longamente exposto até aqui, que Ingeborg Puppe advoga uma tese muito peculiar sobre o concurso de crimes. De certa forma, ela amplia o espectro do concurso material, na medida em que reduz os casos de concurso formal apenas às hipóteses de incidência de normas com o tal parentesco de injusto.

Por outro lado, a professora de Heidelberg restringe significativamente os casos de concurso aparente (unidade de lei), limitando-os à especialidade. E assim o faz em prol dos tipos privilegiadores, à semelhança do infanticídio quando confrontado com o homicídio.

Conquanto ela acabe por estabelecer alguns limites à concepção pluralista (*Mehrheitstheorie*), por força justamente de reconhecer os casos de 'semelhança de

---

<sup>1565</sup> Idem, p. 356.

família' entre algumas normas, é indiscutível que Puppe advoga uma concepção fundada na incidência típica (*Tot delicta quot leges lesae*).

Quando as penalidades legais se referem a singulares propriedades de uma acção e não à acção enquanto tal, não é nenhuma infracção da proibição de dupla valoração irrogar diferentes penas por causa de diferentes propriedades de um indivíduo-acção, desde que aquelas propriedades sejam materialmente independentes uma das outras. A identidade do indivíduo-acção não é, por isso, fundamento suficiente para a identidade da pena.<sup>1566</sup>

O problema é que essa contraposição entre contexto de extensão e contexto de intensidade pode suscitar grandes dúvidas. Todo enunciado possui ambos os contextos, dado que o observador depara-se com distintos critérios de diferenciação - como já visto acima, com a menção da obra de Spencer-Brown.

Pode-se examinar o referente (o *quid* indicado pela linguagem) ou a própria linguagem (a razão pela qual ela teria tomado esse *quid* em conta). Ao se examinar a norma do art. 121, CP - o homicídio - pode-se atribuir peso tanto para o movimento corpóreo, para a intenção do agente ou para o motivo pelo qual a acção é proibida.

Melhor dizendo, o observador pode examinar a acção aludida pela norma; o resultado mencionado no tipo, o bem jurídico protegido etc. Pode-se privilegiar a simples indicação de determinados objetos (contexto de extensão) ou a razão pela qual tais objetos teriam sido indicados (contexto de intensidade).

A dificuldade está no fato de que esses dois aspectos da linguagem parecem indissociáveis, tal como a face de Janus. O Direito Penal não pune ações, em si consideradas; ele reprovava ações lesivas a bens jurídicos (postulado da ofensividade). Mas a norma criminal tampouco reprovava a mera afetação aos bens jurídicos: ela trata apenas das afetações provocadas por ações humanas, dado que evidentemente não tem o condão de reprovava mortes causadas por raios, terremotos e outros desastres naturais.

Ingeborg Puppe tem razão quando diz que a interpretação da lei penal não pode privilegiar exclusivamente um contexto de extensão. Afinal de contas, apenas quando se examina a própria norma incriminadora é que resta possível distinguir, por exemplo, a conduta da tentativa do homicídio e a lesão corporal; o uso de documento falso e o estelionato etc.

Percebe-se, tanto por isso, que o contexto de intensidade - i.e., a identificação

<sup>1566</sup> PUPPE, Ingeborg *apud* MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 344.

do escopo da norma (a razão pela qual a conduta teria sido descrita no tipo incriminador) - exerce fundamental importância no âmbito penal. Destaque-se que os detalhes da conduta devem pesar, ademais, na dosimetria da pena (art. 59, CP).

Mas isso não pode levar a uma espécie de substantivação dos adjetivos. Não é o caso de se aplicar certo platonismo, convertendo o crime em uma espécie de entelúquia - como se o crime fosse a abstrata ofensa de um bem jurídico; ao invés de ser uma concreta ação que afronta ou coloca em perigo dito bem.<sup>1567</sup>

Corre-se o risco de se aplicar, nesse âmbito, as teorias multiplicadoras, à semelhança daquelas cogitadas por Alvin Goldman, acima mencionado. Como já foi registrado, esse filósofo norteamericano sustenta que beijar a mulher mais rica e beijar a mulher mais linda seriam duas ações distintas, ainda que a mulher mais rica também seja a mais linda e tenha havido um só beijo...

O problema é que as qualidades de uma dada ação são incomensuráveis. E isso se traduziria em uma significativa ampliação do poder punitivo: o legislador poderia simplesmente punir uma mesma ação, a um só tempo, a muitos títulos.

Basta ter em conta que, ao matar a vítima, o agente também lesiona a segurança patrimonial da família; também atinge o seu poder familiar, já que crianças crescerão sem o pai etc. Ao se introduzir moeda falsa em circulação, o agente também agride a boa-fé dos comerciantes, de modo que deveria responder, então, em concurso material - segundo tese da Puppe - pelos crimes do art. 289 (moeda falsa) e 171 (estelionato), ambos do Código Penal brasileiro.

Assim, conquanto Ingeborg Puppe ofereça uma densa fundamentação do problema do concurso - deixando nítido que se cuida de um problema hermenêutico -, ela acaba por ampliar consideravelmente a repressão penal. Como já foi equacionado acima, cuida-se de uma tese fadada a reduzir o alcance do §52, StGB, diante da sua aparente insuficiência, eis que não prevê causa de aumento de pena.

Por outro lado, ela não oferece uma pauta mais segura para se reconhecer o alegado 'parentesco de injusto', dado que não se cuida de um critério detalhado pelos legisladores. Com isso, a sua tese implicitamente atribui exclusivamente aos juízes a deliberação sobre o reconhecimento de concurso formal ou material, cabendo-lhes - com amparo em algum intuicionismo - apreciar as hipóteses em que as normas incriminadoras manteriam relações de interferência (concurso formal).

---

<sup>1567</sup> A respeito do tema, leia-se MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 346.



E isso leva ao incremento do arbítrio judicial, agredindo a postulados inerentes ao Estado Constitucional: a ideia de que todo exercício de poder deve ser controlado pelos seus destinatários (*nulla poena sine lege*). Nenhuma pena pode ser cominada senão nos exatos limites em que venha prevista em lei.

Atente-se para a crítica promovida por Günther Jakobs:

De acordo com Puppe, *Idealkonkurrenz*, pp 313 ss., 315, somente é possível o concurso de normas na forma da especialidade em sentido estrito. O motivo é a forma como entende Puppe o concurso ideal. Dado que Puppe interpreta o §52 no sentido de uma absorção absoluta (pp. 19 e ss.), a regulação legal somente se justifica quando o conteúdo delitivo das normas no concurso abrange já, de todo modo, ao determinar a pena, no marco da cominação penal mais grave ('tipos aparentados de injusto', obra citada, pp. 170 ss., 293 ss.; a mesma GA, 1982, pp. 143 ss., 151 ss.); e é que, dada essa situação, volta a ter em conta que isso demandaria uma valoração repetida (p. 19). Não havendo parentesco no injusto, a imposição de uma só pena seria inadequada, de modo que deveria ser reconhecido o concurso real. Para o concurso de normas restaria, segundo essa solução, a 'especialidade em sentido lógico estrito' (p. 355). A esta solução se opõe principalmente três argumentos: Em primeiro lugar, o conceito de parentesco de injusto não possui maior exatidão (vide Puppe, *Idealkonkurrenz*, pp. 184 ss., 307). Em segundo lugar, os delitos aparentados no injusto somente se podem resolver unitariamente caso seja acrescentado o requisito de um complexo delitivo unitário (não cabe abranger as lesões imprudentes cometidas antes no marco de um homicídio cometido amanhã); e o elemento restante - se não se examina a sequência da ação, é dizer, a unidade de fato ou pluralidade de fatos -, a 'relação temporal' (op. cit., pp. 302 ss., 306 s.), é tão externo e casual (Gössel, GA, 1981, pp. 134 ss., 136, com o que Puppe, naturalmente, está de acordo), tanto quanto também é o elemento da unidade da ação (criticamente sobre isso, infra 32/5), de modo que não gera ganho algum (contra, de novo, Puppe, JR, 1985, pp. 245 ss., 247). Em terceiro lugar, sem embargo, deve-se também criticar sobremodo que objetivamente e desde uma perspectiva lógica não há diferença alguma que um tipo abranja a outro somente no marco da determinação da pena, ou já antes (no tipo etc.). Sempre se trata de especialidade (supra 31/12); pois ou bem um delito inclui o conteúdo delitivo de outro (concurso de normas) ou não (concurso autêntico). A forma consequente da análise de Puppe consistiria em rebatizar todos os casos de concurso de normas como sendo concurso formal, em virtude do princípio da absorção absoluta; todo concurso autêntico se resolveria como concurso real. Criticamente sobre Puppe: Werle, *Konkurrenz*, pp. 119 ss.; Stratenwerth, AT, núm. marg. 1177, 1254.<sup>1568</sup>

Assim, segundo explica Jakobs, Puppe não ofertou critérios mais densos para se reconhecer o parentesco de injusto. E, não bastasse isso, ele também

<sup>1568</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho penal**, p. 1052-1053. Traduziu-se. Anote-se que Cristoph Keller sustenta que a tese de Puppe não demandaria uma evolução da dogmática penal germânica; ela dependeria de uma efetiva revolução, dado modificar completamente a concepção sobre o concurso formal e o concurso aparente. Confira-se KELLER, Christoph. **Zur tatbestandlichen Handlungseinheit**. Berlim: Duncker & Humblot, 2004, p. 17.

argumenta que, desde as premissas esposadas pela professora de Heidelberg, apenas deveria vingar a contraposição entre concurso real e especialidade.

Vale a pena atentar, ademais, para a crítica promovida por José Moutinho, por mais que a transcrição seja extensa:

II. Não por acaso, também a base das suas afirmações sobre a distinção entre contextos intensionais e extensionais se revelam, a um olhar mais atento, inaceitáveis.

Vejamos o que se passa com os exemplos das proposições sobre animais e sobre os dois homicídios. Na primeira, a expressão animais racionais estaria em contexto extensional porque seria substituível pela expressão os animais bípedes, sem penas nem pêlo. 'Não importa - diz expressamente a Autora - que a propriedade de ser um animal racional seja diferente da qualidade de ser bípede, sem pêlo nem penas. Só importe que ambas as expressões compreendam exactamente a mesma classe de animais.'

Mas outra coisa sucederia quanto ao exemplo dos dois homicídios. Apesar de ter a mesma extensão (a segunda expressão foi à partida escolhida com esse desiderato), a proposição já não seria 'correcta', porque atirar pedras não contrariaria a proibição de matar. Que, de facto, aqueles actos de atirar pedras foram transgressões contra a proibição de matar. Que, de facto, aqueles actos de atirar pedras foram transgressões contra a proibição de matar só resultaria da verificação de que se tratou, não se de pedradas, como ainda de homicídios.

Ora, há aqui um duplo desvio.

Primeiro, varia o critério. Na primeira, assume-se como critério a verdade ou falsidade da proposição no sentido de que se refere à mesma classe, independentemente de serem diferentes as qualidades. Na segunda, aplica-se critério diferente: apesar de à partida se ter assegurado a identidade extensional, em vez de se reconhecer que a expressão é verdadeira (no mesmo exacto sentido em que a outra o é - isto é, independentemente da propriedade, designar a mesma classe de objectos), ou, mesmo, em vez de se afirmar que é falsa, afirma-se que a proposição é 'incorrecta'. E incorrecta porque atirar pedras não contradiz a proibição de matar.

Para além do que já se dirá sobre esta última afirmação, o certo é que se a primeira afirmação é verdadeira porque, independentemente da diferença de propriedades, designa a mesma classe de objectos, outro tanto se tem de dizer da segunda. Se a segunda é incorrecta, outro tanto se tem de dizer da primeira.

O que, na realidade, sucede é que a Autora vem a exigir no segundo caso, algo a mais do que exige no primeiro: não se basta com a identidade extensional (que assegura a verdade da proposição). Exige ainda a correção intensional, no sentido de uma congruência entre a propriedade pela qual são identificados os objectos da classe e o predicado, de modo que o enunciado do sujeito deixe logo ver o predicado. Mas e exigisse o mesmo no primeiro exemplo, também não poderia deixar de notar que ser bípede, sem penas, nem pêlo não é congruente com o desenvolvimento do animal racional de modo a deixar entender que se trata dos animais mais desenvolvidos da terra. E então também a proposição resultaria verdadeira, mas incorrecta.

Ora, independentemente do problema lógico, as mesmas razões que presidem à primeira conclusão têm de presidir à segunda. E então ou estão ambas em contexto extensional (por designarem a mesma classe e serem, por isso, verdadeiras) ou estão ambas em contexto intensional (por designarem propriedades diferentes e serem, por isso,

'incorrectas'). Ou melhor ainda, estão ambas em ambos os contextos, por designarem a mesma classe mas por propriedades diversas. E vamos bater no ponto que previamente se assinalou: é isso mesmo que decorre do facto de cada expressão ter uma intensão e uma extensão. Também nos contextos a distinção se mostra impossível.

E é isso mesmo que a Autora reconhece expressamente a propósito das descrições típicas: não é possível encontrar uma expressão que, sem referir a intensão, designe a mesma classe dos objectos abrangidos pelo tipo.

Mas então a afirmação de que nas normas penais, os tipos estão em contexto intensional carece de sentido. É uma resposta (que depende da verificação da verdade ou falsidade da correcção ou incorrecção) a um problema que é impossível formular. Se o problema não se pode formular, não se pode dar-lhe solução.

O segundo desvio é este: pode aceitar-se que atirar pedras não contradiz a proibição de matar? Seguramente que não. Pressupondo a verificação do nexa causal e de dolo ou negligência do agente, que a Autora não discute, isso conduziria directamente a admitir que aqueles actos não eram homicídio. Mas com isso cairia a primeira afirmação ('que A tenha matado B e C...') ou cairia a correspondência extensional entre uma e outra. E ambas as coisas a Autora pressupõe no seu raciocínio.

Donde a contraposição entre contextos, cuja admissibilidade não resultava fundamentada, parece depois impossível na sua concretização lógica.<sup>1569</sup>

José Moutinho parece não ter compreendido totalmente o exemplo de Puppe. Atirar pedras não é sinónimo de homicídio. Matar alguém é. A diferença é que 'atirar pedras' apenas pode ser considerado homicídio caso se examine alguma outra propriedade sua: o facto de vitimar um ser humano. Do universo de eventos denominados de 'lançar pedras', apenas aqueles que tenham preenchido certas qualidades é que poderiam ser rotulados, por óbvio, como sendo 'matar alguém'.

É justamente isso que Puppe em vista. Os tipos não teriam apenas a função de identificar determinados eventos. Fosse esse o caso, os enunciados seriam intercambiáveis, desde que tratassem dos mesmos eventos. Sob essa ótica, talvez não existisse muita diferença entre lesionar alguém (art. 129, CP) e lesionar alguém na condução do veículo (art. 303, lei 9503/1997).

Ao contrário, ela insiste que a aplicação da norma penal demanda não apenas a identificação do seu referente (a conduta proibida), como também os motivos pelos quais o referente foi seleccionado (as propriedades da conduta). Mas é nítido - e nisso Moutinho tem razão - que ambos os contextos caminham juntos.

Mevius pode pedir para o amigo Caio "por favor, passa para mim o lápis vermelho!" - um contexto extensional -, eis que apenas identifica o referente. Ao que

<sup>1569</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 347-348.

o destinatário do pedido traz uma caneta vermelha. Mevius então questiona "eu pedi um lápis vermelho!". Caio questiona: "Mas você não queria apenas algo para anotar um recado?" (contexto de intensidade, eis que busca as razões do pedido).

Ao privilegiar o contexto de intensidade, Ingeborg Puppe acaba por atribuir peso significativo para a quantidade de agressões autônomas a bens jurídicos. Tantos os bens jurídicos ofendidos, tantos os crimes -o que é uma tese pluralista.

Ora, por mais que ela busque se desvencilhar da teoria unitária - na medida em que pretende abstrair a questão da unidade da ação -, o seu intento não logra êxito. Afinal de contas, ela não consegue abrir mão de um critério temporalizador.

Mesmo a complexa tese da professora de Heidelberg não escapa da necessidade de algum critério para se delimitar o objeto sob julgamento. Caso vingasse apenas um exame das normas - em si consideradas -, somente por época do 'Juízo Final' é que o agente poderia ser julgado.

Convém detalhar mais bem essa questão.

Puppe diz que a unidade de ação seria desnecessária para a solução dos casos. Afinal de contas, a despeito de haver uma só ação, ela advoga a ocorrência de concurso material, desde que as normas violadas não sejam aparentadas entre si. Ela só reconhece o concurso formal nos casos de interferência entre os tipos - o que a doutrina majoritária trata como casos de consunção e subsidiariedade.

Note-se, todavia, que, a rigor, ela não abre mão do conceito de ação. Do contrário, teria que reconhecer concurso ideal entre o crime de falsidade material (art. 297, CP) cometido em janeiro de 2010 e o crime de estelionato (art. 171, CP) cometido dois anos depois, eis que as normas são aparentadas! E isso se traduziria, então, em uma carta de indenidade, diante do conteúdo do §52, StGB, dispositivo que - repita-se - apenas preconiza a incidência do tipo penal mais grave, sem exasperação.

A análise de Puppe não chega a superar a incontornável necessidade de se reconhecer algum temporalizador: algo que delimite o começo e o término da atividade humana sob julgamento. E esse papel é atribuído à ação humana.

Para superar a dificuldade confessadamente irresolúvel da impossibilidade de encontrar expressão extensionalmente idênticas aos tipos para verificar a natureza (extensional ou intensional) do contexto normativo, a autora vê-se obrigada a recorrer a um conceito geral de indivíduo da linguagem penal sem o qual não seria possível a comparação entre expressões e contextos. Este conceito de indivíduo

designa o objecto referido pelo tipo, independentemente da propriedade que o torna típico. E a tal conceito designa por acção.

A autora afirma que é preciso cuidado para não introduzir, por via dele, notas na intensão dos tipos que lá se não encontram.

Na verdade, porém, esse conceito geral de acção que, sem fazer parte da intensão do tipo, permite designar o objecto do tipo é radicalmente impossível. É uma miragem. Desde que se admita que o tipo designa uma sub-classe de uma classe superior, designada por 'acção', está a admitir-se concomitantemente que a intensão da expressão 'acção' faz parte da intensão do tipo. Não a esgota, mas faz parte dela. Senão, as classes correspectivas não estariam relação de classe para sub-classe. Quando encontra, por isso, este conceito de acção - como base para a comparação dos tipos, note-se bem - está concomitantemente a dizer que entre as propriedades incluídas na intensão do tipo está a de acção. Se se quiser, para usar a terminologia usada pela Autora, o tipo não designa uma propriedade (abstráida da acção), mas uma acção com certas propriedades. A acção, e não só as (restantes) propriedades, faz parte da intensão do tipo.

E tem de se notar que, contra o que se depreende das suas palavras, não se está propriamente perante mero mecanismo instrumental para adaptação de um método lógico de apuramento de contextos. O mesmo exacto problema vem a renascer quando se trata de reconstruir com base nessas premissas, o concurso ideal ou formal. A sua concepção é possível sem um conceito de acção independente do tipo. Mas, perante o problema da multiplicidade homogénea, vem a ter que colocar de novo a questão da inclusão da acção no conceito de tipo e resolve-a do mesmo exacto modo, ou seja, pela 'introdução' de uma 'variável V' (de Verhalten, comportamento) e, por intermédio dela, da acção (que seria a relação entre esta variável e a pessoa), incluída no conceito de tipo.

Mas, se assim é, como pode dizer-se que a acção ou o comportamento como tal (essa variável) não é atingida pelo tipo e que este limita a sua referência às suas propriedades? Como pode dar-se à partida como irrelevante a unidade de acção ou comportamento por si só? Não será, pelo contrário, necessariamente de concluir que a identidade ou unidade da acção ou comportamento é já um caso de parcial identidade e, com isso, de, concurso ideal ou formal?<sup>1570</sup>

Isso evidencia, destarte, que Ingeborg Puppe acaba por admitir a relevância da unidade de ação, conquanto o faça apenas implicitamente. Quando menos, se cuida de critério para delimitar o período da atividade humana a ser avaliada/apreciada no foro criminal. E, sendo assim, a sua pretensão de resolver as questões exclusivamente no âmbito do confronto das normas parece infrutífero.

Também nesse sentido, tente-se para a análise levada a efeito por Reinhardt Maurach, Karl Heinz Gössel e Heinz Zipf:

À concepção de Puppe pode-se objetar que o elemento do 'parentesco de injusto' representa um critério delimitador demasiado vago; a mesma Puppe considera que a determinação do parentesco de ilicitude é 'uma questão de interpretação dos tipos particulares e de seus

<sup>1570</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 350-351. A respeito do tema, leia-se também TAGLE, Horacio A. Carranza. *Introducción al concurso de delitos*, p. 97-98.

elementos', para o qual não é possível formular regras gerais (Idealkonkurrenz, 172), e tampouco desconhece que 'o círculo dos tipos aparentados em virtude da ilicitude é mais amplo à medida em que a relação dos elementos comuns de ilicitude é mais genérica' (Idealkonkurrenz, 184); com o qual se coloca a possibilidade de uma determinação discricionária, inclusive arbitrária da unidade e pluralidade dos fatos no sentido dos §§52 e 53 (de modo semelhante, Werle, 139: 'perigo de uma relevante insegurança jurídica'). Ademais, deve-se perguntar se, por acaso, Puppe não recorre na realidade à ação como elemento diferenciador. Essa mesma autora reconhece que ao parentesco de ilicitude pertence uma determinada relação entre o autor e as lesões de bens jurídicos repectivamente realizadas, a qual surge do fato de que 'todas as qualidades dos tipos devem ser classificadas dentro de espaços temporais na vida do autor' (Idealkonkurrenz, 294). Que este objeto de classificação não mereça 'o nome de ação' (Idealkonkurrenz, 295) parece pouco convincente. Ao contrário, a classificação da lesão do bem jurídico exigida por Puppe, dentro de um espaço temporal da vida do autor, somente se faz possível por meio da ação. Algo similar vigora para outros esforços por atender somente aos elementos de ilicitude ou de culpabilidade nas lesões dos bens jurídicos.<sup>1571</sup>

Frente ao exposto, conclui-se que Puppe advoga uma tese pluralista mitigada. Ela apenas ressalva que em determinados casos não se poderia reconhecer a pluralidade de delitos, por força do parentesco das normas envolvidas (*ne bis in idem*). Quanto ao mais, porém, ela não divisa problemas em promover a punição de uma mesma conduta sob distintos rótulos penais, desde que tenha implicado diversas agressões a bens jurídicos, autônomos entre si.

E isso parece contradizer abertamente o conteúdo do §52, StGB, acima transcrito. Referido dispositivo revela-se incompatível com uma tese pluralista, dado que é fundado na unidade de ação. Assim, os argumentos dela são *contra legem*.

Ademais, a importação da referida tese enfrentaria severas barreiras em solo brasileiro. De partida, cumpre não perder de vista o contexto específico no qual Puppe estabeleceu suas premissas. O Código Penal alemão não prevê causa de aumento de pena para o concurso formal, ao mesmo tempo em que estipula um efeito de bloqueio (impondo a maior das penas mínimas dos tipos incidentes).

Muito ao contrário, o Direito brasileiro preconiza uma causa de aumento da pena (art. 70, Código Penal);<sup>1572</sup> ao mesmo tempo em que não trata desse feito de bloqueio. Em solo brasileiro, cuidando-se de concurso formal, o Poder Judiciário

<sup>1571</sup> MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**, p. 521. Traduziu-se.

<sup>1572</sup> Art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

deve calcular a pena cominada a cada crime, e só então - depois de encerrada a dosimetria para cada tipo penal incidente -, invocar o referido dispositivo legal.

A aplicação de uma causa de exasperação da pena acaba impedindo, portanto, que o concurso formal seja visto - no âmbito nacional - como uma espécie de sobre-norma para cálculo de pena (tese que é defendida por Puppe). A causa de aumento parece significar justamente um incremento da sanção, por conta da múltipla incidência da norma para uma única ação lesiva.

E, sendo assim, essa tentativa de aproximação do concurso formal com o concurso aparente (eis que ela trata a subsidiariedade e a consunção como casos de concurso ideal) não parece compatível com o Direito pátrio.

Ademais, no Brasil não há a formação de um tipo amplo para fins de cominação da pena, ao contrário do que estipulam o §52, StGB ou o art. 55 do Código Penal argentino, com a redação veiculada pela lei 25.928/2004.

Equacionados esses elementos, percebe-se que a tese de Ingeborg Puppe é extremamente rica em *insights*, proporcionando um conjunto expressivo de reflexões sobre o concurso de crimes. Ela ampara-se em densos postulados da filosofia analítica da linguagem - Frege, Carnap, Russell.

Em que pese, porém, a qualidade da sua obra e o gigantesco esforço de fundamentação, Ingeborg Puppe não chega a ofertar uma resposta satisfatória para os problemas do concurso, sobretudo porquanto não consegue contornar a necessidade de uma leitura extensional dos tipos, quando menos a fim de se delimitar o período da atividade humana que deve ser submetido a julgamento.

## **8.2. Análise da obra de Michael S. Moore - act and crime:**

A obra de Michael S. Moore<sup>1573</sup> ilustra um significativo esforço de conjugar o Direito Penal com as concepções desenvolvidas no âmbito da Filosofia da Ação. É relevante, tanto por isso, a presente tentativa de síntese.

Ele sustenta que os códigos penais modernos rotulam como crime, em média, mais de 7000 espécies de ações. E isso suscita essencialmente alguns significativos problemas jurídicos:

- a) Problema interpretativo - saber o que significa, por exemplo, 'matar

---

<sup>1573</sup> MOORE, Michael S. **Act and crime: the philosophy of action and its implications for criminal law.** Nova Iorque: Oxford University Press of New York, 2010.

alguém'. Quando se pode falar realmente que o acusado matou alguém?

b) Saber se é possível matar por omissão ou se é possível matar quando se está sonâmbulo. Deve-se aferir quais propriedades deve ter a atividade humana para que possa ser rotulada como crime.

c) Saber onde o crime ocorreu, questão relevante para definição do juízo competente, por exemplo. Ademais, exige-se certa simultaneidade entre a realização da ação (*actus reus*) e a eclosão de determinado estado anímico (*mens rea*), razão pela qual seria indispensável delimitar critérios para se recortar unidades de conduta.

d) O problema das leis sobrepostas (*overlapping statutes problem*). Dada a inflação legislativa, não raras vezes o agente pode ser acusado da prática de inúmeros delitos por força da mesma atividade. Por conseguinte, também nesse âmbito seria indispensável a investigação de critérios objetivos para se aferir se duas acusações seriam idênticas entre si.

Moore sustenta, portanto, que essas questões desafiam a busca de algum elemento comum entre todas as espécies de delitos (*act-types*).<sup>1574</sup> E é com essa ambição que ele se propõe a estudar a ação penal.

Sua obra funda-se, para tanto, em três axiomas: (a) não há crime sem que haja um ato voluntário do agente - *voluntary-act requirement*; (b) para que haja crime, faz-se necessária a presença de *actus reus* e *mens rea*; (c) ninguém pode se processado ou punido mais que uma vez pelo mesmo crime (*double jeopardy*).

O *actus-reus requirement* diz respeito, segundo Michael Moore, ao substrato mínimo para que se possa cogitar da ocorrência de um crime.<sup>1575</sup> Para ele, a teoria da ação penal viabilizaria uma espécie de economia legislativa, exonerando os parlamentares de terem que especificar tais requisitos em cada norma incriminadora.

O professor de Illinois insurge-se, ao longo da sua obra, contra a concepção cética sobre a ação. Ele argumenta que a academia jurídica teria assumido, ao longo dos anos, uma visão pessimista sobre a viabilidade de se obter alguma essência da conduta humana.

Na base desse ceticismo, encontrar-se-ia a ausência de maiores consensos doutrinários sobre o que esses requisitos (*actus-reus*, *mens rea*, *double jeopardy*)

---

<sup>1574</sup> Idem, p. 4-5.

<sup>1575</sup> Idem, p. 5.



significariam.<sup>1576</sup> Alguns juristas chegariam mesmo a negar a existência do tal *act-requirement* - e ele alude a Douglas Housak -, eis que a lei também define crimes de estado, crimes omissivos e crimes de posse, nos quais apenas impropriamente se pode falar em uma 'ação humana'.

Ademais, como dizia Kelman, alguém sempre pode encontrar um 'ato' para amparar a responsabilização criminal, dependendo da amplitude com que examina a conduta do agente. Nada impede, em princípio, que o julgador retroceda sua análise. Ao invés de examinar o momento em que o agente atropela alguém, sob efeito de opiáceos, o juiz poderia simplesmente examinar o momento em que o agente decidiu drogar-se.<sup>1577</sup>

Ele reporta-se à questão formulada por George Fletcher: "Um ato é oposto ao quê? Algumas vezes o conceito de conduta humana é contrastada com a 'omissão'; outras vezes com um estado ou condição; algumas vezes com a atuação involuntária como nos casos de hipnose ou sonambulismo."<sup>1578</sup>

Segundo Moore, a concepção cética acaba por dissecar o *act-requirement* nas seguintes condições: o crime não poderia se traduzir em simples omissão; tampouco poderia ser um simples estado. Movimentos corpóreos involuntários e meros estados mentais não poderiam ser rotulados como delitos.

O ceticismo também encontraria amparo na filosofia da linguagem (p.ex., no *ascriptivism*). Algumas palavras não chegariam a definir efetivamente um estado de coisas, mas apenas excluiriam determinados eventos. Falar que uma ação teria sido voluntária apenas significaria que ela não teria sido promovida sob coação (dizer isso seria muito mais fácil do que definir a voluntariedade).

Alguns chegam a dizer que a palavra 'ação' exerceria função semelhante. Carregaria elevada carga emotiva, já antecipando juízos morais. No mais das vezes, o problema sobre a presença de uma ação somente se coloca quando necessária a responsabilização de alguém.

Por outro lado, também haveria um ceticismo moral nesse âmbito, dado que o conceito de ação tanto poderia ser *over-inclusive* quanto *under-inclusive*.<sup>1579</sup> Certos conceitos de ação são demasiado amplos, já que incluem atividades

<sup>1576</sup> Idem, ibidem. Michael Moore alude às opiniões de Jerome Hall, Dan-Cohen e Josh Dressler, autores que reclamam da confusão vigente nesse âmbito, dado que aparentemente cada teórico teria seu próprio conceito de ação, convertendo-se em um problema meramente semântico.

<sup>1577</sup> Idem, p. 6.

<sup>1578</sup> FLETCHER, George *apud* MOORE, Michael S. *Op. cit.*, p. 6, traduziu-se.

<sup>1579</sup> MOORE, Michael S. *Op. cit.*, p. 8.

praticadas sob estado de epilepsia, por exemplo. Também podem ser muito restritos, como quando gravitam em torno do movimento corpóreo, olvidando os casos dos crimes omissivos.

Aliás, alguns teóricos chegariam mesmo a negar a existência, no mundo dos fatos, de algo que se possa chamar de 'ação'. Em determinada fase dos seus escritos, Herbert Lionel Adolphus Hart chegou a advogar o ascriptivism.<sup>1580</sup> Isso é, ele dizia que, quando alguém sustenta que o ato 'x' foi voluntário, com isso não se descreveria algo existente. Cuidar-se-ia já de um juízo de imputação, valoração.

De modo semelhante, durante o período em que advogou essa tese,<sup>1581</sup> Hart chegou a sustentar que não haveria nada no mundo que pudesse ser chamado de 'ação'. Sustentar que houve 'ação' se traduziria muito mais em juízo de responsabilização moral, civil ou criminal.

Os verbos de 'ação' não traduziriam um estado de coisas realmente existentes. Antes, seriam empregados para imputar responsabilidades (*ascribe results*).<sup>1582</sup> Ponto de vista semelhante foi defendido pelo jurista Patrick Fitzgerald; concepção intimamente associada à virada linguística, ao atribuir peso aos jogos de linguagem, uso das expressões e 'semelhanças de família'.

Michael S. Moore sustenta que, de certo modo, George Fletcher estaria vinculado à mencionada concepção cética. Afinal de contas, ele não perquiriu por uma essência metafísica da ação; ao contrário, Fletcher atribuiu muito maior peso ao *verstehen*, i.e., à compreensão e à valoração.<sup>1583</sup>

O autor de '*Act and crime*' lamenta, ademais, que a doutrina penal não mantenha absoluta consistência interna, na medida em que a questão do *double jeopardy* seria examinada muito mais no plano processual (questões probatórias, o *Blockburger test*, por exemplo<sup>1584</sup>), do que atentando para a teoria da ação.<sup>1585</sup>

Aplicar a interdição do *ne bis in idem* (*double jeopardy*) significa reconhecer

<sup>1580</sup> HART, H.L.A. The Ascription of Responsibility and Rights in **Proceedings of the Aristotelian Society**. Vol. 49(1949). Disponível na internet: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/4544455?uid=2&uid=4&sid=21104311038523>> Acesso em 01.05.2014.

<sup>1581</sup> Sabe-se que, tempos depois, Hart refutou essa sua concepção, conforme resta implícito na obra HART, Herbert L.A. **Punishment and responsibility**, p. 113-135.

<sup>1582</sup> MOORE, Michael S. **Op. cit.**, p. 9.

<sup>1583</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>1584</sup> Como já foi explicitado acima, o *Blockburger Test* significa que duas acusações seriam idênticas quando demandem, em juízo, o mesmo conjunto de evidências para sua demonstração. *Blockburger v. USA* - 1932. O problema dessa concepção é que ela confunde o plano material - quantos crimes realmente ocorreram - com o plano processual (como tais crimes seriam demonstrados em juízo).

<sup>1585</sup> MOORE, Michael S. **Op. cit.**, p. 10.

a reiteração (*eadem*) de um *quid*. Faz-se imprescindível que alguém consiga esclarecer quando duas acusações são idênticas (*same offense*).<sup>1586</sup> Um cético tende a sustentar que isso seria muito relativo, porquanto dependeria do ângulo de visada; o reconhecimento da identidade entre duas acusações dependeria essencialmente do critério de observação. E isso seria arbitrário, no entender de Michael S. Moore.

O fato é que ele se propõe a esclarecer o *actus-reus requirement*, ambicionando responder as seguintes questões: (a) A responsabilização penal realmente pressupõe a existência de algo que possa ser chamado de 'ação'? (b) Caso a resposta seja positiva, tratar-se-ia de um único requisito comum a todos os crimes, ou ele deveria ser aferido para cada norma incriminadora?<sup>1587</sup>

### 8.2.1. A Unidade do *act-requirement*:

Moore questiona, nesse âmbito, se os crimes de posse, crimes de estado, os crimes omissivos atenderiam ao *act-requirement*. Ele investiga se tais delitos seriam cometidos mediante algo que se possa chamar de 'ação'. Não raras vezes, esses crimes são invocados como exemplos de que referida categoria não seria uma *conditio sine qua non* para a responsabilização penal.

O professor de Illinois sustenta, porém, que o Direito anglossaxão não reconheceria crimes de mera deliberação anímica (**Cogitationes poenam nemo patitur**, dizia Ulpiano). Mesmo os crimes de instigação, conspiração e tentativa demandariam atos concretos, não se resumindo à mera intenção delitiva.<sup>1588</sup>

Por outro lado, quanto aos crimes de estado, Moore reconhece que alguns códigos dos entes federativos ainda definiriam como crime a conduta de ser vagabundo, drogado, ladrão etc (Direito Penal do autor). Ao contrário dos eventos, os estados teriam maior duração, cuidariam de uma persistência no tempo.

A realização das ações demandaria uma espécie de escolha - uma opção entre alternativas -, de um modo diferente do que ocorreria com os estados (p.ex., a

<sup>1586</sup> Para Michael S. Moore, essa questão coloca em causa a equivalência de enunciados universais, problema que teria afligido a Guilherme de Occam. Cuidar-se-ia de um debate metafísico semelhante a contar anjos na cabeça de um alfinete. MOORE, Michael S. *Op. cit.*, p. 10.

<sup>1587</sup> Idem, p. 12.

<sup>1588</sup> Amparando-se na obra de Franz Scholz, *Schlaf und Traum*, Michael Moore menciona, todavia, que o Direito Romano teria admitido punição de alguém que havia sonhado com a morte do imperador. MOORE, Michael S. *Op. cit.*, p. 18.

diferença entre comprar drogas e ser viciado em drogas).<sup>1589</sup>

Ora, é sabido que ninguém pode ser privado da sua liberdade por ser doente. Qual a razão então para que seja punido por conta de uma suposta 'doença de caráter', questiona Michael S. Moore. A rigor, ele tem em conta a diferença entre pena e medida de segurança.<sup>1590</sup>

Daí que ele guarde severas restrições a tais dispositivos penais, responsáveis por criminalizar meros estados. Crítica semelhante pode ser endereçada, de certo modo, contra os crimes de mera posse (posse de arma, posse de drogas, posse de bens furtados, posse de material pedófilo etc.).

Alguns tentam justificar tais delitos, redefinindo o *act-requirement*. É o que buscou fazer Hyman Gross,<sup>1591</sup> por exemplo, ao argumentar o *actus-reus* trataria da manutenção de um estado de coisas. Mas Moore critica essa concepção, porquanto acaba por obliterar exatamente o que esse requisito exige: a alteração do mundo, a ocorrência de uma atividade humana.

A solução tradicional tem consistido em converter os crimes de posse em crimes de ação/omissão: o ato de adquirir a posse de algo ou de se omitir em se desfazer da posse (comprar a droga, ou se abster de destruí-la, por exemplo). Moore não concorda, porém, com essa proposta, dado que a lei puniria a posse, não cabendo simplesmente adulterar o que está sendo visado pela norma.

Conquanto crimes de posse pudessem ser convertidos em crimes comissivos/omissivos, isso demandaria alteração da lei, de modo que os verbos previstos nos estatutos jurídicos fossem modificados.

Ora, os crimes de posse teriam caráter preventivo - i.e., antecipariam a censura penal para atos preparatórios -, eis que a criminalização da posse/detenção de material de caça (art. 52, lei 9605) tem por escopo inibir o crime do art. 29 da mesma lei. O crime de manter drogas em depósito (art. 33, lei 11.343) tem por

---

<sup>1589</sup> Idem, p. 19.

<sup>1590</sup> Ao longo da obra, Moore socorre-se do conceito de sanção elaborado por Alf Ross (para quem a sanção envolveria o propósito de infligir dor em outrem, por força do descumprimento de uma obrigação). Daí que ele diferencie, por exemplo, o pagamento de um tributo, de um lado, e o pagamento de uma multa, de outro. Com idêntico fundamento, poder-se-ia distinguir a medida de segurança (pretensão tratamento médico), de um lado, e a pena privativa de liberdade (retribuição), de outro. Registre-se que Michael S. Moore deliberadamente assume uma concepção retributivista da pena criminal, conforme se infere da obra MOORE, Michael S. **Placing blame: a theory of the criminal law**. Nova Iorque: Oxford University Press of New York, 2010, p. 153-188.

<sup>1591</sup> Conforme MOORE, Michael S. **Op. cit.**, p. 20. Ele acusa Gross de empregar um argumento ao estilo *Humpty-Dumpty*. Esse personagem de Lewis Carroll dizia que "Quando eu uso uma palavra, ela significa o que eu quiser que ela signifique... Nem mais nem menos."

escopo inibir a comercialização etc.

Ele sustenta, pois, que referida técnica legislativa cuida de uma espécie de *proxy* (representação) de atos passados ou propensões para futuros atos. Busca-se, com isso, facilitar a prova.<sup>1592</sup> Ainda assim, ele mantém as críticas contra essa sistemática de rotulação penal, porquanto agressiva ao *actus-requirement*.

Bem apreciados, os crimes de posse não se justificariam, diz Moore.<sup>1593</sup>

De outro tanto, os teóricos buscam constantemente redefinir a 'ação', de modo a abranger condutas omissivas (e a teoria da ação como evitação, desenvolvida por Günther Jakobs, é um bom exemplo disso).<sup>1594</sup>

Jeremy Bentham sustentava a presença de certa semelhança entre comissões e omissões, eis que essas últimas também seriam precedidas por deliberações e propósitos. Ou seja, atribuía significativo peso à volição, como se esse fosse o verdadeiro 'ato'.<sup>1595</sup>

A dissociação entre eutanásia e ortotanásia gravitaria justamente em torno dessa diferença entre ação e omissão - a chamada teoria da *baseline*. Costuma-se imaginar que o mero retorno ao *status quo ante* seria uma omissão (desligar o aparelho que mantém o paciente respirando). Mas é sabido que essa teoria fracassa, como argumenta Moore:

Imagine-se que eu joguei uma cora para alguém que estava se afogando. A linha de base relevante pode recair no momento em que ele estava morrendo, quando eu por primeiro atuei? Posso eu então jogá-lo na água de novo, ou atirar nele um ano depois, e sustentar que eu apenas omiti de salvá-lo?<sup>1596</sup>

De toda sorte, para o professor de Illinois a omissão é a abstenção da realização de uma ação mandada. Ao mesmo tempo, ele concebe a ação

---

<sup>1592</sup> Idem, p. 22.

<sup>1593</sup> Idem, ibidem.

<sup>1594</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madri: Marcial Pons, 1997, p. 177-182.

<sup>1595</sup> A omissão suscita, ademais, questionamentos morais. Há uma diferença entre o dever de não piorar o mundo, e a obrigação de torná-lo melhor. Um libertário radical provavelmente apenas reconheça a primeira dessas imposições; e, mantida coerência com essa concepção, a omissão de socorro não poderia então configurar crime. Vê-se que essa suposição não é compatível com o mínimo de solidariedade exigido pelo viver junto e pelo senso mínimo de empatia com a dor alheia. Leia-se a respeito MOORE, Michael S. *Op. cit.*, p. 25 e 277. Anote-se, por sinal, que Moore discorre sobre as concepções do *aliud agere* e também a teoria do incremento do risco (para identificação da posição do garantidor) no âmbito da *Common Law*.

<sup>1596</sup> MOORE, Michael S. *Op. cit.*, p. 27.

essencialmente como movimento corpóreo<sup>1597</sup> impregnado de um mínimo de voluntariedade. A teoria de Moore assemelha-se ao causalismo de Liszt, quando atribui ênfase para o movimento. Mas note-se que ele também se aproxima do Finalismo, na medida em que leva em conta a intenção dos agentes.<sup>1598</sup>

Também nesse âmbito, vicejaria certo arbítrio na definição da ação ou omissão: "Por vezes é cogitado que, em tais casos, a responsabilidade seria imposta, na verdade, por conta do anterior ato de colidir, e não pela subsequente omissão em resgatar."<sup>1599</sup>

Atente-se, porém, para a sua advertência:

[E]ssa tentativa de conciliação, projetada por Hughes-Gross, não pode salvar o requisito da ação da existência de alguns contra-exemplos de verdadeira responsabilização por condutas omissivas. O máximo que alguém pode dizer é que essa exigência de 'ação', no âmbito do direito penal anglo-americano, é que a ação ou a omissão são exigidos para a responsabilização, com o destaque de que a responsabilização por conta de verdadeiras omissões é mais excepcional do que costumeira.<sup>1600</sup>

Por seu turno, atentando para o 'efeito sanfona' - aludido acima -, Kelman sustentou que os tribunais sempre poderiam encontrar alguma atividade positiva (comissões), na origem de aparentes omissões.

Ele ilustrava com o caso *Martin v. State* (1944) 31 Ala. App. 334 [17 So.2d 427]: Martin havia se embriagado no interior da sua residência; tempos depois ele foi retirado à força da casa pela polícia e deixado na calçada. Martin foi acusado de estar bêbado em público (conduta definida como crime pela lei de então, Alabama). O Tribunal local reputou não haver ação por parte de Martin.

Desse exemplo, Kelman inferia que o mesmo Tribunal poderia reconhecer a presença de uma comissão (o ato de embriagar-se), caso promovesse um recorte temporal mais amplo. Daí o relevo do tal 'efeito sanfona'.

Michael S. Moore critica essa sua tese, argumentando o que segue:

A verdade é que não cabe a objeção de Kelman, em que pese nós possamos usar a falsidade da sua tese para fazer (um igualmente

<sup>1597</sup> Idem, p. 31.

<sup>1598</sup> Registre-se, porém, que Michael S. Moore argumenta que, revisando sua opinião anterior, não mais acreditaria ser frutífero buscar uma efetiva essência conceitual da ação. MOORE, M.S. *Op. cit.*, p. 160.

<sup>1599</sup> Idem, p. 34. Traduziu-se.

<sup>1600</sup> Idem, ibidem. Traduziu-se.

óbvio) esclarecimento do requisito da existência de ação, por parte do direito penal. Se houvesse uma tal escolha de 'moldura temporal' nos casos criminais, Kelman estaria com razão na sua observação de que não haveria uma maneira fundamentada de estabelecer esse requisito. Mas onde Kelman obteve esse pressuposto de que essa escolha deveria ser feita? Todos os professores competentes de direito penal básico que eu conheço ensinam o tema do seguinte modo: caso a Corte encontre, mesmo que muito tempo antes do resultado, um ato voluntário por parte do acusado, acompanhado de mens rea - e desde que o actus reus e mens rea sejam simultâneos - e que tais atos tenham causado o estado de coisas legalmente proibido, então o acusado será prima facie responsável pela mencionada violação à lei. Não há, aqui, uma escolha sobre a 'moldura temporal'. Se houver, em qualquer momento, onde o requisito de que haja ação e haja requisitos subjetivos [mens rea] sejam satisfeitos simultaneamente, e dos quais ecloda o requisito causal quanto a algum estado de coisas legalmente proibido, então o acusado é prima facie responsável. O pressuposto da inteira análise de Kelman é simples (e obviamente) falso.<sup>1601</sup>

O professor de Illinois bate-se, portanto, contra as concepções céticas, enfatizando que a ação - compreendida como movimento corpóreo<sup>1602</sup> - poderia ser delimitada e recortada com alguma precisão.

Daí que ele também critique as concepções hermenêuticas (como o *ascriptivism* que chegou a ser defendido por Herbert Hart, ou a compreensão da ação como significado social em George Fletcher).

[A]scriptivism é obviamente falso, como Peter Geach (e, depois Herbert Hart mesmo) demonstrou. E isso pelo fato de que, se as sentenças sobre a ação, podem ser usadas tipicamente para fazer uma tarefa, isso não significa que elas não possam realizar também alguma outra atividade. A palavra 'assassino' talvez seja usada, por exemplo, para imputar responsabilidade, como na fala 'ele é um assassino', ainda que isso não exclua que a palavra 'assassino' também predique uma qualidade da pessoa para quem ela verdadeiramente se aplica, isto é, aquele que mate intencionalmente.<sup>1603</sup>

Atente-se também ao seguinte excerto da sua obra, em que critica a concepção hermenêutica (*verstehen*), empregado para a definição da ação:

Uma forma alternativa de ceticismo sobre a ação (ceticismo baseado na linguagem) prevalente na teoria do direito penal, é aquilo que, no primeiro capítulo, eu denominei de 'interpretativismo'. O 'interpretativismo' sobre a ação pensa que nós, os observadores (intérpretes) criamos as ações por meio das nossas interpretações. As

<sup>1601</sup> Idem, p. 35-36, traduziu-se.

<sup>1602</sup> Anote-se que Moore define a ação como movimento corpóreo voluntário (atos básicos, no sentido empregado por Arthur Danto, e que podem eclodir em atos complexos). MOORE, Michael S. *Op. cit.*, p. 45-46 e 64. Ao mesmo tempo, porém, ele ressalva a existência de crimes omissivos, nos quais a rigor não haveria efetivo *actus-reus*, conforme se vê em p. 89 da mesma obra.

<sup>1603</sup> MOORE, Michael S. *Op. cit.*, p. 63, traduziu-se.

ações não existem antes da observação, esperando para serem referidas pela nossas descrições. Como George Fletcher asseverou, nós interpretamos que algo seja uma ação somente quando 'nós podemos perceber um propósito no que ele ou ela está fazendo.' De modo semelhante, Antony Duff acredita, que os 'atos particulares (levantar meu braço) tem seu caráter e seu sentido como ação somente em virtude do seu papel dentro de uma ampla estrutura de ação e contexto (assinalando para vir à esquerda, ou acenando para um amigo).'<sup>1604</sup>

É interessante notar que Moore lança críticas contra o que chama de interpretativismo justamente por advogar uma concepção realista sobre a ação e sobre as ciências humanas.<sup>1605</sup> Ele diz que esse ideário dualista - de origem kantiana - entre explicação e compreensão não poderia ser totalmente aceito, já que, a rigor, acabaria por se defender a existência de uma ação fantasmagórica/idealista, desconsiderando o seu caráter empírico.

Por conseguinte, repise-se uma vez mais, o mencionado penalista concebe a ação como movimento corpóreo, à semelhança do modelo defendido por Liszt e Beling. Ao mesmo tempo, porém, ele empreende uma pesquisa a respeito da distinção entre enunciados universais e enunciados particulares.

Com efeito, o professor de Illinois e doutor pela Universidade de Harvard sustenta que haveria uma diferença entre *act-types* e *act-tokens*, socorrendo-se das obras de Alvin Goldman e Georg Henrik von Wright, já aludidos acima.

Moore argumenta que os eventos são ocorrências singulares. Isto é, eventos não são universais, dado que eles ocorrem em um local e tempo determinados. E mesmo para a teoria de Goldman - quem concebe a ação como exemplificação de propriedades (exemplificação dos *act-types*) -, os eventos continuariam sendo ocorrências particulares.<sup>1606</sup>

Atente-se para a sua análise: "Eventos são mudanças não-relacionais em objetos.; e para um objeto mudar ele deve ter, grosso modo, uma propriedade estática em determinado momento e perdê-la em outro. Ser um evento é, então, justamente o fato de o objeto ter tido e então ter perdido essa propriedade estática ao longo do tempo."<sup>1607</sup>

Essa conceituação pode suscitar algumas perplexidades.

<sup>1604</sup> Idem, p. 63, traduziu-se.

<sup>1605</sup> Idem, p. 64 e 185.

<sup>1606</sup> Idem, p. 66. No exemplo de Moore, mover o braço hoje é o mesmo que ter movido o braço ontem (a mesma espécie de *act-type*), conquanto não seja o mesmo evento, dado que ocorrem em tempos distintos.

<sup>1607</sup> LOMBARD, Lawrence *apud* MOORE, Michael S. *Op. cit.*, p. 67, traduziu-se.



Por um lado, tratar os eventos como propriedades de determinados objetos, acaba por invocar os mesmos problemas enfrentados por Guilherme de Occam, na sua disputa contra os 'universais'. Ou seja, provável que alguns teóricos suspeitem não haver efetivas 'propriedades universais' e, por conseguinte, tampouco haver espécies de ações (*act-types*).

Empregando a 'navalha de Occam', talvez os eventos sejam ontologicamente excessivos. O mundo seria composto apenas de entidades singulares; de modo que a análise de propriedades gerais poderia ser força apenas do hábito humano em ver gênero onde apenas há singularidades.

De forma pragmática, porém, Michael S. Moore sustenta que tais objeções deveriam ser descartadas. A suposição de que haja algo chamado de 'evento' - enquanto mudança de propriedades nas coisas existentes - forneceria uma melhor explicação do mundo.<sup>1608</sup>

### 8.2.2. Metafísica dos atos básicos:

Ele discorre, ademais, sobre a tese da identidade. Ou seja, sobre a tese que sustenta que as ações são movimentos corpóreos dotados de um mínimo de voluntariedade, e nada mais.

Para Oliver Wendell Holmes, por exemplo, as ações seriam contrações musculares voluntárias. Tese semelhante é compartilhada, de certo modo, por Arthur Danto, John Austin e Donald Davidson, filósofos já referenciados acima.

Essa tese sustenta que, quando menos, algumas ações se resumiriam a movimentos corpóreos voluntários, argumento que se depara com a seguinte espécie de objeção:

O assassinato de Smith por Jones ontem certamente foi um ato; mas o ato de matar envolve mais do que o fato de Jones ter movimentado seu dedo no gatilho da arma com a qual ele matou Smith; isso envolve o disparo da arma, o fato do projétil ter atingido Smith e o fato de Smith ter morrido, elementos que não podem ser identificados, de modo plausível, com o movimento do corpo de Jones.<sup>1609</sup>

<sup>1608</sup> MOORE, Michael S. *Op. cit.*, p. 70. Ele sustenta que os eventos não persistiriam no tempo (ou seja, enquanto simples mudança de um estado de coisas, eventos não teriam duração. Eles simplesmente ocorreriam. Estados sim teriam persistência); os eventos tampouco ocupariam espaço, conquanto possam ser localizados (dado que são relacionados aos objetos físicos em que ocorrem).

<sup>1609</sup> MOORE, Michael S. *Op. cit.*, p. 79. Traduziu-se.

Alguns teóricos perquirem a obtenção de uma espécie de 'partícula elementar' da teoria da ação. Divisam um suposto 'ato-básico', ou 'ação atômica' que comporia ações complexas. Por exemplo, abrir a boca, piscar, levantar o braço, contrair os dedos, fechar a mão, mover os pés seriam atos básicos.<sup>1610</sup>

Há forte apelo behaviorista na busca desse suposto ato básico.

Se eu desejo que meu braço se levante, o movimento desejado do meu braço imediatamente segue ao meu desejo. Não há nada a que recorra, nada que eu deseje, como um meio ou instrumento para atingir esse meu propósito. Mas se eu desejo levantar o livro o qual agora está sobre a mesa diante de mim, eu desejo certo movimento do meu corpo, e eu o emprego como meio, como um instrumento, para realização dos meus fins últimos.<sup>1611</sup>

Para Austin e Arthur Danto, um ato básico é aquele que pode servir de meio para a realização de uma ação complexa. Ele mesmo é realizado diretamente, dado que não poderia ser decomposto em unidades ainda menores.<sup>1612</sup> E isso redundaria naqueles movimentos corpóreos atávicos.

Com esse pano de fundo, Moore distingue os *act-types* e os *act-tokens*, diferenciação também traçada por Charles S. Peirce, Alvin Goldman e Georg von Wright, como já foi destacado no curso dessa tese. A ação 'mover o braço' seria um *act-type*, enquanto que a asserção 'João moveu seu braço direito ontem às 15h05min' seria um *act-token*.

Não há *act-types* básicos, dado que apenas um específico ato-caso (*act-token*) pode ser uma ação básica: levantar o braço de um modo específico em um momento determinado, diz o penalista estadunidense.

Percebe-se facilmente que essa concepção encontra-se impregnada do mecanicismo fisiológico, ao imaginar a ação como uma espécie de modificação do mundo, provocada pela vontade humana (*behaviorismo*).

Ademais, alguns dos teóricos adeptos dessa tese da identidade (ação =

---

<sup>1610</sup> O professor de Illinois argumenta, porém, que a diferença entre atos básicos e atos complexos cuidaria apenas de uma diferença entre os enunciados empregados para a descrição de uma mesma ação. No seu exemplo, 'mover o dedo' e 'matar Smith' pode ser o mesmo ato, desde que o sujeito tenha apertado o gatilho da espingarda, matando seu desafeto. A expressão 'mover o dedo' é uma descrição atômica, porquanto gravita exclusivamente em torno do movimento corpóreo voluntário; enquanto que 'matar Smith' é uma descrição complexa, já que leva em conta também o resultado morte.

<sup>1611</sup> Idem, p. 80, traduziu-se.

<sup>1612</sup> Idem, p. 80. Moore argumenta que essa simplicidade dos atos básicos seria meramente epistêmica, eis que também poderiam ser dissecados em enervações, em sinapses etc. Mas, para fins de recorte de unidades de ação, os 'atos básicos' teorizados por Arthur Danto representariam, segundo o seu juízo, a fração mínima da ação humana.

movimento corpóreo), acabaram por incluir as omissões dentro do conceito de ação *lato sensu*. Esse é o caso, por exemplo, de Donald Davidson.

Alguns autores simpáticos com a tese da identidade incluem as omissões e os eventos mentais no conceito de movimento corpóreo. Por exemplo, Donald Davidson: 'Se nós interpretamos a ideia de um movimento corpóreo de forma ampla, uma questão estará em saber se todas as ações primitivas são movimentos corpóreos. A generosidade precisa ter suficientemente ampla de modo a abranger também como 'movimento' as omissões e também os atos mentais como decidir e computar.' Eu não vejo razão para ser tão generoso assim. Se nosso conceito de ação demanda algum desenvolvimento a fim de acomodar tais itens - pelo fato, por exemplo, de que querer é essencial para atos e certo estado de repouso ou certos estados mentais podem ser queridos - então nós talvez sejamos forçados a adotar essa concepção ampla. Mas, até lá, sejamos mais comedidos: movimentos corporais se traduzem em movimento (e não quietude), e o movimento é do corpo, e não da mente.<sup>1613</sup>

O problema é que, mesmo supondo a ação como sendo movimento corpóreo, isso não eliminaria uma natural ambiguidade do idioma, enfatiza Michael S. Moore. Há uma diferença entre movimentos transitivos e movimentos intransitivos, conforme teoria de Jennifer Hornsby (*movement-t* e *movement-i*).

'Mover a mão' tanto pode significar que alguém deliberadamente movimentou sua própria mão, quanto também o fato de que um vendaval a sacudiu a mão de alguém contra a sua vontade.

Essa diferenciação entre movimento transitivo e intransitivo é mais adequada ao idioma inglês. Cuida-se da diferença entre '*he moves his hand*', de um lado, e '*his hand moves*', de outro. No idioma português, ambos os casos ganham notas transitivas (ele moveu sua mão *versus* sua mão se moveu).

Jennifer Hornsby argumenta que a ação seria uma espécie de movimento transitivo (*movement-t*), não podendo ser simples espasmo físico. Exige-se um mínimo de intencionalidade, e essa é a questão fundamental. Já o *movement-i* (intransitivo) seria ambíguo, porquanto poderia significar tanto que o agente moveu sua própria mão, quanto também que ela teria sido movida contra a sua vontade (alguém poderia tê-la amarrado em uma arma, por exemplo).<sup>1614</sup>

<sup>1613</sup> MOORE, Michael S. *Op. cit.*, p. 82.

<sup>1614</sup> Michael S. Moore classifica os movimentos corporais em três tipos: aqueles não causados por movimentos de músculos (o vento levanta o braço), aqueles causados por movimentos de músculos, mas sem controle consciente (movimento simpático/parassimpático) e aqueles comandados de modo reflexivo. MOORE. *Op. cit.*, p. 248-249.

Em outras palavras, para Hornsby toda ação seria um movimento corpóreo, mas nem todo movimento corpóreo seria uma ação (relação gênero/espécie). Michael S. Moore concorda com essa tese: toda 'ação básica', no sentido empregado por Arthur Danto, seria um movimento corpóreo transitivo.

Muitos teóricos refutam essa tese da identidade.

De partida, há crimes omissivos, nos quais é de todo impróprio falar em movimento corpóreo. Contudo, para Moore, o *actus-reus requirement* seria uma condição geralmente exigida para a responsabilização penal; não seria um requisito universalmente aplicável.

Os crimes omissivos seriam uma exceção. E, por conseguinte, poder-se-ia continuar a definir a comissão como sendo idêntica ao movimento corpóreo voluntário, ao mesmo tempo em que seriam formulados critérios próprios para os delitos de abstenção.

Logo, o penalista de Illinois não chega a redefinir a 'ação', de modo a abranger condutas comissivas e omissivas. Ele simplesmente vê a omissão como uma espécie de exceção, de caso extravagante no sistema punitivo, a cobrar justificação substancial (já que a rotulação penal da omissão restringe mais a liberdade do que a rotulação penal das condutas comissivas).<sup>1615</sup>

Saber se nós deveríamos estipular um novo e mais amplo significado para a palavra 'ação' de modo que o act requirement se tornasse geral, mas não inequívoco; ou se nós deveríamos manter o uso mais restrito da palavra 'ação', de modo que o act requirement permanecesse inequívoco, mas não universal, não é uma questão interessante. De todo modo, não é a questão formulada aqui, a qual trata do problema metafísico de saber quais espécies de coisas a ação é.<sup>1616</sup>

Por seu turno, o teórico Granville Williams sustentou que a tese da identidade seria pobre. A ação não deveria ser resumida ao movimento corpóreo; o importante seria aferir as consequências e o contexto do movimento corpóreo.

Em resposta, Michael S. Moore diz que apenas os 'atos básicos' poderiam

<sup>1615</sup> MOORE, Michael S. **Placing blame**, p. 262-277. Michael Moore sustenta, em suma, que, ao se punir determinada omissão, o Estado obriga os sujeitos à adoção de uma conduta específica, interditando tudo o mais. Daí que os crimes omissivos impliquem maior restrição à liberdade de agir, quando comparados com os crimes comissivos (eis que, nesse caso, o Estado proscreeve determinado comportamento, permitindo tudo o mais). E isso significa, portanto, que a rotulação penal da omissão demandaria uma justificação substancial, superior àquela exigida no âmbito dos crimes de atividade.

<sup>1616</sup> MOORE, Michael S. **Act and crime**, p. 89.

ser equiparados aos movimentos do corpo. Já as ações complexas demandariam o exame do contexto e as suas consequências.

Por seu turno, Hyman Gross dizia que um mesmo movimento corpóreo pode ilustrar diferentes espécies de ações. Levantar a mão pode significar um ato de despedida, manifestação de presença em sala de aula, um pedido etc. Ademais, uma mesma espécie de ação poderia ser cumprida mediante diferentes movimentos corpóreos (pode-se assinar um contrato com a mão direita, com a esquerda ou até mesmo com os pés, para pessoas habilidosas...).

O professor de Illinois contra-argumenta que essa objeção desconsideraria o fato de que, segundo ele, a tese da identidade apenas cuidaria dos chamados 'atos básicos', i.e., daquelas unidades mínimas da conduta comissiva. Ele diz que essa identidade não seria afetada pela objeção de Gross.

Moore não atribui o devido peso ao caráter significativo da ação, como facilmente se percebe.<sup>1617</sup> Ele parece se preocupar exclusivamente com o recorte de um substrato (atos básicos), necessários para a realização de condutas comissivas. Mas, ao fazê-lo, sequer consegue atribuir o devido peso à intenção.<sup>1618</sup>

O penalista estadunidense alude, ademais, às objeções linguísticas opostas à tese da identidade (i.e., objeta-se que o uso corriqueiro do idioma não faria essa sinonímia entre ações e movimentos corpóreos). Ele atribui essa crítica a Herbert Hart, Anthony Duff e George Fletcher.<sup>1619</sup>

Ele argumenta que essa objeção estaria incorreta, eis que - cuidando-se de tema metafísico - a percepção do senso comum sobre o conceito de ação não poderia ser tomada como ponto de partida da análise penal.

---

<sup>1617</sup> Conquanto ele mencione a obra do 'segundo' Wittgenstein em p. 199 do seu '*Act and crime*', Michael S. Moore conclui que não haveria nada de especial em sustentar que determinadas ações apenas poderiam ser compreendidas tendo em conta as regras subjacentes à sua realização (como quando alguém faz um gesto para sinalizar a conversão no trânsito). Confira-se MOORE, M.S. *Op. cit.*, p. 200, 219 e 245.

<sup>1618</sup> Como já foi aludido acima, é duvidoso em que medida Michael Moore chega, de fato, a sustentar uma concepção semelhante ao Finalismo. Isso porque, conquanto ele atribua peso para a vontade (ao examinar a *mens rea*), o seu conceito de ação é impregnado pela ideia de movimento físico, com um mínimo de voluntariedade. Ou seja, ele apenas exclui, no seu conceito de ação, os movimentos promovidos sob sonambulismo, epilepsia etc. E isso parece aproximar sua tese da concepção germânica causalista (modelo Liszt/Beling). Todavia, em outras passagens do seu texto, ele acolhe a concepção voluntarista da filosofia da ação, pela qual a atividade humana seria caracterizada essencialmente pelos seus propósitos (uma concepção aproximada ao Finalismo). Parece predominar, ainda assim, um ideário mecanicista, sobretudo quando ele se vincula à diferenciação entre *movement-i* (movimento intransitivo) e *movement-t* (movimento transitivo), defendida por Jennifer Hornsby. A respeito do tema, leia-se MOORE, Michael S. *Act and crime*, p. 109-112 e 149-165; MOORE, Michael S. *Placing blame*, p. 56-58 e 311.

<sup>1619</sup> MOORE, Michael S. *Act and crime*, p. 91-92.

Ora, a sua obra deixa manifesta a preocupação com uma observação objetiva - i.e., a observação de um terceiro -, recortando unidades fisiológicas de ação. Cuida-se, pois, de uma concepção behaviorista;<sup>1620</sup> e que não dedica maior peso às considerações sobre o significado das ações (*Verstehen*).

Ele olvida que mesmo a observação por parte de um 'terceiro' (observação pretensamente objetiva) demanda a atribuição de propósitos à ação; uma ação apenas pode ser compreendida quando se tem em conta os jogos de linguagem nos quais a atividade humana se desenvolve.

Enfim, vê-se que Michael Moore mantém-se fiel à concepção de que os atos-caso básicos (*basic act-tokens*) seriam movimentos corpóreos voluntários.

### 8.2.3. Tese da identidade versus tese dos atos mentais:

Como já foi mencionado no curso dessa tese, alguns filósofos sustentam que, a rigor, a ação seria um evento mental. Ações seriam volições.

Não raras vezes, isso enseja um problema de autorreferência - i.e., um círculo vicioso -, eis que acaba-se perquirindo qual a causa das volições (um querer o próprio querer), e assim sucessivamente.<sup>1621</sup>

Ademais, também haveria uma disputa sobre a natureza das volições: seriam um estado ou seriam um evento? As volições seriam uma espécie de agente causador, situado na mente humana? Cuida-se daquela diferença intuitiva entre a tentativa deliberada de lembrar o nome de alguém, de um lado, e ser tomado de sobressalto por um *déjà vu*, de outro.

Michael S. Moore insurge-se contra essa multiplicação de entidades (i.e., contra a criação de uma espécie de ação interna). A essência da ação permaneceria na sombra, sem explicação...

Por sinal, sequer haveria consenso sobre a natureza da volição. William James a aproximava da crença; John Austin e Alvin Goldman tratavam a volição como uma espécie de desejo. Outros supõem cuidar-se de uma espécie de intenção, uma pulsão lançada contra objetos e pessoas.

---

<sup>1620</sup> Idem, p. 94.

<sup>1621</sup> Como foi destacado acima, essa autorreferência encontra sua maior expressão na concepção de Luhmann (consciência que gera consciência, por exemplo).

O problema é que há intenções para atos imediatos e intenções para realizações distantes (p.ex., a vontade que alguém pode acalentar de comprar um barco dez anos depois). Há intenções orientadas ao próprio movimento corpóreo - no mais das vezes, intenções automatizadas -, e intenções calculadas.

Como registrado acima, Brian O'Shaughnessy tratava a intenção como se fosse uma espécie de pressão interna, à semelhança do que ocorre quando alguém tenta levantar uma pedra muito pesada. Essas teorias podem influenciar a definição do *mens rea*, tanto por isso.<sup>1622</sup>

O autor de '*Act and crime*' advoga a tese de que a volição é uma espécie de intenção. Alguém pode acreditar ter que realizar determinado ato, e, ainda assim, decidir não fazê-lo (problemas próprios da *akrasia*);<sup>1623</sup> ademais, o agente pode querer atingir um alvo mesmo sabendo ser impossível fazê-lo.

Por outro lado, conquanto nem todos os estados psíquicos sejam intencionais (no sentido empregado por Edmund Husserl) - eis que, por exemplo, o humor não tem conteúdo representacional -, as volições exigiriam um objeto. Quem tem vontade, tem vontade de fazer algo determinado.<sup>1624</sup>

Ele questiona, nesse rastro, qual a razão para acreditar que haja algo como a intenção? Para Moore, a resposta é intuitiva, e encontra suporte no reconhecimento de que humanos podem escolher entre ações alternativas.

A clássica pergunta formulada por Wittgenstein - "o que resta se subtraio do fato de que eu levanto meu braço o fato de que meu braço se levanta?"<sup>1625</sup> - indica que a ação é algo mais do que o simples movimento corpóreo. Para Michael S.

---

<sup>1622</sup> De certo modo, essa disputa retrata o conhecido embate entre teóricos que limitam o dolo ao 'conhecimento', enquanto que outros exigem conhecimento e vontade. Caso se compreenda a volição como sendo uma espécie de crença (tese do William James), isso implicaria maior peso para o aspecto cognitivo; enquanto que a suposição de que a volição seria uma intenção, haveria maior relevância na pulsão (lançamento de desejo em face de um objeto ou pessoa, por exemplo).

<sup>1623</sup> A *akrasia* trata do conflito de desejos/intenções. Não raras vezes, o sujeito atua mesmo lamentando a sua ação. E isso parece irracional. De toda sorte, esse problema - conflito de desejos - está na base do dolo direto de segundo grau e também na chamada teoria do duplo efeito. A respeito dessa última questão, leia-se PÉREZ, María Laura Manrique. **Acción, dolo eventual y doble efecto: un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables**. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 137-153.

<sup>1624</sup> Anote-se, todavia, que Michael S. Moore esposa uma concepção funcionalista da mente, à semelhança daquela defendida por Gilbert Ryle. "Um estado funcional é um estado cuja natureza essencial é causar e ser causado por outros estados e eventos. 'Dor', nesse sentido, designa o estado especificado pelo seu papel em causar determinados comportamentos, ser causado por certos estímulos e ingressar em uma variedade de relações com outros estados mentais tais como as crenças e as intenções." MOORE, M.S. *Op. cit.*, p. 130, traduziu-se.

<sup>1625</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 2. ed. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 162.

Moore, ela seria um movimento voluntário.

Para ele, o fundamental é essa percepção de que alguma coisa estaria sob controle - a atuação deliberada - e algo seria provocado por forças exteriores (o braço é levantado por força da ventania). Como dizia Oliver Holmes, mesmo um cão consegue distinguir entre o fato de ser atingido por um tropeção e o fato de ser chutado deliberadamente.<sup>1626</sup>

Nesse âmbito, ele se socorre de Donald Davidson e de Aristóteles, argumentando que o tema demandaria a aplicação do silogismo prático: (a) o sujeito A deseja ter o cabelo curto; (b) ele acredita que, se for até a barbearia, seu cabelo ficará curto; (c) *ergo*, ele vai até a barbearia.<sup>1627</sup>

Deve-se tomar o cuidado, todavia, de compreender que esse silogismo prático é a descrição da tomada de decisão para a realização de uma ação; ele não representa a ação mesma. Além desse conjunto crença/desejo, seria indispensável um impulso - a deflagração do movimento corpóreo respectivo - para que surgisse a ação (entendida por Moore de modo behaviorista).

Por outro lado, aplicando-se esse silogismo para os atos básicos de que falava Arthur Danto, surge um enunciado tautológico. Quero mover meu dedo, acredito que movendo meu dedo, meu dedo se move! O exemplo é do próprio Michael S. Moore, e leva evidentemente a um truísmo.<sup>1628</sup>

Na base dessa concepção volitiva, encontra-se a suposição de que os movimentos corpóreos são suscetíveis, quase sempre, de controle consciente.<sup>1629</sup> Há uma forte tendência na teoria, todavia, de dissecar a atividade humana, de modo a reconhecer a atuação de 'agentes internos' (*humunculus*), à semelhança da teoria freudiana sobre o Id.<sup>1630</sup>

O problema é que essa capacidade de controle consciente é limitada. Quando a atenção está concentrada em algo, é difícil - quando não impossível - que o sujeito exerça controle deliberado sobre outras ações. Conquanto algumas pessoas bem treinadas e habilidosas consigam realizar inúmeras atividades ao mesmo tempo, a capacidade de consciência reflexiva é finita.

Daí que muitas atividades orgânicas são automatizadas (sistema

<sup>1626</sup> HOLMES, Oliver Wendell *apud* MOORE, M.S. *Op. cit.*, p. 135.

<sup>1627</sup> MOORE, M.S. *Op. cit.*, p. 135-136.

<sup>1628</sup> *Idem*, p. 143.

<sup>1629</sup> *Idem*, p. 151.

<sup>1630</sup> FREUD, Sigmund. **O eu e o ID, autobiografia e outros textos (1923-1925)**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 22-59.



simpático/parassimpático), o que exonera o cérebro para controle consciente de outras atividades. Quando se conduz um veículo pela primeira vez, presta-se atenção deliberada em toda a sequência de movimentos; tempos depois, já com maior experiência, o motorista simplesmente realiza os movimentos de modo quase que mecânico.

A teoria volitiva suscita questionamentos sobre modo quando ao problema do 'fantasma na máquina' - expressão de Gilbert Ryle<sup>1631</sup> -; isto é, como justificar a relação entre algo imaterial (a mente) e algo físico (o movimento do corpo)? Essa mesma pergunta é formulada por John Searle.<sup>1632</sup>

A resposta pela essa pergunta é oferecida pelo funcionalismo: as volições deveriam ser compreendidas como função do organismo, ao invés de uma pretensa entidade imaterial. A mente seria semelhante a um *software*, um epifenômeno surgido a partir das sinapses neurológicas.

É fato que os estados funcionais do corpo têm, eles próprios, suas causas. E isso coloca sob holofote o conhecimento problema do determinismo e indeterminismo. Costuma-se supor, apesar disso, que o ser humano seja livre, pressuposto indispensável para a vida em comum.

#### 8.2.4. Ainda sobre a teoria da ação de Michael S. Moore:

Michael S. Moore argumenta que, como notório, a legislação penal não descreve diretamente 'atos básicos' (mover o dedo, levantar a perna, sacudir os braços). Ao contrário, os legisladores punem ações complexas como o matar, o lesionar, o danificar, o estuprar etc.

E isso suscita questões a respeito do nexos causal - afinal de contas, há necessidade de se aferir quando se pode dizer que A matou B -, e difíceis problemas de interpretação quando em causa comportamentos omissivos.

O *actus-reus requirement* significa que, como regra, para que determinado sujeito possa ser responsabilizado criminalmente, ele deve ter praticado uma atividade que reúna as qualidades requeridas pela descrição complexa (*act-type*),

<sup>1631</sup> RYLE, Gilbert. **The concept of mind**, p. 11, 37 e 50.

<sup>1632</sup> SEARLE, John. **Liberdade e neurobiologia**, p. 25-29. SEARLE, John R. **Mente, linguagem e sociedade**, p. 70-104. Leia-se ainda DAMÁSIO, Antônio R. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. DAMÁSIO, Antônio. **O mistério da consciência: do corpo e das emoções ao conhecimento de si**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

para que seja tido como crime.<sup>1633</sup>

Por conseguinte, segundo a concepção de Moore, isso envolveria um confronto entre *act-token* (ato-caso) e o *act-type* (ato-tipo) respectivo, a fim de se obter alguma espécie de isomorfismo entre ambos.<sup>1634</sup>

Há, todavia, opiniões céticas sobre os limites do *actus reus*, eis que muitos teóricos sustentam que não haveria como dissociá-lo do *mens rea requirement*. Essa objeção foi lançada, por exemplo, pelo penalista Jerome Hall.

A própria conceituação do *actus reus* já exigiria elementos anímicos. Quando a lei da Califórnia proíbe alguém de gravar conversas alheias sem o seu consentimento, isso não seria atendido caso o agente simplesmente estivesse testando seu equipamento de som, no momento em que capta, sem nenhuma intenção, o diálogo de terceiros.

Ou seja, o *actus reus requirement* já demandaria um mínimo de voluntariedade. Recorde-se que essa concepção está impregnada de um viés causalista (modelo Liszt-Beling), de modo que Moore concebe a ação como movimento corpóreo voluntário.<sup>1635</sup>

Isso parece borrar os limites entre o *actus reus* e o *mens rea*. Mas, apesar disso, os estados mentais exigidos para cada um dos requisitos não se confundiriam entre si. A voluntariedade a ser aferida para caracterização do *actus reus* seria algo mínimo (apenas afastando a coação, sonambulismo e epilepsia).<sup>1636</sup>

---

<sup>1633</sup> Idem, p. 169.

<sup>1634</sup> No que toca ao isomorfismo, atente-se para o conceito de Douglas Hofstadter: "A palavra 'isomorfismo' é empregada quando duas estruturas complexas podem ser mapeadas uma em direção à outra, de tal modo que cada parte de uma estrutura encontre uma parte correspondente na outra estrutura; o que significa que as duas partes exercem papéis semelhantes em ambas as estruturas. Esse uso da palavra 'isomorfismo' é derivado de uma noção ainda mais precisa, no âmbito da matemática." Confira-se com a leitura de HOFSTADTER, Douglas R. **Gödel, Escher, Bach: an eternal golden braid. A metaphorical fugue on minds and machines in the spirit of Lewis Carroll.** Edição comemorativa do 20º aniversário da obra. Nova Iorque: Basic Books, 1999, p. 49. Traduziu-se. Note-se que o físico Hofstadter tem em conta, nesse excerto, o isomorfismo topológico. Mas a mesma lógica se aplica quando em causa conceitos. A descrição de um ato-caso (*act-token*) mantém uma relação de isomorfismo com a descrição de um ato-tipo (*act-type*), quando suas qualidades, presentes no caso individual, ilustram as qualidades presentes no caso genérico. A disparou contra a cabeça de B. Com isso, as funções vitais de B cessaram. Logo, A matou B, praticando o ato descrito no art. 121, CP.

<sup>1635</sup> Repise-se, todavia, que ele também excepciona expressamente casos em que esse requisito não seria exigido (crimes omissivos). Ele não oferece, portanto, um conceito que abranja os comportamentos omissivos e comissivos. Ademais, nos termos já equacionados acima, alguns excertos da obra de Michael Moore ganham notas finalistas, sobretudo quando ele atribui peso para as teorias volitivas, desenvolvidas pela filosofia da ação.

<sup>1636</sup> Note-se, por oportuno, que, depois da publicação de '*Act and crime*', sobrevieram vários debates a respeito da proposta teórica de Michal S. Moore. Os principais artigos foram reunidos na **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 142, no. 5 (Maio, 1994), p. 1661-1673, a exemplo dos textos de

Também nesse âmbito, a resposta do autor de '*Act and crime*' gravita em torno da diferença entre atos-básicos e atos-complexos. A ação cuidaria de um mínimo de voluntariedade - a vontade de apertar o gatilho, por exemplo -, enquanto que os tipos cuidariam de ações mais intrincadas.

O *mens rea* cuidaria, portanto, de elementos anímicos adequados a tais atos-casos mais elaborados (vontade de matar alguém, vontade de subtrair coisa alheia para si, vontade de evadir divisas do território nacional etc). Daí que Moore sustente que os requisitos não se confundiriam.

Em alguns casos, porém, essa diferenciação realmente seria mais difícil. Verbos como 'mentir' exigiriam, já no preenchimento do *actus reus*, a presença de um estado anímico mais amplo. Quem mente sabe estar dizendo uma falsidade.<sup>1637</sup>

De todo modo, no mais das vezes, essa distinção entre *actus reus* e *mens rea* (algo próximo à distinção entre tipo objetivo e tipo subjetivo) deve ser mantida. Michael Moore menciona ainda que autores como Dan-Cohen e Glanville Williams teriam formulado uma conceituação residual da ação.

Ou seja, para esses autores, o *actus reus* envolveria todos aqueles requisitos necessários à responsabilização penal de alguém, depois de aferido o *mens rea*.<sup>1638</sup> Essa concepção aproxima-se da teoria dos elementos negativos do tipo, desenvolvida em solo alemão, eis que acaba por lançar questões de justificantes (estado de necessidade, legítima defesa etc) para o exame da tipicidade objetiva.

O fato é que o professor de Illinois não concorda com essa tese. Ele mantém a autonomia dos requisitos da *absence of justification* (ausência de justificantes) e *absence of excuses* (ausência de dirimentes).

Por outro lado, haveria tantos *actus reus* quanto os verbos de ação empregados na legislação penal respectiva. Por conseguinte, a natureza desse requisito acabaria dependendo da espécie de conduta rotulada criminalmente.<sup>1639</sup>

---

Alvin Goldman, George Fletcher, Leo Katz, dentre outros. Destaque-se o artigo de Bernard Williams (*the actus reus of dr. Caligari*), em que o filósofo defende que o sonambulismo não implica a ausência de ação.

<sup>1637</sup> Há uma diferença, por certo, entre 'mentir' e 'contar mentira'. No último caso, pode-se imaginar que alguém 'conte uma inverdade' sem saber disso. O mesmo não ocorre, porém, quando se emprega o verbo 'mentir'. Quem mente necessariamente deve saber que está falando algo que não corresponde à verdade. Daí que, nesse caso, não há como um *act-token* ilustrar as propriedades do *act-type* 'mentir', sem ao mesmo tempo já antecipar o juízo a respeito do '*mens rea*'. Não há como mentir em erro de tipo, por exemplo.

<sup>1638</sup> MOORE, Michael S. **Act and crime**, p. 175-176.

<sup>1639</sup> Idem, p. 189.

Enquanto o *act-requirement* trataria do requisito mínimo - o ato básico, de que falava Arthur Danto -, o *actus-reus requirement* seria mais amplo, exigindo a prática de um ato-caso complexo, amoldado ao ato-tipo previsto na lei. Importa dizer: seria indispensável o exame das peculiaridades da ação realizada.<sup>1640</sup>

Ora, dada a proibição de *bill of attainder* - isto é, dado que o Congresso não pode elaborar uma lei retroativa, para punir uma conduta específica já praticada, com todos os seus detalhes -, a descrição legislativa é naturalmente genérica, conquanto não possa ser ambígua.

A lei deve permitir a identificação da conduta proibida (art. 5º, XXXIX, CF), mas sem que tenha que especificar o nome do agente ou da vítima, por óbvio. E essa é a razão pela qual um dos problemas centrais do Direito Penal é aferir quando um caso preenche os requisitos do descritor da norma incriminadora.

Um fato pode ser descrito com referência à atividade desempenhada (crimes de mera conduta), aos eventuais resultados (crimes materiais), às tendências especiais (tipos penais assimétricos), a uma qualidade do agente (crimes próprios/crimes de mão própria) etc.

### 8.2.5. A ação e o *double jeopardy*:

Deve-se atentar, ademais, para o exame que Michael S. Moore promove a respeito da vedação de *bis in idem* no Direito Penal. Ele tem em conta, nesse âmbito, que - para que haja responsabilização criminal de alguém - a acusação não pode ser reiteração de outra imputação já formulada.<sup>1641</sup>

Acrescente-se ainda que tampouco se pode punir duplamente alguém por conta de um mesmo crime (*same offense*).

O problema é que o ceticismo sobre o *mens rea* e sobre o *actus reus* também implica desconfiança quanto à viabilidade de aferição do *double jeopardy*. Isto é, suspeita-se que o tema envolva elevada carga de arbítrio, dada a natural dificuldade de se aferir quando haveria um único delito.

O professor de Illinois concentra seu exame do *ne bis in idem* nos aspectos objetivos (*actus reus*), eis que não imagina que o conteúdo anímico (*mens rea*)

<sup>1640</sup> Idem, p. 190-192.

<sup>1641</sup> Idem, p. 305. Sobre o histórico do *ne bis in idem*, leia-se também MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 288 e ss.

tenha aptidão para multiplicar os delitos envolvidos.

Uma especial dificuldade surge, no que toca à *Common Law*, eis que haveria inúmeras fontes da proscrição do duplo risco. Atente-se para o fato que os Estados-membros também legislam no âmbito estadunidense; razão pela qual, em muitos casos, tribunais acabam por invocar a tal da doutrina da dupla soberania (a União poderia condenar alguém já absolvido por um Estado-membro?).

Por sinal, é interessante ter em conta que os Estados Unidos reconhecem algo semelhante ao concurso aparente. Cuida-se da chamada *merger doctrine*, invocada quando há uma relação de inclusão entre as normas criminais violadas. Trata-se de algo parecido com o princípio da absorção, presente no Direito Penal da Europa Continental (*Civil Law*).

A teoria da 'fusão', presente no Direito da *Common Law*, é um instrumento judicial para se evitar um subsequente julgamento de um réu por conta de um delito incluído em um crime mais amplo, pelo qual ele já tenha sido absolvido ou condenado. É essencialmente um instrumento para se impedir o *double jeopardy*, conforme *State v. Ricos*, 130 N.C. App. 113 (1998).<sup>1642</sup>

De certo modo, essa '*merger doctrine*' aproxima-se também da forma como os alemães equacionam o concurso ideal (aplicação da pena mais grave), nos termos do já referido §52, StGB.

Eis, portanto, o relevo de se delimitar quando haveria uma única ofensa; os casos em que, não obstante a aparência de multiplicidade, cuidar-se-ia de crime singular, a impedir múltipla punição e múltipla persecução penal.

Ele tem em conta, é fato, essa diversidade de enfoques do *double jeopardy*. Tanto pode se traduzir em uma garantia processual - a vedação de reiteração de julgamentos em desfavor da liberdade do acusado -, quanto também uma garantia material, entendida como vedação de múltipla punição de uma crime único. Cada um desses vetores encontraria justificativas próprias.<sup>1643</sup>

Para Moore, a inibição de múltiplas punições por conta de um mesmo crime seria motivada por preocupações de proporcionalidade (vedação de excesso). Permitir isso implicaria, na maioria dos caso, a cominação de sanções superiores

<sup>1642</sup> MOORE, Michael S. **Act and crime**, p. 307. Traduziu-se.

<sup>1643</sup> Idem, p. 308.

àquelas adequadas à gravidade do crime, ele diz.<sup>1644</sup>

A premissa é a de que, ao estipularem a sanção para determinada conduta, os legisladores já as teriam calculado de modo suficiente e proporcional ao comportamento lesivo. Repetir a dose implicaria agressão à referida medida.

Daí que ele se fie também na proscricção de penas cruéis, prevista na 8ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América. Segundo essa cláusula, caso o legislativo não poderia punir de forma desmesurada determinada conduta.

O fato é que, supondo-se um legislador racional, a cada crime deveria seguir, quando muito, uma única sanção. Pode-se deixar de punir determinado comportamento, por questões de política criminal (p.ex., a preservação da segurança jurídica, tema afeto à prescriçãõ). O que não se admite, em princípio, é que um mesmo delito seja punido com múltiplas sanções.

De certa forma, a inibiçãõ de múltiplos julgamentos é um mecanismo acessório (*handmaiden*) em face do interesse de se evitar o *bis in idem* material. Não bastasse isso, também há um interesse de eficiência na atuação do Estado, eis que se evita, dessa forma, o desperdício de recursos públicos.

Com a cláusula do *double jeopardy*, estimula-se que os acusadores públicos concentrem seus esforços em cada caso, cientes de que não poderão reiterar a mesma acusação. O Estado tem uma oportunidade - um processo, melhor dizendo - para lograr a condenação de alguém; razão pela qual deve trazer ao feito todos os elementos de convicção de que disponha.<sup>1645</sup>

Assim, até mesmo um argumento utilitarista, ao estilo da *Law and Economics*, justifica a cláusula do *ne bis in idem*. Ademais, o fato é que ninguém pode ficar anos sendo demandado em juízo, sofrendo a *pena del banquillo*, com toda a infâmia que comumente acompanha os feitos criminais.

Múltiplos julgamentos aumentam a probabilidade de se punir um inocente. Dado que, no mais das vezes, o Estado dispõe de maiores recursos que o arguido, a tendência é que a acusação fortaleça o seu caso, sempre que reiterado o

---

<sup>1644</sup> Como já foi referido, Michael Moore professa uma concepção retributivista do Direito Penal. Confira-se novamente com MOORE, Michael S. **Placing blame**, p. 113-127 e 153-188. MOORE, Michael S. **Act and crime**, p. 57.

<sup>1645</sup> Anote-se, por sinal, que, nos Estados Unidos, a acusação está obrigada a informar ao acusado todos os elementos de convicção relevantes para o caso, de que disponha. Cuida-se do chamado *Brady Material*, apreciado inicialmente no caso *Brady v. Maryland*, US 83 (1963). A Suprema Corte já chegou a anular casos em que a acusação não revelara que determinada testemunha havia celebrado um acordo de colaboração (delação premiada), conforme se infere do precedente *Giglio v. USA* - 405 US. 150 (1972).

juízo. Por seu turno, a defesa pode se tornar menos efetiva, diante dos elevados custos envolvidos e também por força da natural instabilidade emocional dos arguidos e testemunhas.<sup>1646</sup>

Julgamentos criminais não apenas consomem tempo; eles criam traumas e sequelas para o suspeito e para sua família. Conquanto o acusado esteja de algum modo submetido a isso - desde que haja justa causa para o recebimento da denúncia -, o fato é que o Estado tem a obrigação de reduzir esse natural efeito de uma acusação criminal. O processo não pode se converter em uma pena.

Por conseguinte, ninguém pode ser obrigado a suportar a reiteração de uma acusação já julgada. Essa discussão foi travada no caso *Green v. USA*, 355 US, do ano de 1957.<sup>1647</sup>

O fato é que o exame do *ne bis in idem* demanda a indicação segura de quando duas acusações, aparentemente distintas, tratariam a rigor do mesmo crime. E é nesse âmbito que ele menciona o *Blockburger test*, já aludido acima. Esse critério sustenta que duas acusações seriam idênticas entre si quando precisassem da mesma evidência para sua demonstração em juízo.

Michael Moore enfatiza, todavia, que, em regra, o *double jeopardy* demandaria identidade tanto dos *act-types* (mesma espécie de crime), quanto também do *act-tokens* (atuação concreta). Alguém que praticasse roubos diários, sequencialmente, não poderia invocar referida cláusula, truísmo dizê-lo.

Note-se que ele chega a tratar do concurso aparente de normas (confronto entre *act-types*). Deve-se aferir - diz Michael S. Moore - quando dois *act-types* são isomorfos (p.ex., rapto e sequestro).

Ora, em muitos casos não haveria dúvidas quanto à existência de uma única ação; o problema estaria em saber quantos *act-types* teriam sido cometidos (quantos

---

<sup>1646</sup> MOORE, Michael S. **Act and crime**, p. 313.

<sup>1647</sup> Segundo o relatório do caso *Green v. USA*, o postulante foi acusado e julgado em um tribunal federal por homicídio em primeiro grau. O juiz instruiu os jurados dizendo que poderiam julgá-lo a respeito da acusação da prática do homicídio em primeiro grau ou homicídio em segundo grau. O júri o condenou pelo cometimento do homicídio em segundo grau, mas seu veredicto foi omissivo a respeito da imputação da prática do homicídio em primeiro grau. Com isso, o postulante foi condenado à reclusão. Em recurso, sua condenação foi anulada e o caso foi submetido a novo julgamento. Preso preventivamente, o postulante foi submetido a novo júri por ambas as acusações (homicídio de primeiro grau e segundo grau). Ele foi condenado, então, por homicídio em primeiro grau e condenado à pena de morte. Ele recorreu, então, à Suprema Corte, alegando que a renovação do julgamento, quanto ao homicídio em primeiro grau - a cujo respeito o veredicto inicial havia sido omissivo - teria violentado a cláusula do *double jeopardy*. Sustentou, em suma, que a omissão do primeiro júri teria implicado a sua absolvição. O argumento foi acolhido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, reconhecendo a agressão ao *ne bis in idem*.

tipos de crime teriam sido violados). Segurar a vítima, mantendo-a em seu poder, implica quantos crimes? Sequestro e constrangimento ilegal?

O penalista de Illinois alega que o juiz Brennan teria se equivocado ao denominar o *Blockburger test* de '*same evidence test*'. Esse teste teria a finalidade, isso sim, de demonstrar que dois *act-types* seriam idênticos entre si.<sup>1648</sup>

Ele chega a mencionar também o caso *Grady v. Corbin*,<sup>1649</sup> mais rigoroso que o *Blockburger*. No precedente *Grady*, reconheceu-se que o Estado não poderia processar o sujeito pela prática de homicídio, eis que ele já havia sido acusado de conduzir o veículo sob efeito de drogas e de dirigir na contramão. Dado que o acusado teria que comprovar novamente esses elementos, para demonstrar a sua responsabilidade pela morte da vítima, a Suprema Corte vetou o segundo julgamento, por reputá-lo ofensivo à garantia contra o *double jeopardy*.

Moore argumenta, porém, que a acusação poderia renovar o julgamento, caso a sua prova dissesse respeito exclusivamente à alegação de que o suspeito estaria conduzindo com excesso de velocidade, questão não enfrentada no primeiro júri.<sup>1650</sup> Vê-se que a distinção parece bastante artificial.

Também nesse âmbito, o problema estaria muito mais na identidade de *act-types* (os tipos de crimes), do que quanto à semelhança entre os *act-tokens* (i.e., as ações efetivamente realizadas). O ato particular de *Grady*, ao dirigir sob efeito de embriaguez, e o ato de matar negligentemente na condução do veículo seriam o mesmo crime?

O autor de *act and crime* não chega a ofertar uma resposta explícita para essa pergunta. Ele critica, todavia, o voto do juiz Brennan, ao argumento de que não teria atentado para o fato de que haveria distintos *act-tokens* (a condução sob efeito de embriaguez teria se iniciado muito antes do homicídio, ele diz).

Moore argumenta que Brennan - responsável pela voto condutor no caso *Grady* - teria levado em conta apenas os *act-types* (comparando o tipo de conduzir sob efeito de álcool, conduzir na contramão, dirigir com excesso de velocidade), para questionar, então, se os tipos penais seriam os mesmos.

Ambos os testes (*Blockburger* e *Grady*) permitem a múltipla punição para

<sup>1648</sup> MOORE, Michael S. **Act and crime**, p. 315.

<sup>1649</sup> Sobre o caso *Grady*, leia-se SO, Tat Man J. Double jeopardy, complex crimes and *Grady v. Corbin* in **Fordham Law Review**. Vol. 60. Issue 2. Article 6. Disponível na internet: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2951&context=flr>>. Acesso em 05.01.2014.

<sup>1650</sup> MOORE, Michael S. **Op. cit.**, p. 316.



uma mesma conduta, desde que o agente agrida a distintos interesses. Empregando o termo comum no âmbito da *Civil Law*, a múltipla punição seria possível - diz Michael Moore - desde que o comportamento em causa agrida a bens jurídicos diversos.<sup>1651</sup>

O sujeito que atira contra um policial que está em vias de prendê-lo, usando uma arma de uso proibido, praticará os crimes de tentativa de homicídio, uso de arma sem licença e também o delito de resistência à prisão.<sup>1652</sup>

Opinião semelhante foi manifestada por Peter Western, quem dizia ser inviável obter uma definição suficiente do que seria a tal *same offence*; i.e., quando duas acusações seriam idênticas entre si (quando uma aparente pluralidade de delitos seria, a bem da verdade, um único crime).<sup>1653</sup>

Cuidar-se-ia de um exame valorativo, eis que não haveria como recortar unidades de crime, de modo acurado e anterior à valoração judicial. Michael Moore aduz temer o risco de uma teoria camaleão; uma teoria relativista que simplesmente delegue aos julgadores as opções entre unidade ou pluralidade, em cada caso concreto.

E isso ainda é agigantado, quando se tem em conta o já referido 'efeito sanfona' - expressão empregada por Joel Feinberg. Quando alguém faz a barba, quantas ações? Levantar o braço, trocar a carga do aparelho, abrir o frasco de espuma de barbear seriam ações autônomas? Como contar ações?

Acrescente-se ainda o problema de se delimitar quando um *act-token* (ato-caso) começa e quanto termina, eis que a vida não se dá em capítulos. Há razoáveis dúvidas sobre os limites temporais de uma ação humana.

Michael Moore lamenta, por outro lado, que haja alguma confusão entre os atos-tipo e os atos-caso. Ele diz que treinar violino diariamente, durante uma semana, implicaria um único *act-type* (treinar violino) e 07 *act-tokes* (07 ações individuais de tocar violino).

O caso *Brown v. Ohio*, de 1977, é apontado por ele como sendo um exemplo dessa alegada confusão entre tipos e casos. Brown teria se apropriado de um carro alheio, conduzindo-o para outra cidade de Ohio. Preso, restou condenado pela prática do crime de *joy-riding* (uso ilegal do automóvel). Tempos depois, também foi

---

<sup>1651</sup> MOORE, Michael S. *Op. cit.*, p. 317.

<sup>1652</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>1653</sup> Idem, p. 318.

condenado por furto do veículo.

A suprema Corte de Ohio reconheceu que teria havido uma parcial identidade entre os tipos (*act-types*). Mas disse que, apesar disso, o órgão judiciário local concluir não haver ofensa ao *double jeopardy*, eis que os tipos teriam sido cometidos com *act-tokens* distintos.

A solução dispensada pela Suprema Corte estadual restou reformada, porém, pela Suprema Corte dos EUA, com voto condutor do justice Powell, para quem haveria um único delito. Essa opinião é criticada por Moore, ao argumento de que a Suprema Corte não teria atentado para a diferença de datas entre os eventos (o *joy-riding* teria sido cometido 07 dias depois do furto).<sup>1654</sup>

Conquanto em termos abstratos, o furto do carro e a condução ilegal do veículo pudessem ser a mesma ofensa, na situação concreta isso não teria ocorrido, dado que teriam sido praticados dois atos diferentes.

Michael S. Moore argumenta que a garantia contra o *double jeopardy* apenas seria violentada quando o mesmo *act-token* fosse punido de forma múltipla. E afirma que isso não teria ocorrido no caso *Brown v. Ohio*, de 1977.

Mas o penalista não chega a ofertar critérios mais densos para se recortar a quantidade de ações, diante do 'efeito sanfona' que ele próprio menciona.

É com esse pano de fundo, que a obra *act and crime* discorre sobre a identidade entre *act-types* (algo que se aproxima da teoria do concurso aparente de normas, elaborada no âmbito da *Civil Law*). É com esse pano de fundo que se coloca a chamada doutrina da fusão (*merger doctrine*), que reconhece a identidade entre alguns tipos penais.

Cuida-se da relação gênero-espécie, de modo a absolver a *lesser included offence* (postulado da especialidade, como facilmente se percebe).<sup>1655</sup> O problema é que, não raras vezes, essa comparação entre tipos não seria singela.

O crime de *burglary* (furto com invasão da residência) demandaria o preenchimento dos seguintes requisitos: ingressar na residência alheia, à noite, com a intenção de cometer um crime no seu interior.

Caso o agente tenha sido acusado de *burglary*, e tempos depois seja acusado de violação de domicílio, haveria violação ao *ne bis in idem*? As descrições típicas não seriam idênticas, mas, apesar disso, cuidar-se-ia de um só crime,

---

<sup>1654</sup> Idem, p. 321.

<sup>1655</sup> Idem, p. 321-322.

insuscetível de dupla punição ou dupla acusação.<sup>1656</sup>

Ora, a cláusula do *double jeopardy* jamais teria exigido cabal identidade entre os *act-types*, enfatiza Moore. Mas, ao mesmo tempo, ele parece acreditar que somente haveria *bis in idem* quando em causa o mesmo *act-token*.<sup>1657</sup>

Michael S. Moore confronta-se com análises céticas, metafísicas e morais sobre a identidade de *act-types*. Na base, encontra-se o antigo e conhecido problema dos universais, que tanto afligiu o frade Guilherme de Occam: cuida-se de saber se há, de fato, algo que se possa chamar de 'o homicídio', ou 'a lesão corporal', ou se - ao contrário - apenas há homicídios concretos, com agentes, vítimas, modo de execução e tempo determinados.

Não há necessidade de se ingressar em maiores detalhes sobre o nominalismo, alvo de profundos debates por parte da Escolástica medieval. Ao que releva, o autor de *act and crime* simplesmente advoga uma concepção moralista do Direito Penal (com alguma proximidade com a teoria do bem jurídico, entendida como justificação ética da restrição penal da liberdade alheia).

Com efeito, Moore é expresso ao filiar-se a um *moral approach*. Isso significa que, para ele, saber se haveria vários crimes demandaria exame dos interesses tutelados por parte de cada *act-type* (os bens jurídicos em causa).

Isso evidencia uma latente contradição na sua obra.

Ao longo dos primeiros capítulos, ele parece dedicar maior peso à concepção de Donald Davidson e Jennifer Hornsby - ação enquanto movimento corpóreo transitivo -, do que à concepção multiplicadora de Alvin Goldman (ação enquanto propriedade predicável a um ato-básico).

Por conseguinte, é inequívoco que, ao longo do seu texto, Moore sustenta que a ação penal (o *actus reus*) seria uma espécie de movimento corpóreo voluntário. Ele apenas excepciona os casos de crimes omissivos, ao tempo em que também critica a concepção hermenêutica da ação (p.ex., a do Fletcher).

Quando trata, todavia, da violação ao *double jeopardy*, ele parece advogar a concepção multiplicadora. Michael Moore argumenta não haver empecos para a punição múltipla de um mesmo comportamento, desde que empregados *act-types* distintos, com autonomia moral entre si (*moral approach*).<sup>1658</sup>

---

<sup>1656</sup> Idem, p. 327.

<sup>1657</sup> Idem, p. 327-328.

<sup>1658</sup> Idem, p. 330 e ss.

O penalista de Illinois, doutor pela Universidade de Harvard, argumenta que apenas nos casos de identidade moral entre as normas - algo semelhante ao parentesco de injusto, tratado por Ingeborg Puppe - é que o *double jeopardy* seria violentado. Ele menciona, nesse âmbito, os casos de identidade parcial (relação parte todo; e relação de sobreposição normativa).<sup>1659</sup>

Ademais, Moore também menciona, nesse âmbito, a diferença entre crimes *mala in se* e *mala qui prohibita*,<sup>1660</sup> conquanto reconheça que todo delito é *mala qui prohibita*, eis que depende da prévia rotulação penal.<sup>1661</sup>

O fato é que ele atribui peso para a questão do bem jurídico tutela pela norma (*state of affairs*), de modo que um *act-token* poderia ser alvo de distintas sanções, desde que violados distintos *act-types*, autônomos entre si.

Ora, essa abordagem moral pressupõe que o intérprete não seja cético a respeito dos padrões éticos, eis que ele toma como premissa uma suposta natureza moral do Direito Penal.<sup>1662</sup> Ele chega mesmo a distinguir o ceticismo, o realismo e o convencionalismo moral.<sup>1663</sup>

Enfim, ele acaba deslocando o problema para saber quantos injustos teriam ocorrido (quantos *moral wrongs* teriam sido cometidos). Para tanto, Moore acredita ser necessário o exame da linguagem empregada em cada *act-type*, e também uma boa dose de bom senso.<sup>1664</sup>

Grosso modo, essa é a síntese do pensamento presente na obra *Act and crime*, ao que releva à presente tese.

### 8.3. Tese defendida por Eduardo da Silva Correia:

Promove-se, nesse tópico, uma breve análise da teoria do professor Eduardo Henrique da Silva Correia, veiculada na sua tese de 1945.<sup>1665</sup> A sua obra bem ilustra a tentativa de se conjugar distintos pontos de comparação, no que toca

<sup>1659</sup> Cuida-se de uma distinção próxima àquela diferenciação promovida por Frosali, entre especialidade por adição e especialidade por especificação. Confira-se FROSALI, Raoul Alberto. **Concorso di norme e concorso di reati**, p. 348-352.

<sup>1660</sup> MOORE, Michael S. *Op. cit.*, p. 338-339.

<sup>1661</sup> Idem, p. 343.

<sup>1662</sup> A respeito do tema, leia-se MOORE, Michael S. **Placing blame**, p. 191-247.

<sup>1663</sup> MOORE, Michael S. **Act and crime**, p. 343-344.

<sup>1664</sup> Para tanto, ele reporta-se ao caso *Commonwealth v. Williams*, 496, A 2d, at41-2, julgado no Estado da Pennsylvania.

<sup>1665</sup> CORREIA, Eduardo Henrique da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal**: I. Unidade e pluralidade de infrações; II. Caso julgado e poderes de cognição do juiz. Coimbra: Almedina, 1996.

ao cômputo de crimes (a quantidade de normas violadas + a quantidade de dolos envolvidos em um dado contexto de vida).

Correia enfatiza que, na definição do concurso de crimes, porém, "só o momento da identidade de sujeito ativo é líquido e seguro; tudo o mais dá lugar às maiores dúvidas e exige as mais delicadas investigações."<sup>1666</sup>

Por conseguinte, ele toma o cuidado de enfatizar que não haveria necessidade de que as infrações sejam submetidas a um único julgamento. Nada impediria, tanto por isso, que o concurso fosse reconhecido em fase de execução do julgado, em sede de unificação das sentenças.

Com efeito, se o concurso de infracções tem em si, ou nas consequências que importa, alguma coisa que exija um especial tratamento e atenção, não se vê em que isso possa ser prejudicado pela circunstância, meramente fortuita, de um ou vários dos crimes que se acumulam não terem sido objecto do processo que julgou os restantes. Isto é reconhecido modernamente pela maioria dos autores e por muitos códigos criminais, que expressamente autorizam que se tirem as consequências do concurso de infracções, ainda quando alguns dos delitos que o constituem venham a ser julgados depois de os restantes já o terem sido (§79 do Código Penal Alemão e art. 90º do Código Penal Italiano), ou quando os diversos delitos tenham sido julgados em processos diferentes e as respectivas sentenças se acumulem para execução (Código de Processo Penal Alemão, §460, e Código de Processo Penal Italiano, art. 582º). Duvidoso é, porém, o problema de saber se este alargamento do concurso - concurso em sentido lato lhe chamam certos autores, v.g. Frank, Strafgesetzbuch, §79 - poderá ir tão longe que abranja crimes cujas penas se encontrem já prescritas, amnistiadas ou expliadas.<sup>1667</sup>

O fato é que Eduardo Correia, professor da Universidade de Coimbra, enquanto neokantiano, bate-se justamente contra a ideia de que o crime seria uma espécie de evento empírico. Por conseguinte, entre Franz von Liszt e Karl Binding, a sua concepção oscila em favor desse último.

Com efeito, a obra sob exame questiona o pressuposto naturalista, presente no causalismo - para o qual o crime seria essencialmente 'ação' -, argumentando que, ao contrário, o crime seria uma projeção da cultura. Daí que, para Correia, *tot delicta quot leges lesae*.

O fato é que, para uma concepção empírica, contar crimes seria o mesmo que saber quantas ações teriam sido praticadas pelo agente, em um contexto

---

<sup>1666</sup> Idem, p. 11.

<sup>1667</sup> Idem, p. 11-12.

específico. A quantidade de pena dependeria da quantidade de crimes; e a quantidade de crimes dependeria, então, da quantidade de movimentos corpóreos.

Esse ideário é o ponto de partida da crítica formulada por Correia.<sup>1668</sup>

Ele argumenta, então, que "O critério não deixará, à primeira vista, de parecer contrariar abertamente a realidade. Dir-se-ia esquecer quem o formula que, se a conduta é elemento do conceito de crime, pelo menos a tipicidade, a ilicitude e a culpa são outros tantos momentos que intervêm na sua definição."<sup>1669</sup>

Atente-se, ademais, para a síntese que segue:

Na verdade, apoiar a enunciada solução do nosso problema, está em regra no pensamento dos seus defensores, de maneira mais ou menos acabada, mais ou menos expressa, este raciocínio: o crime, como conceito de espécie que é, supõe uma série hierarquizada de conceitos que, de degrau a degrau, se vão obtendo pela sucessiva abstracção dos seus diversos elementos. Ora, se no conceito de crime se abstrai progressivamente daquilo que constitui sua diferença específica, ficamos ao fim, como conceito mais vasto, com conceito que está na base de todos os outros, uma pura modificação do mundo exterior, ligada causalmente à vontade do agente. Deste modo, posto que outros elementos intervenham na determinação do seu conceito, o crime seria antes de tudo acção e acção naturalística.<sup>1670</sup>

Mas, sendo assim, se a conduta de tal maneira isolada é a pedra angular à qual se referem todos os outros predicados do delito, se, no seu conceito, é ela o substantivo - a autonomia, a plurlidade de infracções há-de ser sempre condicionada pela autonomia, pela pluralidade das actividades que lhes estão na base, o número de crimes haverá sempre que determinar-se pelo número de acções que os realizam.<sup>1671</sup>

Ele argumenta, pois, que essa visão mecanicista do crime - concebido como modificação do mundo empírico - não mereceria acolhida. Afinal de contas, desconsideraria o carácter simbólico do delito, compreendido como projecção do mundo dos valores.

Ora, como já foi mencionado acima, Eduardo Correia espousa o binômico kantiano (mundo da natureza/mundo da cultura). Por conseguinte, a quantidade de crimes não poderia ser aferida pelo simples cômputo das unidades de acção.

Ele enfatiza, é fato, que - em muitos casos - o delito se esgotaria na violação de uma única norma incriminadora mediante uma única conduta. Em hipóteses tais, não haveria grandes problemas. Cuidar-se-ia então de crime único.

---

<sup>1668</sup> Idem, p. 15.

<sup>1669</sup> Idem, ibidem.

<sup>1670</sup> Idem, p. 15-16.

<sup>1671</sup> Idem, p. 16.

As actividades criminosas podem esgotar-se, e esgotam-se muitas vezes, na violação da mesma norma jurídica, mediante uma só acção. Nestes, apurada que seja a unidade dos dois referidos momentos - o que nem sempre é fácil, como adiante haveremos de concluir -, está-se em face de condutas criminosas cuja unicidade a ninguém oferece dúvidas. Nem o critério enunciado conduz aqui a qualquer solução especial. Que nestas hipóteses existe um só e único crime, é de facto afirmado, quer pela equação entre a unidade do delito e da acção, quer pela igualdade que se estabeleça entre a unidade de delito e a de qualquer outro dos seus elementos. Trata-se, pois, de hipóteses inequívocas de unidade de acção.<sup>1672</sup>

O problema é que as coisas nem sempre ocorrem com essa simplicidade. De partida, porquanto não é algo assim tão fácil reconhecer a unidade de acção - questão já equacionada acima -; ademais, em muitas situações, o agente acaba por violar, quando menos formalmente, inúmeros tipos penais.

Nessas hipóteses, portanto, surge a crucial dúvida a respeito da unidade ou pluralidade de crimes. Dever-se-ia computar a quantidade de acções ou a quantidade de normas incidentes? Deve-se esposar uma concepção unitária ou plural?

Tomado por essa dúvida, Eduardo Correia trata então do concurso formal, aludindo aos exemplos de estupro da mulher casada (estupro + adultério), conforme dispositivos legais então vigentes (arts. 393º e 401º, CP de 1886 c/ Decreto de 03 de novembro de 1910). Também menciona o caso de quem mate a várias pessoas com um só disparo, ou a situação de quem injurie a vários sujeitos, com uma só palavra.

Ele parece filiar-se à teoria das normas como imperativos, desenvolvida por August Thon.<sup>1673</sup> Deriva disso uma crítica à concepção unitária (*Einheitstheorie*), argumentando que, como regra, a violação a inúmeros comandos legais deveria retratar, a bem da verdade, vários crimes.

O professor de Coimbra tem em conta, é fato, as situações de concurso aparente de normas (*Gesetzeseinheit*). Ele diz que há casos em que parece, *prima facie*, que uma conduta teria violentado autonomamente distintos tipos incriminadores, mas que, bem examinadas as coisas, isso não ocorreria.

Parece, portanto, *prima facie*, que estas hipóteses preenchem os pressupostos do chamado concurso ideal ou formal. E, todavia, não é assim. E não é assim justamente porque entre os referidos preceitos aparentemente aplicáveis existem relações de subordinação tais, que tornam impossível a sua aplicação cumulativa à mesma conduta: a

<sup>1672</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>1673</sup> Idem, p. 18 e 93.

eficácia de um exclui a eficácia simultânea do outro ou outros. Daí que, sempre que a acumulação de leis aplicáveis à mesma acção seja tão só 'aparente', 'impura', se não esteja em face dum concurso ideal ou formal, mas de simples casos de concurso legal, concurso de leis ou normas (Gesetzeskonkurrenz).<sup>1674</sup>

Por conseguinte, conquanto seja um pluralista, Eduardo Correia não descarta as hipóteses em que - em que pese a aparente pluralidade de tipos violados - haja apenas um delito. Diz que, nesses casos, não haveria efetiva violação de uma pluralidade de tipos incriminadores.

Releva ter em conta, por outro lado, que ele argumenta existir uma diferença substancial entre o tipo abstrato (o *act-type*) e o crime concreto, efetivamente realizado, contendo todas as peculiaridades do delito em questão (aquilo que Michael Moore denomina de *act-token*).<sup>1675</sup>

Vale a pena atentar para o excerto abaixo:

Uma coisa é o tipo de delito descrito na lei, por exemplo, o homicídio, as ofensas corporais; outra coisa é a morte ou os ferimentos que foram causados a A ou a B, num certo momento e local. Uma coisa é o conceito legal, normativo, que descreve em abstracto os elementos a que as expressões da vida humana devem corresponder para que possam ser classificadas como criminosas, uma coisa é isso, outra coisa a própria actividade humana que lhe corresponde, a realização desse modelo no tempo e no espaço, isto é, o crime concreto. Entre o primeiro e o segundo termo existe aquela mesma relação, diz Beling (Die Lehre vom Verbrechen, p. 321), que existe entre o conceito de calor animal e o calor de um certo cão.<sup>1676</sup>

E é com base nessa diferenciação que Correia insurge-se contra o critério naturalístico (quantidade de ações) para delimitação da quantidade de crimes. Para tanto, ele escora-se no argumento de que a experiência teria revelado que, não raras vezes, haveria entre as atividades relações de continuação, relações de meio/fim, relações de causa e efeito.<sup>1677</sup>

A aparente ocorrência de inúmeras ações seria unificada pela lei em um só crime (crime complexo, crime continuado, crime progressivo, crimes habituais etc.). "Iguamente nestes casos, a querer manter-se o princípio da igualdade entre o número de ações e o de crimes, se requeria um esforço que permitisse o enquadrar

<sup>1674</sup> Idem, p. 20.

<sup>1675</sup> MOORE, Michael S. **Act and crime: the philosophy of action and its implications for criminal law.** Nova Iorque: Oxford University Press of New York, 2010, p. 80.

<sup>1676</sup> CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. **Op. cit.**, p. 18, em nota de rodapé.

<sup>1677</sup> Idem, p. 21.



estas hipóteses de pluralidade de acções no conceito de unidade."<sup>1678</sup>

Atente-se ainda para a seguinte passagem:

O que no fundo se pretendia era enquadrar no conceito de unidade o que justamente, por força do próprio conceito, tinha sido lançado para fora do seu domínio. (...) Mas estes casos eram sempre olhados como excepções à equação naturalística inicialmente posta, sempre considerados como casos em que, ou considerações jurídicas, ou directamente o próprio legislador, obstavam a que se levasse às suas últimas consequências um critério em princípio sempre válido, um critério que, aliás, nunca perdia os seus direitos, nem deixava de afirmar o seu alcance. Com efeito, no domínio daquelas unidades que não derivam da igualdade de base, mas da vontade do legislador ou da construção jurídica, importava sempre verificar em que medida o apoio da conexão naturalística sobre que se apoiava a unificação construída, ou as razões de qualquer espécie que tinham determinado o legislador a fixá-la, conduziam a considerá-la existente em todas as possíveis relações em que a afirmação da unidade do crime tem interesse (punibilidade, caso julgado, poderes de cognição do juiz, amnistia, prescrição, participação criminosa, verificação dos pressupostos jurídico-formais para declaração de habitualidade, lugar e tempo da infracção etc.) ou a afirmá-la só relativamente a algumas, como por exemplo a punibilidade.<sup>1679</sup>

Ou seja, ele divisa uma inconsistência na teoria unitária.

Isso porque, referida concepção estaria escorada, inicialmente, em um critério naturalístico (quantidade de acções realizadas) para, logo depois, invocar critérios normativos, ensejando uma negação da própria premissa, segundo argumenta Eduardo Correia.

Mal pode, na verdade, oferecer dúvidas que a medida da unidade de conduta, para que tão confiadamente se apela, só pode ser consequentemente obtida por via de critérios naturalísticos. Considerações normativas, pontos de vista jurídicos têm por força de ser excluídos na lógica da construção exposta, ao menos em princípio. Não teria sentido uma concepção que por um lado se recusasse a indicar o número de crimes pelo das violações dos preceitos legais, afirmando ser o cômputo das acções naturalísticas o único critério para tal fim legítimo, e por outro quisesse determinar a unidade ou a pluralidade da conduta de um agente pela unidade ou pluralidade de violações a que essa conduta dá lugar. Isso seria negar a aqui o que além se afirmava, seria dualizar a construção da teoria do concurso, seria, no fundo, contrariar toda a construção de base naturalísticas de que se partia e, com ela, a ideia de que todos os problemas respeitantes à teoria da conduta devem ser considerados como questões prévias, devem ser resolvidos independentemente da intervenção de considerações jurídico-normativas.<sup>1680</sup>

---

<sup>1678</sup> Idem, p. 23.

<sup>1679</sup> Idem, p. 24-25.

<sup>1680</sup> Idem, p. 29.

Ele pretende, contudo, algo distinto; ambiciona defender a existência de vários crimes, a despeito da presença de uma ação. A tese de Eduardo da Silva Correia leva à equiparação do concurso formal e concurso material, ao concentrar sua atenção na quantidade de tipos penais violados (*tot delicta quot leges lesae*).

Como se mencionará adiante, o professor de Coimbra tampouco escapa dessa duplicidade de critérios, que critica na teoria unitária. Afinal de contas, ele sustenta que a quantidade de crimes dependeria, em princípio, da quantidade de tipos penais efetivamente incidentes. Ao mesmo tempo, porém, ele também advoga que a quantidade de deliberações delitivas seria importante para referido cálculo.

O fato é que ele se insurge continuamente contra o postulado *behaviorista*, de contar enervações ou movimentos corpóreos. Argumenta que os teóricos da concepção unitária teriam advogado a existência de "uma unidade cujos limites são apontados pelos ensinamentos da experiência da vida diária, pela própria compreensão da vida. A unidade naturalística da conduta exigiria, em suma, uma conexão tal, que um terceiro também a pudesse reconhecer."<sup>1681</sup>

O problema é que referida unidade não existe quando em causa a atividade humana. Afinal de contas, "É a própria experiência comum a ensinar que os objectos e acontecimentos deste mundo, como o agir humano, não contêm em si nada por que se possa reconhecer a sua unidade ou pluralidade."<sup>1682</sup>

Eduardo Correia tem razão quanto tópico.

Ora, como já foi registrado acima, mencionando-se a obra de Spencer-Brown, o reconhecimento de unidade/pluralidade depende do critério de diferenciação. E adoção desse critério não vem imposto desde logo, eis que depende dos interesses subjacentes à observação. Não há nada, na natureza das coisas, que imponha a observação dos movimentos corpóreos ao invés das intenções do agente, por exemplo.

A afirmação da unidade de certos fenômenos, factos ou objectos é, ou pode ser já, o resultado da sua referência a um determinado ponto de vista, que interessa ao sujeito. Mas, por isso mesmo que o quadro unitário assim obtido se alcança apenas relativamente a um certo quid escolhido pelo observador, hão-de os seus contornos por força oscilar com o deslocar-se ou o substituir-se desse ponto de referência. Daí que o mesmo objecto ou facto constitua uma unidade ou venha a fragmentar-se numa pluralidade, consoante o ponto de vista donde é observado. E isto é confirmado pela vida em toda a riqueza e

---

<sup>1681</sup> Idem, p. 31.

<sup>1682</sup> Idem, ibidem.

multiplicidade dos seus aspectos.<sup>1683</sup>

O excerto revela exatamente essa relatividade do critério empregado para se definir a unidade do crime. Isso não significa, por certo, a admissão de algum nihilismo nesse âmbito; como se verá adiante, essa relatividade do critério não pode implicar mero voluntarismo da dogmática penal ou dos intérpretes.

Muito ao contrário, o reconhecimento da relatividade do critério de diferenciação deve contribuir para a cobrança por fundamentação! Ou seja, não se pode simplesmente invocar uma pretensa *Natur der Sachen* - o que não deixa de ser um argumento de autoridade -, a fim de se exonerar da obrigação de apresentar motivos e argumentos em prol deste ou daquele critério esposado.

Até porque, como sabido desde David Hume, do ser não se pode extrair diretamente um dever-ser (falácia naturalista). Atente-se também para o que segue:

Se, porém, não há assim uma só medida da unidade do agir humano, como de todo e qualquer acontecimento, mas tantas quantos os diferentes pontos de vista dos quais o observador o encara, que torna então mais legítimo escolher uma ou outra? É certo que se fala no ponto de vista comum, usual na vida diária. mas, abstraindo da insegurança de tal critério, não se sabe de necessidade prática que obrigue os homens a terem de se pronunciar ou entender, para seu convívio, sobre quando seja una ou plúrima a sua conduta: o que a experiência da vida ensina é, justamente, a relatividade apontada.<sup>1684</sup>

Eduardo Correia sustenta que, diante dessa contingência, apenas as normas jurídicas poderiam ser invocadas como critério para se definir a quantidade dos crimes praticados em determinado contexto de vida.<sup>1685</sup>

Todos esses critérios pretendem responder à pergunta sobre se certa actividade criminosa é constituída por uma só ou por várias acções. Simplesmente, umas vezes essa actividade preenche o mesmo tipo legal de crime, e então a resposta, que pela sua aplicação se pretende alcançar, decide sobre se existe um só crime ou um concurso real de crimes; outras vezes tal actividade viola várias disposições legais e a determinação da sua unidade ou pluralidade decide sobre se existe um concurso ideal ou um concurso real de infracções. Daí que a doutrina costume apontar separadamente os seus critérios conforme se trate duma ou doutra forma de concurso.<sup>1686</sup>

---

<sup>1683</sup> Idem, p. 31.

<sup>1684</sup> Idem, p. 32.

<sup>1685</sup> Idem, p. 33.

<sup>1686</sup> Idem, p. 33.

É com esse pano de fundo, destarte, que o professor de Coimbra discorre sobre a teoria do concurso de crimes. Defende a tese de que a quantidade de crimes deveria ser definida a partir da quantidade dos tipos incidentes, exceção feita aos casos de concurso aparente de normas (especialidade, subsidiariedade e consunção impura, segundo as suas categorias).<sup>1687</sup>

Segundo a sua análise, quando o agente mata várias pessoas, com um único disparo, haveria vários crimes. Para tanto, ele alega que haveria uma espécie de multiplicação normativa (teoria do desdobramento dos tipos), por força do caráter personalíssimo dos bens jurídicos tutelados.

Isso indica que, implicitamente, Eduardo Correia parece supor que - não fosse esse suposto desdobramento típico - haveria crime único. A partir das suas próprias premissas, a questão está em saber, nessa hipótese, quantas normas teriam incidido. Tantas as normas incidentes, tantos os crimes.

Vale a pena atentar para a transcrição abaixo:

Assim, se A mata B desferindo contra ele vários golpes ou o injuria dirigindo-lhe várias palavras ofensivas, um só evneto se produz, por isso que uma só pessoa foi ofendida. Se além de B, porém, o agente também mata ou injuria C, respectivamente, por meio de golpes ou de palavras entre si independentes, devem-se considerar existentes dois eventos, já que com esse comportamento se ofendem duas pessoas. O critério, todavia - exato porventura enquanto faz multiplicar o número de resultados pelo número de pessoas atingidas - não pode aceitar-se quando conduz a unificar o evento só por isso que uma única pessoa foi ofendida, sob pena de sermos conduzidos a resultados altamente indesejáveis. Basta figurar a hipótese de uma série de palavras insultuosas, de pancadas ou de actos de líbido de que é vítima, com intervalo de dias, meses ou até anos, a mesma pessoa. É claro que ninguém nestas hipóteses - excluído que se verifiquem as condições da existência de crime continuo, o que é outro problema -, ninguém, dizíamos, nestas hipóteses pode seriamente pretender que se responsabilize o agente por um só crime.<sup>1688</sup>

---

<sup>1687</sup> Idem, p. 108 e 153-154. A consunção impura cuidaria dos casos de equívoco dos legisladores, segundo Eduardo Correia. Melhor dizendo, cuidaria daquelas hipóteses em que, conquanto o Parlamento houvesse legislado com a intenção de agravar determinada sanção, acabariam por impor pena inferior àquela já existente no tipo-base. Mal comparando, isso ocorreria caso a pena cominada ao roubo fosse inferior àquela cominada ao furto. Para Correia, a solução seria aplicar, então, o tipo fundamental (no exemplo hipotético, aplicar o tipo do furto, a despeito de o agente ter subtraído bens móveis alheios com o emprego de violência ou grave ameaça). Ele argumentava, para tanto, que o agente que pratica o tipo especial, mais grave, também cometeria indiretamente o tipo fundamental, dada a relação de inclusão entre as normas. O fato é que isso parece agredir o postulado da legalidade e taxatividade penal, previsto no art. 5º, XXXIX, CF (*nulla poena sine lege certa*), ensejando certa analogia *in malam partem*.

<sup>1688</sup> Idem, p. 36-37.

Esse excerto deixa nítido, como se percebe, que Eduardo Correia busca uma solução que assegure uma reprovação suficiente. Vale dizer: adota soluções tópicas, aparentemente inconsistentes, guiadas por essa questão valorativa, que se encontra implícita ao longo do seu texto.

Com efeito, inicialmente ele sustenta que que o bens jurídicos altamente pessoais apenas poderiam ser protegidos na pessoa do seu titular. Por conseguinte, quando o agente mata, com um só disparo, 05 pessoas isso implicaria a ofensa de 05 bens jurídicos 'vida' e, por conseguinte, haveria 05 crimes.

Ele não leva, todavia, essa premissa aos seus resultados últimos. O fato de a incolumidade física apenas poder ser defendida na pessoa do seu titular não teria o condão de unificar todas as agressões cometidas contra a mesma vítima, em datas distintas. A identidade da vítima teria o condão de multiplicar os tipos, mas jamais o condão de unificá-los.

Por outro lado, Eduardo Correia não chega a oferecer algum critério mais denso para explicar a razão pela qual essa pretensa multiplicação típica apenas ocorreria quando em causa os bens jurídicos altamente pessoais.

Afinal de contas, ele não chega a uma idêntica conclusão quando em causa a prática de crimes contra o patrimônio (p.ex., quando o agente, mediante uma só ação, subtrai jóias pertencentes a várias vítimas. Nesse caso, ele advoga a incidência de apenas uma norma e, por conseguinte, crime único).

Ora, é no mínimo discutível a necessidade dessa metáfora (desdobramento dos tipos) para se justificar a presença de concurso material entre as infrações. Abstraindo-se, por ora, os argumentos da teoria unitária (uma ação  $\approx$  um crime), não parece haver empecos para que a legislação disponha que há tantos crimes quantas forem as vítimas atingidas. Por sinal, essa é a solução esposada pelo Código Penal brasileiro, com o detalhe de que exige a presença de desígnios autônomos.<sup>1689</sup>

Essa alegoria de Eduardo Correia apenas sinaliza que a sua intenção é, a bem da verdade, computar normas incidentes. Mas, ao fazê-lo, parece saltar de galho em galho. Em determinados momentos, conta a quantidade de dolos; em outros ele computa a quantidade de resultados. E isso tudo em busca da satisfação de um 'sentimento de justiça' ou de 'retribuição suficiente' - *tot poenam quot delicta* - que está na base da sua argumentação.

---

<sup>1689</sup> BRASIL, Código Penal, art. 70, parte final.

Registre-se ainda a seguinte passagem da sua tese:

Mas se o princípio enunciado é, deste modo, pelo menos incompleto no aspecto da sua eficácia unificadora do evento, deve além disso perguntar-se: e donde resulta ou que razão impõe o seu respeito quando ele conduz à fragmentação do resultado criminoso? Por que não se diz que a unidade limite decisiva deverá ser outra, por exemplo a família, e, portanto, que só existem necessariamente vários eventos quando se ofenderem ou molestarem indivíduos pertencentes a famílias diferentes? Nenhuma razão poderá decisivamente ser chamada ao debate senão esta: o sistema jurídico-penal, ao proteger os bens jurídicos desta espécie, vê-os concretamente corporificados na pessoa de A, B, C etc. e toma por isso a sua ofensa em cada uma dessas pessoas como a medida unitária sobre a qual organiza a sua defesa concreta a individual. Deste modo, vistas as coisas, terá de concluir-se que o critério, sendo inexacto com a amplitude com que é formulado, só consegue, naquela parte em que poderia ser utilizável, apoiar a sua legitimidade em considerações jurídico-normativas: em si, nada tem efectivamente que o imponha de forma a não poder ser recusado - e assim a pluralidade de condutas, que através dele se determine, ou é uma pluralidade jurídica, ou ficará sem justificação.<sup>1690</sup>

Outros tantos problemas surgem no âmbito dos crimes progressivos. Afinal de contas, quando o sujeito subtrai, em dias seguidos, peças de um caríssimo relógio de parede, isso se traduziria na realização de inúmeros furtos de peças, ou em um único furto de relógio? Novamente cumpre perguntar: qual o critério?

Merkel e Wachenfeld chegaram a defender o critério da unidade do objeto atingido, o que permitiria a unificação de distintas atividades humanas. As diversas pancadas de demolição de uma estátua deveriam ser vistas como atividade-única. Eduardo Correia critica, porém, essa solução:

Com efeito, reconhecendo-o, seríamos conduzidos ao resultado de devermos considerar como um só crime as actividades do agente que, separando-se por dias, meses ou anos, acabam por destruir um monumento público ou um maquinismo. Ora ainda que possa aceitar-se que em certos casos, e aliás por força de motivos que não a unidade do evento, se verifica um crime continuado, certo é que nunca se poderá falar a propósito deles de um crime único simples.<sup>1691</sup>

Isso apenas desloca, como se percebe, o problema da unidade do crime. Os autores não percebem é que contar ações (teoria unitária) ou contar normas violadas (teoria pluralista) bate-se com o problema da incomensurabilidade. A tarefa está

<sup>1690</sup> CORREIA, Eduardo da Silva. *Op. cit.*, p. 37.

<sup>1691</sup> Idem, p. 38-39.

longe de ser singela, eis que se cuida, a bem da verdade, de questão axiológica.

Não há como fugir da contingência.<sup>1692</sup> Afinal de contas, a subtração de um pote de moedas pode também ser divisado como sendo centenas de subtrações de moedas. Em termos absolutamente lógicos, nada impede essa conclusão.

Melhor dizendo, em termos absolutamente lógicos, nada impede que o ato de matar a vítima seja considerado, ao mesmo tempo, também um caso de lesão corporal, dado que - em termos formais - ambas as descrições típicas são atendidas.

E em nada se melhoram as coisas quando se reconduz o critério da conexão dos objectos ao da unidade da sua posse, como fazem Schmidt e Mayer, afirmando-se a unidade do resultado em todos os casos em que a actividade do agente se exerce sobre objectos que, embora pertencendo a várias pessoas, estão, todavia, na posse de uma só. De facto, abstraindo da possibilidade de tal unificação conduzir demasiadamente longe, não falando de que a posse é já um conceito jurídico e não curando ainda das razões lógicas que forçariam a aceitação do critério, depressa há-de notar-se que ele, embora permitindo uma relativa segurança na aplicação, conduz às mais chocantes consequências. Assim, por exemplo, o ladrão que subtrai do vestiário de um teatro, uns a seguir aos outros, os abafos de diversos espectadores, responderá por um só crime se eles aí tiverem sido colocados por um empregado a quem foram confiados pelos respectivos donos. Pelo contrário, será considerado como autor dum concurso de crimes - abstraindo é claro do problema de saber se neste caso existe um crime continuado - se os abafos foram deixados no vestiário directamente pelos seus proprietários. Enquanto na primeira hipótese se verificava, na verdade, a unidade de posse pela unidade do depositário, na segunda faltaria por completo tal requisito. Ora é evidente que de nenhum modo é razoável fazer depender de circunstâncias puramente fortuitas como estas, aliás, porventura, da inteira ignorância do agente, a existência de um ou de vários eventos, que é como quem diz, de um só ou de vários crimes.<sup>1693</sup>

Com toda razão, Eduardo Correia enfatiza que o reconhecimento da unidade ou pluralidade dos crimes - dada as graves consequências jurídicas que acarreta - não pode ficar na dependência de verdadeiras idiosincrasias como essas.

Outros autores buscam o critério da unidade de intenção (Carrara, Henke). Mas também nesse âmbito há grande margem de arbítrio. Simplesmente não é algo tão fácil identificar/contar unidades de intenção:

---

<sup>1692</sup> Eduardo da Silva Correia argumenta, ademais, que "Sendo assim, parece que se torna possível unificar as diversas actividades por meio das quais alguém causa a morte de uma pluralidade de indivíduos. Basta admitir que o agente, ao matar cada um deles, se representou esse homicídio como fração de um evento antijurídico que se propõe atingir: matá-los a todos." CORREIA, Eduardo da Silva. *Op. cit.*, p. 43.

<sup>1693</sup> Idem, p. 40.

Como evitar que deva ter-se por existente um só crime se o criminoso, impelido pela mesma sede de vingança, agride um seu inimigo todas as vezes que o encontra ou mata sucessivamente todos os componentes da família de que recebeu agravos? Afirmando que a intenção não deve ser entendida num puro sentido psicológico mas em sentido jurídico, isto é, entendendo por objecto da intenção não todo o evento que o agente se tenha representado como fim da conduta, mas só aquele descrito no respectivo tipo legal de crime como seu elemento constitutivo?<sup>1694</sup>

E é esse conjunto de argumentos que leva o professor da Universidade de Coimbra a criticar a concepção de lastro empírico (unidade de ação, unidade de intenção), conquanto mantenha uma latente vinculação ao cômputo dos resultados, quando em causa a ofensa contra bens personalíssimos, como já mencionado.

O problema é que a via alternativa - cômputo das normas incidentes - não é alvissareiro. Simplesmente se desloca o problema de uma seara para outra, eis que a questão deixa de ser a identificação da 'unidade de ação', para ser o cálculo de unidades normativas.

Ademais, como se verá ao longo dessa tese, continua a existir um problema de temporalização. Afinal de contas, o próprio Eduardo Correia reconhece a necessidade de se aferir o momento em que os crimes teriam sido cometidos (e isso demanda considerações sobre o *continuum* da atividade humana).

Vale a pena destacar: mesmo no âmbito de uma teoria pluralista - *tot delicta quot leges lesae* -, não há como evitar o problema da 'unidade de ação', quando menos como critério para delimitação do período da atividade humana que se encontra sob julgamento.

Mesmo uma concepção pluralista vê diferenças entre o fato de se praticar uma lesão corporal na data de 1º de janeiro de 2010 e reiterar essa mesma agressão um ano depois. Ainda que a norma incidente seja a mesma (art. 129, CP), haverá duplicidade de delitos, dada a distância temporal entre as condutas.<sup>1695</sup>

Eis, tanto por isso, o relevo do tema da unidade de ação, como já destacado.

Ademais, essa mesma relatividade se impõe quando em causa a incidência

<sup>1694</sup> Idem, p. 43.

<sup>1695</sup> Anote-se, por sinal, que o professor de Coimbra supõe que, havendo distância entre os eventos, haveria necessidade de se renovar a intenção (o que ele examina ainda não âmbito do juízo de culpabilidade, eis que sua tese é anterior à difusão da teoria finalista da ação). Confira-se: "Na verdade, a experiência e as leis da psicologia ensinam-nos que, em regra, se entre diversos actos medeia um certo espaço de tempo, a resolução que porventura uma vez os abrangeu a todos se esgota no intervalo e a execução de cada um deles supõe um novo processo resolutivo." CORREIA, Eduardo da Silva. *Op. cit.*, p. 46.



de tipos com aparente relação de meio/fim. Quando o sujeito invade a casa alheia com o fim de matar seu desafeto, ele deve ser condenado também pela violação ao domicílio? Ou se cuidaria de um ato de execução já censurado suficientemente pela pena prevista no art. 121, Código Penal brasileiro.

Não raras vezes, isso leva a certo intuicionismo. Melhor dizendo, a dogmática parece abdicar da própria elaboração de critérios, supondo que a solução deveria partir de um 'sentimento de justiça', compartilhado pelos magistrados.<sup>1696</sup> Essa foi a suposição defendida pela Escola de Kiel (suposição de que a "*intuição encontra sem procurar, a razão procura sem encontrar*").<sup>1697</sup>

O problema é que uma concepção como essa - ao simplesmente delegar aos juízes a criação de critérios - acaba por vaticinar o arbítrio, ao não se preocupar com mecanismos para se controlar a deliberação de cada julgar. Não se diz, com isso, que seja viável a obtenção de critérios acurados; afinal de contas, por tudo quanto já se expôs, o tema não admite matematização.

Ainda assim, porém, não se pode simplesmente concordar com uma tese intuicionista, que se escorre em um pretense 'sentimento do direito', porquanto isso apenas incrementaria significativamente o Estado de Polícia, comprometendo garantias fundamentais do sistema jurídico (a tentativa de se controlar o poder!).

A forma reconhecida à intuição, como processo de conhecimento e garantia de decisões, conduz ou comporta o perigo de conduzir a uma falta de unidade, a um subjectivismo, a uma anarquia de todo em todo incompatíveis com a ideia da segurança do direito que, valor fundamental em todo o mundo jurídico, exige no direito criminal - onde mais do que sobre a fazenda se decide sobre a honra e a liberdade, quando não sobre a própria vida - uma consideração muito particular. Não é possível deixar a decisão sobre os mais altos valores humanos dependente de critérios no fundo tão incertos, tão fugidios - mas importa emprestar-lhe aquela objectividade, unidade e segurança que, como a experiência ensina, só o apelo às regras do espírito, só a intervenção da reflexão, dos processos lógico-discursivos permitem garantir e alcançar na maior medida.<sup>1698</sup>

Vale a pena atentar, sem dúvida, para a importância do horizonte de sentido

<sup>1696</sup> Idem, p. 50-51.

<sup>1697</sup> Idem, p. 53. Por sinal, em p. 56 da mesma obra, Eduardo da Silva Correia diz que a intuição é a "capacidade para imediatamente encontrar a solução de um problema, porventura apenas resultante da mecanização de reflexões feitas ao longo de um estudo e de uma experiência mais ou menos larga, a que correspondem como que 'operações abreviadas do pensamento' (*abgekürzte Denkopoperationen*) e cujo abstracto e mecanismo se situam e desenvolvem nas mais próximas camadas da consciência."

<sup>1698</sup> Idem, p. 54-55.

compartilhado pelo intérprete (o que leva a certo relativismo e contingência, por certo). Em que pese, porém, a dificuldade de se racionalizar valores, isso não significa que simplesmente se possa abrir mão do controle do poder punitivo! Não se pode simplesmente atribuir aos juízes a oportunidade de decidirem ao seu líbido, sem que tenham que justificar suas decisões.

Essa é a razão pela qual Correia defende a importância do método (caminho correto) para a solução dos casos. Reporta-se, pois, ao método lógico-teorético:

A intervenção de elementos irracionais da realização do direito não se reduz, contudo, só a isso. Não falando no mais, abstraindo ainda mesmo da parte emocional na captação dos juízos de valor jurídico-legais, mal se poderá recusar que a compreensão destes valores objectivados nas normas depende sempre em maior ou menor amplitude da concepção do mundo e da vida do intérprete, que justamente foge a toda a fundamentação teórico-racional. Ora aqui é evidente que não será possível excluir inteiramente um certo relativismo, um certo subjectivismo, dependente da individualidade do juiz. Só que por ser assim não se segue que se deva ou possa renunciar aos caminhos lógico-teoréticos, ao sprocessos de acento racional na realização do direito. São eles que permitem reduzir aos mínimo os limites dentro dos quais os elementos irracionais sempre têm que intervir e a individualidade do juiz sempre se afirma com o seu coeficiente de incerteza; são eles que garantem, por outro lado, aquele máximo de objectividade, certeza e segurança, que decisões sobre os mais altos valores da vida permanentemente exigem.<sup>1699</sup>

Por outro lado, ainda no âmbito da sua crítica aos postulados naturalísticos, Correia sustenta ser inviável a unificação dos conceitos de *facere* e *ommitire*, tese semelhante àquela defendida por Gustav Radbruch.<sup>1700</sup> Ele acrescenta também que a concepção meramente empírica encontraria problemas semelhantes no âmbito da causalidade (note-se que a teoria da *conditio sine qua non* tem notas normativas).

Vinculando-se a uma concepção neokantiana, Eduardo Correia atribui significativo peso para a dissociação entre mundo natural e mundo da cultura: "Já a realidade da vida é o produto de uma construção de conceitos pré-científica, é uma conversão metodológica-teorética da realidade originária. Sobre ela acama-se, por sua vez, o plano das significações jurídicas, que exprime uma conversão mais elevada, resultante da referência da realidade a valores jurídicos."<sup>1701</sup>

Melhor dizendo, o professor de Coimbra critica tanto o irracionalismo e

<sup>1699</sup> Idem, p. 58.

<sup>1700</sup> RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal**. Tradução do alemão para o espanhol por José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: IBdef, 2011, p. 168.

<sup>1701</sup> LASK *apud* CORREIA, Eduardo da Silva. **Op. cit.**, p. 71.

intuicionismo da Escola de Kiel quanto também o cientificismo e behaviorismo da concepção causlista (modelo Liszt/Beling).

A consideração da pluralidade das esferas em que o mundo se estrutura e a acentuação da natureza teleológica do material criminal permitem-nos, pois, repudiar o 'realismo crasso' de que Binding falava a propósito da construção de Liszt e encontrar o verdadeiro plano em que o problema do concurso de infracções deve ser colocado, permitem-nos descobrir o justo caminho para determinar a individualidade e a pluralidade da actividade criminosa.

Até porque, e vendo as coisas de outro lado, no mundo das significações a peculiar relação teleológica, em que se estrutura uma certa conduta humana, modela-a e polariza-a num todo, opondo-a a todos os acontecimentos cegos a valores ou suportes de valores diferentes. Quando e enquanto tomado nas suas relações com os diversos valores que o informam, o material empírico da realidade transforma-se em unidades indivisíveis, em blocos individualizados, dominados por essas mesmas significações, que assim a um tempo dividem e unificam as coisas no seu conjunto.

Por isso, no mundo jurídico-criminal os diferentes valores negados constituem as etiquetas que nos permitem numerar e descrever os diversos crimes cometidos. A específica negação de valor surpreendida no crime de homicídio ou no crime de furto recorta esses crimes, autonomiza-os de tudo o que lhes é estranho, polariza numa unidade todos os elementos que os constituem. Em ambos, os valores atingidos atraem apertadamente para sua órbita todos os elementos essenciais à sua expressão, excluindo todos os outros; e, afirmando os seus sentidos específicos, a um tempo diferenciam e individualizam essas relações.

A natureza ideográfica, em que se estrutura o mundo da cultura, no qual se situa o crime como sua zona específica indica, pois, quando outros caminhos, como veremos, o não indicassem também, o critério do número de valorações jurídico-criminais de que uma certa actividade pode ser objecto, como aquele à luz do qual deve ser resolvido o problema do número de crimes a que ele dá lugar.<sup>1702</sup>

Correia compartilha, tanto por isso, dos postulados esposados por Edmund Mezger, outro autor de inspiração kantiana. E isso o leva a reconhecer, no fenómeno delitivo, sobremodo um espaço de valoração (*tot delicta quot leges lesae*).

Para ele, "A conexão da teoria da acção com esta ou aquela filosofia em que se exprima concretamente uma concepção do mundo, não é 'coquetterie' científica (*wissenschaftlichen Koketerie*), mas uma necessidade real."<sup>1703</sup>

Ao longo desse percurso, o professor de Coimbra atribui significativo peso para os valores tutelados pelo Direito Penal. Ele também atribui relevo, todavia, para o elemento psicológico - que examina no âmbito da culpabilidade -, sustentando que

<sup>1702</sup> CORREIA, Eduardo da Silva. *Op. cit.*, p. 76-77.

<sup>1703</sup> ENGLISH, Karl *apud* CORREIA, Eduardo da Silva. *Op. cit.*, p. 84, em nota de rodapé.

ele teria o condão de limitar o critério da tipicidade.<sup>1704</sup>

Com isso, ele acaba amparando sua teoria em duas premissas, aparentemente incompatíveis entre si. Em determinado momento, o jurista em questão supõe que a quantidade de crimes seja determinada pela quantidade de tipos efetivamente incidentes (i.e., exclui os casos de concurso aparente). Logo depois, porém, ele argumenta que a quantidade de desígnios teria o condão de unificar ou multiplicar os crimes.

E isso gera problemas, no âmago da sua teoria, quanto aos crimes imprudentes, em cujo âmbito não haveria como uma resolução unificar a incidência de vários tipos delitivos: "Sendo assim, quando, tendo-se embora tomado uma só resolução, se violam os comandos de diversas normas de determinação, do ponto de vista destes são diversos e autónomos os fundamentos para o juízo referencial de censura em que a culpa se analisa, e fica por isso excluída a capacidade unificadora da resolução."<sup>1705</sup>

A análise de Correia parece implicar um tratamento mais gravoso para os delitos imprudentes do que para os crimes dolosos, uma inversão valorativa inaceitável. Ele diz também que "o número de resoluções funciona, pois, e só pode funcionar como elemento limitador da unificação resultante da referência de actividades a um só valor ou bem jurídico, ou seja, da unificação resultante da possibilidade de subsunção de uma actividade a um só *Tatbestand* legal."<sup>1706</sup>

Na tentativa de desenvolver esse segundo critério - a quantidade de resoluções delitivas -, o professor de Coimbra invoca pretensas leis da Psicologia. Diz, por exemplo, que a existência de descontinuidades na execução de um plano demandaria a renovação do dolo.<sup>1707</sup>

O argumento beira a uma petição de princípios, eis que Correia não chega a indicar a fonte dessa suposta lei natural da psique. Por outro lado, conquanto ele tenha criticado o intuicionismo, acaba por se socorrer desse critério, quando

---

<sup>1704</sup> "Desse modo, a consideração do momento 'culpa', essencial ao conceito de crime, vem a importar uma notável limitação do critério segundo o qual se determinaria a unidade ou pluralidade de infracções pela unidade ou pluralidade de tipos realizados, - crime a que há pouco tínhamos chegado pela consideração exclusiva da antijuridicidade. De facto, a unidade de tipo legal preenchido não importará definitivamente a unidade das condutas correspondentes, na medida em que, sendo vários os juízos de censura que as ligam à personalidade do seu agente, outras tantas vezes esse mesmo *Tatbestand* se torna aplicável, e deverá por conseguinte considerar-se existente uma pluralidade de crimes." CORREIA, Eduardo da Silva. *Op. cit.*, p. 92.

<sup>1705</sup> Idem, p. 95, em nota de rodapé.

<sup>1706</sup> Idem, ibidem.

<sup>1707</sup> Idem, p. 96-97.

argumenta que a delimitação da descontinuidade/continuidade dependeria da 'experiência normal':

Afinal de contas, ele sustenta que "se deve considerar existente uma pluralidade de resoluções sempre que se não verifique, entre as atividades do agente, uma conexão no tempo tal que, de harmonia com a experiência normal e as leis psicológicas conhecidas, se possa e deva aceitar que ele as executou a todas sem ter de renovar o respectivo processo de motivação."<sup>1708</sup>

Assim, o penalista em causa defendia uma conjugação da unidade de resolução - o que não deixa de ser um critério naturalístico - como um fator normativo (a identidade dos bens jurídicos atingidos).<sup>1709</sup> Chega até mesmo a dizer que seria inadmissível a prova em contrário, por parte do acusado, diante da gravidade de alguns crimes.

A prova contra o que resulta do índice da conexão temporal entre as diversas actividades do agente é, pois, de admitir em regra. Pode, porém, suceder que a execução de uma determinada actividade esteja tão afastada de outra que, à luz de um critério de normalidade, seja de concluir ter entre ambas medeado um novo processo resolutivo - e, todavia, o agente queria provar que as praticou a todas no desenvolvimento de uma só resolução, a qual, uma vez inicialmente tomada, não abandonou mais.

Ora, nestes e em casos semelhantes, parece-nos que nenhuma prova deve em princípio consentir-se com vista a demonstrar que a resolução inicialmente tomada se prolonga para além dos limites apontados pela relação no tempo entre as diversas fases da conduta. E isto não só por considerações de justiça e política criminal, que julgamentos altamente atendíveis. Com efeito, admitir outra coisa levaria precisamente a punir como autor de um só crime - e, portanto, com menor severidade - o agente que em relação à normalidade dos indivíduos revela uma vontade criminosa mais intensa. E se se disser que isto é apenas reconhecer e justificar uma ficção, esquece-se que de ficção só é legítimo falar olhando-se as coisas de um puro ponto de vista psicológico-naturalístico, que suficientemente mostrámos ser necessário superar.<sup>1710</sup>

Veja-se, com isso, que Eduardo Correia advoga a premissa de que (a) haveria tantos crimes quantos os tipos incidentes; (b) todavia, as resoluções teriam o condão de unificar distintos tipos; (c) contudo, em muitos casos de crimes graves, havendo descontinuidade na ação, o sistema deveria presumir a existência de

<sup>1708</sup> Idem, p. 97. Em p. 99, ele argumenta, por sinal, que "Assim, um ladrão começa por subtrair jóias e logo a seguir apodera-se de dinheiro na habitação que assaltou. Neste caso parece evidente, dada a estreiteza entre as actividades, que uma só resolução criminosa lhes corresponde e, por isso, que um só crime existe."

<sup>1709</sup> Idem, p. 42-47.

<sup>1710</sup> Idem, p. 99-100.

distintos dolos; (d) não se poderia admitir prova em sentido contrário por parte do acusado; (e) e isso não significaria uma ficção, dado que a própria realidade já teria sido descartada, *ab initio*.

Ora, abstraindo, por ora, a (in)correção das suas premissas, o fato é que o professor de Coimbra acaba por defender uma presunção *contra libertatis*, algo inadimíssível no Estado de Direito, dado que o processo penal é infenso a consensos probatórios contra o acusado.

De todo modo, ele reconhecia, àquele tempo, que a sua argumentação não condizia com a corrente interpretação do Código Penal lusitano de então (Art. 38, CP de 1886):

Artigo 38º - Dá-se a acumulação de crimes, quando o agente comete mais de um crime na mesma ocasião, ou quando, tendo perpetrado um, comete outro antes de ter sido condenado pelo anterior, por sentença passada em julgado.

Parágrafo único – Quando o mesmo facto é previsto e punido em duas ou mais disposições legais, como constituindo crimes diversos, não se dá acumulação de crimes.

Eduardo Correia assevera, porém, que referido dispositivo cuidaria apenas do concurso aparente. Por conseguinte, ele dizia ser plenamente viável o tratamento idêntico do concurso formal e concurso material (tese pluralista).<sup>1711</sup> Argumenta, para tanto, que a interpretação corrente teria um custo elevado, eis que obrigaria os juízes a promoverem um número maior de cálculos!<sup>1712</sup>

Esse é um argumento, todavia, inaceitável. Não se pode advogar uma solução que implica razoável aumento do poder punitivo - a diferença entre aplicar uma causa de aumento da pena ou somar as sanções respectivas<sup>1713</sup> - com vistas apenas a facilitar o trabalho dos juízes!

A vingar isso, alguém deveria avisar o acusado que a sua pena teria sido majorada por vistas exclusivamente a diminuir a matemática das sentenças. Evidentemente que isso não pode ser tolerado no Estado de Direito.

Em breve apanhado, essas são as principais ideias defendidas por Eduardo

<sup>1711</sup> Idem, p. 107.

<sup>1712</sup> Idem, p. 106.

<sup>1713</sup> Quando menos, essa é a consequência no âmbito do Direito brasileiro, diante do confronto entre o art. 69 e art. 70, CPB. Registre-se, porém, por justiça, que Eduardo Correia escreve diante de um contexto diferente. O art. 38 do CP lusitano de 1886 não previa causa de aumento de pena para o concurso formal (à semelhança do §52, StGB). E é contra esse dispositivo que a sua tese se bate. No fundo, ele parece advogar a implementação de uma causa de aumento, conforme se vê em CORREIA, Eduardo da Silva. *Op. cit.*, p. 107-108.

Correia, na sua obra de 1945. Fica nítido o seu interesse em priorizar a quantidade de tipicidades preenchidas pela conduta do agente, ao invés de centrar o exame na quantidade de ações.

No geral, a sua tese ensejava incremento da repressão penal, frente ao sistema jurídico que então vigorava em Portugal. Como se destacará adiante, com análise da obra de José Lobo Moutinho, a concepção de Correia influenciou significativamente a reforma penal de 1982.

#### 8.4. Análise da obra de José Lobo Moutinho:

A teoria do concurso coloca em questão distintos problemas.

No presente tópico, aproveita-se o fio condutor da obra de José Lobo Moutinho para algumas reflexões sobre a teoria do concurso de crimes. Ele examina a questão do concurso guiando-se pela teoria da norma; ou seja, a sua preocupação é identificar os casos nos quais apenas uma norma incidiria.<sup>1714</sup>

Ora, como já foi mencionado acima, alguns teóricos tratam o concurso ideal da mesma forma que o concurso real - a *Mehrheitstheorie* (teoria plural) -, de modo que focalizam a quantidade de normas penais violadas ou a quantidade de bens jurídicos agredidos de forma autônoma.<sup>1715</sup>

Isso também demandaria algum confronto com a teoria do crime complexo; importa dizer: dever-se-ia aferir qual a liberdade que os legisladores possuem para aglutinar, em um mesmo tipo, distintas normas incriminadoras.<sup>1716</sup>

José Lobo Moutinho tem em conta, por sinal, a necessidade de uma tripla limitação: a limitação quanto às questões examinadas, quanto à bibliografia referida

---

<sup>1714</sup> Registre-se que há uma complexa discussão a respeito da incidência normativa no âmbito do concurso de crimes. Como foi mencionado acima, para alguns penalistas - Gimbernat Ordeig, por exemplo - as normas manteriam entre si uma relação de mútua exclusão. Por conseguinte, a relação do homicídio com o infanticídio seria de heterogeneidade (o homicídio seria definido como 'matar alguém, desde que não se trate de matar o próprio filho, logo depois do parto, por influência do estado puerperal'). Para outros, a norma do homicídio seria o gênero, abrangendo também o caso do infanticídio, de modo que haveria uma plural incidência de normas, mesmo quando presente uma única ação, apenas prevalecendo aquela mais específica. Essa diferença de enfoques suscita inúmeras questões, como será examinado mais adiante.

<sup>1715</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 14.

<sup>1716</sup> Idem, ibidem. Sobre o problema do crime complexo, leia-se RANIERI, Silvio. **O crime complexo**. Tradução de Laercio Laurelli. São Paulo: Quartier Latin, 2006 e NÚÑEZ, Juan Antonio Martos. **Delitos cualificados pelo resultado en el Derecho Penal español**. Madri: Bosch Editor, 2012.

e, por fim, quanto aos precedentes selecionados.<sup>1717</sup> O tema do concurso de crimes depende de premissas que tocam de perto toda a teoria penal; estudar a fundo esse tema acabaria demandando a elaboração de um verdadeiro tratado.

De certo modo, a sua tese apoia-se substancialmente na obra de Cavaleiro de Ferreira - com o qual concorda, no geral -, ao mesmo tempo em que formula críticas contra a concepção de Eduardo da Silva Correia, um dos responsáveis pela elaboração do Código Penal lusitano de 1982 (projeto de 1963).

Eduardo Henriques da Silva Correia esposava uma concepção pluralista - *tot delicta quot leges lesae* -, que acabou consagrada no art. 30º do atual Código Penal. E é contra esse ideário que se bate José Moutinho, ao longo da sua tese.

O professor lusitano inicia, então, a sua obra versando sobre a tentativa de se diferenciar a unidade e a pluralidade de crimes. Enfatiza que, paralelo a isso, surge o debate a respeito da sistemática de cominação de sanções (sistema de pena unitária ou sistema de acumulação de sanções).<sup>1718</sup>

Moutinho tem em conta a necessidade de uma correlação entre o regime punitivo - portanto, a questão do como e quanto punir - e a questão do concurso de delitos (a identificação da quantidade de crimes cometidos).

[O] problema da unidade e da pluralidade das infracções desempenha em relação ao problema do respectivo regime punitivo, apenas o papel de questão prévia, que pode impedir ou possibilitar o respectivo surgimento, mas, em grande medida, é alheio às coordenadas

<sup>1717</sup> "Se o domínio das dificuldades que a nossa doutrina apresenta só se pode esperar quando as questões fundamentais forem esclarecidas em conexão umas com as outras, então naturalmente tem de se renunciar a dar uma decisão a todas as controvérsias. Embora de bom grado aprofundássemos esta ou aquela, temos de nos cingir ao mais importante." MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>1718</sup> Anote-se, por exemplo, que a Alemanha e a Argentina preconizam sistemas de pena unitária. O §54, item 2 do StGB dispõe que, no caso de concurso real, "a pena global não pode alcançar a soma das penas particulares. No caso de pena privativa de liberdade, a pena global não pode superar o limite de quinze anos; nos casos de sanção pecuniária, a pena não pode superar o valor do patrimônio do autor e, nos casos de multa, não pode superar o limite de 720 importes diários." Por seu turno, o art. 55 do Código Penal argentino, com a redação veiculada pela lei 25.928/2004, preconiza que "quando concorrem vários fatos reprimidos de modo independente com a mesma espécie de pena, a sanção aplicável ao réu terá como mínimo o maior mínimo e terá como máximo a soma aritmética das penas máximas correspondentes aos diversos fatos." Percebe-se, portanto, que, nos aludidos sistemas penais, o juiz não calcula a sanção aplicável para cada crime para, somente depois, somar as penas respectivas. Ao contrário, ele já define desde logo uma sanção global aplicável à cadeia delitiva sob julgamento, ao mesmo tempo em que impõem limites para a pena (no caso argentino, por exemplo, o limite é de cinquenta anos). No Brasil, porém, o limite de penas é assegurado apenas na fase de execução penal, conforme dispõe o conhecido art. 75, CP; por época da prolação da sentença, o magistrado está obrigado a calcular a pena para cada delito para, somente depois, somar as sanções respectivas (art. 69, CP), ou aplicar o critério de exasperação ditado pelo art. 70, CP. O sistema brasileiro torna mais fácil, porém, o exame da punibilidade de cada delito, ao definir-lhe uma pena específica (para os fins, por exemplo, de análise de eventual prescrição - art. 119, CP e súmula 497, STF).



fundamentais da sua discussão e solução, a sua precedência lógica acaba por se apagar realmente numa mera conveniência de arrumação sistemática, ou até, se se quiser, de ordem cronológica.

É evidente, porém, que a mesma autonomia funciona também no sentido inverso: também, a na mesma exacta medida, o problema do regime punitivo tende a tornar-se simplesmente subsequente em relação a uma problemática que ele tão-pouco influencia, senão limitando-lhe como que exteriormente a sua relevância.

E assim fica sem razão decisiva a precedência do tratamento da questão da unidade e pluralidade das infracções sobre o do respectivo regime punitivo: se é certo que aquele precede este enquanto lhe delimita como que exteriormente um pressuposto, não menos certo é que aquele tem a sua relevância (desde logo prática) como que exteriormente delimitada por este. Nesta orientação, trata-se, afinal, de dois problemas tendencialmente diversos e que, portanto, acabam por se delimitar reciprocamente, pelo que não há propriamente precedência de um sobre o outro.<sup>1719</sup>

Há, portanto, quem almeje tratar o tema no âmbito da teoria da pena, de modo que o importante passaria a ser a definição da sanção adequada para cada atividade humana. A delimitação da quantidade de delitos seria, então, apenas um instrumento para se obter a pena supostamente justa.

De certo modo, em que pese a sua crueldade, essa foi a ambição de Benedict Carpzov, um dos fundadores da teoria do concurso criminal, como já foi enfatizado acima. Ele tratava o tema do concurso no âmbito da execução da pena.

Ora, o professor da Universidade Católica Portuguesa diz o que segue:

[U]ma limitação da análise desse campo ao problema da unidade e pluralidade das infracções, colocando como que entre parêntesis o problema do regime punitivo não pecaria apenas pelo seu carácter parcelar e, pois, incompletamente esclarecedor; arriscaria a própria compreensão da amplitude e termos do limitado momento a que se pretenderia dirigir.<sup>1720</sup>

Ele também tem em conta, porém, que o inverso é verdadeiro. Não se pode centrar o estudo do tema exclusivamente na questão do regime punitivo, sem examinar os critérios para se contar crimes. A busca de uma unidade de crime representa um significativo esforço para se objetivar o cálculo das penas, reduzindo o arbítrio envolvido - conquanto não se consiga sua cabal eliminação.

De toda sorte, os distintos casos concursais dependem, de certo modo, dos sistemas punitivos. Isso porque um regime que, em caso de confluência de delitos, apenas aplique a sanção mais grave (sistema da absorção), acaba por reduzir a

<sup>1719</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 19.

<sup>1720</sup> Idem, p. 21.

relevância da distinção entre concurso ideal e concurso real.

Um sistema plenamente indiferenciado de punição do concurso de crimes pautado pela aplicação da pena mais grave (o chamado sistema da pura absorção) pode diminuir muito a relevância das distinções a proceder em matéria de unidade e pluralidade de infrações e, no limite, pode parecer mesmo desinteressar-se de saber se o agente cometeu um só crime ou vários crimes (e é essa a base substancial da principal crítica que se lhe dirige: a de carta branca passada ao agente).<sup>1721</sup>

Daí que Moutinho conclua ser "uma ilusão pretender evitar o problema da unidade e pluralidade das infrações, substituindo-o por um problema de regime punitivo versado independentemente daquele."<sup>1722</sup>

O problema é que a questão da unidade/pluralidade de delitos é razoavelmente complexa, já que depende de um conjunto articulado de premissas. Daí que o professor de Lisboa sustente ser necessária uma análise concomitante do regime punitivo e também dos critérios de cômputo de delitos.

Em que pese essa sua pretensão mais ampla - tratar do regime de pena e também da questão do concurso - José Lobo afasta deliberadamente do seu alvo de estudo a questão das contravenções e também o concurso de medidas de segurança, eis que o ampliaria demasiadamente a sua tese, ele diz.<sup>1723</sup>

Ele tem em mira, então, o art. 30º do Código Penal lusitano, como segue:

Artigo 30º

1 - O número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente.

2 - Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogénea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente.

Percebe-se facilmente que, ao contrário do que ocorre no âmbito do Direito brasileiro ou alemão, referido dispositivo do CP lusitano parece adotar uma concepção pluralista. Ou seja, dispõe que há tantos crimes quanto os tipos penais efetivamente violados - e é justamente contra isso que se bate Moutinho.

A questão do concurso enseja, portanto, reflexões metafísicas que dizem

<sup>1721</sup> Idem, p. 22.

<sup>1722</sup> Idem, p. 26.

<sup>1723</sup> Idem, p. 30.

respeito à identidade, unidade, diversidade - como já dizia Raoul Frosali.<sup>1724</sup> O problema é que todo recorte de 'identidades' depende de algum critério de observação: pode-se examinar uma mão e ver cinco dedos, cinco unhas, incontáveis células, incomensuráveis moléculas etc.

Essa relatividade não pode se traduzir, todavia, em arbítrio; o critério não pode ficar na dependência do intérprete, eis que a definição da quantidade de crimes - enquanto critério de cálculo da pena - deve retratar um mínimo de segurança jurídica. Daí o relevo da delimitação de critérios previsíveis e estáveis.

Como enfatiza Moutinho, "Relatividade sim, mas não necessariamente relatividade em relação à estrita perspectiva do sujeito observador."<sup>1725</sup> A dificuldade está justamente nessa tentativa de se construir balizas densas, inequívocas, que permitam contar crimes como se contam seixos na praia.

Deve-se ter em conta, todavia, que o fenômeno delitivo é multifacetado. De partida, pois a rigor apenas há criminalização - o crime é uma adjetivação social sobre determinada atividade humana -; por outro lado, essa adjetivação depende também de aspectos psicológicos, sociológicos, históricos etc.

Acrescente-se que há distintas concepções sobre os limites do Direito Criminal. Uma concepção naturalista - à semelhança daquela desenvolvida por Franz von Liszt ou mesmo por Hans Welzel - tende a impor limites ao próprio legislador; limites pretensamente decorrentes da 'natureza das coisas', já que o legislador não pode obrigar a mulher a parir em quatro meses.

Por seu turno, uma concepção funcionalista, no seu extremo (p.ex., Jakobs), tende a vincular o legislador exclusivamente às pautas de política criminal - o que pode suscitar um juízo de conveniência e oportunidade das soluções esposadas pelo Congresso Nacional.

Essa diferença de ângulo de visada surte reflexos sobre a solução dos casos de concurso de crimes. Provavelmente, uma concepção penal-sistêmica atribua maior peso para a questão do regime punitivo - qual a pena tida por adequada, segundo diretrizes do próprio sistema - do que para temas metafísicos (como recortar unidades de ação, por exemplo).

Confrontado com essa questão, Moutinho parece acatar essa

---

<sup>1724</sup> Idem, p. 32. Confira-se com FROSALI, Raoul Alberto. **Concorso di norme e concorso di reati**. Milão: Dott A. Griuffrè Editore, 1971, p. 75.

<sup>1725</sup> MOUTINHO, José Lobo. **Op. cit.**, p. 33.

'normativização' dos conceitos, como bem ilustra o texto abaixo:

Analisada até ao fim, a invocada unidade 'natural' de acção, de 'natural' (enquanto oposta a jurídica), só tem o nome, pois, nos termos em que vem a ser concebida e a tornar-se operativa, o seu apuramento, como salientaram por exemplo Honig, Mezger, Eduardo Correia, Geerds, Maiwald, Werle, não prescinde efectivamente (e, bem vistas as coisas, não pode mesmo prescindir) de critérios e argumentações especificamente jurídicas.<sup>1726</sup>

Ele reputa, portanto, que o Direito Penal não chega a trabalhar com uma pretensa 'unidade natural de acção', dado que se trata, a bem da verdade, de uma unidade recortada pelo próprio sistema jurídico. Ademais, caso se imaginasse uma tal unidade natural, ainda haveria necessidade de se aferir qual a razão para que pudesse surtir efeitos normativos.

Afinal de contas, é importante atentar nessa seara para a chamada falácia naturalista, evidenciada por David Hume, eis que não se pode extrair normas a partir da pretensa natureza das coisas (do 'ser' não se infere um dever-ser).

Isso não impede, por certo, que as normas jurídicas exijam comprovações empíricas, à semelhança do que ocorre com a necessidade de comprovação do nexó etiológico para fins de responsabilização civil. Enfim, em muitos âmbitos o Direito exige prova da ocorrência de fatos; mas esses ganhariam relevo apenas a partir das normas que previamente estabelecem critérios para sua identificação.

Castanheira Neves explicitava, todavia, que a pluralidade dos delitos não determinaria, por si, uma pluralidade de acusações:

Não temos de pressupor uma simetria entre a unidade e a pluralidade dos delitos e a unidade ou pluralidade dos objectos processuais ou pensar coincidentemente o critério da identidade do delito e o critério da identidade do objecto do processo. Essa não coincidência ou pelo menos a sua possibilidade funda-se na própria diversidade de intenções normativas que vão implicadas pelos problemas da identidade e da identidade do objecto do processo.<sup>1727</sup>

De fato, anote-se que nada impede que um conjunto de crimes distintos seja alvo de uma única imputação em juízo. Mas já não se pode admitir o argumento inverso: um crime não pode ser alvo de distintas acusações, eis que, com isso, se violentaria a cláusula do *double jeopardy*, na sua vertente processual.

---

<sup>1726</sup> Idem, p. 34-35.

<sup>1727</sup> Idem, p. 37.

De toda sorte, o importante é ter em conta que nada impede que determinado *quid* seja considerado único para determinados fins, e seja reputado uma pluralidade sob outros pontos de vista.<sup>1728</sup> "Este, pois, o primeiro aspecto a salientar e que jamais deveremos perder de vista: tanto a unidade do crime 'único', como a pluralidade do 'concurso de crimes' são finitas ou imperfeitas."<sup>1729</sup>

Não perder de vista, porém, que, sob um mesmo aspecto, algo não pode ser considerado plural e unitário, dado que isso seria paradoxal. "Unidade e pluralidade opõem-se entre si: sob o mesmo aspecto, não pode o mesmo *quid* ser, a um só tempo, um e muitos, e o mesmo e diversos (AV  $\neg$ A)"<sup>1730</sup>

Moutinho tem o cuidado de ressaltar, todavia, que não se cuida de uma lógica disjuntiva. Melhor dizendo: segundo ele, afastada a unidade não se cairia automaticamente na pluralidade de delitos.

Em termos absolutamente lógicos, poder-se-ia ter 1,5 crimes (um crime e meio); sobriariam elementos de determinado crime sem que, com isso, se pudesse reconhecer desde logo a existência de uma pluralidade, dado que a quantidade de crimes demandaria o cômputo de unidades inteiras.<sup>1731</sup>

O professor de Lisboa argumenta, para tanto, que a questão envolveria uma lógica de ordenação. Ao invés de simplesmente se contrapor o branco e o preto, também deveria ser levado em conta o tom cinzento mantido entre ambos.<sup>1732</sup> Afastada a singularidade de um crime, nem por isso necessariamente dever-se-ia reconhecer a presença de uma pluralidade - em argumenta.

Para Moutinho, uma das grandes questões subjacentes ao problema do concurso cuidaria do método. Ele questiona qual o caminho para que se possa solucionar a questão da confluência de delitos.

E é justamente nessa toada que ele critica a concepção de Eduardo Correia, um autor ainda muito influente sobre a doutrina lusitana. Cuida-se do método lógico-conceitual, o que se traduz na elaboração de um conceito reduzido de crime (i.e., a identificação da suposta essência do delito), para, em um segundo momento, contar quantos elementos essenciais teriam ocorrido.

---

<sup>1728</sup> Idem, p. 38.

<sup>1729</sup> Idem, p. 39.

<sup>1730</sup> Idem, p. 40.

<sup>1731</sup> Idem, p. 449-450.

<sup>1732</sup> Idem, p. 41.

Determinar se, em dado caso, havia um só crime ou vários crimes, isto é, contar os crimes, pressupunha que previamente se determinasse a natureza ou essência do crime, ou seja, que previamente se estabelecesse o respectivo conceito. Nessa senda, a questão da essência ou natureza do crime em geral é alçada a questão prévia e decisiva: procura-se, primeiro, identificar em geral a natureza ou essência do crime para, depois, aplicar ao conceito assim obtido aos diferentes domínios problemáticos em que se desdobra o tema da unidade e pluralidade de infracções e, de um modo particular, ao chamado concurso ideal ou formal de crimes, que constitui o domínio onde mais insistentemente se tentou aplicar o método em análise.<sup>1733</sup>

De certo modo, portanto, esse alegado 'método lógico conceitual' encontra-se no pano de fundo da própria discussão entre teoria plural e teoria unitária (*Einheitstheorie* e *Mehrheitstheorie*).<sup>1734</sup>

A teoria unitária sustenta que o elemento 'mais essencial' seria a ação. O crime é a ação objetiva e subjetivamente típica, ilícita e penalmente censurável. Contudo, contar crimes seria contar ações; tantas as ações, tantos os crimes.

Já a teoria plural advoga que o elemento 'mais essencial' seria a violação à norma incriminadora. Tantas as normas violadas, tantos os crimes. Mesmo que houvesse apenas uma intenção ou apenas um estado anímico - discussões à parte sobre a forma como provar e como contar os desígnios -, haveria inúmeros delitos, desde que inúmeras normas fossem afrontadas.

José Moutinho critica justamente esse método conceitual. Ele argumenta que o crime seria um *quid* complexo, insuscetível de ser reduzido a apenas alguns dos seus elementos ou aspectos.

Ele não atenta para o fato, todavia, que - mesmo partindo do conceito analítico de crime -, alguns elementos permitem cômputo, enquanto que outros dificilmente podem ser segmentados em unidades. Como contar culpabilidades?

O que Moutinho denomina de 'método lógico conceitual' parece decorrer justamente dessa necessidade de que o cômputo de crimes vincule-se àquilo que parece suscetível de ser dissecado em unidades (unidades de ação, unidades de normas violadas, unidades de bens jurídicos agredidos etc.).

O fato é que essa polêmica, no âmbito da teoria do concurso, não deixa de ser reflexo de disputas epistemológicas mais profundas, que muito influenciaram o Direito Penal. Há naturalistas, há idealistas, há ecléticos.

Como foi visto ao início desse trabalho, o naturalismo tende ao sensualismo,

<sup>1733</sup> Idem, p. 44-45.

<sup>1734</sup> Idem, p. 456.

já que parece ancorar seus critérios naquilo que possa ser visto, sentido ou experimentado de alguma forma. Daí que acabem atribuindo peso, no âmbito do concurso, para a quantidade de ações humanas ou para a quantidade de resultados empíricos decorrentes do crime.

De sua parte, o idealismo atribui maior peso para os conceitos. Reconhece, de algum modo, que apenas os conceitos viabilizam recortar a natureza em unidades. Por conseguinte, apenas a cultura viabilizaria alguma espécie de critério; até porque desde David Hume é conhecida a falácia naturalista ('do ser não se extrai um dever ser').

Rios de tinta já foram gastos para tratar desse tema; mas, de certo modo, a disputa entre Karl Binding e Franz von Liszt continua traçando balizas para a teoria. Afinal de contas, crime é ação? Ou crime é a violação da norma? Uma única ação que viole inúmeras normas deve ser considerada inúmeros crimes?<sup>1735</sup>

Como já foi mencionado, Ingeborg Puppe critica essa polêmica, afirmando que "A controvérsia, em tempos tão veementes, é hoje geralmente considerada como uma infrutífera questão de palavras e definições conceituais que tem, quando muito, interesse histórico."<sup>1736</sup>

José Lobo Moutinho argumenta o que segue:

[A] derivação, em linha recta, das diversas soluções em termos de concurso ideal ou formal a partir da definição do crime - em que outrora se insistiu como *conditio sine qua non* de correção metodológica - foi justamente aquilo que veio a retirar-lhe o interesse a autorizar, directa ou indirectamente, a sua despromoção a questão materialmente irrelevante, quando não mesmo a mera questão de palavras.<sup>1737</sup>

Essa crítica formulada pelo professor de Lisboa é compartilhada por Carlos Caramuti, eis que o professor argentino também diz ser indispensável atentar para todos os elementos do conceito analítico do delito para se solucionar os casos de concurso de crimes.

Como vemos, se exigimos a confluência de todos os elementos (objetivo, submetivo e normativo) para que haja unidade, não podemos depois fazer depender apenas de um deles a pluralidade. Entendemos que isto nos coloca no centro do problema em torno do qual as discrepâncias entre as teorias se agregam às discrepâncias nos resultados da aplicação de cada uma delas. É que não é o mesmo

<sup>1735</sup> Idem, p. 46.

<sup>1736</sup> PUPPE, Ingeborg *apud* MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 47.

<sup>1737</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 48.

exigir determinados elementos para que exista unidade, que exigi-los para que haja pluralidade, é dizer, para cada unidade. Se dizemos que para determinar a unidade se requerem os aspectos objetivo (exterioridade), subjetivo (vontade final) e normativo (o tipo ou a adequação típica) da conduta, poderíamos interpretar que bastará que um deles seja plural (que não seja único) para afirmar a pluralidade de delitos. Mas isso encerra uma contradição, porque, para que haja mais de um, cada unidade deve estar completa, tem que haver, ao menos, duas unidades completas. Uma unidade e meia não são duas unidades, já que unidade é a 'propriedade de todo ser, em virtude da qual não pode dividir-se sem que sua essência se destrua ou altere' e pluralidade é a 'qualidade de ser mais do que um'.<sup>1738</sup>

Ora, o José Lobo Moutinho almeja demonstrar que o art. 30º do CP lusitano viabilizaria uma leitura distinta daquela professada pela dogmática lusitana. Comumente se sustenta que referido dispositivo teria esposado a teoria plural (*Mehrheitstheorie*), reconhecendo a presença de tantos crimes quanto as normas violadas, o que não deixaria de ser uma espécie de redução do crime a um dos seus aspectos essenciais.

Para ele, todavia, o art. 30º teria invocado uma tipicidade ampla, em tudo idêntica àquela prevista no art. 1º do mesmo Código. E a sua obra busca justamente criticar, portanto, a concepção de Eduardo Correia, que está no âmago da interpretação corrente do referido preceito legal.

O actual Código Penal, porém, embora colocando-se na perspectiva da contagem do número de crimes, aponta, quanto a problema do concurso, o mesmo caminho que indica, no seu art. 1º, para a determinação da existência do crime: o tipo legal de crime. Assim como é pelo tipo de crime que se apura a existência ou inexistência de (um) crime, assim também é pelo tipo de crime que se há de apurar a existência de um ou mais crimes.<sup>1739</sup>

Como já dizia Aristóteles, quando alguém pergunta 'o que é isso?', a resposta mais adequada consistiria em indicar a espécie, ao invés do gênero. Moutinho argumenta que "o conceito geral de crime, por definição, exprime de um modo incompleto e, por isso, mais vago ou impreciso (*rectius* mais indeterminado) o que é cada crime concreto."<sup>1740</sup>

Melhor dizendo, para José Moutinho, o postulado da legalidade - consectário direto da segurança jurídica - exigiria a definição completa do comportamento

<sup>1738</sup> CARAMUTI, Carlos S. **Concurso de delitos**. 2. ed. atual. ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p. 126-127. Traduziu-se.

<sup>1739</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 50.

<sup>1740</sup> Idem, p. 52.



punível, inclusive no âmbito da teoria do concurso.

Afinal de contas, "o modo de *cognoscere an sint plura delicta, vel unum* não pode, sem quebra da legalidade, ser diverso do modo de *cognoscere an sint (unum) delictum*, e este é precisamente constituído pelos vários tipos especiais de crime, que constam das normas incriminadoras."<sup>1741</sup>

Em outras palavras, "A correspondência de um certo facto da vida real àquele conceito geral de crime (o que significa que ele tem em si as notas que, abstractas, constituem os elementos do conceito geral de crime) não justifica por si só a punição do respectivo agente; e o mesmo se há-de necessariamente concluir quanto à questão de saber quantas vezes se verifica o *quid* correspondente àquele conceito geral."<sup>1742</sup>

Vê-se que ele concorda, portanto, que o cômputo de crimes gravitaria em torno das tipicidades preenchidas; mas critica, nesse âmbito, o método reducionista que ele suspeita ter sido empregado por Eduardo Correia.

Isso significa que, para Moutinho, a tipicidade a ser considerada, para fins de aplicação do art. 30º do Código Penal português, é aquela ampla, abrangente de todos os elementos do crime (tipicidade enquanto sinônimo de crime).

Apenas há que notar que, se assim é, a prévia discussão sobre a natureza do crime, aliciante embora, para além de por natureza interminável - basta ponderar que o autor a faz derivar directamente de premissas neo-kantianas e nada impede que qualquer outro autor faça o mesmo e derive de premissas filosóficas diversas uma definição material de crime diversa -, porque tem de passar sempre pelo crivo da tipicidade e, pois, da descrição legal de cada crime, está destinada a não ter reflexos directos. Não partindo verdadeiramente de algo que possa ser assumido como base comum de discussão, não permite esperar senão a renovação, a final, das irreconciliáveis divergências que permite à partida; e também não pode, por outro lado, assumir directamente relevância prática. O mesmo é dizer: a discussão torna-se estéril.<sup>1743</sup>

Ele parte da premissa de que o crime envolve um conjunto complexo de elementos, todos imbricados entre si. Haveria como que uma teia de relações, quando é o caso de concurso delitivo, de modo que um crime se entrelaçaria nos demais -; e ele alude nesse âmbito à tese de Baumgarten, como segue:

---

<sup>1741</sup> Idem, p. 53.

<sup>1742</sup> Idem, ibidem.

<sup>1743</sup> Idem, p. 54.

Não se trata, por outras palavras, de determinar os pressupostos da pena, mas antes de determinar 'se os singulares pressupostos da pena estão para com esta numa tal relação que uma pena tenha de ser aplicada tantas vezes quantas eles existem ou se porventura a existência, apenas por uma vez, de um pressupostos, não impede a plural irrogação da pena.'<sup>1744</sup>

Percebe-se que Moutinho critica justamente essa busca por uma espécie de quinta-essência do crime (o elemento mais essencial, no conceito de delito). Essa tentativa retrata a procura de algo que possa ser contado.

O penalista critica justamente esse aparente círculo vicioso. Sustenta que há tantos crimes quanto os tipos invocados; mas, para saber quantas incidências típicas, também há necessidade de se aferir quantos elementos substanciais do crime teriam sido praticados - ele diz.<sup>1745</sup>

O fato é que alguns autores teriam deixado manifesto que o conceito analítico de delito não se prestaria para a solução dos problemas próprios à teoria do concurso de crimes. Melhor dizendo, no âmbito da teoria do concurso, seria invocado um conceito reduzido de delito - apenas tendo em conta o mais essencial -; algo manifesto nas obras de Baumgarten, Höpfner e Stürenburg.

Com efeito, Höpfner criticou August Köhler justamente pelo fato deste último ter sustentado que, no âmbito do concurso, todos os elementos do conceito-crime deveriam ser aferidos. Na opinião de Höpfner, porém, bastaria o exame da quantidade de ações, eis que esse seria o único aspecto necessário para se computar a quantidade de infrações praticadas.<sup>1746</sup>

De modo semelhante, Stürenburg argumentava que, por mais que o crime fosse uma ação contrária à norma, a quantidade de delitos deveria ser aferida apenas pela apreciação do *quantum* de tipos penais violados, razão pela qual equiparava o concurso formal e o concurso material.

Por seu turno, Baumgarten tinha em conta a quantidade de rebeliões contra a ordem jurídica, o que seria essencial para a definição do número de crimes ocorridos. Melhor dizendo, a quantidade de desobediências por parte do agente, naquele específico contexto de vida sob julgamento.

Em Portugal, Cavaleiro de Ferreira enfatizou a necessidade de se perquirir

---

<sup>1744</sup> BAUMGARTEN *apud* MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>1745</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 58-59.

<sup>1746</sup> HÖPFNER, Wilhelm. *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, p. 107. MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 58.

uma quintaessência do crime; o que permitiria recortar a sua unidade. E apontou, nesse rastro, o fato delitivo. Tantos fatos, tantos crimes.<sup>1747</sup> Tempos depois, Cavaleiro teria deixado de esposar esse método reducionista, conquanto houvesse mantido a mesma conclusão (um crime = um fato).

Outros tantos autores teriam acolhido, de forma implícita, esse método lógico-conceitual: Karl Binding, von Buri, Coender, Figueiredo Dias e Honig.<sup>1748</sup> Em von Buri, chama a atenção a sua tentativa de contar os crimes a partir dos nexos etiológicos (tantos nexos causais, tantos crimes) - ambicionando resolver os casos de concurso formal com distintos resultados empíricos lesivos.

Moutinho diz que, mesmo que se admitisse a primeira afirmação (conceito de crime como sendo mera causalidade), disso não decorreria a interpolação de que cada causalidade necessariamente teria que ser um crime. Ou seja, a premissa não levaria à conclusão de que o concurso formal e o concurso material deveriam ter o mesmo tratamento, tal como professado por von Buri.

Para Binding, por seu turno, a quantidade de ações seria irrelevante para a solução dos casos de concurso. Segundo o seu entendimento, o crime seria a autorrealização de uma decisão criminosa, agredindo a norma incriminadora. Por conseguinte, ele era um formalista, atribuindo ênfase à quantidade de tipos penais incidentes, ao invés da quantidade de movimentos corpóreos realizados.

O fato é que, conquanto partissem de premissas distintas, Karl Binding e Franz von Liszt esposavam um método comum: a aplicação de um conceito reduzido de crime no âmbito da teoria do concurso (crime como violação à norma, para Binding, crime como mera enervação muscular, para von Liszt).

Albert Coenders esposou a concepção de Karl Binding, reputando que o concurso formal deveria ser submetido ao mesmo tratamento do concurso material; tese compartilhada ainda por Richard Honig.<sup>1749</sup>

Quem infringe uma disposição penal comete um crime, cujo significado material se esgota na violação ou colocação em perigo de um bem jurídico. Quem transgride várias disposições penais, violando ou colocando em perigo vários bens jurídicos comete vários crimes, independentemente de o meio da lesão ou colocação em perigo, a acção, ser em todos os bens jurídicos agredidos, a mesma.<sup>1750</sup>

<sup>1747</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 59.

<sup>1748</sup> *Idem*, p. 62.

<sup>1749</sup> *Idem*, p. 64.

<sup>1750</sup> HONIG *apud* MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 65.

A obra de Maurach/Gössel evidencia o emprego de procedimento semelhante. Por um lado, eles asseveraram que o crime é ação (concepção unitária), por outro lado, também definiram o fato delitivo como sendo a lesão jurídica (cada lesão jurídica seria um fato).

Figueiredo Dias teria empreendido uma análise parecida na sua obra de 1976. Conquanto tenha definido o crime a partir da ação, no âmbito do conceito analítico; Dias teria dado ênfase, quanto ao concurso, para cada tipo penal violado, a partir do seu conceito de culpabilidade pelo caráter.

Nessa toada, menciona-se ainda a obra de Wachenfeld e Heinemann:

A acção é o crime, abstraindo da culpa. O crime é o conceito mais restrito, especializado pela forma da culpa. (...) A actividade é o movimento corporal voluntário, a acção é a actividade com o seu efeito até o resultado, inclusive, mas sem considerar se a sua produção é culposa. O crime, finalmente, é a acção culposa.<sup>1751</sup>

José Lobo Moutinho insurge-se justamente contra essa forma de equacionar o problema do concurso de crimes. Haveria certa truncagem nesse âmbito, eis que não se poderia simplesmente descartar o conceito analítico de delito - de extrema importância para a teoria da imputação penal - a fim de apenas se privilegiar alguns dos seus aspectos.

O professor lusitano argumenta que haveria uma contradição no âmago desse método reducionista:

É que, seja qual for a posição em relação àquilo que o crime é 'essencialmente', nesta orientação parte-se sempre do pressuposto de que da identificação da natureza ou essência do crime é correlativa a determinação da sua unidade. Para se saber, diz-se, quantos crimes há, temos de saber o que é (essencialmente) o crime. No entanto, se assim é, o facto de se partir de uma noção de crime que depois é sujeita a redução representa sempre a substituição de um conceito por outro e, com isso, a definição, não já do crime, mas de algo assumidamente diverso do crime: a acção, o resultado, a correspondência ao tipo, em si e por si, a culpa... Segundo a própria premissa básica do método, daqui por resultar um critério para determinação do número desse algo - de acções, de resultados, de correspondências ao tipo, de culpas... - mas já não um critério para a determinação do número de crimes.<sup>1752</sup>

<sup>1751</sup> WACHENFELD *apud* MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 69.

<sup>1752</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 75.

Ele ilustra o seu argumento invocando a tese de von Liszt, para quem o crime não se resumiria apenas à ação (ação seria o gênero). Conquanto houvesse atribuído peso, pois, para outros aspectos da ação - para que se pudesse falar em crime - Liszt simplesmente os teria deitado fora, ao tentar computar delitos.<sup>1753</sup>

Haveria, portanto, certo dilema no emprego desse método: uma contradição latente entre a fundamentação da teoria do fato punível, de um lado, e a fundamentação da teoria do concurso criminal, de outro: "A doutrina da unidade e pluralidade das infracções não se relaciona com a teoria geral do crime como o domínio especial para o domínio geral."<sup>1754</sup>

Daí que as querelas presentes no seio da teoria do conceito-crime nem sempre tenham se traduzido em idênticas polêmicas no âmago da teoria do concurso. Não raras vezes, em que pesem os distintos pontos de partida, penalistas acabavam por chegar a construções muito semelhantes, quanto à teoria do concurso (não raras vezes, buscando justificar uma espécie de 'sentimento de justiça', tal como ocorre com a teoria do desdobramento do tipo).

Ora, precisamente, as questões em que se desdobra o problema da unidade e da pluralidade das infracções comportam perante a teoria geral do crime, no sentido que neste contexto se dá tal expressão, como problemas novos, que não foram ponderados ao estabelecer o sistema e aos quais, por isso mesmo, os conceitos sistemáticos não podem, sem abuso, dar resposta.<sup>1755</sup>

Moutinho atribui maior peso, nessa sua crítica, à concepção de Eduardo Correia. Ele o toma, de certa forma, como uma espécie de antagonista, eis que busca justamente criticar a interpretação corrente sobre o alcance do art. 30º do Código Penal Português, um diploma normativo indiscutivelmente inspirado na obra do professor de Coimbra (originalmente publicada em 1945).<sup>1756</sup>

Por sinal, a redação do Código Penal lusitano de 1982 encontra origem no projeto desenvolvido pelo próprio Eduardo Correia, em 1963.

Daí que Moutinho pugne contra esse argumento de autoridade: o fato de o Código Penal português encontrar sua origem, de certo modo, em um pensador sabidamente filiado à concepção pluralista (*Mehrheitstheorie*). Afinal de contas, José

<sup>1753</sup> Idem, p. 74.

<sup>1754</sup> Idem, p. 76.

<sup>1755</sup> Idem, p. 79.

<sup>1756</sup> CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal**: I. Unidade e pluralidade de infracções; II. Caso julgado e poderes de cognição do juiz. Coimbra: Almedina, 1996.

Lobo Moutinho busca defender tese oposta, argumentando que o art. 30º do CP lusitano demandaria o exame da quantidade de crimes cometidos, com todos os seus elementos (ações, tipicidades, ilicitudes e culpabilidades).

Ou seja, a rigor, Moutinho busca atribuir ao referido art. 30º, CP/1982, uma leitura distinta daquela professada por Eduardo Silva Correia; ele argumenta, para tanto, que a expressão 'tipos de crime efectivamente cometidos', ali veiculada, teria o significado amplo (tipo amplo), abrangendo todos os detalhes do delito, e não apenas a quantidade de normas penais infringidas.

Art. 30º - Código Penal de Portugal.

1 - O número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente.

2 - Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogénea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente.

Cuida-se, pois, de uma tentativa de aproximação de uma concepção unitária (*Einheitstheorie*), aparentemente incompatível com a interpretação lexicográfica do referido enunciado legal, vinculado à concepção pluralista.

Ademais, ele também critica em Eduardo Correia a fundamentação empregada para a figura do crime continuado. Segundo o professor de Coimbra, a continuidade delitiva decorreria de uma busca por economia processual, de modo a se facilitar o trabalho do julgador. Mas Lobo Moutinho diz que esse argumento seria insuficiente e inadequado.

Com efeito, se é verdade que por força de certas necessidades práticas de economia processual se pode ser levado a considerar a reiteração de diversas actividades como uma unidade, certo é também que isso unicamente será admissível quando a culpa do agente puder ser tomada em conta dentro da moldura penal estabelecida para um só crime, isto é, quando a culpa pela reiteração das infracções aparecer sensivelmente diminuída em confronto com as hipótese normais de concurso.<sup>1757</sup>

O professor de Lisboa aduz que Correia teria incorrido em verdadeira petição de princípios, eis que não teria apontado a razão pela qual - a vingar seu

<sup>1757</sup> CORREIA, Eduardo *apud* MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 83.

método lógico-conceitual - a continuidade delitiva ensejaria uma sanção mais reduzida do que a do concurso material. "Como se pode então partir da base de que o crime continuado mostra, perante o concurso, uma gravidade profundamente diminuída?"<sup>1758</sup>

Ademais, no seu entender, Correia teria confundido o plano processual (otimização do trabalho do juiz) com a questão material (efeitos reconhecidos à pluralidade delitiva), o que seria inaceitável.<sup>1759</sup>

De toda sorte, mesmo abstraindo essa pretensa ausência de fundamentação sobre a continuidade delitiva na obra de Eduardo Correia, o principal alvo de Moutinho é mesmo o método reducionista, pelo qual o concurso de crimes seria definido a partir apenas de um aspecto do conceito analítico de delito (i.e., a quantidade de ações ou a quantidade de violações normativas).

E é com esse pano de fundo, portanto, que ele se bate contra a interpretação corrente, em solo lusitano, sobre o alcance do art. 30º do Código Penal, já transcrito acima. O preceito tem origem, repita-se, no projeto desenvolvido pelo próprio Eduardo da Silva Correia, em 1963.

Ou seja, o dispositivo teve, por certo, uma origem vinculada à concepção pluralista. Apesar disso, Moutinho ambiciona convencer que, a rigor, o preceito deveria ganhar maior proximidade com uma concepção unitária, à semelhança daquela defendida por Cavaleiro de Ferreira.

Daí que a sua tese gravite, de certo modo, entre o pensamento desses dois grandes juristas portugueses. Há uma frequente crítica à obra de Correia, de um lado, acompanhada, no geral, de uma defesa das teses de Cavaleiro, de outro.

Para tanto, ele argumenta que o art. 30º não teria efetivamente retratado o pensamento de Eduardo Correia, lançado na sua obra de 1945.

[A] uma primeira leitura, se nota, na verdade, a posição verdadeiramente central que ao 'tipo de crime' é assinada pelo artigo 30º. O número de crimes conta-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime é preenchido pela conduta do agente. E o crime continuado é definido como uma realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que protegem fundamentalmente o mesmo bem jurídico. Nada mais, porém, foi acolhido da doutrina do autor na

---

<sup>1758</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 85. Em p. 324, ele argumenta que Correia teria incorrido em uma contradição, eis que - a vingar os postulados da concepção pluralista - não haveria fundamento para a unificação promovida com a continuidade delitiva.

<sup>1759</sup> Idem, p. 86.

matéria.<sup>1760</sup>

Moutinho assume, com isso, o desafio de demonstrar que a expressão 'tipo de crime', veiculada no referido enunciado, teria um significado amplo - como se fosse sinônimo de crime concreto -; cuidar-se-ia de um 'tipo amplo', de modo a abranger todas as peculiaridades do delito efetivamente praticado.

Ele socorre-se, pois, das lições de Beling e de Binding. Importa dizer: promove a distinção entre tipo em sentido estrito (descrição legislativa da conduta sancionada penalmente) e tipo em sentido amplo (descrição da conduta delitiva efetivamente realizada, compreendendo detalhes sobre a culpabilidade do agente, danos produzidos e modo de execução. Ou seja, tipo para dosimetria da pena).

Ele enfatiza, pois, que haveria distintos conceitos de tipo: tipo global de crime, tipo de delito, tipo de ilícito, tipo para cálculo da sanção etc.<sup>1761</sup> Na obra de Eduardo Henrique da Silva Correia, a expressão 'tipo' teria sido empregada inicialmente no seu sentido sistemático (ou seja, tipo objetivo).

Recorde-se que Eduardo Correia adotava a concepção neokantiana - à semelhança de Mezger e Radbruch -, de modo que ainda estava impregnado da dissociação entre elementos objetivos e subjetivos. Supunha, pois, que o dolo deveria ser examinado/conferido com a formulação do juízo de culpabilidade.

Na obra de Correia, há uma solução ambígua sobre a teoria do concurso. Por um lado, espousa concepção pluralista (*Mehrheitstheorie*), supondo que a quantidade de crimes deve ser determinada pela quantidade de tipos penais incidentes na situação concreta. Por outro, reconhece à intenção do agente (que examina na culpabilidade) um poder de unificação de distintos crimes.

Daí que, em muitos casos, Correia reputava haver apenas um delito, em que pese a violação a distintas normas. Amparava-se, então, no argumento de que teria havido uma única atividade da vontade (*Willensbetätigung*). Isso leva a uma aparente inconsistência da sua concepção.

Acrescente-se também que Correia defendia uma espécie de 'desdobramento dos tipos', quando em causa a ofensa de bens jurídicos altamente pessoais. Por conseguinte, se alguém matasse, com um único disparo, cinco vítimas

---

<sup>1760</sup> Idem, p. 94.

<sup>1761</sup> Idem, p. 96. Quanto às várias acepções da expressão 'tipo', leia-se DERZI, Misabel Machado. **Direito tributário, Direito Penal e tipo**. 2. ed. atual. ampl. São Paulo: RT, 2007, p. 48-71.



distintas, Eduardo Correia julgaria existir cinco tipos de homicídio, por força desse alegado desmembramento.<sup>1762</sup>

Ele não chegava, todavia, a uma idêntica solução, quando em causa quando o agente, mediante uma só ação, subtraísse bens de vítimas distintas.

Ora, "Tipos descritos em tais disposições legais - escreve a respeito das disposições legais que visam proteger bens jurídicos eminentemente pessoais - desdobram-se assim em tantos outros quanto os possíveis indivíduos aos quais se estende a proteção da lei."<sup>1763</sup>

Desse modo, Correia supunha que os movimentos corporais fossem apenas indícios de uma vontade delitiva. Para ele, tantos os dolos, tantos os crimes: "Se diversas resoluções foram tomadas para o desenvolvimento da actividade criminosa, diversas vezes deixa a norma de alcançar concretamente a eficácia determinadora a que aspirava e vários serão os fundamentos para os juízos de censura em que a culpa se analisa."<sup>1764</sup>

Correia dizia que "uma pluralidade de resoluções [recorde-se que estamos perante um simples multiplicador] sempre que se não verifique, entre as atividades do agente, uma conexão no tempo tal que, de harmonia com a experiência normal e as leis da psicologia conhecidas, se possa e deva aceitar que ele as executou a todas sem ter de renovar o respectivo processo de motivação."<sup>1765</sup>

Por conseguinte, a teoria de Eduardo da Silva Correia está ancorada em três vigas. Em primeiro lugar, reputa que há tantos crimes quanto as normas violadas. Em segundo, também reconhece que há tantos crimes quanto as resoluções delitivas. Por fim, também atribui um tratamento peculiar aos crimes ofensivos de bens jurídicos altamente pessoais (desdobramento do tipo).

José Lobo toma esse pano de fundo - i.e., a concepção de Correia, veiculada no seu livro de 1945 - com o intuito de demonstrar que o Código Penal português de 1982 não teria acolhido fielmente a teoria do professor de Coimbra. A questão está em saber se Moutinho logrou mesmo êxito nessa tarefa.

Ele enfatiza, desse modo, que o Código Penal lusitano não teria acolhido expressamente algumas dessas teses de Eduardo da Silva Correia. A lei não teria

---

<sup>1762</sup> Eduardo Correia também reputava incabível a continuidade delitiva, quando em causa a ofensa a bens jurídicos altamente pessoais. Confira-se com MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 97, 103.

<sup>1763</sup> Idem, p. 95.

<sup>1764</sup> CORREIA, Eduardo *apud* MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 104.

<sup>1765</sup> Idem, p. 105.

verbalizado, por exemplo, a questão do desdobramento dos tipos; ou mesmo a alegada importância do dolo para fins de se computar delitos.

Em face do exposto, cremos poder assentar-se no seguinte: na própria opinião de Eduardo Correia, era crucial que o n. 2. do artigo 30º afastasse e afastasse 'inelidivelmente', 'decisivamente', a possibilidade de continuação quando fossem violados bens jurídicos eminentemente pessoais. Mas não há dúvida de que essa exclusão irrefragável se não seu.<sup>1766</sup>

José Lobo diz ainda que a questão do desdobramento dos tipos seria uma questão interpretativa ainda por resolver, no âmbito do Direito Penal português.<sup>1767</sup> Por conseguinte, ele se insurge contra o argumento de autoridade, que reputa que referido texto de lei seria uma cópia fiel das teses defendidas pelo jurista que foi professor de Figueiredo Dias.

Nesse rastro, Moutinho atribui significativo relevo para o advérbio 'efetivamente', veiculado no começo do art. 30º, CP-Portugal. Diz que um tipo efetivamente cometido é o crime mesmo; é a quantidade de delitos praticados, e não simplesmente a quantidade de normas penais violadas.

Os tipos efetivamente cometidos se antagonizariam com os tipos apenas aparentemente cometidos (concurso aparente), e também com aqueles casos em que, por força de normas de segundo nível, diversos delitos seriam unificados (continuidade delitiva, por exemplo).

Ele reporta-se, portanto, à opinião de Maia Gonçalves, um dos redatores do projeto de 1963, que eclodiu no Código Penal de 1982:

[P]ara ressaltar o caso de concurso aparente, lá está no preceito o termo 'efectivamente'; e quanto à explicitação das regras da especialidade e da consunção, não se julga ser ela oportuna, uma vez que se trata, por um lado, de regras doutrinárias e não legislativas, e, por outro lado, de regras gerais de interpretação do tipo legal de crimes e não se regras privativas do problema da unidade e pluralidade de infracções.<sup>1768</sup>

Por outro lado, os redatores do projeto não trataram expressamente dos casos de concurso aparente, reputando que caberia apenas à doutrina penal fazê-

<sup>1766</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 99.

<sup>1767</sup> Idem, *ibidem*. Sobre o desdobramento do tipo, leia-se também, na mesma obra, p. 466.

<sup>1768</sup> GONÇALVES, Maia *apud* MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 94.

lo.<sup>1769</sup> Daí que, de certo modo, também esse tema teria sido deixado em aberto.

Ora, Moutinho sustenta que a introdução desse vocábulo 'efetivamente', no âmbito do art. 30º, Código Penal lusitano, teria tido o condão de desvinculá-lo da concepção pluralista de Eduardo Correia. Atente-se para o que segue:

As explicações dadas sobre o sentido que se pretendia dar ao 'efetivamente' mal exprimem a natureza, o significado e o alcance que o concurso aparente no quadro da doutrina de Eduardo Correia, pelo que, se se tivesse pretendido consagrar tal doutrina, teríamos em mãos um delicado problema de dissonância, senão mesmo de divergência, entre aquilo que realmente resulta da dissertação de Eduardo Correia, e aquilo que sobre esse resultado foi dito em Comissão, dissonância essa susceptível de pôr em causa os trabalhos preparatórios como elemento de interpretação.<sup>1770</sup>

Ademais, o Código Penal de Portugal não teria acolhido expressamente essa teoria do desdobramento do tipo (ao contrário do que parece ocorrer com a parte final do art. 70 do Código Penal brasileiro).

Ademais, tampouco o CP lusitano teria acolhido expressamente o isomorfismo entre o concurso formal e o concurso real, propugnada pela concepção pluralista de Eduardo Correia.<sup>1771</sup> Muitos teóricos teriam dividido, na letra do Código, apesar disso, uma identidade implícita entre concurso formal e o concurso real (p.ex., identidade vislumbrada por Cavaleiro de Ferreira).

Nos termos do n. 1 do art. 30º, ao definir o concurso, a lei procurou suprir todas as distinções como inúteis, procedendo à equiparação do seu significado e consequências jurídicas. Relativamente ao concurso heterogéneo e homogéneo, procedeu a essa equiparação explicitamente, porque descreve o primeiro na primeira parte do n. 1, e descreve o segundo na segunda parte do mesmo n. 1, com idênticos efeitos. Relativamente ao concurso real e ideal, não julgou necessário fazer-lhes referência autónoma, com palavras iguais ou similares às que usou o Código Penal brasileiro - 'mediante uma só ou mais de uma acção ou omissão (...) -', mas estão essas modalidades implícitas no seu contexto.<sup>1772</sup>

Para José Lobo Moutinho, todavia, essa questão seria ambígua. Ele não descarta, em absoluto, uma diferença de tratamento fundada na unidade de acção; e - de certa forma - é o que ele defende ao longo da sua tese. Quando menos, o

<sup>1769</sup> Idem, p. 101.

<sup>1770</sup> Idem, p. 102-103.

<sup>1771</sup> Idem, p. 107.

<sup>1772</sup> FERREIRA, Cavaleiro de *apud* MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 109.

professor de Lisboa busca distanciar-se da teoria pluralista do concurso.

O problema é que a palavra 'efectivamente', tal como lançada no art. 30º do Código Penal lusitano, permitiria distintas interpretações. Na opinião de Moutinho, poder-se-ia dizer que, cada tipo 'efectivamente' cometido, demandaria o exame da unidade de ação correspondente (teoria unitária).

Ele reporta-se, nessa toada, à opinião de Berner:

Em primeiro lugar, quando se contrapõe o concurso ideal ao concurso real de crime, com isso já se diz que o concurso ideal não é nenhum concurso efectivo (wirkliche) de crimes, que só um dos conceitos de crimes nele cunhados encontrou corpo numa acção, enquanto os conceitos concorrentes permaneceram, embora não puros conceitos, todavia existências apenas ideais, sem corporização autónoma. Depois: o concurso de leis, que se pretende substituir ao concurso ideal de crimes também não é nenhum concurso efectivo (wirkliche) de leis penais. Um concurso efectivo de leis penais só seria de aceitar no caso de um concurso real de crimes.<sup>1773</sup>

José Lobo deplora, na lei, uma dupla inconseqüência. Reclama da ausência de tratamento expresse sobre o concurso aparente de normas - à semelhança do art. 8º do Código Penal espanhol -; ao mesmo tempo em que também não explicita o tratamento a ser dado ao concurso formal.<sup>1774</sup>

Ademais, o dispositivo veicularia distintas concepções sobre o crime: vê o delito como comissão (art. 30º, item 1, primeira parte), como preenchimento do tipo (item 1, segunda parte), e também como realização do tipo (item 2). Daí a elevada ambigüidade na sua compreensão.<sup>1775</sup>

Igual ambigüidade estaria contida no art.30º, item 2, ao empregar a expressão 'realização plúrima', eis que não teria veiculado maiores detalhes a respeito dos requisitos para o reconhecimento da continuidade delitiva.

O crime continuado demandaria a pluralidade de condutas; mas a lei não teria detalhado referido requisito.<sup>1776</sup> "Por conseguinte, a distinção entre unidade e pluralidade de condutas, actos ou factos, na interpretação corrente, seria supostamente afastada no n. 1, para ressuscitar no n. 2."<sup>1777</sup>

Correia supunha que a continuidade delitiva tratava, de fato, de um crime único; daí que talvez não tenha atribuído o devido peso para a necessidade de

<sup>1773</sup> BERNER *apud* MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 112.

<sup>1774</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 114.

<sup>1775</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>1776</sup> Idem, p. 118.

<sup>1777</sup> Idem, p. 119.

reiteração de condutas. Mas esse pressuposto seria inexorável.

Assim, por mais que Eduardo Correia houvesse criticado arduamente a opinião de Liszt, por se apoiar em uma unidade natural de ação, ele teria implicitamente acolhido esse pressuposto (pressuposto incontornável, no que tocaria ao crime continuado, por mais que não tenha sido explicitado no art. 30º).<sup>1778</sup>

O mesmo é dizer: se a unidade ou pluralidade de factos são equiparadas no domínio da questão da unidade e pluralidade das infracções, se não têm qualquer relevo na determinação do número dos crimes, para se manter integralmente a lógica, a doutrina de Eduardo Correia teria de admitir que no âmbito do crime continuado não fossem tratadas de modo diferente e teria de desdenhar, por impossível ou, em qualquer caso, por arbitrária e irrelevante, a própria separação entre um e outro. Nessa base, a distinção que, dentro do domínio da unidade e da pluralidade de crimes, se possa fazer entre unidade e pluralidade de factos será meramente descritiva ou, melhor até, efectuada com base num critério extra-jurídico. Na perspectiva da lei, tanto faria uma coisa com outra.<sup>1779</sup>

Em síntese, Moutinho alega que - conquanto o art. 30º tenha origem em uma concepção pluralista (*Mehrheitstheorie*) - o dispositivo ainda estaria impregnado de premissas da teoria unitária (*Einheitstheorie*). A continuidade delitiva decorreria justamente da reiteração de ações; e não apenas de tipicidades.

Enfim, com todas essas observações, Moutinho conclui que o Código Penal de 1982 não teria sido totalmente fiel às premissas esposadas por Eduardo da Silva Correia, na sua obra de 1945 (unidade e pluralidade de infracções).

Com isso, repita-se, ele busca se desvencilhar do argumento de autoridade, que sustenta que a lei teria esposado uma concepção pluralista, pelo fato de o projeto ter sido elaborado por Correia. Esse é o ponto de partida, a partir do qual José Lobo busca refutar justamente a premissa de que haja tantos crimes quanto as normas penais violadas (aproximando-se de uma teoria unitária).

Ele simplesmente não concorda com a equiparação entre concurso formal e concurso material, pretensamente decorrente do referido art. 30º, com força nos seguintes argumentos:

---

<sup>1778</sup> Idem, p. 120 e 123.

<sup>1779</sup> Idem, p. 120. Anote-se que, no Direito Português, o crime continuado é punido por uma regra de absorção, aplicando-se a pena do delito mais grave (art. 77, CP lusitano), não havendo previsão de uma causa de aumento, ao contrário do que ocorre com o art. 71, CP brasileiro. Outra diferença de tratamento está no fato de que, ao contrário do art. 119, CP brasileiro, o Código Penal lusitano toma como termo inicial do cômputo da prescrição a data da consumação/tentativa do último delito da sequência delitiva.

O art. 30º centra o problema da unidade e pluralidade de infracções no tipo de crime, mas: 1. Não consagra o entendimento sistemático e estritamente objetivo de tipo que lhe deu Eduardo Correia e, com isso, abre o espaço à interpretação oposta; 2. Não consagra a teoria do desdobramento dos tipos, designadamente daqueles que protegem bens eminentemente pessoais.<sup>1780</sup>

José Lobo ambiciona demonstrar, portanto, que a expressão 'número de tipos de crime efectivamente cometidos' (art. 30º) demandaria o exame dos crimes realizados, com todas as suas peculiaridades, inclusive a quantidade de ações.

Ele tem em conta, pois, a advertência de Max Ernst Mayer, quando dizia que contar crimes é uma arte difícil, enquanto não se esclarece exatamente o que deve ser computado.<sup>1781</sup> Daí que Moutinho argumente o que segue:

Elucidar o sentido e alcance do 'tipo de crime' no contexto em que nos movemos é, porém, problema extremamente vasto, complexo e multifacetado. Nele encontram questões oriundas de ambientes problemáticos diferentes e que, animadas por perspectivas diferentes, por vezes se interceptam, tornando em extremo difícil, senão impossível, sem alguma dose de artificialismo, lograr o seu isolamento e a sua correta ordenação.<sup>1782</sup>

Como já foi mencionado, a expressão 'tipo' é ambígua. Pode designar um *quid* real e concreto - o fato correspondente à descrição normativa -, ou pode também se reportar ao próprio conceito legal. Tipo pode atingir os *act-tokens* ou os *act-types*, para empregar aqui a distinção promovida por Georg Henrik von Wright, já mencionada acima.<sup>1783</sup>

Ele adota como premissa, tanto por isso, a distinção promovida por Beling<sup>1784</sup> entre uma tipicidade restrita - que veicularia os elementos essencial para o reconhecimento de determinado crime - e uma tipicidade ampla, em cujo âmbito seriam tomadas em conta todas as peculiaridades da infração penal (detalhes sobre o agente, sobre a vítima, dano e modo de execução).

Percebe-se facilmente, portanto, que a tal da 'tipicidade ampla' é justamente

<sup>1780</sup> Idem, p. 137.

<sup>1781</sup> Idem, p. 147.

<sup>1782</sup> Idem, ibidem.

<sup>1783</sup> Mal comparando, cuida-se de uma ambiguidade semelhante àquela criticada, no Direito Tributário, quanto à expressão 'fato gerador', eis que tanto pode aludir ao descritor normativo, quanto também ao fato concreto, amoldado à previsão da lei. Leia-se CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 241.

<sup>1784</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 399.

aquela levada em conta por época da dosimetria da pena. No caso brasileiro, ela trataria dos vetores explicitados, por exemplo, pelo art. 59, CP.

Generalizada, a questão assim suscitada é a de saber se o 'tipo de crime', no sentido do artigo 30º, se limita à estrutura essencial do crime, no sentido de conjunto de elementos, momentos ou aspectos indispensáveis à existência do crime ou de certa espécie de crime ('zona nuclear' do tipo na terminologia de Beling) - isto é, ao tipo de crime, no sentido do artigo 71, n.2 - ou se, pelo contrário, se estende, pelo menos de algum modo, à estrutura accidental do crime, no sentido do conjunto dos elementos, momentos ou aspectos que, não sendo indispensáveis à existência do crime, individualizam o crime concreto e estão na base da determinação da pena concreta (a 'zona exterior' do tipo na terminologia de Beling). E também na nossa mais recente doutrina na medida da pena, despontou, para exprimir a base total da determinação concreta da pena, o conceito de 'tipo complexo total'.<sup>1785</sup>

Essa mesma distinção também é acolhida, de certo modo, por Ingeborg Puppe, na medida em que ela sustenta que as normas deveriam ser tratadas como 'funções de frase',<sup>1786</sup> demandando concretização pelo julgador, por época da sentença (i.e., a constituição de uma norma concreta, específica para o caso, preenchendo-se as variáveis da norma pela individualização do agente, individualização da vítima, quantificação do dano etc.).

José Moutinho questiona, tanto por isso, se o 'tipo de crime efectivamente cometido', para os fins do art. 30º do Código Penal lusitano, teria esse conteúdo amplo ou um conteúdo restrito (apenas nuclear). Vê-se que essa sua dúvida tem como escopo justamente enfrentar a tese pluralista de Eduardo Correia, de modo a justificar certa flexão em favor de uma teoria fundada na ação.<sup>1787</sup>

O penalista da Universidade Católica Portuguesa confronta, tanto por isso, um tipo abstrato (*Tatbestand*) e um tipo concreto (*Lebenstatbestand*), com todos os detalhes do crime, inclusive a forma de execução.<sup>1788</sup> Também diferencia o tipo abstrato, de um lado - enquanto categoria da parte geral do Código Penal -, e os tipos especiais, enquanto rotulação dos distintos delitos.

Essa diferença entre conceitos sobre a tipicidade é manifestada também por Figueiredo Dias: "Só um puro prejuízo sistemático poderia dar base à ideia

<sup>1785</sup> Idem, p. 148.

<sup>1786</sup> PUPPE, Ingeborg. **Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen**: logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung. Berlim: Duncker & Humblot, 1979, p. 59 e ss.

<sup>1787</sup> MOUTINHO, José Lobo. **Op. cit.**, p. 150-152.

<sup>1788</sup> Idem, p. 159.

apriorística de que o tipo ao qual se dirige o dolo (tipo-de-erro) tem de ser aquele mesmo tipo que se apresenta como correlato da ilicitude e momento constitutivo do conceito de crime (tipo-de-ilícito)."<sup>1789</sup>

Daí que, para Moutinho, as expressões empregadas pelo art. 30º do CP lusitano seriam equivocadas. Não haveria como 'cometer efetivamente' uma tipicidade; senão apenas dar causa a um estado de coisas amoldado à tipicidade.<sup>1790</sup> Apenas fatos poderiam ser cometidos.

Segundo a sua opinião, o art. 30º teria em conta a quantidade de 'tipos concretos', i.e., a quantidade de crimes realmente realizados. Com isso, de certo modo ele critica a concepção pluralista (*Mehrheitstheorie*), advogada por Eduardo da Silva Correia, como já foi mencionado acima.

A um e mesmo tipo abstracto corresponderá um só crime se for preenchido por uma só vez, vários crimes se for preenchido várias vezes, ou um crime continuado se for realizado plurimamente (e se verificarem os demais requisitos legalmente exigidos). Isto significa que o número de tipos abstratos é irrelevante; relevante é, pelo contrário, o número de preenchimentos ou realizações típicas, o mesmo é dizer, o número de tipos concretos ou factos típicos: estes é que podem ser um só, vários ou plúrimos.<sup>1791</sup>

Isso parece levar, porém, a uma espécie de tautologia. Substituindo-se a expressão 'tipos de crime efectivamente cometidos', no âmbito do art. 30º, isso redundaria no seguinte: "O número de crimes determina-se pelo número de crimes efectivamente cometidos"!

É no mínimo discutível, tanto por isso, se o referido dispositivo se compadeceria dessa leitura, porquanto parece mais amoldado à ideia de que a quantidade de crimes seria definida pela quantidade de tipos abstratos incidentes.

De todo modo, é com esse escopo que José Moutinho se contrapõe à teoria do desdobramento dos tipos, desenvolvida por Eduardo da Silva Correia. Essa teoria significa, grosso modo, que - no âmbito de crimes contra bens personalíssimos - cada resultado lesivo implicaria um crime.

Quando o agente mata, por exemplo, cinco pessoas com o lançamento de uma granada, haveria nisso cinco incidências típicas, argumenta Correia. E isso por

<sup>1789</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo *apud* MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 168. Sobre as várias acepções da palavra 'tipo', leia-se ainda ROXIN, Claus. **Teoría del tipo penal**: tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Tradução do alemão para o espanhol por Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: IBdef, 2014, p. 173-213.

<sup>1790</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 171-172.

<sup>1791</sup> Idem, p. 172.



conta dessa pretensa multiplicação dos tipos (apesar de haver um só contexto, uma só ação, o importante seria a quantidade de bens jurídicos agredidos).<sup>1792</sup>

Melhor dizendo, "Certas disposições, descrevendo aparentemente um só tipo, descrevem efectivamente um número indeterminável de figuras de crime, na medida em que um dos seus elementos constitutivos tem de se considerar tomados pela lei concreta e individualmente."<sup>1793</sup>

Eduardo Correia partia da premissa, para tanto, que certos bens jurídicos apenas poderiam ser protegidos tendo em conta a sua titularidade (a vida, por exemplo). Desse modo, a cada titularidade ofendida haveria um crime distinto. Isso não ocorreria, todavia, no âmbito dos crimes contra o patrimônio.

O mesmo que se diz do multiplicar-se da mesma figura de crime quando se trate de bens jurídicos eminentemente pessoais, pode repetir-se toda as vezes que se venha a revelar que a lei, ao descrever um certo delito, tomado em seu elemento constitutivo, v.g., o objecto da acção, concreta e individualmente, como, salvo melhor estudo, por exemplo, ao empregar a expressão 'edifício', na descrição do crime de arma de fogo posto (art. 463º).<sup>1794</sup>

Cuida-se, portanto, dessa latente tentativa de converter concurso ideal (uma ação, dois ou mais resultados lesivos) em concurso material. Trata-se, portanto, de uma tese pluralista, mas que não chega ao seu extremo; eis que não advoga solução idêntica quando em causa delitos contra o patrimônio.

Essa mesma teoria do desdobramento impediria o reconhecimento de continuidade delitiva, quando em causa crimes contra bens jurídicos altamente pessoais, segundo obra do Silva Correia. Cuidava-se de uma explicação normológica, eis que, de certo modo, o professor de Coimbra supunha que haveria tantos crimes quanto as normas incidentes.

Daí a necessidade de se enfatizar que, havendo agressão contra bens jurídicos personalíssimos, haveria distintas incidências normativas (desdobramento dos tipos, como explicita José Logo Moutinho).<sup>1795</sup> Isso implica uma mixagem de critérios: a quantidade de vítimas e a quantidade de tipos envolvidos.

<sup>1792</sup> Idem, p. 177.

<sup>1793</sup> CORREIA, Eduardo *apud* MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 177-178. Essa teoria do desdobramento dos tipos também foi compartilhada por Cavaleiro de Ferreira, conquanto esse professor lusitano reputasse cabível a continuidade delitiva quando em causa a ofensa reiterada de bens jurídicos personalíssimos.

<sup>1794</sup> CORREIA, Eduardo *apud* MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 179.

<sup>1795</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 181.

Eduardo Correia supunha, com isso, que as normas incriminadoras que tutelam esses bens jurídicos personalíssimos teriam uma estrutura bastante peculiar. Referidos bens somente poderiam ser protegidos tendo em conta a individualidade da vítima (a vida de José; a vida de João etc.), o que não ocorreria - segundo o seu entendimento - com os crimes contra o patrimônio.

Essa análise não é muito consistente.

Não parece haver uma diferença fundamental, na estrutura das normas, quanto aos tipos incriminadores que tutela a vida, a honra, a incolumidade física, e aqueles outros que tutelam o direito à propriedade, posse ou a livre iniciativa.

Quando o agente subtrai, com uma só ação, bens pertencentes a distintas pessoas, qual a razão para que não haja, nesse âmbito, o tal desdobramento? Qual a razão para que, do mesmo modo, não se considere haver distintos crimes?

Parece muito uma solução tópica, fundada no 'sentimento do justo', do que propriamente do reconhecimento de alguma característica própria dos crimes contra bens personalíssimos. Essa tese parece estar fundada na ideia de que seria intolerável que o agente, matando várias pessoas com uma granada, respondesse como se houvesse praticado apenas um crime.

É de notar que este carácter geral ou abstracto da norma incriminadora legal (e, por isso, do tipo legal que nela se inclui) se mantém ainda que, e mesmo que necessariamente, seja uma só a pessoa ou coisa concreta que possa estar em causa. Assim, por exemplo, nos tipos legais dos crimes contra o Presidente da República (arts. 327º e 328º), por força das disposições constitucionais vigentes na matéria, só está em causa em cada momento, uma certa pessoa. Não obstante, ainda assim, como se adverte na teoria geral da norma jurídica a respeito do problema dos destinatários das normas - mas senão directa, pelo menos *mutatis mutandis* o mesmo sucede nesta sede -, elas incluem 'uma categoria, e não uma entidade individualizada', o mesmo é dizer, 'tipos ou categorias de pessoas', e não 'pessoas individualmente consideradas.' É justamente assim que se explica que se trata de disposições gerais.<sup>1796</sup>

Ora, todos os tipos penais possuem algum nível de abstração. Do contrário, isso implicaria *bill of attainder* (uma rotulação penal endereçada diretamente a uma única pessoa). Assim, não há como imaginar que os tipos penais que tutelam bens personalíssimos teriam uma espécie de generalidade não compartilhada com os

---

<sup>1796</sup> Idem, p. 179.

tipos que tutelam o patrimônio.<sup>1797</sup>

Mas então, de novo se coloca a questão: que fundamento e sentido pode ter a afirmação de que na disposição legal que incrimina o homicídio o 'outra pessoa' tem de ser tomado concreta a individualmente, enquanto, por oposição, na incriminação do furto o 'coisa móvel' pode ou tem de ser tomado abstractamente? Que fundamento e sentido pode ter que, na incriminação do fogo posto, 'edifício' pode estar tomado concretamente, enquanto na incriminação do furto o 'coisa móvel' pode ou tem de ser tomado abstractamente?<sup>1798</sup>

José Lobo argumenta, pois, que o Código Penal lusitano não teria acolhido expressamente essa tese do desdobramento do tipo. Algo distinto talvez possa ser dito quanto ao Código Penal brasileiro, quando se atenta para as ressalvas lançadas no seu art. 71, parágrafo único.<sup>1799</sup>

Moutinho enfatiza que "Eduardo Correia confunde os dois problemas que inicialmente se disse terem de se manter nitidamente distintos: por 'tomado concreta e individualmente' considera os elementos que, no seu entender, a lei toma em número único; por 'tomado abstractamente', aqueles pelo contrário, que, no seu entender, a lei admite poderem ser um só ou vários."<sup>1800</sup>

Ademais, a vingar a tese do desdobramento, isso poderia surtir efeitos no âmbito do erro sobre a vítima. O sujeito quer matar A, e por engano mata B. Esse erro é irrelevante, em princípio. Note-se que, ao contrário do CP brasileiro (art. 20, §3º),<sup>1801</sup> o Código Penal lusitano não trata expressamente do erro sobre a pessoa.

Assim, caso a identificação da vítima específica fosse, de fato, elemento integrante da norma incriminadora, o erro sobre a pessoa deveria ser tratado como erro de tipo, argumenta Moutinho. Tornar-se-ia, então, um erro relevante.

---

<sup>1797</sup> Idem, p. 186. Até porque o direito de propriedade não deixa de ser, por certo, projeção da personalidade. Uma *res derelicta* não goza da tutela penal, dado que pode ser apropriada mediante ocupação. Quando se cuida da obtenção de algo perdido, o sujeito deve entregar à autoridade competente (art. 169, CP). De todo modo, o importante é ter em conta que, sob esse aspecto, o crime de furto também agride um bem pessoal, razão pela qual a distinção promovida por Eduardo Correia parece ser arbitrária.

<sup>1798</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 191.

<sup>1799</sup> Art. 71. Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

<sup>1800</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 192.

<sup>1801</sup> Art. 20, § 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

Admitindo que os tipos de crime se desdobram nos termos expostas em matéria de unidade e pluralidade de infracções, faltaria qualquer base para entender que eles deixavam de se desdobrar em sede de erro. Desde logo, é bom sublinhar que o desdobramento incide exactamente sobre o objecto material do crime (ex.: a pessoa ofendida, no crime de homicídio, ou o edifício, no crime de incêndio), momentos inequivocamente alcançados pelo tipo de crime no sentido restrito relevante em matéria de erro.<sup>1802</sup>

É com base nesses argumentos que José Lobo busca demonstrar que a teoria do desdobramento seria inadmissível. Ao mesmo tempo em que também busca distanciar a interpretação do art. 30º do CP de Portugal das teses defendidas por Eduardo da Silva Correia.

Trata-se, pois, de inibir o argumento de autoridade, que busca ver no referido art. 30º um ideário pluralista (*Mehrheitstheorie*) pelo simples fato de ter origem em teorias desenvolvidas por um jurista vinculado à referida concepção.

Repita-se: o neokantiano Eduardo da Silva Correia é o antagonista sempre presente nas 1405 páginas da tese de doutorado de José Lobo.

Assim, Moutinho argumenta que o 'tipo efectivamente cometido', para os fins previstos no art. 30º, CP-Portugal, deve ser compreendido como o 'tipo amplo', contendo todos os detalhes do evento ocorrido: ação, tipicidade objetiva/subjetiva, ilicitude e culpabilidade, de modo que a quantidade de ações também seria importante nesse âmbito (busca desvencilhar-se da teoria pluralista).

Essa questão tem uma resposta que, a um tempo, é evidente e difícil de exprimir de modo sintético e positivo, como aliás sucede com o princípio da identidade ou não contradição de que constitui apenas uma aplicação. Pode, no entanto, adequadamente dizer-se: se se exige para a admissão da existência de um crime, e, por isso, para a produção da consequência jurídico-penal, a verificação de uma multiplicidade de momentos elementos ou aspectos, a que corresponde o tipo em sentido amplo, não pode, sem contradição, deixar de se exigir a sua verificação quando está em causa o problema de saber se o agente cometeu um ou vários crimes.<sup>1803</sup>

Melhor dizendo, o referido dispositivo legal (art. 30º, CP-Portugal) não poderia ser interpretado de modo que a quantidade de crimes fosse definida tão somente a partir das tipicidades abstratas (tipos em sentido restrito) aparentemente

<sup>1802</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 196.

<sup>1803</sup> *Idem*, p. 211.

incidentes (tese pluralista).

Como já mencionado, essa concepção é compartilhada pelo argentino Carlos S. Caramucci, quando enfatiza que "para que haja pluralidade de delitos, todos esse fatores (objetivo, final e normativo) devem ser plurais. Não bastará a pluralidade de atuações externas, nem a pluralidade de fins, nem a de adequações típicas, para que haja pluralidade de delitos."<sup>1804</sup>

Por seu turno, José Lobo diz o que segue: "Para postulado final da punibilidade, todas as condições da admissão da existência de um crime são fundamentalmente equivalentes, não desempenhando qualquer papel, quanto a ele, saber se falta um elemento do tipo (ou do tipo de ilícito) ou se o agente age com uma causa de exculpação."<sup>1805</sup>

O problema é que o conceito analítico de crime engloba requisitos objetivos, subjetivos e valorativos: ação, objetiva e subjetivamente típica, ilícita e penalmente censurável. E nem todos esses elementos admitem recortes: não há como contar unidades de culpabilidade, por exemplo.

Justamente essa diferença é que parece ter passado despercebida para Moutinho, eis que ele parece supor que todos os aspectos seriam igualmente computáveis, olvidando que muitos têm um certo grau de incomensurabilidade.

Por outro lado, ele tem em conta que ninguém pode ser punido mais que uma vez pela prática de um crime.<sup>1806</sup> Mas a pergunta relevante é saber se uma conduta pode ser rotulada como sendo dois ou mais delitos.<sup>1807</sup>

Na verdade, só se poderia admitir que aquela punição do agente poderia e deveria ser duplamente aplicada, ou que aquele pagamento do preço poderia e deveria ser duplamente prestado se, em contradição com a inicial identificação da punição juridicamente devida ou do preço juridicamente devido, se admitisse que a punição ou o preço não era aquele, mas o seu dobro.<sup>1808</sup>

<sup>1804</sup> CARAMUTI, Carlos S. **Concurso de delitos**, p. 126, traduziu-se. Leia-se também MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 360.

<sup>1805</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 215.

<sup>1806</sup> Idem, p. 258. Ele reporta-se, para tanto, ao art. 29º, item 5 da Constituição de Portugal de 1976, e também ao art. 4º, n. 1, Protocolo n. 7 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

<sup>1807</sup> Mantovani sustenta, por exemplo, que "O mesmo facto não pode ser contemplado senão por uma só norma, embora aparentemente previsto em várias normas." MANTOVANI *apud* MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 269, em nota de rodapé.

<sup>1808</sup> Idem, p. 259. Por outro lado, em p. 267 ele também argumenta que "a origem (exclusiva) da multiplicidade e diversidade de normas incriminadoras (e é de recordar que estão em causa as normas incriminadoras principais) reside e não deixar nenhum crime por punir."

O grande problema é, portanto, a natural ambiguidade desse princípio, já que ele depende da prévia identificação daquilo que não pode ser punido duplamente: a ação, a ofensa ao bem jurídico, o desígnio delitivo, à violação à norma? Simplesmente invocar o *ne bis in idem* não diz muito.<sup>1809</sup>

Ademais, também é fato que esse postulado não chega a impedir que um mesmo fato suscite distintas consequências jurídicas. Uma fraude pode ensejar a cominação de multas administrativas e também sanções penais, sem que isso seja tido, no mais das vezes, como uma espécie de dupla punição proibida.<sup>1810</sup>

Eis, portanto, a grande interrogação: qual a razão para que determinada conduta possa configurar, simultaneamente, um ilícito civil e também um ilícito penal, mas já não possa configurar dois ou mais crimes? Até que o ponto o *telos* da incriminação não deveria ser levado em conta, nessa arte de se contar crimes?

José Moutinho não chega a ofertar uma resposta expressa para esse conjunto de questões. Ele admite, de certo modo, que o *ne bis in idem* deve ser examinado dentro de cada setor de regulamentação jurídica.

Daí que ele aprecie, nesse âmbito, o problema da analogia e das lacunas jurídicas, a fim de desenvolver uma teoria da norma incriminadora.

A indefinição ou lacuna que resulta das singulares normas incriminadoras especiais tem de ser bem compreendida. Ela resulta do facto de as normas em confronto, em singular e exclusiva aplicação, não esgotarem o caso (pelo que se lhe não aplicam directamente) e quer dizer, por isso, apenas isso - que tais normas não esgotam o caso e não se lhe aplicam directamente mas com as necessárias adaptações. Já não significa que, em tais casos, que estão para além do seu domínio de aplicação, elas não tenham qualquer palavra a dizer. Bem pelo contrário, elas mantêm um papel tão significativo que chega a obscurecer a própria existência da lacuna.<sup>1811</sup>

Melhor dizendo, José Lobo supõe que, de certo modo, as normas manteriam relações de coordenação, de modo a viabilizar - em certos casos - a cabal valoração jurídica de determinada conduta.

<sup>1809</sup> Idem, p. 277-278. Moutinho enfatiza, por exemplo, que o Tribunal Constitucional português chegou a adotar, enquanto critério de identificação do crime, a ofensa ao bem jurídico. Ou seja, uma mesma ofensa ao bem jurídico tutelado não poderia configurar distintos crimes. Nada impediria, porém, que uma só conduta fosse definida como sendo uma pluralidade de crimes, contanto que violentasse, de forma autónoma, distintos bens jurídicos, dignos de tutela penal. Cuida-se, pois, de uma concepção pluralista. Ele menciona, nesse âmbito o acórdão TC 102/1999, n. 5.2. e também o TC 134/2001, n. 3.4.

<sup>1810</sup> Idem, p. 285.

<sup>1811</sup> Idem, p. 304.

A propósito do método a seguir para a determinação da unidade e pluralidade de infracções, procedeu-se à análise da via de procurar a resposta para o problema remontando a um conceito geral de infracção ou crime, a estabelecer previamente, para depois derivar dele dedutivamente um critério de unidade e pluralidade a aplicar aos vários domínios problemáticos em que aquele problema se desdobrava (mormente, ao do concurso ideal ou formal de crimes).<sup>1812</sup>

Moutinho contrapõe, portanto, o realismo e o formalismo - ou seja, a teoria unitária e a teoria plural -, a fim de aferir qual seria a identidade insuscetível de ser punida de modo plural (a ação ou a afetação ao bem jurídico?).<sup>1813</sup>

Alguns viam o crime com um fato social, atribuindo maior peso para o seu conteúdo empírico: v. Buri, Liszt, Höpfner, Baumgarten, Cavaleiro de Ferreira, Heinemann. Outros tantos o concebiam com uma adjetivação social: Binding, Coenders, Honig, Eduardo Correia.<sup>1814</sup>

José Lobo Moutinho sustenta, porém, que essa disjunção seria incabível; eis que os tipos de crime - na sua aceção ampla - demandariam o exame de ambos os vetores (ações + rotulações penais incidentes): "Nem um facto (valorativamente neutro), nem um desvalor (pairando sobranceiro ao facto, mas sem com ele se confundir), mas o facto desvalioso. Ou ainda: nem o facto a-criminoso; nem a criminalidade a-fáctica, mas o facto criminoso, enquanto é incindivelmente uma coisa e outra."<sup>1815</sup>

Percebe-se, pois, que José Lobo busca uma solução de compromisso, de modo a exigir todos os elementos do conceito-analítico do delito, para aferição da quantidade de crimes pretensamente havidos.

Cuida-se justamente de uma consequência da sua crítica ao 'método lógico-conceitual' ou reducionista, acima aludido. Mas é nítido que isso não responde a pergunta: pode uma ação configurar distintos crimes?

Junto à obra de Moutinho, colhe-se também o que segue:

O 'formalismo', traduzido, como agora importa fazer, em termos de indicação do quid de referência no tipo de crime, vê nesse quid ou um efeito imaterial ou uma propriedade ou qualidade, suficientemente independentes do facto material que lhes serves tão-somente de pressuposto ou suporte, para manter uma plena multiplicidade apesar

<sup>1812</sup> Idem, p. 318.

<sup>1813</sup> Idem, p. 321 e ss.

<sup>1814</sup> Idem, ibidem.

<sup>1815</sup> Idem, p. 323.

dos momentos de unidade que neste possam existir.<sup>1816</sup>

Se o crime, enquanto é tipificado, consiste num efeito ou qualidade independente do facto material - e só dessa maneira o número de factos é irrelevante -, o mesmo efeito ou qualidade, independentemente do número de factos constitui o mesmo crime e é exaustivamente identificado pelo respectivo tipo como momento da sua regulação exaustiva da mesma norma incriminadora.  
Esta conclusão nunca foi retirada.<sup>1817</sup>

Vale a pena atentar ainda para o que segue: "No entanto, com todo o rigor e consequência, a partir de uma posição 'formalista', a dificuldade que existe no âmbito do mesmo tipo de crime, não é a de admitir a unidade (ainda que nos termos do crime continuado), mas a de explicar a multiplicidade."<sup>1818</sup>

José Lobo parece partir da premissa, implícita no seu texto, de que - em todo o seu rigor lógico -, a tese pluralista (*Mehrheitstheorie*) deveria reconhecer apenas uma incidência típica e, portanto, apenas um crime, quando alguém matasse várias pessoas com uma só ação.

Melhor dizendo, ele parece crer que, salvo quando se invocasse a teoria do desdobramento dos tipos, é que a pluralidade de delitos poderia ser reconhecida em casos tais. Supõe, pois, haver uma única incidência, quando se cuidasse de resultados homogêneos, em um mesmo contexto.

Eduardo Correia fê-lo usando de várias premissas já analisadas: primeiro, certos tipos multiplicar-se-iam (o que conduziria a um concurso heterogêneo); depois, o tipo seria de assumir em sentido sistemático e, portanto, após o apuramento da unidade do tipo, haveria que atender à culpa do agente, o mesmo seria dizer, ao número de resoluções.<sup>1819</sup>

José Lobo Moutinho promove uma crítica contundente contra essa perspectiva do seu antagonista, Eduardo da Silva Correia, enfatizando que nenhuma dessas teses teria sido acolhida pelo Código Penal lusitano de 1982.

Já se viu que nenhuma das referidas premissas foi recebida. A primeira é como se viu já, inadmissível. Quanto á segunda, importa salientar que a relevância que se vem a reconhecer ao número de resoluções (uma, várias conexas, várias independentes) traz consigo a derrocada da premissa inicial: se há vários crimes apesar da realização do

<sup>1816</sup> Idem, ibidem.

<sup>1817</sup> Idem, p. 324.

<sup>1818</sup> Idem, ibidem.

<sup>1819</sup> Idem, ibidem.



mesmo tipo de crime (no sentido pretendido), então é porque há algo mais no crime do que a realização do tipo de crime (nesse sentido): precisamente a resolução criminosa. Que, por outro lado, se trata de um momento real é indiscutível: a indicição do número de resoluções ora pelo contexto espaço-temporal (quanto à unidade 'normal'), ora pelo quadro da situação exterior (quanto ao crime continuado), ora pela falta de um ou de outro (quanto ao concurso de crimes) não deixam dúvidas a esse respeito. E finalmente: que a resolução só possa multiplicar o que é uno e não unificar o que é múltiplo, como Eduardo Correia defende, é algo que resulta da confusão entre a questão da precedência metodológica na análise do crime e a precedência real, fazendo do crime uma espécie de facto complexo de produção sucessiva (à semelhança, por exemplo, do facto jurídico na sucessão mortis causa, pelo menos dos legitimários) e que, na base de que se parte, não pode justificar-se. Na verdade, a resolução só pode multiplicar o número dos crimes se o quid tipificado encontrar nela um elemento da sua identidade e, por essa razão, o cariz exaustivo do tipo encontrar nela um limite. Por outras palavras: o crime já não é a 'pura forma' jurídica em si e por si, mas enquanto enforma a 'realidade' que é a resolução criminosa. Pode discutir-se se a realidade do crime se pode reduzir à resolução criminosa; o que não pode é manter-se a afirmação de que o crime tipificado é apenas o desvalor do crime em si e por si, independentemente da realidade fáctica.<sup>1820</sup>

Mas o fato é que Moutinho também critica a concepção unitária: "Admitindo, na verdade, que o crime descreve um facto real, definido na sua estrutura 'material', terá necessariamente de fazer equivaler o número de crimes ao número de tais factos entendidos materialmente."<sup>1821</sup>

Todavia, esse 'realismo' - ao atribuir peso para a quantidade de ações - não conseguiu se desvencilhar totalmente da questão valorativa. Afinal de contas, ele carece de critérios para se recortar quantidade de ações (e esses critérios apenas são dados pelas normas sociais ou normas legisladas).

Ademais, em muitos casos, os mesmos 'realistas' reconheciam que uma pluralidade de ações não redundava em pluralidade de crimes (crime continuado, crimes complexos, crimes qualificados pelo resultado etc.).

Isso leva a algum ceticismo quanto à viabilidade que alguma dessas concepções - realismo/formalismo - ensejasse uma solução realmente satisfatória para o problema do concurso. Ao se concentrar a atenção para um dos vetores (quantidade de ações; quantidade de normas jurídicas violadas etc), outros tantos aspectos seriam deixados de lado.

Ora, *abstrahentium est mandacium* (abstrair é mentir), de modo que a tese pluralista, ao lidar apenas com construtos/idealidades correria o risco de

---

<sup>1820</sup> Idem, p. 324-325.

<sup>1821</sup> Idem, p. 325.

desconsiderar os fatos realmente ocorridos, enquanto eventos empíricos.<sup>1822</sup>

Além disso, também aqui ficava por explicar por que razão a lei apenas poderia unificar 'realmente' múltiplo, e não também (como o 'formalismo' pretendia em relação ao concurso ideal ou formal) multiplicar o 'realmente' uno; afinal de contas, esse quid que justificaria a unidade legal é elemento de identidade do crime, e, enquanto tal, abrangido pela regulação exaustiva da norma incriminadora em aplicação singular.<sup>1823</sup>

Ademais, o formalismo (teoria pluralista) também esbarra com problemas semelhantes aos da teoria unitária. Afinal de contas, como contar bens jurídicos ofendidos? Como contar tipos penais incidentes? Como desconsiderar a necessidade de alguma unidade de contexto temporal? Como recortar e contar unidades valorativas?

Uma vez mais: Moutinho busca uma solução de compromisso, na medida em que critica ambas as orientações (formalismo/realismo).<sup>1824</sup> Mas a questão está longe de ser singela: quando uma ação agride distintas normas penais, aparentemente autônomas entre si, isso seria uma pluralidade de crimes?

Ou há um só crime (privilegiando-se a quantidade de ações) ou há vários delitos (privilegiando-se a quantidade de normas violadas). Em princípio, *tertium non datum*, de modo que a solução de compromisso parece ambígua e inaplicável nesse âmbito.

Ele reporta-se à heideggeriana Edith Stein, quando diz que "o que um objeto vale, vale-o em razão daquilo que é."<sup>1825</sup> Mas isso é muito duvidoso, dado que um juízo de valor não depende inexoravelmente de alguma propriedade intrínseca do objeto; suposição que retrata uma metafísica escolástica.

De toda sorte, Moutinho tem em conta a complexidade do fenômeno delitivo, eis que o crime envolve inúmeros aspectos da interação humana:

Importa apurar se nessa estrutura real e significado jurídico o crime se afigura algo de simples (a exigir que um concurso de normas se verifique sempre e só quanto á pessoa do agente e do responsável) ou se, pelo contrário, se ele se mostra algo de complexo a determinar em

<sup>1822</sup> Idem, p. 326.

<sup>1823</sup> Idem, p. 326.

<sup>1824</sup> Ele diz que "O tipo não é simplesmente a descrição de um facto material e tão-pouco é um puro juízo valorativo. É simultânea e incidivelmente uma coisa e outra." MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 332.

<sup>1825</sup> STEIN, Edith *apud* MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 331.

alguns casos um concurso de tipos no sentido atrás exposto.<sup>1826</sup>

José Lobo se opõe à tentativa de se desvincular o fato e o desvalor do fato, como já foi suficientemente equacionado acima. Todavia, isso não chega realmente a responder a dúvida central: o que deve ser privilegiado? Anote-se que referidos elementos/aspectos não ocorrem necessariamente aos pares; não raras vezes, uma única ação poderá violar distintas normas, do mesmo modo como uma única norma pode descrever um conjunto de ações (crimes plurissubsistentes).

Ele se reporta, para tanto, ao pensamento hegeliano: a verdade é o todo (*das Wahre ist das Ganze*).<sup>1827</sup> Daí que ele repise sempre a sua crítica ao mencionado método lógico-conceitual, ou reducionista, que busca contar ações, dolos, tipicidades, bens jurídicos ofendidos etc.

Em outras palavras, "O crime - escreve Cavaleiro de Ferreira - não é o conjunto ou soma de elementos que o integram, mas uma totalidade, que se cinde certamente em elementos, mas em que estes são funcionais em relação aos outros e não parcelas de uma simples soma."<sup>1828</sup>

Isso pode levar a uma concepção funcionalizada, orgânica, pela qual todos os elementos são exigidos para que se possa falar em unidade ou pluralidade. Reitere-se, todavia, que isso ainda não resolve o problema central.

Moutinho discorre, por sinal, sobre a tese de Honig - quem atribuía substancial peso para a quantidade de bens jurídicos ofendidos -, penalista que teria influenciado sobremaneira o pensamento de Eduardo da Silva Correia.

Em suas palavras, "O recurso ao bem jurídico em contextos problemáticos diferenciados explica que Welzel, já no seu tempo, tenha escrito que ele se convertera num autêntico Proteu que, nas próprias mãos que acreditavam dominá-lo se transforma, em seguida, em algo distinto."<sup>1829</sup>

O penalista da Universidade Católica portuguesa argumenta, porém, que o a questão do bem jurídico não teria sido erigida, pelo Código Penal lusitano de 1982, como critério para o cômputo de crimes. O art. 30º não o teria acolhido.

Essa também teria sido a opinião de Geerds, para quem o critério do bem jurídico seria insuficiente: "O bem jurídico não esgota o conteúdo do ilícito

---

<sup>1826</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 354.

<sup>1827</sup> Idem, p. 356.

<sup>1828</sup> CAVALEIRO DE FERREIRA *apud* MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 356.

<sup>1829</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 365.

(correspondente às esferas de protecção das normas, a apurar mediante interpretação plena) e tem, por isso mesmo, uma papel limitado no domínio da unidade e pluralidade das infracções, não podendo, nessa medida, ser erigido em critério da unidade e pluralidade das infracções."<sup>1830</sup>

De sua parte, Raoul Frosali sustentava o que segue: "a) A unidade do crime será sempre induzida do exame dos tipos (*fattispecie*) legais em todos os seus elementos constitutivos e nas suas relações; b) a unidade de lesão jurídica resultará induzida do facto de ser aplicada um só dos tipos legais cujos interesses protegidos apresentavam a diversidade assinalada."<sup>1831</sup>

José Lobo Moutinho advoga, todavia, uma concepção mais restrita de bens jurídicos, no que tocava ao concurso de crimes.

O primeiro e de algum modo fundamental é que, nestes sentidos mais restritos, o bem jurídico deixa de pretender exprimir, na sua plenitude, aquilo em que o crime se mostra ofensivo. No segundo sentido, passa mesmo a exprimir praticamente um desvalor de evento (jurídico), a opor - pelo menos nos crimes materiais ou de resultado - a um desvalor de acção ou omissão, pois que aquele se incorpora no próprio resultado material.<sup>1832</sup>

A questão do bem jurídico pode contribuir, em alguns casos para a identificação da unidade de crime.<sup>1833</sup> Mas ele diz que referido critério não poderia ser sobreposto à quantidade de fatos típicos praticados (quantidade de ações), dada a já mencionada propensão, da sua obra, em aceitar a teoria unitária.<sup>1834</sup>

Por outro lado, tampouco a quantidade de intenções/dolos teria papel decisivo na identificação da quantidade de crimes, sustenta José Lobo. Em determinados excertos do seu texto, remanesce a impressão de que Moutinho esposa pressupostos causalistas, na medida em que trata o dolo como se fosse elemento da culpabilidade.<sup>1835</sup>

Baumgarten sustentava, é fato, que o dolo teria o condão de unificar condutas; eis que a cada dolo haveria uma espécie de rebelião contra a ordem jurídica (um direito penal fundado no desvalor da intenção do agente). Mas essa

<sup>1830</sup> Idem, p. 366.

<sup>1831</sup> FROSALI, Raoul *apud* MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 368.

<sup>1832</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 373.

<sup>1833</sup> Idem, p. 376.

<sup>1834</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>1835</sup> Idem, p. 379. José Lobo Moutinho parece situar o dolo e a imprudência no mesmo estrato do conceito-analítico de delito.

concepção acabar por suscitar inúmeros problemas, quando menos no âmbito dos crimes fundados na execução equivocada de propósitos lícitos (imprudência).

E é por esse motivo que ele descarta esse critério.

José Lobo Moutinho busca, ao contrário, solucionar os casos a partir da já referida distinção entre tipo restrito e tipo amplo (tipo para medição da pena), presente na obra de Beling, Anabela Rodrigues e Figueiredo Dias.<sup>1836</sup>

Ora, quando a norma incriminadora estabelece uma pena variável, a estrutura do crime estende-se para lá daquilo que é comum a todos os crimes do mesmo tipo, de forma a alcançar ainda os aspectos que, podendo variar de caso para caso, fazem situar a pena correspondente neste e não naquele ponto do intervalo de variação admitido por cada norma.<sup>1837</sup>

Da análise, que aqui, apesar de tudo, mais se pressupôs do que efectivamente se realizou, resultou, primeiro que tudo, algo que logo à partida se anunciou como evidente e unanimemente admitido como pressuposto logicamente indispensável da análise da infracção: a complexidade do crime a que o tipo de crime se refere. Esse é - com ponderada rejeição de todas as 'simplificações' tantas vezes aparentes, e sempre redutoras, do crime (ao facto material ou ao formal significado valorativo expresso pela correspondência ao tipo; à acção ou omissão, ou ao resultado material, ou ao dolo ou negligência e/ou culpa do agente; à estrutura nuclear ou essencial) - o primeiro grande resultado da exposição antecedente.<sup>1838</sup>

Com isso, ele ambiciona inibir a leitura pluralista do art. 30º, CP de Portugal (*tot delicta quot leges lesae*), a fim de que todos os elementos do conceito analítico (ações, inclusive) sejam tomadas em conta para solução dos casos de concurso de crimes. Bate-se, uma vez mais, contra a presença de Eduardo da Silva Correia, cujo pensamento seria muito influente nesse âmbito.

#### **8.4.1. O problema do crime simples:**

Nessa toada, José Lobo argumenta que uma norma poderia concorrer consigo mesma, conquanto geralmente a doutrina apenas examine a confluência de normas distintas entre si.<sup>1839</sup>

Ele argumenta, para tanto, o que segue:

---

<sup>1836</sup> Idem, p. 399.

<sup>1837</sup> Idem, p. 405.

<sup>1838</sup> Idem, p. 420.

<sup>1839</sup> Idem, p. 443.

A objecção de que uma norma não pode logicamente concorrer consigo mesma olvida, primeiro, o significado substancial da questão é a demarcação dos limites do alcance exaustivo do tipo e, correlativamente, da estrita unidade do crime tipicado, pelo que ela se levanta tanto no confronto de normas e crimes diversos, como da mesma norma e de crime do mesmo tipo; e olvida, depois que não há concurso de crimes sem do mesmo tipo; e olvida, depois, que não há concurso de crime sem concurso (efectivo) das normas que os prevêm na sua aplicação, pelo que a admissão de um concurso homogêneo de crimes traz inevitavelmente consigo a admissão de um concurso efectivo de uma norma consigo mesma.<sup>1840</sup>

Sob pena de contradição, onde o tipo de crime termina, termina tanto no confronto da mesma norma, como no confronto de norma diversa (que, aliás, nem sempre será muito diversa, como se compreende facilmente se se tiverem presentes os casos de tipicização indirecta, a dar lugar a tipos dependentes, como, por exemplo, os da tentativa e da comparticipação criminosa, relativamente à incriminação do crime consumado de um só agente).<sup>1841</sup>

À semelhança da obra de Raoul Alberto Frosali,<sup>1842</sup> Moutinho examina a questão do concurso de crimes discorrendo sobre a teoria da norma. Ele atribui significativo peso, tanto por isso, para esse confronto entre comandos jurídicos.

Vale a pena atentar ainda para a passagem abaixo:

O caminho já percorrido permite compreender que a distinção entre casos em que está em causa a delimitação da norma incriminadora (e correlativamente da unidade do crime) em relação a outras normas incriminadoras (e aos crimes nelas tipificados) e em relação a si mesma em nova e ulterior aplicação (a outro crime do mesmo tipo) assume como critério um aspecto (identidade ou diversidade de normas em confronto e correlativamente diversidade ou identidade de tipo de crime) que é simplesmente parcelar, senão mesmo acidental.<sup>1843</sup>

Esses casos de suposto confronto da norma consigo mesma cuidariam das hipóteses de atos sequenciados (várias pancadas seguidas, atingindo a mesma vítima; subtrações sequenciadas de dinheiro do mesmo cofre etc.). Note-se, todavia, que não se cuida apenas de confronto da norma consigo mesmo - como alega Moutinho -, eis que deve haver unidade de contexto empírico.

De todo modo, nesse âmbito ele repisa que a distinção entre unidade e pluralidade não seria disjuntiva. Por vezes, haveria excesso em relação à unidade

<sup>1840</sup> Idem, p. 445.

<sup>1841</sup> Idem, p. 444.

<sup>1842</sup> FROSALI, Raoul Alberto. **Concorso di norme e concorso di reati**, p. 44 e ss.

<sup>1843</sup> MOUTINHO, José Lobo. **Op. cit.**, p. 447.

(um crime e meio), sem que ainda se possa falar em pluralidade (o que exigiria, quando menos, duas unidades completas de delito).<sup>1844</sup>

Ele ilustra sua preocupação com um conjunto de exemplos: o fato de se atropelar várias pessoas, provocar vários ferimentos na vítima, subtrair distintos bens mediante atos sequenciados, insultar seguidamente a mesma pessoa.

No seu entender, “Esses exemplos apresentam algo de comum. Em todos eles, o caso, neste ou naquele aspecto, excede o mínimo de estrutura exigido pela norma incriminadora para a existência do crime, de modo que contém esse mínimo várias (e por vezes inúmeras) vezes.”<sup>1845</sup>

A bem da verdade, a questão está em saber se cada ferimento, cada facada ou cada insulto já configurariam, em si, um delito autônomo.

São os tipos de crime incluídos nas normas incriminadoras que, ao definir as condições em que ou os limites dentro dos quais se aplicam, determinam concomitantemente os limites a partir dos quais já não alcançam esgotantemente o caso e em que, por isso, se pode falar em multiplicidade de crime, nalgum ou em todos os respectivos elementos, momentos ou aspectos.<sup>1846</sup>

Dúvida semelhante surge quanto ao chamado concurso ideal homogêneo (uma ação + distintos resultados lesivos semelhantes entre si). Aplicada com todo o rigor, a teoria unitária rechaçaria a viabilidade de um efetivo concurso homogêneo, eis que - havendo apenas uma ação - haveria crime único.<sup>1847</sup>

Ou seja, “Traduzido em termos de norma incriminadora, isto envolve a admissão de que o tipos se limita a descrever e valorar o comportamento (activo ou omissivo), pelo que o esgota seja qual for o número dos resultados.”<sup>1848</sup>

Situação diametralmente oposta é divisada pela teoria pluralista. Havendo distintos resultados lesivos, também haveria distintas incidências típicas; tanto por isso, a despeito de haver apenas uma ação, ocorreriam vários crimes. Moutinho advoga uma solução de meio caminho, a fim de ambos os elementos sejam tomados em conta (ações + resultados).<sup>1849</sup>

Para tanto, ele adota, de certo modo, o conceito de unidade natural de ação,

<sup>1844</sup> Idem, p. 449-450.

<sup>1845</sup> Idem, p. 449.

<sup>1846</sup> Idem, p. 452.

<sup>1847</sup> Idem, p. 453.

<sup>1848</sup> Idem, ibidem.

<sup>1849</sup> Idem, p. 458: “Primeiro, é de excluir, como redutora, qualquer uma das teorias em disputa: o tipo de crime (e o crime enquanto tipificado) nem se circunscreve à acção ou omissão (como defende a teoria da unidade), nem a deixa de fora (como defende a teoria da pluralidade).”

desenvolvido pela dogmática germânica (*Handlung im natürlichen Sinn*),<sup>1850</sup> ao mesmo tempo em que adverte, porém, que o CP lusitano teria evitado empregar a palavra 'ação' nos seus arts. 30º e 77º.

Para que o uso da expressão unidade de acção seja rigorosamente exacto, e para evitar truncagens inadmissíveis do crime tal como ele é descrito e avaliado em cada norma incriminadora – e é assim que ele é relevante na matéria da unidade e pluralidade de infracções, como já sabemos -, tem de se assumir a premissa de que a realização típica de que fala o artigo 30º é acção, tomando, para tanto, a palavra acção num sentido, no fundo, equivalente ao próprio crime na plenitude dos seus momentos.<sup>1851</sup>

No mais das vezes, a ação seria entendida como sinônimo do próprio crime - e não apenas como um seu requisito -, de modo que, tanto por isso, a expressão quase não seria mencionada no Código Penal português.

Ademais, a expressão seria naturalmente ambígua, eis que poderia se traduzir em 'comissão' (atividade oposta à omissão), e também como sinônimo de conduta, de modo a englobar tanto as atividades ativas quanto a abstenção.

De todo modo, para José Lobo, o crime seria um fato-valorado. Ele teria uma estrutura ontológica (empírica) e também um aspecto valorativo.<sup>1852</sup>

Ora, admitido que da norma incriminadora deriva, como resultado aplicativo, uma pluralidade de factos, o surgimento de ulterior norma, com estabelecimento – correctivo – de consequências (as da unidade do crime) supostamente diversas daquelas que resultariam das normas incriminadoras (as da pluralidade de crimes) retira ipso facto aqueles casos do âmbito de aplicação das normas incriminadoras. Se, nem por isso, está impedido o recurso a uma tal ideia, que até corresponde, no seu fundo, a certos procedimentos metodológicos identificados a partir dos resultados (precisamente, a interdição correctiva – em certo sentido – ou a interpretação ab-rogante), o certo é que por ele não se resolve a questão de fundo: a exacta ou definitiva identificação do sentido e alcance de cada uma das normas e a explicação da sua correlação recíproca.<sup>1853</sup>

Ora, ele insurge-se contra o que chama de 'teoria do mínimo' - isto é, insurge-se contra a suposição corriqueira de que a cada 'mínimo' ou pretensa 'essência' do crime, já haveria uma unidade de delitiva.<sup>1854</sup>

<sup>1850</sup> Idem, p. 457 e 459.

<sup>1851</sup> Idem, p. 459.

<sup>1852</sup> Idem, p. 461.

<sup>1853</sup> Idem, p. 462.

<sup>1854</sup> Idem, p. 470: “Ora, embora isso não fosse abstratamente necessário, na realidade concreta, o crime surgiu nestes casos, para além do mínimo. Substituir sub-repticiamente a realidade



Justifica-se nova referência na presente sede, na medida em que se pode dizer que, no sector problemático que temos perante os olhos, ela tem directa ou indirectamente presidido à generalidade das abordagens doutrinárias. Na verdade, de uma forma geral, a doutrina, nas variáveis perspetivações assumidas, arranca da consideração, aparentemente evidente e anódina, de que, nos casos que importa analisar nesta sede, o facto criminoso se compõe de elementos ou momentos que, isoladamente considerados, bastariam para constituir ou elementos (resultados materiais ou comportamentos) de crimes autónomos ou mesmo crimes autónomos.<sup>1855</sup>

A persistência do fato para lá do mínimo significa que ele apresenta em concreto uma certa dimensão que não seria em abstracto necessária à existência do crime, mas que, sendo ainda ponderada no tipo de crime enquanto contribui para a determinação da medida concreta da pena, não multiplica, nem à partida, o número de factos.<sup>1856</sup>

Reitere-se: à semelhança de Carlos Caramuti, Moutinho alega que o cômputo de crimes demanda o exame de unidades objetivas (quantidade de ações, resultados, eventos etc.), unidades subjetivas (quantidade de desígnios) e unidades normativas (bens jurídicos ofendidos, tipos penais incidentes etc.).<sup>1857</sup>

Mas ele parece desconsiderar que aludidos critérios não ocorrem aos pares. Em muitos casos, pode-se ter uma única ação, com agressão a distintos bens jurídicos; ou várias ações que são realizadas sob desígnio comum etc. Em casos tais, será inexorável a escolha por algum critério, infirmando-se a premissa esposada por José Augusto Preto Xavier Lobo Moutinho.

A multiplicidade de critérios e a insegurança que a própria discussão secular ilustra ;é pouco menos que surpreendente, quando se pondera que, à partida, se trata muito simplesmente de explicar a rejeição de resultados de uma forma geral tidos por inaceitáveis. Sim, porque do que se trata é de responder a perguntas tão simples como esta: porque é que uma sova é um só crime de ofensa à integridade física? Mas aquela discussão explica-se perfeitamente se se ponderar que, partindo da base identificada, na verdade, não é logicamente possível qualquer ‘unificação’ ulterior: esta unificação, analisada à luz da inicial premissa, foge sempre por entre os dedos. Isso acontece porque a

---

(concretamente, não surgiram isolados) pela pressuposição de uma irrealidade (se, concretamente, tivessem surgido isolados) é uma arbitrariedade, um irrealismo (propriamente dito) do qual só podem resultar dificuldades artificiais, problemas insolúveis e soluções forçadas.”

<sup>1855</sup> Idem, p. 468.

<sup>1856</sup> Idem, p. 472.

<sup>1857</sup> Cavaleiro de Ferreira dizia, porém, que “o crime é facto voluntário e por isso a sua unidade pode derivar da unidade de resolução voluntária, como da unidade de actividade ou acção do agente, como da unidade do evento, como eventualmente ainda de outros motivos.” CAVALEIRO DE FERREIRA *apud* MOUTINHO, José L. **Op. cit.**, p. 478. Na mesma obra, em p. 479, José Lobo contra-argumenta: “a pretensão de justificar a unidade do facto pela unidade de um dos seus elementos, momentos ou aspectos está, por definição, fatalmente destinada ao fracasso.”

admissão de unidades diversas das dos mínimo tem necessariamente de se cifrar na admissão de que os mínimos incluídos naquelas unidades mais amplas não são, cada qual, uma unidade, ou seja, de que a unidade se não basta ou identifica com o mínimo de elementos necessários para a existência do crime. Numa palavra: a admissão de outras unidades representa nada mais, nada menos do que a contradição do pressuposto inicial. Nessa medida, ela não resolve o problema; contradi-lo no seu pressuposto fundamental.<sup>1858</sup>

O grande problema é o critério de observação, para empregar aqui a terminologia de Niklas Luhmann. Ora, no âmbito do concurso de crimes, de certo modo há grande peso para o problema do tempo.

Quando o sujeito espanca a vítima, com atos sequenciados, em um mesmo contexto, isso é tido como crime único (unidade natural de ação). Mas, caso ele bata na vítima; depois vá para casa, espere quatro horas, retorne ao local anterior e novamente a espanque: quantos crimes? Percebe-se que a questão do concurso envolve o exame da continuidade/interrupção (um problema temporal).

Essa questão não é suficientemente examinada por Moutinho.

Ademais, conquanto ele critique a concepção reducionista (método lógico-conceitual), sua obra deixa a impressão de que ele concebe o crime como uma espécie de evento,<sup>1859</sup> como uma espécie de alteração no mundo fenomênico. E isso não deixa de ser, a seu modo, certa busca de uma quinta-essência.

A continuidade, longe de ser algo de extrínseco e, pois, de à partida irrelevante na perspectiva da unidade do facto, aparece como a expressão mais directa da unidade do facto na sua dimensão. Na verdade, se o facto não se limita necessariamente a um ponto (mínimo) ou a um momento (o primeiro momento consumativo), podendo, pelo contrário, apresentar, na sua estrita unidade, uma certa dimensão (lógica ou cronológica), pode dizer-se, fixando o olhar naquele mínimo ou naquele momento, que ele é uno enquanto, passando além dele, o facto persiste.<sup>1860</sup>

A continuidade, bem entendida, não exprime senão esta persistência do facto, para lá do mínimo, desde o seu início, até o seu fim. Ela não representa algo de extrínseco; não é mais, afinal, do que um modo de expressão da dimensão do facto: é este que, na sua estrutura real e no seu significado valorativo, per+siste ou continua e, portanto, a sua unidade e identidade radicam nessa estrutura e neste significado. A continuidade nada mais é do que o próprio facto, enquanto tendo certa dimensão, continua ininterruptamente para além de um mínimo ou de um momento, do princípio ao fim. A per+sistência é ex+sistência que

<sup>1858</sup> Idem, p. 469.

<sup>1859</sup> Confira-se MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 472 e ss.

<sup>1860</sup> Idem, p. 473.

continua, que se prolonga, que permanece.<sup>1861</sup>

A continuidade indica apenas que a própria coisa, na sua estrutura real, per+siste, isto é, existe em quebra de uma ponta à outra. Onde houver uma quebra, a coisa não está lá; no recomeço, não há a mesma mas outra, que com aquela já não é uma (pelo menos inteiramente). Assim também nos exemplos atrás referidos: a continuidade do dano, do ferimento, da privação da liberdade exprimem apenas que o facto, na sua unidade, tem uma certa dimensão e que ele, na sua unidade, persiste sem quebra desde o seu princípio até ao seu fim.<sup>1862</sup>

Essa análise da continuidade/persistência, por parte de José Moutinho, descarta, porém, que se cuida de um problema de observação. No seu exemplo, uma resma de papel seria contínua, se não houver espaço entre as folhas. Mas qual o critério? Uma distância medida em nanómetros seria relevante? De modo semelhante, o intervalo de microssegundos entre uma pancada e outra seria suficiente para afastar a continuidade?

Há certo arbítrio, portanto, em questões como essa. Mas isso não impede que o senso comum reconheça unidades (unidade natural de ação, p.ex.), na exata medida em que o critério resta implícito e indiscutido. Apenas deve-se ter em conta que isso não decorre de uma pretensa estrutura metafísica, ou de uma suposta natureza ontológica, anterior à própria observação social.

José Lobo argumenta, nesse toada, o que segue:

A questão central é, pois, simplesmente esta: em que condições e com que limites constitui o excesso ou persistência do facto, para além do mínimo exigido para a existência do crime, uma simples variação da estrutura accidental do crime exaustivamente ponderada já no tipo de crime e, por conseguinte, que deixa intocada a estrita unidade do facto?<sup>1863</sup>

Assim, o penalista da Universidade Católica Portuguesa sustenta que a quantidade de resultados lesivos, a quantidade de desígnios delitivos etc. não teriam o condão de servir de critério para se computar os crimes ocorridos.<sup>1864</sup> Por sinal, haveria grande desencontro na jurisprudência, quanto à viabilidade de se contar 'desígnios' ou 'dolos' - ele enfatiza.<sup>1865</sup>

Por outro lado, sequer a continuidade delitiva poderia ser fundada em uma

---

<sup>1861</sup> Idem, p. 474.

<sup>1862</sup> Idem, ibidem.

<sup>1863</sup> Idem, p. 476.

<sup>1864</sup> Idem, p. 481.

<sup>1865</sup> Idem, p. 483, 519 e 527.

unidade de desígnios. Até porque sempre haveria o risco - político criminalmente inaceitável - de que determinado agente deliberasse cometer crimes indeterminados, de modo que toda a sua atividade deveria ser então unificada.

Eduardo Correia teria esposado a tese de que a quantidade de desígnios seria importante para a definição da quantidade de crimes. Ele dizia que, a cada atuação, haveria um novo desígnio (o que deveria ser presumido); ademais, havendo maior demora na execução da atividade, a resolução delitiva deveria ser renovada, por conta de uma suposta lei psicológica. José Moutinho contraargumenta cuidar-se de uma presunção incabível, *contra libertatis*.<sup>1866</sup>

José Lobo argumenta, de sua parte, o que segue:

Nesse contexto, a exigência de persistência do facto (no seu todo) é de entender sobretudo em sentido lógico, pois exprime a necessidade de que a extensão concreta que cada elemento, momento ou aspecto apresente (p.ex., a do resultado de ofensas à integridade física) seja alcançada pelos restantes elementos ou aspectos do crime (p.ex., o comportamento criminoso ou o dolo ou negligência e/ou culpa), em termos semelhantes àqueles que ligam estes elementos ao elemento em questão, na unidade intrínseca do crime.<sup>1867</sup>

Ele assevera que o excesso poderia ser lógico ou cronológico. Um excesso lógico ocorreria quando o agente praticasse uma conduta para além do necessário para a configuração do delito (a subtração de vários lenços, com uma só ação); o excesso cronológico trataria da duração do crime no tempo (a privação da liberdade da vítima do sequestro, ao longo de vários anos).

Na verdade, o evento jurídico, em um significado restrito, correspondete ao significado igualmente restrito da ofensa ao bem jurídico, nos crimes materiais, incorpora-se no resultado material, enquanto que, nos crimes formais, corresponde a uma leitura do comportamento criminoso em chave ofensiva. O evento corresponde, nestes crimes, à própria realização da acção ou omissão, exprimindo o que ela é, não um qualquer sucesso, mas um evento jurídico, enquanto ofensa de um bem jurídico. Por essa razão, nos crimes formais, o evento acompanha de modo estreito a própria acção ou omissão e, em termos de unidade e pluralidade, só alcança alguma autonomia relativamente à própria acção ou omissão, mediante a consideração dos diversos objetos de acção. Nos restantes casos, ele não pode apresentar-se uno, apresentando-se a acção ou a omissão múltipla e vice-versa.<sup>1868</sup>

<sup>1866</sup> Idem, p. 487 e 530-533.

<sup>1867</sup> Idem, p. 491.

<sup>1868</sup> Idem, p. 492. Leia-se também, na mesma obra, p. 604.

É com esse pano de fundo, que Moutinho discorre sobre a continuidade delitiva, diferenciando o crime continuado, de um lado, e o crime contínuo, de outro. O crime contínuo é aquele que cuidaria da repetição imediata dos atos de execução, reunidos sob a 'unidade natural de ação' (várias pancadas seguidas atingindo a mesma vítima). Como dizia Honig, cuidar-se-ia da distinção entre continuar a escrever um livro, ou escrever livros continuamente.<sup>1869</sup>

Cuida-se da distinção entre atos sucessivos e atos reiterados.<sup>1870</sup> Um ato sucessivo seria a tentativa de se matar alguém ministrando-lhe sequencialmente várias doses de veneno, até atingir a quantidade letal. Atos reiterados seriam, por exemplo, a subtração diária de dinheiro do caixa da empresa.

José Lobo argumenta, a esse respeito, o que segue:

A estrita unidade do facto na execução progressiva tem de ser simultaneamente objectiva e subjectiva. Por outro lado, objectiva e subjectivamente a unidade traça-se da mesma forma que se traça a admissão da tentativa? A questão reside, objectivamente, na inserção dos diversos actos dentro da execução (unitária) de um crime, e subjectivamente, há-de corresponder a uma 'decisão' do agente a entender no sentido do artigo 22º, n. 1, ou seja, a entender como dolo que se dirige, para além do acto de execução, ao crime consumado, isto é, ao todo.<sup>1871</sup>

Mas as dificuldades existentes nesse âmbito são incontornáveis. Quando alguém furta, ao longo dos meses, diversas peças de uma valiosa máquina industrial, cuidar-se-á de um único delito de furto (furto da máquina), ou de vários crimes (furtos das peças)? Qual o critério?<sup>1872</sup>

Como pergunta Moutinho, “o que se pode dizer se o agente decide furtar, em ocasiões diversas, todas as jóias de uma senhora, ou uma dezena de automóveis, ou mil contos, ou tudo aquilo que uma pessoa tiver de valor?”<sup>1873</sup>

Nas suas palavras, “É necessário que cada acto se não cifre em algo que, por si só, constitua a consumação do crime, mas se dirija, com outros actos, à execução de um crime que dele difere e que o ultrapassa. É necessário – eis o critério da unidade da execução e da deficiência da autonomia do acto – que a

<sup>1869</sup> Idem, p. 497.

<sup>1870</sup> Idem, p. 500.

<sup>1871</sup> Idem, p. 504.

<sup>1872</sup> Cuida-se do problema do *ubi res per partes aufertur*.

<sup>1873</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 507.

execução, no seu todo, se distinta de cada acto.”<sup>1874</sup>

O problema que elas suscitam é saber em que condições ou até que ponto o excesso lógico ou cronológico do dolo ou da negligência e/ou culpa do agente sobre o mínimo exigido por lei para a existência do crime é ainda alcançado pela descrição e valoração exaustiva do tipo de crime e a partir de que ponto eles colocam já o caso para além dessa avaliação. Isso depende da questão de saber em que casos e até que ponto esse excesso representa apenas uma variação da intensidade do dolo ou da negligência.<sup>1875</sup>

A duração do facto teria relevo para a definição da pena, mas não teria o condão, em si, de multiplicar os delitos, enfatiza José Lobo. Afinal de contas, “Como tudo neste mundo, o crime, como vivência humana social, como facto concreto e real de seu agente, sucede no tempo e não fora do tempo.”<sup>1876</sup>

Moutinho esposa pretensões metafísicas: ele ambiciona distinguir essência e acidente (conquanto critique o método lógico-conceitual). Importa dizer, ele tem em conta os elementos indispensáveis para a caracterização do delito - o tipo restrito -, e os elementos que sobejariam, influenciando apenas no cálculo da sanção respectiva (a dimensão do dano, a intensidade do dolo etc.).

Algo parecido já havia sido levado a efeito por Mantovani e Pagliaro, na medida em que distinguem entre a perfeição do crime (quando o agente preenchida os requisitos mínimos para que houvesse um delito), e a consumação (algo que se aproximava, então, do conceito de exaurimento).<sup>1877</sup> Também nessa seara haveria uma distinção entre o crime-mínimo e o crime-além-do-mínimo.

Em virtude da sua relevância (mediante a sua inclusão na estrutura accidental do crime) do pósfacto, dentro daquilo que se passa após o primeiro momento consumativo, importa não confundir entre a persistência do facto (na sua estrutura essencial) e a persistência do pósfacto (e com ele do crime na plenitude da sua estrutura relevante). O que sucede é que, em relação aos diversos efeitos tidos em vista, à partida pode ser relevante apenas este, aquele, ou ambos os níveis do pósfacto.<sup>1878</sup>

Desde que o facto, no seu todo, corresponda a uma norma incriminadora, a continuidade, nos termos acabados de precisar, é fundamento suficiente da estrita unidade do facto – como já se viu em

---

<sup>1874</sup> Idem, p. 508.

<sup>1875</sup> Idem, p. 523.

<sup>1876</sup> Idem, p. 540.

<sup>1877</sup> Idem, p. 547.

<sup>1878</sup> Idem, p. 549.

geral, e como já se viu em especial no crime permanente. Só partindo de uma visão atomística com base na teoria do mínimo a continuidade aparece simplesmente como mera contiguidade irrelevante de unidades intrinsecamente desligadas e diversas umas das outras. Desde que, porém, o tipo de crime não se limita ao primeiro momento é natural que alcance o facto nas suas dimensões, inclusivamente temporal, desde o seu início ao seu fim. Será isto espantoso? De forma alguma. Em termos gerais, não é diversa a unidade de uma melodia (com os seus silêncios e os seus sons) ou de um bloco de granito (com as suas partículas de quartzo, feldspato e mica).<sup>1879</sup>

Ele promove, ademais, um denso estudo sobre o concurso aparente de normas ('identidade do crime simples'), sobre o concurso real ('concurso efetivo de normas, ou para além do crime simples'), o que será alvo de exame mais adiante.

Ao que releva, no momento, a tese de Moutinho foi suficientemente equacionada acima. Trata-se de uma tentativa de releitura do art.30º, CP português, com o escopo de desvinculá-lo da concepção pluralista.

### **8.5. Problemas quanto ao concurso formal - tese de Roig Torres:**

Margarita Roig Torres desenvolveu um denso estudo a fim de demonstrar que a palavra *hecho* (fato) presente no artigo 77 do Código Penal espanhol deve abranger também os resultados empíricos das condutas.

Melhor dizendo, segundo a sua concepção, o concurso ideal apenas poderia ser reconhecido, em solo espanhol, quando, para além de haver unidade de ação, não sobrevenham múltiplos eventos lesivos.

Vê-se que a sua tese guarda paralelo com a concepção de Eduardo Correia, no que toca à teoria do desdobramento dos tipos.<sup>1880</sup> Da mesma forma que o professor da Universidade de Coimbra, Torres conclui que quando o agente, com um só disparo, mata duas pessoas, haverá pluralidade de crimes em concurso real.

É relevante ter em conta o conteúdo dos referidos artigos do Código Penal

---

<sup>1879</sup> Idem, p. 607.

<sup>1880</sup> Para Eduardo Correia, porém, essa necessidade de aferir a quantidade de resultados lesivos, a fim de identificar a presença do concurso formal ou concurso material, apenas seria relevante no âmbito dos crimes agressivos a bens jurídicos altamente pessoais (vida, incolumidade física, liberdade/dignidade sexual etc). Como já aludido ao longo do presente texto, ele dizia não ser válido o reconhecimento de concurso formal quando o agente, com uma conduta, mate duas ou mais pessoas. Essa teoria do 'desdobramento do tipo' também foi defendida, ao que consta, por Schönke e Schröder. Para Roig Torres, por seu turno, em todo e qualquer caso de crimes materiais (destaque-se, desde logo: ela tem em conta apenas os resultados empíricos, e não a mera infração à norma incriminadora), o concurso formal não poderia ser reconhecido quando produzidos distintos efeitos no mundo dos fatos.

espanhol:

Art. 73.

Ao responsável por dois ou mais delitos ou falta serão impostas todas as penas correspondentes às diversas infrações para o seu cumprimento simultâneo, caso isso seja possível, pela natureza e efeitos das mesmas.

Art. 77.

1. O disposto nos artigos anteriores, não é aplicável no caso em que um só fato [hecho] constitua duas ou mais infrações, ou quando uma delas seja meio necessário para cometer a outra.

2. Nesses casos será aplicada, em sua metade superior, a pena prevista para a infração mais grave, sem que possa exceder a pena que represente a soma das penas que seriam cabíveis caso as infrações fossem punidas separadamente.

3. Quando a pena assim computada exceder esse limite, serão sancionadas as infrações de forma separada.

Roig Torres bate-se, destarte, com o problema semântico de aferir qual o conceito de *hecho*, para fins de aplicação do art. 77 do Código Penal espanhol.<sup>1881</sup> *Hecho* deve ser compreendido como sinônimo de *acción*, ou deve, ao contrário, ser entendido como algo mais amplo - como 'fato' - de modo a abranger não só a comissão realizada pelo agente, como também os seus resultados empíricos?<sup>1882</sup>

Como se infere dos mencionados dispositivos legais, quando o sujeito comete várias infrações, deverá ser sancionado na forma do art. 73, CP espanhol (concurso real). Mas, desde que tenha cometido um único *hecho*, constitutivo de dois ou mais crimes, ele será sancionado sob o regime do concurso ideal.

O Código Penal espanhol suscita a impressão de que o juízo deveria aferir, antes de mais nada, se o caso sob julgamento configuraria um concurso formal. Somente então é que eventual concurso aparente deveria ser examinado, conforme interpretação lexicográfica do seu art. 8º:

Art. 8.

Os fatos [hechos] suscetíveis de ser tipificados de acordo com dois ou mais preceitos deste Código, e não compreendidos nos arts. 73 a 77, serão castigados observado as seguintes regras.

1. O preceito especial será aplicado com preferência ao geral.

2. O preceito subsidiário se aplicará somente na falta do principal, seja quando essa subsidiariedade seja declarada expressamente, seja quando ela seja tacitamente deduzida.

<sup>1881</sup> TORRES, Margarida Roig. **El concurso ideal de delitos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 19.

<sup>1882</sup> Amparando-se em Cordoba Roda, ela diz: "Ação é o pressuposto do delito, fato é o objeto das tipificações da partes especial; o fato incorporado pelo legislador à esfera penal é o tipo. A diferença que existe entre ação e fato tipificado dá lugar a que haja, nas figuras legais, elementos pertencentes ao fato e não à ação." TORRES, Margarida Roig. **Op. cit.**, p. 70, em nota de rodapé. Traduziu-se.



3. O preceito mais amplo ou completo absorverá aos preceitos que castiguem as infrações nele consumidas.
4. Não se aplicando os critérios anteriores, o preceito penal mais grave excluirá aqueles que castiguem o fato [hecho] com pena menor.

O fato é que, por força do postulado *ne bis in idem*, a primeira operação hermenêutica a ser realizada é a aferição de eventual concurso aparente.<sup>1883</sup> Apenas depois de descartado o concurso aparente (unidade de lei), é que se pode examinar o cabimento de concurso formal e, por fim, do concurso real.<sup>1884</sup>

Ora, segundo Roig Torres, a vedação da dupla punição também se aplicaria no âmbito do concurso formal, conquanto o tema enseje reflexões complexas (saber se o concurso formal é uma hipótese de unidade ou de pluralidade de crimes).

À semelhança, porém, do que argumenta Ingeborg Puppe, a professora espanhola sustenta que, a análise do *ne bis in idem*, demanda a constatação de tríplice identidade: identidade do autor, do fato e também do fundamento da pena.<sup>1885</sup>

Ao invocar o fundamento da pena, ela parece sinalizar a sua adesão à teoria plural (*Mehrheitstheorie*), que supõe que há tantos crimes quanto as normas violadas. De todo modo, bem examinada a sua tese - como se ambiciona fazer nesse tópico - Roig Torres não leva esse pluralismo ao seu extremo.

Com efeito, ela apenas reconhece a presença de concurso real quando sobrevenham resultados lesivos empíricos (mortes, lesões corporais, danos etc). Roig não divisa pluralidade de crimes quando se trate de resultados meramente jurídicos, tal como ocorre com os delitos de mera conduta, ainda que possam atingir distintos bens existenciais tutelados pelo Direito.

A professora espanhola menciona que há quem chegue a multiplicar as ações a partir da quantidade de normas violentadas (p.ex., Cid Moliné), mas essa concepção parece incompatível com as disposições do CP espanhol - ela diz.<sup>1886</sup>

De acordo com essa concepção, quando existem tipos que fazem

<sup>1883</sup> A bem da verdade, como já equacionado nessa tese, a primeira operação hermenêutica envolve uma análise diacrônica. Deve-se aferir, antes de tudo, se não houve sucessão de normas no tempo. O concurso aparente pressupõe normas igualmente vigentes. Quando se constata, porém, que os tipos penais foram veiculados em leis publicadas em momentos distintos, deve-se primeiramente conferir se não houve *novatio legis in melius* ou até mesmo *abolitio criminis*.

<sup>1884</sup> TORRES, Margarida Roig. *Op. cit.*, p. 20-21.

<sup>1885</sup> Idem, p. 21, em nota de rodapé.

<sup>1886</sup> Idem, p. 22-23, em nota de rodapé.

referência a um único resultado (por exemplo, o tipo de homicídio, que descreve a situação de matar a outrem), o número de ações é equivalente ao número de resultados típicos produzidos. A tese se apoia no fato de que o Código Penal não alude à expressão 'ação', senão à expressão fato e, para estes autores, um fato não pode incluir vários resultados, enquanto que, resta implícito, uma ação sim pode incluí-los.<sup>1887</sup>

De todo modo, o problema que ela tem em conta gravita - repita-se - em torno do conteúdo semântico da palavra '*hecho*', veiculada pelo art. 77, CP espanhol. A dúvida está em saber se, para o reconhecimento do concurso formal, faz-se necessária apenas a unidade de ação ou se, além disso, também há necessidade da unidade de fato, um conceito mais amplo (porquanto, segundo Roig Torres, abrangeria a ação e os resultados lesivos).

Ao interpretar o referido dispositivo, Sanz Morán sustentou que *hecho* deveria ser compreendido como sinônimo de ação. O legislador penal espanhol não teria se distanciado da teoria unitária alemã (*Einheitstheorie*).

No dizer de Angel José Sanz Morán, o importante seria a presença da identidade, quando menos parcial, entre os atos de execução de distintos delitos.<sup>1888</sup> Os atos de execução deveriam ser semelhantes, correspondendo metaforicamente a círculos secantes, para que se possa falar em concurso formal.

Essa concepção é compartilhada por Muñoz Conde, García Arán, Luzón Peña, Ferrer Sama, Díez Ripollés, Polaino Navarrete, Quintero Olivares, Puig Peña, Zugaldía Espinar, Rodríguez Devesa, Cerezo Mir, Bacigalupo, dentre outros.<sup>1889</sup>

Por seu turno, Cobo del Rosal argumenta que nenhum fator naturalístico poderia determinar *a priori* a unidade ou pluralidade de crimes. Tudo dependeria, diz ele, da natureza do injusto envolvido.

Vale a pena atentar para a densa análise de José Herrera, a esse respeito:

Como afirma acertadamente Gonzáles Rus, 'enquanto tais, as ações humanas não são nem únicas, nem plurais. Simplesmente se manifestam em uma série de atos que se produzem uns depois dos

<sup>1887</sup> Idem, p. 23, em nota de rodapé. Traduziu-se.

<sup>1888</sup> Idem, p. 23. Ver também MORÁN, Angel Jose Sanz. **El concurso de delitos**: aspectos de política legislativa. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1996, p. 212: "O *hecho* do art. 71 [do Código anterior] não significa outra coisa que *acción* (ou omissão) no significado que este termo cobra na teoria do concurso, diverso do sentido que a expressão *acción* possui no âmbito da teoria geral do delito. E para a existência de tal *acción* ou *hecho*, o fator decisivo serão os atos típicos de execução, de tla maneira que a unidade de ação venha determinada pela identidade, ao menos parcial, dos atos de execução correspondentes aos tipos dos delitos concorrentes."

<sup>1889</sup> TORRES, Margarida Roig. *Op. cit.*, p. 98-100 e 104.

outros, sem solução de continuidade. Qualquer agrupação ou desagrupação de atos em ações independentes adquire sentido unicamente em relação a determinados pontos de vista, pelo qual a precisão da existência de unidade ou de pluralidade de ações implica uma decisão valorativa sobre a realidade, em virtude da qual se agrupam ou se separam determinados atos nas correlativas ações.' É dizer, as ações se agrupam ou desagrupam podendo afirmar a unidade ou a pluralidade delas com base em determinados critérios.<sup>1890</sup>

Mir Puig argumenta, todavia, que a ação de matar várias pessoas, com um único artefato explosivo, não poderia ser considerada um único crime, eis que sequer poderia ser considerada um único *hecho*.<sup>1891</sup> Essa é também a tese de Roig Torres, como já explicitado até aqui.

Diante dos tipos penais e das diferentes formas como que se realizam os crimes de mera atividade e os de resultado, inferimos como conclusão lógica que, para castigar de modo unitário várias infrações, observando as normas do concurso ideal, não basta a concordância (completa ou parcial) das respectivas ações, senão que deve-se constatar, ademais, que não haja distintos resultados materiais típicos. Esta reflexão tem rogado certas críticas por parte de um setor doutrinário, assinalando não ser possível exigir a igualdade absoluta dos substratos dos delitos realiaados, pois essa paridade somente ocorreria quando os tipos que os preconizam sejam idênticos. (...) Sem embargo, esse raciocínio parte de uma premissa inexata. Quando se fala de coincidência do substrato material, desde o etiquetado como 'critério do resultado', não se quer dizer que os substratos das infrações devam ser sempre idênticos em todos os seus elementos (ação, causalidade e resultado). Este entendimento conduziria à consequência apontada, de rechaçar no atentado e as lesões possam ser punidas em concurso ideal, dado que o primeiro delito carece de efeito lesivo característico do segundo. O que se quer indicar é que, para apreciar a unidade de hecho, não basta a equivalência das ações, senão que devem ser examinadas também suas consequências físicas, castigando-se em concurso real se resultam vários resultados puníveis, em coerência com a configuração do injusto própria dos delitos de resultado. Mas, desde essa posição, deve-se admitir a identidade parcial do substrato material para articular o concurso ideal. Assim, portanto, é possível que as infrações concorrentes tenham o mesmo substrato material (a ação) ou que o substrato material de uma (a ação) coincida com a de outra, diferenciando-se quanto ao resultado, presente apenas em uma delas (assim ocorre, por exemplo, nos citados delitos de atentado e lesões corporais. Se um sujeito golpeia a um agente estatal, esta ação integra o cometimento do crime de atentado e, por outro lado, também dá lugar ao crime de lesões corporais, como único resultado material típico).<sup>1892</sup>

<sup>1890</sup> HERRERA, José Manuel Palma. **Los actos copenados**. Madri: Dykinson, 2004, p. 116-117. Traduziu-se.

<sup>1891</sup> MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Buenos Aires: IBdef, 2004, p. 632 e ss.

<sup>1892</sup> TORRES, Margarida Roig. **Op. cit.**, p. 108-109. Traduziu-se. No mencionado excerto, ela bate-se contra a opinião de García Alberó, para quem a tese de Mir Puig - i.e., a tese de que o concurso ideal demandaria identidade de resultados empíricos - acabaria por aniquilar a própria viabilidade dessa forma de confluência de delitos (dado que, a vingar a premissa de Mir Puig, apenas haveria

Vives Antón parece compartilhar, ademais, dessa concepção de Mir Puig.<sup>1893</sup> Ou seja, no texto escrito com Cobo del Rosal - anterior, portanto, ao detalhamento da sua concepção significativa da ação -, o juiz do Tribunal Supremo espanhol também reputava indispensável a identidade, quando menos parcial, dos resultados empíricos para que se pudesse falar em concurso ideal.

Roig Torres tem em conta, porém, a crítica lançada contra essa premissa - a necessidade de que os resultados empíricos sejam considerados para se aferir o concurso ideal -, reportando-se sobretudo à tese de Ramon García Albero:

Identificar a identidade de fato com identidade absoluta do pressuposto objetivo de diferentes infrações comportaria uma admissão extraordinariamente restritiva de dito instituto que mal se coaduna com a equiparação para efeitos sancionatórios do concurso medial de delitos. Caso se limite assim o concurso ideal aos casos nos quais um dos bens jurídicos é imaterial, ou meramente foi colocado em perigo, com o inconveniente, neste segundo caso, de não justificar adequadamente por que vários homicídios frustrados - não explosão de uma bomba - devem ser considerados em concursos ideal, e sem embargo em concurso real ao produzir-se as mortes.<sup>1894</sup>

Roig Torres reputa insuficiente o argumento de García Albero. Ela diz não haver maior fundamento para que apenas um detalhe da atividade humana - a

---

identidade de *hecho* quanto à incidência de tipos idênticos, com a mesma ação. E isso seria inviável). Roig Torres argumenta, por seu turno, que não se exigiria cabal identidade entre as normas incidentes, bastando que houvesse uma espécie de sobreposição entre os substratos fáticos amoldados ao tipo (o que ela chama de *hecho*). No seu exemplo, haveria parcial identidade entre o crime de atentado (art. 550, Código Penal espanhol) e o delito de lesões corporais (art. 147, CP esp.). Por sinal, crítica semelhante à de García Albero já havia sido lançada, em solo italiano, por Bettiol e por Impallomeni, diante da expressão '*fatto*' empregada pelo Código Rocco e pelo Código Zanardelli. A respeito do tema, leia-se HERRERA, José Manuel Palma. **Los actos copenados**. Madri: Dykinson, 2004, p. 110, em nota de rodapé. TAGLE, Horacio A. Carranza. **Introducción al concurso de delitos**: criterios sobre unidad y pluralidad delictiva. Buenos Aires: IBdef, 2011, p. 51.

<sup>1893</sup> Conforme se infere do texto transcrito por Roig Torres: "Tem razão García Albero quando diz que a interpretação que se sustenta restringe o âmbito do concurso ideal; sem embargo, e deixando de lado o fato de que é o próprio Código Penal que o configura como uma exceção ao concurso real, não o restringe até o extremo que esse autor sugere. Aqui nunca se tem mantido que o substrato material deva ser inteiramente coincidente; o que se diz é que o concurso ideal requer completa unidade de fato, o que resulta perfeitamente compatível com a identidade parcial de substrato material, de maneira que - utilizando o exemplo que o mesmo propõe - também nós qualificaríamos como concurso ideal o paradigmático exemplo de atentado com lesões." VIVES ANTÓN *apud* TORRES, Margarida Roig. *Op. cit.*, p. 109, em nota de rodapé. Traduziu-se.

<sup>1894</sup> GARCÍA ALBERO, Ramon *apud* TORRES, Margarida Roig. *Op. cit.*, p. 110. Traduziu-se. Anote-se que García Albero advoga a realização de uma reforma legislativa, de modo a tratar tais casos como concurso real (uma ação + distintos resultados lesivos empíricos), de modo que ele não reputa que o reconhecimento de concurso ideal seja uma solução própria à 'natureza das coisas' (confira-se com TORRES, Margarida Roig. *Op. cit.*, p. 120). Opinião distinta é manifestada por Eugênio Raúl Zaffaroni e outros, porquanto argumentam que uma única ação jamais pode ser considerada como vários crimes, conforme se infere da obra ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**, p. 853-854.

circunstância de que várias mortes tenham sido causadas por uma única ação -, para viabilizar tratamento unificador para um conjunto de resultados lesivos.<sup>1895</sup>

Percebe-se claramente que a sua argumentação está calcada no postulado *tot poenam quot delicta*; ainda mais enfatizado quando se têm em conta os inúmeros atentados terroristas havidos em solo espanhol décadas atrás.<sup>1896</sup>

Ou seja, "nos casos onde o tipo delimita o resultado, esse resultado lesivo forma parte do injusto, como um componente essencial do mesmo."<sup>1897</sup> Para ela, o emprego dessa palavra '*hecho*', no âmbito do art. 77, CP espanhol, retrataria justamente a inaplicabilidade da lógica própria à teoria unitária alemã.<sup>1898</sup>

Uma solução alternativa tem sido divisada pela teoria do 'desdobramento dos tipos', quando em causa bens jurídicos altamente pessoais. Essa é a concepção defendida por Eduardo Correia, Zugaldía Espinar e Serrano Butragueño; tese que encontra severas dificuldades em explicar a razão pela qual isso ocorreria nos delitos contra a vida, mas já não deveria ser reconhecida no caso de crimes contra o patrimônio (subtrair, de uma vez só, objetos pertencentes a distintas pessoas seria um só crime ou vários furtos em concurso real?).

Essa é a razão pela qual Roig Torres advoga uma solução mais radical. Ela reputa que em todo e qualquer caso, presentes distintos resultados empíricos, haveria então distintos crimes em concurso material. Apenas exclui, destarte, as hipóteses em que uma única ação implicasse distintos resultados meramente jurídicos (p.ex., agressão a distintas normas), mas sem eventos materiais.

No dizer de Vives Antón e Cobo del Rosal, "matar várias pessoas dolosamente constituirá vários fatos de homicídio, tanto se isso é realizado mediante vários disparos, como quando se explode uma bomba. A identidade de ação não é suficiente, neste último caso, para afirmar a identidade do fato."<sup>1899</sup>

Segundo Roig, "Em definitivo, admitem o concurso ideal quando somente um dos delitos tem provocado um resultado material, já que então não discrepam

<sup>1895</sup> TORRES, Margarida Roig. *Op. cit.*, p. 111.

<sup>1896</sup> Muitos desses atentados foram atribuídos ao ETA, associação orientada à libertação do território basco, como sabido.

<sup>1897</sup> TORRES, Margarida Roig. *Op. cit.*, p. 111. Estrella Escuchuri Aisa também argumenta que a palavra '*hecho*' seria preferível à palavra '*acción*', porquanto seria mais clara. AISA, Estrella Escuchuri. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 400.

<sup>1898</sup> TORRES, Margarida Roig. *Op. cit.*, p. 124. Sobre essa distinção entre *acto* e *hecho*, leia-se também HERRERA, José Manuel Palma. *Los actos copenados*, p. 109 e ss.

<sup>1899</sup> VIVES ANTÓN; COBO DEL ROSAL *apud* TORRES, Margarida Roig. *Op. cit.*, p. 126. Traduziu-se.

neste elemento, desde o momento em que o outro ou outros não o provoquem."<sup>1900</sup>

Essa sua tese é compartilhada, de certo modo, por um conjunto de penalistas espanhóis: Berdugo Gómez de la Torre, Arroyo Zapatero, Ferré Olivé, Serrano Piedecasa, Cobo Del Rosal/Vives Anton, Gonzales Cussac, Mir Puig, Joshi Jubert, Suárez Mira e Suárez Lopes.<sup>1901</sup>

Destaque-se também a opinião de Rodríguez Ramos:

Em relação com os delitos dolosos se computarão tantos delitos quanto os resultados ocorridos, à margem de que existam uma ou várias ações, pois se o verbo nuclear é 'resultativo', isto é, transitivo no sentido de supor a geração de um efeito ou evento determinado nos possíveis sujeitos passivos (qual é o caso do homicídio ou do assassinato, caos nos quais o verbo matar supõe privar a vida de outrem, titular desse bem jurídico protegido), resulta equivalente que uma só ação querida com todas as suas consequências gere várias mortes (mediante o emprego de um explosivo, por exemplo, em um ato terrorista, ou o envenenamento de um depósito de água que abastece uma pluralidade de pessoas), que tal concurso de mortes se causem realizando sucessivas ações (matar a mais de uma pessoa mediante sucessivos disparos, ou servindo na comida veneno em suas taças a cada uma das vítimas); esta equivalência é possível por abarcar o dolo do autor em ambas as hipóteses as diversas mortes, pois os tipos delitivos desta natureza descrevem tanto a causação do resultado obtidos depois de sua busca.<sup>1902</sup>

Ora, a dificuldade de se encontrar uma solução justa para todos os casos, faz com que não se coloquem de acordo os juristas respectivos. Muitos acabam por criar soluções tópicas, distribuindo-as em grupos de casos, à semelhança da referida teoria do 'desdobramento dos tipos' (invocada quando há lesão a bens jurídicos altamente pessoais), mas que podem gerar inconsistências teóricas.

Roig Torres aduz que "no âmbito de cada concepção se estabelecem exceções por conta da equidade, de sorte que, não raras vezes, quem toma em conta o resultado circunscreve essa solução aos delitos dolosos, e os que se fixam no exame da ação advogam a ocorrência de um concurso real quando os bens lesionados são personalíssimos."<sup>1903</sup>

Na sua opinião, todavia, essa construção tópica seria indevida, eis que o concurso real deveria ser reconhecido sempre que sobrevenham distintos resultados empíricos lesivos, mesmo que promovidos mediante uma única conduta.

<sup>1900</sup> TORRES, Margarida Roig. *Op. cit.*, p. 126.

<sup>1901</sup> Idem, p. 137-138.

<sup>1902</sup> RODRÍGUEZ RAMOS *apud* TORRES, M. Roig. *Op. cit.*, p. 138, em nota de rodapé. Traduziu-se.

<sup>1903</sup> TORRES, Margarida Roig. *Op. cit.*, p. 140. Traduziu-se.

Ela reporta-se, para tanto, à análise que Mir Puig faz da obra de Welzel:

Welzel tem razão ao destacar, desde a sua perspectiva finalista, a insuficiência do critério causalista do resultado. Mas, como reconhece o mesmo autor, também é verdade que a ação 'não constitui um acontecimento puramente físico, senão a objetivação do espírito humano, uma unidade social de sentido', pelo qual a existência de uma ou mais ações não depende tanto do número de movimentos corporais, quando da finalidade do autor e do sentido dos tipos. Se isto é assim, não será tão relevante o fato de que se mate a distintas pessoas por um ou vários movimentos corporais, como o sentido subjetivo e social que conferem à conduta externa a finalidade do autor e os resultados típicos produzidos. Desde esse prisma, o sentido social e, portanto, a gravidade material da produção intencional de várias mortes mediante a colocação de um só artefato explosivo não corresponderá a uma única ação de homicídio, senão a tantas ações homicidas quantas as mortes que foram almejadas e foram causadas. Tanto é assim, que de outro modo não haveria como afirmar, nos termos da doutrina dominante, que nesse caso um só fato teria produzido 'dois ou mais delitos' de homicídio, posto que cada homicídio não somente requer um resultado de morte, mas também uma conflita ação homicida. Agora bem, isso mostra, ao mesmo tempo, que de fato encerra uma contradição afirmar que, quando uma conduta externa causa dolosamente várias mortes, por uma parte existe uma só ação, e por outra parte, concorrem vários homicídios: ou se admite que existem vários homicídios, e então deve-se aceitar que concorrem várias ações, ou deve-se manter - o que é absurdo - que se produziu apenas uma ação homicida (=homicídio) e, portanto, um só delito de homicídio. Chega-se, assim, à conclusão de que a produção dolosa de vários resultados que realizam um mesmo tipo não pode originar o concurso ideal do art. 71, senão o concurso real de delitos.<sup>1904</sup>

Para alcançar uma espécie de justiça material (na verdade, algum retributivismo, na base do *tot poenam quot delicta*), o Tribunal Supremo da Espanha tem considerado, além da equivalência das ações, também o dolo. Havendo desígnios autônomos, aquele colegiado tem aplicado as regras do concurso real.<sup>1905</sup>

A penalista espanhola critica, todavia, essa solução, argumentando que o Tribunal Supremo não explicaria a razão pela qual o concurso real apenas poderia ser reconhecido quando presentes 'desígnios autônomos' - i.e., dolo direto de

<sup>1904</sup> MIR PUIG *apud* TORRES, Margarida Roig. *Op. cit.*, p. 141, em nota de rodapé. Traduziu-se.

<sup>1905</sup> Percebe-se que essa é a solução dispensada pelo Código Penal brasileiro, conforme se vê do seu art. 70, parte final: "Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior." Essa também era a tese de Cuello Calón, quem "exigia, para a ocorrência de um concurso ideal, que, além de os delitos se originarem de uma só ação, existisse também um único propósito delitivo. De maneira que, se o agente, propondo-se diversos fins, executa uma só ação da qual provenham várias infrações penais distintas, dizia esse autor que não se poderia falar em concurso ideal, mas sim de concurso real." TORRES, M. Roig. *Op. cit.*, p. 144. Traduziu-se.

primeiro grau -, mas isso já não ocorreria quando em causa o dolo eventual.

Para tanto, ela argumenta o que segue:

Desde essa ótica, o fato abarca todo o substrato fático da valoração típica, é dizer, a ação, o curso causal e o resultado, de sorte que, se as infrações realizadas divergem em algum destes elementos, não cabe apreciar um só fato, como precisa o art. 77, CP [Espanha] e não surge o concurso ideal. Em definitivo, pois, a viabilidade de que esse concurso está condicionada à inexistência de vários resultados típicos, tendo em conta que, caso se produza mais de um, os delitos discrepam nesta parte da sua base empírica e não existe unidade de fato entre eles.<sup>1906</sup>

Ela diz considerar "mais equitativo sancionar a quem causa vários resultados puníveis (mortes, lesões corporais etc.) servindo-se de uma mesma ação, com a penalidade correspondente a cada um desses delitos. Levando a solução contrária ao extremo: castigar por um homicídio a quem, usando uma bomba, mata cem pessoas não nos parece proporcional."<sup>1907</sup>

Torres repisa constantemente o argumento de que - caso o legislador espanhol houvesse se vinculado à teoria unitária, desenvolvida na Alemanha - ele teria utilizado a expressão '*acción*', ao invés de '*hecho*' (art. 77, CP Espanhol). Daí que ela divise concurso real entre os danos decorrentes da conduta de se provocar incêndio, e também os homicídios dele decorrentes.<sup>1908</sup>

Ela enfrenta o problema do concurso ideal homogêneo, eis que, ao contrário do §52, StGB, o Código Penal espanhol não teria tratado expressamente do tema. "Sem embargo" - ela argumenta - "na nossa doutrina é frequente promover a distinção entre as duas categorias de concurso ideal em outros aspectos, como a natureza dos bens jurídicos ofendidos, reputando-se homogêneo, sob esse prisma, quando o fato produz várias violações de um mesmo bem jurídico."<sup>1909</sup>

Ela concorda com essa concepção, eis que o art. 77, CP espanhol apenas trataria de uma regra de cominação da pena. Desde que não sobrevenham

<sup>1906</sup> TORRES, Margarida Roig. *Op. cit.*, p. 149. Traduziu-se.

<sup>1907</sup> Idem, p. 150.

<sup>1908</sup> Idem, p. 151. Opinião distinta é advogada por José Palma Herrera, para quem a expressão *hecho*, conquando deva ser compreendida normativamente (e não em um sentido naturalístico), não demandaria o exame da quantidade de resultados praticados. Por conseguinte, ele reconhece a plena viabilidade de concurso formal, mesmo quando em causa agressões contra bens jurídicos personalíssimos. Leia-se HERRERA, José Manuel Palma. **Los actos copenados**, p. 118-119.

<sup>1909</sup> TORRES, M. Roig. *Op. cit.*, p. 156. Traduziu-se. Anote-se, por exemplo, que Mir Puig argumenta que o Código Penal espanhol não teria acolhido a figura do 'concurso ideal homogêneo', eis que o art. 77, CP esp. apenas teria aludido aos casos de crimes com pena mais grave. Leia-se MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**, p. 640-641.



resultados empíricos distintos - p.ex., duas lesões corporais -, Roig Torres argumenta ser possível a ocorrência de concurso ideal em solo espanhol.

E suma, desde essa concepção do fato como substrato material total, temos de negar o concurso ideal homogêneo quando exista mais de um resultado físico, tanto quanto o heterogêneo, desde que respeitada essa mesma condição. Mas não quando algumas das infrações resulte em grau de tentativa produzindo-se então um só resultado, porque, nesse caso, a base empírica dos delitos ou faltas realizados não divergirá.<sup>1910</sup>

Nuria Castelló Nicás advoga solução semelhante, como se infere abaixo:

[S]omente haverá concurso ideal de delitos quando seja um único fato que dá lugar à violação de dois bens jurídicos diferentes ou à ofensa do mesmo bem jurídico várias vezes, e em nenhum caso a superposição de condutas, ou a comunidade de uma só parte do processo de execução determina a existência de concurso ideal de delitos. Quando há vários processos executivos que coincidem parcialmente, somente se pode falar em concurso ideal de delitos a respeito dos fatos que coincidam na sua execução. A respeito dos demais, haverá concurso real de delitos, ou concurso medial, que não é outra coisa que um concurso real submetido à regra sancionatória do concurso ideal.<sup>1911</sup>

No exemplo trágico do terrorista que mata milhares de pessoas com o uso de um único artefato explosivo - uma só ação, vários resultados empíricos -, ela vislumbra concurso material, reitera-se.<sup>1912</sup>

Grosso modo, essa é a tese sustentada por Margarita Roig Torres, em sua densa obra. Anote-se, todavia, que seu principal argumento é lexicográfico - i.e., reside no fato de o legislador espanhol ter empregado a palavra *hecho*, ao invés da palavra *acción*.

Contudo, é duvidoso se essa linha de argumentação é suficiente. Afinal de contas, palavra idêntica também se encontra no Código Penal alemão (§52, StGB - *Tateinheit*), sem que disso a doutrina germânica extraia a necessidade de que - para fins de concurso ideal - não tenha havido distintos resultados empíricos.

Aliás, Roig Torres não chega a esclarecer como ficaria a tentativa, em tais hipóteses. Como já enfatizado acima, ela sustenta que a autonomia dos desígnios

<sup>1910</sup> TORRES, M. Roig. *Op. cit.*, p. 165.

<sup>1911</sup> NICÁS, Nuria Castelló. *El concurso de normas penales*, p. 47, traduziu-se.

<sup>1912</sup> Como já foi mencionado no curso desse texto, Zaffaroni, Slokar e Alagia sustentam que, nesse caso, haveria um único delito. Uma ação jamais poderia configurar mais do que um crime. Leia-se ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 858.

não seria suficiente para afastar o concurso formal de crimes, desde que não sobrevenham distintos resultados lesivos.

Por conseguinte, a vingar essa sua ressalva, alguém que alocasse uma bomba em um café, planejando matar duzentas pessoas, sem lograr êxito por circunstâncias alheias à sua vontade (art. 16, Código Penal espanhol), responderia apenas por uma tentativa, dado não haver distintos resultados lesivos. Mas, na eventualidade de conseguir seu intento, então dever-se-ia reconhecer o concurso real entre duzentos homicídios consumados.

De toda sorte, ao que releva no presente tópico, vê-se que a tese de Roig Torres retrata o esforço de se tomar em consideração os resultados delitivos, a fim de se aplicar as regras concursais respectivas. Ela atribui significativo peso, como se percebe, ao postulato *tot poena quot delicta*.

Vale a pena atentar, tanto por isso, para a crítica formulada por Herrera:

Em qualquer caso, a crítica de maior sentido que se pode formular é aquela realizada por Gonzáles Rus, para quem uma visão tão estreita do concurso ideal não parece ser aquela que melhor corresponda com o art. 77.1, pois se esse preceito chega a tratar como concurso ideal situações que claramente constituem casos de concurso real, como pode ocorrer com o concurso medial, não parece que possa adequar-se a esse modelo de concurso ideal reconhecido pelo Código a exigência de identidade total do pressuposto de fato, isto é, que se inclua também o resultado dentro do mesmo. O que define a unidade de fato é a unidade de ação, que não se rompe pela circunstância de terem sido produzidos vários resultados materiais que dão lugar a distintos delitos.<sup>1913</sup>

A tese de Roig Torres bem ilustra, desse modo, a dependência da teoria do concurso em face da teoria da pena. Uma concepção retributivista - ou, de qualquer modo, amparada no *tot poena quot delicta* - parece atribuir maior peso para uma espécie de intuicionismo moral, segundo o qual a conduta de matar duas pessoas com uma só ação não poderia ser considerado um único delito.

No caso brasileiro, de toda sorte, referida tese esbarra na dicção do art. 70, Código Penal nacional. Aqui, é muito mais o dolo - os tais desígnios autônomos - o fator considerado para o cômputo de crimes, nesse âmbito.<sup>1914</sup>

De toda sorte, ao que releva no momento, a obra de Torres indica um dos

<sup>1913</sup> HERRERA, José Manuel Palma. *Op. cit.*, p. 121. Traduziu-se.

<sup>1914</sup> Art. 70. Código Penal. (...). As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

critérios de observação (no sentido do Spencer-Brown) suscetíveis de serem empregados nesse âmbito: a identificação da quantidade de resultados empíricos. Essa tese encontraria críticas, certamente, junto à análise de Marcelo Sancinetti e Diethart Zielinski - dada a premissa de que apenas interessaria o desvalor da ação.

Enfim, essa é a análise breve da obra de Roig, ao que releva no momento.

IX.

**BREVES CONSIDERAÇÕES  
SOBRE O CONCURSO APARENTE SINCRÔNICO**

## IX. ALGUMAS NOTAS SOBRE CONCURSO APARENTE SINCRÔNICO:

A teoria do concurso de crimes esbarra, não raro, em significativas dificuldades.<sup>1915</sup> O tema é a foz onde desaguam as categorias do fato impunível. Os seus critérios dependem da tomada de posição, por parte do estudioso, a respeito do conceito de bem jurídico, função da pena, desvalor do resultado, desvalor da ação, conceito de dolo, critérios para se recortar unidades de conduta etc.

O tema não é um dos assuntos prediletos dos penalistas.<sup>1916</sup>

Mas, talvez por força do ofício, quase todo tratado penal carrega algum discurso sobre a teoria do concurso de crimes. Oceanos de tinta já foram derramados sobre o tema; dezenas de propostas têm sido formuladas ao longo dos séculos para o cômputo de delitos e para a definição das penas cabíveis.

No mais das vezes, as monografias sobre esse assunto se dedicam a catalogar as propostas teóricas e tomar partido a respeito de algum critério para a identificação do *quantum* de crimes. Assim, percebe-se que, com alguma frequência, os estudos se concentram na análise da evolução da dogmática penal.<sup>1917</sup>

Remanescem, porém, inúmeras questões em aberto. Basta ter em conta o problema da relação entre crimes permanentes e os delitos praticados no seu âmbito (efeito abraçadeira); o debate sobre a incidência das normas deslocadas, no que toca ao concurso aparente de normas penais (*Wiederaufleben*); a distinção entre concurso efetivo e concurso aparente; o concurso de crimes omissivos etc

O exame pode ser promovido sob distintos holofotes. Pode-se privilegiar um estudo fundado na teoria da norma - à semelhança do que parecem empreender Raoul Alberto Frosali e José Lobo Moutinho<sup>1918</sup> -, ou atribuir-se maior peso para

<sup>1915</sup> AISA, Estrella Escuchuri. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**, p. 5.

<sup>1916</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>1917</sup> A título de exemplo, leia-se TAGLE, Horacio A. Carranza. **Introducción al concurso de delitos: criterios sobre unidad y pluralidad delictiva**. Buenos Aires: IBdef, 2011, p. 30-171; MORÁN, Angel Jose Sanz. **El concurso de delitos: aspectos de política legislativa**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1996, p. 39-51; CARAMUTI, Carlos S. **Concurso de delitos**. 2. ed. atual. ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p. 53-138; TORRES, Margarida Roig. **El concurso ideal de delitos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 26-93.

<sup>1918</sup> FROSALI, Raoul Alberto. **Concorso di norme e concorso di reati**. Milão: Dott A. Griuffrè Editore, 1971, p. 14-44. MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal português**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005, p. 147-438.

fatores empíricos (unidade fisiológica de ação, unidade de resultado etc.).<sup>1919</sup>

### 9.1. Algumas considerações sobre a teoria da norma jurídica:

O tema do concurso de crimes demanda, por conseguinte, algumas considerações sobre a teoria da norma. Como se evidenciará adiante, pode-se promover um confronto diacrônico (sucessão de leis no tempo) e também sincrônico<sup>1920</sup> (concurso aparente e concurso efetivo) entre as normas incriminadoras.

Vale a pena atentar para o conceito de norma, elaborado por Bobbio:

Sob o ponto de vista formal, que aqui elegemos, uma norma é uma proposição. Um Código, uma Constituição, são um conjunto de proposições. Trata-se de saber qual é o status dessas proposições que compõem um Código, uma Constituição. A tese que sustentamos é a que as normas jurídicas pertencem à categoria geral das proposições prescritivas.<sup>1921</sup>

Por seu turno, Arnaldo Vasconcelos argumenta o que segue:

[P]ode perfeitamente afirmar-se, com Villoro Toranzo, que 'norma jurídica es la formulación técnica de un esquema construído conforme a una valoración de Justicia dada por el legislador a un problema histórico concreto.' Ressalve-se, apenas, a limitação ao legislador, entendendo-se esse termo com sentido abrangente das várias instâncias de criação normativa.

A norma representa, portanto, o resultado de uma valoração. A característica primordial do valor é a polaridade, ou seja, sua afirmação pelo confronto com o antivalor. Os valores são, ainda polivalentes: além do verdadeiro e do falso, configuram-se o possível, o indeterminado etc. A norma prevê condutas segundo valores tidos por justos, os quais se oferecem aos indivíduos, do ponto de vista de sua liberdade, como possíveis, e à sociedade, do ponto de vista de sua preservação e desenvolvimento, como desejáveis.

Prescreve a norma: dada a situação coexistencial, deve ser a prestação. O dever-ser jurídico já não é abstrato, como na filosofia neokantiana. Agora na concepção fenomenológica de Max Scheller e Hartmann, ele adquire a substância de sua concreção através de um valor que, ademais, lhe dá fundamento. Max Scheller distingue dois tipos de dever-ser, um ideal, o outro normativo, aquele se convertendo neste, quando, especialmente, o possível se torna desejável. 'Um

<sup>1919</sup> LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo III. Tradutor não informado. Madri: Editorial Reus, 1852, p. 145-194. TORRES, Margarida Roig. **El concurso ideal de delitos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 136-154.

<sup>1920</sup> ALBERO, Ramón García. **'Non bis in idem' material y concurso de leyes penales**. Barcelona: Cedecs Editorial, 1995, p. 211 de 406.

<sup>1921</sup> BOBBIO, Norbert. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Batista. São Paulo: Edipro, 2012, p. 74.

dever-ser ideal transforma-se num dever-ser normativo desde que o seu conteúdo passa a ser concebido, vivido (erlebt), por uma consciência apostada na sua possível realização ou a esta inclinada já por qualquer impulso profundo.'

(...)

O conceito mais simples de norma jurídica e, talvez por isso mesmo, o de maior virtualidade, embora envolva uma tautologia, é aquele que resulta do posicionamento da expressão sintética: 'jurídica' ao lado da correspondente expressão sintética 'de Direito': norma jurídica é norma de Direito, isto é, norma de fazer Direito. A norma jurídica é norma de fim."<sup>1922</sup>

Para Hans Kelsen, "Norma dá a entender a alguém que alguma coisa deve ser ou acontecer, desde que a palavra 'norma' indique uma prescrição, um mandamento. Sua expressão linguística é um imperativo ou uma proposição de dever-ser."<sup>1923</sup>

O conceito de norma é obtido mediante uma contraposição com a noção de descrição. A asserção pretende retratar um estado de coisas existente; a norma pretende estimular comportamentos humanos (distinção entre ser e dever-ser).<sup>1924</sup>

Por conseguinte, a teoria da norma está associada aos atos de fala, já aludidos acima (função locucionária, alocucionária e perlocucionária da linguagem). Bobbio reporta-se às funções descritiva, expressiva e prescritiva.<sup>1925</sup>

A norma é uma espécie de prescrição (um comando). E essa é a razão pela qual muitos passaram a advogar a teoria dos imperativos, supondo que o Direito seria um conjunto de ordens emanadas de um soberano (o Estado) em direção aos seus súditos (os sujeitos). Essa concepção pode levar a algum autoritarismo, dado que pressupõe uma inexorável verticalidade na relação entre indivíduos e Estado.<sup>1926</sup>

<sup>1922</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 24 e 26.

<sup>1923</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 2.

<sup>1924</sup> Idem, p. 73-74.

<sup>1925</sup> BOBBIO, Norberto. **Op. cit.**, p. 79. A respeito do 'functor deontico' dever-ser - um sincategorema - leia-se também VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de Direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005, p. 69; VIVES ANTON, Tomás. **Fundamentos del sistema penal**, p. 477. KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del derecho**. 2. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Luis Villar Borda e Ana María Montoya. Colombia: Universidad Externado, 2002, p. 264-286.

<sup>1926</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. **Op. cit.**, p. 54: "Quer dizer, qualquer preceito pode assumir a qualidade de norma jurídica, desde que o Estado o queira. Como o Estado não se manifesta senão por órgãos do governo, o verdadeiro poder de criar Direito vai residir, afinal, na vontade onipotente dos governantes. O modo de compatibilizar essa forma de absolutismo com o Direito não se explica. Nem se poderá fazê-lo, porque, depois de admitida a tese, não há nem mesmo como afirmá-lo. Um direito sem 'qualidad intrínseca y especial' não pode subsistir."

Essa premissa - desenvolvida pelo civilista August Thon<sup>1927</sup> - encontra-se diluída na concepção corrente sobre o Direito (imaginado com um plexo de comandos). No seu dizer, "todo o direito de uma comunidade não é outra coisa senão um complexo de imperativos."<sup>1928</sup>

E é com esse pano de fundo que muitos promovem a distinção entre normas primárias e normas secundárias:

As disposições dos Códigos e leis penais recebem várias denominações, dentre as quais também se emprega a denominação de 'normas'; os que adotam essa denominação costumam distinguir entre normas primárias e secundárias; as primárias seriam as destinadas pelo soberano aos súditos, enquanto que as secundárias (também denominadas denormas relativas a outras normas) estariam dirigidas aos órgãos do Estado encarregados de imposição da pena no caso de transgressão das normas primárias.

Sobre essas normas primárias se construiu a chamada teoria dos imperativos, que provém de Austin e que foi desenvolvida por Thon, mediante entre eles a diferença de que o primeiro acentuava a necessidade da coação associada ao imperativo, enquanto que o segundo omite toda referência à coação e acentua a função motivadora.

A teoria das normas em sua versão monista (Thon) somente admitia mandatos e proibições, pelo qual não haveria lugar para permissões. A consequência é a teoria dos elementos negativos do tipo, ou seja, a indiferença entre tipicidade e antijuridicidade. Toda a sociedade se entendia como um conjunto de ações que estavam ordenadas, proibidas ou que eram indiferentes.

A isso respondia Binding, alegando que desse modo se negavam os direitos subjetivos. Essa teoria tem perdido vigência em sua versão monista. Costuma-se distinguir entre permissões em sentido forte e em sentido débil, conforme seja legalmente expresso ou nos casos de falta de regulação a respeito.<sup>1929</sup>

Binding introduziu o conceito de norma de valoração (tema posteriormente desenvolvido por Armin Kaufmann).<sup>1930</sup> Antes de se determinar qual conduta humana deve ser estimulada, os legisladores devem valorar um determinado estado de coisas, como explica Claus Roxin: "a concepção dominante põe também na base do injusto uma norma de valoração, enquanto que a realização antijurídica do tipo se desaprova pelo Direito como algo que não deve ser."<sup>1931</sup>

Atente-se ainda para a síntese de Sancinetti, ao aludir à obra de Kaufmann:

<sup>1927</sup> Leia-se, a respeito do tema, SANCINETTI, Marcelo A. **Teoría del delito y disvalor de acción**, p. 17-20 e 33-37; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Normas y acciones en Derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2013, p. 15-39 e ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**, p. 99-100. VASCONCELOS, Arnaldo. **Op. cit.**, p. 52.

<sup>1928</sup> THON, August *apud* VASCONCELOS, Arnaldo. **Op. cit.**, p. 52.

<sup>1929</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Op. cit.**, p. 99. Traduziu-se.

<sup>1930</sup> Conforme se lê em SANCINETTI, Marcelo A. **Op. cit.**, p. 18.

<sup>1931</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**, p. 323. Traduziu-se.



Sobre a base do modelo do próprio Binding, Kaufmann parte do princípio indiscutível de que toda norma pressupõe necessariamente um juízo de valor, e que a relação entre este e aquela se dá em uma sequência escalonada.

'A primeira valoração é sempre positiva; uma valoração negativa pressupõe sempre uma positiva que a precede, por mais que ambas possam coincidir no tempo. Esta valoração positiva se refere, ou, melhor dito, dá origem aos chamados bens jurídicos.'

Depois deste primeiro grau de valoração - por exemplo: a vida vale, deve ser -, se deriva necessariamente o segundo grau, as correspondentes valorações do acontecer.

'Todo aquele que afeta a situação jurídica valorada positivamente, é dizer, todo acontecimento que lesiona um bem jurídico, se submete a um juízo de valor negativo.'

Nessa escala se obtém, portanto, a consequência de que a produção de um resultado contrário ao valor - ao valor positivo do primeiro nível -, constitui um desvalor; e um desvalor (do resultado), precisamente segundo a norma, é dizer, a mesma norma de valoração que se encontrava na base de Mezger. Nesse sentido, também a morte causada por um raio não-deve-ser.

Certamente, o segundo grau de juízos de valor se refere também a valorações positivas, porque, se da primeira escala se deduz o desvalor da afetação do objeto do bem jurídico, assim também se infere o valor (positivo) de todo acontecimento que o proteja. Em todo caso, nesse grau se trata também sempre do desvalor, ou valor, de uma situação de fato (objetiva)."<sup>1932</sup>

Essa concepção busca enfatizar que meros conselhos não seriam jurídicos.

A coação seria a nota característica da norma, razão pela qual Cunha Gonçalves enfatizava, por exemplo, o que segue:

[P]odem considerar-se como lei e não podem ter caráter imperativo as disposição sem conteúdo obrigatório, porque nada ordenam, nem proíbem, mas só constituem declarações políticas, afirmações doutrinárias teóricas, recomendações, exortações, conselhos, aspirações idealísticas, promestas de lei, prevenções etc., ou normas técnicas em matéria industrial ou comercial, regras de contabilidade, enfim, sugestões a que os particulares podem obdecer ou não, sem incorrerem em sanção alguma.<sup>1933</sup>

A tese parece confundir lei (a fonte normativa) com a norma. Ademais, também parece atribuir a nota da imperatividade à existência de sanção estatal, quando o mais correto é o reconhecimento do caráter obrigatório do Direito por conta

<sup>1932</sup> SANCINETTI, Marcelo A. *Op. cit.*, p. 32-33. Traduziu-se. Atente-se também para a detalhada análise sobre a teoria da norma (norma de valoração e norma de determinação) promovida na obra MARTÍN, Luis Gracia. **Fundamentos del sistema del Derecho Penal: una introducción a las bases de la dogmática penal del finalismo**. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2011, p. 99-119.

<sup>1933</sup> GONÇALVES, Luís da Cunha *apud* VASCONCELOS, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 53.

de uma pretensão moral de correção, como dizia Herbert Hart.<sup>1934</sup>

Um bando de ladrões pode endereçar ordens às suas vítimas, com a ameaça da sobrevinda de um resultado lesivo (coação). Todavia, dada a ausência desse fundamento moral - enquanto expectativa coletiva de que certos preceitos devem ser observados -, os comandos da quadrilha não configuram direito.

Daí que, como explica Arnaldo Vasconcelos, "A norma jurídica propriamente dita, ou regra normativa, manifesta-se, pela razão invocada, na forma de um imperativo, de um comando. Não se trata, porém, de ordem partida de uma vontade superior e endereçada a vontades subordinadas."<sup>1935</sup>

Convém atentar, ademais, para a advertência de Vives Anton:

Antes de tentar responder a pergunta sobre o sentido das normas penais, que a doutrina majoritária responde, pura e simplesmente, dizendo que são, sobretudo, imperativos, é preciso detalhar, com a maior clareza possível, do que se está falando; pois muitos dos problemas da teoria da norma deixam de ser tais quando se colocam e resolvem com precisão.

Convém, pois, em primeiro termo, esclarecer que uma norma é uma regra de conduta, que pode ter sido expressada linguisticamente ou ser inferida do que habitualmente se faz. Mas, na medida em que aqui tratamos das normas penais, podemos deixar de lado essa segunda opção; dada a submissão do Direito Penal ao princípio da legalidade, as normas penais deve ser veiculadas pela lei.

A lei penal é, portanto, o instrumento no qual as normas penais se expressam, ou, dito de outro modo, é sua fonte. A lei não é, sem mais, a norma, senão que a norma é expressada na lei e é o que a lei significa ou parte do que a lei significa.

Identificar norma e lei responde a um uso linguístico corrente. E nada há que se objetar a esse uso, caso se tem em conta que não é mais do que um engano, isto é, sabendo que o que justifica a sinonímia é uma mera figura retórica e não uma equivalência conceitual. Do contrário, o uso comum se converte em uma primeira fonte de confusões.<sup>1936</sup>

Não se pode confundir norma com a fonte normativa. O conteúdo da norma é aferido a partir da interpretação da lei, não se confundindo com o próprio texto legislativo. No mais das vezes, um enunciado pode suscitar inúmeras interpretações e, portanto, distintas possíveis normas.

Esse é um breve apanhado sobre a teoria da norma. Destina-se apenas a servir de anteparo para as reflexões que seguem adiante.

<sup>1934</sup> HART, Herbert L.A. **O conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Leia-se também RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 46-48 e VIVES ANTON, Tomás. *Op. cit.*, p. 361-365.

<sup>1935</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 57.

<sup>1936</sup> VIVES ANTON, Tomás. **Fundamentos del sistema penal**, p. 351. Traduziu-se.

## 9.2. Conflito entre normas:

Como já foi mencionado ao início dessa investigação, a Ciência é imaginada como sendo um sistema completo e sem contradições internas. Ou seja, ela deveria abarcar toda a realidade e, ao mesmo tempo, fazê-lo de forma consistente.

Ora, pelo quanto foi exposto no capítulo II, percebe-se que essa pretensão é fadada ao fracasso. Toda observação possui 'pontos cegos', algo que não pode ser justificado no interior do próprio discurso. Vive-se o *trade-off* entre completude e coerência interna, dado que ambos parecem mutuamente excludentes.

O fato é que, forma semelhante, o Direito tem sido concebido como um sistema prescritivo. Sustenta-se, com isso, que ele seria um plexo ordenado, coeso, de normas jurídicas, não contraditórias entre si. O Direito regularia toda a ordem social, dada a existência de mecanismos de 'fechamento' sistêmico.

Invoca-se, nesse âmbito, a afirmação de que tudo quando não é proibido, é permitido (não haveria espaço vazio de direito).<sup>1937</sup> Ao mesmo tempo, os legisladores também acabam delegando aos magistrados a solução dos casos não regulados expressamente em lei, conforme se infere do art. 4º do Decreto-lei 4.657/1942 (lei de introdução às normas do Direito brasileiro).

Muito se fala, pois, em sistema jurídico.

Pode-se conceber um sistema complexo, na forma propugnada por Niklas Luhmann. O professor de Bielefeld concebe o Direito como sendo um sistema autopoiético, nascido no interior da sociedade, a partir da diferenciação da comunicação que está na sua base.

O Direito teria origem no paradoxal critério de diferenciação 'conforme o Direito/desconforme o Direito', criando um mecanismo próprio de observação (distinguindo-se da moral, da política, da economia, da arte e da ciência).<sup>1938</sup>

<sup>1937</sup> Em sentido contrário, advogando a existência de espaço livre de Direito (ou espaço vazio de Direito), leia-se KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del derecho**, p. 407-419. Em p. 408, Kaufmann diz que "Espaço livre de direito não significa juridicamente não regulado, senão juridicamente não valorado (...) Muito pelo contrário, no espaço livre de direito se trata de ações relevantes e reguladas juridicamente, as quais apesar disso não podem ser valoradas, nem como adequadas ao Direito, nem tampouco como antijurídicas." Traduziu-se.

<sup>1938</sup> O critério é paradoxal, eis que - para criar o Direito -, dever-se-ia já supor a sua existência (o Direito surgiria com a 'forma' - expressão de Luhmann - 'conforme o Direito/desconforme o Direito'), como se fosse autológico/autopoiético, algo que contradiz a lógica, dado que nada pode criar a si mesmo.

Na base do sistema jurídico, segundo esse ideário luhmanniano, encontrar-se-iam pontos cegos. Afinal de contas, não existiria uma 'norma hipotética fundamental' da própria norma fundamental kelseniana. Tampouco haveria norma de reconhecimento da própria norma de reconhecimento (em Hart).<sup>1939</sup>

Não vem ao caso, aqui, detalhar a intrincada concepção luhmanniana sobre o fenômeno jurídico. Basta ter em conta, ao que releva, que ele imagina que o sistema seria autorreferencial (o Direito observaria o próprio Direito), questão de resto já suficientemente explicitada ao início dessa tese.

Conquanto parta de marcos teóricos muitos distintos, Claus Wilhelm Canaris também advoga que o Direito seria um sistema normativo.<sup>1940</sup> Almeja-se, com isso, evitar contradições internas e impedir o surgimento de lacunas.

Melhor dizendo, a invocação de um sistema jurídico parece exigir que toda interpretação de um texto de lei leve em conta uma mútua imbricação entre normas - reconhecidas a partir da hermenêutica de outros tantos textos legislativos. O intérprete deveria privilegiar a leitura sistemática da lei.<sup>1941</sup>

Vale a pena ter em conta que, com alguma frequência, inúmeras normas são empregadas para a avaliação jurídica de determinada conduta. A prática de uma fraude para sonegar tributos configura o crime definido no art. 1º da lei 8137/1990 e, ao mesmo tempo, também uma infração administrativa tributária.

Estas normas que concorrem para o julgamento do caso concreto não têm por que pertencer a distintos setores do ordenamento jurídico, senão que podem pertencer a um mesmo setor do ordenamento jurídico. Neste último, é dizer quando no caso ou em uma parte do mesmo emerge uma pluralidade de fatos da mesma natureza jurídica que correspondem a uma pluralidade de preceitos, os quais, por sua vez, preconizam uma consequência jurídica da mesma natureza, se colocam problemas especiais.<sup>1942</sup>

Há uma sobreposição normativa complementar, corriqueiramente reconhecida para a adequada avaliação de determinado comportamento humano. O

<sup>1939</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 107, 158 e 164.

<sup>1940</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 26-38. Sobre o conceito de sistema jurídico, leia-se também RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 224-248.

<sup>1941</sup> Idem, p. 207-216.

<sup>1942</sup> AISA, Estrella Escuchuri. **Op. cit.**, p. 11-12. Traduziu-se.

fenômeno jurídico envolve alguma complexidade, justamente pelo fato de permitir distintos critérios de observação (Direito de família, penal, civil, trabalhista etc.).

Não é o caso de se promover um exame mais detalhado, aqui, sobre essa complementariedade de inúmeras normas jurídicas, fadadas à aplicação simultânea sob distintos escopos (*telos*) retóricos. Nem sempre a incidência de inúmeras normas sobre o mesmo recorte empírico implicará antagonismos e aporias.

Esquemmatizando o processo de aplicação da lei ao referirmos fundamentalmente ao processo de subsunção, colocamos ênfase na distinção entre o sucesso empírico que se pretende qualificar (*Sachverhalt*), que aparece como o objeto de valoração e a hipótese de incidência abstrata (o *Tatbestand* para os alemães, *fattispecie* da doutrina italiana ou a *hypothèse du droit* dos franceses) que equivale à premissa maior da regra jurídica e ao qual se atribui uma determinada consequência jurídica. Pois bem, o que determina a aparição de uma situação de concurso é que a partir do acontecimento real se extraem fatores juridicamente relevantes com relação não com um só preceito, senão com vários preceitos ou disposições legais (igualdade na premissa menor à que é possível em princípio aplicar várias premissas maiores).<sup>1943</sup>

Deixando de lado, por ora, essa confluência de normas de distintos ramos jurídicos - aparentemente, uma confluência harmônica -, é fato que os conflitos parecem ser inexoráveis. Não raras vezes, as normas se contradizem mutuamente.

De partida, porquanto os legisladores não são oniscientes. Eles não conhecem toda a realidade que pretendem regulamentar. Até porque ninguém a conhece, dados os problemas epistemológicos já retratados acima.

Tampouco os parlamentares podem ser presumidos como sendo absolutamente sábios ou 'legisladores Hércules', para invocar aqui a alegoria que Ronald Dworkin aplica aos juízes.<sup>1944</sup> Ou seja, não há razão alguma para se imaginar que a legislação seja fruto de uma tarefa verdadeiramente racional.

Com alguma frequência, as leis - sobretudo as leis penais! - são fruto de paixões políticas episódicas, pressões midiáticas, cobranças populares de ocasião, não retratando alguma reflexão mais densa sobre a adequação dos preceitos para a solução dos problemas a que se referem.<sup>1945</sup>

<sup>1943</sup> AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>1944</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 165.

<sup>1945</sup> Sobre as etapas do processo legislativo no âmbito penal, passando pela percepção social de vulnerabilidade, cobrança midiática por recrudescimento penal etc., leia-se RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade da leis penais: teoria e prática**. Tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2005, p. 26-70.

[P]odemos destacar que no âmbito do Direito penal, da mesma forma que ocorre em outros setores do ordenamento jurídico, aparecem situações nas quais um fato realiza a hipótese de incidência de várias normas penais, cada uma das quais implica sua correspondente consequência jurídica. Para compreender a origem e os caracteres destas situações de concurso de preceitos é necessário ter em conta a configuração própria do nosso sistema juridicopenal, que aparece constituído por uma pluralidade de tipos que servem à proteção de bens jurídicos. Analisando a estrutura dos mesmos, os elementos de que se compõem, resta descartada a possibilidade de que todos os tipos constituam compartimentos estanques, de forma que seus respectivos âmbitos de aplicação não coincidam nunca. Existem, desde logo, tipos excludentes ou heterogêneos que não contém elementos comuns, mas também é muito frequente que tipos distintos contenham elementos comuns (se solapam em maior ou menor medida). As situações concursais aparecem como um problema inevitável em um sistema formado por tipos abstratos.<sup>1946</sup>

O sistema é repleto de lacunas e também de redundâncias.<sup>1947</sup>

E é nesse âmbito que se coloca o problema do conflito entre normas, ensejando contradições no âmago do sistema jurídico. Em outras palavras, o conflito decorre do fato de uma norma obrigar o que outra proíbe.

Não raras vezes, essas contradições podem nascer de equívocos dos legisladores ou dos intérpretes das fontes normativas. Mas as contradições podem surgir pela própria dificuldade de se assegurar normas absolutamente coesas entre si, aptas a regular todas as relações sociais em uma sociedade altamente complexa.

Vale a pena atentar para a definição de Hans Kelsen:

Existe um conflito entre duas normas, se o que uma fixa como devido é incompatível com aquilo que a outra estabelece como devido e, portanto, o cumprimento ou aplicação de uma norma envolve necessariamente ou possivelmente, a violação da outra. O conflito pode ser bilateral ou apenas unilateral. É bilateral se o cumprimento ou aplicação de cada uma das duas normas envolve, necessariamente ou possivelmente, uma violação da outra. É unilateral, se apenas o cumprimento ou aplicação de uma das duas envolve uma violação da

<sup>1946</sup> AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 56. Traduziu-se.

<sup>1947</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 419. Para o professor de Bielefeld, a consistência do sistema jurídico teria que ser produzida mediante a reiteração de decisões jurídicas. Atente-se para o seguinte excerto, de p. 420: "Desde o ponto de vista do observador de segunda ordem que pretende tematizar a forma de operar do sistema do direito (e não somente tematizar os argumentos, os objetivos, as condições de verdade), trata-se da produção de suficiente consistência a partir da grande quantidade de decisões entre si. Já que nisso nenhuma decisão está na possibilidade de definir e delimitar a quantidade total das outras decisões, e menos ainda, em condições de reconhecer seu conteúdo. Algo deve suceder 'em vez disto' para evitar que o sistema se desintegre em um conjunto delimitável, sob características escolhidas pelo mesmo; classe/categoria/espécie. A resposta a isso seria: o estabelecimento de suficientes redundâncias. Se a justiça consiste na consistência das decisões, então podemos dizer também: justiça é redundância. Desta maneira, a redundância se distingue de outros tipos de decisão ideal que têm em mente a otimização das decisões particulares, ao discernir entre uma quantidade grande de informação possível." Traduziu-se.

outra. O conflito pode ser total ou parcial. É total se uma norma impõe uma conduta determinada, a outra proíbe justamente essa conduta (impõe a omissão da conduta). É parcial se o conteúdo de uma norma só em parte é diferente do conteúdo da outra norma.

São exemplos de conflitos de normas necessários:

I. Norma (1): Ama teus inimigos!

Norma (2): Não ames, mas odeia teus inimigos.

O cumprimento da norma (1) é necessariamente violação da norma (2), o cumprimento da norma (2) é necessariamente a violação da norma (1).

II. Norma (1): Bigamia deve ser punido.

Norma (2): Bigamia não deve ser punido.

A aplicação da norma (1) é necessariamente a violação da norma (2); a aplicação da norma (2) (a omissão da punição da bigamia) é necessariamente violação da norma (1).

Em ambos os casos, o conflito de normas é total.

(...)

São exemplos de possíveis conflitos de normas:

IV. Norma (1): Todas as pessoas devem deixar de mentir.

Norma (2): Médicos devem mentir se, com isso, tratam bem de seus pacientes. O cumprimento da norma (2) é necessariamente uma violação da norma (1). Mas o cumprimento da norma (1) é apenas possivelmente uma violação da norma (2) (somente se um médico deixa de mentir). O conflito é bilateral, mas apenas parcial, e somente de um lado, de parte da norma (2), necessário, do outro, de parte da norma (1), apenas possível.<sup>1948</sup>

Como regra, o conflito real entre normas deve ser solucionado com o reconhecimento da ab-rogação de um dos preceitos. Desde que emanadas do mesmo sistema jurídico, a norma que manda matar o inimigo e a norma que manda salvá-lo não podem coexistir ao mesmo tempo.

Não se cuida propriamente de uma contradição lógica. Apenas se poderia falar em contradição lógica, caso firmada a premissa de que os legisladores não podem emitir normas antagônicas entre si (e isso é valorativo, e não algo lógico!).<sup>1949</sup>

O fato é que, conquanto não seja propriamente uma contradição lógica (como aquela que existe entre a asserção 'A' e '¬A'), a existência de normas antagônicas causa enorme perplexidade e indecisão.

Basta imaginar que o sujeito tenha que escolher entre cumprir a norma que manda fazer determinada conduta e a norma que manda omiti-la, sob pena de

<sup>1948</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 157-158.

<sup>1949</sup> Idem, p. 159-160: "Por meio da derrogação, é abolida a validade de uma norma que está em vigor. No caso de uma contradição lógica entre dois enunciados, um deles, desde o princípio, é falso. Sua verdade não é abolida, ela não existe desde o princípio. Visto que a validade de uma norma é sua específica existência, um conflito de normas - contanto que em geral uma comparação seja possível - não pode ser comparado com uma contradição lógica, mas apenas com duas forças atuantes em direção oposta ao mesmo ponto. Um conflito de normas é um caso indesejável, porém possível, e de modo algum raro."

sanções. Ele será sancionado de toda forma; e isso agride postulados mínimos de justiça, causando também a indefinição por parte do agente (insegurança jurídica).

Há, pois, um conflito normativo *lato sensu*, conceito que engloba todas aquelas hipóteses em que as normas parecem regular de forma distinta o mesmo recorte empírico; casos, portanto, de aparente sobreposição de normas.<sup>1950</sup>

O sistema jurídico veicula normas de segundo grau, regrando a solução dos conflitos normativos. Cuida-se de uma espécie de observação de segunda ordem, para empregar a terminologia luhmanniana acima mencionada:

A solução do conflito mediante derrogação pode, mas não tem de realizar-se. Derrogação apenas se efetua, se ela é estatuída pela autoridade que estabelece a norma. Assim como o conflito de normas não é contradição lógica, a derrogação que soluciona o conflito não é princípio lógico - como se aceita na Ciência do Direito (Jurisprudenz) tradicional - senão - justamente conforme a derrogação que se realiza sem que exista uma necessidade - a função de uma norma positiva de Moral, especialmente de uma norma positiva do Direito; e precisamente não de uma das normas que estão em conflito, mas de uma terceira norma que determina que, no caso de um conflito de normas, uma ou outra das duas, ou ambas as normas, percam sua validade.<sup>1951</sup>

Semelhante é a análise de Maria Helena Diniz, quando sustenta que, diante de normas conflitantes, o intérprete pode ser obrigado a rechaçar uma delas, porquanto predominante sobre a outra, ou então ser obrigado a ter como não vigentes ambas as normas.<sup>1952</sup>

Vale a pena atentar para o seguinte excerto, no qual a professora paulista detalha os requisitos para que se possa falar em uma real antinomia normativa:

a) (..) Para verificar se há antinomia jurídica é preciso confrontar normas jurídicas entre si. Não há conflito jurídico entre uma norma moral e uma norma jurídica, porque a relação entre elas expressa um

<sup>1950</sup> "Os conflitos de leis se colocam, como temos anotado, quando dois ou mais preceitos legais contemplam hipóteses que são total ou parcialmente coincidentes e dão uma regulação diferente com a mesma finalidade ou causa. O conflito de leis é um tema de vigência e validade de um grupo normativo, com a conseguinte derrogação de outro. Pelo contrário, encontra-se diante de um concurso de leis em sentido amplo quando existem várias destas que são, em princípio, aplicáveis a um fato concreto ou não abstrato (é o fato concreto, o fato da vida real o que coloca em relação os distintos preceitos). nestes casos, o problema que se coloca não é o de vigência-derrogação senão, pelo contrário, o da aplicabilidade-inaplicabilidade dos preceitos em concurso para o caso concreto. Diferentemente do que ocorre com a colisão de normas, que se produz uma vez (porque provoca a eliminação das mesmas do ordenamento jurídico), o concurso de normas é persistente, já que os preceitos concorrentes que não se aplicam não são eliminados do ordenamento jurídico." AISA, Estrella Escuchuri. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2004, p. 14-15. Traduziu-se.

<sup>1951</sup> Idem, p. 160.

<sup>1952</sup> DINIZ, Maria Helena. **O conflito de normas**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20.



conflito de deveres, sob o prisma moral e não sob o ponto de vista jurídico. Não se pode, portanto, falar em conflito jurídico ou incompatibilidade jurídica entre duas normas de ordenamentos diferentes, uma do ordenamento normativo moral e outra do jurídico.

b) Ambas sejam vigentes e pertencentes a um mesmo ordenamento jurídico. Logo um estudioso do direito comparado não poderia dizer que o artigo X do Código Civil francês é incompatível com o artigo Y do Código Civil brasileiro, apenas poderia mostrar as diferenças que esses dispositivos legais apresentam ou fazer considerações sobre eles, indicando sua preferência por um deles.

c) Ambas devem emanar de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, prescrevendo ordens ao mesmo sujeito.

d) Ambas devem ter operadores opostos (uma permite, outra obriga) e os seus conteúdos (atos e omissões) devem ser a negação interna um do outro, isto é, uma prescreve o ato e a outra, a omissão. Para haver incompatibilidade, portanto, será necessário que as instruções dadas ao comportamento do sujeito se contradigam, pois, para obedecê-las, ele deverá também desobedecê-las. São antinômicas a norma A que prescreve é permitido fumar nesse recinto e a B, que reza é obrigatória a omissão de fumar nesse recinto. Nem sempre há conflito absoluto entre duas normas, como no exemplo acima, pois pode haver antinomia parcial, quando uma norma obriga a omissão e outra proíbe a omissão, tendo em vista condições de aplicação, tais como que, para obedecer a um comportamento, é preciso desobedecê-lo. Por exemplo: feche a janela sempre que estiver aberta e abra a janela sempre que estiver fechada.

e) O sujeito, a quem se dirigem as normas conflitantes, deve ficar numa posição insustentável, isto é, ensina-nos Tércio Sampaio Ferraz Jr., não deve ter meios para se livrar dela, por falarem critérios, quando a antinomia se dá entre normas cronológica, hierárquica e especialmente semelhantes e por inconsistência de critérios existentes, como é o caso da meta-regra *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, que é parcialmente inefetiva, e do conflito entre os critérios hierárquico e de especialidade. A opção por um deles contrariaria, na lição de Bobbio, como mais adiante veremos, a necessidade prática de adaptação do Direito: teoricamente dever-se-ia escolher o critério hierárquico, pois uma norma constitucional geral tem prevalência sobre uma lei ordinária especial, mas a prática, ante a exigência de se aplicarem as normas constitucionais a novas situações, leva frequentemente a fazer triunfar a lei especial, embora ordinária, sobre a constitucional.

Em resumo, para haver antinomia real será preciso a concorrência de três condições imprescindíveis, que são: a) incompatibilidade; b) indecidibilidade; e c) necessidade de decisão."<sup>1953</sup>

Isso significa que as verdadeiras antinomias normativas ocorreriam entre preceitos de igual hierarquia (p.ex., entre normas constitucionais) e de mesmo início de vigência, de modo que faltariam então critérios manifestos para solução do conflito. E isso sabidamente é algo pouco frequente no Direito.

Com efeito, a tradição jurídica desenvolveu um conjunto de meta-normas destinadas a solucionar casos de um aparente conflito normativo. Não se pode confundir - convém deixar claro! - esse problema com aquele outro, a ser tratado adiante, que diz respeito ao concurso aparente de tipos penais.

<sup>1953</sup> Idem, p. 22-24.

Assim, em um primeiro âmbito, pode-se tratar do conflito entre normas de distintas hierarquias. Como sabido, há muito tempo a dogmática jurídica desenvolveu critérios de escalonamento de normas (a pirâmide kelseniana), pela qual as normas constitucionais ab-rogam normas infraconstitucionais. E, desde que respeitado o seu âmbito de aplicação, normas complementares - submetidas a quórum qualificado<sup>1954</sup> - também ab-rogam normas ordinárias com elas incompatíveis.

Convém apenas mencionar, nesse âmbito, os tradicionais cânones de solução de antinomias contornáveis (ou decidíveis): (a) o critério hierárquico - *lex superior derogat legi inferiori*; (b) o critério cronológico - *lex posterior derogat legi priori*; (c) o critério da especialidade - *lex specialis derogat legi generali*.<sup>1955</sup>

Repise-se que as chamadas antinomias *reais* envolvem os próprios meta-critérios, sendo indecidíveis (quando as normas são de idêntica hierarquia, idêntico grau de abstração, e publicadas no mesmo momento e ambas igualmente constitucionais). Em uma situação inusitada como essa, pode-se gerar uma grande perplexidade, por não haver regras manifestas para solução do conflito.

De todo modo, não é o caso de se descer às minúcias do problema do antagonismo normativo. Cuida-se apenas de ofertar um panorama da questão, para o desenvolvimento do problema do concurso aparente de normas.

Há necessidade, de toda sorte, de se mencionar brevemente o problema da sucessão das leis penais no tempo.

### **9.3. Conflito aparente diacrônico - sucessão de leis penais no tempo:**

Deve-se ter em conta que o concurso aparente apenas pode ser cogitado diante de normas igualmente vigentes. Importa dizer: antes de se aferir eventual caso de especialidade, consunção ou subsidiariedade, o intérprete deve apreciar eventual ab-rogação normativa.

Esse é um cuidado muito importante, e raras vezes tratado expressamente pela dogmática penal no âmbito da teoria do concurso de crimes. Frequentemente, o

---

<sup>1954</sup> REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Constituição Federal, art. 69. Em princípio, uma norma complementar que verse sobre tema reservado à lei ordinária pode ser ab-rogada por lei ordinária. A respeito do tema, leia-se o precedente do STF, RE 419629, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

<sup>1955</sup> AISA, Estrella Escuchuri. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2004, p. 13.

problema da sucessão das leis penais no tempo é versado ao início dos tratados penais (postulado da legalidade), sem uma explícita conjugação, na sequência, com o problema que anima essa investigação.

De certo modo, a sanção penal possui natureza modulável. Ela apenas pode ser aplicada na exata medida em que persista o desvalor ético-social que está na sua base. Mesmo que o agente tenha violado a lei então vigente - ao tempo da sua conduta -, a pena não pode se aplicada caso tenha sido publicada tempos depois uma lei descriminalizando referido comportamento.<sup>1956</sup>

Deve-se ter em conta que, para a definição do tempo do crime, o Direito brasileiro adotou a teoria da ação (art. 4º, Código Penal). Deve-se aferir, portanto, quais as normas vigentes no momento em que a ação ou a omissão foi praticada.<sup>1957</sup> E isso já revela a inexorável importância da teoria da ação, para o Direito Penal.

Vale a pena atentar para o seguinte excerto da obra de Andrei Schmidt:

[S]empre que uma lei mitiga as consequências da intervenção penal, seja reduzindo uma pena, seja instituindo uma nova excludente do crime ou da punibilidade, ou, até mesmo, descriminalizando uma conduta, passa ela a ter aplicação retroativa aos fatos anteriores, e o fundamento de tal solução encontra-se na conjugação do utilitarismo penal com o princípio da igualdade.

Com efeito, uma vez reconhecida a imprestabilidade do fundamento retributivo do Direito Penal (v. n. 2.2., supra), há de se admitir que toda intervenção penal legislativa incide para o futuro, e não para o passado.

Mas, tratando-se de uma mitigação dos efeitos penais para os delitos contemporâneos (*lex mitior* ou *abolitio criminis*), acaba a nova lei por alcançar também os fatos pretéritos, já que nenhuma utilidade existe em considerar-se um fato atual como não reprovável (ou menos reprovável) e os fatos anteriores, dêis que idênticos, reprováveis (ou mais reprováveis).

Somente valendo-se do fundamento retributivo é que poderá fundamentar a irretroatividade da *lex mitior* ou da *abolitio criminis*, já que, segundo Kant: 'Qualquer dano imerecido que ocasionas a outro indivíduo, será também a ti aplicado. Se injurias, serás injuriado; se roubas, serás roubado; se mastas, serás morto também. Só a lei do talião (*ius talionis*) pode oferecer com segurança a qualidade e a quantidade do castigo, msa, bem entendido, só aplicável (e não perante um juízo privado) (...) Ainda que a sociedade civil viesse a se dissolver com o consentimento de todos os seus membros (por exemplo, se decidisse o povo que vive em uma ilha dissolver-se e disseminar-se por todo o mundo), antes haveria de ser executado o último assassino que se encontre no cárcere, a fim de que cada qual

<sup>1956</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**, p. 162-163.

<sup>1957</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da filosofia da linguagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 144-146. DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2012, p. 349-350. MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: parte geral. Volume 2. São Paulo: RT, 2012, p. 82-84.

receba o que merece por seus atos.

Superada essa ideologia penal, teremos as modernas soluções para o problema da sucessão de leis penais no tempo, ou seja, a irretroatividade da *lex gravior* e a retroatividade da *lex mitior* e da *abolitio criminis*. Tais comandos vinculam não só a atividade do juiz - posto que não será permitido a ele aplicar a lei penal em desconformidade com tais postulados -, como também do legislador - pois não poderá uma lei, sob pena de ser reputada inconstitucional, prever expressamente a retroação de seus efeitos prejudiciais ou, ao contrário, impedir a retroação dos seus efeitos benéficos.<sup>1958</sup>

Com efeito, o art. 5º, XL da Constituição e o art. 2º do Código Penal brasileiro determinam a aplicação retroativa das normas penais que de qualquer modo favoreçam o agente.

Para se aferir qual a norma mais favorável, deve-se promover uma espécie de método de tentativa e erro, a fim de se identificar qual enunciado prescritivo implicaria sanção mais benéfica ao autor de um crime.<sup>1959</sup> Ou seja, uma norma deve ser considerada mais benéfica que outra, sempre que ensejar um menor prazo de reclusão/detenção; cominar uma pena menos grave (p.ex., preconizar pena restritiva de outros direitos, ao invés da privação da liberdade); viabilizar medidas de desencarceradoras, com requisitos menos gravosos (p.ex. facilitar a obtenção do *sursis*, do livramento condicional) etc.

Não raras vezes, podem surgir graves dúvidas a respeito de qual a medida mais benéfica (p.ex., a norma mais recente torna mais brando o regime inicial de cumprimento da pena, mas, ao mesmo tempo, dificulta a progressão de regime). Em casos tais, deve-se oportunizar manifestação ao agente, para que diga qual norma reputa mais favorável à sua situação jurídica.<sup>1960</sup>

Esse é um aspecto da questão: a retroatividade das normas mais benéficas.

Mas, para além disso, há um problema mais geral, que diz respeito à própria ab-rogação das normas incriminadoras. A questão diz respeito a saber quando um preceito é substituído por outro.

<sup>1958</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 208-209.

<sup>1959</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007, p. 49. ROXIN, Claus. **Derecho penal**, p. 167-168. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**, p. 149-150. DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**, p. 354-355. CARVALHO, Américo A. Taipa de. **Sucessão de leis penais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 125-131.

<sup>1960</sup> Taipa de Carvalho sustenta que o caráter mais benéfico de determinada norma em confronto com normas anteriormente vigentes deve ser aferido pelo exame de todos os seus detalhes e condições: "A solução mais correcta e impota político-criminalmente é a que passa pela ponderação concreta e diferenciada, aplicando-se de cada uma das leis em confronto as disposições penais que sejam concretamente mais favoráveis ao infractor." CARVALHO, Américo A. Taipa de. **Op. cit.**, p. 256.

Sobrevém textos legislativos novos e, apesar disso, os intérpretes continuam a aplicar normas veiculadas pelas leis antigas, sem aferir em que medida elas ainda seriam vigentes. Cuida-se, pois, de um problema grave, a demandar atento exame.

Repita-se: apenas se pode cogitar de concurso aparente (unidade de lei) quando os tipos penais confrontados sejam igualmente vigentes. Daí que o primeiro trabalho a ser realizado pelo intérprete diz respeito a essa análise diacrônica das normas (sucessão de leis penais no tempo).

Atente-se para a lição de Giuseppe Bettiol:

Nenhuma manifestação da vida se subtrai à ação inevitável do tempo. Também a lei penal nasce, vive e morre. Depois de haver abordado as formas de nascimento (fontes) do direito penal e os modos de vida (interpretação para fins de aplicação) resta examinar os modos mediante os quais a lei penal se extingue. Tal pode ocorrer extraordinariamente mediante o decurso do tempo predeterminado para a eficácia da lei, ou mediante a realização do escopo que a lei prefixava. Mas o modo ordinário, comum, é a sua ab-rogação (art. 15 das disposições preliminares do Código Civil [italiano]), que pode ser explícita, quando com uma lei posterior o legislador afirma a vontade de retirar toda eficácia de uma lei precedente. A ab-rogação pode ser total ou parcial. Com o funcionamento da Corte Constitucional tornou-se atuante o art. 116 da Constituição, segundo o qual, ha hipótese em que a Corte declare a ilegitimidade constitucional de uma norma de lei ou de um ato com força de lei, a norma cessa de ter eficácia no dia sucessivo à publicação da decisão.<sup>1961</sup>

Quanto em causa a ab-rogação expressa, o problema quase não se coloca. O próprio diploma legislativo deixa manifesta a revogação dos dispositivos da lei anterior e, com isso, das normas por eles veiculados.

Questão muito mais difícil diz respeito à ab-rogação implícita. Cuida-se de casos em que, conquanto os legisladores empreguem distintos *nomen iuris*, eles acabam por regular integralmente a mesma conduta, revelando a pretensão de exaurir a sua apreciação jurídica.

Trata-se, pois, da chamada sucessão de leis penais em sentido amplo, a cujo respeito Américo Taipa de Carvalho argumenta o que segue:

As alterações legislativas penais ou sucessão de leis penais em sentido amplo podem derivar da mutação da concepção do legislador sobre a ilicitude do facto ou sobre a necessidade político-criminal da pena, quer em sentido negativo (lei despenalizadora), quer em sentido afirmativo (lei penalizadora).

A modificação da concepção legislativa sobre a ilicitude do facto pode

<sup>1961</sup> BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Trad. não indicado. Campinas: Red Livros, 2000, p. 124-125.

ter origem no bem jurídico tutelado ou a tutelar penalmente, ou na modalidade do facto descrito ou a descrever tipicamente. Ilustremos: o valor protegido era considerado pela L.A como bem jurídico penal e deixou de ser pela L.N., ou porque o legislador entendeu que, face à consciência ético-axiológica da sociedade, tal valor, mesmo que importante, não é considerado como fundamental à vivência pessoal e comunitária (por hipótese, a fidelidade conjugal) ou porque, embora o conceba como essencial, entende que a responsabilização penal não é o meio mais adequado à proteção de tal valor (por exemplo: a pura e simples despenalização do consumo de estupefacientes ou, então, a 'conversão' de crime em contra-ordenação da venda de bens impróprios para consumo, desde que não constituam perigo para a saúde).

A alteração da concepção sobre a ilicitude do facto pode estar, por outro lado, associada e dependente da conexão causal existente entre o facto e o bem jurídico-penal. Baseado em dados da experiência, assumidos político-criminalmente, pode o legislador entender que determinada acção não constituir per se perigo próximo para o valor que o respectivo tipo legal visava proteger e, conseqüentemente, substituir a L.A., que consagrava um tipo legal de crime de perigo abstracto pela L.N. que exige, adicionalmente, que a acção constitua, efectivamente, um perigo de lesão do bem jurídico (tipo legal de crime de perigo concreto).<sup>1962</sup>

O mencionado professor lusitano enfatiza que há casos em que as alterações legislativas implicam mudanças na estrutura do tipo legal de crime. A pergunta é a seguinte: teria havido o acréscimo de um tipo penal incriminador ou a substituição de um tipo anteriormente vigente por outro?

Por acaso o art. 1º da lei 8.137, de 1990, havia ab-rogado o crime de descaminho, previsto no art. 334 do Código Penal (recentemente alterado pela lei 13.008/2014)? Segundo a análise de Pedro R. Decomain, a lei de crimes contra a Ordem Tributária teria derogado algumas das normas veiculadas pelo art. 334.<sup>1963</sup>

Américo Taipa de Carvalho sustenta que, em muitos casos, a sobrevivência de uma norma especial pode se traduzir em ab-rogação da norma penal anteriormente vigente, com conteúdo mais genérico:

Analizando os critérios utilizados pelas duas sub-correntes, verifica-se que são, fundamentalmente, duas as categorias conceituais utilizadas: alargamento/restricção da punibilidade, lei geral/lei especial. A primeira é um conceito de extensão, a segunda é um conceito de compreensão. Assim, se a L.N. [lei nova] é uma *lex specialis*, tal significa que ela tem maior compreensão que a L.A. [lei anterior] e, conseqüentemente, menor extensão. Há circunstâncias tipificadas na L.N. que não

<sup>1962</sup> CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Op. cit.*, p. 140-141.

<sup>1963</sup> Confira-se com DECOMAIN, Pedro Roberto. **Crimes contra a ordem tributária**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 549-551. Anote-se, todavia, que houve recente modificação no referido tipo penal (lei 13.008/2014), o que ensejará novo exame diacrônico a respeito de quais normas essa nova redação eventualmente ab-rogou.

constavam da L.A.? Tal significa que factos que eram crimes deixaram de se o ser por não preencherem a nova circunstância; logo houve uma diminuição da extensão da punibilidade, por força do aumento da exigência (compreensão) normativa da L.N. A partir daqui, já sabemos qual foi o caminho divergente que seguiu cada uma das sub-correntes (despenalização/penalização) relativamente aos factos praticados na vigência da L.A. e que possuíam a característica tipificada pela L.N.

- Penso, contudo, que há que distinguir entre 'especialização' e 'especificação', entre L.N. especial e L.N. especificadora; no primeiro caso, o elemento ex novo inserido no tipo legal traduz um conceito que não estava implícito no conceito (geral) da L.A. Isto é, acrescenta algo de novo ao tipo legal da L.A. No segundo caso, o elemento ex novo inserido no tipo legal traduz um conceito que já estava necessária e lógica, embora só implicitamente, contido no conceito (geral) da L.A., isto é, não acrescenta um aliquid novo ao tipo legal da L.A., mas apenas especifica o âmbito da intervenção do conceito (elemento) da L.A., não se podendo, rigorosamente, dizer que a L.N. é uma lei especial face à L.A.

Na lei especial, há, portanto, uma característica, uma qualidade que se adiciona às características da L.A.; na lei especificadora, a característica, a qualidade, mantém-se a mesma, isto é, não vê enriquecida a sua compreensão. No caso da lei especificadora - como se trata de uma qualidade que como que permite uma quantificação, sem perder sua natureza, o quid que a faz ser aquela e não outra qualidade -, a L.N. apenas altera, delimita o quantum da qualidade (característica ou elemento) - qualidade que é comum à L.A. e à L.N. - necessário para que o facto seja punível.

Seja-me permitido esquematizar: lei especial = qualidade (geral) + qualidade (especial, especializante) = (sempre) redução da punibilidade; lei especificante = qualidade + especificação/delimitação/quantificação da referida qualidade = redução da punibilidade.

Há, pois, que ver se o elemento novo é meramente especificador (quantificador do elemento) da L.A. ou se é verdadeiramente especializador (qualificador do elemento) da L.A.<sup>1964</sup>

Por conseguinte, pode-se cogitar da ab-rogação de uma norma anterior por uma norma subsequente, quando os legisladores criam um crime de perigo concreto, versando sobre a mesma matéria proibida por um anterior crime de perigo abstrato, mesmo quando o façam de forma implícita!

Abusando da citação, vale a pena atentar novamente para a lição de Taipa de Carvalho:

L.A = tipo legal de crime de perigo abstracto (p.ex., quem vender bens impróprios para consumo); L.N. = tipo legal de crime de perigo concreto ('... que constituam perigo para a saúde').

Parece poder afirmar-se que a L.N [lei nova] é uma lei (tipo legal) especial face à L.A. [lei anterior] (tipo legal). Na realidade, o elemento novo 'perigo para a saúde' é um elemento (conceito) especial, pois acrescenta ao elemento (conceito) 'bens impróprios para consumo' um aliquid, uma qualidade, uma característica ('perigo para a saúde') que naquele não está nem necessária, nem implicitamente contida. É, digamos, uma species o genus 'bens impróprios para consumo'.

<sup>1964</sup> CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Op. cit.*, p. 228-229. Complementou-se com a indicação de que L.A significa 'lei anterior' e L.N. significa 'lei nova'.

Conclusão: haverá despenalização. Os factos praticados na vigência da L.A., mesmo que revestissem característica que, posteriormente, a L.N. veio a tipificar, ficariam despenalizados com a entrada em vigor da L.N.; entre a L.N. e a L.A. não há uma relação de continuidade normativo-típica. Portanto, em regra, quando uma lei (L.N.) convertesse um tipo legal de crime de perigo abstracto num crime de perigo concreto, ficariam despenalizados os factos anteriores. Todavia, num caso como este, deverá considerar-se que se mantém a punibilidade criminal do facto, aplicando-se a lei que estabelecer a pena menos grave. Pois que, quem tem o dolo de que os bens são perigosos para a saúde, também tem, necessariamente, o dolo de que os bens são impróprios para o consumo.<sup>1965</sup>

Cuida-se, todavia, de um difícil problema hermenêutico. Deve-se aferir em que medida a sobrevivência de um tipo penal novo acaba por exaurir a valoração jurídica da conduta rotulada por uma lei anterior.

A simples criação de um tipo especial, frente a uma norma anterior mais genérica, não se traduz necessariamente no reconhecimento de uma ab-rogação. Imagine-se que uma lei, de 1940, defina o homicídio. Anos depois, cria-se o tipo penal do infanticídio, delito específico. É evidente que isso não se traduziria em ab-rogação do tipo penal genérico (matar alguém).

Em outros tantos casos, contudo, a dúvida sobre a vigência dos tipos penais anteriores pode restar mais densa. Quanto menos, pode-se cogitar, então, de uma derrogação parcial dos preceitos.

Os artigos 306, 308 ou 311 do Código de Trânsito Brasileiro (lei 9.503/1997) ab-rogaram a contravenção penal prevista no art. 34 do DL 3.688/1941 (dirigir veículos na via pública pondo em perigo a segurança alheia)? Os arts. 3º e 4º da lei de abuso de autoridade (lei 4.898/1965) ab-rogaram o crime definido de violência arbitrária, definido no art. 322 do Código Penal?

Não vem ao caso, aqui, ensaiar uma resposta para essas provocações.

Apenas convém repisar que, antes de se examinar a eventual presença de um concurso aparente (i.e., especialidade, consunção, subsidiariedade), deve-se aferir se todas as normas em causa estão vigendo.

Essa é uma tarefa razoavelmente complexa.

Dado que os legisladores não têm mais respeito ao postulado da codificação - proliferando leis penais extravagantes -, não raras vezes simplesmente rotula como sendo crime condutas que, a bem da verdade, já eram alvo de repressão por tipos

<sup>1965</sup> Idem, p. 230-231. Complementou-se. Sobre o tema, leia-se também FROSALI, Raoul Alberto. **Concorso di norme e concorso di reati**. Milão: Dott A. Giuffrè Editore, 1971, p. 377-380.



penais anteriores. Os parlamentares não adotam o cuidado de ab-rogar expressamente os dispositivos criminais então vigentes.

Infelizmente, há uma tendência à uma superposição de tipos penais, criados em distintos momentos histórico. E isso pela ausência de sistematização na tarefa legislador e também ausência de maior cuidado por parte dos intérpretes.

Uma vez mais: antes de se chegar a cogitar do concurso aparente, deve-se promover uma espécie de faxina normativa. Deve-se abrir o 'baú' legislativo, e jogar as velharias fora, sempre que as mesmas condutas/bens jurídicos já tenham sido alvo de atenção dos legisladores, ainda que em tipos penais distintos, ensejando ab-rogações tácitas. Repita-se que isso não é tarefa das mais singelas! Ainda assim, é tarefa incontornável.

Também nesse âmbito, toda a compreensão do mundo está condicionada pelo círculo hermenêutico de que fala Hans-Georg Gadamer, mencionado ao início dessa investigação. A interpretação das fontes normativas - e, com isso, o reconhecimento de eventual ab-rogação - também depende dos pré-conceitos positivos e negativos, compartilhados pelos intérpretes.

Não há como escapar, por conseguinte, da Ciência Política! Apenas com uma densa teorização sobre os valores compartilhados socialmente - e uma correspondente tomada de posição a respeito do comunitarismo, liberalismo, marxismo, anarquismo, feminismo etc. - é que o intérprete conseguirá um mínimo de racionalização a respeito da elevada carga axiológica que se encontra no 'ponto cego' do sistema jurídico penal.

Para além de todo esse trabalho, deve-se também promover a fiscalização da constitucionalidade das normas penais cogitadas. Pode-se discutir qual a etapa em que isso deve ser feito (i.e., se antes da identificação do tipo penal predominante, ou se antes - com todas as normas cogitadas para o caso). Trata-se do conhecido debate a respeito do reconhecimento da inconstitucionalidade - se é meramente declaratório ou se é constitutivo (como pretendia Kelsen).

#### **9.4. Conflito aparente sincrônico:**

É chegado o momento, enfim, de se examinar o concurso aparente de normas penais incriminadoras, mote para as presentes reflexões. Como sabido, o concurso aparente de crimes trata daqueles casos em que, em um exame *prima*

*facie*, distintas normas penais vigentes parecem aplicáveis ao caso, mas - depois do trabalho hermenêutico - se reconhece a incidência de apenas um tipo incriminador.

Atente-se para a definição de Juarez Cirino dos Santos e também de Nicás:

Ao lado da autêntica concorrência material, formal e continuada de fatos puníveis, caracterizada por uma pluralidade real de resultados típicos, existe uma concorrência aparente de leis penais, caracterizada por uma pluralidade de tipos legais aparentemente aplicáveis à mesma ação concreta. A solução desse aparente conflito de leis é conduzida pela seguinte ideia fundamental: o conteúdo do injusto de um tipo legal compreende o conteúdo de injusto de outro tipo legal e, assim, o tipo legal primário exclui o tipo legal secundário, que não contribui para o injusto típico, nem para a aplicação da pena.<sup>1966</sup>

É frequente que as diferentes definições do concurso de norma penais apresentem um traço comum, consistente na sua caracterização como sendo uma situação na qual as normas não concorrem realmente na rotulação de um fato, é dizer, que as normas não o qualificam juridico-penalmente, como de nossa parte se entende que é próprio do concurso de normas; senão que, ao contrário, elas se repelem, porque a priori parece que se adaptam a esse fato, mas unicamente parece. Assim, se vem concebendo o concurso de normas como uma situação aparente, na qual as normas somente à distância são tidas como concorrentes em vista à sua aplicação, de modo que, quando nos aproximamos delas, nada mais que uma norma se adapta a todos os elementos desse fato, revelando-se as demais como claramente inadequadas para qualificá-lo.<sup>1967</sup>

Isso significa que, no âmbito do chamado 'concurso aparente', há tão somente uma primeira percepção de um suposto concurso normativo, afastado depois do trabalho de confronto dos tipos penais envolvidos.

Como se indicará na sequência, a distinção entre concurso efetivo e concurso aparente abrange tanto o concurso formal, quanto o real. Ou seja, seguindo a orientação de Jescheck, é possível falar em concurso formal efetivo e concurso formal aparente, assim como também há casos de concurso real efetivo e concurso real aparente (p.ex., pós-fato copunido).

O fato é que, na conceituação de concurso aparente, costuma-se alegar que - em que pese a suposta incidência de distintas normas -, a aplicação de apenas um dos tipos incriminadores seria suficiente para valorar/reprovar a conduta em causa:

A característica definitiva deste residiria residiria em que, em que pese concorram vários tipos na qualificação do fato, bastaria a aplicação de

<sup>1966</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 419.

<sup>1967</sup> NICÁS, Nuria Castelló. *El concurso de normas penales*, p. 14-15. Traduziu-se.

um deles para captar exhaustivamente o conteúdo desvalorativo do caso concreto, de modo que os outros tipos restam deslocados; pelo contrário, quando é necessário aplicar todos os tipos concorrentes para abarcar totalmente o conteúdo do injusto e de culpabilidade do comportamento entramos na esfera do concurso de delitos.<sup>1968</sup>

Com respeito ao conceito básico, existe acordo amplo. Como é sabido, admite-se que há concurso de normas quando, segundo o texto da lei, podem ser aplicados a uma ação pelo menos dois tipos legais, mas, em vista da relação que existe entre as disposições legais que estão em jogo e nas quais estão determinados os correspondentes tipos, resulta que somente pode ser aplicado um tipo.<sup>1969</sup>

#### 9.4.1. Quanto à denominação do instituto:

Muitos teóricos tratam desse tema com o uso da expressão 'concurso de leis' (em espanhol, *concurso de leyes*), cujo uso foi generalizado a partir da obra de Adolf Merkel.<sup>1970</sup> Cuida-se da denominação preferida por Günther Jakobs, Ingeborg Puppe, Cerezo Mir, Hans Welzel, conforme precisa síntese de Estrella Aisa.<sup>1971</sup>

Também é bastante comum o uso do termo 'unidade de lei' (*Gesetzeseinheit*), empregada por Jescheck/Weigend,<sup>1972</sup> Peter Abels,<sup>1973</sup> Helmut Frister,<sup>1974</sup> dentre outros. Acrescente-se ainda o *nomen iuris* 'concurso aparente de normas penais', epíteto da preferência de Geerds, Antollisei, Cobo del Rosal/Vives Anton, Sanz Morán e Mantovani.<sup>1975</sup>

Marx Ernst Mayer preferiu o uso do termo 'concurso inautêntico'.<sup>1976</sup> Anton Oneca empregou a expressão 'concurso de disposições penais', enquanto que

<sup>1968</sup> AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 105. Traduziu-se.

<sup>1969</sup> KLUG, Ulrich. Sobre el concepto de concurso de leyes. Análisis lógico de una regulación lingüística de la dogmática penal *in* KLUG, Ulrich. **Problemas de la Filosofía y de la pragmática del Derecho**. Tradução do alemão para o espanhol. Mexico: Fontamara, 1992, p. 58.

<sup>1970</sup> AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 67, em nota de rodapé.

<sup>1971</sup> Idem, *ibidem*. Por seu turno, Estrella Aisa promove a distinção entre concurso próprio (autêntico) e concurso impróprio (inautêntico), conforme se vê da sua obra, em p. 12-13.

<sup>1972</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**, p. 788.

<sup>1973</sup> ABELS, P. **Die Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz**. Marburg: Elwert Verlag, 1991, p. 17.

<sup>1974</sup> FRISTER, Helmut. **Derecho penal: parte general**. Tradução do alemão para o espanhol por Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 680.

<sup>1975</sup> AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 67, em nota de rodapé. Ainda a respeito da denominação do instituto, leia-se NICÁS, Nuria Castelló. **El concurso de normas penales**, p. 3-9. Ainda sobre as designações conferidas ao mencionado instituto, leia-se MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal português**, p. 652-653.

<sup>1976</sup> MAYER, Max Ernst. **Derecho penal: parte general**. Tradução do alemão para o espanhol por Sergio Politoff Lifschitz. Buenos Aires: IBdef, 2007, p. 621. Anote-se ainda que Joachim Hruscka reportava-se ao 'concurso real impróprio', a fim de distingui-lo do concurso real efetivo. Confira-se com HERRERA, José Manuel Palma. **Los actos copenados**. Madri: Dykinson, 2004, p. 68.

Beling invocava as 'relações das figurais penais entre si'.<sup>1977</sup> Em Portugal, Luís Duarte D'Almeida emprega aspas com o fim de denotar esse carácter irreal do concurso,<sup>1978</sup> enquanto que Figueiredo Dias fala em concurso impuro.<sup>1979</sup>

Anote-se ainda que, como já foi assinalado acima, durante certo tempo alguns teóricos empregaram a expressão 'concurso ideal' para se referir ao instituto sob exame.<sup>1980</sup> No Brasil, tem prevalecido a designação de 'concurso aparente' de normas incriminadoras<sup>1981</sup> ou 'concurso aparente de tipos incriminadores'.

Nuria Castelló Nicás sustenta que se há concursos de normas que são aparentes é porque, na realidade, "não são tais, não existe essa concorrência, e, portanto, não colocam em causa o conflito que tem lugar quanto verdadeiramente coincidem duas ou mais normas penais na regulação de um caso e qualquer delas poderia qualificar a conduta e determinar sua correspondente sanção."<sup>1982</sup>

De sua parte, José Lobo Moutinho argumenta que o adjetivo 'aparente' não poderia ser empregado em todos os casos de 'unidade de lei', dada a insuficiência dessa expressão para retratar todos os casos em que o concurso efetivo de crime seria afastado:

Na verdade, definido amplamente o concurso aparente de normas, não cabe a todas as situações o apodo 'aparente' em sentido minimamente equiparável. Isso só sucederia se se pressupusesse, primeiro, que em todos os casos em que não há concurso de crimes (ou mesmo concurso real ou material de crimes) se está perante algo de homogêneo, pelo menos no seu sentido fundamental; e, segundo, que esse homogêneo é um concurso estritamente aparente de normas sem realidade subjacente.<sup>1983</sup>

<sup>1977</sup> NICÁS, Nuria Castelló. **El concurso de normas penales**, p. 4-5, em nota de rodapé.

<sup>1978</sup> D'ALMEIDA, Luís Duarte. **O 'concurso de normas' em Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 17-18 e p. 59.

<sup>1979</sup> Conforme explicita MOUTINHO, José Lobo. **Op. cit.**, p. 673: "Nestes casos chamados de concurso legal, aparente ou impuro – escreve Figueiredo Dias – o comportamento do agente preenche vários tipos de crime e constitui, neste sentido, um concurso (não uma unidade) de crimes. O que sucede é que o conteúdo ou a substância criminosa do comportamento é aqui tão esgotamente abarcado pela aplicação ao caso de um só dos tipos violados, que os restantes devem recuar, subordinando-se ou hierarquizando-se perante uma tal aplicação."

<sup>1980</sup> LANG, Bernd. **Die idealkonkurrenz als Mißverständnis**, p. 86.

<sup>1981</sup> Expressão empregada por BUSATO, Paulo César. **Direito penal**, p. 199. Confira-se também CARVALHO FILHO, José Cândido de. **Concurso aparente de normas penais**. Rio de Janeiro: Revan, 2009. HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Do concurso aparente de normas penais**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007.

<sup>1982</sup> NICÁS, Nuria Castelló. **Op. cit.**, p. 6. Traduziu-se.

<sup>1983</sup> MOUTINHO, José Lobo. **Op. cit.**, p. 669.

O professor lusitano distingue os casos de concurso aparente de normas, concurso efetivo de normas e, por fim, concurso efetivo de crimes.<sup>1984</sup> Quando fala em concurso efetivo de normas, Moutinho tem em conta o concurso formal - um caso em que nenhuma norma seria apta para exaurir, sozinha, o conteúdo de injusto da conduta realizada. Assim, ele almeja apartar concurso formal e concurso aparente.

No presente estudo, emprega-se a expressão 'concurso aparente de normas incriminadoras', dado que - além de tradicional na dogmática brasileira - bem retrata o problema que está na sua base: a diferença entre uma interpretação *prima facie* dos tipos penais e uma interpretação levando tudo em conta, pela qual se reconhece que apenas uma norma incriminadora seria aplicável ao caso.

Esse *nomen iuris* evidencia, pois, que se cuida de uma progressão na interpretação. Ao início, há uma aparência da múltipla incidência normativa - aparência que posteriormente é desfeita, a partir do exame detalhado de cada tipo penal em confronto com os demais.<sup>1985</sup>

Toma-se o cuidado de destacar, todavia, que se cuida de um concurso aparente entre normas igualmente vigentes (exame sincrônico), dado que também é possível um concurso aparente diacrônico, próprio à sucessão de leis no tempo.

Ademais, como também será evidenciado adiante, reconhece-se que há concurso formal aparente e também concurso real aparente, classificação que mais bem evidencia toda a complexidade dos casos estudados nesse âmbito.

#### 9.4.2. Quanto à ubiquação sistemática do concurso aparente:

---

<sup>1984</sup> Idem, p. 670. Distinção semelhante é promovida por Nuria Nicás, quando argumenta que "O intérprete tem que distinguir claramente se o que concorrem são normas, um só das quais se aplica, ou se é o caso, não de norma, mas de delitos, isto é, de infrações que vulneram normas. No segundo caso, há várias normas infringidas - vários bens jurídicos -, e no primeiro somente há uma norma infringida - um bem jurídico -, qualquer que seja esta em função do critério eleito para determinar aquela que finalmente se aplica." NICÁS, Nuria Castelló. *Op. cit.*, p. 12. Traduziu-se.

<sup>1985</sup> Heinemann dizia, por sinal, que o concurso de normas extrai seu nome da sua aparência, e não da sua essência ("*Die Gesetzeskonkurrenz trägt ihren Namen von ihren Schein, nicht von ihren Sein*"). HEINEMANN *apud* MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 656.

De outro tanto, há também debates a respeito da localização sistemática da teoria do concurso aparente de normas incriminadoras. Discute-se se o tema é problema da teoria do comportamento impunível ou se, pelo contrário, é questão a ser estudada no âmbito da teoria das consequências jurídicas do delito.

Para alguns teóricos, o tema do concurso aparente seria uma projeção da hermenêutica penal. Cuidar-se-ia, portanto, de um problema de interpretação das fontes normativas, devendo ser alocada ao início dos tratados penais.

Atente-s para a lição de José Palma Herrera, quando diz que "trata-se de determinar, depois de um procedimento de interpretação valorativa dos distintos preceitos, no que se atenda seu fim e seu sentido, se, de várias normas em princípio concorrentes - como consequência, o repito, uma vez mais, de que concorre uma pluralidade de atos ou faots -, uma só norma é capaz de captar o total desvalor do comportamento levado a cabo."<sup>1986</sup>

Essa opinião é compartilhada por Gonzáles Rus,<sup>1987</sup> Sanz Morán, Herbert Wegscheider, Castelló Nicás, Aldo Moro, René Dotti, Paulo César Busato, Pablos de Molina, Heleno Cláudio Fragoso e Luiz Flávio Gomes,<sup>1988</sup> para mencionar alguns nomes. Atente-se para a observação de Moro:

Tendo em conta as dificuldades de interpretação, que são particularmente sensíveis nesse âmbito, o instituto vem frequentemente sistematizado dentro da teoria da interpretação da norma penal. Mas essas regras de interpretação não são regras de interpretação, mas sim aqueles que determinam o conteúdo da norma e da fattispecie nas relações entre si e a situação de todo o sistema. A mais idônea localização é na teoria da aplicação da lei, como o direito penal no tempo e no espaço.<sup>1989</sup>

Segundo Aisa, Cobo del Rosal e Vives Anton argumentam que, "no concurso de normas o problema que se coloca é o de fixar os princípios que vigoram

<sup>1986</sup> HERRERA, José Manuel Palma. *Op. cit.*, p. 46. Traduziu-se. Essa também a opinião de Wegscheider, conforme se infere da sua obra (mencionado por Herrera, p. 55).

<sup>1987</sup> Conforme síntese promovida por AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 101.

<sup>1988</sup> MORÁN, Angel Jose Sanz. **El concurso de delitos: aspectos de política legislativa**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1996, p. 119-120. WEGSCHEIDER, Herbert. **Echte und scheinbare Konkurrenz: zu materiellrechtlichen und prozessualen Fragen des Zusammentreffens strafbarer Handlungen (§28 StGB)**. Berlim: Duncker & Humblot, 1980, p. 202-203. NICÁS, Nuria Castelló. **El concurso de normas penales**, p. 12-13. MORO, Aldo. **Unità e pluralità di reati: principi**. 2. ed. Padova: CEDAM, 1959, p. 37. DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**, p. 372-377. BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**, p. 199-201. MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: fundamentos e limites do Direito penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 367-368. FRAGOSO, Heleno C. **Lições de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 123.

<sup>1989</sup> MORO, Aldo. *Op. cit.*, p. 37. Traduziu-se.

no deslocamento das normas que apenas aparentemente concorrem na avaliação do caso e este é um problema que pertence à teoria das fontes."<sup>1990</sup>

Pose seu turno, Ariel Dotti enfatiza que "A sede natural para o tratamento desse problema é o da teoria da lei penal e, especialmente, o da aplicação da lei penal. Não se trata de um concurso material ou formal de infrações ou hipótese de crime continuado, razão pela qual a matéria não se submete ao Título XI do presente Curso, que trata da aplicação da pena."<sup>1991</sup>

Enfim, essa concepção parte da premissa que o concurso aparente retrata exclusivamente um problema da interpretação das normas normativas: a identificação da norma penal aplicável ao caso.

Outra corrente sustenta, porém, que o concurso aparente é uma projeção da teoria do concurso de crimes, devendo ser estudado em conjunto com o concurso formal, com o concurso material e com a continuidade delitiva.

Essa é a concepção presente implicitamente nas obras de Cirino dos Santos, Franz von Liszt, Mir Puig, Claus Roxin, Alexander Fandrich, Max Ernst Mayer, Nelson R. Pessoa, Helmut Frister, Enrique Bacigalupo, Maurach, Gössel e Zipf, Eugênio Raul Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar.<sup>1992</sup>

Colhe-se a seguinte observação de Nelson Pessoa:

Conforme o esquema que temos desenvolvido neste trabalho, e que pretende a elaboração de um sistema conceitual que explique harmonicamente as quatro categorias jurídico penais mencionadas, a teoria do concurso de tipos penais é uma parte integrante do que denominamos de 'teoria do concurso de delitos'.

Isso significa, insistimos, que o desenvolvimento teórico que se faça nesse campo, deve estar conectado logicamente com os conceitos que sejam elaborados para explicar o concurso ideal, o concurso real e o delito continuado.

<sup>1990</sup> AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 98. Traduziu-se.

<sup>1991</sup> DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p. 373.

<sup>1992</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**, p. 419. LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho penal**. Tomo III. Tradutor não informado. Madri: Editorial Reus, 1852, p. 157-160. MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**, p. 646. ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil: Band II**, p. 846-848. FANDRICH, Alexander. **Das Doppelverwertungsverbot im Rahmen von Strafzumessung und Konkurrenzen**. Berlim: Driesen Verlag, 2010, p. 104. MAYER, Max Ernst. **Derecho penal: parte general**. Tradução do alemão para o espanhol por Sergio Politoff Lifschitz. Buenos Aires: IBdef, 2007, p. 621. PESSOA, Nelson R. **Concurso de delitos: teoría de la unidad y pluralidade delictiva**. Volume 1. Concurso de tipos penales. Buenos Aires: Hammurabi, 1996, p. 59. FRISTER, Helmut. **Derecho penal: parte general**. Tradução do alemão para o espanhol por Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 679-692. BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 570-571. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**, p. 867-874. MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal: parte general**. Volume 2. Tradução da 7ª edição alemã para o espanhol por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p. 551.

E tudo isso é parte da busca do padrão normativo sobre o qual construímos a teoria da unidade e pluralidade delitivas.<sup>1993</sup>

Parece predominar, por conseguinte, a concepção que aloca o estudo a questão da 'unidade de lei' (*Gesetzeseinheit*) no âmbito da teoria do concurso de crimes, conforme bem explicita Luís Duarte D'Almeida:

A caracterização maioritariamente adoptada conduz com a naturalidade a que se considere haver uma justificação sistemática, e não somente pedagógica, para que o 'concurso de normas' seja tratado a partir do 'concurso de crimes', justificação que reside no facto de pertencerem ambos ao mesmo campo problemático geral do 'concurso' de disposições incriminadoras (no 'concurso de normas', havendo mais do que uma 'norma' aplicável, verificar-se-ia em rigor, sempre um concurso). Com a posição minoritária, sucede o inverso. Pode igualmente observar-se que aquela posição dominante é semelhante à que, com maioria de vozes também, se defende entre a doutrina de língua alemã.<sup>1994</sup>

Não se pode perder de vista, por conseguinte, o carácter ambíguo desse instituto jurídico, tal como consta em uma observação do editor, lançada na tradução da obra de Giuseppe Bettiol: "A nosso ver, os problemas do concurso de normas apresentam aspectos vários, ora de aplicação da lei penal, ora de adequação típica, ora de concurso de crimes, e, por ainda não estarem sistematizadas, não podem ser unificados numa determinada posição."<sup>1995</sup>

Atente-se também para a concepção de Cuello Contreras:

Toda essa problemática pertence ao capítulo mais amplo da interpretação; agora bem, prestando uma especial atenção à determinação da pena, à pena assinalada como elemento essencial do tipo. Isto, que em qualquer caso, oferece interesse ao intérprete, é essencial, imprescindível, quando se trata do problema concursal (concurso de normas). De todo o anterior, parece se inferir que os extremos da questão colocada se encontram situados entre o terreno do tipo e da medição da pena. Que diz respeito a ambos os extremos não cabe dúvida.<sup>1996</sup>

<sup>1993</sup> PESSOA, Nelson R. *Op. cit.*, p. 59.

<sup>1994</sup> D'ALMEIDA, Luís Duarte. *Op. cit.*, p. 16.

<sup>1995</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Tradutor não indicado. Campinas: Red Livros, 2000, p. 556. Essa avaliação de Bettiol também é aludida por NICÁS, Nuria Castelló. *Op. cit.*, p. 11. Moutinho advoga tese semelhante, quando diz que o concurso aparente fica a meio caminho da teoria da pena e também da teoria do fato impunível. MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 696.

<sup>1996</sup> CUELLO CONTRERAS, Joaquín *apud* CASTELLÓ NICÁS, Nuria. *El concurso de normas penales*, p. 10, em nota de rodapé. Traduziu-se.



Na presente tese, advoga-se que a 'unidade de lei' deve mesmo ser estudada em conjunto com a teoria do concurso de crimes. Importa dizer: o concurso aparente deve ser confrontado com os casos de concurso efetivo: concurso formal, concurso real, continuidade delitiva etc.

Afinal de contas, não se pode perder de vista que o concurso aparente não se limita ao mero confronto abstrato entre normas incriminadoras. Também é cogitável o concurso real aparente (p.ex., comportamentos copunidos), o que demanda a formulação de premissas que escapam do âmbito da simples teoria das fontes normativas penais.

Ou seja, em que pese o respeito à análise contrária, advoga-se aqui que o tema do concurso aparente não é um problema de simples exame dos tipos incriminadores, em si considerados, dado que também depende do recorte empírico pertinente (a tal da 'unidade da ação em sentido natural', por exemplo).

É recomendável, por conseguinte, que o tema seja alocado no âmbito da teoria do concurso de crimes, a fim de se permitir um adequado confronto com os demais institutos jurídicos vigentes nesse âmbito, categorias que também gravitam em torno do problema do *ne bis in idem*.

#### 9.4.3. Relações lógicas entre os enunciados:

Empregando as categorias desenvolvidas por Gottlob Frege<sup>1997</sup> - e que serão mais bem detalhadas adiante, por época do exame da obra de Ingeborg Puppe -, sabe-se que há uma diferença entre o significado e o referente de uma expressão.

O referente é o objeto indicado pelo uso da expressão,<sup>1998</sup> enquanto que o significado seria a qualidade invocada para essa indicação. As expressões 'triângulo equilátero' e 'triângulo equiângulo' indicam o mesmo objeto - que todo triângulo equilátero também é equiângulo -; mas o fazem a partir de significados distintos.

---

<sup>1997</sup> FREGE, Gottlob. **Lógica e filosofia da linguagem**. 2. ed. Tradução de Paulo Alcoforado. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009, p. 160-169.

<sup>1998</sup> Essa distinção entre referente e significado retrata uma concepção ostensiva do idioma, criticada pelo 'segundo' Wittgenstein. A diferenciação levada a efeito por Frege supõe que seja possível falar de um referente sem invocar o 'uso' das palavras... Para o segundo Wittgenstein, o sentido depende justamente do uso, em um jogo de linguagem socialmente constituído. Mas isso não impede que haja distintos usos e, por conseguinte, distintos significados. Tampouco impede que uma palavra (um uso) não possa ser dissecado em inúmeros detalhes: qualidades, aspectos, formas etc. O uso da palavra 'triângulo' permite complexas análises para a comunidade dos matemáticos.

Essas expressões revelam critérios de diferenciação (Spencer-Brown) distintos entre si. No primeiro caso, tem-se em conta a comparação dos lados de um triângulo entre si; no segundo, tem-se em conta a comparação dos seus ângulos.

Esse tema seria explorado mais adiante.

Por ora, é relevante apenas ter em conta que as expressões carregam uma distinção entre a sua extensão e sua intensidade. A extensão diz respeito a todos os objetos que são atingidos pelo conceito; a intensidade diz respeito às propriedades pelas quais referidos objetos foram 'agrupados' pelo mencionado conceito.

Pode-se empregar o conceito 'filósofos', o que abrange Sócrates, Zenão, Aristóteles, Platão, Heidegger, Husserl etc. Já o conceito 'filósofos existenciais' retratará um conjunto mais restrito (Heidegger, Sartre, Levinas etc.). Com o detalhamento do conceito, reduz-se a sua extensão.

Ao que releva, no momento, é fato que os enunciados normativos podem ser confrontados entre si, à semelhança das relações existentes entre conjuntos. Ou seja, cuida-se do emprego dos diagramas de Venn, da aritmética, também para o exame das relações lógicas entre preceitos.

Nesse âmbito ganha significativo relevo um artigo de Ulrich Klug (*Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz*), publicado inicialmente em 1956.<sup>1999</sup> Ele pergunta se "através de uma análise das estruturas lógico conceituais subjacentes, não é possível lograr uma aclaração e solução das constradições que costumam se produzir, sem que por isso se descuidem os pontos de vista teleológicos, que tanta importância tem nesse contexto."<sup>2000</sup>

Ulrich Klug sustenta que o confronto entre os enunciados se traduz em relações de identidade,<sup>2001</sup> heterogeneidade, inclusão e interferência.<sup>2002</sup> Atente-se para a sua precisa análise:

---

<sup>1999</sup> KLUG, Ulrich. *Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz* in **ZStW** n. 68, 1956, p. 399 e ss. O artigo foi traduzido para o espanhol, conforme pode ser conferido com KLUG, Ulrich. *Sobre el concepto de concurso de leyes. Análisis lógico de una regulación lingüística de la dogmática penal* in KLUG, Ulrich. **Problemas de la Filosofía y de la pragmática del Derecho**. Tradução do alemão para o espanhol. Mexico: Fontamara, 1992, p. 57-75. Essas relações lógicas já haviam sido estudadas por Binding, tempos antes.

<sup>2000</sup> Idem, p. 57. Tradução. Uma interessante síntese do pensamento de Ulrich Klug é promovida na obra AISA, Estrella Escuchuri. **Op. cit.**, p. 28-33 e 159-162. Leia-se também HERRERA, José Manuel Palma. **Los actos copenados**. Madri: Dykinson, 2004, p. 25.

<sup>2001</sup> "A juízo deste autor [Klug], este tipo de relação não é apreciável, em condições normais, em um sistema jurídico penal, pois não existem tipos penais idênticos. E, de chegar-se a produzir, não estaremos senão frente a uma mera repetição legislativa, que deve ser considerada como um fenômeno patológico." HERRERA, José Manuel Palma. **Op. cit.**, p. 26. Traduziu-se.

<sup>2002</sup> KLUG, Ulrich. **Op. cit.**, p. 62-63. AISA, Estrella Escuchuri. **Op. cit.**, p. 29-30.

1. Fala-se em heterogeneidade quando um objeto que cai sob o conceito A nunca cai sob o conceito B e vice-versa. Aqui não há que entender por objeto somente um objeto espaço-temporal, senão - no sentido ontológico mais amplo - todo objeto, é dizer, também os espirituais e de qualquer outro tipo. Quando em tais conceitos se trata de tipos legais, então estes são heterogêneos (dísparos, inconciliáveis, separados) quando nenhum fato pode ser simultaneamente subsumido sob ambos, tal como é o caso dos tipos de furto (§242 do Código Penal) e da apropriação indébita (§246 do Código Penal). Para a heterogeneidade, enquanto tal, não é decisivo que os conceitos respectivos se encontram em uma posição contrária ou contraditórias.

2. Como é sabido, estamos frente à identidade (igualdade, coincidência) dos conceitos quando cada objeto que cai sob o conceito A cai também sob o conceito B e vice-versa. Naturalmente, dentro de um sistema jurídico-penal não se dão tipos legais idênticos (coincidentes, equivalentes). Ao contrário, a identidade de tipos legais tem sua importância no direito penal comparado, no direito penal internacional e interações, e no direito de extradição.

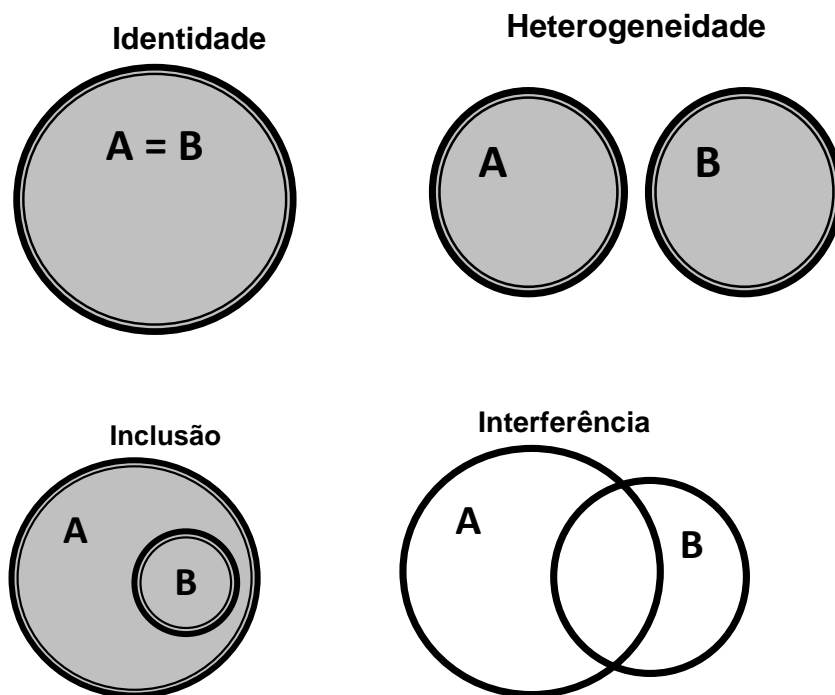
3. Se no contexto que aqui interessa a heterogeneidade e a identidade constituem raros casos limites de possíveis ordenações e conceituais, a subordinação e interferência são formas de relações conceituais que se apresentam frequentemente. Existe subordinação (inclusão) quando cada objeto que cai sob o conceito A também cai sob o conceito B, sem que ocorra o contrário. Na terminologia tradicional da lógica, o conceito A é chamado subordinado (incluído) e o conceito B, o mais geral (superior, dominante, inclusivo). Esta relação de subordinação se dá, por exemplo, entre o assassinato (§211 do Código Penal) e o homicídio (§212 do Código Penal) já que todo ato que cai sob o conceito de assassinato pode ser subsumido também sob o conceito de homicídio, enquanto que o inverso não vale. O homicídio, por conseguinte, é o conceito mais geral. Desde logo, essa constatação não é outra coisa, por certo, que a averiguação da relação lógico-conceitual entre os tipos.

Com isso não se diz nada definitivo acerca da discutida relação sistemática, que aqui não será considerada com mais detalhes, relação que pode ser determinada não somente mediante princípios lógico-conceituais, senão também tomando simultaneamente em conta pontos de vista teleológicos. Outro exemplo jurídico penal da subordinação seria a que existe entre o arresto (no sentido do 1 §3 do Código Penal) e pena (no sentido do 2 §2 da Seção I da Parte I do Código Penal). Aqui o conceito de arresto é o subordinado.

4. Finalmente, fala-se em interferência (intersecção, cruzamento) quando com respeito a dois conceitos A e B cumprem-se as seguintes condições: pelo menos um objeto que cai sob o conceito A cai também sob o conceito B; e pelo menos um conceito que cai sob o conceito A não cai ao mesmo tempo sob o conceito B. Ademais, vice-versa, tem que valer o mesmo com respeito aos objetos que caem sob o conceito B em relação ao conceito A. Quando esse é o caso, os conceitos A e B são conceitos interferentes (que se cruzam, se interceptam). É fácil compreender que, por exemplo, dois tipos legais que não são heterogêneos, nem idênticos, nem subordinados, necessariamente têm que ser interferentes. Isto vale, por exemplo, com respeito aos tipos de estelionato (§263 do código Penal) e o perjúrio (§154 do Código Penal). Não são concebíveis - e isto tem decisiva importância para o problema

do concurso de normas que aqui está em discussão - outras possibilidades de ordenação.<sup>2003</sup>

Essas relações podem ser traduzidas nos seguintes diagramas:



**Figura 4: Diagramas de Venn aplicados ao concurso**

Esses desenhos serão úteis no âmbito do estudo do concurso aparente de normas incriminadoras. Eles esgotam, de certo modo, a relação lógica entre enunciados; mas não exaurem todos os casos de 'unidade de lei' (afinal de contas, como se mencionou ao início, também há casos de concurso real aparente).<sup>2004</sup>

Pois bem, destas quatro possíveis situações, o concurso de normas somente aparece, desde esta concepção formal, nos casos de inclusão ou de interferência; nunca nos casos de identidade, que já temos visto, não são - ou não devem ser - imagináveis no ordenamento jurídico penal; nem tampouco nos casos de heterogeneidade, sendo assim majoritárias as posições que excluem a possibilidade de construir o instituto do concurso de normas sobre a base dos preceitos que não

<sup>2003</sup> KLUG, Ulrich. *Op. cit.*, p. 62-63. Traduziu-se. Os dispositivos legais indicados dizem respeito ao Código Penal alemão.

<sup>2004</sup> Os casos de concurso real aparente - comportamentos copunidos, por exemplo - são solucionados com lastro em questões eminentemente valorativas. Não são resolvidos, por conseguinte, mediante simples confronto abstrato entre as normas penais cogitáveis para aplicação ao recorte empírico. Nas hipóteses de concurso real aparente, pode-se admitir - em termos estritamente lógicos - a eventual aplicação concomitante dos dispositivos penais (dada a pluralidade de ações/omissões). Essa é a razão pela qual não se pode concordar com Aisa quando sustenta que os casos de concurso aparente se limitariam às hipóteses de inclusão e interferência. AISA, Estrella E. *Op. cit.*, p. 31.

contém espaços comuns.<sup>2005</sup>

Desse modo, segundo essa concepção, o concurso aparente se colocaria nas hipóteses de inclusão (especialidade) e interferência (subsidiariedade e consunção). Estariam descartados os casos de redundância e heterogeneidade (relações de mútua exclusão/alternatividade), como será destacado mais adiante.

Por outro lado, também é importante ter em conta que essas relações lógicas não permitem - sem mais - a distinção entre concurso formal (art. 70, CP) e os casos de concurso aparente. Isso porque, no caso de concurso formal, também há múltipla incidência, conforme bem enfatiza Estrella Aisa:

Agora bem, a constatação destas relações lógicas não permite, sem embargo, saber que consequências têm no que respeito à aplicação dos correspondentes tipos, já que, por exemplo, também na opinião de Klug ao concurso ideal de delitos subjaz a relação de interferência. Dado que a ordenação lógica não nos diz se estamos diante de um concurso de normas ou de delitos é necessário recorrer a critérios adicionais, é necessário dar entrada a aspectos teleológicos.<sup>2006</sup>

Esses diagramas prestam-se como um bom fio condutor, para evidenciar a confluência de normas. Destaque-se, por sinal, que Ingeborg Puppe também se socorre da obra de Ulrich Klug, argumentando que o concurso formal demandaria relações de interferência entre as normas (relações de semelhança - i.e., o que ela chama de parentesco de injusto).

Vale a pena atentar, ademais, para o fato de que o próprio Klug reconhecia que, a rigor, a solução dos casos de concurso aparente não dependeria apenas dessas relações lógicas entre enunciados. O 'ponto cego' do problema recairia em questões axiológicas, dependendo da tomada de posição do intérprete a respeito da própria função do Direito Penal:

Em que pese ser o grande sistematizador das relações lógicas entre preceitos, Klug acabará reconhecendo, sem embargo, que a dimensão lógico-conceitual resulta, por si mesma, insuficiente para delimitar o concurso de normas em face do concurso ideal de delitos, já que desde essa perspectiva não pode explicar a razão pela qual uma das normas cede, e acaba sendo aplicada somente a outra. Com o fim de fundamentar esse deslocamento, é preciso recorrer, por conseguinte, ao elemento teleológico ou valorativo - fundamental em outro grande modelo conceitual de concurso de normas -, toda vez que a relação lógico conceitual é valorativamente neutra. Este autor acaba

---

<sup>2005</sup> HERRERA, José Manuel Palma. *Op. cit.*, p. 29. Traduziu-se.

<sup>2006</sup> AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 31. Traduziu-se.

concluindo, assim, que este deslocamento normativo se produz, em última análise, única e exclusivamente por força de razões de captação do desvalor de uma das normas por outra. Em que pese a tudo, Klug não dará o passo decisivo para abandonar essa concepção do concurso de normas de base lógico-conceitual, ao negar um espaço próprio ao princípio de consunção, na medida em que necessariamente deveria partir de uma relação de interferência que não se dá.<sup>2007</sup>

#### 9.4.4. Relações de mútua exclusão:

De outro tanto, é importante ter em conta que alguns teóricos almejam eliminar, do âmbito do concurso aparente, a ideia de inclusão normativa. Melhor dizendo, determinada corrente cogita que os tipos penais mantenham entre si apenas as relações de mútua exclusão, como se explica nesse tópico.

[O]utros autores, como veremos, concebem o concurso de leis justamente ao revés: não partem na sua inteligência do concurso de normas nem da relação de inclusão e tampouco da relação de interferência já que negam a existência de sobreposição ou interferências no âmbito dos respectivos tipos; concebem o concurso de normas como um fenômeno ao qual subjaz a relação de heterogeneidade, ou melhor, entendem que os delitos se excluem entre si reciprocamente. Se chega assim a negar o caráter de concurso, ao concurso de normas penais: somente um dos preceitos é aplicável porque o fato somente é subsumível em um deles.<sup>2008</sup>

Sempre há necessidade de interpretação, mas as regras jurídicas, os princípios que determinam a aparência de concurso, que determinam os limites da esfera de domínio entre os tipos (...), não são regras de interpretação. São regras que determinam o conteúdo dos tipos (...), não são regras de interpretação. São regras que determinam o conteúdo dos tipos (...) e, portanto, determinam a inserção do sistema total. As regras de interpretação são aquelas que simplesmente levam a descobrir tais princípios.<sup>2009</sup>

O corifeu dessa tese é o professor Gimbernat Ordeig.<sup>2010</sup>

Para essa concepção, a relação lógica existente entre homicídio e

<sup>2007</sup> HERRERA, José Manuel Palma. *Op. cit.*, p. 29. Traduziu-se.

<sup>2008</sup> AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 32-33. Traduziu-se. Ainda sobre essa tese que supõe que todas as normas mantêm entre si relações de mútua exclusão, leia-se HERRERA, José Manuel Palma. *Op. cit.*, p. 31 e ss.

<sup>2009</sup> FROSALI, Raoul *apud* ALBERO, Ramón García. *Op. cit.*, p. 210, traduziu-se. Em p. 211, Albero diz o que segue: "Quando se caracteriza como um problema de validade, pretende-se assinalar que as normas aparentemente concorrentes apresentam na realidade distintos objetos de previsão, de modo que uma delimita a esfera de aplicação da restante, subtraindo-lhe os fatos por ela contemplados."

<sup>2010</sup> Idem, p. 55, traduziu-se: "A análise lógica leva, pelo contrário, Gimbernat a sustentar que os tipos que protegem um mesmo bem jurídico estão entre si em relação de heterogeneidade, relação que corresponde graficamente à imagem de dois círculos disjuntivos." O penalista Sánchez Tomás advoga esse semelhante, conforme precisa citação de HERRERA, José M. *Op. cit.*, p. 39.

infanticídio não seria de inclusão (gênero e espécie), mas sim de heterogeneidade. Cuida-se de uma projeção da teoria dos elementos negativos do tipo.<sup>2011</sup>

Isso pode ser representado pela figura abaixo:

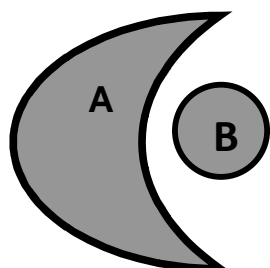


Figura 5: Relações de mútua exclusão

Supondo-se que a relação entre homicídio e infanticídio seja de mútua exclusão, isso significaria que o crime do art. 121, CP, seria definido como 'matar alguém, desde que não seja matar o próprio filho, logo após o parto, sob estado puerperal'. Isso implicaria que o infanticídio não seria uma espécie de homicídio, mas sim um tipo penal absolutamente independente.

Segundo uma conhecida metáfora, o Direito Penal seria um arquipélago de ilicitudes em um oceano de licitude. Uma relação de mútua exclusão, imagina que todos os tipos seriam semelhantes a ilhas que não se tocam.

Já a tese que advoga a relação de inclusão sustenta que alguns tipos são como montanhas situadas em algumas ilhas... O infanticídio seria uma projeção do homicídio (um conceito incluído no outro).

Essas duas formas de se conceber o concurso é bem explicitada por Alber:

[P]odem-se desenvolver concepções diametralmente opostas sobre o concurso de normas. Por um lado, não faltam autores que sustentam que a sobreposição típica se mostra em uma primeira aproximação problemática ao material jurídico, o qual uma vez integrad desvela na realidade a distinta esfera de previsão das normas, e por fim, a aparência inclusive dessa possibilidade textual de subsunção. Por outro lado, e sem a radicalidade desta abordagem, a doutrina alemã se encontra cindida entre quem vê, nos casos de concurso formal, a existência de uma só norma infringida (Gesetzesverletzung) e quem parte da infração de todas as leis concorrentes (Mehrheit von Gesetzesverletzungen oder Gesetzesverstosse) o que certamente

<sup>2011</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 784, em nota de rodapé. HERRERA, José M. *Op. cit.*, p. 35.

aproxima a figura do concurso de normas do autêntico concurso de delitos. (...) A intenção é agora é deixar manifesto como o requisito da pluralidade dos tipos delitivos formalmente preenchidos, possibilita a delimitação do concurso aparente de norma a respeito daqueles casos nos quais falta a priori toda possibilidade textual de subsunção simultânea de um comportamento em vários tipos de delito, pelo fato destes apresentarem características incompatíveis já no seu teor literal. Trata-se de fenômenos de exclusividade típica, ou preclusão típica, ou também de heterogeneidade ou alternatividade, se atendemos à relação lógica de ordenação conceitual subjacente nos tipos traídos à colação. Nas hipóteses de exclusividade, a hipótese de incidência da norma pretendidamente concorrente mostra já algum elemento que resulta incompatível com a hipótese de incidência da norma contrária. A exclusão lógica seria determinada pelo dado de que, desde o ponto de vista material, o objeto regulado somente pode pertencer a um ou outro preceito (idem nequit simul et sub eodem respectum esse et non esse). A este esquema esponde o conteúdo da relação de alternatividade tal e como a entenderam entre outros von Liszt ou Honig, a saber, como a exclusividade recíproca dos preceitos por conter caracteres incompatíveis.<sup>2012</sup>

Atente-se também para a síntese promovida por Santiago Mir Puig:

Na doutrina há duas concepções distintas sobre o concurso de normas. Segundo a doutrina majoritária, o concurso pressupõe que todos os preceitos em jogo concorrem efetivamente, de modo que o fato se subsume em todos e em cada um de tais preceitos, ainda que apenas um deles seja aplicado. Outra corrente reputa que o concurso dos distintos preceitos é apenas aparente, posto que uma correta interpretação dos mesmos põe de manifesto que, desde um princípio, na realidade somente concorre um dos tipos.<sup>2013</sup>

Para Ferrando Mantovani, por sinal, essas relações de mútua delimitação normativa seriam decorrência da vedação de *bis in idem*. O juiz não poderia punir duplamente um mesmo crime; e, para além disso, sequer o Poder Legislativo poderia rotular penalmente, de forma múltipla, a mesma conduta.

[P]ara Mantovani, evitar a violação do ne bis in idem não apenas significa não chegar a castigar duas vezes pelo mesmo fato; supõe, já em um estágio prévio, e isso é importante, que se evite inclusive a dupla qualificação penal desse único fato. É dizer, a forma na qual

<sup>2012</sup> ALBERO, Ramón García. **'Non bis in idem' material y concurso de leyes penales**, p. 93-94. Traduziu-se. Para Herrera, "desde uma concepção lógico-conceitual ou analítica do concurso de normas, entender tanto a especialidade quanto a subsidiariedade em termos de exclusão significa, simplesmente, negar a existência do próprio concurso de normas, pois faltará esse elemento comum que permitirá que um fato resulte subsumido em ambos ao mesmo tempo." HERRERA, José Manuel Palma. *Op. cit.*, p. 35. Traduziu-se.

<sup>2013</sup> MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**. 7. ed. Buenos Aires: IBdef, 2004, p. 646. Traduziu-se. Na sequência, em p. 647, ele argumenta que a primeira concepção seria preferível, dado que "permite que o preceito ou os preceitos deslocados possam ser tomados em conta, no momento de se determinar os efeitos, em combinação com o preceito prioritário e, sobretudo, para que se possa aplicar no caso de que deixe de ser aplicável o preceito específico, mas não o deslocado."



opera a resolução da situação do concurso de normas é descartando já desde o primeiro momento uma das normas, o que converte o instituto jurídico em estudo, como já antecipamos, em uma questão de delimitação da própria esfera de vigência de cada uma dessas normas aparentemente concorrentes.<sup>2014</sup>

Ora, costumeiramente se supunha que essas relações de mútua exclusão escapariam do próprio conceito de concurso aparente. E isso porque o exame teórico ficava concentrado apenas no 'concurso formal aparente' (uma ação suscetível de amoldar-se, *prima facie*, a distintos tipos penais).<sup>2015</sup>

Essa heterogeneidade dos tipos seria a própria negação do concurso (formal) aparente, na medida em que jamais uma mesma ação poderia ser submetida ao conceito de furto e de apropriação indébita. Não há como uma mesma conduta ser, a um só tempo, subtração de coisa alheia móvel da qual não se tem a posse, e também a apropriação de coisa alheia da qual se tem a posse.<sup>2016</sup>

Deve-se ter em conta, porém, que também há casos de concurso real aparente. Casos em que, a despeito da aparente multiplicidade de ações, reconhece-se a existência de um único crime (realização sucessiva do tipo; unidade natural de ação; comportamentos copunidos etc.).

Imagine-se o caso de quem, em um mesmo contexto espaço temporal, subtrai o dinheiro das caixinhas de doação, em uma igreja, um dos quais está aberto e o outro está fechado, demandando que fosse quebrado. Nessa hipótese não existe contradição ao se afirmar que uma parte das ações parciais do mesmo fato foi realizada com 'força nas coisas' e as restantes 'sem força nas coisas': em definitivo, estamos na presença do deslocamento de um tipo - o furto - em si concebível no caso concreto. Quem considere por isso que o furto (art. 514 CP espanhol) se relaciona segundo o modelo de exclusão formal com o roubo pela presença de um elemento incompatível ('sem violência ou intimidação nas pessoas ou força nas coisas'), não pode sem embargo negar aqui que ambos os tipos concorrem, sim - no concurso

<sup>2014</sup> HERRERA, José Manuel Palma. *Op. cit.*, p. 66. Traduziu-se.

<sup>2015</sup> "É óbvio que, desde o ponto de vista da lógica de ordenação de conceitos, dois conceitos em relação de exclusão formal não interferem em sua extensão - denotação - a saber, não existe nenhum conceito que caia ao mesmo tempo no âmbito de referência de ambos. É correto assinalar, portanto, que a relação de exclusividade é diversa das relações lógicas de inclusão e interferência." ALBERO, Ramón García. *Op. cit.*, p. 96. Traduziu-se. Em p. 113 da mesma obra ele diz que "A circunstância de que exista uma sobreposição valorativa entre ambas as normas explica que alguns dos exemplos trazidos à colação costumam ser reconhecidos como casos de subsidiariedade expressa, e efetivamente configuram-se como tipos subsidiários, mas somente para o caso de que falte objetivamente o elemento agravatório. Mas, em estrita unidade de fato, não constituem um concurso de normas, na medida em que não se verifica o deslocamento de um tipo de delito em si concebível."

<sup>2016</sup> ALBERO, Ramón García. *Op. cit.*, p. 48 e 95. Ainda segundo Albero, em p. 97 da mencionada obra, "um setor doutrinário exige, para que se possa reconhecer um concurso de normas, que se verifiquem todos os requisitos materiais e formais das normas concorrentes na sua aplicação ao caso concreto." Geerds foi um dos mais fervorosos defensores dessa tese.

de normas -, ao não resultar contraditório com a complexidade do substrato ao qual se aplicam.

Poder-se-ia reprovar esse raciocínio por desconhecer que, posto que existe um só fato desde a perspectiva da 'unidade natural de ação', a aplicação exclusiva do roubo com força nas coisas resulta obrigada por força da cláusula da incompatibilidade. Ocorre, sem embargo, que um dos dois: ou se entende a menção negativa do art. 514, CP Esp. como concernente à descrição do injusto típico da conduta e, então, os objetos de proibição são diversos, com o que desaparece o fundamento que tem possibilitado considerar à conduta como unitária - mera intensificação do injusto - ou, pelo contrário, se interpreta dita menção simplesmente como uma cláusula concursal - de subsidiariedade, por certo - e somente assim pode ser justificado que estamos na presença de um fato. Mas então resta claro que dita menção não exclui a sobreposição de ambas as normas, senão que cabalmente o pressupõe. Entender o contrário suporia apreciar no exemplo proposto um concurso real de delitos, pois desapareceria o fundamento principal para considerar unitário o fato e, portanto, também para aplicar a cláusula de exclusão.<sup>2017</sup>

Isso significa que, desde a perspectiva do concurso real aparente, não há empecos para que tipos penais mutuamente excludentes possam suscitar problemas de 'unidade de lei'. Basta imaginar a hipótese em que, em um mesmo contexto, o agente promova uma apropriação indébita e também um furto, com condutas sequenciadas que possam ser reconhecidas como um crime progressivo.

De toda sorte, convém ter em conta que há inúmeros tipos penais que veiculam expressões enantiomorfas. Compare-se a norma do art. 124 (aborto com o consentimento da gestante) com o tipo penal do art. 126, Código Penal (aborto sem o consentimento da gestante); ou então o crime do art. 297 (falsificação de documento público) e do art. 298 (falsificação de documento particular).

Em princípio, esses tipos objetivos parecem ser mutuamente excludentes.<sup>2018</sup>

<sup>2017</sup> Idem, p. 96-97. Traduziu-se.

<sup>2018</sup> Eduardo da Silva Correia advogava, porém, que esses tipos penais poderiam manter entre si relações de agravação, a despeito dessas partículas simétricas. Aplicar-se-ia a fórmula *a maiore, ad minus*: o que é válido para o caso menos grave também deveria ser reconhecido nos casos mais graves. Ou seja, o aborto com o consentimento seria visto então como uma espécie de aborto sem o consentimento. Quem quer praticar roubo necessariamente também quer praticar o furto. E isso levava aos casos que o professor de Coimbra denominava de 'consunção impura'. Imagine-se que, em determinado sistema jurídico, a pena do furto fosse superior à pena cominada ao roubo, conquanto esse seja um crime mais grave. Para Correia, a solução seria a aplicação da pena mais elevada, já que - ao praticar o roubo - o sujeito também pratica o furto. Mas isso parece levar a uma analogia *in malam partem*. A solução mais adequada seria então a redução da pena do furto, por analogia *favor libertatis*. A respeito da consunção impura, leia-se CORREIA, Eduardo Henrique da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal**: I. Unidade e pluralidade de infracções; II. Caso julgado e poderes de cognição do juiz. Coimbra: Almedina, 1996, p. 108 e 153-154. Ainda sobre a consunção impura, leia-se D'ALMEIDA, Luís Duarte. **O 'concurso de normas' em Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 13, em nota de rodapé. MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 661 e 666.

Percebe-se, portanto, que essas relações de exclusão formal surgem, corriqueiramente, quanto o legislador inclui em um tipo um elemento que é negação de outro. E isso pode suscitar problemas especiais quanto ao erro de tipo (art. 20, CP), pelo que se explicará adiante.

García Albero sustenta que há três grupos de casos de delimitação negativa: (a) normas incriminadoras que veiculam elementos incompatíveis com a hipótese de incidência de outros preceitos - p.ex., a relação estabelecida entre o furto e a apropriação indébita; (b) normas que veiculam cláusula expressa de subsidiariedade ('salvo se o caso constituir crime mais grave') e (c) normas que veiculam cláusulas de reserva determinadas.<sup>2019</sup>

Muitas normas mantêm entre si essa relação de exclusão formal.

Anote-se, porém, que Herbert Wegscheider,<sup>2020</sup> Ferrando Mantovani<sup>2021</sup> e Gimbernat Ordeig sustentam que as relações concursais seriam hipóteses de heterogeneidade (mútua exclusão).<sup>2022</sup> Essa tese foi alvo da crítica contundente de Enrique Peñaranda Ramos.<sup>2023</sup>

Em termos absolutamente lógicos, nada impede que os tipos sejam compreendidos como unidades autônomas e mutuamente excludentes. Ou seja, pode-se muito bem supor que o tipo penal do homicídio é residual, quando comparado com o infanticídio.

Assim, a vingar essa suposição, todas as normas carregariam partículas tácitas, implícitas, pelas quais elas somente seriam aplicáveis na ausência de alguma outra norma (um elemento negativo, repita-se). Por sinal, essa é uma forma de se argumentar bastante comum no Direito Tributário.<sup>2024</sup>

Sobre os limites da analogia penal, leia-se MONTIEL, Juan Pablo. **Analogía favorable al reo: fundamentos y límites de la analogía in bonam partem** en el Derecho penal. Madri: La Ley, 2009.

<sup>2019</sup> ALBERO, Ramón García. **Op. cit.**, p. 98-100.

<sup>2020</sup> WEGSCHEIDER, Herbert. **Echte und scheinbare Konkurrenz: zu materiellrechtlichen und prozessualen Fragen des Zusammentreffens strafbarer Handlungen (§28 StGB)**. Berlim: Duncker & Humblot, 1980, p. 276.

<sup>2021</sup> MANTOVANI, Ferrando. **Concorso e conflitto di norme nel Diritto Penale**. Bolonha: Nicola Zanichelli Editore, 1966, p. 28-40 e 697-701. Ele denominava o 'concurso aparente' como um 'não concurso' (ausência de concurso), conforme bem explicita MOUTINHO, José Lobo. **Op. cit.**, p. 656.

<sup>2022</sup> A síntese do pensamento de Ordeig, acompanhada de uma pertinente crítica, pode ser lida na obra AISA, Estrella Escuchuri. **Op. cit.**, p. 35-56. Leia-se também ALBERO, Ramón García. **'Non bis in idem' material y concurso de leyes penales**, p. 101-114.

<sup>2023</sup> PEÑARANDA RAMOS, Enrique. **Concurso de leyes, error y participación en el delito: un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación**. Madri: Civitas, 1991. Sobre o tema, leia-se também MOUTINHO, José Lobo. **Op. cit.**, p. 701-710 e 748-749. HERRERA, José Manuel Palma. **Op. cit.**, p. 32.

<sup>2024</sup> Alguns tributaristas sustentam, por exemplo, que as normas que definem imunidades seriam um recorte, uma delimitação da regra de competência.

Qual o problema dessa concepção?

Ora, o reconhecimento de relações de mútua exclusão cria problemas teóricos especiais no que toca ao erro de tipo e também à participação delitiva. Basta imaginar que o médico pratique o aborto com a crença de que a gestante não teria consentido (art. 125, CP); contudo, a bem da verdade, ela havia consentido com a morte do feto (crime do art. 126, CP).

A vingar a lógica de Gimbernat Ordeig, referidos tipos encontrar-se-iam em relação de mútua exclusão.<sup>2025</sup> Por conseguinte, em termos abstratos, desde que presentes os tipos culposos (art. 18, CP), o médico teria cometido um crime de aborto com consentimento imprudente, em concurso com um delito putativo de aborto sem consentimento.<sup>2026</sup>

Similares problemas desde a perspectiva da integral valoração do fato se apresentam na situação contrária: o sujeito acredita erroneamente que a mulher consente. Desde a perspectiva da relação de mútua exclusão, resultaria que ele teria realizado o tipo objetivo do delito do art. 144 porque, na realidade, produziu-se o aborto sem o consentimento da gestante. Ao contrário, subjetivamente o dolo do autor estava referido ao delito do art. 145.

Em consequência dever-se-ia qualificar o caso como tentativa inidônea do delito do art. 145 em concurso com um aborto imprudente do art. 146 [do Código Penal espanhol]. Esta solução tampouco está isenta de inconvenientes: não se entende a razão pela qual a este sujeito, que queria produzir um aborto com o consentimento, mas que finalmente realizou um aborto sem seu consentimento, se lhe imponha uma pena menor que aquela imposta a outro sujeito que tenha realizado um aborto com consentimento da mulher (ambos queriam realizar o mesmo, mas o primeiro tinha atuado, ademais, sem o consentimento da mulher).

Caso prescindamos, ao contrário, do elemento que fundamenta a relação de exclusão, o sujeito seria responsável por um delito doloso de aborto do art. 145 por força da aplicação da regra relativa ao erro sobre um elemento que qualifica a infração, ainda que a mulher não tenha consentido, da mesma forma como o sujeito que o desconhecia deixa de ser responsável pelo tipo agravado e subsiste a

---

<sup>2025</sup> No caso do aborto com consentimento e aborto com consentimento (arts. 125 e 126, CP brasileiro), essa relação de alternatividade parece mesmo incontornável. Afinal de contas, esses tipos parecem simétricos entre si. O problema todo é que Ordeig exponencia essa relação de mútua exclusão (eventualmente subsistente quanto a alguns tipos penais), de modo a torná-la a regra para todos os casos de concurso aparente. E aí é que esses problemas, topicamente presentes em alguns dispositivos penais, passam a atingir a maioria dos casos de concurso de normas. Registre-se, todavia, que não se pode desconsiderar que, em muitos casos, realmente a relação entre os tipos será de heterogeneidade, como ocorre com o clássico exemplo da relação entre o furto e a apropriação indébita. A respeito desse exemplo do aborto, leia-se também MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 685.

<sup>2026</sup> Segundo Escuchuri Aisa, o penalista Lorenzo Coppello advoga, em razão disso, que o consentimento da mulher não seria elemento integrante do crime de aborto, para evitar essa aparente contradição. Leia-se AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 41. Mas isso parece redundar em analogia *in malam partem*, desconsiderando o postulado *verba cum effectu sunt accipienda* (as leis penais não têm palavras inúteis).

responsabilidade pelo tipo básico.<sup>2027</sup>

Aliás, na Espanha, isso suscitaria dificuldades especiais.

Afinal de contas, à semelhança de outros ordenamentos jurídicos, o direito espanhol preconiza normas incriminadoras fundadas na qualidade da vítima (p.ex., o regicídio definido no art. 485, CP espanhol). Todavia, o seu Código Penal não regula expressamente o erro sobre a pessoa, ao contrário do que prevê o art. 20, §3º, do Código Penal brasileiro.<sup>2028</sup>

A tese de Gimbernat Ordeig pressupõe, como foi visto, que a relação entre o regicídio (art. 485, CP espanhol) e o homicídio (art. 138, CP espanhol) seria de mútua exclusão. Por conseguinte, o homicídio seria definido como a negação do regicídio (matar alguém, desde que esse alguém não seja o rei, a rainha etc.).

Segundo ele, o homicídio é um tipo residual, de modo que "nele apenas são subsumíveis aquelas mortes que não tenham como sujeito passivos aqueles especificados no art. 405 [do Código Penal espanhol]; naqueles que não concorram as circunstâncias do art. 406, que não tenham sido realizadas com o consentimento da vítima (art. 409, inc. 2) e que não tenham sido causadas pelos autores e nem com os objetivos descritos no art. 410."<sup>2029</sup>

Ordeig aplica - reitere-se - referida solução para todas as normas penais incriminadoras. Ele concebe que, a bem da verdade, o problema do concurso seria uma mera questão de interpretação dos dispositivos, com o recorte do seu âmbito de incidência. Atente-se para a síntese de Estrella Aisa:

Isso, acrescenta Gimbernat Ordeig, não ocorre apenas nos delitos contra a vida. O mesmo pode ser afirmado com relação ao furto e ao roubo com violência ou intimidação, ou o roubo com força nas coisas. Nesses casos, o furto não é um tipo genérico, mas sim residual. A inclusão de certos elementos negativos faz com que nele apenas possam ser subsumidas aquelas subtrações que não tenham sido acompanhadas nem de violência, nem de intimidação, nem de força nas coisas. Como o argumento que apoia essa tese, sustenta Gimbernat que, se no caso do homicídio estivessem compreendidos o resto dos delitos contra a vida, isso teria que ter reflexo na consequência jurídica e, e isso não é assim, se preceito que regula o homicídio não compreende as consequências jurídicas, é que

<sup>2027</sup> GONZÁLES RUS *apud* AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 41-42. Traduziu-se.

<sup>2028</sup> BRASIL. **Código Penal brasileiro**. Art. 20, §3º. O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime. A respeito do erro sobre a pessoa, leia-se FROSALI, Raoul Alberto. **Concorso di norme e concorso di reati**. Milão: Dott A. Griuffrè Editore, 1971, p. 293. MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 685.

<sup>2029</sup> ORDEIG, Gimbernat *apud* AISA, Estrella E. *Op. cit.*, p. 45. Traduziu-se e complementou-se.

tampouco compreende a hipótese de incidência daquele tipo.<sup>2030</sup>

Conjete-se então que alguém tente matar o rei, mas, por erro na execução, acabe por matar o seu vizinho. Nesse caso, dada a ausência de dispositivo exposto que trate do 'erro sobre a pessoa', e mantida coerência com a sua própria premissa, Gimbernat Ordeig seria obrigado a reconhecer a prática da tentativa de regicídio (art. 485 c/ art. 16, CP espanhol), em concurso formal com o homicídio imprudente (art. 142 c/ art. 12, CP espanhol).<sup>2031</sup>

Essa solução não parece adequada.

Afinal de contas, quem quer praticar regicídio também quer praticar, implicitamente, o homicídio. Quem quer praticar o roubo também deseja praticar o furto, conquanto o inverso não seja verdadeiro (art. 29, §2º, CP brasileiro).

Atente-se para a análise de Estrella Aisa, versando sobre a relação entre o aborto sem consentimento - desejado pelo médico - e o aborto com consentimento, efetivamente por ele realizado:

Mas essa solução não parece adequada ao princípio da íntegra valoração do fato: desconhece-se que o sujeito que queria realizar uma conduta mais grave, realizou um delito doloso consumado de aborto. Quando se tem em conta que a tentativa inidônea é impune no Código Penal, ele somente seria responsável por um delito de aborto imprudente com o qual não se explicaria a razão pela qual, querendo realizar um crime mais grave, lhe possa ser imputada uma sanção mais leve. E, ademais, para poder torná-lo responsável pelo aborto imprudente (sendo que também produziu o resultado de aborto que queria produzir), teria que se examinar se o erro sobre o consentimento da gestante seria ou não vencível.<sup>2032</sup>

Peñaranda Ramos sustenta ser preferível, ao contrário, a concepção de que, em boa parte dos casos, a relação seria inclusiva. Isto é, seria melhor a compreensão da relação 'gênero/espécie'. Haveria uma graduação, pela qual o

<sup>2030</sup> AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 45. Traduziu-se.

<sup>2031</sup> Anote-se, todavia, que Gimbernat Ordeig não chega a extrair essas consequências da própria tese. Ele invoca uma cláusula hipotética ('como se'), de modo que o agente deveria ser responsabilizado pelo que almejava, como se isso houvesse acontecido (algo próximo ao 'erro sobre a pessoa', previsto no Código Penal brasileiro). Mas o argumento parece contraditório com suas próprias premissas, dado que - supondo cuidar-se de relações de mútua exclusão -, essa cláusula hipotética seria então agressiva ao postulado da legalidade (*nulla poena sine lege certa*). Uma avaliação crítica dessa resposta de Gimbernat Ordeig pode ser conferida na obra ALBERO, Ramón García. *Op. cit.*, p. 106-114 e 363. Em p. 108, Albero diz: "A ficção penológica que propõe Gimbernat - 'castigar o fato como se...' - torna-se, desta forma, indefectivelmente gravosa ao acusado, pois com isso se finge a ocorrência de um elemento do tipo objetivo que, na verdade, não se dá."

<sup>2032</sup> AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 40. Esse equacionamento é aplicável também ao confronto entre regicídio e homicídio no Direito Penal espanhol, dado que - ao se tentar o regicídio -, o agente também almeja praticar um homicídio, como parece óbvio.

agente - ao praticar o homicídio - também preencheria o tipo objetivo da norma penal do art. 129, CP brasileiro (lesão corporal).<sup>2033</sup>

Trata-se de uma lógica *a maiore, ad minus*. Supõe-se que, quem quer o mais grave, também quer o menos grave. Quem pratica o roubo também comete, implicitamente, o crime de furto, nele compreendido.

Santiago Mir Puig argumenta, de sua parte, que - a vingar uma relação de mútua exclusão -, a *abolitio criminis* do crime de parricídio deveria implicar a imediata soltura de todos quanto estivessem condenados por esse delito, conquanto todo parricídio também seja um homicídio.<sup>2034</sup>

Tão somente quando se imagina que aquele que cometeu parricídio também consumou o crime de homicídio, é que a as consequências jurídicas seriam aplicadas de modo mais consistente - diz aquele professor espanhol.

Ora, é importante ter em conta uma ressalva. Caso o dispositivo penal seja simplesmente ab-rogado, sem qualquer referência expressa, será realmente difícil imaginar uma efetiva *abolitio criminis*.

Imagine-se que uma lei simplesmente ab-rogue o art. 123, Código Penal brasileiro (infanticídio). Nesse caso, surgirá a dúvida se, com isso, teria havido efetiva *abolitio* ou mera supressão do tipo especial. Quando o tipo penal é simplesmente retirado do Código, pode-se supor que - quem matou o próprio filho sob estado puerperal, logo depois do parto - também cometeu um homicídio.

Nessa hipótese, a solução será a aplicação da pena cominada pela norma vigente ao tempo dos fatos (redação da retroatividade *in pejus*), mas sem que se possa falar então em efetiva *abolitio criminis*.

---

<sup>2033</sup> Essa pretensa realização progressiva dos tipos (relação de inclusão) pode dar ensejo, em muitos casos, ao problema do *Wiederaufleben* (ressurreição) dos tipos deslocados, questão também denominada de 'efeitos residuais' de normas afastadas. Excluindo-se as normas especiais privilegiadoras (p.ex., o infanticídio), poderia o agente ser responsabilizado pelo crime geral, na hipótese de não ter sido preenchida alguma condição para a imputação do crime específico? Imagine-se que o sujeito tenha falsificado documentos com o fim de sonegar tributos. Todavia, por questão de vícios formais, o lançamento tributária seja inviável. Em um caso como esse, por acaso pode o Ministério Público denunciar o agente pela prática do crime de fraude documental (p.ex., art. 298, CP)? Ou isso seria uma forma de se burlar os requisitos da súmula vinculante 24, do STF? Por acaso isso não configuraria uma espécie de analogia *in malam partem*? Outro problema conexo com esse diz respeito ao *Sperrwirkung* (efeito de bloqueio). Quando o sujeito pratica o crime de estelionato (art. 171, CP), mediante falsificação de documentos públicos (art. 297, CP), a sua pena pode ficar aquém de 02 anos? Ou a pena mínima do crime-meio (falsificação) também deveria ser respeitada, à semelhança do que preconiza o Código Penal alemão para os casos de concurso formal (§52, StGB)? Essas questões serão examinadas mais adiante. Por ora, apenas cumpre enfatizar que essas categorias dependem da própria concepção sobre o concurso aparente de normas (como cometimento progressivo de um conjunto de normas penais).

<sup>2034</sup> MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, p. 647.

Caso, todavia, a legislação tenha definido que essa conduta - matar o próprio filho, sob estado puerperal, logo depois do parto - não configurará mais crime (por questões de política criminal), não se poderá reconduzir então a questão ao tipo penal geral do art. 121, CP, conquanto todo infanticídio seja também um homicídio.

Ou seja, nesse âmbito há difíceis problemas quanto à identificação do conteúdo das fontes normativas (que normas elas veiculam!). Cuida-se do problema de saber quando há efetiva *abolitio criminis* ou mesmo substituição de um crime por outro, tema razoavelmente intrincado. Releva ter em conta, no momento, apenas que nem sempre a ab-rogação de um tipo especial implicará a automática aplicação das consequências previstas no tipo penal genérico.

Convém retomar, porém, o fio da meada.

Como foi visto até aqui, a tese da exclusão recíproca entre os tipos acaba suscitando alguns problemas especiais, sobretudo pela dificuldade em se justificar o erro sobre a pessoa (art. 20, §3º, CP brasileiro).

Peñaranda Ramos lançada outra objeção contra essa tese, desenvolvida por Gimbernat Ordeig, sustentando que ela não explicaria suficientemente os problemas da participação dolosamente distinta (no caso brasileiro, art. 20, §2º, CP).

Um último, mas decisivo, argumento mediante o qual Peñaranda Ramos tenta rebater essa concepção do concurso denormas que nega a relação dos requisitos típicos de várias figuras delitivas é aquele que se refere ao modo pelo qual se deve determinar a responsabilidade do partícipe nos casos de excesso do autor. Se a doutrina admite que o partícipe deve ser responsável pelo delito para o qual quis prestar sua contribuição, ainda que o autor tenha realizado outro crime mais grave, então Peñaranda Ramos se pergunta, com razão, como poder-se-ia fundamentar essa responsabilidade por um delito que não foi efetivamente cometido.<sup>2035</sup>

Quando o cúmplice pretende auxiliar na realização de um furto, e - ingressando na residência alheia - o autor pratica um roubo, Gimbernat Ordeig encontra substanciais dificuldades para explicar a forma como o partícipe deve ser responsabilizado. Afinal de contas, para ele, o roubo seria uma negação do furto.

Supondo-se que esses tipos mantenham uma relação progressiva (*minus-maius*), o tipo penal do roubo (art. 157, CP) também compreenderia, em si, o tipo

<sup>2035</sup> AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 52. Traduziu-se.



penal do furto (art. 155, CP), dado que se constitui em crime complexo.<sup>2036</sup>

Escuchuri Aisa tem razão, portanto, quando sustenta que essa tese da mútua exclusão - ao conceber o concurso aparente como um problema de delimitação recíproca entre os tipos penais - acaba por ensejar perplexidades no âmbito da teoria do erro e também da participação, sobretudo por força da necessidade de congruência entre a tipicidade objetiva e subjetiva.

Com o exposto, colocou-se em relevo que o intento de suprimir o concurso de normas a partir de uma concepção do ordenamento penal como sendo um sistema composto por tipos que se excluem reciprocamente tem consequências inaceitáveis na matéria do erro e da participação.

O estabelecimento de relações de alteridade entre os tipos que protegem um mesmo bem jurídico (concretamente, em relação aos elementos do tipo objetivo) parece ser, em princípio, uma opção legislativa válida. Com isso, se consegue, aparentemente, que não coincidam os âmbitos de aplicação dos tipos e, ao mesmo tempo, que não ocorram lacunas de punição.

Assim ocorre, por exemplo, no delito de aborto: ou esse é cometido com o consentimento da gestante ou sem o seu consentimento, não havendo uma terceira possibilidade.

Sem embargo, a capacidade dessa técnica para alcançar esses objetivos desaparece quando se tem em conta a relação ao tipo objetivo com o tipo subjetivo, já que é precisamente nos casos de incongruência entre tipo objetivo e tipo subjetivo em que se mostra a debilidade desta concepção e o seu caráter insustentável, frente aos fins perseguidos pelo ordenamento jurídico-penal.

Uma tese que mantivesse os postulados de exclusivamente até sua últimas consequências determinaria nos casos de erro a impunidade de certas condutas que, sem dúvida, são merecedoras de pena. Isso ocorre, como visto, naqueles casos em que um sujeito quer matar a outro, mas acaba por matar uma das pessoas cuja vida goza de especial proteção: nesse caso concreto o sujeito não poderia responder pelo delito do artigo 485 do Código [penal espanhol] porque faltaria o dolo, mas tampouco poderia responder pelo delito de homicídio, já que não teriam sido então realizados os requisitos típicos desse delito.<sup>2037</sup>

Semelhante é a conclusão de García Albero, como segue:

[A] necessária congruência entre o tipo objetivo e subjetivo provoca que o erro sobre o elemento que fundamenta a exclusão conduza à impossibilidade de se aplicar o tipo alternativo doloso consumado, dado que não se poderia afirmar, sem contradizir seu teor, a adequação do fato ao tipo objetivo menos grave.

Esse seria o caso do erro que versa sobre a idade de doze anos no

<sup>2036</sup> Sobre o crime complexo, leia-se RANIERI, Silvio. **O crime complexo**. Tradução de Laercio Laurelli. São Paulo: Quartier Latin, 2006, sobretudo p. 167-185. Atente-se ainda para a interessante obra NÚÑEZ, Juan Antonio Martos. **Delitos cualificados pelo resultado en el Derecho Penal español**. Madri: Bosch Editor, 2012.

<sup>2037</sup> AISA, Estrella Escuchuri. **Op. cit.**, p. 54. Traduziu-se e complementou-se.

delito de estupro, recentemente utilizado pela nossa doutrina como banco de provas das indesejadas consequência a que aludimos. como já colocou em relevo De Vicente, aquela pessoa que, aproveitando-se de uma situação de superioridade, abusa de uma mulher menor de doze anos, supondo-a maior, somente poderia ser castigado por uma tentativa inidônea de estupro, em todo caso em concurso formal com um delito de violação imprudente.

Em que pese o conteúdo insatisfatório dessa solução, não resultaria possível, *de lege lata*, castigar por estupro doloso consumado, eis que, objetivamente, isso suporia afirmar que a mulher é na realidade maior de doze anos. A hipótese inversa resultaria, porém, desde o ponto de vista do tratamento penal, mais insatisfatória: a realização objetiva de um tipo de delito na crença de ter executado um crime mais grave, comportaria, nesse caso, que o fato teria preenchido apenas o tipo objetivo de uma das normas - o estupro - e, por sua vez, apenas o tipo subjetiva de outra norma (a violação).<sup>2038</sup>

Essa concepção (relações de inclusão) parece mais adequada, conquanto ela não possa ser ampliada para todos os tipos penais. Afinal de contas, em muitos casos é nítida a relação de incompatibilidade típica. Repita-se: com um mesmo 'ato básico' não há como o sujeito praticar a apropriação indébita (art. 168, CP) e também o crime de furto (art. 155, CP), eis que possuem elementos contraditórios entre si, insuscetíveis de serem preenchidos simultaneamente.<sup>2039</sup>

Com efeito, o crime do art. 168, CP, trata da apropriação de bem móvel do qual se tem a posse; enquanto que o furto é justamente a subtração de bens da qual não se tem a posse. São conceitos antagônicos.

Daí o peso da crítica de Ingeborg Puppe, bem sintetizada por Aisa: "Críticamente assinala I. Puppe (*JR*, 1984, p. 232) que - infringindo o princípio *nulla poena sine lege scripta* - a jurisprudência e grande parte da doutrina estão dispostas a eliminar uma relação de mútua exclusão que se encontra na lei, substituindo-a por uma relação de especialidade, de modo a evitar lacunas de punibilidade."<sup>2040</sup>

Permanece, portanto, a dificuldade de se supor que o aborto com consentimento (art. 126, CP brasileiro) seja uma espécie do aborto sem consentimento (art. 125, CP brasileiro), dada a presença de partículas contraditórias

<sup>2038</sup> ALBERO, Ramón García. *Op. cit.*, p. 103. Traduziu-se. Para compreender esse excerto, da obra de Albero, anote-se que o crime de violação está definido no art. 179 do Código Penal espanhol (consistindo na agressão sexual, com acesso carnal). O art. 180 CP esp. prevê uma causa de aumento, quanto a vítima é menor de 13 anos.

<sup>2039</sup> Isso não impede, reitera-se, o reconhecimento de eventual concurso real aparente, como ocorre nos casos da chamada 'unidade da ação em sentido natural' ou mesmo com os comportamentos copunidos, como será detalhado mais adiante. Por ora, apenas se enfatiza acima que um mesmo 'ato básico', no sentido propugnado por Arthur Danto, não pode preencher formalmente ambas as normas ao mesmo tempo, por conta da sua assimetria (apropriar-se de objeto do qual se tem a posse; e apropriar-se de objeto do qual não se tem a posse).

<sup>2040</sup> Idem, p. 42, em nota de rodapé. Traduziu-se.

entre si. Nesse caso, a relação de alternatividade parece evidente.

Há, por conseguinte, relações de heterogeneidade. Apenas se deve ter o cuidado de não supor que todas as relações lógicas entre enunciados poderiam se traduzir em relações de mútua exclusão, tal como advoga Gimbernat Ordeig, frente às inúmeras perplexidade que essa tese suscita.

Conclui-se, portanto, que não se pode resumir o concurso formal aparente de normas incriminadoras como sendo mero caso de mútua exclusão, eis que também há necessariamente relações de interferência e de subordinação, como bem destacado na obra de Ulrich Klug, acima examinada.

Ora, deve-se superar a correlação entre preenchimento do tipo e aplicação automática da sua consequência jurídica. Não raras vezes, a norma incriminadora pode ser aplicável - *prima facie* - ao caso, sem que o juiz possa aplicar as sanções nela previstas. Atente-se para a análise de Lobo Moutinho, a respeito:

Por essa razão, dentro da mesma orientação geral procurou-se alcançar uma justificação dogmática (ou, se se quiser, uma justificação dogmática mais consistente) para tais efeitos [*Wiederaufleben* e *Sperrwirkung*].

Para isso, tornava-se necessário superar a equivalência entre a realização do tipo, prática do crime e aplicabilidade da consequência que afinal fornece a base do entendimento deo concurso aparente de normas com um 'não concurso' de normas e como caso de exclusão recíproca entre elas e de delimitação dos respectivos âmbitos de aplicação. Isso pôde fazer-se ou porque se enxertou qualquer coisa entre a realização do tipo e o crime (único) ou entre eles e a aplicabilidade da consequência jurídica ou porque se admitiu uma explicação do tipo renunciativo no que respeita à consequência jurídica.<sup>2041</sup>

#### 9.4.5. Breves anotações sobre o concurso formal aparente:

Como já foi mencionado acima, adota-se nessa tese a distinção presente na obra de Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend.<sup>2042</sup> Pode-se falar em concurso

<sup>2041</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 688. Complementou-se.

<sup>2042</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*, p. 790. Max Ernst Mayer menciona o 'concurso real inautêntico' (pluralidade de ações sintetizadas em uma unidade, ações preparatórias etc.). MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*, p. 633-635. Jakobs também fala em 'concurso real aparente', conforme consta em JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madri: Marcial Pons, 1997, p. 1049

formal aparente e também em concurso real aparente.

Frequentemente os teóricos têm em conta muito mais a primeira hipótese - concurso formal aparente -, ao sustentarem que a 'unidade de lei' dependeria de uma prévia unidade da conduta sob julgamento.<sup>2043</sup> Presentes várias condutas, o concurso aparente estaria desde logo descartado, segundo essa concepção.

Não se pode olvidar, todavia, que há vários casos em que, a despeito da ocorrência de várias ações humanas, apenas uma norma penal seria aplicável, reconhecendo-se concurso aparente. Essa é a situação, por exemplo, dos comportamentos copunidos (pós-fatos e antefatos impuníveis).

Existirá concurso aparente sempre que o 'fato concreto' possa adaptar-se a vários preceitos, ainda que entre eles não haja relação alguma de especialidade, subsidiariedade ou consunção, tal e como se assinalou. Os critérios para decidir a identidade de fato em sentido material serão examinados mais adiante. Trata-se agora apenas de oferecer uma visão panorâmica da múltipla concepção do princípio e das suas repercussões na matéria do concurso aparente. Seguindo essa teoria absoluta, sua adoção supõe obviamente uma ruptura com a dogmática tradicional, extendendo o concurso aparente de normas penas à totalidade das hipóteses de 'identidade de fato.' Abstraindo as ulteriores apreciações críticas, pode já adiantar-se que esta teoria resulta absolutamente inviável no direito espanhol, simplesmente porque tornaria inconcebível, bem a totalidade dos casos de concurso formal, ou boa parte deles. Não em vão, o art. 71 do Código Penal pressupõe a existência de um fato que constitua dois ou mais crimes. Sintetizando: segundo essa primeira concepção do princípio, este consistiria na proibição de reprovar várias vezes o mesmo fato ao seu autor, mediante uma plural fixação de consequências jurídicas. Um mesmo fato não poderia estar contemplado por mais de uma norma,

---

(conquanto Jakobs critique essa distinção, em nota de rodapé, ao final da mesma página). Por outro lado, conquanto não chegue a usar essa expressão, José Lobo Moutinho tem em conta justamente esse problema, quanto enfatiza que o concurso de normas não poderia ser restrito apenas aos casos de normas diferentes entre si. Também haveria a incidência reiterada de uma mesma norma, eventualmente eclodindo em crime unitário. Confira-se MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal português**, p. 443-445.

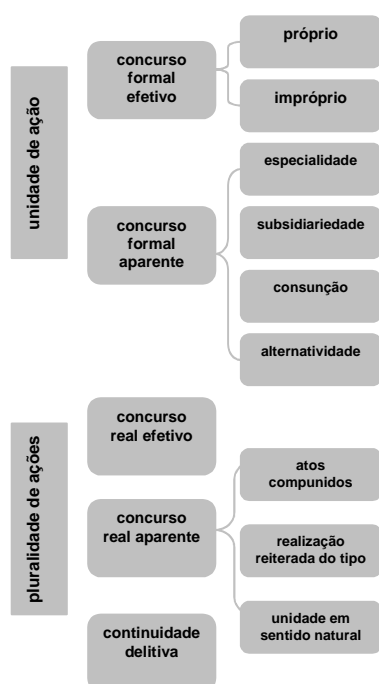
<sup>2043</sup> José Cândido de Carvalho Filho argumenta, por exemplo, que haveria concurso aparente quando, *a um mesmo fato*, podem ser aplicadas duas ou mais normas penais. Ao mesmo tempo, porém, ele sustenta que os casos de pós-fato impuníveis seriam exceção à regra da unicidade do fato. CARVALHO FILHO, José Cândido de. **Concurso aparente de normas penais**. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 57 e 91. Frederico Gomes Horta sustenta, de sua parte, que a teoria sobre concurso aparente surgiu como uma exceção ao concurso formal de delitos, razão pela qual o seu ponto de partida seria a ocorrência de ação-unitária, suscetível de se amoldar a distintos tipos penais. HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Do concurso aparente de normas penais**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007, p. 33. Por seu turno, Giuseppe Betiol insistia que somente se poderia falar em concurso aparente quando se tratasse de ação única, suscetível de ser amoldada, *prima facie*, em distintos tipos incriminadores. BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**, p. 561: "Ao abordar o princípio da consunção devem ser também mencionados os casos que a doutrina chama de ante-fato e pós-fato não punível. No primeiro caso, o crime menos grave é o meio ordinário, com base no *id quod plerumque accidit*, para chegar à consumação de um crime mais grave. Trata-se sempre de uma ação unitária, se bem que complexa, que se desdobra no tempo."

em que pese aparentemente ter sido previsto em vários tipos.<sup>2044</sup>

Por conseguinte, como bem explicita Albero no texto acima, deve-se ter em conta a figura do 'concurso real aparente', hipótese nas qual - a despeito da multiplicidade de ações -, deve-se reconhecer a ocorrência de delito único.

O propósito desse tópico não é o de se exaurir o estudo dos casos de concurso aparente. Busca-se muito mais uma análise panorâmica, tão somente a fim de se permitir, mais adiante, o seu confronto com o concurso formal efetivo.

Vale a pena atentar, portanto, para o seguinte diagrama:



**Figura 6: Concurso efetivo x concurso aparente**

A presente investigação não se destina a esmiuçar cada uma dessas categorias do concurso de crimes. O diagrama acima apenas explicita que, para além dos casos de concurso formal aparente, também é possível o reconhecimento do concurso real inautêntico, no qual - em que pese haja inúmeras ações - apenas um delito pode ser reconhecido.

No presente tópico, é relevante ter em conta aquelas hipóteses em que uma ação parece amoldar-se a distintos tipos penais (confluência *prima facie* de normas incriminadoras). Todavia, depois de bem examinados os casos, constata-se a

<sup>2044</sup> ALBERO, Ramón García. **'Non bis in idem' material y concurso de leyes penales**. Barcelona: Cedecs Editorial, 1995, p. 38, traduziu-se.

ocorrência de um único delito.

No concurso de normas, a dificuldade que se apresenta pela coincidência de várias delas, se resolve arbitrando alguns critérios que nos permitem resolvê-lo. Por isso, o concurso de normas que nos interessa não é aparente, senão que é uma situação real de concorrência de vários preceitos que nos situa diante de um problema de ter que determinar qual deles deve ser aplicado.<sup>2045</sup>

#### 9.4.5.1. Modelos monotônicos de solução do concurso aparente:

No mais das vezes, os penalistas evocam um conjunto de princípios para regular os casos de concurso aparente (especialidade, consunção e subsidiariedade).<sup>2046</sup> Cuida-se de uma concepção pluralista.<sup>2047</sup>

Em oposição a todas essas abordagens pluralistas de concorrência aparente, que procuram descrever e identificar as suas hipóteses ou requisitos a partir das distintas formas de relações entre as normas antes apontadas, outras se destacam por reduzir tais possibilidades a apenas uma, traduzindo, assim, a concorrência aparente de normas sempre pela mesma forma de relação entre o preceito prevalente e aqueles descartados. Essas são as chamadas abordagens monistas que, de forma geral e essencialmente, se baseiam na relação e no critério da especialidade.<sup>2048</sup>

Por ora, convém atentar para essas teorias monistas - ou monotônicas - que pretendem reduzir todos os casos de concurso aparente a apenas um desses princípios. No mais das vezes, essa concepção monista reporta-se ao postulado da especialidade, como sendo o único critério a ser aplicado nesse âmbito.

Mas, como também já foi registrado acima, também há teóricos que tentam resolver os casos de concurso apenas com a alternatividade - ou relações de mútua exclusão -, imaginando que todas as normas manteriam entre si vínculos de heterogeneidade (mútua delimitação normativa).

Essa concepção já foi suficientemente detalhada acima, ao que releva para

<sup>2045</sup> NICÁS, Nuria Castelló. **El concurso de normas penales**, p. 7.

<sup>2046</sup> Como se indicará adiante, há maior polêmica no que toca ao reconhecimento da alternatividade, princípio expressamente reconhecido pelo art. 8º do Código Penal espanhol em vigor.

<sup>2047</sup> Em interessante obra, Frederico Gomes de Almeida Horta promove essa diferenciação entre concepções monistas e pluralistas. As monistas adotam apenas um princípio para solução dos casos de concurso aparente, enquanto que as pluralistas adotam geralmente três princípios ou mais. HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Do concurso aparente de normas penais**, p. 87 e 103. Análise semelhante é promovida na obra MOUTINHO, José Lobo. **Op. cit.**, p. 886.

<sup>2048</sup> Idem, p. 103.

a presente tese. Daí que, no momento, é mais importante atentar para a concepção que advoga a tese de que o concurso aparente se resumiria apenas aos casos de especialidade. Nesse âmbito, é importante analisar sobretudo a obra de Günther Jakobs<sup>2049</sup> e de Ingeborg Puppe.<sup>2050</sup>

Ora, a tese de Puppe será examinada em detalhes adiante. Pela sua riqueza e complexidade, ela merece um tópico próprio para sua explicitação.

Por ora, apenas cumpre ter em conta que a professora de Heidelberg depara-se com o §52, StGB (dispositivo que trata do concurso formal, na Alemanha). Em solo alemão, não há causa de aumento para o concurso formal; por outro lado, o referido dispositivo adota um sistema de combinação de marcos penais, impondo a maior pena mínima e maior pena máxima dos tipos penais violados.

Diante desse contexto, Puppe advoga, em síntese, que o concurso formal apenas poderia ser reconhecido nos casos de 'parentesco de injusto' (ou seja, quanto as normas violadas possuam elementos em comum, tal como ocorre com o estelionato e o uso de documento falso). Ela reputa que os casos de subsidiariedade e consunção seriam hipóteses, a bem da verdade, de concurso formal.

Por outro lado, Puppe argumenta que a única hipótese de concurso aparente seria a especialidade (sobretudo a especialidade privilegiadora - tal como ocorre com a relação entre infanticídio e homicídio). Por fim, tudo o mais deveria ser tratado - segundo a sua concepção - como caso de concurso real.

Em brevíssima síntese, essa é a conclusão da tese advogada pela brilhante penalista germânica, o que será apreciado com maior vagar adiante.

Vê-se, ao que releva, que ela defende que o único caso de concurso aparente seria a especialidade. Günther Jakobs, discípulo de Welzel, advoga tese semelhante, conquanto não compartilhe das premissas em que se escora Puppe.

Pretense-se expor aqui, portanto, a análise de Jakobs sobre o tema.

Segundo o professor da Universidade de Bonn, a questão do concurso aparente seria essencialmente um problema interpretativo:

---

<sup>2049</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho penal:** parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madri: Marcial Pons, 1997, p. 1048 e ss.

<sup>2050</sup> PUPPE, Ingeborg. **Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen:** logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung. Berlin: Duncker & Humblot, 1979, p. 313 e ss. Registre-se que, segundo observa José Herrera, o professor Vives Anton também advoga uma tese monotônica, reconduzindo todos os casos de concurso aparente às relações de especialidade. HERRERA, Jose. **Op. cit.**, p. 40.

No concurso denormas, o comportamento do autor se vê abarcado por diversas normas no sentido de formulações de delitos, enquanto que apenas se dá uma única norma no sentido de determinação do delito. Um delito idêntico se formula várias vezes, desde logo quiça em distintos graus de concretização e, portanto, de determinação das consequências jurídicas. Por formulação de delito não se deve entender somente o texto de lei, senão o resultado de sua concreção interpretativa na subsunção, incluindo a menção dos fatores de determinação da pena.

Assim, portanto, formulação de delito é a proposição jurídica concretizada até a aplicabilidade ao caso concreto. Exemplo: uma proposição com o conteúdo seguinte: 'No furto, a violação do domicílio agrava a pena' forma parte de uma formulação de delito, tanto quando promove a agravação por meio de um tipo penal qualificado, mediante um caso especialmente grave, ou quando sem modificação do marco penal, na determinação da pena. Qualquer outro exame na determinação do concurso de normas faria com que a decisão dependesse então de técnica legislativa, e não do objeto da regulação.<sup>2051</sup>

Ao que releva, Jakobs sustenta que todos os casos de concurso aparente seriam solucionados mediante a aplicação do princípio da especialidade.<sup>2052</sup> Ele enfatiza, por exemplo, que a consumação é um caso especial quando confrontada com a tentativa do mesmo delito.<sup>2053</sup>

Contudo, ao mesmo tempo em que ele pretende reduzir todos os casos do concurso aparente apenas à especialidade, Jakobs cria sub-casos de especialidade: (a) especialidade em virtude da intensidade da descrição; (b) especialidade em virtude do grau de concretização do delito; e (c) especialidade relativa ao fato concomitante; (d) especialidade em virtude da intervenção prévia.

Convém atentar para a sua própria síntese:

a) As qualificações, os privilégios e os crimes complexos (supra 6/95 ss.) são mais ricos em elementos que o delito básico, e por isso predominam sobre este: especialidade em virtude da intensidade da descrição. Do mesmo modo, qualquer outro delito empregado na formação de um caso especialmente grave ou bem somente na determinação da pena impede a ulterior aplicação deste.

b) A regulação da fase do delito mais próxima à consumação prevalece sobre a regulação daquela mais distante: especialidade em virtude da concretização da consumação. Nesse âmbito costuma-se denominar de subsidiariedade, e fragmentariamente também como grupo de casos de atos prévios copunidos. Outro tanto pode-se afirmar que a regulação da forma de participação mais intensa em relação à regulação menos intensa: especialidade em virtude da intensidade do

<sup>2051</sup> JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, p. 1048-149. Traduziu-se.

<sup>2052</sup> Idem, p. 1050: "Pode-se designar a todos os casos de concurso de normas como sendo de especialidade." A respeito da tese de Jakobs, leia-se também AISA, Estrella E. *Op. cit.*, p. 164-165 e HERRERA, José Manuel Palma. *Los actos copenados*, p. 102-103.

<sup>2053</sup> JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, p. 1050.



resultado.

c) O delito que compreende outro como um acontecimento secundário prevalece sobre este na medida em que também o marco penal deste outro delito seja inferior: especialidade relativa ao fato concomitante. Um delito é secundário quando constitui uma modalidade de realização típica, mas de menor gravidade. Costuma-se chamar esse grupo de casos de consunção. Também os delitos subsidiários expressos pertencem a esse grupo de casos.

d) O delito que imputa um resultado não concluído, como se já houvesse concluído, prevalece sobre o delito que se realiza apenas com a conclusão: especialidade em virtude da antecipação da regulação; o que corresponde à denominação usual do delito deslocado como fato posterior copunido.<sup>2054</sup>

Percebe-se facilmente que, a rigor, Jakobs não descarta os clássicos princípios da subsidiariedade e da consunção. Na verdade, ele os emprega com novos nomes (especialidade em virtude da concretização da consumação; especialidade relativa ao fato concomitante).

Sua classificação amplia, de todo modo, a amplitude de tais diretrizes, de modo a abranger também os casos de comportamentos copunidos (especialidade em virtude da antecipação da regulação). De todo modo, o rendimento dogmático dessa classificação parece reduzido.

Por seu turno, Francesco Antolisei também pretende reduzir os princípios para a solução dos casos de concurso aparente apenas ao postulado da especialidade. Ele critica, para tanto, a pretensa confusão que surgiria do emprego da consunção e da subsidiariedade.<sup>2055</sup>

Atente-se para a síntese promovida por Herrera:

Para esse autor, existe um concurso de normas quando duas ou mais disposições coexistentes parecem se adaptar a um mesmo caso, ainda que somente uma delas seja finalmente aplicável. Rechaça, desse modo, como sendo situações de concurso de normas, em primeiro lugar, os casos de consunção, posição que resulta completamente coerente com sua concepção do concurso de normas; rechaça, em segundo lugar, aqueles casos nos quais a própria lei determina expressamente qual preceito deve resultar aplicável - os casos conhecidos geralmente como subsidiariedade expressa -, toda vez que nestas situações não haja conflito algum entre preceitos; não chega a gerar-se, sequer, a dúvida sobre qual disposição seria efetivamente aplicável ao caso.<sup>2056</sup>

<sup>2054</sup> Idem, p. 1053-1054. Traduziu-se.

<sup>2055</sup> Uma interessante síntese do pensamento de Antolisei pode ser divisada na obra HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Op. cit.*, p. 107-111. Leia-se também ALBERO, Ramón García. *Op. cit.*, p. 100, em nota de rodapé e BETTIOL, Guiseppe. *Direito Penal*, p. 559-560.

<sup>2056</sup> HERRERA, José Manuel Palma. *Los actos copunados*, p. 30. Traduziu-se.

Vê-se que Antolisei critica a invocação dos princípios da subsidiariedade e da consunção, sustentando ser desnecessária. A absorção de um tipo por outro ('consunção') seria inerente a todos os casos de concurso aparente, e se traduziria em um caso de especialidade.

De certo modo, ele amplia o próprio conceito da especialidade. Como diz Aldo Moro: "A crítica de Antolisei não é persuasiva, porque alarga excessivamente (e, alargando, deforma) os casos de especialidade e erroneamente desconhece a possibilidade de uma sistematização diversa concorrente."<sup>2057</sup>

Ora, conquanto ele admita a existência da subsidiariedade expressa, também reputa que "quando a exclusão da norma subsidiária perante a norma principal é uma imposição expressa, observa não haver incerteza sobre a norma aplicável e, subseqüentemente, tampouco necessidade de recurso a qualquer critério de solução de concorrência aparente."<sup>2058</sup>

Antolisei rejeita terminantemente os casos de subsidiariedade implícita:

A extensão desse tipo de solução legal a casos similares, sob o argumento de que algumas normas são tacitamente subsidiárias em relação a outras é, contudo, terminantemente rejeitada. Voltando-se para a fórmula pela qual a regra da subsidiariedade é enunciada por Crispigni - 'Quando uma lei ou disposição de lei tem caráter subsidiário em relação à outra, a aplicabilidade desta exclui a aplicação daquela' -, Antolisei procura demonstrar sua inoperância, primeiramente, por não encontrar fundamento no direito positivo e, depois, por ser tão vata e supérflua quanto aquela da consunção.<sup>2059</sup>

Essa concepção acaba por ampliar os casos de concurso efetivo de normas. Ao reduzir a confluência aparente apenas às hipóteses de especialidade - mesmo que seja um conceito amplo de especialidade - Antolisei acaba por descartar os casos de comportamentos copunidos, por exemplo.

Por conseguinte, em termos de política criminal, essa sua tese implica certo recrudescimento penal, tendendo a majorar as sanções cominadas.

#### **9.4.5.2. Modelos pluralistas da solução do concurso formal aparente:**

<sup>2057</sup> MORO, Aldo. **Unità e pluralità di reati**: principi. 2. ed. Padova: CEDAM, 1959, p. 66. Traduziu-se.

<sup>2058</sup> HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Op. cit.**, p. 109. Leia-se também ALBERO, Ramon García. **Op. cit.**, p. 100; NICÁS, Nuria Castelló. **Op. cit.**, p. 116, em nota de rodapé.

<sup>2059</sup> HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Op. cit.**, p. 109.

Predomina a concepção de que os casos de conflito aparente entre normas incriminadoras devem ser resolvidos com a invocação de um conjunto de princípios. Cuida-se de meta-normas (normas que regulam outras normas) destinadas a elucidar, em determinado contexto de vida, qual tipo penal deve ser aplicado.

Essa concepção decorre justamente as distintas relações possíveis entre os enunciados normativos - como evidenciou Ulrich Klug, acima referido. Ou seja, em termos lógicos, os princípios do concurso aparente correspondem às relações de subordinação (inclusão) e interferência (compartilhamento de alguns elementos).

Repita-se, todavia, que o concurso aparente não se resume apenas a relações lógicas entre normas. Afinal de contas, a consunção e também os comportamentos copunidos dependem sobretudo de questões valorativas (casos de concurso real aparente).<sup>2060</sup>

A dogmática reporta-se, nesse âmbito, aos clássicos princípios da especialidade, subsidiariedade, consunção. Há maior polêmica quanto ao princípio da alternatividade, reconhecido pela legislação espanhola (art. 8, 4º, CP espanhol).

Convém promover um exame panorâmico de tais princípios.

#### 9.4.5.3. Princípio da especialidade:

Corriqueiramente se invoca, nesse âmbito, o aforismo *lex specialis derogat legi generali*. A norma especial derroga, afasta, a norma geral, como já dizia Papiniano: "*in toto iure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est.*"<sup>2061</sup>

Nuria Castelló Nicás afirma que há consenso dogmático no reconhecimento do princípio da especialidade, enquanto critério para solução de casos de concurso de normas (i.e., concurso formal aparente).<sup>2062</sup>

<sup>2060</sup> HERRERA, José Manuel Palma. **Los actos copunados**. Madri: Dykinson, 2004, p. 43-44. Traduziu-se: "o que caracteriza esta teoria miesta e, ao contrário daquelas que se baseam única e exclusivamente na relação lógico-conceitual entre preceitos é que essa relação formal não é suficiente, *per se*, para afirmar uma situação de concurso entre normas que conduza à aplicabilidade d eum único preceito. A isso tão somente pode conduzir a afirmação de uma relação também valorativa entre ditos preceitos. É dizer, em última análise, é essa relação valorativa e não a lógico-conceitual a que acabaria levando à afirmação do concurso de normas, e à aplicação de um só dos preceitos em jogo."

<sup>2061</sup> PAPINIANO *apud* MOUTINHO, José Lobo. **Op. cit.**, p. 271. Digesto, 50, 17,80.

<sup>2062</sup> NICÁS, Nuria Castelló. **Op. cit.**, p. 116, traduziu-se: "Se há algo sobre o que existe acordo na doutrina acerca do problema do concurso de normas penais, isso é, sem dúvida alguma, a unidade do reconhecimento do princípio da especialidade como chave na solução dos conflitos de normas,

Ramon García Albero argumenta, por seu turno, que essa relação de especialidade entre os tipos incriminadores constitui o caso paradigmático e indubitável de conflito aparente de normas, não apenas pelo que diz respeito aos pressupostos lógicos, mas também quanto aos resultados obtidos nesse âmbito.<sup>2063</sup>

Vale a pena atentar para o conceito da especialidade, elaborado por Nicás:

O princípio da especialidade supõe uma relação entre as normas que confluem na qualificação de um caso, em virtude da qual, uma das normas - a norma especial - contém as mesmas características que contém a outra - a norma geral -, mas, além disso, também veicula alguma ou algumas singularidades que a tornam específica, isto é, especial frente à outra norma de caráter geral.<sup>2064</sup>

Por sinal, no dizer de Ramon García Albero, referido princípio já teria sido conhecido pelo próprio Direito Romano:

Tampouco o princípio de especialidade foi desconhecido no Direito romano. A passagem do Digesto 48, 19, 41 (Pap. 2 definit) ilustra suficientemente isso: 'a sanção das leis, que em sua parte final imponham uma determinada pena aos que não tenham observado seus preceitos, não parece referir-se àqueles casos nos quais a mesma lei somou uma pena especial; e não há dúvida de que, em todo o direito, a norma especial derroga a geral, e não é verossímil que um delito seja sancionado de várias maneiras pela mesma lei.'<sup>2065</sup>

Segundo Federico Puig Peña, o princípio da especialidade é "aquele por cuja virtude quando, dadas duas normas penais protetoras do mesmo bem jurídico, uma delas contém, sem embargo, a respeito da outra algum elemento singular que concreta mais o fato, devendo ser aplicada aquela com exclusão da segunda."<sup>2066</sup>

Paulo César Busato enfatiza que, por força do mencionado princípio, o tipo criminal que contempla mais detalhadamente o caso, "que encontra correspondência mais acabada e específica deve ser aplicado preferencialmente em face daquele que contempla o fato de maneira mais genérica."<sup>2067</sup> Conforme o seu exemplo, o homicídio qualificado é um enunciado especial - e, portanto, de aplicação prioritária

---

seja qual for a compreensão do mesmo." De modo semelhante, Giuseppe Bettiol argumenta que o princípio da especialidade tem bases lógicas sólidas e, como tal, é acolhido sem discussões. BETTIOL, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 559. Leia-se ainda FRISTER, Helmut. *Op. cit.*, p. 681.

<sup>2063</sup> ALBERO, Ramon García. *Op. cit.*, p. 321.

<sup>2064</sup> NICÁS, Nuria Castelló. *Op. cit.*, p. 117. Traduziu-se.

<sup>2065</sup> ALBERO, Ramón García. *Op. cit.*, p. 41, em nota de rodapé. Traduziu-se.

<sup>2066</sup> PUIG PEÑA, Federico *apud* NICÁS, Nuria Castelló. *Op. cit.*, p. 118, traduziu-se. Em sentido semelhante, leia-se CREUS, Carlos. **Derecho penal: parte general**. 4. atual. ampl. Buenos Aires: Astrea, 1996, p. 281.

<sup>2067</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 200.

-, quanto confrontado com o tipo genérico do art. 121, CP brasileiro.<sup>2068</sup>

Amparando-se em Richard Honig, Claus Roxin sustenta que, nos casos de especialidade, uma prescrição penal contém todos os elementos de uma outra norma incriminadora, dela se diferenciando, porém, por possuir quando menos algum outro elemento peculiar.<sup>2069</sup> Semelhante é a análise de Cirino dos Santos.<sup>2070</sup>

Por seu turno, Max Ernst Mayer diz que o "característico da especialidade é a incorporação de um elemento a um tipo básico, com o que se cria um conceito mais estreito, que abarca aquele mais extenso. Desse modo comporta-se a norma especial com respeito à norma geral na relação de espécie e gênero."<sup>2071</sup>

Segundo Frosali, o princípio da especialidade se aplica quando presentes os seguintes requisitos: (a) um tipo (*fattispecie*) constitutivo de crime, expresso por uma norma penal (norma e tipo gerais); (b) todos os elementos constitutivos particulares de tal tipo são também constitutivos de um tipo diverso, nos quais tais elementos são necessários, mas não suficientes, porque (c) lhe é adicionado, como elemento constitutivo, algum outro elemento já compreendido no tipo geral (especificando-o); (d) e essa determinação se dá a um diverso título de crime.<sup>2072</sup>

Invocando a doutrina de Vinciguerra, Riccardo Mazzon diz que a especialidade ocorre quando uma norma contém em si todos os elementos de outra, acrescentando-lhe alguma característica, de modo a se tornar mais detalhada.<sup>2073</sup>

Atente-se para o conceito de Pagliaro, transcrito por Pietro Capello:

<sup>2068</sup> Isso significa que, em princípio, caso o recorte empírico se amolde ao tipo do homicídio qualificado, inexoravelmente também se amoldará à norma incriminadora genérica do homicídio simples. Assim, *desde que sejam atendidos* os requisitos para a aplicação da norma incriminadora do art. 121, §2º, CP, o tipo genérico é afastado. A cautela está no fato de que se deve conferir não apenas o preenchimento do tipo objetivo (matar alguém à traição, por exemplo), mas também os requisitos próprios ao tipo subjetivo (a intenção efetiva de matar alguém à traição...). Ou seja, não se pode desconsiderar o exame do dolo e dos elementos especiais.

<sup>2069</sup> ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil**: Band II, p. 248.

<sup>2070</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Op. cit.**, p. 420.

<sup>2071</sup> MAYER, Max Ernst. **Op. cit.**, p. 622. Traduziu-se.

<sup>2072</sup> FROSALI, Raoul Alberto. **Concorso di norme e concorso di reati**, p. 250. Vale a pena ter em conta que, apra Frosali, nos casos de especialidade apenas a norma principal (predominante) incidiria, ao contrário do que acreditava Binding, para quem, em tais casos, todos os tipos incidiriam, apenas não se aplicando a pena prevista na norma geral (o descritor da norma genérica seria aplicável, enquanto que o prescritor não incidiria). A respeito da comparação entre os dois pensadores, leia-se HERRERA, José Manuel Palma. **Op. cit.**, p. 36. Raoul Frosali parece advogar, como se percebe, que a especialidade se dá mediante relações de mútua exclusão entre as normas, ao invés daquela relação inclusiva propugnada por Ulrich Klug (dois círculos concêntricos).

<sup>2073</sup> MAZZON, Riccardo. **Il concorso di reati e il concorso di persone nel reato**. Padova: CEDAM, 2011, p. 711-712. Ele também menciona a metáfora dos dois círculos concêntricos, desenvolvida por Ulrich Klug, como visto acima.

A relação de especialidade entre duas disposições se instaura quando uma delas (a disposição especial) descreve uma classe de eventos e a outra (a disposição geral) descreve uma classe mais ampla, na qual se insere por inteiro a primeira. Por força dessa peculiar relação lógica entre as duas disposições é que todos os eventos descritos na disposição especial é, por definição, também descrito na disposição geral. Mas não vice-versa. Desta maneira, se a disposição especial não existisse, todos os casos previstos cairiam sob a disciplina da disposição geral. Reciprocamente, a razão da existência da disposição especial está em subtrair os casos descritos na disposição geral e em submeter (diretamente ou através de um reenvio explícito ou implícito à outra disposição) a um regime jurídico diverso, que pode ser tanto um regime penal mais severo, quanto também um regime mais suave ou mesmo um regime de legalidade ou de obrigatoriedade.<sup>2074</sup>

Ou seja, a norma especial teria um campo de aplicação mais reduzido do que a norma geral, i.e., ela teria uma extensão menor e uma intensidade maior.<sup>2075</sup> A função da norma especial seria justamente a tarefa de se recortar o leque de ampliação da norma geral, regulando alguns casos de modo distinto.

Vale a pena atentar, ademais, para a conceituação de Carlos Caramuti e, na sequência, para a delimitação promovida por Frederico Horta:

Relação ou princípio de especialidade. Nesta relação existe um tipo básico ou genérico que contém determinados requisitos e um tipo ou mais tipos especiais que, construído(s) sobre a base da mesma ação típica que aquele, contém outro(s) requisito(s) adicional(is) específico(s). Esses requerimentos determinados podem referir-se a uma modalidade especial da ação, a características do sujeito passivo ou vínculos com ele, à utilização de determinados meios, a características do objeto, a finalidades particulares, a estados emocionais, ao contexto no qual se executa sua ação ou a outras situações que caracterizam a conduta, demonstrando um fundamento especial de maior ou menor punibilidade a respeito da figura básica e tornando-a, por isso, mais graves - tipos qualificados ou agravados - ou menos grave - atenuados ou privilegiados. Um dos tipos, chamado 'específico', descreve a conduta na forma mais detalhada que o outro, chamado 'genérico'.<sup>2076</sup>

A relação de especialidade entre duas normas ocorre quando o pressuposto abstrato de incidência de uma delas compreende por inteiro é necessariamente o pressuposto da outra, acrescido de mais alguns elementos especializantes. Ou, mais claramente, quando todos os elementos constitutivos do tipo de delito especial, o qual deve

<sup>2074</sup> PAGLIARO, Antonio *apud* CAPELLO, Pietro. **Il concorso di reati e di norme**. Turim: Utet Guiridica, 2005, p. 59. Traduziu-se.

<sup>2075</sup> CAPELLO, Pietro. *Op. cit.*, p. 59.

<sup>2076</sup> CARAMUTI, Carlos S. **Concurso de delitos**, p. 207-208. Traduziu-se. Nesse mesmo sentido, leia-se AGGEO, Miguel Ángel Arce. **Concurso de delitos em materia penal**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1996, p. 182-183. PESSOA, Nelson R. **Concurso de delitos**, p. 139-142. MORÁN, Angel Jose Sanz. **El concurso de delitos**, p. 192-193. Ainda sobre a especialidade, recomenda-se a leitura de ANDRADE, João da Costa. **Da unidade e pluralidade de crimes**: doutrina geral e crimes tributários. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 174-211.

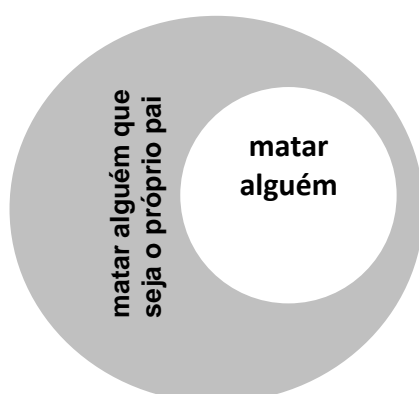
apresentar um ou mais elementos peculiares perante aquele. A norma geral, assim, possui maior extensão, isto é, abarca maior número de casos que a norma especial, a qual pode ser considerada um setor daquela. Consequência lógica da relação de especialidade entre duas disposições é que todo acontecimento previsto pela disposição especial é, por definição, também previsto pela disposição geral, de modo que, se aquela não existisse, todos os casos por ela descritos recairiam sob a disciplina desta, enquanto nem todo acontecimento previsto pela norma geral o é também pela norma especial.<sup>2077</sup>

Fica nítido que o princípio da especialidade trata da relação de inclusão, pela qual determinada norma parece uma projeção de outra mais ampla. Matar o próprio filho, logo depois do parto, sob estado puerperal (infanticídio) é uma espécie de homicídio, como sabido. O peculato é uma espécie de apropriação indébita, caracterizada pelo fato de ser executada por um servidor público, nessa condição.<sup>2078</sup>

Com isso, percebe-se que a especialidade decorreria de uma relação lógica entre enunciados. Um enunciado mais detalhado (com maior intensidade) já compreenderia, na sua estrutura, um enunciado mais restrito.

E é por essa razão que Nelson R. Pessoa aplica os diagramas de Venn - à semelhança da obra de Ulrich Klug -, mas de um modo distinto. Ao invés de enfatizar a relação de inclusão do caso especial na amplitude do enunciado geral, Pessoa tem em conta muito mais a intensidade das normas (o maior detalhamento).<sup>2079</sup>

Atente-se para a relação entre parricídio e homicídio, por ele detalhada.



**Figura 7: Relações de intensidade entre normas**

<sup>2077</sup> HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Op. cit.*, p. 88.

<sup>2078</sup> Anote-se, todavia, que a última parte do art. 312, CP - o peculato desvio - não pode ser visto como uma espécie de apropriação indébita, já que cláusula semelhante não consta no referido art. 168, CP. Norma mais parecida com o art. 312, CP, é aquela veiculada pelo 5º da lei 7492/1986: "Apropriar-se, quaisquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel de que tem a posse, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio."

<sup>2079</sup> PESSOA, Nelson R. *Concurso de delitos*, p. 144 e ss.

Ou seja, para empregar aqui o conceito de Gottlob Frege, a intensidade do tipo especial é maior do que a intensidade do tipo geral, dado que a descrição envolve um conjunto maior de qualidades para a identificação dos objetos atingidos pelo conceito em questão (e, por conseguinte, possui extensão menor).

Isso significa que, em princípio, a relação de especialidade seria uma operação lógica, aferida a partir do confronto abstrato entre enunciados. Abstrai-se, nesse tópico, um debate mais denso a respeito da própria aferição do significado, dado que o sentido decorre do uso, como sabido desde o 'segundo' Wittgenstein.

Anote-se, todavia, que alguns teóricos já chegaram a sustentar que, para além dessa relação lógica, a especialidade demandaria a uma homogeneidade entre os bens jurídicos tutelados.

Ou seja, apenas poderia ser reconhecida a especialidade quando em causa tipos penais destinados a proteger o mesmo bem jurídico. Essa foi a tese defendida, por exemplo, por Hirschberg<sup>2080</sup> e também por Maggiore.<sup>2081</sup> Frosali sustenta que, a vingar esse critério, haveria concurso formal entre extorsão e constrangimento ilegal, dado que os bens jurídicos tutelados pelos mencionados tipos penais, no Direito germânico, seriam distintos entre si.

O fato é que, com razão, Raoul Frosali repudia essa teoria, sustentando que ela restringe demasiadamente as hipóteses de especialidade.<sup>2082</sup> E ele tem razão no argumento, dado que - ao se ampliar a intensidade de um tipo-base -, os legisladores acabam por afastar a aplicação do tipo genérico para um mesmo recorte empírico (uma mesma ação), sob pena de *bis in idem*.<sup>2083</sup>

O reconhecimento da especialidade independe do exame dos bens jurídicos tutelados pela norma especial, em confronto com a norma geral. Aliás, chama a atenção o fato de que Maggiore adotava, como critério para exame da

---

<sup>2080</sup> Conforme precisa citação de FROSALI, Raoul Alberto. *Op. cit.*, p. 258 e 326.

<sup>2081</sup> Confirma-se com HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Op. cit.*, p. 106.

<sup>2082</sup> FROSALI, Raoul Alberto. *Op. cit.*, p. 260.

<sup>2083</sup> Idem, p. 255. José Herrera diz que "Se com o concurso de normas e os critérios resolutorios do mesmo que se tenham arbitrado, do que se trata é, em todo caso, de evitar situações de infração ao *ne bis in idem*, de evitar que um fato resulte duplamente desvalorado, esta circunstância não somente pode ter lugar naqueles casos nos quais um fato seja textualmente subsumível ao mesmo tempo em dois preceitos distintos, mas conectados de maneira lógico-formal, mas também quando, faltando esta relação conceitual, um dos preceitos concorrentes capta já por si só o total conteúdo do desvalor do fato levado a cabo. Desde a perspectiva do fundamento do concurso de normas, a inclusão destes casos em tido instituto está plenamente justificada, pelo que, negar esse instituto, careceria de sentido." HERRERA, José Manuel Palma. *Op. cit.*, p. 45. Traduziu-se.



especialidade, a ubiquação dos preceitos criminais na estrutura do código (p.ex., aferir se o tipo penal estaria previsto no âmbito dos crimes contra o patrimônio).

José Lobo Moutinho argumenta, todavia, que a prevalência do tipo especial em confronto com o tipo geral decorreria do seu caráter exaustivo. Vale dizer: o tipo especial regularia de modo mais completo o fato em questão.<sup>2084</sup>

Melhor dizendo, o professor lusitano argumenta que o princípio da especialidade não teria fundamentação exclusivamente lógica. Convém atentar para os seus argumentos, conquanto a citação seja extensa:

Este afastamento da norma geral não decorre da relação de especialidade entre as normas. E isto não tanto porque - como pretende Klug - a relação de especialidade, enquanto relação lógica, nada diga acerca das suas consequências em sede da aplicação do Direito, mas porque uma verdadeira relação lógica de especialidade entre normas conduziria precisamente à solução oposta.

É que, por definição, só se pode falar de especialidade quando (no que respeita às compreensões ou intensões) a espécie inclui o gênero (próximo), ao lado de uma ou mais diferenças específicas e (quanto às extensões ou âmbitos de aplicação), inversamente, o gênero inclui a espécie, ao lado de outra ou outras espécies.

Assim, escreveu logo Aristóteles que 'quando predicamos uma coisa de outra, como de um sujeito, tudo o que se predica do predicado, predica-se também do sujeito: homem é predicado de homem individual, mas, por outro lado, também predicamos o nome animal ao termo homem, porque um homem é ambas as coisas, homem e animal. E séculos volvidos, Porfírio, ainda mais directamente escreveu na sua famosa introdução às Categorias do filósofo, que 'os termos dos quais a espécie se predica receberão também necessariamente por predicado o gênero da respectiva espécie, e o gênero do gênero, até ao gênero mais geral: se devesse é verdadeiro afirmar que Sócrates é homem, que homem é animal, e animal é substância, também é verdadeiro afirmar que Sócrates é animal e substância.'

Nessa base, quanto às extensões ou âmbitos de aplicação, como asseverou Gaio, o especial inclui-se sempre no geral ('semper specialia generalibus insunt'), pelo que a conclusão a retirar duma tal relação entre normas não seria que a especialidade afasta a aplicação simultânea da norma geral e da norma especial, mas, pelo contrário, que a suscita ou impõe: assim como 'um homem é ambas as coisas, homem e animal', assim como 'Sócrates é animal e substância', assim também, por exemplo, um certo homicídio qualificado é ambas as coisas, homicídio qualificado e homicídio. E se é ambas as coisas, como tal seria de punir.

(...)

É assim claro que a prevalência da norma incriminadora especial e o concomitante afastamento da norma incriminadora geral resultam do caráter exaustivo das normas incriminadoras em confronto - e nessa exacta medida o comprovam.

<sup>2084</sup> O professor lusitano sustenta que "Na verdade, a especialidade exige que o âmbito de aplicação da norma aparentemente especial se inclua inteiramente no âmbito de aplicação da norma aparentemente geral (que, no entanto, o excede) e, correlativamente, que o conteúdo (ou compreensão) do tipo desta se inclua inteiramente no daquela (embora este lhe acrescente uma diferença específica)." MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 901.

Quando, por isso, ela é admitida - o mesmo é *dier*, quando se admite a especialidade como caso de concurso aparente de normas incriminadoras - aquilo que implicitamente se faz é, primo, colocar a questão de sentido (exaustivo ou simplesmente complementar) em relação à generalidade das normas incriminadoras (principais) e, segundo, dar a essa questão geral de interpretação a resposta no sentido de que cada norma incriminadora é exaustiva no sentido atrás exposto.<sup>2085</sup>

Convém destacar ainda o seguinte excerto, em que Moutinho enfatiza que o tipo especial predominaria sobre o tipo geral justamente por exaurir o conteúdo de injusto da conduta sob julgamento:

Daqui resulta simultaneamente a explicação e o sentido da prevalência da norma especial que, como assevera Cavaleiro de Ferreira, tem uma fundamentação racional: é que o caso sub *judice* (apesar de apresentar uma estrutura correspondente à estrutura essencial exigida pela norma aparentemente geral) está para além dos limites regulativos dessa norma e resulta, afinal, somente previsto e regulado na norma aparentemente especial que, assim, se vem a aplicar por força do princípio geral da satisfação. Pode aceitar-se que 'tem de prevalecer a norma especial porque agarra mais de perto a situação de facto que regulamenta mas apenas em certo sentido - no sentido de que a norma aparentemente geral prevê situações que mantêm com ele uma certa (e mais longíqua) analogia (em sentido fraco), em vez da mais próxima analogia que subjaz à inclusão directa no âmbito tipo de crime respectivo.<sup>2086</sup>

Isso fica muito nítido nos casos de especialização agravante (i.e., quando o tipo especial comina pena superior àquela prevista na norma geral). Nos casos, todavia, de especialidade privilegiadora, deve-se ter em conta que o sistema jurídico reconhece, com o tipo especial, que a conduta merece sanção inferior, por conta do menor desvalor da ação ou menor desvalor do resultado.

De sua parte, Raoul Frosali atribui maior peso à delimitação promovida pela norma incriminadora mais detalhada. Ele destaca o fato de o tipo penal mais específico recortar o rol de casos de incidência do tipo geral, de modo a lhes atribuir

<sup>2085</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 270-274. Omitiu-se parte do texto. Moutinho também detalha essa argumentação em p. 702-703 da mesma obra. De certo modo, o professor lusitano parece acompanhar a tese de Gimbernat Ordeig, acima mencionado, sustentando que os tipos penais manteriam relações de mútua exclusão entre si (ao invés das relações de inclusão e interferência, divisadas por Ulrich Klug). Isso resta evidente em p. 797 do referido livro.

<sup>2086</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 900. Veja-se ainda p. 930 da mesma obra. A respeito, leia-se HERRERA, José Manuel Palma. *Op. cit.*, p. 40. Traduziu-se: "Desde um ponto de vista valorativo, na medida em que um único preceito seja capaz de valora jurídico penalmente o comportamento em questão, a aplicação de um novo preceito com sua correspondente sanção suporia, em primeiro lugar, uma incoerência inadmissível do ordenamento jurídico-penal, que deve mostrar-se como um todo consistente, isento de contradições, e no qual, por um princípio de economia, deve-se evitar a reduplicação de comportamentos tipificados. Mas suporia, ademais, uma violação do *ne bis in idem* que proíbe desvalor e, em consequência, castigar duas vezes os mesmos fatos."

consequências jurídicas distintas.<sup>2087</sup>

Aliás, o professor italiano tem em conta também os casos de sub-especialidade: hipóteses nas quais um tipo é especial em relação a outra norma, mas também é, por seu turno, uma norma mais genérica que outro enunciado. Frosali ilustra isso com o crime de dano de coisa móvel, o crime de danificar editais e por fim, o crime de danificar editais em sinal de desprezo à autoridade, veiculados respectivamente nos arts. 635, 664 e 345 do Código Penal italiano.

Ademais, ele também classifica esse princípio.

Raoul Alberto Frosali alega existir uma especialidade por especificação e também especialidade por adjunção.<sup>2088</sup> A especialidade por especificação seria promovida mediante simples detalhamento de um elemento já contido no tipo geral. É o que se infere, por exemplo, do art. 203, §2º em comparação com o art. 203, *caput*, do Código Penal brasileiro:

Art. 203 - Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho: Pena - detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

Vê-se que a norma do art. 203, §2º, CP - uma causa de aumento - promove apenas um corte de todas as vítimas já indicadas implicitamente no *caput*. Esse mecanismo de delimitação de algo já indicado implicitamente no tipo-base é chamado, por Raoul Frosali, de especialidade por especificação.

Atente-se para a síntese de José Moutinho (os dispositivos são do código penal português, com a alteração legislativa de 1995):

<sup>2087</sup> FROSALI, Raoul Alberto. *Op. cit.*, p. 251.

<sup>2088</sup> Idem, p. 347-348. Anote-se, a propósito, que Moutinho trabalha a questão da especialidade por adjunção como sendo uma espécie de subsidiariedade (o que ele denomina de subsidiariedade extensiva). Confira-se: "Numa primeira forma possível - que se designou por interferência extensiva -, isso verifica-se quando um dos tipos (B) inclua em si todos os elementos (a) do tipo da outra norma (A) e lhes acrescente outro ou outros (b), mas como esta diferença: aquele tipo (B) mantém um campo próprio de aplicação em relação a este na medida em que conta ainda com outras possibilidades alternativas à realização dos elementos da outra (c). Norma A C a [Λ b] ↔ S a. Norma B [a V c] Λ b ↔ S b. Nestes casos, que apenas diferem da especialidade na medida em que a realização do tipo da norma mais rica em conteúdo se não faz acompanhar necessariamente da realização do tipo da outra norma, o carácter de regulação exaustiva das normas incriminadoras e, pois, o facto de cada uma esgotar a estrutura e significado valorativo do crime que regula ainda que conte com várias modalidades de realização do facto criminoso, faz com que os casos aparentemente previstos em ambas sejam alcançados e esgotados pela norma mais rica em conteúdo." MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 991-992.

Nos casos de especialidade por especificação, olhando para o momento problemático do concurso de normas (aparência do concurso), a diferença (aparentemente) específica apresenta um correspondente na estrutura do gênero próximo, ou seja, do crime geral. Aparentemente, ela constitui uma das modalidades que esse elemento essencial do crime geral pode assumir. A isso Frosali e, na sua sequência, Mantovani chamaram de um 'elemento particular' do tipo. Mais exactamente, trata-se duma circunstância intrínseca (acidente) do crime (aparentemente) geral.

Assim sucede nos exemplos atrás dados:

- Com a negligência grosseira (art. 137º, n. 2), relativamente à negligência (art. 127º, n. 1);
- Com a ofensa à integridade física grave (art. 144º, pelo menos relativamente às als. a) a c)), relativamente à ofensa física leve (art. 143º);
- Com a ameaça com a prática de crime grave (art. 153º, n. 2), relativamente à ameaça com a prática de um crime (art. 153º, n. 1);
- Com os actos sexuais referidos no art. 164º, relativamente aos actos sexuais de relevo a que se refere do art. 163º.<sup>2089</sup>

Já a especialidade por adunção trata daqueles casos em que os legisladores acrescentaria um elemento não previsto no tipo-base (norma genérica). É o que parece ocorrer quando os legisladores definem o crime de homicídio qualificado pela paga de recompensa (crimes qualificados pelo resultado).<sup>2090</sup>

Em primeiro exame, o Congresso parece ter acrescentado algo à definição do tipo-base, não se limitando a simplesmente detalhar algo nele já contido. E é por essa razão que Frosali denomina isso de especialidade por adunção.

Mas, bem examinadas as coisas, vê-se que não há maior diferença com os casos de especificação. Afinal de contas, o tipo-base (matar alguém - art. 121, CP) veicula implicitamente um conjunto de formas de homicídio: morte com veneno, ortotanásia, eutanásia, morte sob violenta emoção etc.

Assim, ao acrescentar algo à descrição - p.ex, matar alguém mediante promessa de recompensa - o Congresso está especificando um elemento já veiculado, ainda que implicitamente, na delimitação da norma geral. Em certa medida, toda especialidade se dá por especificação, dada a relação de inclusão aludida acima (um grupo de casos mais amplo que o outro).

Vale a pena atentar para a análise de Moutinho a esse respeito:

<sup>2089</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 910-911.

<sup>2090</sup> Moutinho examina os casos de crimes qualificados pelo resultado como sendo hipótese daquilo que ele denomina de 'subsidiariedade extensiva.' Confirma-se com MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 998. A respeito dos crimes qualificados pelo resultado, leia-se NÚÑEZ, Juan Antonio Martos. **Delitos cualificados pelo resultado en el Derecho Penal español**. Madri: Bosch Editor, 2012.

Já nos casos de especialidade por adjunção, olhando para o momento problemático da aparência do concurso e centrando-nos na estrutura essencial do crime, as coisas parecem inteiramente diferentes, pois a diferença específica é estranha à estrutura do crime tipificado na norma geral. É um elemento a mais, que não encontra nela qualquer correspondente.

No entanto, é preciso não perder de vista que a estrutura accidental com a qual conta, dentro de certos limites, o tipo de crime não abrange apenas circunstâncias intrínsecas aos (ou acidentes *stricto sensu* dos) elementos essenciais, mas ainda circunstâncias extrínsecas (ou *stricto sensu*), mediante as quais a estrutura do crime se alarga ou estende para além da estrutura essencial. E nem há verdadeiramente razão para pensar que estas são como que circunstâncias 'de segunda': toda e qualquer circunstância, por definição, constitui, em relação à estrutura essencial, um alargamento da estrutura do crime, sob pena de se confundirem com esta e não poderem fornecer qualquer contributo para a individualização entre os factos criminosos do mesmo tipo. A diferença só intercede nos aspectos para os quais se alarga - se para as variações quantitativas ou qualitativas da estrutura essencial (intensidade do facto), se para momentos que estão para lá dela, embora lhe iniram e contribuam igualmente para a sua caracterização (extensão do facto - *preterfacto*).

Isto permite a mesma exacta correspondência que nos casos de especialidade por especificação, ou seja, possibilita que a diferença específica do crime previsto na norma (aparentemente) especial corresponda a uma circunstância (agora *stricto sensu* ou extrínseca) do crime regulado na norma (aparentemente geral).<sup>2091</sup>

Ora, essa diferenciação acaba não sendo muito relevante. Concorda-se, portanto, com a análise promovida por Ramon García Albero, quando diz que essa distinção não surte consequências maiores práticas, além de estar equivocada na sua premissa.<sup>2092</sup>

Essa diferenciação entre especialidade por delimitação do conceito-gênero, e especialidade por acréscimo de uma qualidade escora-se em um equívoco. Em ambos os casos, há especificação.

Também há especialidade entre os delitos de resultado cortado - *kupierten Erfolgsdelikte* -, ou crimes de tendência, de um lado, e os crimes-base, de outro.

<sup>2091</sup> Idem, p. 911-912.

<sup>2092</sup> ALBERO, R.G. *Op. cit.*, p. 322. Traduziu-se: "Para isso resulta, em primeiro lugar, irrelevante que os elementos adicionais do tipo específico constituam concreções de elementos presentes no tipo genérico (assim, os sujeitos passivos determinados do parricídio a respeito do sujeito indeterminado do homicídio; as modalidades de ação do assassinato a respeito da ação indeterminada do homicídio...), ou que, pelo contrário, trata-se de elementos somados ao tipo genérico, de impossível confrontação com este último por exceder o seu teor. Esta diversa situação está na base da distinção que efetua a doutrina italiana entre 'especialidade por especificação' e 'especialidade por adição' (*per aggiunta*), e está na origem, seguramente, da limitação do princípio ao primeiro grupo de casos - especialidade por especificação -, operada por um setor da doutrina. Agora bem, que dúvida cabe que a relação de especialidade existe sem exceção em ambos os grupos, dado que em todos sucede que qualquer fato que cai em um dos preceitos, se submete à sua vez no outro, sem que ocorra o contrário. Resulta, por isso, tão inobjektável, desde o ponto de vista lógico, afirmar a relação de especialidade de delitos complexos e qualificados pelo resultado a respeito de distintos tipos simples, quanto dos delitos qualificados e privilegiados a respeito do delito-tronco ou delito-base."

Nesses crimes, o agente almeja a obtenção de determinado resultado (cuja produção não é exigida, porém, para a consumação do delito em questão).

Atente-se, por exemplo, para o crime do art. 159, CP (sequestrar alguém com o fim de obter vantagem), o que é configura um crime específico, quando confrontado com o sequestro definido no art. 148, CP.

Isso significa que a realização do resultado previsto no tipo não modifica a incidência típica, conquanto possa influenciar a definição da pena-base (art. 59, CP - vetor 'resultado'). O tipo é especial frente à norma-base.

Anote-se, por outro lado, que alguns autores defendem a aplicação do princípio da especialidade nos casos em que - conquanto não haja uma relação de gênero e espécie entre os enunciados -, haveria um acompanhamento freqüente dos tipos (casos de acompanhantes típicos). Esse é o caso de von Hippel.<sup>2093</sup>

Com isso, o princípio da especialidade é ampliado para casos que comumente são tratados como hipóteses de realização reiterada do tipo, ou casos de comportamentos copunidos (concurso real aparente). Cuida-se, todavia, de uma deformação da concepção tradicional sobre esse princípio.

Frosali trata, ademais, de temas pontuais relacionados à especialidade: o problema dos dispositivos mistos alternativos (p.ex, art. 33, lei 11.343). Importa dizer: aqueles casos em que o enunciado criminal veicula inúmeras condutas, intercambiáveis entre si, de modo que a realização de várias daquelas atividades, em um mesmo contexto de vida, não multiplica a quantidade de crimes. Caso o sujeito importe, transporte e venda a cocaína em um mesmo contexto, haverá crime único, dado que o mencionado art. 33 veicula um tipo penal plurinuclear.<sup>2094</sup>

O autor italiano também discorre sobre a relação de especialidade presente nos crimes complexos; o problema específico dos crimes tentados etc.

Não vem ao caso, para os fins visados pela presente investigação, um grau maior de detalhamento no exame do princípio da especialidade. Convém apenas registrar que nem sempre será uma tarefa fácil esse reconhecimento de que uma norma é mera especificação de outra.

---

<sup>2093</sup> FROSALI, Raoul Alberto. *Op. cit.*, p. 325. Traduziu-se: "von Hippel sustenta que a especialidade ocorre quando, no confronto de normas, um tipo compreende em si outro tipo não conceitual e necessariamente - e, portanto, sem exceções -, mas somente regularmente e no modo normal."

<sup>2094</sup> Idem, p. 265. Traduziu-se: "A relação de especialidade pode se apresentar a respeito de alguma entre mais tipos, todos constitutivos, prevista em uma mesma norma. É necessário bem delinear esse instituto, que se manifesta para quase todas as configurações criminosas, e tem com isso notável importância para todas as categorias de concurso entre normas e entre crimes."

Trata-se de uma complexa atividade hermenêutica, dado que - em muitos casos - os legisladores não promovem simples cópia de um tipo genérico, acrescentando-lhes elementos. Em muitas hipóteses, ao mesmo tempo em que adicionam elementos ao tipo-base, os parlamentares também o alteram (e isso pode suscitar dúvidas, em alguns casos, se há concurso efetivo ou concurso aparente).

Para ficar apenas com um exemplo já mencionado ao início dessa tese: o genocídio é uma especificação do homicídio? Ou será, por acaso, um crime autônomo, a ser aplicado em regime de concurso formal com o homicídio. Como registrado na introdução, em um *obiter dictum* o Min. Cezar Peluso sustentou que haveria concurso formal efetivo entre tais tipos penais (RE 351.487-3/RO).

Daí o relevo da advertência promovida por Cammarata, quando sustenta que a identificação dessa relação gênero/espécie é algo continente, dependendo de um exame acurado: "a distinção entre generalidade e particularidade é contingente, porque o geral é sempre um particular, e o particular pode sempre funcionar como um gênero a respeito de outro particular."<sup>2095</sup>

A suficiência da mera confrontação dos tipos delitivos em abstrato, assim como do mecanismo de inclusão lógico-conceitual na determinação da categoria da especialidade parece não possibilitar discrepâncias na fixação do princípio. E, sem embargo disso, nem todas as opiniões nesta matéria resultam coincidentes. Com efeito, a relação de especialidade se reconhece facilmente com a técnica de subtração (Substraktionstechnik). Trata-se de formular um juízo hipotético negativo, no qual se suprime mentalmente a existência do delito específico. Quando ocorra então que todo fato sem exceção dos ali contemplados é suscetível de ser qualificado com relação ao preceito geral, afirma-se então a relação de especialidade.<sup>2096</sup>

Essa questão será mais bem detalhada adiante.

Para os fins que relevam à presente tese, esse exame do princípio da especialidade revela-se suficiente. Passa-se ao exame da subsidiariedade.

#### **9.4.5.4. Princípio da subsidiariedade:**

Nesse âmbito, costuma-se invocar o aforismo *lex primaria derogat legi subsidiariae*. A incidência da norma principal inibe a aplicação da norma

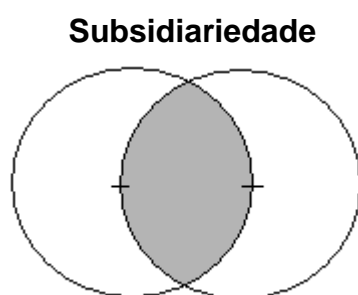
<sup>2095</sup> FROSALI, Raoul Alberto. *Op. cit.*, p. 260, em nota de rodapé. Traduziu-se.

<sup>2096</sup> ALBERO, Ramón García. *Op. cit.*, p. 322, traduziu-se. Cuida-se, como se percebe, de um problema hermenêutico, questão também registrada por AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 164.

subsidiária: "a aplicação do tipo subsidiário depende da não-aplicação do tipo principal", como bem explicita Juarez Cirino dos Santos.<sup>2097</sup>

Ramon García Albero diz que "existirá subsidiariedade quando uma classe de fatos X se encontre prevista em dois grupos de preceitos P (principais) e S (subsidiários), de tal sorte que todos os X que não sejam P (e somente os que não o sejam) haverão de ser S."<sup>2098</sup>

Atentando-se para as relações lógicas apontadas por Ulrich Klug, vê-se que a subsidiariedade implica uma mútua interferência entre os enunciados legais.<sup>2099</sup>



**Figura 8: Relação de subsidiariedade**

A título ilustrativo, anote-se que o tipo penal da exposição da vida alheia a perigo (art. 132, CP) é subsidiário em relação ao crime de lesão corporal (art. 129, CP), conforme pode ser conferido abaixo:

Art. 132. Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:  
Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:  
Pena - detenção, de três meses a um ano.

Isso significa que, em princípio, referidos enunciados possuem elementos em comum (o espaço hachurado, nos círculos acima) e também aspectos não

<sup>2097</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 420.

<sup>2098</sup> ALBERO, Ramon García. *Op. cit.*, p. 342. Traduziu-se. Albero enfatiza, todavia, que referida definição é tautológica. Ela menciona o resultado da operação de reconhecimento da subsidiariedade, mas não os seus pressupostos. Afinal de contas, o problema é justamente saber quando uma norma é subsidiária frente a outra. E isso apenas uma apreciação valorativa pode indicar. Apenas uma *topoi* - um exame de grupo de casos - permite aferir isso de modo aproximado.

<sup>2099</sup> AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 159-160. MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. *Op. cit.*, p. 560.



compartilhados. Considerando o grupo de todos casos aos quais o rótulo 'ofensa à integridade física alheia' (art. 129) - i.e., a sua extensão -, há alguns que também configuram exposição da vida alheia a perigo.<sup>2100</sup>

Ou seja, nem toda lesão corporal é exposição da vida a perigo. Mas algumas são! De modo semelhante, nem toda exposição da vida a perigo (art. 132) é necessariamente uma lesão corporal... (mas, em alguns casos, haverá coincidência).

Daí que haja, entre esses tipos, a relação de interferência.<sup>2101</sup>

No dizer de José Moutinho, "isso significa que, ao lado de casos em que parece só se aplicar uma norma e de casos em que parece só se aplicar a outra norma, haverá ainda casos sobre os quais (aparentemente) ambas convergem."<sup>2102</sup> Cada norma acrescenta uma diferença específica àquele âmbito comum.

Vale a pena atentar, ademais, para a opinião de Cavaleiro de Ferreira, bem sintetizada por José Lobo Moutinho:

Segundo o autor, o concurso aparente (na forma da subsidiariedade) só se verifica desde que a 'sobreposição parcial das duas normas que permite a previsão conjunta por ambas se não refira a quaisquer elementos em si irrelevantes dos factos puníveis mas abranja, em comum, a previsão de idêntico facto punível, como sucede quando o facto previsto por uma norma como crime constitua a modalidade de acção executiva de outro crime na previsão de outra norma.' 'Já assim não sucederá em relações de interferência quando as normas convergentes valoram ambas a mesma realidade de facto, a qual, porém, não corresponde a todos os elementos das incriminações de uma e outra disposições legais, mas só a alguns elementos de uma e diversos elementos da outra; o sector de facto previsto por ambas as normas não é capaz por si só de produzir efeitos jurídicos, porque não corresponde a nenhuma incriminação. Tais hipóteses de interferência darão lugar à aplicação de ambas as normas e constituem o chamado 'concurso ou acumulação ideal ou formal de crimes.'

A distinção entre ambos os casos de interferência é possível. Outra questão é saber se com ela coincide a distinção entre concurso aparente de normas e o concurso efectivo de norma. Isso terá de se

<sup>2100</sup> "A subsidiariedade de um preceito pode deduzir-se diretamente de seu teor literal, posto que existe uma cláusula de inaplicação expressa em favor de outro, ou bem do sentido e finalidade do preceito, através de uma interpretação teleológica e sistemática. Ambas as classes se referem respectivamente à subsidiariedade expressa e tácita." ALBERO, Ramon García. *Op. cit.*, p. 334. Traduziu-se.

<sup>2101</sup> É como se a subsidiariedade fosse uma relação entre duas espécies de um mesmo gênero. Conceitos que podem ser reconduzidos a um denominador comum, conquanto um não possa abranger o outro. ALBERO, Ramon García. *Op. cit.*, p. 342.

<sup>2102</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 924. Na mesma página, o professor português diz, ademais, que "Dada a correlatividade - relação inversa - que existe entre extensão (ou âmbito de aplicação) e compreensão (ou conteúdo), como aspectos apenas analiticamente cindíveis dos conceitos, essa intersecção, quanto ao primeiro aspecto, envolve necessariamente uma intersecção quanto ao segundo, pelo que os tipos correspondentes têm de apresentar aparentemente elementos em comum."

apurar em apartada para cada um dos referidos grupos de casos.<sup>2103</sup>

Ou seja, há quem suponha que, de certo modo, a relação de subsidiariedade seria muito próxima com a própria comparação entre os casos de concurso aparente e os casos de concurso efetivo (já que todo concurso efetivo é subsidiário quando confrontado com os casos de concurso meramente aparente)!<sup>2104</sup>

Há certa proximidade entre a subsidiariedade e o princípio da especialidade por adjunção, mencionada acima. Ou seja, há casos em que pode remanescer dúvidas se é caso mesmo de subsidiariedade (tipos penais agravados, p.ex.).

O problema é que a subsidiariedade exige uma espécie de ordenação das normas jurídicas, de modo a se indicar qual teria predominância frente a outra. em muitos casos, essa tarefa não é nada singela!

Por outro lado, a subsidiariedade pode ser expressa ou tácita.<sup>2105</sup> A subsidiariedade expressa decorre da explícita referência na própria norma (somente se aplica quando não incidir tipo penal mais grave). E a implícita ocorre quando essa relação de prioridade/acessoriedade é aferida a partir do contexto da norma.

Albero menciona ainda a diferença entre subsidiariedade absoluta e a relativa. A subsidiariedade absoluta ocorre quando a norma apenas pode ser aplicada na ausência de incidência de algum outro tipo penal.

Em um primeiro grupo de casos, o deslocamento da norma subsidiária se produz - por expressa disposição legal - frente a qualquer outro preceito que comine pena ao fato. A doutrina qualifica essa remissão de 'subsidiariedade absoluta' ou 'ilimitada', na medida em que o tipo delitivo se vê deslocado frente a qualquer outra 'possibilidade de pena', com independência de que a remissão leve à aplicação de uma pena maior ou menor, e com independência também de que o preceito prevalente tutela um bem jurídico semelhante ou diverso ao do preceito subsidiário. A doutrina alemã discute, nestes casos, a conveniência de se limitar o alcance de tais cláusulas aos tipos mais gravemente punidos, ou àqueles que tutelam o mesmo bem jurídicos, ou, quando menos, se situem na mesma direção de ataque ao dito bem jurídico. Este intento de restrição, qualificado não sem razão de 'contra legem' está pressupondo uma natureza meramente 'declaratória' de tais cláusulas com relação à subsidiariedade material. Ou, o que é o mesmo, responde à constatação de que, em não poucas ocasiões, a remissão se efetua a um preceito que não logra apreender o conteúdo

<sup>2103</sup> Idem, p. 926.

<sup>2104</sup> ALBERO, Ramon García. *Op. cit.*, p. 333-334.

<sup>2105</sup> Anote-se, todavia, que Ulrich Klug argumenta que "se pode considerar a consunção como sendo um caso de subsidiariedade, como um caso de subsidiariedade tácita, pressuposta pela lei." AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 160. Traduziu-se. Por seu turno, Helmut Frister emprega as expressões 'subsidiariedade formal' e 'subsidiariedade material', justamente para se referir à subsidiariedade expressa e à tácita. FRISTER, Helmut. *Op. cit.*, p. 683-684.

antijurídico do fato à luz do preceito afastado. Isso explica, como já assinalado, que não reste em ocasiões mais remédio do que acudir a uma definição meramente formal da relação de subsidiariedade, caso se deseje apreender conceitualmente tais fenômenos em uma única categoria.<sup>2106</sup>

Já subsidiariedade relativa ocorre quando a norma apenas deixa de aplicada diante da incidência de tipo incriminador que comine pena superior ou em face de uma norma específica, já indicada expressamente.

Essa é a hipótese mais comum, como ilustram os casos do art. 154-A, §3º, art. 163, parágrafo único, II, art. 239, art. 307, CP (normas que cedem diante de tipos que cominem penas superiores). Atente-se ainda para o art. 177, §1º ("incorrem na mesma pena, se o fato não constitui crime contra a economia popular").

Ora, quanto se cuida de subsidiariedade expressa, o trabalho parece simplificado, pois o próprio enunciado já adverte que a norma em questão apenas pode ser aplicada quando não incidente norma cominando pena mais grave ou algum outro preceito específico.

A subsidiariedade pode ser expressa ou tácita: é expressa (ou explícita) quando o legislador explicita que determinado tipo legal só tem aplicação se o fato não constitui crime mais grave ou se não ocorre o crime-fim. (...) Por exemplo: o art. 15 do novo Estatuto do Desarmamento (disparo de arma de fogo, que só é punível se o disparo não foi efetuado para a prática de outro crime). Note-se que esse outro crime pode ser maior ou menor (mais grave ou não). Não importa. O tipo penal do art. 15 só tem incidência quando o disparo é a finalidade última do agente. Se o disparo é efetuado para o fim de se cometer um homicídio ou uma lesão corporal, não tem incidência o art. 15 do Estatuto do Desarmamento. A regra de que o principal absorve o subsidiário, portanto, deve ser entendida da seguinte forma: ou o maior absorve o menor (CP, art. 132, v.g.) ou o fim absorve o meio (art. 15 citado). (...) Há subsidiariedade tácita (ou implícita) quando um delito (menor) integra a descrição típica de outro (mais grave). Exemplo: o furto é crime subsidiário do roubo. O roubo é subsidiário diante do latrocínio. Nesse caso há uma relação de espécie e espécie (e não de gênero e espécie, como se passa no princípio da especialidade). De outro lado, há um delito de maior gravidade e outro de menor intensidade. Enquanto na subsidiariedade expressa é possível um dupla relação (maior-menor ou fim-meio), aqui, na tácita, somente se torna viável a primeira: maior-menor.<sup>2107</sup>

Isso significa que, em princípio, a norma subsidiária não pode cominar à conduta uma pena superior ao tipo prevalente (salvo quando se cuida de uma

<sup>2106</sup> ALBERO, Ramon García. *Op. cit.*, p. 334-335. Traduziu-se.

<sup>2107</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: fundamentos e limites do Direito penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 369. Sobre o tema, leia-se também FROSALI, Raoul Alberto. *Op. cit.*, p. 469-480.

subsidiariedade em relação a um preceito específico - art. 177, CP).<sup>2108</sup>

Ela é uma espécie de 'soldado de reserva',<sup>2109</sup> somente podendo ser invocada na ausência do tipo prioritário. No mais das vezes, a subsidiariedade se dá por força de graus de afetação do bem jurídico (níveis de gravidade do crime cometido) ou diante de certa hierarquia entre bens jurídicos distintos.

Melhor dizendo, o princípio da subsidiariedade parece exigir um método de 'tentativa e erro'. É como se o intérprete tivesse que primeiro tentar subsumir o caso perante uma norma de gravidade 'X' para então - somente quando fruste esse intento - passar a cogitar da aplicação da norma 'Y', que comina pena inferior.

Ora, ao se detalhar esse procedimento, é inexorável a conclusão de que, de certo modo, todos os casos de concurso aparente cuidam justamente da subsidiariedade. Grosso modo, a norma geral não deixa de ser subsidiária em face de norma especial, já que apenas pode ser invocada quando não incida aquela outra, aparentemente mais detalhada.<sup>2110</sup>

José Lobo Moutinho destaca, todavia, que - em muitas situações - a relação de interferência pode se traduzir em concurso efetivo de normas (confluência normativa), à semelhança do que ocorre com circunstâncias agravantes de um tipo-base. Esse é o caso, em solo brasileiro, das causas de aumento de pena preconizadas no art. 157, §2º, Código Penal:

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

(...)

§ 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade:

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;

III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.

IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser

<sup>2108</sup> De todo modo, atente-se para a observação de Albero, quando diz que - ao contrário do princípio da especialidade - a subsidiariedade tácita não poderia ser examinada em um plano meramente abstrato, sem considerar os detalhes das condutas efetivamente praticadas. Demandaria um confronto valorativos entre os pretensos crimes, de modo a se identificar o tipo incriminador predominante. Leia-se ALBERO, Ramon García. *Op. cit.*, p. 351.

<sup>2109</sup> ALBERO, Ramon García. *Op. cit.*, p. 333.

<sup>2110</sup> No âmbito da subsidiariedade, porém, prevalece o critério de que, em princípio, a norma que comina sanção mais grave é prioritária em relação à norma que comina sanção menos grave. Os crimes de perigo são subsidiários em face dos crimes de lesão; a tentativa é subsidiária em face dos crimes consumados etc. Apenas cumpre tomar o seguinte cuidado: quando se fala em subsidiariedade, isso não afasta a necessidade de que *todos* os requisitos para a imposição da pena sejam conferidos (a tipicidade subjetiva inclusive).

transportado para outro Estado ou para o exterior;  
 V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade

Pode-se imaginar algum caso em que o roubo seja praticado com várias dessas circunstâncias (emprego de arma + concurso de duas ou mais pessoas + vítima em serviço de transporte etc). São casos de mútua interferência, porquanto possuem um âmbito de incidência em comum e também elementos específicos... Mas isso não enseja necessariamente uma relação de subsidiariedade.

Questiona Moutinho: "será que toda e qualquer situação em que aparentemente (no sentido que já conhecemos) se está perante uma situação de interferência intensiva é inelutável a conclusão de que se trata de um concurso efectivo de normas? Ou também nesse domínio poderá suceder que o ulterior ajustamente teleológico-sistemático imponha, apesar daquela inicial aparência, a conclusão pelo não concurso?"<sup>2111</sup>

Ora, a subsidiariedade implícita depende essencialmente de premissas valorativas. Exige-se que o tipo penal tido como predominante tenha aptidão para exaurir o conteúdo de injusto do tipo subsidiário, em determinado contexto de vida.

A tentativa é subsidiária em face da consumação. Apenas depois de se aferir se o crime se consumou é que se pode cogitar do *conatus* (art. 14, II, CP). O crime de tortura é subsidiário ao crime de tortura qualificado pelo resultado morte (conquanto esse mesmo exemplo também pareça ser uma hipótese de consunção, de modo que o crime-base seria absorvido/absorvido pelo crime mais grave).

De modo semelhante, a cumplicidade é subsidiária em face da autoria. Caso o agente tenha começado o *iter criminis* em regime de cumplicidade - p.ex., auxiliando outrem a sequestrar a vítima -, e logo depois tenha assumido a condição de efetivo 'senhor dos fatos' (autor), a responsabilização pela autoria impedirá a responsabilização pela participação.<sup>2112</sup>

Outra hipótese frequente de subsidiariedade ocorre com a 'antecipação da tutela penal': "À antecipação da tutela penal corresponde sempre uma peculiaridade estrutural e valorativa do facto típico. Podemos chamar-lhe 'descentramento' ou 'desfasamento' entre o tipo e o momento culminante do facto criminoso."<sup>2113</sup>

<sup>2111</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 945.

<sup>2112</sup> A respeito desses exemplos, leia-se CAVERO, Percy García. **Derecho penal económico**: parte general. 2. ed. Lima: Grijley, 2007, p. 836-837 e AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 172-177.

<sup>2113</sup> Idem, p. 953.

Isso ocorre com os crimes tentados; com os crimes de empreendimento<sup>2114</sup> e os crimes de perigo abstrato. Esses preceitos apenas podem ser aplicados, em princípio, quando afastada a incidência do tipo que rotula a efetiva lesão.

Em princípio, a norma que rotula penalmente a mera criação de perigo somente pode ser aplicada quando a norma que rotula o dano efetivo não incidir. Mas isso pode ensejar dúvidas em casos pontuais.

Pinto de Albuquerque enunciou, quanto à questão, as seguintes regras:

- A punição do dano não consome a punição do crime de perigo concreto se o perigo se verificou em outros bens além daqueles;
- A punição do crime de perigo concreto consome a punição do perigo abstracto e abstracto-concreto;
- A punição do crime de dano não consome, em princípio, a punição a título de perigo abstracto, excepto se a incriminação já for agravada pela prática do crime de perigo abstracto.<sup>2115</sup>

Ora, não há como acatar totalmente essa observação de Pinto de Albuquerque. Afinal de contas, como regra, o crime de perigo abstrato deve mesmo ser afastado pela incidência do tipo penal que rotula a lesão ao mesmo bem jurídico. A aplicação concomitante dos dispositivos ensejaria violação ao *ne bis in idem*.<sup>2116</sup>

Por conseguinte, como regra, o tipo penal do perigo deve ser afastado quando presentes os requisitos para aplicação daquele tipo que rotula penalmente o dano. Muñoz Conde sustenta, por exemplo, que o tipo que rotula o crime de dano prevalece sobre o crime de perigo abstrato, mesmo que comine pena inferior.<sup>2117</sup>

De modo semelhante, deve-se ter em conta que a tentativa prevalece sobre o crime de perigo abstrato,<sup>2118</sup> e que a cumplicidade prevalece sobre a instigação.

Com precisão, Juárez Cirino enfatiza o que segue:

<sup>2114</sup> FONSECA, Jorge Carlos de Almeida. **Crimes de empreendimento e tentativa**. Coimbra: Almedina, 1986, p. 110: "o crime de empreendimento se caracteriza basicamente por uma estrutura típica onde acções de tentativa e de consumação surgem equiparadas." No Direito brasileiro, é o que ocorre com o art. 122, CP (que equipara a indução e o auxílio ao suicídio) e o art. 352, CP (que equipara a efetiva evasão e a tentativa de evasão de preso, com violência contra pessoa). Note-se que, além de crime de empreendimento, são também tipos penais plurinucleares (ou misto alternativos), dado que podem ser realizados mediante condutas alternativas, equivalentes entre si, á semelhança do que ocorre com o crime do art. 33 da lei 11.343 (vender, transportar, importar etc. droga ilícita).

<sup>2115</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 966.

<sup>2116</sup> Anote-se, todavia, que Cavaleiro de Ferreira advogava que, em muitos casos, o crime de perigo estaria em concurso efetivo com o crime de dano, sobremodo quando o perigo atingia distintas vítimas. A respeito, leia-se MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 973.

<sup>2117</sup> A respeito da análise de Muñoz Conde, leia-se ALBERO, R. *Op. cit.*, p. 338, em nota de rodapé.

<sup>2118</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 969.

[E]xiste relação de subsidiariedade entre formas de autoria e de participação: a cumplicidade é subsidiária da instigação (instigador que ajuda a realização material do fato continua instigador), assim como a instigação é subsidiária da autoria (autor que instiga outrem a participar o fato, continua autor ou coautor). Mais importante ainda: o fato típico imprudente (o atropelamento de um pedestre, por exemplo) é subsidiário do fato típico doloso (o pedestre atropelado morre por falta de socorro do autor do atropelamento, responsável pela evitação do resultado na qualidade de garante do bem jurídico em perigo, conforme o tipo de comissão de ação imprópria).<sup>2119</sup>

Vale a pena atentar também para a síntese promovida por Carlos Creus:

O delito considerado subsidiário se aplica desde que não ocorra outro tipo distinto, que se refere a ações da mesma natureza. As razões do deslocamento normativo por subsidiariedade podem obedecer a diversas circunstâncias: 1) que o tipo predominante comine maior pena à mesma ação do tipo deslocado quando reste compreendido nele, o que normalmente depende de uma previsão expressa da lei, caso em que o princípio é denominado de subsidiariedade expressa (p.ex., art. 150, Código Penal [argentino], que pune a violação de domicílio, mas a lei o considera aplicável sempre que não 'resulte um delito punido de forma mais grave', pelo que se o domicílio é violado com a realização de um furto com escalada, segundo o art. 164, inc. 4, Código Penal [argentino], este último tipo incriminador desloca aquele; ou 2) que a ação concretamente prevista em um tipo possa restar compreendida entre ações possíveis de outro tipo, hipótese em que aquele tipo deslocará a este (p.ex., abuso de autoridade do art. 248, Código Penal [argentino] restará deslocado pelo art. 144, bis, inc. 1, se o abuso consistiu na privação ilegítima da liberdade; a falsificação por supressão do art. 194, CP restará deslocada pelo tipo do art. 255, CP, se a supressão recaiu sobre um documento confiado à custódia de um funcionário, no interesse do serviço público), tratando-se, então, dos casos de subsidiariedade tácita.<sup>2120</sup>

José Lobo Moutinho argumenta, de sua parte, que algumas normas se encontrariam em relação de subsidiariedade frente ao crime complexo.<sup>2121</sup> Note-se que o furto apenas pode ser reconhecido quando ausente o roubo (furto + ameaça). De certo modo, o tipo do art. 155, CP é um 'soldado de reserva' frente ao crime mais grave definido no art. 157, CP.

De todo modo, essa questão não é inequívoca. Pode-se muito bem sustentar que o crime complexo é especial, se confrontado com um dos preceitos gerais. Cuidar-se-ia da já mencionada 'especialidade por adjunção'.

Dentre a vasta gama de casos submetidos ao conceito 'subtração de coisa alheia móvel' (furto), algumas hipóteses envolvem o emprego de violência/ameaça

<sup>2119</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 421.

<sup>2120</sup> CREUS, Carlos. *Op. cit.*, p. 280-281. Sobre o tema, leia-se também ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Op. cit.*, p. 869.

<sup>2121</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 994.

(e são, portanto, definidas como roubo). Ou seja, uma relação de inclusão.

Também é viável reconhecer-se, nesse âmbito, uma espécie de delito progressivo, pela qual o agente realiza o crime de ameaça (art. 147, CP), avançando em direção à subtração (art. 155, CP) e consumando, por fim, um roubo (art. 157, CP). Nessa hipótese, os crimes 'simples' seriam consumidos pelo delito complexo.<sup>2122</sup>

Em monografia clássica sobre o tema, Sívio Ranieri aplica implicitamente o postulado da consunção, conforme se confere adiante:

Não há concurso, ao invés, entre o crime complexo e outro crime, se o mesmo crime singular que entra naquele, como elemento constitutivo ou circunstância agravante, tem a sua previsão também num título particular de crime.

Neste caso, de fato, não existindo diversidade entre o crime previsto como elemento constitutivo ou circunstância agravante e o crime previsto em outro título criminoso especial, este vem absorvido naquele e, portanto, no crime complexo, no qual se põe como elemento constitutivo ou circunstância agravante.

Exemplo, a danificação é circunstância agravante do crime de furto, com o qual forma o crime complexo de furto agravado pela violência às coisas (art. 625, n. 2.), mas se a danificação para roubar se concretizar na matança ou na inservibilidade ou no deterioramento de animais, o crime de matança ou danificação de animais de outros (art. 638) é absorvido no crime complexo de furto agravado.<sup>2123</sup>

A definição depende do ponto de comparação (Spencer-Brown). As três hipóteses parecem razoáveis. Caso se limite a consunção apenas aos casos em que um crime é um meio indispensável para a realização de outro (lesão → homicídio), então restarão apenas as alternativas da especialidade e subsidiariedade.

Raoul Frosali sustenta que o instituto da subsidiariedade se diferenciaria dos casos de especialidade, eis que "o tipo principal: ou não compreende, entre os seus elementos constitutivos, os elementos constitutivos particulares do tipo subsidiário, ou, ainda que compreenda alguns, nunca abrande todos."<sup>2124</sup>

Ora, a rigor não há maior consequência prática na aplicação deste ou daquele princípio para a solução do concurso aparente de normas incriminadoras.

<sup>2122</sup> Essa dificuldade de se definir qual o princípio que deveria regular o confronto entre o *reato complesso* e os crimes 'simples' que o compõe também foi mencionada por Salvatore Prosdocimi, conforme alusão feita na obra MAZZON, Riccardo. *Op. cit.*, p. 733. Também sobre o tema, leia-se CAPELLO, Pietro. *Op. cit.*, p. 71-79 e FROSALI, Raoul Alberto. *Op. cit.*, p. 667 e ss.

<sup>2123</sup> RANIERI, Sívio. *Op. cit.*, p. 274. Os artigos indicados no texto referem-se ao código penal italiano. De modo semelhante, Nuria Castelló Nicás também alude ao crime complexo ao estudar o princípio da consunção, conforme NICÁS, Nuria C. *Op. cit.*, p. 158-160.

<sup>2124</sup> FROSALI, Raoul Alberto. *Op. cit.*, p. 470. Traduziu-se.



Na prática, apenas uma das normas poderá incidir.

Acrescente-se que - como será visto adiante - o tipo subjetivo também deve influenciar na identificação do tipo predominante.<sup>2125</sup> Por conseguinte, há alguma indiferença, no plano abstrato, entre a aplicação do postulado da especialidade, da subsidiariedade e da consunção.

Subsidiariedade e princípio da consunção. Na eventualidade de que a doutrina não tivesse inventado o princípio da subsidiariedade, certo é que nenhum prejuízo haveria para a boa aplicação do Direito penal, porque as situações cuidadas por ele podem ser resolvidas perfeitamente pelo princípio da consunção (ou da absorção), que se funda também na ideia básica de que o crime maior absorve o crime menor (ou: o crime-fim absorve o crime-meio).<sup>2126</sup>

Ou seja, parece ser indiferente se os crimes complexos são casos de especialidade, consunção ou subsidiariedade, dado que não parece haver maiores efeitos daí decorrentes.<sup>2127</sup>

Ainda assim, anote-se que há preferência, nessa tese, por se considerar os casos de crime complexo como caso de especialidade, conquanto também haja quem julgue cuidar-se de relação de subsidiariedade<sup>2128</sup> (no exemplo dado, as normas dos arts. 147 e 155, CP frente ao art. 157, CP).

Dados os limites da presente pesquisa, essa exposição breve do princípio da subsidiariedade revela suficiente. Percebe-se, do exposto, que não há uma fórmula apodítica para se identificar relações de deslocamento de uma norma frente a outra, cuidando-se de uma questão essencialmente hermenêutica.

#### 9.4.5.5. Princípio da consunção:

O princípio da consunção é traduzido pelo aforismo *lex consumens derogat*

<sup>2125</sup> A respeito do tema, leia-se SCHMIDT, Andrei Zenkner. Concurso aparente de normas penais *in* **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. São Paulo: RT, n. 33, jan./mar. 2001, p. 81.

<sup>2126</sup> MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: fundamentos e limites do Direito penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 370.

<sup>2127</sup> Alguns autores apenas reconhecem, tanto por isso, a subsidiariedade expressa. Os casos da denominada 'subsidiariedade implícita' são tratados, então, no âmbito da consunção. Essa é a opinião de Jimenez de Asúa e Eduardo da Silva Correia, conforme explicita a obra CARVALHO FILHO, José Cândido de. **Op. cit.**, p. 73-74.

<sup>2128</sup> José Lobo Moutinho sustenta, por exemplo, que o crime complexo seria hipótese de subsidiariedade. MOUTINHO, José Lobo. **Op. cit.**, p. 994 e ss. Por seu turno, Raoul Alberto Frosali considera o crime complexo (*reato composto*) como sendo caso de especialidade. FROSALI, Raoul Alberto. **Op. cit.**, p. 239 e ss.

*legi consumptae*. Ou seja, uma norma teria aptidão para absorver, abranger o desvalor jurídico alvejado pela outra.<sup>2129</sup>

De modo semelhante ao que já foi dito quanto à subsidiariedade, vê-se que a definição do princípio da consunção parece se confundir com o próprio conceito de concurso aparente sincrônico entre normas.<sup>2130</sup> Afinal de contas, foi referido acima, nesse caso uma norma teria aptidão para inibir a aplicação de outra(s).

O problema dessa definição é que ela trata do resultado da contraposição entre normas (e não dos seus pressupostos). Ela não diz efetivamente quando é que uma norma teria a referida aptidão para absorver outra!<sup>2131</sup>

Como diz Ramon García Albero, a consunção se traduz em "um princípio de difícil fixação conceitual; discutido não apenas na sua formulação, senão também nos distintos casos que compreende."<sup>2132</sup>

Vale a pena atentar para o conceito elaborado por Enrique Bacigalupo: "A relação de consunção ocorre quando o conteúdo de ilícito e a culpabilidade de um delito estão incluídos em outros; em outras palavras, quando 'a realização de um tipo (mais grave), pelo menos como regra geral, inclui a realização de outro (menos grave). A relação não é de natureza apenas lógica."<sup>2133</sup>

Frederico Horta sustenta que essa absorção ocorre quando a realização dos pressupostos de uma norma envolve, como regra, também o cometimento de um outro delito (*quod plerumque accidit*). Cuidar-se-ia das hipóteses de acompanhantes típicos, à semelhança da receptação em face do furto anterior; ou também da falsificação de documentos em face do estelionato subsequente.<sup>2134</sup>

<sup>2129</sup> AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 179. ALBERO, Ramon García. *Op. cit.*, p. 382. De certo modo, a consunção parece evocar problemas eminentemente valorativos, muito mais do que simples contraposições lógicas entre enunciados normativos. E isso pode ser constatado sobremodo nos casos de 'concurso real aparente' (pluralidade de ações → crime único). Registre-se, porém, que José Lobo Moutinho critica esse dualismo metodológico - i.e., a contraposição entre relações lógicas e relações axiológicas -, conforme se vê em MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 818.

<sup>2130</sup> A definição da consunção nada mais é do que a "essência de toda modalidade de concurso aparente de normas, seja por especialidade ou subsidiariedade. Assim definido, o conceito não faz, portanto, mais do que expressar o caráter mesmo do concurso de normas, sem indicar nenhum caráter distintivo." ALBERO, Ramon García. *Op. cit.*, p. 382-383. Traduziu-se.

<sup>2131</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 1019.

<sup>2132</sup> ALBERO, Ramon García. *Op. cit.*, p. 382. Traduziu-se. Ele também sustenta, na mesma página, que "o preceito que contempla de modo total o desvalor que o ordenamento jurídico atribui a uma determinada conduta, prevalece sobre aquele que a contempla somente de modo parcial."

<sup>2133</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 574. Traduziu-se.

<sup>2134</sup> "Por isso que não basta uma relação meramente estatística entre os correspondentes tipos concorrentes; senão que é preciso, ademais, uma relação de inclusão valorativa. Nesse sentido, o critério do *id quod plerumque accidit* pode erigir-se em um meio auxiliar que confirme a absorção tacitamente pressuposta pelo legislador, mas não pode substituir a valoração legislativa dos fatos. Em

É oportuna, portanto, a transcrição da seguinte análise de Frederico Horta:

Não é, pois, incorreto afirmar que o conteúdo material da consunção em muito se assemelha, ou seja mesmo idêntico, à justificativa axiológica da prevalência da norma especial sobre a geral. Com efeito, a norma consuntiva prevalece, assim como a especial, porque seu pressuposto de incidência reconhece o fato de modo mais detalhado ou abrangente, ainda que por elementos implícitos ou presumidos, que o pressuposto da norma consumida, cuja incidência é determinada por apenas um ou alguns dos aspectos lesivos do mesmo fato.<sup>2135</sup>

Essa também é a análise empreendida por Santiago Mir Puig, autor que destaca o caráter residual do princípio da consunção, como se infere abaixo:

O princípio da consunção conduz a afirmar que um preceito desloca o outro quando por si só inclui (consume) já o desvalor que este supõe, por razões distintas da especialidade e da subsidiariedade. Advirta-se que os demais princípios também supõem critérios para decidir quando um preceito basta, por si só, para valorar o conteúdo do injusto de um ou vários fatos. O princípio de consunção serve, pois, como critério ao qual se deve acudir quando um dos preceitos em jogo é suficiente para valorar completamente o fato e não existe uma forma mais específica de solução do concurso de normas. Sem embargo, a doutrina trata de delimitar mais os casos em que se pode operar a ideia de consunção, em si mesma pouco útil.<sup>2136</sup>

Paulo César Busato advoga concepção semelhante, ao enfatizar que o crime de lesão corporal resta consumido pelo crime de homicídio (desde que se cuide justamente da lesão que eclodiu na morte da vítima, convém deixar expresso).<sup>2137</sup> Juarez Cirino esposa conceituação semelhante.<sup>2138</sup>

Ora, a consunção pode ser reconduzida a uma relação de mútua interferência entre as normas. Mas isso não é obrigatório, eis que também há

---

outros termos, a unidade ou pluralidade de delitos não constitui um problema de relação entre valores, senão uma relação entre normas." ALBERO, Ramon García. *Op. cit.*, p. 388. Traduziu-se.

<sup>2135</sup> HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Op. cit.*, p. 148. Nesse mesmo sentido, confira-se CAPELLO, Pietro. *Op. cit.*, p. 67-68. MAZZON, Riccardo. *Op. cit.*, p. 729-733.

<sup>2136</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*, p. 650. Traduziu-se. Leia-se também MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*, p. 623. CREUS, Carlos. *Derecho penal*, p. 281. CARAMUTI, Carlos S. *Concurso de delitos*, p. 211-213. De sua parte, Ramón Alberó alega que a consunção acaba por se converter em uma categoria residual, na qual são lançados todos aqueles casos imprecisos, pelos quais intuitivamente se nega um concurso efetivo de crimes, mas sem maior delimitação teórica a respeito. Confira-se ALBERO, Ramon García. *Op. cit.*, p. 383.

<sup>2137</sup> BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*, p. 201. De sua parte, René Ariel Dotti diz que "Há consunção quando um crime é meio necessário ou normal etapa de preparação ou de execução de outro crime. Entre os bens jurídicos protegidos pelas normas penais, verificam-se, às vezes, relações de mais e de menos: uns contêm-se já nos outros de tal maneira que uma norma consome já a proteção que a outra visa. Daí que, com fundamento na regra *ne bis in idem*, se deve concluir que a *lex consumens derogat legi consumtae*." DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*, p. 374.

<sup>2138</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 422.

consunção no caso de concurso real aparente (comportamentos copunidos), nos quais a questão da relação lógica parece descartada.<sup>2139</sup>

A consunção enfrenta, destarte, a mesma dificuldade presente na subsidiariedade implícita. O critério é essencialmente valorativo,<sup>2140</sup> dependendo de uma atribuição de propósitos à lei e, derivado disso, uma interpretação do que corriqueiramente ocorre (corriqueiramente, o estelionato é cometimento mediante falsificação de documentos, conquanto não se cuide de meio necessário para tanto).

No que toca, todavia, ao concurso formal aparente (unidade de ação), a relação lógica é em tudo semelhante àquela prevista para a subsidiariedade:<sup>2141</sup>



**Figura 9: Relação de consunção**

Ou seja, uma das normas incriminadoras teria aptidão para esgotar o desvalor de injuto dos demais comportamentos. Conquanto a *voluntas legislatoris* não determine, por si, a interpretação das fontes normativas, o princípio da consunção está fundado na presunção de que - ao definir a pena para determinadas

<sup>2139</sup> Isso porque ditas relações lógicas dependem de uma premissa (a simultaneidade/unidade de ação). Anote-se que, conquanto o infanticídio seja uma espécie de homicídio, nada impede que o agente responda pelos dois crimes, desde que praticados contra vítimas diferentes, em momentos diferentes. Ou seja, apenas se pode falar na relação lógica de inclusão (o gênero homicídio engloba a espécie infanticídio) quando se trata de promover uma única incidência (concurso formal aparente). Essa é a razão pela qual se afirma que a consunção não trata apenas de questões lógicas, eis que pode atingir uma pluralidade de ações humanas.;

<sup>2140</sup> ALBERO, Ramon García. *Op. cit.*, p. 386. Traduziu-se: "O grupo normal de casos nos quais cabe aplicar a ideia de consunção corresponde, todavia, não a uma relação de necessidade lógica - ainda que nos termos acima explicitados -, se não a uma relação valorativa de regularidade ou normalidade na conexão dos ilícitos."

<sup>2141</sup> Essa é a razão pela qual alguns autores sustentam que o princípio da consunção seria desnecessário, eis que as relações de mútua interferência já seriam tratadas pelo postulado da subsidiariedade (princípio que tais teóricos ampliam, em virtude disso). A respeito do tema, leia-se AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 180. ALBERO, Ramon García. *Op. cit.*, p. 383. Registre-se, por exemplo, que Frosali apenas alude ao princípio da especialidade e da subsidiariedade. FROSALI, Raoul Alberto. *Op. cit.*, p. 467 e ss. Por seu turno, Ulrich Klug advogava que a consunção seria um caso da própria subsidiariedade tácita. KLUG, Ulrich. *Op. cit.*, p. 63-64.

condutas - o Congresso já tem em conta a sua forma habitual de realização.

Por conseguinte, ao definir a pena para o estelionato, é de se acreditar que os parlamentares já se atentaram para o fato de que, muitos casos, ele é cometido mediante falsificação de documentos. Eis, portanto, o relevo da conhecida súmula 17, do Superior Tribunal de Justiça, quando sustenta: "Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido."

Moutinho argumenta, todavia, que esse princípio da consunção suscitaria inúmeras perplexidades. Ele questiona em que medida poderia uma norma inibir a aplicação de outra, se incidiriam sobre fatos distintos.<sup>2142</sup>

O professor português conclui, porém, que a consunção seria projeção daquela distinção - empreendida inicialmente por Beling - entre o tipo penal em sentido estrito (conceito essencial do crime) e o tipo penal em sentido amplo (o que envolveria tipo para dosimetria da pena, abrangendo todas as peculiaridades do delito efetivamente cometido).

Assim, numa segunda e mais precisa aproximação, pode dizer-se que haverá consunção quando, numa situação de aparente heterogeneidade, se puder concluir que o facto aparentemente previsto numa das normas constitui, na realidade, simplesmente uma conduta anterior, uma conduta concomitante (caracterizadora do modo de execução) ou uma conduta posterior ao facto criminoso regulado na outra norma incriminadora.

Falar-se-á respectivamente de antefacto, de intrafacto e de pósfacto, muitas vezes qualificado como 'não punível' ou impunve, mas que verdadeiramente é punido pela norma prevalente, na medida em que se integra, como circunstância, na estrutura do facto regulado exhaustivamente por ela.<sup>2143</sup>

Os comportamentos copunidos serão examinados mais adiante, eis que tocam mais de perto o problema do concurso real aparente (*Mitbestrafte oder*

---

<sup>2142</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 1017: "Como pode uma norma esgotar momentos de facto que, à primeira vista, de modo algum alcança? Como pode certo facto, aparentemente estranho ao facto criminoso, esgotar a sua relevância na sua pertença à estrutura desse facto?" Na sequência da sua obra, porém, o professor lusitano sustenta que essas perplexidades seriam desfeitas, na medida em que se percebe que o concurso de normas não se resume apenas às relações lógicas, demandando o exame do 'tipo penal em sentido amplo' (o crime com todas as suas circunstâncias). Confira-se com o excerto de p. 1018: "É que o facto criminoso é mais do que a sua estrutura essencial, se o tipo de crime o alcança e esgota para além dessa estrutura accidental, então facilmente se compreende que aquela possibilidade existirá na medida em que o facto aparentemente previsto na norma incriminadora afastada acompanha na realidade a estrutura accidental do crime previsto na norma incriminadora prevalente."

<sup>2143</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 1020-1021.

*straflose Nachtat*).<sup>2144</sup> O relevante é ter em conta, no momento, que os crimes de antecipação devem ser absorvidos - como regra - pelos delitos de dano.

Cuida-se dos crimes progressivos (*Durchgange Delikte*): "A consunção existiria quando a proteção do bem jurídico perseguida por uma proposição jurídica é mais completa que a perseguida através de outra."<sup>2145</sup>

É o que ocorre entre o crime de falsificação e o crime de uso do documento falsificado (art. 304 e art. 297, Código Penal), entre o crime de posse de petrechos de falsificação de moeda (art. 291, CP) e o crime de introdução de moeda falsa em circulação (art. 289, §1º, CP) ou entre o crime de violação de domicílio (art. 150, CP) e o furto qualificado com escalada (art. 155, §4º, CP).

Com efeito, é no campo da consunção em que se observa um ponto de inflexão no que se refere às relações lógicas, já que o pensamento que domina é que com a realização de um tipo penal regularmente ou de forma típica se realiza simultaneamente outro delito (fato acompanhante típico) ou bem que se comete um segundo delito com o fim de assegurar o aproveitamento dos efeitos de um delito prévio (fato posterior impune). À vista dos casos que se incluem no seu âmbito, segundo Samson/Günther, a consunção não pressupõe necessariamente a interferência dos tipos, senão que abarca também tipos heterogêneos que se excluem em seus elementos.<sup>2146</sup>

O crime de dano (art. 163, CP) é absorvido pelo reconhecimento do crime de furto qualificado por destruição de obstáculo (art. 155, §2º, CP).<sup>2147</sup> Na Espanha, o grande debate gravitou em torno da relação entre o contrabando e o tráfico de drogas,<sup>2148</sup> eis que - ao contrário da legislação brasileira -, o art. 368 do Código Penal espanhol não dispõe expressamente sobre a importação de entorpecentes.<sup>2149</sup>

Comumente, a relação de consunção atinge condutas sequenciadas.

Imagine que, para matar a vítima, o agente destrói a porta do quarto onde ela se esconde. Nesse caso, há uma relação de consunção entre o efetivo crime de homicídio e o potencial crime de dano (art. 163, Código Penal).

<sup>2144</sup> AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 148. Leia-se também COSTA, Pedro Jorge. **A consunção no Direito Penal brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 188-189.

<sup>2145</sup> Idem, p. 214. Traduziu-se. Confirma-se também com CARAMUTI, Carlos S. *Op. cit.*, p. 213 e ss.

<sup>2146</sup> AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 181. Traduziu-se.

<sup>2147</sup> Idem, p. 182.

<sup>2148</sup> Idem, p. 185.

<sup>2149</sup> "Art. 368. Código Penal espanhol - Quem execute atos de cultivo, elaboração ou tráfico, ou de outro modo promovam, favoreçam ou facilitem o consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, ou as possuam com tais finalidades, serão castigados com as penas de prisão de 03 a 09 anos e multa até o triplo do valor da dobra objeto do delito, caso se trate de substância ou produtos que causem grave dano à saúde, e de prisão de 01 a 03 anos e multa de tanto até o dobro, nos demais casos."

Pode-se cogitar, todavia, de intrafactos copunidos. É o que ocorre quando, para matar a vítima, o agente a segura, configurando constrangimento ilegal (art. 146, Código Penal), absorvido pelo homicídio (art. 121, CP).<sup>2150</sup>

Moutinho argumenta que "A admissão da consunção sob a forma de intrafacto compunido equivale à conclusão de que esses factos, a uma primeira aproximação autónomos, se enxertam na estrutura do facto principal, de modo que a norma incriminadora deste último, embora à primeir avista não os alcance de todo, na realidade os esgote, na sua estrutura e significado valorativo."<sup>2151</sup>

Vale a pena recordar que, segundo Claus Roxin, a simultaneidade não implicaria automática unidade de ação. Para ele, quando alguém empunha ao mesmo tempo duas armas, disparando-as simultaneamente, e matando dois desafetos, haveria duas ações.<sup>2152</sup>

Assim, em determinados caso, pode-se imaginar que o intrafacto seja uma conduta autônoma - a vingar uma apreciação fisiológica da unidade de ação! -, e, apesar disso, que deva ser exaurida pelo desvalor do tipo penal predominante.

Destaque-se, a título de exemplo, o conteúdo do art. 67 do Código Penal espanhol: "As regras do artigo anterior [i.e., regras para aplicação de agravantes ou atenuantes] não se aplicarão às circunstâncias que a lei tenha tido em conta ao descrever ou sancionar uma infração, nem às quais sejam de tal maneira inerentes ao delito que, sem a ocorrência delas, ele não poderia ser cometido."<sup>2153</sup>

Semelhante é a redação do §46, item 3, StGB, ao dispor que, no cálculo da pena, "Não se permite tomar em conta circunstâncias que já são características do tipo legal."<sup>2154</sup> Ou seja, em princípio, o modo de execução inerente ao tipo penal não pode ser empregado como critério para majorar a sanção.

Reitere-se que não se cuida de um exame exclusivamente lógico.

---

<sup>2150</sup> MAYER, Max Ernst. *Op. cit.*, p. 623-625. Ramón Alberó enfatiza, de sua parte, não ser imprescindível a identidade dos bens jurídicos ofendidos: "Em primeiro lugar, a consunção do ato acompanhante não depende da identidade do bem jurídico tutelado com o fato principal. Tal coincidência não constitui um pressuposto conceitual necessário. Isso não significa que o bem jurídico do fato acompanhante não receba uma proteção reflexa a partir do tipo prevalente. Toda decisão valorativa, consistente na absorção de um delito em outro, pressupõe uma certa semelhança nos valores tutelados pelos preceitos concorrentes. Neste sentido, todo delito, além do bem jurídico concreto que tutela, propende a uma proteção colateral de determinados bens." ALBERO, Ramón García. *Op. cit.*, p. 390. Traduziu-se.

<sup>2151</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 1047.

<sup>2152</sup> ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*: Band II, p. 801.

<sup>2153</sup> ESPANHA, Código Penal, art. 67. Sobre esse dispositivo, leia-se MARTIN, Luis Gracia (org). **Tratado de las consecuencias jurídicas del delito**. Valência: Tirant lo Blanch, 2006, p. 252 e ss.

<sup>2154</sup> ALEMANHA, Código Penal, art. 46.

Não há como ofertar alguma fórmula peremptória, que indique todos os casos em que haverá crime único. Pode-se imaginar a situação do sujeito que, em vias de matar a vítima, a tortura - ou seja, emprega sevícias como meio para a própria consumação do homicídio. Em situações tais, pode-se cogitar da confluência do crime do art. 1º da lei 9455 com o crime do art. 121, CP.<sup>2155</sup>

Vale a pena transcrever, uma vez mais, a opinião de Moutinho:

[P]artindo de que 'se pode afirmar que o delito em abstracto representaria o caso normal, enquanto as circunstâncias exprimiriam um dado acrescentado que reflectiria as possíveis modalidades da figura legal genérica', conclui-se que, 'na medida em que um facto seja usualmente definido de tal forma que a sua perpetração suponha quase sempre a consideração de um elemento catalogado como circunstância de agravação, este não pode assumir uma função de diferenciação do caso normal, porque, na realidade, não marca o seu selo específico de agravação em relação ao delito genérico. Não pode, portanto, contribuir para um aumento de pena em relação ao delito genérico.' A inerência seria, assim, de admitir em relação a 'circunstâncias agravantes não necessariamente incluídas na contemplação genérica da figura delitual correspondente, mas ligadas a ela de modo normal ou regular.'<sup>2156</sup>

Em situações pontuais, todavia, o modo de execução é eleito pelos legisladores como efetiva causa de aumento (p.ex., o furto com destruição de obstáculo à subtração da coisa - art. 155, §4º, I, CP).

Ou seja, conquanto muitos furtos sejam cometidos justamente mediante destruição de obstáculos, o legislador elegeu referida circunstância como critério para definição de uma moldura penal mais elevada (entre 02 a 08 anos de reclusão). Também nesse âmbito, a dúvida remanesce: há limites para que os legisladores criem crimes? Até que ponto os congressistas podem escolher formas de execução como delitos autônomos?

O tema é altamente complexo, percebe-se.

Afinal de contas, se é fato que - no Estado Constitucional - há limites oponíveis ao próprio Poder Legislativo, também é certo que eles são porosos e imprecisos. Não há como delimitar, de modo inequívoco, quando o Congresso pode

<sup>2155</sup> Pode-se cogitar, em alguns casos, de tortura seguida de morte, definida no art. 1º, §3º, da lei 9455/1997 (pena entre 08 e 16 anos de reclusão). Anote-se, todavia, que referida é inferior àquela cominada ao homicídio qualificado pelo emprego de meio cruel (pena entre 12 e 30 anos de reclusão). Cuida-se de crime preterdoloso, cumprindo a aplicação do art. 19, Código Penal.

<sup>2156</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 1056. Leia-se também KÖHLER, August. **Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz: eine strafrechtliche Untersuchung.** Munique: CH Beck Verlag (reimpressão da Nabu Press), 1900, p. 108-112.



criar tipos autônomos, agravados ou atenuados, frente a um tipo-base.

Persiste a dúvida, todavia, se, em muitos desses casos, o *ne bis in idem* material não estaria sendo violado. Afinal de contas, o Congresso acaba por converter, em delito autônomo, o modo habitual de cometimento de um outro crime.

Essa questão apenas pode ser resolvida caso a dogmática ofereça uma sólida teoria do bem jurídico. Promovida uma efetiva (re)codificação das normas penais, poder-se-ia então cogitar de uma hierarquia entre os tipos incriminadores, de modo a se inibir uma constante proliferação de delitos autônomos.

José Lobo diz o que segue:

Em conclusão: é de admitir que um facto concomitante inere à execução de um outro, contribuindo para caracterizar o respectivo 'modo' concreto, enquanto circunstância, e é, enquanto tal, alcançado esgotado pela respectiva norma incriminadora, sempre que ele seja em concreto necessário à sua perpetração e o acompanhe de modo de tal forma normal que se conclui que a legislação não pode deixar de ter o sentido de o alcançar. Pode ainda admitir-se a mesma conclusão verificado este último requisito, parecendo, no entanto, de exigir adicionalmente qualquer vínculo material (de unidade do comportamento, possibilidade ou facilitação) entre o intrafacto e a execução.<sup>2157</sup>

Questiona-se, por conseguinte, em que medida uma norma que comina pena mais grave poderia ser absorvida pelo delito menos grave. Comumente, sustenta-se que o tipo penal que implica maior sanção poderia consumir um tipo penal que comina menor sanção, jamais o contrário.<sup>2158</sup>

Isso não é totalmente correto.

Imagine-se que, para praticar um estelionato, o agente falsifique documento público. Nessa hipótese, o tipo penal que comina pena mais grave - o art. 297 (pena entre 02 e 06 anos de reclusão) - resta consumido pelo delito com pena menos grave (art. 171, CP - pena entre 01 e 05 anos de reclusão).

Como se destacará adiante, deve-se atribuir peso também à intenção do agente (tipicidade subjetiva), tanto quanto seja possível aferir. Essa é uma significativa conquista do Finalismo, não podendo ser descartada no âmbito do concurso de delitos.

Por conseguinte, é cogitável que delitos pretensamente mais graves sejam

<sup>2157</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 1061. Leia-se também COSTA, Pedro Jorge. *Op. cit.*, p. 200; ALBERO, Ramón García. *Op. cit.*, p. 323-324 e 382-400. HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Op. cit.*, p. 147-153.

<sup>2158</sup> ALBERO, Ramón García. *Op. cit.*, p. 390.

absorvidos por crimes menos graves, desde que essa seja a intenção do agente. Isso pode suscitar dúvidas em casos pontuais, todavia, eis que também há a figura do 'dolo direto de segundo grau', que versa sobre os efeitos colaterais inexoráveis de determinada conduta.

O agente que almeja praticar um estelionato com a falsificação de documento público também tem o dolo necessário à realização do crime do art. 297, Código Penal. Apesar disso, costuma-se privilegiar a sua intenção prioritária - ou seja, a intenção de obter vantagem ilícita mediante artilagem -, razão pela qual o estelionato é que consome o crime do art. 297, Código Penal, desde que a fraude não tenha maior aptidão lesiva (súmula 17, STJ).

I - No caso dos autos, resta claro que a omissão de prestação de informações legalmente requisitadas, nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP's, teve, como único objetivo, viabilizar a prática do crime de sonegação de contribuição previdenciária, constituindo fase de sua realização, sem deter potencialidade lesiva exorbitante do referido delito (art. 337-A, III, CP). Precedentes do STJ e do TRF/1ª Região. II - Como destacou o parecer ministerial transcrito no voto condutor do acórdão, "o agente deve responder por crime único, uma vez que o falso tinha por finalidade específica o cometimento do crime fiscal, sob pena de se punir mais de uma vez um só comportamento, com violação ao princípio do *ne bis idem*, subjacente a toda discussão sobre o conflito aparente de normas e concurso de crimes". III - O fato de os tipos penais tutelarem bens jurídicos distintos não constitui óbice ao reconhecimento da absorção do crime-meio (art. 297, § 4º, CP) pelo crime-fim (art. 337-A, III, CP), mormente porque o egrégio STJ reconheceu tal possibilidade, tanto que sumulou entendimento neste sentido, nos termos da sua Súmula 17, o qual admite a consunção do delito contra a fé pública (falsificação de documento) por crime contra o patrimônio (estelionato), quando o *falsum* se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva - tal como ocorre, *in casu*, quanto ao delito de falso (art. 297, § 4º CP), em relação ao de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, III, CP). IV - "(...) No que diz respeito à suposta falsificação de documento público, prevista no artigo 297, § 4º, do Código Penal, também atribuída ao paciente, há que se reconhecer a sua absorção pelos crimes contra a ordem tributária e de sonegação de contribuição previdenciária, uma vez que o falso em tese praticado teve por única finalidade, a princípio, a prática dos mencionados ilícitos fiscais. Doutrina. Precedentes. Ordem concedida para trancar os inquéritos policiais instaurados contra o paciente."<sup>2159</sup>

Em sentido contrário, não obstante, convém destacar o seguinte julgado:

I - Crime de falsificação de documento público que não pode ser tido como crime-meio para a prática do crime-fim, o estelionato. II - Não se pode aplicar aqui o princípio da consunção, não só em virtude das

<sup>2159</sup> BRASIL, TRF da 1ª Rg., RSE, rel. Des. Fed. Assusete Magalhães, ed-DJF de 31.07.2012, p. 212.

heterogeneas objetividades juridicas, como tambem, em virtude de o crime-meio ser mais gravemente apenado que o crime-fim. III - Admitir-se a absorção do falso pelo estelionato e colocar o problema no âmbito do conflito aparente de normas em flagrante violação aos principios doutrinários que o regem, porquanto nele se exigem dois pressupostos fundamentais: unidade de fato e pluralidade de normas identificando o mesmo fato como criminoso. In casu dois são os fatos: a falsificação de documento publico e o estelionato. IV - A absorção do falso pelo estelionato seria considerá-lo um antefactum impunível o que não é possível, porquanto para a sua aceitação mister seria que o fato antecedente impunível representasse agressão ao mesmo bem juridico e do mesmo sujeito. Na falsificação, o bem juridico tutelado e a fé pública. No estelionato, o patrimônio. V - Concurso formal e não material de crimes, na esteira do posicionamento adotado pelo excelso pretorio. Aplicação do artigo 70 do codigo penal. VI - Apelação do reu improvida. Provimento do recurso da Justiça Pública.<sup>2160</sup>

Enfatiza-se uma vez mais que a relação de consunção é essencialmente valorativa. Ela depende, por certo, de alguma conexão temporal entre os eventos; algum liame entre as condutas lesivas. Não se pode reconhecer a consunção entre dois homicídios, praticados em datas distintas, por óbvio.

Contudo, quanto em causa uma falsificação de documento público e o estelionato subsequente - praticado justamente com o uso daquele papel - não há razão alguma para se afastar a consunção. A mera referência à gravidade da pena cominada pelo art. 297, CP, não parece suficiente para impedir a absorção.

Afinal de contas, como já foi destacado no curso dessa investigação, o sistema jurídico brasileiro não prima pela coerência das sanções cominadas. Basta repisar que a sanção cominada à mera posse de moeda falsa (art. 289, §1º, CP) é superior à pena cominada ao homicídio imprudente.

A falsificação de cosméticos implica sanção mínima de 10 anos (art. 273, Código Penal), o que se aproxima da pena mínima cominada ao homicídio qualificado (art. 121, §2º, CP - mínima de 12 anos de reclusão).

Desse modo, invocar a simples gravidade da sanção cominada pelo art. 297, CP, não parece suficiente para inibir o reconhecimento da consunção. Não há como presumir que a gravidade das penas retrate necessariamente a gravidade das condutas tidas em conta.

Ademais, sendo o caso, e preenchidos os requisitos do art. 171, §3º, CP, em determinados casos o próprio sistema já comina pena superior, quando o estelionato

---

<sup>2160</sup> BRASIL, TRF da 3ª Rg., AP 1178, rel. Des. Fed. Sinval Antunes, DJU de 13.10.1992.

é diretamente ofensivo a bens de determinadas entidades públicas.<sup>2161</sup>

De toda sorte, atento aos limites da presente investigação, essa exposição panorâmica do postulado da consunção revela-se suficiente. Destaque-se uma vez mais que o problema é suscitar algumas reflexões sobre o tema, muito mais do que ofertar respostas axiomáticas e peremptórias.

#### 9.4.5.6. Princípio da alternatividade:

A alternatividade é comumente rechaçada pela doutrina,<sup>2162</sup> ao argumento de que não se trataria propriamente de casos de concurso aparente de normas. Cuida-se-ia de uma relação de mútua exclusão entre enunciados, de modo que uma ação não poderia se amoldar, simultaneamente, aos tipos incriminadores cogitados.

Uma ação não pode configurar, a um só tempo, o crime de furto e o crime de apropriação indébita, dado que os conceitos são enantiomorfos. O furto é definido como a subtração de coisa alheia da qual não se tem a posse; enquanto que a apropriação indébita é justamente a apropriação de coisa alheia da qual se tem a posse (é uma espécie de constituto possessório irregular).

Uma ação não pode configurar, a um só tempo, aborto com o consentimento da gestante e aborto sem o seu contendor, dada essa relação de negação, presente no preceito incriminador. O art. 125 nega o art. 126 do Código Penal.

Assim, o concurso formal aparente restaria descartado desde logo, nos casos de alternatividade. Mas, destaque-se que, em princípio, não se pode desconsiderar a viabilidade de concurso real aparente entre tais normas.

García Alberó enfatiza que, de certo modo, o princípio da alternatividade seria reconhecido apenas em solo espanhol:

O relativo consenso alcançado em torno da admissão dos princípios da especialidade, subsidiariedade e consunção no âmbito do concurso de normas desaparece totalmente quando se trata da alternatividade. Afirma-se que ele teria reconhecimento exclusivamente em nosso país.

<sup>2161</sup> Atente-se, nesse âmbito, para a súmula 24, do STJ: Aplica-se ao crime de estelionato, em que figure como vítima entidade autárquica da Previdência Social, a qualificadora do § 3º do art. 171 do Código Penal.

<sup>2162</sup> SANTOS, Juarez Cirino. *Op. cit.*, p. 419-423. BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 200-201. BETTIOL, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 555-562. CAPELLO, Pietro. *Op. cit.*, p. 57-79. MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. *Op. cit.*, p. 559-563. FRISTER, Helmut. *Op. cit.* p. 681-689. ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 847-863. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Op. cit.*, p. 791. Binding chegara a defender a aplicação do mencionado princípio. Confira-se com CAVERO, Percy García. *Op. cit.*, p. 843, em nota de rodapé.

Não em vão, na doutrina italiana e alemã, o principal consenso gira precisamente em torno à inutilidade deste critério junto com os tradicionalmente admitidos.<sup>2163</sup>

De sua parte, Frederico de Almeida Horta argumenta o que segue:

Finalmente, não se pode desconhecer a possibilidade de convergirem diversas normas incriminadoras ue, sgundo seus pressupostos, se revelem igualmente complexas e abrangentes do desvalor jurídico penal do fato sobre o qual incidem. Essas normas estarão, portanto, superpostas na apreciação dos aspectos lesivos do fato e serão entre si alternativas, já que a prevalência de uma delas não poderá ser informada por nenhuma das regras de solução da concorrência aparente até aqui estudadas.<sup>2164</sup>

Honig diz que "A relação de alternatividade existe entre aquelas proposições jurídicas que com respeito à proteção de um mesmo bem jurídico se comportam como meios distintos para a consecução de um mesmo fim. À diversidade dos meios corresponde a incompatibilidade dos elementos legais do tipo."<sup>2165</sup>

Luzón Peña sustenta, de sua parte, que - conquanto deva ser empregado com cautelas -, o referido princípio não poderia ser descartado, eis que necessário para solucoinar casos pontuais de concurso aparente de normas incriminadoras.<sup>2166</sup>

Ora, a relação de alternatividade é ambígua.

Ela pode ser concebida, inicialmente, como uma relação de heterogeneidade. Por conseguinte, a já mencionada exclusão recíproca, algo incompatível com a própria noção de concurso aparente, eis que demanda - quando menos - sobreposição parcial entre as normas.<sup>2167</sup>

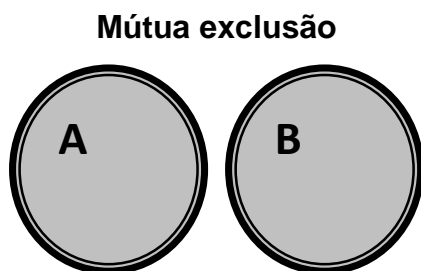
<sup>2163</sup> ALBERO, Ramon García. *Op. cit.*, p. 401. Traduziu-se. Leia-se, na mesma obra, p. 95: "Prescindindo de outras noções sobre a alternitvidade, aquela que aqui interessa colocaria de manifesto, segundo um amplo setor doutrinário, sua nula conexão com qualquer fenômeno de concurso, seja real ou aparente, o que explica seu definitivo abandono pela doutrina alemã." De sua parte, Estrella E. Aisa alega que, na Espanha, a maioria da doutrina reconheceria esses quatro princípios - especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade. Mas ela reconhece que, em solo alemão, essa categoria tem pouquíssima aceitação. AISA, Estrella E. *Op. cit.*, p. 162 e 188.

<sup>2164</sup> HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Op. cit.*, p. 158. Com base em Liszt e Honig, Estrella Aisa sustenta que a alternatividade cuidaria de relações de heterogeneidade, de modo que as normas seriam mutuante excludentes. Importa dizer: conquanto possam ter elementos em comum, restaria descartada a incidência sobre um mesmo substrato empírico, por conta de elementos mutuante excludentes. Conquanto a referência ao aborto seja um elemento comum entre as hipóteses de incidência veiculadas pelos arts. 125 e 126, Código Penal, um dispositivo negaria o outro, de modo que seria incabível a aplicação de ambos sobre o mesmo fato. AISA, Estrella. *Op. cit.*, p. 29, 33 e 38.

<sup>2165</sup> HONIG *apud* AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 33. Traduziu-se.

<sup>2166</sup> Conforme precisa síntese de AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 189.

<sup>2167</sup> CAVERO, Percy García. *Op. cit.*, p. 843. "Caso essa relação se apresente entre dois tipos penais quando ambos se excluem reciprocamente, não tem sentido falar em um concurso de normas, já que a unidade de lei somente existe se os tipos penais se sobrepõem quando menos parcialmente. Um



**Figura 10: Relação de mútua exclusão**

Com o exemplo já referido, uma ação não pode configurar simultaneamente o furto e a apropriação indébita (concurso formal aparente descartado).<sup>2168</sup> A única hipótese cogitável é o concurso real aparente, por força da 'unidade de ação em sentido natural' ou eventual pós-fato copunido.

Ou seja, pode-se cogitar que o sujeito, logo depois de ter praticado uma apropriação indébita, também subtraia valores que estão sob a posse da vítima, ensejando eventual consunção entre os delitos (comportamentos copunidos). Mas isso demanda pluralidade de ações.

Outra hipótese a ser considerada, porém, é a relação de identidade.

Pode-se cogitar da alternatividade com o caso em que duas normas, veiculadas pela mesma lei, revelam-se iguais entre si. Cuida-se de caso de redundância - o que é considerado um vício legiferante.

Caso os preceitos - veiculando normas idênticas - tenham sido dispostos em leis penais diferentes, a questão envolverá um concurso diacrônico entre normas (sucessão de leis no tempo). Desse modo, aplicar-se-á a norma mais favorável ao agente, conforme o princípio da *novatio legis in melius*.

Há situações excepcionais, todavia, em que uma lei veicula preceptores idênticos entre si, mas cominando consequências distintas. Em tal caso, deve-se aferir qual desses preceitos deve ser aplicado.

No caso brasileiro, o exemplo é dado pela lei 9.983/2000, responsável por incluir o art. 297, §4º e o art. 337-A, I, do Código Penal, cuja transcrição segue:

---

concurso de normas pode ser reconhecido, porém, quando a relação de alternatividade se entence como o concurso de dois tipos de igual categoria."

<sup>2168</sup> LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo III, p. 158. Leia-se também CARAMUTI, Carlos S. *Op. cit.*, p. 205: "Soler define genericamente a relação alternativa como sendo aquela na qual duas figuras reciprocamente se excluem por incompatibilidade com relação a um mesmo fato, o qual somente pode ser enquadrado em uma ou em outra."

Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

§4º Nas mesmas penas incorre quem omite, nos documentos mencionados no §3º, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços.

Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Na lei 9.983, o Estado cominou penas distintas para um mesmo comportamento. Qual delas deve ser aplicada? Ora, dado o valor da segurança jurídica e da liberdade individual, deve-se aplicar a sanção inferior.

Afinal de contas, o sujeito não deve pagar, com a sua liberdade, a falta de técnica legislativa. Se o próprio Congresso não sabe qual pena busca aplicar à conduta, deve-se privilegiar a sanção inferior, em que pese a inviabilidade de se socorrer do singelo postulado *novatio legis in melius*.

Anote-se, todavia, que a invocação corriqueira do postulado da alternatividade está fundado na premissa de que deveria ser cominada a pena superior. Esse é o conteúdo, por sinal, do art. 8º, §4º, Código Penal espanhol (regra com antecedente no art. 68 do Código Penal espanhol de 1944, com a revisão operada em 1973, e também no art. 81 do Código Toscano de 1853).

Ora, Sánz Morán possui plena razão quando afirma que aludido princípio da alternatividade é perturbador.<sup>2169</sup> Por outro lado, Morán "critica a manutenção do princípio de alternatividade por considerá-lo de constitucionalidade duvidosa, já que ele impõe ao acusado o custo decorrente dos erros do legislador, quando este submete um mesmo fato, em dois preceitos distintos, cominando-lhe respostas sancionatórias diversas."<sup>2170</sup>

Crítica semelhante é empreendida por Eugénio Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Skolar, examinando a alternatividade sob o enfoque processual. Isto é,

<sup>2169</sup> MORÁN, Angel Jose Sanz. *Op. cit.*, p. 126-127.

<sup>2170</sup> AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 110. Traduziu-se. Leia-se, ainda, na mesma obra, p. 190: "Parece mais de acordo com o princípio de intervenção mínima acudir ao critério do *in dubio benignus* nestas hipóteses."

quando, diante das provas apresentadas, o tribunal tem certeza de que o agente praticou um crime, mas permanece indeciso sobre o tipo penal respectivo.

Os autores argentinos enfatizam que o *in dubio pro reo* deve ser aplicado nesse âmbito, de modo que a sanção menos gravosa é que deve ser aplicada.<sup>2171</sup>

Atente-se ainda para o seguinte excerto, extraído da obra de Aisa:

Do mesmo modo, Aguado Correa questiona a constitucionalidade do critério de alternatividade, tendo em conta a consagração constitucional do princípio de proporcionalidade em sentido amplo e, por conseguinte, do princípio de proporcionalidade em sentido estrito. Se os anteriores critérios de solução do concurso de normas penais não são aplicáveis, talvez pouco se encontraria uma justificação material para aplicar o preceito mais grave, e isso suporia uma infração do princípio de proporcionalidade em sentido estrito.<sup>2172</sup>

Advoga-se aqui, destarte, que, quando uma lei veicule prescrições idênticas, mas submetidas a penas distintas, deve ser aplicada a norma que comina sanção inferior, por força do princípio *favor libertatis*, inerente ao Estado Constitucional.

Ademais, também há autores que empregam esse rótulo 'alternatividade' para se referir a relações de interferência entre normas (algo próximo ao postulado da subsidiariedade). Vale a pena atentar para o que segue:

Esta ideia de alternatividade já surgiu ao se tentar resolver, durante a vigência do Código Penal [espanhol] de 1973, os debatidos casos nos quais se provocava a morte de um parente, concorrendo, além disso, alguma das circunstâncias do assassinato. Como se recordará, esse problema concursal se originou depois da reforma de 25 de junho de 1983 que elevou a pena do delito de assassinato (reclusão maior no grau máximo) até aquele momento igual ao do parricídio (reclusão maior em toda a sua extensão). Ainda que o Tribunal Supremo tenha sustentado que a relação entre

<sup>2171</sup> ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Op. cit.*, p. 871.

<sup>2172</sup> Idem, p. 190. Traduziu-se. Em sentido contrário, Frederico Horta diz não censurar esse critério eleito pelo Código Penal espanhol: "De fato, quando para a regulação jurídica de um fato penalmente relevante convergem duas normas entre si alternativas, o problema da norma aplicável não se confunde com eventual dúvida sobre a culpabilidade do réu, que autorizaria a aplicação do princípio invocado por Sanz Morán. O que se pretende aferir nesses casos de imprevista duplicidades da lei é, afinal, coisa muito diversa, isto é, a norma que melhor atende à sua finalidade sistêmica. Assim, se as normas alternativas são idênticas ou, sendo interferentes, ressalvam aspectos diversos do fato por elas incriminado, que apontam igualmente para um maior conteúdo do injusto que representa, ou para maior reprovabilidade do agente pela sua concretização, há de se aplicar a norma mais gravosa que, afinal, disponibiliza ao juiz o limite máximo legalmente reconhecido de atuação coercitiva do Estado para reprimir e prevenir aquele tipo de delito." HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Op. cit.*, p. 166. Opinião semelhante é compartilhada por ALBERO, Ramon García. *Op. cit.*, p. 413. Referida tese não convence, *venia concessa*. Afinal de contas, se o próprio legislador ficou em dúvida sobre a pena que deveria cominar ao fato - veiculando descritores idênticos, na mesma lei, mas com prescritores distintos -, a solução é aplicar a norma que comina pena inferior, em favor da liberdade individual. O sujeito não deve pagar, com sua liberdade, pela falta de técnica legislativa.



ambos os preceitos seria de especialidade, seus argumentos não convenceram a doutrina. Esta, também a favor da qualificação de concurso de normas, considerou majoritariamente que era o princípio de alternatividade que deveria ser aplicado para solucioná-los. Não era possível afirmar a relação de especialidade (já que ambos os delitos são especiais frente ao homicídio, mas não são especiais entre si), tampouco uma norma era subsidiária em relação à outra, nem tampouco se podia sustentar que o desvalor de uma delas restaria consumida na outra, asasm pois somente restava como princípio aplicável a alternatividade.<sup>2173</sup>

No Brasil, problema semelhante parece surgir com as causas de aumento cominadas ao roubo qualificado, quando a conduta do agente preenche várias das hipótese previstas no art. 157, §2º, CP. A legislação não soluciona esse conflito de forma expressa, existindo inúmeras propostas de cálculo da pena, em tal caso.<sup>2174</sup>

Percebe-se facilmente que essa concepção sobre a alternatividade é muito semelhante àquilo que Eduardo Correia chamava de consunção impura.<sup>2175</sup> Ou seja, cuida-se daquela tentativa de se corrigir o legislador, majorando-se a pena que decorre do tipo específico (a rigor, cuida-se de analogia *in malam partem*).

Na consunção impura, o concurso aparente despreende-se do concurso aparente de normas, para se transformar num concurso aparente de crimes, incluindo, pois, situações em que a aplicabilidade das várias normas não é simplesmente uma hipótese afastada no processo hermenêutico pela 'descoberta' de que uma delas esgota o caso. Pelo contrário, reconhece-se que nenhuma das normas em questão esgota o caso e, portanto, conclui-se pela aplicabilidade efectiva de várias normas; o concurso aparente surge então como solução destinada a evitar um bis in idem parcial embora suficientemente importante para ser menos tolerável do que a desconsideração dos aspectos que não são esgotados.<sup>2176</sup>

Isso porque, ao se imaginar uma relação de interferência - e chamando isso de alternatividade -, os teóricos argumentam que deveria ser aplicada a norma que comina sanção mais elevada. Ao contrário, caso se aplique o postulado da especialidade, o tipo mais detalhado é que predominará, independentemente da sanção cominada.

Por fim, registre-se ainda que há autores que invocam o princípio da especialidade quando em causa os tipos mistos alternativos (tipos plurinucleares), à

<sup>2173</sup> AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 191, em nota de rodapé. Traduziu-se.

<sup>2174</sup> HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Op. cit.*, p. 162.

<sup>2175</sup> CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. *Op. cit.*, p. 108 e 153-154. Sobre as críticas contra aludido conceito, leia-se MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 666-667 e 723.

<sup>2176</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 663.

semelhança do que ocorre com a norma veiculada pelo art. 33 da lei 11.343/2006.

Seu significado prático: quando o sujeito, no mesmo contexto fático (em momento único ou não), realiza condutas correspondentes a vários verbos, comete um só crime, não vários. É que os verbos nucleares do delito, quando estamos diante de um único contexto fático, devem ser entendidos como alternativos (o tipo, portanto, é alternativo).<sup>2177</sup>

Ainda sobre leis mistas, segue a opinião de García Albero:

As leis mistas (*Mischgesetze*) se caracterizam pela reunião de diversas ações em um mesmo preceito que são abarcadas pela mesma cominação penal, tratando-se de indagar, mediante critérios hermenêuticos, se na realidade conformam diversas modalidades não autônomas de um mesmo tipo (lei mista alternativa), ou se, pelo contrário, constituem formas independentes de execução, com relevância própria (lei mista acumulativa). A importância dessa distinção reside na possibilidade de se apreciar, quando o autor tem realizado conjuntamente o conteúdo das distintas previsões, ou algumas delas, bem um concurso ideal ou real de delitos, ou ainda um único delito, segundo a conclusão que se obtenha sobre a diferença ou indiferença do legislador na plural realização de distintas modalidades.<sup>2178</sup>

Raoul Frosali trata desse tema no âmbito da especialidade.<sup>2179</sup>

Tenha-se em conta que alguns teóricos promovem uma distinção entre os casos de *kumulative Mischgesetze* (normas mistas cumulativas) e casos de *alternative Mischgesetze* (normas mistas alternativas).

Na primeira hipótese, as penas seriam somadas.<sup>2180</sup>

Há quem sustente, por exemplo, que o art. 213 do Código Penal, com a redação veiculada pela lei 12.015/2009, cuidaria de um tipo misto acumulativo. A vingar isso, caso o agente tenha cometido, em um mesmo contexto, um ato libidinoso e também a conjunção carnal mediante violência contra a mesma vítima, responderia por dois delitos, somando-se as penas.

Esse argumento já chegou a ser acolhido judicialmente:

<sup>2177</sup> MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: fundamentos e limites do Direito penal**, p. 373.

<sup>2178</sup> ALBERO, R. *Op. cit.*, p. 114, traduziu-se. Anote-se, porém, que, em página 115, ele sustenta que os casos de normas mistas alternativas não seriam caso de concurso aparente, mas de mera unidade típica. "E isso não somente por coerência com os pressupostos de partida: somente cabe falar de concurso de normas frente a uma pluralidade de realizações típicas em sentido formal, sendo que aqui o problema se localiza em uma instância prévia, isto é, a indagação acerca da unidade ou pluralidade de tipos delitivos em que pese a sua veiculação em um único *preceptum legis*."

<sup>2179</sup> FROSALI, Raoul Alberto. *Op. cit.*, p. 267 e ss.

<sup>2180</sup> A respeito dessa diferenciação, leia-se FROSALI, Raoul Alberto. *Op. cit.*, p. 268-270.

6. Antes da edição da Lei n.º 12.015/2009, entendia-se haver dois delitos autônomos, com penalidades igualmente independentes: o estupro e o atentado violento ao pudor. Com a vigência da referida lei, o art. 213 do Código Penal passa a ser um tipo misto cumulativo, uma vez que as condutas previstas no tipo têm, cada uma, 'autonomia funcional e respondem a distintas espécies valorativas, com o que o delito se faz plural' (DE ASÚA, Jimenez, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Losada, 1963, p. 916).

7. Tendo as condutas um modo de execução distinto, com aumento qualitativo do tipo de injusto, não há a possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre a cópula vaginal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo depois de o Legislador tê-las inserido num só artigo de lei.<sup>2181</sup>

Essa lógica é agressiva, todavia, ao *ne bis in idem*, eis que desconsidera as hipóteses de progressão delitiva e de consunção. A rigor, cuida-se de um crime só, conquanto a sua forma de execução possa ser sopesada no momento de se calcular a pena respectiva (peculiaridades do crime, art. 59, Código Penal).

Por conseguinte, deve privilegiar o reconhecimento da norma mista alternativa sempre que, em um mesmo contexto, o agente realizada inúmeras atividades detalhadas no mesmo tipo penal. Ao reunir distintos verbos em um mesmo preceito, os legisladores acabam por reconhecer essa intercambialidade.

Ao que releva à presente investigação, essa é a compreensão panorâmica do postulado da alternatividade. Ele apenas pode ser cogitado, em solo brasileiro, naqueles excepcionais casos em que a mesma lei veicule reiteradamente o mesmo tipo penal, cominando sanções distintas (e desde que, então, se aplique a menor pena, em atenção ao princípio *favor libertatis* ou *favor rei*).<sup>2182</sup>

#### 9.4.6. Comportamentos copunidos (ou impuníveis):

Deve-se examinar, por outro lado, a figura dos comportamentos copunidos.

Cuida-se daqueles casos em que, conquanto haja pluralidade de ações e aparente pluralidade de incidência típica, deve-se reconhecer a presença de um único delito por força de questões valorativas.<sup>2183</sup>

<sup>2181</sup> BRASIL, STJ, Petição 6610, rel. Min. Laurita Vaz, DJE de 09.03.2012. Omitiu-se parte da ementa.

<sup>2182</sup> Sobre o princípio do *favor rei*, leia-se FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Tradução do italiano para o espanhol por Perfecto Ibañez e outros. Madri: Trotta, 1995, p. 60, 105, 107 e 155. Em p. 115, ele diz que esse critério já teria sido equacionado por Aristóteles.

<sup>2183</sup> Sobre o tema, leia-se também o importante estudo de Rodrigo Sánchez Rios e Daniel Laufer. RIOS, Rodrigo Sánchez; LAUFER, Daniel. Apontamentos a respeito do concurso de crimes e do

Atente-se para o conceito de Bacigalupo, quanto trata do comportamento posterior copunido: "Genericamente, pode-se sintetizar a ideia fundamental desses casos da seguinte forma: são casos nos quais a interpretação permite afirmar que a relação existente entre a realização do delito principal e o posterior constituem uma unidade tal que a lei os considera como uma unidade alcançada pela pena do primeiro (*Schonkeschroder Stree, StGB, Vorbem. §§ 52 y ss., p. 112*)."<sup>2184</sup>

Nesse âmbito, a densa obra de José Manuel Palma Herrera merece uma atenção especial.<sup>2185</sup> De partida, ele toma o cuidado de distinguir o comportamento copunido e os comportamentos impunes.

Em determinadas situações, algumas condutas restam impunes conquanto tenham preenchido todos os requisitos do conceito analítico de delito - logo: ações objetiva e subjetivamente típicas, ilícitas e culpáveis. É o que ocorre nos casos de perdão judicial, prescrição, decadência, escusas absolutórias etc.<sup>2186</sup>

Na espécie, porém, interessa uma questão distinta. Cuida-se de casos em que, por força da íntima imbricação entre as condutas, aplica-se uma única sanção, por mais que se pudesse cogitar da aplicação de mais de um tipo incriminador.

Por sinal, esse problema aparece já com a chamada 'unidade da ação em sentido natural', como bem explicita Ramón García Albero:

Agora bem, a diferença fundamental reside no fato de que, no concurso de normas, tal e como se tentará demonstrar adiante, o princípio non bis in idem não apenas opera sobre um pressuposto previamente dado, a identidade da ilicitude, senão que a determina diretamente. Pelo contrário, na denominada 'unidade natural de ação', a proibição de dupla valoração resulta inoperante para decidir entre a unidade e pluralidade delitivas, precisamente porque o que está em jogo é a conformação unitária ou plural do objeto a valor. E isso pelo fato de que os elementos típicos, que projetam o desvalor sobre o comportamento material, são únicos e não recolhidos duplamente em outro preceito. Sempre se poderá argumentar, com relação a estes casos, que um tipo desvalora uma parte das ações (as primeiras lesões) e seu par homogêneo o restante (as sucessivas, em que pese o estreito contexto

---

conflito aparente de normas: a regra do antefato e do pós-fato coapenado no âmbito dos delitos econômicos *in* FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (org.). **Direito penal econômico**: questões atuais. São Paulo: RT, 2011, p. 138-199. Leia-se também a importante dissertação de mestrado TRAUZYNSKI, Nicole. **Gestão fraudulenta e concurso de normas na lei dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo em 18 de janeiro de 2014. Inédita.

<sup>2184</sup> BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal**: parte general. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1996, p. 292-293. Traduziu-se. Sobre o tema, leia-se também ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**, p. 869.

<sup>2185</sup> HERRERA, José Manuel Palma. **Los actos copenados**. Madri: Dykinson, 2004.

<sup>2186</sup> Sobre a punibilidade, recomenda-se a leitura da obra CARVALHO, Érika Mendes de. **Punibilidade e delito**. São Paulo: RT, 2008.

temporal). Um concurso real homogêneo somente pode ser refutado, nesse âmbito, por meio da interpretação orientada ao sentido e finalidade do preceito, com vista a comprovar se o tipo possibilita uma síntese valorativa unitária das diversas ações realizadas. Em qualquer caso, veremos como o problema de correlação entre a valoração e o objeto a valorar - problema que obviamente não pode ser resolvido desde o próprio princípio da proibição de dupla valoração em incorrer em uma *petitio principii* - não surge apenas nesses casos, senão também em outros tradicionalmente considerados como concurso de leis.<sup>2187</sup>

Como bem explicita Herrera, "Em determinados casos, um fato delitivo que precede ou segue a outro principal não resulta objeto de um pronunciamento condenatório na sentença, nem dá lugar à imposição de uma pena junto àquela cominada a esse outro fato principal, pelo qual o agente tenha sido condenado."<sup>2188</sup>

Trata-se, pois, de um caso de concurso real aparente. Há pluralidade de ações e, além disso, uma aparente incidência de mais do que uma norma incriminadora. Em exame *prima facie*, haveria então confluência de crimes.

O fato é que, nessas situações - a serem detalhadas nesse tópico -, o agente responde pela prática de um único delito, dada a suficiência da sanção cominada ao ante-fato ou ao pós-fato para a pertinente censura penal.

Essa conduta, aparentemente típica, talvez possa ser levada em conta na dosimetria da pena do crime-base (art. 59, Código Penal). Mas não poderia ser alvo de uma punição a título autônomo. Daí que Herrera fale em comportamento copunido, expressão que também se adota nessa tese.

Essa ausência de punição é explicitada de distintos modos.

Na quinta edição do seu tratado (1977), Reinhart Maurach chegou a sustentar que se cuidaria de uma causa pessoal de exclusão de pena, tese que ensejaria inúmeras perplexidades, como se verá adiante. Também há concepções que advogam que se trata de caso de concurso real aparente.

O autor espanhol insurge-se contra a pretensa equivalência entre as expressões 'ato copunido' e 'atos impunes', eis que - repise-se - não se cuidaria propriamente de uma causa de impunidade, mas sim de suficiência da sanção principal para abranger todos os atos, desde que realizados em um mesmo contexto.

<sup>2187</sup> ALBERO, Ramón García. **'Non bis in idem' material y concurso de leyes penales**. Barcelona: Cedecs Editorial, 1995, p. 133, traduziu-se.

<sup>2188</sup> HERRERA, José Manuel Palma. **Op. cit.**, p. 15. Traduziu-se.

Registre-se, todavia, que autores como Giuseppe Bettiol, von Carolsfeld, Dreher, Richard Honig, Joachim Hruschcka, Samson, Vassalli empregaram ambas as expressões, como se fossem realmente sinônimas.

Essa diferença se mantém, como não poderia deixar de ser, no terreno jurídico-penal, e sob ela se ocultam importantes questões de fundo que respondem à própria natureza do instituto: que um fato deixe de ser castigado autonomamente como consequência da não aplicação do preceito no qual ele mesmo é subsumível, em princípio, não significa necessariamente, sem embargo, que esse fato resulte impune. Ele pode responder a uma isenção de responsabilidade criminal para esse fato, que restaria, desse modo, efetivamente impune; mas também pode obedecer à mera impossibilidade de afirmar uma sanção autônoma para esse fato com base no preceito no qual é subsumível a priori, sem prejuízo, não obstante, de que ele mesmo, sim, resulte castigado como consequência da aplicação de outro preceito distinto, que preveja já uma pena para esse fato. No primeiro caso, como temos dito, o fato é impune; no segundo, não é.<sup>2189</sup>

Quando, logo depois de ter subtraído uma bicicleta alheia, o agente a danifica deliberadamente, aplicar-se-iam em conjunto os tipos penais do art. 155, CP (furto) e art. 163, CP (dano)? Ou bastaria apenas a aplicação de apenas um dos dispositivos para efetiva censura penal da sua conduta, globalmente considerada?

Como se verá adiante, há inúmeras hipóteses em que - por mais que haja, em princípio, unidades autônomas de ações/omissões, aparentemente típicas - não se pode aplicar mais do que uma sanção criminal. Nesse âmbito, coloca-se também a pergunta a respeito da efetiva incidência de todos os tipos incriminadores (ou seja, sobre a viabilidade de que, em alguns casos, a norma deslocada possa ser 'resgatada', por conta de algum óbice para a aplicação da norma prioritária).

Questão distinta está em saber se o ato copunido pode se tornar impune quando o principal, cuja pena deveria compreender a sanção correspondente ao ato coapenado, resulte finalmente isento de pena. Nestes casos, um setor doutrinário se mostra tendente a 'recuperar' o preceito deslocado - *Wiederaufleben* - para afirmar a tipicidade do fato que, em princípio, era coapenado e poder chegar, assim, a impor uma pena. Quando isto ocorre, temos que deixar de falar necessariamente em ato coapenado, para passar a falar em ato punido de maneira autônoma.<sup>2190</sup>

O fato é que alguns juristas possuem resistência à ideia de um ato copunido ou mesmo de ante-fato ou pós-fato impuníveis, ao argumento de que se cuidaria de

<sup>2189</sup> Idem, p. 16. Traduziu-se.

<sup>2190</sup> Idem, p. 18-19. Traduziu-se. Uma outra corrente (p.e., Blei e Geppert) sustenta que essa 'ressurreição' dos tipos deslocados (o *Wiederaufleben*) seria incabível.

efetivo concurso real de crimes. O juízo estaria exonerando a pena sem franquia legislativa para tanto, comprometendo a separação dos Poderes.<sup>2191</sup>

Mas essa resistência deve ser vencida.

Como sabido, o Direito Penal é um mal necessário. Aliás, é até mais provável que a pena seja um mal desnecessário, dada as contundentes críticas abolicionistas empreendidas contra a sua lógica interna. Atente-se, por exemplo, para as críticas formuladas por Alessandro Baratta contra a ideologia da defesa social, lançadas na sua monumental 'Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal'.<sup>2192</sup>

Ora, a culpabilidade deve ser reconhecida como o limite da pena, e não como seu fundamento. Isso significa que não se pode punir sem que haja culpabilidade (*nulla poena sine culpa*), mas nada impede que - conquanto haja culpabilidade -, o sistema jurídico deixe de cominar a pena.

Sanções excessivas acabam causando significativos danos para o regime de liberdades públicas, sobretudo em um país campeão no vergonhoso *ranking* mundial de encarceramento.<sup>2193</sup>

Isso significa que não há empecos para o reconhecimento do chamado 'concurso real aparente' - casos nos quais, a despeito da ocorrência de várias ações -, apenas um crime pode ser reconhecido. Por conseguinte, a questão alusiva aos comportamentos copunidos depende, em alguma medida, da própria concepção sobre o conflito normativo sincrônico, já aludido acima:

A questão da natureza do ato copunido depende, em boa medida, da

---

<sup>2191</sup> Sobre os limites para a atuação judicial - sobretudo, os limites para a analogia *in bonam partem* -, leia-se a obra de MONTIEL, Juan Pablo. **Analogía favorable al reo: fundamentos y límites de la analogía *in bonam partem* en el Derecho penal.** Madri: La Ley, 2009. Há autores que reputam que mesmo a analogia *favor rei* seria proscrita pelo Direito, dado que violentaria o postulado da separação de Poderes. Essa tese foi defendida por Jimenez de Asúa e também por Nelson Hungria, conforme pode ser conferido com MONTIEL, Juan Pablo. *Op. cit.*, p. 82 e ss. SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**, p. 185-186. Ora, a analogia *in bonam partem* deve ser admitida, eis que é consectário direto do postulado da isonomia e medida indispensável para a efetivação dos direitos fundamentais. O problema maior é saber quais os requisitos e quais os limites para que os magistrados promovam a extensão de determinadas cláusulas de exoneração de pena para situações não diretamente previstas na lei. Para ficar com apenas um exemplo: o magistrado deve aplicar a causa de extinção da punibilidade, que vinha prevista para os crimes contra a Ordem Econômica (pagamento do valor do tributo, em qualquer fase do processo), também para os casos de crimes contra o patrimônio? E quando houver violência ou ameaça contra a pessoa (art. 157), referida analogia ainda seria possível?

<sup>2192</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à Sociologia do Direito Penal.** 3. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002, p. 46 e ss.

<sup>2193</sup> Segundo últimas notícias, o Brasil possui atualmente cerca de setecentas mil pessoas presas....

concepção do concurso de normas da qual se parta. Daí que necessariamente haja que se começar o estudo analisando as distintas posições que sobre esse último tema têm sido sustentadas majoritariamente.<sup>2194</sup>

Mas isso está longe de resolver o problema. Afinal de contas, o próprio concurso aparente envolve um conjunto de perplexidades, como facilmente se infere do quanto já foi anotado até aqui.<sup>2195</sup> Deve-se ter em conta sobretudo o fato de que a solução dos casos de confluência *prima facie* de delitos, há necessidade de uma apreciação valorativa, e não estritamente lógica:

Ao contrário das posições sobre o concurso de normas que vimos até aqui, a maioria da doutrina opta por configurar o concurso de normas de modo não necessariamente vinculado com o fenômeno da convergência normativa em abstrato, entendida desde um exclusivo ponto de vista lógico-formal. O dado determinante que conduziria ao concurso de normas seria, assim, a existência de uma relação valorativa entre preceitos. Como se pode concluir facilmente, a posição que se adote a respeito do concurso de normas - lógica ou valorativa - resultará determinante quanto ao requisito da dupla subsunção do fato a que se refere. Subsunção que será exigível em todo caso, mas que adquirirá diferente carta de natureza, dependendo de qual seja a linha que se siga.<sup>2196</sup>

As relações lógicas não são suficientes para a solução dos casos de concurso de crimes. De partida, porquanto dependem do exame do recorte empírico (ou seja, deve-se cuidar de ações realizadas em um determinado contexto espaço temporal). Em segundo, porquanto elas não descartam a viabilidade de que se reconheça crime único em casos em que há aparência de concurso real.

Atente-se para a precisa lição de José Manuel Herrera a respeito:

Desde um ponto de vista valorativo, na medida em que um único preceito seja capaz de valorar jurídico penalmente o comportamento em questão, a aplicação de um novo preceito com sua correspondente sanção implicaria, em primeiro lugar, uma incoerência inadmissível do ordenamento jurídico-penal, que deve mostrar-se como um todo consistente, isento de contradições, e no que um princípio de economia evita a reduplicação de comportamentos tipificados. Mas implicaria, além disso, uma infração do *ne bis in idem* que proíbe desvalorar e, em consequência, castigar duas vezes os mesmos fatos.<sup>2197</sup>

<sup>2194</sup> HERRERA, José Manuel Palma. *Op. cit.*, p. 20. Traduziu-se.

<sup>2195</sup> HERRERA, José Manuel Palma. *Op. cit.*, p. 20. Traduziu-se: "O concurso de normas é um dos temas que mais dificuldades apresenta em seu estudo. E não somente porque se trata de matéria complexa - o que de fato é -, senão, sobretudo, pela falta de clareza e precisão que, a nosso juízo, preside a terminologia empregada pela doutrina."

<sup>2196</sup> HERRERA, José Manuel Palma. *Op. cit.*, p. 40. Traduziu-se.

<sup>2197</sup> Idem, *ibidem*.



Ora, a apreciação desses casos tem oscilado, de certo modo, entre o reconhecimento da atipicidade dos comportamentos copunidos, de um lado, ou a aplicação de um concurso real efetivo de delitos, de outro.

Herbert Wegscheider sustentava, por exemplo, que os chamados ante-fatos e pós-fatos impuníveis seriam casos de atipicidade.<sup>2198</sup> Em parte, isso parece derivar de uma concepção do concurso aparente como sendo hipótese de mútua exclusão entre as normas (ao se privilegiar uma norma, automaticamente se recortaria o âmbito de incidência das demais).

Semelhante é a análise de Mantovani, também influenciado por essa leitura do conflito normativo como sendo espécie de heterogeneidade entre enunciados. O professor italiano rechaçava os critérios da consunção e subsidiariedade, dizendo-os imprecisos e vagos.<sup>2199</sup> Ademais, ele reputava que os casos de subsidiariedade expressa não seriam hipótese de concurso aparente, eis que desde logo descartada a incidência da norma em questão.

A partir dessas suas premissas, o professor da Universidade de Florença supunha que "os atos copunidos se encontram fora do campo do concurso de normas, por constituírem situações de relações de heterogeneidade entre os tipos legais, e cuidar-se, dessa forma, de relações estruturais no âmbito exclusivo do concurso real de delitos - o que ele chama de *concorso eterogeneo di reati*."<sup>2200</sup>

De modo diverso, Joachim Hruschka examina os casos de comportamentos copunidos como sendo uma projeção do 'concurso real impróprio'. Vê-se que, compartilhando da opinião de Jescheck/Weigend, Hruschka defende a existência de concurso real aparente, em contraposição ao concurso efetivo.

Ele reputa existir, nesse âmbito, uma relação de subsidiariedade implícita, pela qual a *lex primaria derogat legi subsidiariae*. Aplicado a pena cominada ao tipo principal, não poderia ser invocado a norma incriminadora aparentemente amoldada às demais condutas, desde que realizadas em um mesmo contexto empírico.<sup>2201</sup>

O problema é que não se cuida propriamente de uma relação lógica, aferível mediante simples contraposição abstrata entre enunciados legais.

<sup>2198</sup> WEGSCHEIDER, Herbert. *Echte und scheinbare Konkurrenz*, p. 201.

<sup>2199</sup> MANTOVANI, Ferrando. *Concorso e conflitto di norme nel Diritto Penale*. Bolonha: Nicola Zanichelli Editore, 1966, p. 258 e ss.

<sup>2200</sup> HERRERA, José Manuel Palma. *Op. cit.*, p. 67. Traduziu-se.

<sup>2201</sup> Semelhante é a opinião de MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 989-990, autor que examina o que denomina de 'resultado concomitante copunido' no âmbito do princípio da subsidiariedade.

Ao contrário do que fez Klug, Hruschka não alude aqui em nenhum momento ao argumento teleológico ou valorativo para distinguir concurso de normas do concurso ideal, se bem que é certo que tampouco o descarta. Simplesmente, esse autor não se pronuncia sobre as razões que determinaram que, nessas ocasiões, exista e em ocasiões não, uma cláusula expressa ou tácita de delimitação dos preceitos diferentes.<sup>2202</sup>

Basta ter em conta a relação entre o furto e a receptação subsequente ou a relação entre o furto e o dano que lhe segue. Em princípio, o mesmo agente não pode responder, ao mesmo tempo, pela autoria do furto e também pela cumplicidade com a receptação subsequente, por mais que - em termos exclusivamente abstratos -, os conceitos penais pareçam permitir isso.<sup>2203</sup>

Afinal de contas, em termos abstratos, ao alienar a coisa subtraída para o receptador, o agente acaba por atuar como partícipe (art. 29, CP). Todavia, não há como responsabilizá-lo por ambas as condutas, dado que a receptação é um 'acompanhante típico' do crime de furto. Aplicar ambas as penas implicaria inarredável violação ao *ne bis in idem*, como facilmente se constata.

De modo semelhante, os tribunais não têm reconhecido o concurso entre o crime de furto (art. 155, CP) e o crime de dano (art. 163, CP), desde que exercido sobre a coisa subtraída. Também nesse âmbito, em princípio, o desvalor da conduta já é exaurido pela incidência apenas do art. 155, Código Penal.

Um fato típico pode não ser punível quando o anterior ou posterior a outro mais grave, ou quando integrar a fase executória de outro crime. Um fato anterior ou posterior que não ofenda novo bem jurídico muitas vezes é absorvido pelo fato principal, não se justificando, juridicamente, sua punição autônoma. Podem ser lembrados, como exemplos de fato anterior impunível, a falsificação do cheque para a obtenção da vantagem indevida no crime de estelionato; de fato posterior, a venda que o ladrão faz do produto do furto a terceiro de boa-fé. Outras vezes, determinados fatos são considerados meios necessários e integrantes normais do iter criminis de uma ação principal.<sup>2204</sup>

Em casos pontuais, pode surgir alguma dúvida. Imagine-se que o agente tenha subtraído, do interior do Louvre, o famoso quadro 'Monalisa', de Leonardo da

<sup>2202</sup> HERRERA, José Manuel Palma. *Op. cit.*, p. 69. Traduziu-se.

<sup>2203</sup> A respeito do tema, leia-se o parecer de FRAGOSO, Heleno. **Furto e venda posterior da coisa furtada: inexistência de concurso.** Disponível na internet: < [http://www.fragoso.com.br/eng/arq\\_pdf/helena\\_artigos/arquivo12.pdf](http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/helena_artigos/arquivo12.pdf) > Acesso em 1º.01.2014.

<sup>2204</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal: parte geral.** 9. ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 180.

Vinci e, não satisfeito, logo depois lhe tenha deitado fogo, destruindo-o. Nesse caso, o crime de dano parece mais gravoso do que o furto, dado o incomensurável prejuízo para as artes.

Em uma situação como essa, parece mais adequado que o agente responda pelo dano, tipo penal que se amolda muito mais ao desvalor da sua conduta, abstraindo aqui debates a respeito das penas pertinentes (e abstraindo, tanto por isso, debates mais profundos sobre as teorias da punição criminal).

Ao que releva, o fato é que Joachim Hruschka considera que a hipótese de comportamento copunido é uma projeção do que ele denomina de 'concurso real impróprio', o que corresponde às expressões 'concurso real inautêntico' (Max Ernst Mayer) ou 'concurso real aparente' (Jescheck/Weigend), já referidas acima.

De sua parte, Ingeborg Puppe pretende resolver o problema das ações copunidas a partir das complexas premissas que estabelece ao longo da sua obra,<sup>2205</sup> tese que será alvo de detalhamento mais adiante.

A penalista de Heidelberg sustenta que essa absorção (consunção) apenas poderia ser reconhecida nas hipóteses em que os tipos mantivessem uma espécie de 'semelhança de família' - para empregar aqui a expressão do 'segundo' Wittgenstein. Ou seja, apenas poderia ser reconhecida quando, no plano abstrato, os tipos penais veiculassem elementos comuns.

Ela denomina isso de 'parentesco de injusto' (*Unrechtsverwandtschaft*), situando o problema no âmbito da sua peculiar compreensão sobre o concurso formal - algo que será examinado com mais vagar adiante.

Por conseguinte, a vingar a tese de Puppe, apenas se poderia falar em comportamentos copunidos quando as normas aparentemente incidentes - examinadas no plano abstrato - mantivessem entre si certo grau de semelhança.

De certo modo, ela acaba por condicionar o reconhecimento desse instituto à circunstância de se cuidar da afetação do mesmo bem jurídico, o que parece retomar as propostas de Hirschberg<sup>2206</sup> e também por Maggiore,<sup>2207</sup> já mencionadas.

Sem prejuízo da análise cuidadosa da sua obra, promovida adiante, por ora vale a pena enfatizar essa questão. Puppe sustenta que (a) os comportamentos copunidos seriam hipótese de concurso formal de delitos; (b) apenas poderiam ser

---

<sup>2205</sup> PUPPE, Ingeborg. **Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen**: logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung. Berlin: Duncker & Humblot, 1979.

<sup>2206</sup> Conforme precisa citação de FROSALI, Raoul Alberto. *Op. cit.*, p. 258 e 326.

<sup>2207</sup> HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Op. cit.*, p. 106.

reconhecidos, quanto as normas incidentes mantivessem elementos em comum; (c) nos demais casos, dever-se-ia reconhecer a presença de concurso real, eis que ela limita o concurso aparente exclusivamente à relação de especialidade.

A vingar essa sua premissa, caso o sujeito tenha praticado um estelionato e, logo depois, falsificado documentos com o fim de manter consigo a vantagem ilícita, poder-se-ia cogitar da aplicação de apenas uma sanção, dado que o estelionato e a falsificação de documentos possuem elementos em comum (incidem sobre o mesmo conteúdo de injusto. Isto é, as normas são aparentadas - ela diz).

Na hipótese, todavia, de o agente ter praticado um crime ambiental (p.ex., retirado areia de uma cava, sem autorização) e, logo depois, falsificado um documento com o fim de ocultar o delito, referida absorção seria incabível, dado que as normas incriminadoras não seriam aparentadas.

Vê-se que a tese de Ingeborg Puppe acaba por ampliar a incidência do concurso real. Anote-se, todavia, que ela propugna isso diante de um sistema criminal que prevê mecanismos de pena unitária, mesmo no âmbito do concurso real efetivo de crimes (§53 e §54, StGB).<sup>2208</sup>

Por seu turno, Richard Honig examina esse problema dos comportamentos copunidos fiando-se na teoria do bem jurídico. Anote-se que ele imagina que o concurso aparente apenas poderia ocorrer na presença de uma única ação lesiva (ou seja, concurso formal aparente).

De modo um tanto quanto confuso, porém, Honig sustentava que a especialidade, a consunção e a subsidiariedade poderiam ser aferidas também nos casos de pluralidade de ações.

Ou seja, por um lado ele dizia que concurso aparente apenas poderia ocorrer quando presente uma única ação lesiva; por outro, ele dizia que os princípios

---

<sup>2208</sup> Para os fins presentes, uma síntese do pensamento de Ingeborg Puppe pode ser conferida na obra HERRERA, José Manuel Palma. *Op. cit.*, p. 71-73. Anote-se que, segundo o pensamento de Puppe, o tipo penal absorvido continuaria a produzir efeitos, podendo ser invocado para a dosimetria da pena, por exemplo. E isso porque, como visto, ela reputa cuidar-se de caso de concurso formal de delitos. Anote-se que o sistema alemão adota o princípio de combinação de marcos penais (§52, StGB), conjugando a maior pena mínima e a maior pena máxima das normas penais incidentes. Assim, se - em concurso formal - o agente viola duas normas, com penas distintas, isso pode ensejar uma espécie de fusão das molduras punitivas. Imagine-se que o sujeito tenha violado, em concurso formal, a norma 'X', com pena entre 04 e 12 anos e a norma 'Y' que comina pena entre 03 e 15 anos. Nesse caso hipotético, a pena mínima será de 04 anos, e a máxima de 15 anos, combinando-se os marcos penais. E é justamente na existência dessa combinação normativa que Puppe funda a sua tese, razão pela qual ela não pode ser transposta, sem mais, para outros ordenamentos jurídicos.

já versados acima não se limitariam aos casos de concurso aparente. Daí que isso pareceria ser um problema meramente terminológico:

Sendo casos de pluralidade natural de ações, e restando fora do concurso de normas, a única forma de justificar juridicamente a sua impunidade seria recorrendo às regras da especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade. E isso porque, para Honig, tais regras não estariam vinculadas única e exclusivamente ao concurso de normas, como se admite de maneira praticamente generalizada. Aliás, pode-se dizer que a singularidade da posição desse autor reside precisamente no seu peculiar modo de entender tais regras: especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade não são casos de concurso de normas, senão justamente o contrário: é o concurso de normas que se constitui em caso de aplicação de tais regras.<sup>2209</sup>

Para esse autor germânico, por sinal, um caso paradigmático de comportamento copunido seria a realização de atos destinados a ocultar ou destinados a viabilizar o aproveitamento do produto do crime anterior. Atualmente, esses casos são reprimidos no âmbito da lavagem de dinheiro, como sabido.

Já Reinhart Maurach chegou a defender, durante certo tempo, que os atos copunidos seriam projeção de uma causa pessoal de exclusão de pena. Ele sustentou essa tese na 5ª edição do seu tratado, mudando sua concepção, todavia, a partir da 7ª edição da mesma obra.

O fato é que, na mencionada 5ª edição, Maurach argumenta que os comportamentos copunidos tratariam de uma causa pessoal de exclusão da sanção (*Strafausschließungsgrund*).<sup>2210</sup>

José Palma Herrera argumenta que essa posição do penalista alemão seria contraditória. Afinal de contas, não há lei que preconize a exoneração pessoal de pena; e, por outro lado, na sua obra Maurach opusera-se à existência de causas supralegais de exclusão da pena. Ele teria negado uma das suas premissas, ao advogar uma espécie de 'causa supralegal', por ele refutada em outros âmbitos.

Como já mencionado, ele apenas advogou essa tese na 5ª e na 6ª edição do seu Tratado de Direito Penal, modificando sua concepção por época da redação da 7ª edição. Reinhart Maurach deixou de considerar, então, os comportamentos copunidos como se fossem uma espécie de exoneração pessoal, semelhante às escusas absolutórias, por exemplo.

---

<sup>2209</sup> HERRERA, José Manuel Palma. *Op. cit.*, p. 74. Traduziu-se.

<sup>2210</sup> Idem, p. 79. conferir na obra de MAURACH - §100, II (item10, quando fala da punição única).

Por outro lado, o penalista Preisendanz reputa que os comportamentos copunidos seriam hipótese de concurso real aparente - tal como defendido na presente tese. Colhe-se a precisa síntese de José Herrera:

Para este autor, os atos prévios e posteriores copunidos - guarda silêncio, como tantos outros, sobre os atos simultâneos - constituem casos de pluralidade de atos. Estas situações de pluralidade de atos podem chegar tanto ao concurso real de delitos como ao concurso de normas e, sem embargo, define expressamente o concurso real de delitos como sendo aquele caso no qual através de uma pluralidade de atos se realiza uma pluralidade de tipos penais sem que possa apreciar-se um concurso de normas em sua forma de atos prévios ou posteriores copunidos. É dizer, os atos prévios e posteriores copunidos constituem para ele casos de concurso de normas caracterizados pela pluralidade de atos.<sup>2211</sup>

Conquanto Preisendanz não tenha detalhado as regras para solução de tal conflito real impróprio, implicitamente ele advogou a aplicação do postulado da consunção. Ou seja, os comportamentos colaterais (ante-fato e pós-fato, conforme o caso) seriam absorvidos pelo tipo principal, dada a suficiência da sanção criminal para reprovar todo o *iter criminis* respectivo.<sup>2212</sup>

Semelhante é a opinião de Blei:

Para este autor, sob o concurso de normas se enquadram todas aquelas situações nas quais uma aparente pluralidade de realizações típicas por meio de uma mesma ação não produz os efeitos da unidade de ação - Tateinheit, referindo-se, claramente, aos efeitos do concurso ideal de delitos -, e condições não traz consigo as consequências de uma pluralidade de ação - Tatmehrheit, referindo-se claramente ao concurso real de delitos -. É destacável como no caso da pluralidade de ações não reproduz o adjetivo 'scheinbar' - aparente - para qualificar a pluralidade de realizações típicas, não sabemos se porque considera em realidade que tal realização típicas, não sabemos se porque considera em realidade que tal realização plural concorre efetivamente, ou porque dá por suposto que também essa aparência é predicável da pluralidade de realizações típicas.<sup>2213</sup>

Vê-se que Blei atribui peso para razões valorativas, hábeis a justificar a cominação de uma única sanção, a despeito da aparência de confluência delitiva. Repita-se que, de fato, essa categoria não pode ser solucionada mediante simples contraposição abstrata das normas incriminadoras, ao contrário do que vigora com o princípio da especialidade.

<sup>2211</sup> HERRERA, José Manuel Palma. *Op. cit.*, p. 83. Traduziu-se.

<sup>2212</sup> AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 186. Ainda sobre esse princípio da consunção, quanto aplicado aos comportamentos copunidos, leia-se MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 1022 e ss.

<sup>2213</sup> HERRERA, José Manuel Palma. *Op. cit.*, p. 85. Traduziu-se.

Em tudo semelhante é a análise de Vogler, como segue:

Para Vogler, que defendeu em um primeiro momento esta corrente de pensamento, os atos posteriores impunes se diferenciam das formas conhecidas de concurso de normas não somente conceitualmente, senão em seus pressupostos fundamentais. E é que, no caso dos atos posteriores impunes, não nos movemos no terreno da relação entre preceitos, como ocorre no do concurso de normas, senão no plano da valoração dos fatos concretos desde a perspectiva da necessidade de pena. Objeto de referência não são, por isso, as abstratas norma - ameaças punitivas -, senão os fatos concretos - exigências de pena.<sup>2214</sup>

Os penalistas Krauß, Dreher e Tröndle também reputam que se trata de uma questão essencialmente axiológica, ao lado do concurso formal aparente. Chegam a essa conclusão pelo fato de se cuidar, nesse âmbito, de uma pluralidade de ações. Em termos lógicos, nada impediria a aplicação concomitante de distintas penas.<sup>2215</sup>

Alguns autores reputam cuidar-se de hipótese de consunção, outros tantos examinam o tema como sendo exemplo de subsidiariedade.<sup>2216</sup> Em termos práticos, há pouca relevância em saber qual metarregra deveria ser aplicada.

Pode-se imaginar que, nos casos de consunção, haveria uma efetiva confluência normativa (incidência de todas as normas), de modo que o comportamento lateral poderia ser tomado em conta para fins de dosagem da pena. Por exemplo, poder-se-ia sustentar que a quantidade de fraudes poderia ser tomada, pelo juízo, como motivo para aumentar a pena-base, na primeira fase da dosimetria (p.ex., circunstâncias do crime, art. 59, CP).

Talvez a invocação do princípio de subsidiariedade não enseje essa mesma solução. Aplicando-se o tipo principal, isso implicaria o deslocamento do tipo subsidiário (*Vorrangprinzip*),<sup>2217</sup> de modo que ele não poderia ser tomado em conta para fins de cálculo da sanção respectiva.

De toda sorte, bem examinadas as coisas, a invocação de um ou outro princípio parece uma questão de menor importância. Em sua maioria, os autores

<sup>2214</sup> Idem, p. 88. Traduziu-se.

<sup>2215</sup> Idem, p. 93. Traduziu-se: "O fato de que estes casos não se castigam separadamente ao fato principal não significa que os mesmos não tenham incidência alguma, pois a impunidade do ato pode cair e voltar a resultar punível quando o ato principal não é demonstrável ou perseguível, como sucede em caso de prescrição, anistia ou denúncia."

<sup>2216</sup> Raoul Frosali sustenta, por exemplo, que os casos de comportamentos copunidos (*straflose Vornachtat*) seriam hipóteses de aplicação do princípio da subsidiariedade. Ele discorre, nesse âmbito, sobre a cláusula *id quod plerumque accidit* (o que habitualmente ocorre), atribuindo peso para a noção de 'acompanhante típico'. FROSALI, Raoul Alberto. *Op. cit.*, p. 515 e 517.

<sup>2217</sup> WERLE, Gerhard. *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung*. Duncker & Humblot, 1981, p. 88-91.

sustentam cuidar-se de caso de consunção - p.ex., Muñoz Sánchez, Baumann/Weber/Mitsh; Vogler; Haro Otto, Cobo del Rosal/Vives Anton etc.<sup>2218</sup>

A posição minoritária advoga cuidar-se de subsidiariedade: Schönke, Schröder, Schmidhäuser, Stratenwerth, por exemplo.<sup>2219</sup> Por seu turno, Sanz Morán argumenta que os atos prévios copunidos seriam casos de subsidiariedade, enquanto que os posteriores seriam hipótese de consunção.<sup>2220</sup>

Günther Jakobs trata a questão no âmbito do princípio da subsidiariedade, dada a sua concepção monotônica sobre o concurso aparente, já examinada (seria caso de especialidade em virtude do grau de concretização da consumação).

Esse é um bom panorama sobre os comportamentos copunidos.

A principal dificuldade nesse âmbito gravita em torno do reconhecimento de que há uma pluralidade de condutas. Ora, a partir da teoria da subsunção normativa, há uma latente tendência de se imaginar que - só por isso -, presentes várias ações, várias normas deveriam ser aplicadas. E, derivado disso, há uma tendência a se imaginar que várias sanções deveriam ser cominadas.<sup>2221</sup>

De certo modo, cuida-se de uma projeção daquela preocupação - presente em solo espanhol e italiano - com a identificação do conteúdo dessa expressão: 'único fato' ('*un solo hecho*').

Isso porque o art. 77, CP espanhol, ao tratar do concurso formal, não alude expressamente à unidade de ação (ao contrário do art. 70, CP brasileiro). À semelhança da expressão *fatto* empregada pelo Código Rocco, a legislação espanhola fala em unidade de *hecho*.<sup>2222</sup>

O que se deve entender por *hecho* é, na realidade, uma questão que

<sup>2218</sup> HERRERA, José Manuel Palma. *Op. cit.*, p. 94.

<sup>2219</sup> *Idem*, p. 95.

<sup>2220</sup> MORÁN, Angel Jose Sanz. **El concurso de delitos**, p. 124-125.

<sup>2221</sup> "Cobo del Rosal e Vives Antón argumentam, de sua parte, que, para que exista um concurso de normas, é preciso que o descritor de uma normas normas confluentes abarque, valorativamente, a totalidade do acontecer sob julgamento. Requer-se, pois, um único pressuposto, o que equivale a um único fato, que pode estar integrado, não obstante, por uma pluralidade de atos copunidos, nos quais a pluralidade de atos é, segundo esses autores, meramente naturalística, não jurídica. A uma pluralidade de pressupostos distintos, sobre os quais opera uma pluralidade de normas, também distintas, não corresponde um concurso de normas." HERRERA, José Manuel Palma. *Op. cit.*, p. 126. Traduziu-se.

<sup>2222</sup> Essa é a razão pela qual vários autores - com destaque, aqui, para Margarida Roig Torres - sustentam que apenas haveria concurso formal quando não tenham sido produzidos distintos resultados empíricos, a despeito de haver uma só ação. Assim, para essa corrente, quando alguém mata, com um disparo, duas pessoas, haveria concurso real, dado que haveria dois *hechos*. O tema será alvo de um exame panorâmico mais adiante. Por ora, menciona-se a obra TORRES, Margarida Roig. **El concurso ideal de delitos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.



se coloca ao se iniciar o estudo do concurso de delitos. Não em vão, a distinção entre concurso ideal e o concurso real gira em torno da apuração se há um único fato, que dá lugar a vários delitos, ou se há uma pluralidade de fatos que gera, assim mesmo, uma pluralidade de delitos. E isso, como consequência da utilização, pelo art. 77 do nosso Código Penal do termo *hecho*. Não obstante, na medida em que o tema de questionamento no âmbito dos atos copunidos é se eles constituem uma situação de concurso de delitos ou de normas, e na medida em que este último se costuma identificar como sendo o reverso do concurso de delitos, não cabe dúvidas de que o conceito de fato que se tome como base para o concurso de delitos é o que deve ter-se em conta também para o fim de se determinar se o concurso de normas somente admite um ou uma pluralidade deles.<sup>2223</sup>

Ou seja, há grande proximidade entre o problema dos comportamentos copunidos - ora em exame - e a questão da realização reiterada do tipo, apreciada acima (várias apunhaladas seguidas contra a mesma vítima; ou várias calúnias deferidas sequencialmente; a subtração de vários objetos, no mesmo contexto temporal, a fim de transportá-los para um veículo etc.).

A realização reiterada do tipo é vista como uma espécie de unidade de ação em sentido natural, como reconhece Claus Roxin, ao mencionar a *iterative Tatbestandsverwirklichungen*,<sup>2224</sup> isto é, a realização reiterada do tipo penal.

Anote-se, todavia, que essa 'unidade de ação em sentido natural' não chega a ser um requisito para o reconhecimento da copunibilidade de determinados comportamentos. Não há necessidade que os eventos retratem mera repetição da conduta anterior, de modo imediato.

Basta ter em conta a situação na qual o agente tenha subtraído uma bicicleta alheia e, alguns dias depois, a destrua. Nessa hipótese não haveria como reconhecer a tal da 'unidade da ação em sentido natural', dada a distância temporal entre os eventos.

Mas, a despeito de não haver uma 'unidade de ação em sentido natural', poder-se-ia reconhecer a presença de comportamentos copunidos, dada a íntima relação entre as condutas. Cuida-se, nesse âmbito, dos chamados 'acompanhantes típicos' - de modo que o intérprete pode concluir pela suficiência da aplicação de apenas um dos tipos penais incriminadores.

Pelo contrário, não se pode reconhecer unidade, senão pluralidade de fatos nos casos em que uma pessoa priva outra da sua liberdade, e, depois de agredí-la sexualmente, a mata, ainda quando tudo isso tenha

<sup>2223</sup> HERRERA, José Manuel Palma. *Op. cit.*, p. 110. Traduziu-se.

<sup>2224</sup> ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*: Band II, p. 805.

lugar em uma unidade contextual. Trata-se de três fatos distintos, porquanto os atos executivos do sequestro nada tem em comum com os da agressão sexual nem com os homicídio. É dizer, nenhuma dessas infrações compartilha atos de execução com as demais. O mesmo ocorre no caso do particular que mata outra pessoa e, depois, falsifica um certificado médico com o fim de que a morte pareça consequência de uma enfermidade. Ao não haver coincidência entre os atos executivos do homicídio e a falsificação de certificado do art. 399 do Código Penal [espanhol], deve-se reconhecer a presença de fatos distintos.<sup>2225</sup>

Percebe-se, portanto, que José Herrera parte da lei para dizer quando há um ou mais fatos. E, com isso, parece girar em círculo, dado que é a prévia pluralidade de ações que deveria indicar cuidar-se de concurso real ou concurso formal (efetivo ou aparente, em todo caso).

O fato é que, de toda sorte, esse autor espanhol não concorda com a tese de Margarida Roig Torres. Ou seja, ele não vê obstáculos ao reconhecimento de concurso formal quando o agente, com uma só ação, mata 05 pessoas.

Mas, ao que releva nesse tópico, o fato é que há mesmo diferença entre o problema da 'unidade da ação em sentido natural' e o problema dos comportamentos copunidos. Conquanto haja proximidade entre esses conceitos, os requisitos não são exatamente os mesmos.

Herrera tem em conta a plena viabilidade de concurso real aparente. Enfatiza, para tanto, que a doutrina que exige 'unidade de ação', para que se possa falar em consunção/subsidiariedade, incorre em um grave erro.

Creemos, por isso, que a doutrina que nega sistematicamente o concurso de normas nas situações de pluralidade de fatos típicos incorre no erro de confundir essa pluralidade que determina a inicial aplicabilidade ao caso de mais de um preceito, com a essência mesma do concurso de normas, que é a sobreposição desvalorativa de dois preceitos em torno de um e mesmo fato.<sup>2226</sup>

É dizer, são casos nos quais - repetimos - desde uma visão global da situação, há uma pluralidade de fatos típicos, mas nos quais, ao mesmo tempo, essa pluralidade não deixa de evidenciar que o problema do concurso de normas se coloca, na realidade, não quanto a ambos os fatos concorrentes, mas sim no que diz respeito apenas a um dos fatos - o dano, a lavagem de dinheiro, a falsificação -, circunstância que permite afirmar que concorr o pressuposto da unidade de fato inerente ao princípio *ne bis in idem*, tal e como já foi sendo reclamaado de maneira constante pela jurisprudência.<sup>2227</sup>

<sup>2225</sup> HERRERA, José Manuel Palma. *Op. cit.*, p. 118. Traduziu-se.

<sup>2226</sup> *Idem*, p. 128. Traduziu-se.

<sup>2227</sup> *Idem*, p. 129. Traduziu-se.

Com efeito, não há razão alguma para se limitar o concurso aparente apenas àquelas hipóteses de unidade de ação (concurso formal aparente). Há inúmeras situações em que a aplicação conjugada de sanções criminais implica inarredável afronta ao *ne bis in idem*, na exata medida em que a cominação de uma única pena já é suficiente para exaurir o conteúdo de injusto.

Repita-se que, ao contrário dos livros, a vida humana não se dá em capítulos. Por conseguinte, essa premissa metafísica - a pluralidade de ações - não pode impedir, por si, que o juízo aplique apenas uma sanção criminal.

Alguém pode questionar se, com idênticos fundamentos, o sistema não deveria então permitir que o juízo aplicasse distintas penas, reconhecendo a presença de concurso real efetivo, nos casos em que há apenas uma ação.

Melhor dizendo, algum teórico pode invocar justamente o *tot poena quot delicta* - semelhante ao *Ausschöpfungsgebot* ou *Untermaßverbot* - e questionar a viabilidade de que o juízo reconhecesse concurso real efetivo, quando há apenas uma conduta humana (abstraindo-se, aqui, os debates sobre a forma como essa unidade de ação é obtida, para fins de concurso).

Ora, não se pode perder de vista que, como já se expôs acima, a culpabilidade é limite da pena, e não o seu fundamento. É plenamente defensável que - a despeito do preenchimento dos requisitos para a imposição de uma sanção - , a pena não seja aplicada. Isso por conta de inúmeros vetores, tais como prescrição, decadência, perdão judicial etc.

E, por mais que não se trate propriamente de tema de impunidade, essa mesma lógica também se aplica aos comportamentos copunidos. Ou seja, o sistema tolera a exoneração de pena, a despeito da aparência de concurso real.

O contrário é inadmissível! O juízo não pode invocar uma pretensa vedação de 'punição insuficiente', com o fim de multiplicar crimes. Ou seja, o juízo não pode invocar o *tot poena quot delicta* com o escopo de vaticinar presunções e analogias *in malam partem*. Apenas o contrário é cabível, frente à indispensável tutela da segurança jurídica e dos vetores inerentes ao Estado de Direito.

Entre o *ne bis in idem* e o *tot poena quot delicta*, o primeiro tende a conter o poder punitivo - e, portanto, a exercer uma função emancipatória -, enquanto que o segundo tende a ampliá-lo, afrontando postulados iluministas.

O fato é que o ante-fato ou pós-fato já se encontra punido conjuntamente com o comportamento-base, nos termos bem explicitados por Palma Herrera:

Respondendo à natureza do concurso de normas, a causa explicativa de que o ato copunido não se castigue de maneira autônoma, senão através da pena prevista pelo legislador para o fato principal, está em que o seu conteúdo desvalorativo é captado pelo preceito que resulta aplicável ao fato principal. Por isso, podemos definir no teor literal de um preceito distinto a aquele no qual é o fato principal, ao que precede ou segue, é, sem embargo, captado integralmente em seu desvalor pelo último preceito.<sup>2228</sup>

Mas, para que isso ocorra, é indispensável que haja alguma conexão entre essas condutas. Os comportamentos devem manter certo liame, que permitam compreendê-los sob um mesmo contexto.<sup>2229</sup>

O problema é justamente esse. Saber quando a sanção aplicada a determinada conduta tem o condão de exaurir o injusto dos comportamentos anteriores ou posteriores à ação tida como principal.

Convém ter em conta um problema clássico - a relação entre a fraude e o estelionato -, alvo da súmula 17 do STJ, em solo brasileiro: "tem sido declarada a existência de um ato impune quando quem faz uso do documento é a pessoa que previamente a tenha falsificado. A razão não seria outra do que quem falsifica um documento o faz, na quase totalidade dos casos, com a intenção de dar-lhe posteriormente algum tido de utilidade, é dizer, de usá-lo."<sup>2230</sup>

Penal e Processual. Art. 56 da Lei nº 9.605/98 e art. 15 da Lei 7.802/89. Importação e transporte de agrotóxicos. Concurso aparente de normas. Princípio da especialidade e consunção. Pós-fato impunível. Ocorrência. Sursis processual. Art. 89 da Lei nº 9.099/95. 1. Trata-se da figura do pós-fato impunível, não podendo responder pela imputação (transporte) inscrita na Lei dos agrotóxicos, em face de ser esta ação mero exaurimento da conduta (importar) tipificada no art. 56 da Lei 9.605/98. 2. Restando apenas a responsabilização pelo delito cuja pena mínima cominada é de 01 (um) ano, cabível o benefício

<sup>2228</sup> Idem, p. 137. Traduziu-se.

<sup>2229</sup> "Existem determinados comportamentos subsumíveis em tipos penais, que aparecem estreitamente conectados a outros na medida em que buscam assegurar o primeiro ou fazer possível seu aproveitamento. Nasce, desse modo, entre ambos os fatos, uma relação tão estreita que pode acabar afirmando-se, praticamente, que o primeiro fato delitivo realizado, o principal, perderia grande parte do seu sentido sem esse outro fato ulterior, até o ponto de muito provavelmente, sem este último, o comportamento principal não teria lugar; não seria levado a cabo. Da mesma forma que tampouco seria levado a cabo o fato ulterior sem o principal que o tenha precedido." <sup>2229</sup> HERRERA, José Manuel Palma. *Op. cit.*, p. 138-139. Traduziu-se.

<sup>2230</sup> HERRERA, José Manuel Palma. *Op. cit.*, p. 143. Traduziu-se.

contido no art. 89 da Lei nº 9.099/95.<sup>2231</sup>

EMBARGOS INFRINGENTES. CRIME AMBIENTAL. SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. IMPEDIMENTO À REGENERAÇÃO. ARTS. 40 E 48 DA LEI Nº 9.605/98. CONDUTA PREVISTA NO ART. 64 DA LEI Nº 9.605/98. PRESCRIÇÃO EM ABSTRATO.

1. Verificada que a supressão de vegetação de área de preservação permanente e o impedimento à sua regeneração estão compreendidas na fase executória (iter criminis) do tipo penal previsto no art. 64 da Lei Ambiental (construção em solo não edificável), resta caracterizado o pós-fato impunível, ficando por ele absorvidos. Precedentes da Corte.  
2. Verificado que o prazo da prescrição em abstrato (4 anos) já transcorreu, prescrita está a pretensão punitiva, nos termos dos arts. 107, IV e 109, V, ambos do Código Penal.<sup>2232</sup>

O problema é justamente a ambiguidade desse requisito.

Quando é que dois comportamentos podem ser reputados como conexos? Há alguma essência, algum critério atemporal que permita responder a essa pergunta? Pouco provável.

Afinal de contas, como já se destacou com o exame da 'concepção significativa da ação', não há como obter essências ontológicas nesse âmbito: "A fim de encontrar a verdadeira alcaçofra, nós a despimos de suas folhas."<sup>2233</sup>

Ou seja, o tema envolve alguma intuição, certa *phronesis*, não podendo ser axiomatizada. Em que pese isso, algumas balizas podem ofertar ser úteis, conquanto não possam ser tomadas como pressupostos incontornáveis.

Registre-se que a dogmática socorre-se, nesse âmbito, da expressão 'acompanhantes típicos' (*hechos acompañantes típicos*).<sup>2234</sup> Cuida-se de um exame da habitualidade - regras da experiência -, pelo qual se constata que, ao furto, comumente segue-se a venda da coisa furtada, por exemplo.

Mas isso não resolve todos os casos.

<sup>2231</sup> REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. TRF da 4ª Rg., 7ª Turma, RSE 50024332520104047005, rel. Des. Fed. Élcio Pinheiro de Castro. D.E. 28.03.2012. O precente pode suscitar, todavia, discussões a respeito dos tipos plurinucleares (ou misto alternativos), dado que o próprio preceito incriminador já veicula um conjunto de verbos, de modo que - desde que realizados no mesmo contexto - deve-se reconhecer crime único.

<sup>2232</sup> REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. TRF da 4ª Rg., 4ª Seção, ENUL 200572000116304, rel. Des. Fed. Luiz Fernando Wowk Penteado, DE de 09.11.2009.

<sup>2233</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*, p. 72.

<sup>2234</sup> MATUS ACUÑA, Jean Pierre. La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (primera parte) *in lus et praxis*. Vol. 6, n. 2, 2000, disponível na internet: <[http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=197\\_60212](http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=197_60212)> acesso em 20.11.2013, p. 325.

Afinal de contas, há um conjunto de situações em que esse acompanhamento não necessariamente se verifica (relação furto/dano). Nessas hipóteses, apenas o exame dos bens jurídicos protegidos, modo de execução etc., pode auxiliar no reconhecimento desse efeito de absorção.

Para se identificar a conduta tida por principal,<sup>2235</sup> o intérprete deve atentar, em princípio, para o grau de afetação do bem jurídico em questão (ou dos bens jurídicos, caso sejam mais do que um). Mas não apenas para esse vetor.

O exame do dolo do sujeito, do modo de execução e outros aspectos da conduta também é importante para a delimitação do tipo principal. Recorde-se que a tipicidade subjetiva é uma das maiores conquistas do Finalismo, contribuindo para a identificação da norma incriminadora incidente.

De todo modo, sabe-se que "Boa parte da doutrina tem exigido, ademais, para poder afirmar o caráter copunido do fato posterior, que este não incremente o dano causado pelo fato principal, pois somente assim o desvalor do primeiro pode chegar a compreender integralmente o dos outros atos."<sup>2236</sup>

Esse critério deve ser visto com algumas reservas.

Também aqui, não se pode simplesmente invocar uma pretensa escala de penas ou de ofensas a bem jurídicos, com o escopo de se impedir o reconhecimento da copunibilidade. A vida humana não se dá em capítulos, repita-se.

Não há uma métrica acurada para se hierarquizar bens jurídicos ou o seu grau de afetação. Ademais, como já foi registrado acima, o Direito brasileiro é pródigo em normas absolutamente desproporcionais. Basta comparar a pena cominada ao crime de moeda falsa (art. 289, CP - 03 a 12 anos) com o crime cominado ao homicídio imprudente (art. 121, §3º, CP - 01 a 03 anos de reclusão).

Tenha-se em conta que, quando falamos em 'fato posterior' nos movemos, em todo caso, no terreno de comportamentos que resultam subsumíveis em um tipo delitivo, é dizer, que dos mesmos se infere necessariamente um conteúdo desvalorativo, devendo ser tomados como lesivos ou, quando menos, perigosos para um bem jurídico. Por essa razão, pela própria definição, é impossível que esse fato posterior resulte neutro, desde a perspectiva do bem jurídico afetado pelo fato principal; é impossível que não promova um incremento do dano já

---

<sup>2235</sup> HERRERA, José M. *Op. cit.* p. 146. Traduziu-se: "É que não tem nenhum sentido afirmar o caráter copunido daquele fato que, dirigido contra o mesmo bem jurídico que o principal, provoca nesse bem jurídico um efeito lesivo de maior intensidade do que aquele causado pelo fato principal; resultará mais do que duvidoso em tais casos poder afirmar-se que o preceito em que o fato principal é subsumível seria capaz de captar, integralmente o conteúdo desvalorativo do fato posterior."

<sup>2236</sup> HERRERA, José Manuel Palma. *Op. cit.*, p. 144. Traduziu-se.

ocasionado. Para que isto fosse assim teria que se tratar de um comportamento alheio ao Direito Penal, é dizer, que nem sequer houvesse sido previsto pelo legislador e reconhecido em um tipo delitivo, algo que, como dissemos, escapa ao que é ato copunido.<sup>2237</sup>

Ao invés de se examinar o caso isolado - saber se teria incrementado a afetação do bem jurídico -, deve-se aferir se a aplicação de uma única sanção seria suficiente para exaurir o conteúdo de injusto decorrente do tipo-base. Essa é a questão central, exigindo certo bom senso, eis que é insuscetível de matematização.

Ademais, com lastro nessas mesmas reflexões, tampouco se pode limitar os casos de copunibilidade às agressões contra o mesmo bem jurídico. Exige-se apenas que haja esse liame entre as condutas.

Aliás, é interessante registrar, nesse âmbito, a opinião de Klaus Tiedemann, para quem haveria uma diferença entre os casos em que houvesse ofensa ao mesmo bem jurídico (o que ele denomina de atos posteriores/anteriores impunes) e quanto houvesse ofensa a bens jurídicos distintos (o que denomina de atos copunidos), segundo precisa síntese de José Herrera.<sup>2238</sup>

Tiedemann não chega a ofertar algum motivo para essa diferenciação; cuida-se, de toda sorte, de um problema meramente terminológico, sem grandes relevos práticos.

Registra-se, portanto, que mesmo quando há ofensa a bens jurídicos distintos, é possível o reconhecimento da copunibilidade (e correspondente absorção por parte da pena efetivamente aplicada). É o que ocorre, por exemplo, com a falsificação da moeda - agressivo do monopólio estatal para a sua emissão -, e o posterior introdução em circulação, ludibriando-se o comerciante (estelionato).

Nessa hipótese, conquanto haja dois bens jurídicos distintos, a punição da falsidade da moeda já é suficiente para exaurir o conteúdo do injusto. Quem falsifica dinheiro o faz com o propósito de usar; a introdução em circulação é um 'acompanhante típico', sendo incabível a aplicação de ambas as penas.

Por outro lado, apenas se pode falar em comportamentos copunidos quando em cauda atividades realizadas pelo mesmo sujeito. Em princípio, não há como reputar que a ação subsequente (o uso do dinheiro falso) tenha sido já censurada pela pena cominada ao crime antecedente (falsificação), quando os agentes sejam distintos (cuide-se de autoria ou de participação).

---

<sup>2237</sup> Idem, p. 145. Traduziu-se.

<sup>2238</sup> Idem, p. 147, em nota de rodapé.

Como sabido, a pena não passará da pessoa do agente (art. 5º, XLV, CF).

Não há necessidade, todavia, de que o sujeito tenha exercido o mesmo papel delitivo em ambas as condutas. É possível o reconhecimento de comportamentos copunidos, quando o agente teve o comando dos eventos (autoria) e, logo depois, atuou como cúmplice do aparente crime subsequente.

Questão mais complexa diz respeito à identidade das vítimas.

Repita-se que há uma tendência a não se aplicar o princípio da absorção, quando em causa a lesão contra bens jurídicos altamente pessoais, atingindo-se vítimas distintas (a teoria do desdobramento do tipo é um exemplo disso).<sup>2239</sup>

Esse óbice deve ser visto, porém, com temperamentos.

A respeito da identidade do sujeito passivo do fato principal e do ato posterior, já dissemos que a doutrina majoritária sustenta que se deve tratar da mesma pessoa. Esta afirmação, formulada com caráter geral, deve ser rechaçada com base no pressuposto de que partimos acima, como era a possibilidade de que o fato prévio ou posterior e principal afetem, ao mesmo tempo, bens jurídicos distintos, de natureza individual e coletiva.<sup>2240</sup>

De todo modo, e como já expusemos para a relação entre o ataque a bem jurídico individual e coletivo, o caráter copunido do fato posterior deve restar submetido à análise do caso concreto, de maneira que assim como haverá casos nos quais, em que pese tratar-se de sujeitos passivos distintos, possa afirmar-se a copunição, haverá outros nos quais tenha que se rechaçada. Contudo, uma solução ou outra não dependerá da identidade ou não do sujeito passivo, que se mostra, desse modo, como um requisito valorativamente neutro.<sup>2241</sup>

José Herrera tem razão quanto ao tópico.

O fato de os comportamentos terem vitimado pessoas distintas não pode servir de óbice peremptório para o reconhecimento da copunibilidade dos comportamentos em questão. Vale a pena repisar: não há como matematizar esse tema, indicando critérios absolutamente inequívocos.

Em princípio, pode-se cogitar de situações nas quais, conquanto as vítimas sejam distintas, a aplicação de uma só sanção seja suficiente para a censura da atividade do sujeito.

Imagine-se que o sujeito tenha desferido provocado três lesões corporais leves, sequenciadas, em desfavor de três vítimas distintas. Conforme o caso, a

<sup>2239</sup> Essa teoria do desdobramento do tipo será explicitada com maiores detalhes ao se tratar da obra de Eduardo da Silva Correia e das correspondentes críticas formuladas por José Lobo Moutinho.

<sup>2240</sup> HERRERA, José Manuel Palma. *Op. cit.*, p. 157. Traduziu-se.

<sup>2241</sup> Idem, ibidem.



aplicação de uma só sanção pode ser suficiente para a correta avaliação da conduta. O modo de execução pode pesar, todavia, na definição da pena base, observados os critérios pertinentes (termo médio, peso de cada vetor etc).

Portanto, a modo de conclusão, para poder afirmar o castigo de um fato posterior através da pena correspondente a um fato principal, a circunstância de que o bem jurídico afetado pelo fato principal e posterior tenha o mesmo titular seria um dado importante, mas não definitivo quando, como ocorre com o patrimônio, sejam devidas interpretações que permitam uma valoração global do bem jurídico em relação ao seu titular, em virtude da qual o desvalore do fato principal seja capaz de abarcar ataques dirigidos a bens jurídicos de idêntica natureza, mas de distinta titularidade.<sup>2242</sup>

Enfim, a diversidade das vítimas não é empecilho para o reconhecimento da copunibilidade. Mas é fato que, sobretudo quando se cuida de bens jurídicos altamente pessoais, essa diversidade ganha relevo.

Há uma compreensível resistência ao reconhecimento do 'princípio da absorção', quando em causa agressões contra bens jurídicos altamente pessoais. Quando o agente, de modo sequenciado, violenta duas moças, ou quando mata sequenciadamente dois desafetos, há uma natural dificuldade em se promover a unificação de tais comportamentos, de modo a se reconhecer crime único.

José Herrera recusa, de sua parte, a presença de copunibilidade quando em causa crimes contra bens jurídicos personalíssimos como a vida, saúde e liberdade sexual. Ele argumenta que, do contrário, haveria agressão ao senso comum. Nessas hipóteses, ele diz que a pluralidade de ações deve redundar no reconhecimento de concurso real ou - quando menos - concurso medial de delitos.<sup>2243</sup>

Essa exceção, registrada por Herrera, deixa bem nítido que se trata, no fundo, de uma questão valorativa. Busca-se, com o instituto dos comportamentos

<sup>2242</sup> Idem, p. 161. Traduziu-se.

<sup>2243</sup> Idem, p. 211. "Como regra geral, devemos seguir a primeira das interpretações possíveis e negar que tanto um ato prévio como um posterior que atentem contra a vida, saúde ou integridade, liberdade e indenidade sexual, podem restar copunidos já no âmbito do fato principal que atenta contra um bem de outra natureza. Afirmar o contrário levaria a resultados de duvidosa compatibilidade com o que dita o próprio senso comum. Nessas situações, procederá, portanto, falar de concurso real - ou, sem seu caso, concurso medial - de delitos." Anote-se que o Código Penal espanhol prevê uma situação peculiar de concurso, sem paralelo com outras legislações. Ao final do seu art. 77, o CP espanhol cria regra especial para o cálculo da pena, quando um dos crimes cometidos seja meio necessário para a realização de outro (concurso medial, também chamado de concurso teleológico ou instrumental). O item 2 do referido art. 77 dispõe que, nestes casos, deve-se aplicar - na sua metade superior - a pena prevista para o crime mais grave, mas sem que se possa exceder a soma das penas, caso os crimes fossem punidos de modo separado. Sobre o tema, leia-se JUBERT, Ujala Joshi. Unidad de hecho y concurso medial de delitos *in* **Anuário de Derecho penal e ciências penales**. 1992, p. 613-636.

copunidos, a contenção do poder punitivo, evitando-se a repressão múltipla de condutas que se encontram conectadas entre si.

Quando a dogmática se depara, porém, com condutas ofensivas a determinados bens jurídicos, há uma resistência à aplicação do princípio da absorção (consunção - *Einschlußprinzip*), tendendo justamente à soma de todas as penas abstratamente previstas.

Cuida-se de um rescaldo retributivista presente no discurso penal.

Na presente tese, não se descarta em absoluto a ocorrência de comportamentos copunidos, mesmo quando atingem vítimas distintas. Basta conjecturar a hipótese de várias calúnias deferidas de forma encadeada contra vítimas distintas (abstraindo, aqui, o exame da questão processual correspondente).

Diante da redação anterior do Código Penal (i.e., anterior à publicação da lei 12.015/2009), podia-se cogitar de comportamentos copunidos quando o agente, depois de ter praticado atentado violento ao pudor, acaba por estuprar a vítima.

Em tais casos, examinada com cautela a situação respectiva, pode-se sustentar a aplicação do instituto em exame (copunibilidade), sem prejuízo de que o modo de execução seja avaliado pelo júízo no momento de definir a pena-base, observados os vetores do art. 59 do Código Penal.

São crimes graves, sem dúvida. Mas isso não impede, por si, que se possa falar em copunibilidade. Repita-se que, no âmbito da presente tese atribui-se maior peso ao *ne bis in idem* do que ao *tot poena quot delicta*, considerando a incontornável necessidade de se restringir o poder punitivo em um país com uma enorme violência estrutural e presídios infaustos.

#### **9.4.7. Tentativas de regulação expressa do concurso de normas:**

A grande maioria dos ordenamentos jurídicos não detalha expressamente os critérios para solução dos casos de 'unidade de lei'. No geral, eles delegam à dogmática penal a indicação de princípios para tanto, à semelhança do que ocorre com outros tantos institutos jurídicos (p.ex., os requisitos do crime imprudente).<sup>2244</sup>

É o caso, aqui, apenas de se mencionar essas tentativas de regulação, sem uma análise realmente crítica e densa dos seus pormenores.

---

<sup>2244</sup> José Moutinho destaca, por exemplo, que a adequada interpretação do art. 30º do Código Penal lusitano encontrar-se-ia em aberto, dada a ausência de regulação expressa do concurso aparente, naquele país. MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 110.

Na Itália, o Código Zanardelli (1889) havia veiculado, nos seus art. 77 e 78, uma alusão a princípios que, em primeira leitura, se aproximavam daqueles acima detalhados. Todavia, a doutrina chegou à conclusão, tempos depois, de que se cuidaria de casos de concurso ideal (concurso formal de crimes).<sup>2245</sup>

Por seu turno, o Código Rocco de 1930 tratou expressamente do princípio da especialidade, no seu art. 15:<sup>2246</sup> "Quando mais leis penais ou mais disposições da mesma lei penal regulem a mesma matéria, a lei ou a disposição de lei especial derroga a lei ou a disposição de lei geral, salvo indicação em sentido contrário."

Chama a atenção, nesse âmbito, o art. 8º do Código Penal espanhol, com a reforma de novembro de 1995 (Ley 10/1995), cujo conteúdo segue:

Art. 8. Os fatos suscetíveis de serem amoldados a dois ou mais preceitos deste Código, e não compreendidos nos arts. 73 a 77, serão punidos de acordo com as seguintes regras:

1ª. O preceito especial será aplicado com preferência ao preceito geral.

2ª. O preceito subsidiário se aplicará somente na ausência de aplicação do principal, trate-se de declaração expressa dessa subsidiariedade, ou quanto se cuide de subsidiariedade tacitamente inferida.

3ª. O preceito penal mais amplo ou complexo absorverá aqueles preceitos que castiguem as infrações nele consumidas.

4ª. Na ausência de aplicação dos critérios acima, o preceito penal mais grave excluirá aqueles que castiguem o fato com uma pena menor.

Cuida-se, por certo, do preceito mais detalhado a respeito dos princípios do concurso de crimes. Repise-se a crítica à veiculação do postulado da alternatividade como sendo a aplicação da norma que comina a maior pena (art. 8º, item 4).

Por outro lado, convém destacar novamente que tais enunciados parecem tratar justamente do resultado da aplicação dos princípios, mas não detalham os seus pressupostos (ou seja, a lei não diz quando um preceito é mais complexo que outro; ou quando um preceito é tacitamente subsidiário).

Isso significa que o art. 8º, CP espanhol, veicula definições analíticas - quase que tautológicas -, mas que não permitem a solução efetiva dos casos de concurso aparente de normas. O problema não é tanto a definição da especialidade, subsidiariedade e consunção.

Muito mais do que isso, a questão é justamente identificar quando um

<sup>2245</sup> POZO, María de la Palma Álvarez. **El concurso ideal de delitos**: tese apresentada à Universidade de Granada sob a orientação de Manuel Cobo del Rosal. Disponível na internet <<http://hera.ugr.es/tesisugr/16792786.pdf>> Acesso em 20.01.2013, p. 59 e ss.

<sup>2246</sup> FROSALI, Raoul Alberto. **Op. cit.**, p. 375.

preceito é subsidiário, quando pode ser consumido etc. Percebe-se que esse tema não pode ser matematizado, carecendo de uma sólida teoria sobre bens jurídicos e valores dignos de tutela penal.

Ou seja, o Direito Penal deve ser impregnado pela Ciência Política.

Não basta invocar a Política Criminal - como fazia Roxin na sua obra clássica<sup>2247</sup> -, porquanto, antes, deve-se tomar uma posição a respeito de valores.

Assim, a tentativa de regulação do concurso aparente revela-se inadequada, caso não se detalhe justamente os pressupostos para a sua aplicação, ao invés de se limitar a copiar os aforismos clássicos do *lex consumens derogat legi consumptae, lex specialis derogat legi generali etc.*

Acrescente-se que o *caput* do art. 8º do CP espanhol induz à conclusão de que o concurso aparente somente poderia ser examinado depois de afastados os casos de concurso real e concurso formal (arts. 73 a 77, CP).

Ora, o concurso aparente deve ser examinado em primeiro lugar. O intérprete apenas pode cogitar das hipóteses de concurso efetivo (formal/real), depois de afastada a 'unidade de lei'. Há equívoco, pois, no referido *caput*.

No caso brasileiro, por seu turno, o projeto de Código Penal, elaborado por Nelson Hungria (1963), preconizava um art. 5º, contendo o que segue:

Art. 5º - Quando a um mesmo fato podem ser aplicadas normas penais, atende-se ao seguinte, a fim de que só uma pena seja imposta:

- a. A norma especial exclui a norma geral;
- b. A norma relativa ao crime que passa a ser elemento constitutivo ou qualificativo de outro é excluída pela norma atinente a este;
- c. A norma incriminadora de um fato que é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime é excluída pela norma a este relativa.

Parágrafo único. A norma penal que prevê vários fatos, alternativamente, como modalidades de um mesmo crime, só é aplicável uma vez, ainda quando os ditos fatos são praticados, pelo mesmo agente, sucessivamente.<sup>2248</sup>

Frederico de Almeida Horta tem razão quando deplora, no aludido dispositivo, a ausência de maior detalhamento do princípio da subsidiariedade e do princípio da consunção.<sup>2249</sup>

<sup>2247</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 20-27.

<sup>2248</sup> HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Op. cit.*, p. 167-168. Essa tentativa de regulação expressa do concurso aparente foi alvo de contundentes críticas por parte de Heleno Fragoso. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 357.

<sup>2249</sup> HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Op. cit.*, p. 168-169.

Outra tentativa de regramento do concurso aparente, em solo brasileiro, consta no recente projeto de Código Penal, atualmente submetido à discussão no Congresso Nacional (PLS 236/2012).

Art. 12. Na aplicação da lei penal, o juiz observará os seguintes critérios, sem prejuízo das regras relativas ao concurso de crimes:

§1º. quando um fato se subsume a mais de um tipo penal, é afastada a incidência:

a) do tipo penal genérico pelo tipo penal específico.

b) dos tipos penais que constituem ou qualificam outro tipo.

§2º. Não incide o tipo penal meio ou menos grave quando estes integram quando estes integram a fase de preparação ou execução de um tipo penal fim ou de um tipo penal mais grave.

§3º. Não incide o tipo penal relativo a fato posterior quando se esgota a ofensividade ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal anterior mais gravoso.

§4º. Salvo disposição em contrário, o tipo penal constituído por várias condutas, alternativamente, só incidirá sobre uma delas ainda que outras sejam praticadas pelo mesmo agente no mesmo contexto fático.

Conquanto se reconheça a boa intenção da comissão responsável pelo projeto - e é sabido que o inferno está cheio delas! -, referido dispositivo é defeituoso. Tende a incrementar o poder punitivo, dado que condiciona o reconhecimento do concurso aparente a um conjunto de requisitos não exigidos, segundo a mais avançada doutrina.

Uma importante avaliação do tema foi promovida pelo Defensor Público Federal Gustavo Quandt,<sup>2250</sup> quem argumenta, com razão, o que segue:

Por mais intensas que sejam as divergências sobre o número e conteúdo dos critérios aplicáveis na matéria, a realidade do concurso aparente de normas – isto é, a existência de hipóteses nas quais vários dispositivos teriam incidência em tese, mas apenas um ou alguns deles efetivamente se aplica(m) – não se põe seriamente em causa. Assim, a inclusão no Código de regras voltadas à solução do conflito de leis somente se justifica se tais regras forem mais esclarecedoras do que as noções rudimentares que certamente não faltam a jurista algum, ou se elas de alguma forma permitirem fugir docaos doutrinário de que dão notícia vários autores.<sup>2251</sup>

Quandt censura, no projeto de Código Penal, a falta de clareza quanto às suas opções teóricas, bem como a ambiguidade da redação do art. 12. Ele sustenta,

<sup>2250</sup> QUANDT, Gustavo de Oliveira. A aplicação da lei penal no projeto de código penal *in* **Revista liberdades especial**: Reforma do Código Penal. Disponível na internet: < [http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_indice/13-Revista-Liberdades-Especial---Reforma-do-C%C3%B3digo-Penal---Setembro-de-2012](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_indice/13-Revista-Liberdades-Especial---Reforma-do-C%C3%B3digo-Penal---Setembro-de-2012)> Acesso em 12.05.2014.

<sup>2251</sup> QUANDT, Gustavo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 29.

por exemplo, que o caso do art. 12, §1º, 'b', sequer mereceria menção expressa, eis que poucos casos ensejariam a situação ali narrada.

Exemplo pontual da hipótese ali cogitada ocorre com o atual crime de rixa, conforme art. 137, parágrafo único, CP.<sup>2252</sup> Todavia, o projeto propõe a alteração do crime de rixa, criando-se o crime de 'confronto generalizado' (art. 135), com majoração da pena.

A Comissão argumentou o que segue:

Confronto generalizado. O crime de rixa, atualmente existente no Código Penal, cuja pena é de quinze dias a dois meses, não se mostra adequado para novas fases da violência entre grupos ou facções organizadas. Os novos limites de pena, mais severos, não deixam, porém, de permitir a suspensão condicional do processo e a substituição da pena de prisão por restrição de direitos, exceto se se tratar de conflito entre facções organizadas, modalidade de maior gravidade.<sup>2253</sup>

Desse modo, a cláusula do art. 12, §1º, 'b', do anteprojeto, revela-se desnecessária. Corre-se o risco de se criar confusão sobre uma questão melindrosa.

O art. 12, §4º do anteprojeto tentou regular o caso das normas mistas. Dispõe que, nesse caso, "Salvo disposição em contrário, o tipo penal constituído por várias condutas, alternativamente, só incidirá sobre uma delas ainda que outras sejam praticadas pelo mesmo agente no mesmo contexto fático."

Ao contrário do que advoga Quandt, desde que seja bem redigida, o tratamento expresso desse tema revela-se útil. Afinal de contas, pairam muitas dúvidas sobre essa questão; e a sua verbalização expressa pode contribuir para uma contenção do poder punitivo.

Contudo, a redação do projeto é deficiente, como facilmente se percebe. Dispõe que o tipo só incidirá sobre uma das condutas, conquanto seja constituído por várias. De partida, essa alegação de que o tipo é 'constituído' por condutas parece equivocado, dado que o tipo penal é um descritor, não sendo 'composto' ou 'constituído' por ações.

O tipo penal apenas descreve ações (nos seus aspectos essenciais). Melhor

<sup>2252</sup> BRASIL, Código Penal. Art. 137 - Participar de rixa, salvo para separar os contendores: Pena - detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa. Parágrafo único - Se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de seis meses a dois anos.

<sup>2253</sup> BRASIL, Senado Federal. **Relatório final da comissão de juristas**. Disponível na internet: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em 10.05.2014, p. 288.

teria sido se o projeto veiculasse que, nos caso em que o dispositivo penal descreve várias condutas, apenas pode ser aplicada uma sanção, conquanto o agente pratique vários daqueles comportamentos em um mesmo contexto fático.

Nessa toada, o legislador teria que explicar o que significa esse 'mesmo contexto', ofertando balizas para sua delimitação. Afinal de contas, esse é o grande problema (dada a sua incomensurabilidade).

De outro tanto, o projeto deveria ter deixado expresso se, com a redação do art. 12, §4º, estaria afastada a aplicação das normas mistas acumulativas (*kumulative Mischgesetze*), já referidas acima.

Tal como redigido, o referido §4º pode levar alguém a entender que o projeto de Código - oxalá não seja aprovado! - teria mantido a distinção doutrinária entre tipos mistos alternativos e mistos acumulativos (dado o emprego do advérbio 'alternativamente', na referida redação).

O tratamento expresso do tema pode ser útil, repita-se. Mas, tal como redigido, a tendência é que haja mais confusão do que esclarecimento.

Quandt tem razão, por outro lado, quando critica o projeto no que toca ao princípio de consunção. De partida, pois a consunção se restringe a uma relação de meio a fim (o que o CP espanhol denomina de 'concurso medial').<sup>2254</sup>

Como foi visto acima, a consunção cuida de uma relação valorativa (absorção) entre avaliações de condutas. Reputa-se que a censura de uma conduta seja suficiente para reprimir um conjunto de atos, suscetíveis de subsunção abstrata a distintas normas incriminadoras.

Reitere-se que essa relação é insuscetível de uma matematização. Cuidando-se de problema axiológico, ela possui certa incomensurabilidade. Depende muito mais de uma teoria dos valores (e, pois, uma teoria da pena!) do que, propriamente, de relações lógicas entre enunciados.

Daí que a redação do art. 12, §2º do Projeto é realmente lastimável. Ela restringe as hipóteses de consunção àqueles casos em que um tipo penal que comina pena menos grave encontra-se em concurso com tipo cominando pena mais grave (o crime mais grave deveria prevalecer, sempre).

Ora, como já foi equacionado acima, o sistema jurídico brasileiro não admite essa suposição de alguma hierarquia efetiva entre crimes. Há verdadeiro *nonsense*

---

<sup>2254</sup> ESPANHA. Código Penal, art. 77, item '1', parte final.

na cominação abstrata de pena para vários delitos, cumprindo apenas repetir aqui a alusão ao art. 273, CP, que comina pena mínima de 10 anos para quem adultere cosméticos (sanção superior àquela cominada ao homicídio!).

Por outro lado, mesmo abstraindo isso, deve-se levar em conta a finalidade almejada pelo agente. A vingar essa redação, já não será possível que o crime de estelionato consuma o crime de falsificação de documento público (art. 297, CP).

Como se destacou acima, atualmente nada impede que a norma do art. 171, CP, desloque o crime de falsificação do art. 297, CP, conquanto a sanção cominada por esse último seja superior à imposta ao estelionato. E assim ocorre porque o intérprete também deve levar em conta as finalidades do agente.

Com a redação do projeto incrementa-se o poder punitivo - e, tanto por isso, incrementa-se o Estado de polícia -, eis que se recusa terminantemente que a norma que comina pena inferior seja consumida pelo delito que comina pena inferior. Algo que, em princípio, pode bem ocorrer, a partir dos postulados finalistas.<sup>2255</sup>

Também há deficiência no art. 12, §3º, quando trata do pós-fato copunido. Também aqui equivoca-se o projeto ao dispor que apenas o tipo penal mais grave pode ser imposto. Viola-se, com isso, uma conquista significativa da dogmática penal - promovida por Welzel -, ao se reconhecer o 'injusto pessoal'.

Ou seja, deve-se perquirir qual a conduta almejada efetivamente pelo agente. Por outro lado, não bastasse isso, tampouco se pode olvidar daqueles casos em que a consunção se dá entre tipos penais que preconizam penas idênticas (p.ex., a falsificação e o uso de documento falso, arts. 297 e 304, CP; a falsificação de moeda e sua introdução em circulação, art. 289, CP etc.).

Acrescente-se que a redação do projeto não explicita como ficará a situação da quadrilha, eis que se cuida de uma etapa preparatória de outros delitos. A redação do art. 12, §2º não esclarece qual o critério para se identificar ante ou pós-fatos autônomos e fatos copunidos.

---

<sup>2255</sup> Outro exemplo: o diretor de uma instituição financeira pratica um conjunto de fraudes, sequenciadas, com o fim de desviar recursos de clientes. Pode-se cogitar, então, da prática do crime do art. 4º, *caput*, lei 7492/1986 (gestão fraudulenta) em concurso com o crime do art. 5º (desvio). O tipo do art. 4º comina pena entre 03 a 12 anos; enquanto que o crime do art. 5º comina pena entre 02 e 06 anos. Bem examinada a situação, deve-se pesquisar a intenção do agente - nos limites em que isso seja possível. Reconhecendo-se que buscava realmente desviar recursos, deve-se aplicar a pena do art. 5º, lei 7492, conquanto isso pareça privilegiar o agente. Não se pode invocar uma espécie de 'consunção impura', de modo a justificar a imposição da sanção mais grave. O problema é que os legisladores redigem tipos penais deficitários, não atentando para uma efetiva hierarquia de bens jurídicos envolvidos. Todavia, não cabe ao juiz restringir a liberdade alheia para além daquilo que consta no tipo específico, cujos requisitos objetivos e subjetivos tenham sido atendidos.



Renove-se a crítica formulada acima.

O projeto parece preocupado em reiterar aforismos conhecidos pela doutrina - e fazendo-o de modo equivocado! -, mas sem detalhar justamente o que interessa. Quanto a ofensividade ao bem jurídico é 'esgotada' pela aplicação de apenas uma sanção? A comissão não ofertou resposta explícita para isso.

Gustavo Quandt tem razão, pois, quando - transcrevendo a opinião de Fragoso - afirma que "a consunção [e, acrescentamos, a subsidiariedade!], porém, por sua própria natureza, dificilmente permite o estabelecimento de um critério', razão pela qual 'não nos parece que a matéria tenha atingido a evolução doutrinária indispensável para permitir solução legislativa segura.' Melhor ficaria o projeto se abandonasse a empreitada de disciplinar o concurso aparente de normas."<sup>2256</sup>

Frente a todo o exposto, a redação do art. 12 do projeto de Código Penal é bastante deficiente. Espera-se que o projeto seja arquivado ou substancialmente melhorado, em prol da tutela das liberdades públicas.

### **9.5. Ressurgimento do tipo deslocado e efeito de bloqueio:**

Uma questão interessante diz respeito aos efeitos decorrentes do concurso aparente. O tema envolve aquilo que os alemães denominam de ressurgimento da norma deslocada (*Wiederaufleben*) e também o efeito de bloqueio (*Sperrwirkung*).

Também nesse âmbito, busca-se apenas um exame panorâmico, com o fim de situar a questão do concurso de crimes e viabilizar alguma reflexão sobre a decisão judicial respectiva.

De certo modo, a questão já foi aludida no curso desse texto.

Ora, como destacado acima, há distintas formas de se conceber o concurso aparente. Para alguns autores, a chamada 'unidade de lei' envolveria relações de mútua exclusão entre as normas. Tratar-se-ia de delimitar o âmbito de incidência de cada tipo incriminador - uma espécie de derrotabilidade normativa.

Assim, a vingar essa lógica, o infanticídio não seria uma espécie de homicídio, mas sim um crime autônomo. O homicídio seria definido como 'matar alguém, desde que esse alguém não seja o próprio filho, logo depois do parto, sob estado puerperal'.

---

<sup>2256</sup> QUANDT, Gustavo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 31.

Essa concepção sustenta, pois, que toda incidência seria única. A aplicação da norma do art. 121, §2º, CP (homicídio qualificado) não implicaria a automática aplicação concomitante da norma do art. 121, *caput* (homicídio simples), dado que seriam normas mutuamente excludentes.<sup>2257</sup>

A concepção distinta - e predominante - trata o concurso de crimes como um conjunto de distintas relações. Haveria relações de inclusão e de interferência entre normas. Pode-se cogitar até mesmo de relações de heterogeneidade, quando em causa o concurso real aparente, como destacado acima (pós-fato copunido, p.ex.).

Diante dessa última concepção, discute-se se as normas deslocadas poderiam surtir algum efeito na definição do caso. Ou seja, a noção do *Wiederaufleben* decorre da premissa de que, "no concurso de leis, todos os preceitos resultam formal e materialmente infringidos."<sup>2258</sup>

Segundo Ramon García Albero, "A doutrina admite majoritariamente diversos efeitos no delito deslocado, em que pese a que esse não apareça consignado na declaração de culpabilidade."<sup>2259</sup>

Um exemplo pode tornar isso mais claro.

Imagine-se que há indícios graves de que, mediante fraudes, o sujeito cometeu crime contra a ordem tributária (art. 1º, lei 8.137/1990); e que, por algum motivo, é inviável a promoção do lançamento tributário.

Basta imaginar que tais provas tenham sido obtidas mediante interceptação telefônica, e que tenha sido vedado o compartilhamento dos elementos de convicção com o Poder Executivo (Receita Federal).

Como sabido, em solo brasileiro, a Suprema Corte dispôs que apenas depois de promovido o lançamento definitivo é que a acusação da prática de crime (material) contra a ordem tributária pode ser formulada em juízo.

---

<sup>2257</sup> Como já foi mencionado no âmbito desse texto, as modernas teorias da derrotabilidade normativa têm sustentado justamente essa relação de mútua afetação entre as normas. Supõe-se que todo descritor veicularia uma cláusula implícita de reserva (ressalvando a aplicação de normas em sentido contrário), de modo que o conteúdo da norma *prima facie* deveria ser restringida, quando se *leve tudo em conta*. A derrotabilidade normativa já havia sido tratada por Herbert Hart, conforme se lê em HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**, p. 137; Leia-se também FIGUEROA, Alfonso García. La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de derecho in **Diritto & questioni pubbliche**, n. 3, 2003, p. 205; BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico in **Iso**, 2000, p. 87-117.

<sup>2258</sup> VOGLER *apud* ALBERO, Ramon García. **Op. cit.**, p. 187. Traduziu-se.

<sup>2259</sup> ALBERO, Ramon García. **Op. cit.**, p. 188. Traduziu-se.

Atente-se para a súmula vinculante 24: "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo."

Convém abstrair, no momento, um exame dos inúmeros defeitos dessa súmula. Apenas se questiona o que segue: sendo inviável o lançamento, o Ministério Público pode denunciar o suspeito pela prática do crime de falsidade documental?

Haveria algum efeito residual da norma penal deslocada (na espécie, a norma pena consumida pelo tipo do art. 1º da lei 8.137)? Ou isso seria uma burla aos requisitos da súmula vinculante?

A dogmática alemã reconhece, no geral, o que os penalistas denominam de *Wiederaufleben* (a ressurreição do tipo deslocado). No exemplo dado, isso se traduziria na aplicação do tipo do art. 298, CP (falsificação de documento particular) ou do art. 297, CP (falsificação de documento público), conforme o caso.

A doutrina alemã ressalva, todavia, aqueles casos nos quais a norma específica - ou seja, o tipo predominante - teria caráter privilegiador.<sup>2260</sup> Para bem compreender essa questão, convém esposar um grau maior de detalhamento.

O sistema jurídico germânico adota o princípio da combinação, no que toca ao concurso formal (§52, StGB). Isso significa que ele conjuga os limites penais das normas violadas (desde que se trate de concurso efetivo).

Assim, cuidando-se de concurso formal, caso o sujeito tenha violado a norma 'X' (pena de 04 a 08 anos) e a norma 'y' (pena entre 02 e 10 anos), a lei alemã impõe a formação de uma moldura para cálculo da pena entre 04 e 10 anos. Aplicam-se a maior pena mínima e a maior pena máxima.

Tendo isso em conta, atente-se para a opinião de Jescheck/Weigend:

Diante da existência de uma unidade de lei, a norma deslocada deveria restar completamente fora de toda consideração; sem embargo, o princípio da completa absorção delitiva tem sido modificado completamente por parte da jurisprudência (princípio da combinação). Dado que a norma que retrocede pode influenciar sobre a sentença, devem ser examinados e comprovados todos os casos nos quais essa

---

<sup>2260</sup> ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil**: Band II, p. 864-865. Ademais, a dogmática germânica tampouco reconhece esses casos de *Wiederaufleben* quando se trata da hipóteses de consunção ou subsidiariedade. Por conseguinte, limitam-no aos casos de especialidade agravadora, conforme sustenta ALBERO, Ramon García. *Op. cit.*, p. 198-199. Em p. 202, ele diz o que segue: "A possibilidade - quando tal condição de perseguibilidade tenha sido instituída em benefício da vítima - de recorrer ao preceito preterido que não contemple tal condição, obrigaria praticamente à vítima a apresentar a denúncia, quando na realidade houvesse desejado na verdade evitar o castigo do agente; ou, ao menos, preservar do conhecimento de terceiros o atentado contra a sua dignidade."

influência tem lugar.

Na desistência da tentativa junto à ab-rogação da pena pelo cometimento imperfeito, castiga-se autonomamente o delito consumado contido naquela (tentativa qualificada), inclusive quando em si mesmo o tipo correspondente esteja excluído por causa da unidade da lei (vide supra, §51, IV, 2). Se o delito primário não pode ser castigado devido a uma causa pessoal de exclusão de pena ou pela falta de um requisito de procedibilidade, então pode-se recorrer - prescindindo do caso do fato posterior copunido (vide supra §69, 11, 3a) - ao delito deslocado.

Exemplo: o filho comete um roubo com força contra coisas, na casa dos pais (§247) e os afetados lhe imputam o cometimento apenas de violação de moradia (§123) e de dano (§303).

Não obstante, a norma excluída resta sem aplicar caso, por meio do tipo primário, deve-se privilegiar o autor (BGH 24, 262 [266]). A punibilidade do delito deslocado não pode ressurgir nesse caso porque, do contrário, o autor seria tratado mais severamente do que quando fosse aplicável a disposição primária.<sup>2261</sup>

Segundo explicitam Jescheck e Weigend, essa categoria do *Wiederaufleben* seria uma construção jurisprudencial. Afinal de contas, o Código Penal alemão não dispõe expressamente sobre esse tema; assim como a lei germânica tampouco trata expressamente do concurso aparente de normas.

José Lobo Moutinho sustenta que, segundo a dogmática alemã, em muitos casos a norma deslocada produziria efeitos no momento de determinação da pena.<sup>2262</sup> Reputa que a realização do tipo deslocado poderia ser considerada como circunstância agravante, com os argumentos que seguem:

Assim, antes de mais, a norma afastada produziria efeitos no que respeita à determinação da pena (no sentido amplo).

De um lado, o facto de a norma ser afastada não tiraria que, no caso, se tivesse realizado o facto nela descrito como crime, com o respectivo conteúdo jurídico-penal, pelo que a realização do tipo da norma afastada poderia ser considerada com circunstância agravante; de outro, porque seria inconsistente que o agente viesse a ser beneficiado por realizar ainda o tipo da norma prevalente, a pena a aplicar-lhe nunca poderia descer abaixo do mínimo da norma afastada (efeito de bloqueio - Sperrwirkung - da lei menos grave); finalmente, pela mesma exata razão, manter-se-iam aplicáveis as penas acessórias e medidas de segurança dependentes da qualificação do facto por referência às normas afastadas. Trata-se daquilo a que - retomando termos usados na contradição dos sistemas punitivos - se chama a teoria da combinação, por contraposição à teoria da absorção.<sup>2263</sup>

<sup>2261</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Op. cit.*, p. 794-795. Traduziu-se.

<sup>2262</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 683.

<sup>2263</sup> Idem, p. 684. Sobre essa ressurreição da norma deslocada, leia-se ainda CAVERO, Percy García. *Derecho penal económico*, p. 847.

Isso envolveria, segundo o professor lusitano, os casos pelos quais o agente - tendo desistido da tentativa de homicídio - deveria responder pela lesão corporal praticada (no âmbito brasileiro, é o que dispõe o art. 15, Código Penal).

Atente-se também para a análise de García Albero:

A justificação do *Wiederaufleben* neste caso parece duplamente fundamentada. Em primeiro lugar, político-criminalmente resultaria contraindicado castigar alguém que se contenta meramente a lesionar, e lesiona efetivamente o bem jurídico protegido penalmente, e absorver aquele que, além disso, também buscou uma lesão maior, da qual, ao final, acabou desistindo.<sup>2264</sup>

Moutinho também invoca, nesse âmbito, os casos de prescrição da pretensão punitiva, quanto ao tipo penal predominante, remanescendo eventualmente a pretensão quanto ao pós-fato copunido. Outra hipótese seria a falta de uma condição de procedibilidade, quanto ao tipo penal específico, mas não exigida quanto à norma incriminadora de conteúdo mais amplo.<sup>2265</sup>

Em solo alemão, essa categoria do *Wiederaufleben* tem aproximado, como se percebe, o tratamento do concurso formal aparente com o tratamento do concurso formal efetivo, como avisam Jescheck e Weigend.<sup>2266</sup>

José Lobo advoga uma concepção de mútua exclusão sobre o concurso aparente (reputa que é tema de delimitação do âmbito de incidência dos tipos).<sup>2267</sup>

<sup>2264</sup> ALBERO, Ramón García. *Op. cit.*, p. 197, traduziu-se.

<sup>2265</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 686. ALBERO, Ramón García. *Op. cit.*, p. 200-201.

<sup>2266</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Op. cit.*, p. 789: "A distinção entre as formas próprias de concurso e a 'unidade de lei' [concurso aparente] tem perdido bastante relevância na medida em que a jurisprudência, para a solução do caso concreto, tem concedido eficácia, pouco a pouco, de distintos modos à norma deslocada (vide infra §69, III). Mas, em que pese essa aproximação, continuam existindo significativas diferenças frente às modalidades próprias de concurso. Por um lado, na unidade de lei a norma deslocada não é referida na declaração de culpabilidade, de modo que não contribui para a caracterização do fato. Por outro lado, em não poucas ocasiões, a tomada em consideração da norma excluída, no momento da determinação da pena, resta impedido pelo fato de que seus elementos já estão contidos no tipo da disposição aplicável (proibição de dupla valoração). Finalmente, a norma deslocada resta fora do jogo se a primária contém um privilégio punitivo que o autor perderia, recorrendo à norma deslocada."

<sup>2267</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 698 e 784-791. Em p. 800, ele afirma o que segue: "O que está em causa no concurso aparente é determinar que, apesar de, numa consideração isolada, o caso (e todos os casos análogos) se incluir na extensão ou âmbito de aplicação de várias normas, ele afinal apenas é abrangido na extensão ou âmbito de aplicação de uma só norma incriminadora. Isso analisa-se na dupla conclusão de que: 1º - Ele está abrangido no âmbito de aplicação dessa norma; 2º - Ele não é abrangido no âmbito de aplicação das restantes normas." Em p. 703, José Lobo Moutinho argumenta que "a identidade das coisas consigo mesmas (...) é o fundamento último da índole exautiva da norma incriminadora."

Com efeito, ele sustenta que se deve "rejeitar a doutrina segundo a qual, no concurso aparente de normas, se verifica uma verdadeira realização dos tipos potencialmente aplicáveis e se produzem efeitos por força de todos eles."<sup>2268</sup>

Ainda segundo ele, "Na verdade, cada norma incriminadora apresenta uma destinação à regulação exaustiva e, portanto, à aplicação exclusiva, pelo que cada qual apresenta um domínio próprio e inconfundível campo de aplicação."<sup>2269</sup>

Em razão disso, ele se bate contra algumas dessas hipóteses de ressurgimento dos tipos penais deslocados.

Não se exagera se se afirmar que a maior parte da doutrina tirou da admissão dos efeitos residuais a conclusão da existência, no concurso de normas, de uma pluralidade de realizações típicas e de violações da lei, a que, todavia, se não seguiria a aplicação de todas as normas. Quando muito, acrescenta-se que isso sucede porque, uma vez que o ilícito compreendido por uma norma já é exaustivamente avaliado na outra, essa aplicação traria consigo uma dupla punição inadmissível ou uma imputação reiterada de uma mesma conduta delitual.<sup>2270</sup>

O tema depende, pois, da tomada de posição a respeito da teoria da norma.

Anote-se, por exemplo, que Geerds admitia a realização de todos os tipos potencialmente incidentes (i.e., abstratamente amoldados ao fato). Ele diferenciava, todavia, a realização típica, de um lado, da pretensão penal material, de outro (*materiell Strafberechtigung*).

Na precisa síntese de Moutinho, "Um crime único (*Verbrechenseinheit*) é uma situação material (*Sachlage*) que, juridicamente apreciada, representa uma só realização compreensiva do tipo, o que, novamente para o Estado, representa uma só legitimação penal."<sup>2271</sup>

<sup>2268</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 782.

<sup>2269</sup> *Idem*, p. 783.

<sup>2270</sup> *Idem*, p. 687.

<sup>2271</sup> *Idem*, p. 689. Anote-se que, na mesma obra, em p. 699, José Moutinho endereça contundentes críticas contra a concepção de Geerds, reputando-a inconsistente: "A debilidade central da tese de Geerds reside, uma vez mais, na sua inconsistência, naquela profunda inconsistência que lhe empresta a inconciliabilidade entre as duas traves mestras da solução proposta, a saber: por um lado, a admissão de que os tipos de crimes das normas aparentemente concorrentes são realizados (ainda que de maneira enigmaticamente adjetivada como 'formal'); por outro lado, a fundamentação do concurso aparente de leis no facto de que a 'lei penal esgota o conteúdo de ilícito de um acontecimento em toda a sua extensão', e de que, por isso mesmo, é 'não só supérfluo mas inadmissível considerar na punição outros tipos, dado que o correspondente conteúdo de ilícito é completamente compreendido no tipo de pena (*Strafrahmen*) da lei em causa. Como não ver, na verdade, que os casos previstos e regulados (esgotantemente) numa norma não podem estar simultaneamente previstos e regulados (esgotantemente) também em outra? Como não ver que, por isso mesmo, se a conclusão pelo concurso aparente se cifra em afirmar que o caso está esgotantemente previsto e regulado numa norma, ela traz fatalmente consigo a conclusão de que ele

Geerds rejeitava, porém, o reconhecimento de efeitos para a norma deslocada, no âmbito do concurso aparente de normas. Por outro lado, ele condicionava o reconhecimento da 'unidade de lei' ao preenchimento dos requisitos procedimentais (p.ex., questões de procedibilidade).

Deve-se notar que Geerds, que, nos termos que ficam expostos, admite uma pluralidade de realizações típicas, assume uma posição diversa da generalidade da doutrina que assume aquele pressuposto básico e, por isso, é muitas vezes mal compreendido. Por um lado, rejeita seja que efeito for à norma afastada; mas, por outro lado, exige para o reconhecimento do concurso de leis que a lei excludente seja de facto aplicável no caso concreto, no sentido de não estar disso impedida por falta, seja de algum elemento do tipo em sentido amplo, seja de algum pressuposto de perseguibilidade - com o que, sob certos aspectos, vem a aproximar-se da doutrina que critica. Por isso, considera também que pelo menos induz em erro falar no renascimento (*Wiederaufleben*) da norma afastada.<sup>2272</sup>

Para Alber, essa categoria retrata uma tentativa de se consertar o trabalho do legislador, com o intuito de se majorar penas ou se impedir a sua exoneração, em um caso específico (violenta, portanto, o princípio *favor libertatis*).

Com isso, fica nítido que o tema demanda critérios de diferenciação - novamente, o difícil problema do critério! (Spencer-Brown) - pelos quais as próprias premissas da teoria são eleitas.

Não há uma implicação necessária entre o reconhecimento da plural aplicação das hipóteses de incidência das normas em concurso, de um lado, e a tese da *Wiederaufleben*, de outro. Pode-se muito bem advogar que todas as normas incidem, sem que, com isso, se extrai a conclusão de que o tipo afastado deve ressurgir, na ausência de efetiva aplicação do tipo penal predominante.

Até porque, repise-se, não há uma obrigação de punir.

O *tot poena poena quot delicta* não pode ser invocado como fundamento para um ressurgimento do tipo afastado. Ou seja, o Estado Constitucional convive bem com a impunidade de certas condutas; apenas não tolerando o excesso de punição, frente aos efeitos iatrogenos da sanção criminal.

Essa tese da ressurreição da norma deslocada parece infirmar a premissa de que, no concurso aparente, um preceito seria suficiente para exaurir o desvalor da conduta em questão (*Ausschöpfungsgebot*).

---

não o está também na outra? Como manter, então, a afirmação de que realiza os tipos de ambas as normas?"

<sup>2272</sup> Idem, p. 690.

Sobremodo quando em causa normas especiais - com condições especiais de procedibilidade - é de se acreditar que os legisladores os exigiram por algum motivo razoável. E, não sendo realizado aquele requisito, parece inadequado invocar o tipo penal geral, mesmo que tenha gravidade inferior (tipo não agravado).

Correlativamente, esta mesma contradição está, afinal, presente na admissão de que uma só norma esgota o caso, na sua estrutura real e no seu significado jurídico-penal... e todavia de que se torna necessário admitir uma realização dos tipos de crime de outras normas e a produção de efeitos por força delas ou nos seus termos. Esta última verificação impede que se possa falar num esgotamento do caso por parte da norma prevalente – se o caso estivesse realmente esgotado não sobraria nada que carecesse de ser abrangido por outra norma.<sup>2273</sup>

De toda sorte, tema é bastante difícil.

Afinal de contas, o agente que comete o crime mais grave, também comete o delito menos grave. E parece inadequado que - justamente pelo fato de ter incorrido em norma mais gravosa - ele obtenha uma solução jurídica mais favorável do que aquele outro, que apenas cometeu conduta amoldada ao tipo-base.

Mas isso decorre justamente das inconsistências e aporias que estão na base do próprio sistema jurídico. Repita-se: não há como supor alguma lógica ou coerência na dosimetria de penas por parte dos legisladores.

Por vezes, se atribui tratamento mais favorecido para o responsável por crime mais grave; e não é dado aos juízes corrigir isso, simplesmente agravando a situação decorrente da lei. Sendo o caso, o benefício é que deve ser estendido ao demais acusados (*analogia in bonam partem*).

Ora, o exemplo dado acima, envolvendo a aplicação da súmula vinculante 24, evidencia, porém, que muitas vezes a aplicação do tipo genérico parece uma forma de se contornar os requisitos lançados para o crime específico. E isso é inadmissível em um Estado Constitucional.

Essa é a crítica empreendida por García Albero, quando diz o seguinte:

A afirmação de que cabe recorrer ao delito deslocado quando o prevalente seja inaplicável resulta, não apenas excessivamente genérica, senão, em sua generalidade, incorreta. Deve-se precisar, em primeiro lugar, a razão da não aplicação do delito prevalente. E nesta questão encontra-se implicado um problema fundamental, e não é outro que o de desentranhar que é o que 'concorre' aparentemente. Não existe desde logo nenhum problema para recorrer ao delito geral

<sup>2273</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 695.



ou secundário quando falte algum elemento objetivo ou subjetivo do tipo especial ou principal. Mas, de modo algum, pode-se aqui falar em *Wiederaufleben* do preceito preterido.

Na realidade não houve preterição alguma, posto que já não cabe falar, com caráter prévio, de concurso de leis. Como mais adiante se assinalará, a frequente confusão entre o que não são mais que problemas de tipicidade com aqueles que genuinamente pertencem ao concurso de leis, explica esse pretendido ressurgir da punibilidade do delito 'previamente deslocado'.<sup>2274</sup>

Ramón Albero tem razão na sua crítica.

Afinal de contas, a teoria do concurso aparente destina-se a identificar a norma incidente no caso. E, a vingar o *Wiederaufleben*, cuidar-se-ia então apenas de uma hierarquia entre normas potencialmente aplicáveis, de modo que - afatada a primeira opção - poder-se-ia invocar as demais.

Essa concepção encontraria grandes dificuldades, todavia, para explicaria a especialidade privilegiadora. Afinal de contas, se em todos os demais casos, o tipo penal geral também incidiria e também produziria efeitos, como justificar o efeito de bloqueio inerente à tipicidade privilegiadora?<sup>2275</sup>

De sua parte, Moutinho também impugna essa teoria do ressurgimento do tipo afastado; mas o faz a partir da premissa de que as normas encontrar-se-iam na já referida relação de mútua exclusão. Ele reputa haveria incoerência em quem sustente o contrário - p.ex., a relação de inclusão, no princípio da especialidade -, e, ao mesmo tempo, seja contrário ao renascimento da norma deslocada.

Daí que ele sustente ser incabível falar em "renascimento da norma 'afastada', expressão que, para além de albergar problema semelhante (se renasce é porque não resulta afastada), apela a uma diacronia que não diz respeito à própria norma (que nasceu quando entrou em vigor e morrerá quando cessar sua vigência), mas simplesmente à sua aplicação ao caso concreto."<sup>2276</sup>

Mas, ao mesmo tempo, José Lobo parece admitir alguns casos de *Wiederaufleben*, na medida em que sustenta ter cabível que elementos do tipo consumido pesem na dosimetria da pena. Para tanto, porém, ele invoca a noção de tipo em sentido amplo, desenvolvida por Beling.

Ou seja, ele sustenta que as peculiaridades do delito poderiam pesar na definição da pena (algo semelhante ao vetor 'circunstâncias do crime', art. 59,

<sup>2274</sup> ALBERO, Ramón García. *Op. cit.*, p. 196, traduziu-se.

<sup>2275</sup> ROXIN, Claus. *Strafrecht*: Band II, p. 865. MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 700.

<sup>2276</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 705.

CP).<sup>2277</sup> Deve-se tomar o cuidado, todavia, de que a pena não seja majorada por circunstâncias que são inerentes ao próprio tipo.<sup>2278</sup>

Pense-se - para dar um singelo exemplo - no caso do concurso entre as normas incriminadoras dos actos preparatórios autonomamente puníveis e do crime consumado (consumção). Uma vez que é possível a perpetração do crime consumado com ou sem preparação, esta é claramente circunstância agravante. Isso não significa aplicar a norma afastada, mas apenas a norma incriminadora do crime consumado, equanto ela conta com a 'conduta anterior ao fato', nas suas variações concretas. A norma afastada só se pode dizer 'aplicada' enquanto, fazendo parte da 'unidade do sistema jurídico', é de certo modo um 'lugar paralelo' para interpretação e aplicação da norma incriminadora do crime consumado.<sup>2279</sup>

Atente-se também para a crítica de Ramón García Albero, cuja argumentação resolve o problema colocado ao início. Ausente a condição de punibilidade<sup>2280</sup> do crime contra a ordem econômica (súmula vinculante 24), não se pode simplesmente invocar o tipo penal consumido/deslocado:

Deve-se voltar a insistir que o problema suscita, que não é outro que o de equilibrar o desenho conceitual do concurso de leis com a necessidade de não deixar impunes determinados delitos, deve limitar-se à presença de alguma causa de exclusão ou de levantamento da punibilidade (Strafaufschliessungs-Strafaufhebungsgründe) pode ter no deslocamento, desde que não atinjam o significado penal do fato, senão somente a possibilidade de castigar o autor pela sua realização. Quando, pelo contrário, se trate de uma condição objetiva de punibilidade que se incorpora positivamente à hipótese de incidência do tipo, sua não ocorrência, ao vetar a possibilidade de subsumir, impede a constatação de um concurso de leis. A subsunção é do fato previsto na norma incriminadora na sua totalidade, por diversa - e discutida - que seja seu destaque nos níveis particulares da estrutura do delito.<sup>2281</sup>

<sup>2277</sup> Idem, p. 725-726 e 758.

<sup>2278</sup> Não se pode aumentar a pena-base por força de circunstância que seja elementar do tipo, conforme expressamente dispõe o §46 do StGB. A respeito do tema, leia-se HETTINGER, Michael. **Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen (§46 Abs. 3, 50 StGB)**, p. 58-60. Essa vedação também consta do art. 67 do Código Penal espanhol: "As regras do artigo anterior não se aplicarão às circunstâncias agravantes ou atenuante que a lei tenha tido em conta ao descrever ou sancionar uma infração, nem àquelsa que sejam de tal maneira inerentes ao delito, de modo que, sem a concorrência delas, não poderia ser cometido."

<sup>2279</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 726.

<sup>2280</sup> CARVALHO, Érika Mendes de. **Punibilidade e delito**. São Paulo: RT, 2008, p. 62-117.

<sup>2281</sup> ALBERO, Ramón García. *Op. cit.*, p. 197, traduziu-se.

Semelhante é a opinião de Wegscheider, para quem "o concurso aparente versa sobre a questão jurídico-material da delimitação entre delitos. Os pressupostos processuais concernem, sem embargo, à sua persecução processual"<sup>2282</sup>

Ainda segundo o penalista austríaco, "Quando de pressupostos jurídicos-materiais se deduz a inaplicabilidade de um preceito, este não pode simplesmente 'renascer' subitamente quando o delito já prevalente não possa ser processado por motivos do direito processual."<sup>2283</sup>

Concorda-se, portanto, com a solução já dispensada pelo STJ:

1. Consoante o disposto na Súmula Vinculante 24, "não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo". 2. Segundo entendimento adotado por esta Corte Superior de Justiça, o crime de sonegação de contribuição previdenciária, por se tratar de delito de caráter material, também só se configura após a constituição definitiva, no âmbito administrativo, das exações que são objeto das condutas (Precedentes). 3. Estando em curso processos administrativos nos quais se questiona a exigibilidade das contribuições devidas ao INSS, não há justa causa para a persecução criminal. 4. No que diz respeito à suposta falsificação de documento público, prevista no artigo 297, § 4º, do Código Penal, também atribuída ao paciente, há que se reconhecer a sua absorção pelos crimes contra a ordem tributária e de sonegação de contribuição previdenciária, uma vez que o falso em tese praticado teve por única finalidade, a princípio, a prática dos mencionados ilícitos fiscais. Doutrina. Precedentes. 5. Ordem concedida para trancar os inquéritos policiais instaurados contra o paciente.<sup>2284</sup>

Ou seja, advoga-se aqui a tese de que, aplicando-se o tipo penal especial - ainda que por motivos de agravamento da pena -, não se pode simplesmente invocar o tipo penal genérico, com o fim de se burlar requisitos de procedibilidade, regras sobre prescrição etc.

Fazê-lo implicaria, a bem da verdade, uma ampliação típica em desfavor da liberdade individual. Ao criar requisitos de procedibilidade, o Estado já leva em conta - deve levar em conta! - as peculiaridades do delito.

Registre-se, de toda sorte, que, quanto aos crimes complexos, o sistema jurídico brasileiro esposou solução expressa, como se vê do art. 101, CP: Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si

<sup>2282</sup> WEGSCHEIDER, Herbert. **Echte und scheinbare Konkurrenz**, p. 283. Traduziu-se.

<sup>2283</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>2284</sup> BRASIL, STJ, HC 114051, 5ª Turma, rel. min. Jorge Mussi, DJE de 25.04.2011.

mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.

Essa é a análise no que toca ao *Wiederaufleben*.<sup>2285</sup>

Uma questão conexa diz respeito ao chamado 'efeito de bloqueio' da lei mais suave (*Sperrwirkung des verdrängtes oder milderer Gesetzes*). Isso significa, em suma, que o tipo consumido teria influência na definição da pena mínima.

Cuida-se de uma aplicação, no âmbito do concurso aparente, da lógica própria ao concurso formal germânico (§52, StGB). No caso brasileiro, pode-se imaginar a consunção do crime de falsificação de documento público (pena entre 02 e 06 anos de reclusão) e o crime de estelionato (pena entre 01 e 05 anos).

Em tal caso, a vingar o tal do efeito de bloqueio, a pena mínima do estelionato não poderia ficar aquém dos 02 anos. E isso porque, ao cometer o crime de estelionato, o agente também teria falsificado documentos. Desse modo, por força da progressão delitiva, ele teria cometido ambos os tipos.

Para quem advoga essa tese, por conseguinte, a norma consumida poderia influenciar no momento de definição da pena.

Esta aproximação do concurso de normas em relação ao concurso ideal significa o reconhecimento de certos efeitos à norma que foi deslocada em virtude da apreciação de um concurso de normas. Em relação com o concurso aparente, um primeiro âmbito onde a norma deslocada pode influenciar é a determinação da pena. Quando a norma deslocada tem previsto um limite mínimo superior ao da norma aplicável se produz o denominado 'efeito oclusivo da norma deslocada' (ou menos grave) (*Sperrwirkung des verdrängtes oder milderer Gesetzes*), de forma que não se poderá impor uma pena que esteja por debaixo desse limite. Isto não tem lugar quando a norma preferente contém um privilégio, já que não pode excluir-se através da norma deslocada. Assim mesmo, o tribunal poderá impor as penas acessórias, as consequências acessórias e medidas previstas na norma deslocada.

A jurisprudência concebe o concurso de normas somente como uma simplificação da sentença (*Vereinfachung des Schuldspruchs*) já que a norma deslocada ressurgue sempre que nela estejam previstas consequências jurídicas que não aparecem na norma principal.<sup>2286</sup>

Estrella Aisa sustenta que aludido '*efecto de cierre*' já teria sido reconhecido, em solo espanhol, pela Suprema Corte (sentença STS de 06 de abril de 1988).<sup>2287</sup>

<sup>2285</sup> José Lobo tem razão, portanto, quando enfatiza que, mesmo na Alemanha, a tendência atual seria a rejeição dessa categoria dogmática. MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 757, em nota de rodapé.

<sup>2286</sup> AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 197-199. Traduziu-se.

<sup>2287</sup> Idem, p. 200.

Ele critica, todavia, referido instituto, sustentando-o incompatível com a legislação espanhola (violação ao *nulla poena sine lege stricta*).

Vale a pena atentar para a crítica de José Moutinho:

O mesmo importa dizer relativamente ao chamado 'efeito de bloqueio' da lei menos grave. Figueiredo Dias afasta-o na medida em que considera que ele não encontra, no nosso ordenamento jurídico, o 'mínimo fundamento contextual, sempre necessário para uma solução que funcionaria contra reum'.

É verdade. No entanto, o argumento não é suficiente para quem, como sucede nas orientações em crítica, vê no concurso de normas uma realização simultânea dos vários tipos e uma aplicação combinada das normas, porquanto, nesta base, a solução não precisa de outro fundamento senão as normas incriminadoras concorrentes.

O que, nesta última base, se pode dizer é, antes de mais, que o efeito de bloqueio é inadmissível nos casos de especialidade, sem concomitantemente negar, pelo menos em parte, a vigência da norma especial - o que se nota sobretudo no caso da especialidade privilegiante. (...) Isto, claro, para já não falar na questão de saber por que razão se daria esse efeito de bloqueio quanto ao mínimo, mas já não paralelo efeito relativamente ao máximo (no sentido de permitir a aplicação de pena até o máximo da norma preterida, muito embora superior ao máximo da norma prevalente): poderão, porventura, admitir-se sentidos e alcances diferentes no estabelecimento do mínimo e do máximo do tipo de pena ou no estabelecimento do mínimo e do máximo nas várias normas incriminadoras (aquelas que, no caso, forem prevalentes e afastadas)?<sup>2288</sup>

A crítica é plenamente aplicável ao caso brasileiro.

Afinal de contas, a invocação desse 'efeito de bloqueio', com o fim de se majorar a pena mínima do tipo predominante, implicaria inarredável afronta ao postulado da legalidade.

De outro tanto, essa categoria se traduziria em considerar, em desfavor do acusado, circunstâncias elementares do tipo, algo que não tem sido admitido pela doutrina e pela jurisprudência.<sup>2289</sup>

Por outro lado, mesmo que não se admita a tese da mútua exclusão (compartilhada por Ordeig, Frosali, Moutinho e outros), referidos efeitos residuais devem ser rechaçados. Conquanto se possa imaginar uma relação de inclusão (especialidade, p.ex.), isso não justifica que o tipo penal geral seja simplesmente invocado, com o fim de se burlar os requisitos específicos do tipo predominante.

<sup>2288</sup> MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 727.

<sup>2289</sup> No Brasil esse efeito de bloqueio é defendido pelo promotor Cláudio Chequer, conforme pode-se conferir adiante: CHEQUER, Cláudio. O concurso aparente de normas, o efeito de bloqueio do Direito Alemão e sua aplicação no Direito Brasileiro in **Carta Forense**. Disponível na internet: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-concurso-aparente-de-normas-o-efeito-de-bloqueio-do-direito-alemao-e-sua-aplicacao-no-direito-brasileiro/12743>>. Acesso em 02.04.2014.

Advoga-se aqui que o concurso aparente implica efetivo afastamento da norma deslocada, insuscetível de ser ressuscitada por eventual ausência de condições de procedibilidade ou por conta da prescrição da pretensão punitiva, quanto ao tipo penal predominante.

### **9.6. Breve análise do concurso formal de delitos:**

Busca-se, nesse âmbito, uma análise do concurso formal de delitos, tão somente com o escopo de se viabilizar a contraposição anunciada no início dessa tese, frente às inúmeras premissas formuladas até aqui.

Reitere-se que a grande dificuldade está no fato de que a teoria do concurso é o ponto de confluência da teoria do fato impunível (conceito analítico de delito) e da teoria da pena. As conclusões dependem de um conjunto imenso de pontos de partida; de modo que estudar o concurso é viver na corda bamba!

Cada teórico formula sua classificação e sua crítica à classificação alheia!

Releva ter em conta, de toda sorte, que se anunciou, ao início dessa tese, uma contraposição entre o concurso aparente sincrônico (unidade de lei) e o concurso formal efetivo (ou concurso ideal, como chamam os alemães). E isso é importante, reitere-se, já que - em não raros casos - anos de liberdade alheia dependem disso!

Afinal de contas, como aferir se há apenas um crime - por força da especialidade, consunção, subsidiariedade - ou se há, a bem da verdade, delitos conjugados/reunidos, e crimes suscetíveis, então, da aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 70 do Código Penal?<sup>2290</sup>

Não se trata de uma tarefa singela.

Afinal de contas, como já foi visto, essa resposta exige uma tomada de posição a respeito de questões metafísicas (unidade de ação), questões lógicas (relações entre normas) e também axiológicas (teoria da pena). Não se tem obviamente a pretensão de se exaurir tema dessa magnitude.

A pretensão tem sido, até aqui, muito mais a de lançar questões, na

---

<sup>2290</sup> BRASIL, Código Penal. Art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

esperança de se viabilizar alguma reflexão mais densa sobre o tema.

E é justamente com esse pano de fundo que se ensaia, aqui, a análise panorâmica do concurso formal. Panorâmica, eis que vários detalhes serão deixados deliberadamente em *epochè*, de modo a se concentrar o foco no que releva.

O prof. Juarez Cirino dos Santo enfatiza que a "pluralidade formal de resultados típicos ocorre em situações de unidade de ação com pluralidade de resultados típicos iguais ou desiguais, de lesão ou de simples atividade."<sup>2291</sup>

Claus Roxin alude a um princípio de diferenciação (*Differenzierungsprinzip*), que trata justamente da disparidade de tratamento entre o concurso formal e o concurso material, fundada na unidade de ação.<sup>2292</sup>

Ou seja, supõe-se que o concurso formal teria uma gravidade inferior ao concurso real, porquanto por envolver apenas uma ação. Esse é um debate que já demandou oceanos de tinta, como sabido (confronto entre *Einheitstheorie* e *Mehrheitestheorie* - teoria unitária e teoria plural).

O clássico exemplo do carrinhos de bebês (*Kinderwagenfall*) questiona a legitimidade da diferença de tratamento. Não raras vezes, os teóricos parecem refutar a teoria unitária - ou seja, a adoção da quantidade de ações como critério de cômputo de crimes -, ao argumento de que não haveria diferença substancial de culpabilidade em tais casos.<sup>2293</sup>

Sustenta-se que, ao contrário, a norma do concurso formal efetivo acabaria por privilegiar o sujeito mais metucioso, que almejasse obter os mesmos resultados lesivos, com maior astúcia.

O próprio Claus Roxin - um penalista de índole liberal - sustenta não vislumbrar alguma razão mais densa para essa diferença deliberada de tratamento entre ambas as hipóteses de concurso (concurso ideal e concurso real).<sup>2294</sup> A ausência de causa de aumento de pena, no âmbito do concurso formal alemão (§52,

<sup>2291</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**, p. 409.

<sup>2292</sup> ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil: Band II**, p. 798.

<sup>2293</sup> ALBERO, Ramón García. **Op. cit.**, p. 239. O *Kinderwagenfall* decorre da pergunta quanto à diferença de culpabilidade. O sujeito que deliberadamente lança, de uma vez só, um carrinho com dois bebês dentro e aquele outro que o faz de modo sequenciado, intercalando alguns minutos entre uma ação e outra, por acaso não mereceriam a mesma pena? Questiona-se se a diferença de tratamento violentaria a isonomia e o postulado *nulla poena sine culpa*. Uma concepção fundada exclusivamente no desvalor da conduta (Sancinetti, Zielinski etc.) provavelmente responderá que a sanção cominada deve ser diferente, dado haver duas ações (duas rebeliões contra a ordem jurídica, segundo Baumgarten). Uma concepção resultadista atribuirá peso ao fato de que as consequências são idênticas entre si.

<sup>2294</sup> ROXIN, Claus. **Op. cit.**, p. 799.

StGB), certamente contribuiu para essa alegação do professor de Munique.

Teóricos assumidamente pluralistas - Karl Binding e Eduardo da Silva Correita, por exemplo - bateram-se contra esse postulado, advogando que haveria tantos crimes quantas fossem as normas penais violadas (*tot delicta quot leges lesae*). Essa suposição tende, todavia, a ampliar o violento poder punitivo.

A vingar uma lógica manifestamente pluralista, haveria tantos crimes quantos fossem os tipos penais incidentes em determinado contexto de vida. E isso multiplicaria a quantidade de penas, com significativa força.

A tese desenvolvida por Ingeborg Puppe - detalhada acima - leva a esse mesmo resultado: uma ampliação da repressão penal, eis que ela restringe o reconhecimento judicial do concurso formal apenas àqueles casos de 'semelhança de família' (parentesco de injusto), como já foi visto.

Chama mesmo a atenção que os esforços de reflexão sobre o instituto acabam levando, não raras vezes, a teses que acabam por incrementar as penas.

Como já se advertiu ao início desse trabalho, não é válida uma contraposição latente entre *tot poena quot delicta* e *ne bis in idem*. Quando menos, essa contraposição não pode ser feita com a finalidade de se outorgar ao juiz uma espécie de justiça ao seu líbito! (que de justiça teria, então, apenas o nome...).

Uma concepção unitária é defendida, por exemplo, por Zaffaroni, Slokar e Alagia, quanto enfatizam que o legislador não pode multiplicar crimes - muito embora possa concentrá-los, unificá-los -, eis que matar várias pessoas com o lançamento de uma granada apenas pode ser considerado um delito, dada a presença da unidade de ação:

[A] atividade final da qual se deve averiguar se configura uma unidade de conduta pode integrar-se com um ou com vários movimentos. Em caso de ser realizada com um único movimento, não há nenhuma discussão possível, porque somente pode haver uma única ação. Quando se trate de uma pluralidade de movimentos, o que usualmente ocorre em uma ação, é necessário apelar a um fator normativo que diga quando uma única resolução que dá sentido final a vários movimentos pode ser relevada como uma unidade pelo tipo. Isso depende da lei, mas o que esta - o tipo - nunca pode fazer é destruir a expressão mínima da conduta humana, que é o movimento único. Assim, é uma ação a de lançar uma granada de mão, independentemente de se aferir se ela mata a vários homens, mata a um homem e lesiona a outros e danifique a propriedade.<sup>2295</sup>

<sup>2295</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Op. cit.*, p. 858. Traduziu-se. Esse exemplo também é empregado por WERLE, Gerhard. *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung*. Duncker & Humblot, 1981, p. 25.



Semelhante é análise de Cueda Riezu quando diz que "o concurso ideal representa sempre e por definição um menor conteúdo de injusto que o concurso real, enquanto que uma mesma ação ou fato é comum a vários tipos de injusto e em consequência não pode ser valorado várias vezes na determinação da pena porque o impede a norma *non bis in idem* e o princípio da proporcionalidade."<sup>2296</sup>

Mas, deixando essas questões suspensas, convém examinar um pouco mais de perto o tema do concurso formal. Reitere-se que se trata de uma análise mais breve que as anteriores, frente a todo o trabalho já despendido até aqui.

Ernst Mayer trata o tema do concurso ideal (formal) no âmbito do concurso autêntico de normas: "É da essência do concurso ideal que este, ao contrário do concurso aparente de normas, não pode alcançar uma plena solução. A equivalência no traço das normas aplicáveis tem de ser considerada, e disso se segue que a condenação se apoia em todas em igual medida."<sup>2297</sup>

E é por isso que Peter Abels sustenta que haveria uma 'função de esclarecimento' no âmbito do concurso formal (*Klarstellungsfunktion*).<sup>2298</sup>

Essa tese de Abels corresponde, de certo modo, àquela ideia de que o concurso ideal também implicaria um conflito normativo. Para alguns teóricos, a previsão do concurso ideal/formal retrataria uma norma de segunda ordem, destinada a criar um 'tipo de nível superior'.<sup>2299</sup>

Anote-se que a própria designação - concurso *ideal* - já implica certa confusão com o concurso aparente. Pelo histórico dogmático traçado acima, vê-se que, em algum período, essa expressão fora utilizada justamente para designar a *scheinbare Konkurrenz* (concurso aparente).<sup>2300</sup>

Vale a pena atentar, tanto por isso, para a lição de Carlos Caramuti:

A expressão 'ideal' alude àquilo que 'não é físico, real e verdadeiro, mas que está na fantasia', por oposição ao termo 'real', que refere aqui o que tem existência verdadeira e efetiva. É dizer que no concurso

<sup>2296</sup> CUERDA RIEZU *apud* AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 92. Traduziu-se.

<sup>2297</sup> MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*, p. 629. Traduziu-se.

<sup>2298</sup> ABELS, Peter. *Die Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz*. Marburg: Elwert Verlag, 1991, p. 85-91. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Op. cit.*, p. 774.

<sup>2299</sup> A respeito dessa previsão de uma norma de segundo nível, no âmbito do concurso formal, leia-se POZO, María de la Palma Álvarez. *El concurso ideal de delitos*, p. 263-274. Nessa tese de doutorado, María Pozo sustenta que Mir Puig e Cueda Riezu teriam defendido a concepção de que o concurso ideal cuidaria de um 'super tipo' para cálculo da pena.

<sup>2300</sup> A respeito do histórico do tema, leia-se também AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 85 e ss.

ideal não existe propriamente uma reunião simultânea de delitos diferentes, mas sim um único delito contemplado de modo diverso ou diferente por vários tipos delitivos que concorrem na sua aplicação ao fato único. Isto é, um fato que merece ou recebe mais de uma qualificação legal ou que lesiona duas vezes a mesma norma. Não se trata de um verdadeiro caso de concurso ou pluralidade delitiva, ainda que seja um concurso de infrações. Não estamos na presença de diferentes delitos, senão de um crime único, merecedor de uma única pena: a maior contemplada nos respectivos tipos. Nas palavras de Zaffaroni, há uma única conduta com pluralidade típica, conduta única e tipicidade plural.<sup>2301</sup>

De toda sorte, a semelhança ganha maior força diante de um sistema como o germânico, no qual não há causa de aumento de pena - ao contrário do que vigora com o art. 70 do Código Penal brasileiro -, e no qual se aplica o princípio da combinação (dado o efeito de bloqueio da maior pena mínima, já referido acima).

Como já foi explicitado acima, no sistema alemão há maior proximidade entre os casos de concurso aparente e concurso formal, diante dos institutos que já foram detalhados - o ressuscitamento do tipo deslocado, o efeito de bloqueio da maior pena mínima; e a peculiaridade do concurso formal destituído de exasperação.

Ou seja, a dogmática germânica é bastante singular quanto ao tópico.

Ainda assim, por força do seu espírito de classificação, as obras tedescas sobre o tema são a fonte para profundas reflexões. Apenas fica esse registro de que não podem ser simplesmente transpostas para outras realidades.

Reinhart Maurach argumenta que o concurso ideal ocorre quando "há unidade de fato com pluralidade de lesões típicas de bens jurídicos."<sup>2302</sup>

Para Zaffaroni, por seu turno, o concurso formal ensejaria a presença de um delito (um só crime), com tipicidade plural. E isso porque, para o mestre argentino, a essência do crime seria mesmo a ação (finalista), e não a sua valoração (os adjetivos). Entre Alvin Goldman e Donald Davidson, Zaffaroni fica com esse último.

Atente-se, a propósito, para o art. 54 do Código Penal argentino, que regula esse tema no âmbito do país *hermano*: "*Cuando un hecho bajo más de una sanción penal, se aplicara solamente la que fijare pena mayor.*" Já o Código Penal italiano prevê causa de aumento de pena, aplicável à sanção mais grave, até o triplo, no caso de concurso formal (art. 81).

Quanto à definição do instituto, essas anotações são suficientes.

Na Alemanha, há quem sustente ser incabível o chamado 'concurso ideal

<sup>2301</sup> CARAMUTI, Carlos S. **Concurso de delitos**, p. 41-42. Traduziu-se.

<sup>2302</sup> MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**, p. 564.

homogêneo' - ou seja, quando uma conduta viola várias vezes a mesma norma penal. Por exemplo: quando o sujeito mata duas vezes com um só disparo.

Na base da questão, encontra-se a já referida resistência ao reconhecimento da unificação delitiva, quanto em causa agressões contra bens jurídicos altamente pessoais. O tema já foi tratado suficientemente acima (teoria do desdobramento dos tipos, desenvolvida por Eduardo da Silva Correia, por exemplo).

Maurach sustenta, por exemplo, que o concurso ideal homogêneo seria incabível, justamente por força da ausência de causa de aumento (§52, StGB). Ele até reconhece que o próprio Código alemão preconizou o concurso formal quanto promovida a violação múltipla da mesma lei, com uma ação.

Aquele penalista argumenta haver, todavia, uma contradição no Código, na medida em que o item 2 do §52 apenas menciona a imposição da pena mais grave. E sendo normas idênticas, não haveria então uma 'mais grave'...

Ele advoga, então, a supressão da contradição em desfavor da liberdade individual (analogia *in malam partem*). Confrontado com o mesmo exemplo da granada - apreciado por Zaffaroni -, ele diz haver, em tal caso, concurso real, em que pese tenha sido promovido com uma só ação.<sup>2303</sup>

O argumento não convence.

Para ele, o sistema jurídico germânico aplicaria indiscutivelmente o princípio da absorção (cominando apenas a sanção mais grave, sem exasperação), quando presente o concurso ideal heterogêneo, a despeito da gravidade das condutas envolvidas (uma lesão corporal + um homicídio, produzidos com uma só ação).

A sua preocupação é com a impunidade do crime remanescente. Matar duas seria o mesmo que matar apenas uma, diante da redação literal do §52, StGB, o que realmente é estranho. Aliás é esse o motivo pelo qual muitos teóricos advogam concepções pluralistas (irresignados com o conteúdo do aludido dispositivo legal).

Vê-se, de toda sorte, que o intérprete não pode simplesmente desconsiderar o conteúdo de dispositivos como esse. Conquanto toda fonte normativa seja razoavelmente ambígua e confusa, também há regras para o uso, como já foi dito.

Se, por conseguinte, não há um único e verdadeiro sentido do texto, há, de fato, um amplo espaço para que joguem diversos momentos interpretativos (Zaccaria, 1984a e 1984b). Mas desmistificar a

<sup>2303</sup> MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. *Op. cit.*, p. 565-566. Sobre o tema, leia-se também AISA, Estrella E. *Op. cit.*, p. 197. CARAMUTI, Carlos S. *Op.cit.*, p. 36.

presumida objetividade da compreensão não significa, em absoluto, falar a favor de um subjetivismo interpretativo (ou judicial), ou ainda pior, expressar-se a favor da arbitrária manipulação dos textos jurídicos, segundo fins particulares subjetivos, que é uma das mais graves violações da ética profissional do jurista (Coing). O ceticismo interpretativo, ao colocar no plano da equivalência todas as possíveis interpretações, acabaria identificando-se com o fato bruto, e enquanto tal, inaceitável, do poder de decisão do interprete.<sup>2304</sup>

No Direito brasileiro, o tratamento do concurso formal não destoa muito do que já foi dito até aqui. Atente-se para a síntese promovida por René Dotti:

Ocorre o concurso formal (ou ideal) de infrações, quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais ilícitos (CP, art. 70). Essa modalidade de concorrência delituosa poderá se verificar em relação aos delitos dolosos, como regra, e também para os delitos culposos. Exemplo da primeira hipótese: o agente, com a vontade de atingir diversas pessoas que se encontram reunidas, atira um petardo em direção a elas; exemplo da segunda: o motorista, dirigindo imprudentemente um automóvel, atropela diversas pessoas que estavam na calçada.<sup>2305</sup>

Por seu turno, Paulo Busato enfatiza que o concurso formal se destina a "premiar um menor desvalor da ação com idêntico desvalor do resultado representado na conduta delitiva única. Desse modo, a pretensão é que o aumento de uma das penas seja menor do que a somatória delas."<sup>2306</sup>

Um pontual detalhe no regramento brasileiro diz respeito ao chamado 'concurso formal impróprio', no qual - com uma ação - o agente produz distintos resultados, mas impelido por 'desígnios autônomos'.

Art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

<sup>2304</sup> VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. **Derecho e interpretación: elementos de teoría hermenéutica del derecho**. Tradução do italiano para o espanhol por Ana Cebeira e outros. Madrid: Dykinson, 2007, p. 190. Eles dizem ainda, em p. 192, que "A comunidade interpretativa impõe as regras constitutivas, é dizer, a gramática fundamental que sustenta e define a práxis de julgar." A própria questão do método interpretativo demandaria um consenso prévio, compartilhado coletivamente, com o intuito de reprimir a excessiva criatividade do intérprete, em prol da necessária (ainda que ilusória) segurança jurídica.

<sup>2305</sup> DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2012, p. 643. Em sentido semelhante, atente-se para a obra BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 927-928.

<sup>2306</sup> BUSATO, Paulo César. **Op. cit.**, p. 928.

Percebe-se que o sistema jurídico inicialmente exige como critério de diferenciação (observação, diria Spencer-Brown) a *unidade de ação*. Logo depois, insatisfeito com esse critério, acrescenta ainda a *unidade de 'desígnios'*.

O problema é que essa expressão é razoavelmente ambígua.

O legislador não tentou delimitá-la de modo mais preciso. Parece evocar alguma percepção coletiva do que seja o tal 'desígnio autônomo'.

Paulo Busato enfatiza que o concurso formal imperfeito apenas pode ser reconhecido no âmbito de delitos dolosos; e que, para além disso, deve haver uma intenção delitiva prévia endereçada a cada uma das condutas delitivas.<sup>2307</sup>

Ele ilustra com a hipótese do sujeito que, desejando matar seus dois desafetos, esconde uma bomba em um escritório. A deliberação delitiva preencheria dito requisito do art. 70, parte final, CP.

Vale a pena atentar para o que segue:

O desígnio é um sinônimo de vontade, que é expressiva do dolo. Os equívocos em geral perpetrados na interpretação das modalidades de dolo em face da clássica discussão entre Willenstheorie e Vorstellungstheorie, já referido neste trabalho, cobram efeitos neste tópico.

Acontece que a vontade ou o desígnio, está associada unicamente à ação, pois só ela pode ser movida por tais impulsos. Ao contrário, a autonomia de tal vontade ou desígnio diz respeito à abrangência dos resultados. Vale dizer: cada resultado precisa estar coberto por uma vontade de agir que traduza um desígnio do autor que não dependa de outro resultado para ser reconhecido. Ou seja, há um propósito de atuar que inclui, individualmente, cada um dos resultados afinal produzido, já seja sob a forma de desprezo para com sua produção, anuência para com ela ou até mesmo desejo de que ocorra.<sup>2308</sup>

Juarez Tavares é bastante crítico no que toca à categoria dos desígnios autônomos (ele reputa que *desígnio* é algo distinto de dolo), de modo que a simples vontade de obter o resultado não poderia implicar o acúmulo de penas.<sup>2309</sup>

Abstraindo um exame mais denso dessa questão, o fato é que - ao contrário do que ocorre com a 'unidade de lei' - o concurso formal permite a soma de todas as

<sup>2307</sup> Idem, p. 929.

<sup>2308</sup> Idem, p. 931.

<sup>2309</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, p. 416. Mas ele trata, nesse âmbito, da questão da unidade natural de ação (questionando em que medida o desígnio teria aptidão para multiplicar a ação). Anote-se, por sinal, que - frente à redação do Código Penal anterior - Magalhães Noronha dizia que essa unidade de desígnio seria exigida para toda e qualquer espécie de concurso formal (invocando, para tanto, lição de Costa e Silva). Confira-se com NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 288.

penas, a despeito de haver um único substrato empírico (uma ação).

Essa é uma diferença importante, como se percebe.

De outro tanto, de modo muito diferente ao que ocorre em solo alemão, no Brasil há causa de aumento de pena, eis que a sanção do tipo penal mais grave deve ser majorada entre um sexto (1/6) e metade (1/2).

Isso significa que é bastante importante aferir os casos em que o concurso formal realmente pode ser reconhecido, frente a todo o exposto.

### 9.7. Algumas notas sobre o efeito abraçadeira:

Convém apenas mencionar um problema interessante que envolve justamente o concurso formal. Cuida-se do que os alemães chamam de efeito abraçadeira (*Verklammerungswirkung*).

Isso se traduz no reconhecimento da ocorrência de concurso formal entre crimes permanentes e todos os delitos cometidos no seu âmbito. A título de exemplo, o crime de sequestro (§234, StGB e art. 148, CP) teria a aptidão de unificar os delitos cometidos no seu âmbito.

Segundo essa teoria, caso o agente tenha praticado uma lesão corporal no primeiro dia do sequestro, e realizado uma outra lesão corporal meses depois, esse delito permanente teria a aptidão por unificar os outros dois delitos, abraçando-os.

O fundamento para isso é a alegação de que, do contrário, aquela parcela da atividade já censurada no âmbito do crime de sequestro seria punida duplamente. Atente-se para o gráfico abaixo.

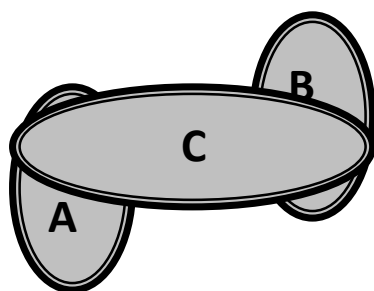


Figura 11: Efeito abraçadeira

Os defensores do efeito abraçadeira sustentam, em síntese, que os três delitos deveriam ser reconhecidos como uma unidade (concurso formal efetivo), conquanto não haja identidade entre a ação 'A' (lesão corporal no primeiro dia) e a ação 'B' (lesão corporal meses depois).

Qual o problema dessa tese?

O fato é que, a vingar essa lógica, o cometimento de um terceiro crime teria o efeito de reduzir a pena, ao invés de aumentá-la. O sujeito que houvesse cometido apenas os delitos 'A' e 'B' (duas lesões corporais, distanciadas no tempo) acabaria sofrendo uma pena superior àquela cominada ao sujeito que houvesse cometido esses mesmos dois delitos, acrescidos de um terceiro (o sequestro).<sup>2310</sup>

A prática de um terceiro delito teria o efeito de absorver/consumir delitos autônomos entre si. Daí que alguns teóricos sustentem que essa alegada violação ao *ne bis in idem* seria o menor dos males (seria preferível violar o *ne bis in idem* - segundo essa lógica - a se assegurar um benefício ao agente com maior culpa).<sup>2311</sup>

E é confrontado com esse pano de fundo que o tema do 'efeito abraçadeira' deve ser examinado. Cuida-se, também aqui, de uma visão panorâmica. Revela, de toda sorte, essa dificuldade presente na teoria do concurso de crimes.

Uma obra importantíssima sobre esse assunto foi escrita por Gerhard Werle, quem trata do concurso no âmbito dos crimes permanentes (e violações penais que perduram no tempo).

A preocupação de Werle é motivada pelos chamados '*processos dos crimes terroristas*'. Ou seja, casos em que os agentes praticaram delitos no âmbito de associações em quadrilha. Como a quadrilha é crime permanente, ela teria então a aptidão por unificar os delitos cometidos no seu âmbito.

E isso pode levar à impressão de que - ao final das contas - participar da quadrilha seria um fator de redução da pena, ao invés de causa de incremento. Diante da redação do §52 StGB, o legislador germânico teria criado um grande problema, ao introduzir os §129 e §129-a, StGB, dispositivos que versam justamente sobre a associação em quadrilha e associação em organização terrorista.<sup>2312</sup>

---

<sup>2310</sup> WERLE, Gerhard. **Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung**. Duncker & Humblot, 1981, p. 49.

<sup>2311</sup> Idem, p. 61 e 65.

<sup>2312</sup> Idem, p. 15.

Não raras vezes, os membros da quadrilha levam adiante seus planos e realizam os crimes planejados. Em solo alemão isso gera - repita-se - a tentativa de se unificar os crimes, por conta da proibição de dupla punição.

Eles tendem a reconhecer identidade entre parcela da quadrilha (crime duradouro) e parcela do crime realizado no seu âmbito. O exemplo do sequestro talvez fique mais nítido: o sujeito agride a vítima justamente no momento em que a sequestra; tempos depois novamente a agride no momento em que a amarra em uma cadeira (a lesão corporal materia uma relação de parcial identidade com o sequestro, segundo essa lógica).

Werle chega a mencionar decisões das Cortes alemãs reconhecendo concurso formal em situações tais. Mas, indiretamente, isso estaria privilegiando o agente que houvesse realizado mais crimes.

Daí que ele diga ser questionável essa solução.<sup>2313</sup>

Ademais, por força justamente desses processos contra organizações terroristas, a legislação processual penal alemã passou a admitir uma espécie de cláusula de reserva nas denúncias (*Vorbehaltklage*), permitindo a formulação de uma denúncia complementar (*Ergänzungsklage*).

Algo que é plenamente admitido no Brasil, como se sabe (art. 569, CPP).

Isso porque, lá, como regra, o Estado deve reunir *todas* as imputações no mesmo processo (o sujeito deveria ser acusado, então, de todos os crimes realizados no âmbito da associação criminosa...). E isso estimularia a acusação a esperar o desfecho de todas as investigações, para poder acusá-lo de todos os crimes cometidos no âmbito da quadrilha - causando demora processual.

A lei passou a permitir, então, que parcela da imputação pudesse ser renovada (i.e., a acusação da prática de fato parcialmente idêntico com um já julgado), sem que isso afrontasse o *ne bis in idem*.

O fato é que isso eclodiu em um conjunto de mudanças normativas, fadadas a impedir esse reconhecimento de identidade parcial entre delitos autômos entre si (ainda que parcialmente idênticos com um terceiro crime).

Imagine-se que o sujeito, conduzindo o veículo sob efeito de embriaguez (art. 306, lei 9.503) acabe por lesionar duas pessoas, em momentos distintos, mas sem parar em nenhum momento. Nessa hipótese, a conduta de conduzir o veículo

---

<sup>2313</sup> Idem, p. 17.



sob influência do álcool coincidira com parte da lesão corporal inicial; e também com parte da lesão corporal seguinte.

Mas uma lesão corporal seria absolutamente autônoma em relação à segunda (abstraindo, aqui, um exame a respeito da mencionada unidade da ação em sentido natural). Basta imaginar que entre um atropelamento e outro tenham passado longas horas, mas sem que o agente desligasse o caso...

Ora, haveria uma identidade parcial entre os *movimentos* físicos. Dessa identidade, os Tribunais alemães extrairiam o reconhecimento de um concurso ideal entre os três delitos (conquanto as duas lesões mantivessem, em princípio, um concurso real entre si!).

Para tanto, Gerhard Werle promove um detalhado estudo dos casos em que os crimes poderiam perdurar no tempo. Estuda casos, enfim, nos quais uma conduta prolongada no tempo poderia adquirir parcial identidade com outras ações, realizadas no seu âmbito.

Werle trata, nesse âmbito, dos delitos de mais atos; dos crimes permanentes; delitos compostos; delitos com conceitos coletivos (emissão de moeda falsa, p.ex.); crimes continuados; realização iterativa do mesmo tipo etc.<sup>2314</sup>

Ele enfatiza que a suposta identidade parcial não chega a ser efetiva identidade... Ora, se  $A \approx B$ ; e  $B \approx C$ ... Disso não se segue necessariamente que  $A \approx C$ . Quando duas coisas são semelhantes a um terceiro elemento, isso não significa que sejam semelhantes entre si.

Essa questão foi tratada sobretudo nos precedentes do Tribunal do Imérito RGSt. 44, 223 e o julgado RGSt. 57, 189. Comumente se advoga que o delito que abraça (ou seja, o delito permanente) deveria ser mais grave que os delitos abraçados (consumidos).

Recorde-se que o §52, StGB não possui causa de aumento de pena, de modo que - ao se reconhecer esse efeito abraçadeira - acaba-se aplicando apenas uma sanção para três crimes distintos (a norma do crime mais grave). Essa é a

---

<sup>2314</sup> Idem, p. 29 e ss. Sobre esse tema, leia-se também MOUTINHO, José Lobo. *Op. cit.*, p. 457. KELLER, Christoph. *Zur tatbestandlichen Handlungseinheit*. Berlim: Duncker & Humblot, 2004, p. 27. PUPPE, Ingeborg. *Die Erfolgseinheit, eine verkappte Form der Idealkonkurrenz*, p. 15 e 203. ALBERO, Ramón García. *Op. cit.*, p. 271.

razão pela qual muitos sustentam que esse somente seria cabível quanto o crime permanente fosse mais grave que os delitos abraçados.<sup>2315</sup>

Ramón García Albero sustenta o que segue:

Em definitivo, a Verklammerungstheorie acaba concluindo em sentido contrário às premissas de partida. Como podem dois delitos que estão em concurso real acabar em concurso ideal, sendo que não coincidem, sequer parcialmente, em nenhum ato executivo? A teoria infringe, ademais, um elementar princípio jurídico: a consequência jurídica de um fato punível deve ser uma pena, e não a diminuição desta. E, na verdade, através da medição de um terceiro delito (aquele que proporciona o laço de união entre os restantes), se provoca uma diminuição da penalidade que teria que corresponder aos restantes - em concurso real - caso aquele não houvesse sido praticado. Que um fato punível conduza a uma diminuição da pena resulta por isso um contra-senso.<sup>2316</sup>

Essa é a razão pela qual muitos autores não admitiriam esse efeito abraçadeira, propondo o seu desmembramento (*Zergliederungstheorie*). Ao que releva aos fins presentes, essa menção panorâmica aos problemas da conexão entre crimes permanentes e aqueles outros cometidos no seu âmbito é relevante.

Note-se que, em solo brasileiro, os Tribunais costumam reconhecer concurso real entre a associação em quadrilha e os crimes cometidos no seu âmbito. Sequer se cogita de concurso formal; razão pela qual esse efeito abraçadeira parece impensável em solo nacional.

Silvia Gallo promoveu, de sua parte, um importante estudo sobre a relação entre o crime de associação ilícita e os delitos praticados no seu âmbito.<sup>2317</sup> Esse é o conteúdo do tema, ao que releva ao trabalho vertente.

Essa categoria bem evidencia a preocupação que os Tribunais alemães parecem possuir com a interdição do *ne bis in idem*. De toda sorte, em um sistema sem causa de aumento de penas, tem-se sustentado que esse efeito abraçadeira seria político-criminalmente indesejado, pelas razões já expostas acima.

<sup>2315</sup> ALBERO, Ramón García. *Op. cit.*, p. 311. Sobre o tema, leia-se também CAVERO Percy García. *Op. cit.*, p. 846-847.

<sup>2316</sup> ALBERO, Ramón García. *Op. cit.*, p. 311, traduziu-se.

<sup>2317</sup> GALLO, Silvia Patricia. **Asociación ilícita y concurso de delitos**: análisis de las diferentes posturas sobre el concurso entre el delito de asociación ilícita y los delitos cometidos en cumplimiento de su objeto. Buenos Aires: Fabín J. Di Plácido Editor, 2003, em especial p. 47-60.

### 9.8. Concurso formal aparente *versus* concurso formal efetivo:

No mais das vezes, os manuais jurídicos não chegam a ofertar um exame detalhado sobre essa contraposição entre concurso aparente e concurso formal. Ou, como se prefere designar aqui, entre o concurso formal aparente *sincrônico* de normas penas (todas igualmente vigentes) e o concurso formal efetivo.

Repise-se que, antes de se chegar a examinar o concurso aparente, deve-se aferir se todas as normas (a) são constitucionais e (b) estão vigendo. Apenas depois de superado esse exame dúplice, é que se pode avançar para o estudo dos princípios da consunção, especialidade e subsidiariedade.

Por sinal, tema ainda mais importante diz respeito a essa urgente necessidade de filtragem constitucional na temática penal. Afinal de contas, como sabido, há uma carência de debate efetivo sobre a validade das normas penais que os juízes aplicam na sua cotidianidade.

O Código Penal é de 1940... Ele continua se sobrepondo às normas constitucionais. Aliás, desafia-se alguém a indicar 10 decisões judiciais reconhecendo a inconstitucionalidade de normas penais incriminadoras. No mais das vezes, quando se reconhece algum vício, isso tem conexão com questões processuais/procedimentais.<sup>2318</sup>

Convém retomar a questão ensaiada acima.

A pergunta é a seguinte: como distinguir as hipóteses de concurso formal efetivo e as hipóteses de concurso formal aparente? Deixo claro que pergunta semelhante também pode ser endereçada aos casos de concurso real aparente - algo já detalhado acima (comportamentos copunidos).

Em ambos os casos - concurso formal aparente/efetivo - há unidade de ação. Na primeira hipótese, todavia, apenas uma norma incidirá (e sequer precisa ser a norma que comina a pena mais elevada). Na segunda situação, haverá

---

<sup>2318</sup> Quanto ao tema, mencionem-se, p.ex., ADIN 3.112/DF - vedação da concessão de fiança, art. 14 da lei 10.826; ADIn 1570-2 - atuação do juiz-investigador, art. 3º da lei 9034; etc.). O controle de normas penais materiais pode ser divisado no caso da vedação da progressão de regime (súmula vinculante 26, STF e HC 82.959/SP, também apreciado pela Suprema Corte) e também no caso da proibição do aborto de feto anencéfalo - ADPF n. 54. No geral, todavia, há uma carência gigantesca por maior fiscalização da constitucionalidade das normas penais incriminadoras. A respeito do tema, leiam-se as importantes obras KUHLEN, Lothar. **La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales**. Tradução do alemão ao espanhol por Nuria Pastor Muñoz. Madri: Marcial Pons, 2012. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

aplicação necessariamente da sanção mais grave, acrescida da causa de aumento.

Ou seja, conquanto a pergunta possa parecer nefelibata, trata-se de tema da mais alta relevância. A resposta pode definir anos de liberdade alheia, a serem surrupiados pelo sistema de justiça criminal, em um país com masmorras fétidas.

Escreveu-se muito, para se chegar ao presente tópico.

Por tudo quanto já foi visto, vê-se que essa é uma tese dotada de algum ceticismo. Não se advoga a existência de alguma fórmula mágica; algum axioma ou mesmo algum tipo de '*aletheia*' ou desvelamento que permita ao sujeito encontrar 'verdades' em tema de lei e de moral.

No fundo, tudo demanda uma sólida teoria de valores.

Repita-se: antes de se estudar lógica deôntica, o intérprete deve se socorrer da Ciência Política. Apenas quando o sujeito se define como marxista, liberal, libertário, feminista etc. - como todas as suas inúmeras variações e graduações - é que pode tomar consciência dos seus próprios ideais de vida boa.

Deixe-se claro: com isso, não se advoga aqui uma espécie de intuicionismo moral, ao estilo da facista Escola de Kiel. Muito ao contrário. Invocando-se Habermas, sustenta-se aqui que deve haver um *esforço* pela mútua compreensão.

Ou seja, conquanto valores não sejam suscetíveis de uma matematização grosseira - certamente há como discutí-los, enfrentando situações de flagrante injustiça. Parece mais fácil dizer o que é errado; do que apontar caminhos...

Bom. Não se quer complicar aqui muito mais do que já se fez ao longo desse caminho tortuoso. O que se espera é apenas evidenciar que há um espaço de grande arbítrio em todas as decisões judiciais, quando confrontados com essa questão razoavelmente prosaica: afinal de contas, no caso concreto 'x' há concurso formal efetivo? Ou deve vigorar a aplicação das fórmulas clássicas da derrotabilidade normativa.

Arbítrio há sempre!

Afinal de contas, por tudo quanto já se expôs, ninguém está livre de metarregras, traumas e idiosincrasias. A interpretação da lei e dos fatos não é uma tarefa suscetível de uma aplicação mecânica, *modus Barbara* (dado  $A \rightarrow B$ ).

Nem mesmo a invocação de um auditório universal de filósofos - como advoga Habermas - garante acurácia na apreciação de valores alheios. Permite alguma isenção, por certo. Afinal de contas, esse exercício contrafático parece obrigar o intérprete a se colocar no lugar do outro; sobretudo no lugar do sujeito

atingido pelas suas decisões.

As condições ideais de fala são um construto regulativo, como visto acima.

Elas ajudam. Mas não resolvem todo o problema!

Daí que se tenha gasto tanta tinta expondo questões filosóficas. Para se chegar a essa conclusão singela: não há a última palavra! E, por conseguinte, tampouco essa tese conseguirá ofertar soluções inexoráveis para um problema como esse. Parece frustrante, depois de muito estudo, chegar a algo assim.

O que se advoga, nesse âmbito, é que o juízo privilegie - e privilegie mesmo! - a aplicação das regras do concurso aparente (concurso *prima facie*), eis que tende a conter o arbítrio punitivo, corroborando uma visão minimalista de Estado.

O Direito Penal é um remédio amargo. Se é mesmo que chega a ser remédio. Talvez seja desde sempre apenas veneno, vendido com rótulos errados. O fato é que o (ab)uso do Direito Penal leva a efeitos iatrógenos, violentando direitos fundamentais, fortalecendo o Poder de Polícia e comprometendo a vida em comum.

Defende-se aqui, tanto por isso, o programa de um Direito Penal mínimo, conforme bem detalhado por Alessandro Baratta em obra clássica (o que já foi destacado, por época do exame da questão do 'bem jurídico').<sup>2319</sup>

Esse é o pano de fundo, por conseguinte, na qual a teoria deve ser erigida.

Em termos dogmáticos, esse confronto tem sido promovido na base de uma dialética entre o *ne bis in idem* e o *tot poena quot delicta*. Segundo as expressões germânicas, *Doppelverwertungsverbot* e *Ausschöpfungsgebot*<sup>2320</sup> - a proibição da dupla punição, e o mandado de exaurimento do injusto.

Estrella Aisa alude constantemente a essa gangorra de aforismos.

A decisão se serão aplicáveis todos os preceitos ou se somente um deles, se baseia fundamentalmente no princípio non bis in idem, que impede a aplicação conjunta de vários preceitos quando um deles já capta de maneira exaustiva o conteúdo de ilicitude e de culpabilidade do sucesso, porque implicaria em um castigo plural por um mesmo fato. Pelo contrário, se algum deles deixa sem valorar aspectos que são relevantes para o resto, estaremos no âmbito do concurso de

<sup>2319</sup> BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo in BARATTA, A. **Criminología y sistema penal**: compilación in memoriam. Buenos Aires: IBdef, 2004, p. 308 e ss.

<sup>2320</sup> AISA, Estrella Escuchuri. *Op. cit.*, p. 65 e 114. Leia-se também FANDRICH, Alexander. **Das Doppelverwertungsverbot im Rahmen von Strafzumessung und Konkurrenzen**. Berlin: Driesen Verlag, 2010, p. 16. ALBERO, Ramón García. *Op. cit.*, p. 33 e 181. De sua parte, Wilhelm Höpfner alude constantemente ao *quot crimina, tot poena*, com o fim de justificar o reconhecimento de confluência de crimes. HÖPFNER, Wilhelm. **Einheit und Mehrheit der Verbrechen: eine Strafrechtliche Untersuchung**. Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1901, p. 5, p. 14, em nota de rodapé e também p. 22.

delitos.

Por isso, junto ao princípio non bis in idem, aparece outro princípio básico na matéria concursal, a saber: o princípio da íntegra valoração ou de valoração global do fato (Ausschöpfungsgebot), que decorre não apenas do princípio de culpabilidade, senão também de um princípio geral da aplicação jurídica pelo qual ninguém deve obter vantagens de seu próprio comportamento injusto. Se, por tratar-se de uma hipótese de concurso de normas penais, somente resulta aplicável um dos preceitos, a identificação da consequência jurídica não é problemática, dado que se toma como referência o marco penal do preceito que se tem adotado como prioritário. Não sucede o mesmo no caso em que sejam aplicáveis vários deles. A função que cumpre aqui a norma concorrential é a de determinar qual pena deve ser aplicada ao sujeito que tenha cometido uma pluralidade de infrações.<sup>2321</sup>

Tese semelhante é também defendida por Fontan Balestra, conforme precisa citação de Carlos S. Caramuti:

Fontan Balestra assinala as seguintes diferenças entre o concurso aparente de normas e o concurso ideal de delitos:

1. O concurso de figuras típica preexiste na lei, e a lei o resolve então, enquanto que, no concurso formal (ideal), o concurso é provocado por uma ação.
2. O concurso aparente deve ser resolvido pelo legislador, enquanto que o concurso formal é resolvido pelo intérprete.
3. O concurso ideal a pena aplicável sempre é a maior, enquanto que no concurso aparente a pena pode ser a menor.
4. No concurso formal as penas se absorvem, enquanto que no concurso de tipos há uma só pena, o que corresponde ao tipo aplicável.<sup>2322</sup>

Caramuti defende que o concurso ideal deveria ser examinado em confronto com o caso concreto. Ele argumenta que o mesmo não ocorreria com o concurso aparente de normas, eis que poderiam ser confrontadas em abstrato, prescindindo do exame do contexto de vida em que deveriam incidir.<sup>2323</sup>

Ora, isso não é verdade.

De partida porquanto o concurso formal (sincrônico) aparente apenas pode ser reconhecido quanto houver um único recorte empírico - unidade de ação. Caso o sujeito pratique um furto no dia 10 de janeiro e um roubo no dia 10 de dezembro, não haverá lastro para o reconhecimento de unidade delitiva.

Ou seja, o reconhecimento da especialidade, consunção etc. dependem também da análise de contexto empírico. Como diz Moutinho, cuja obra foi bem

<sup>2321</sup> AISA, Estrella E. *Op. cit.*, p. 65. Traduziu-se.

<sup>2322</sup> CARAMUTI, Carlos S. *Op. cit.*, p. 195. Traduziu-se.

<sup>2323</sup> Idem, p. 193.

detalhada acima, há uma diferença entre o tipo estrito de crime, e o tipo amplo (que engloba todas as peculiaridades do delito)!

Ademais, por tudo quanto já se explicou acima, também há hipóteses de concurso real (sincrônico) aparente. Casos em que, a despeito da aparente pluralidade de ações, apenas pode ser cominada uma pena (consunção, comportamentos copunidos, unificação de ações pelo 'sentido natural' etc.).

Assim, não é correta a alegação de que o concurso ideal exigiria um exame de contexto, enquanto que o conflito aparente prescindiria disso. Até porque, como foi visto com Gadamer, toda interpretação da lei também é, ao mesmo tempo, uma interpretação do caso. O caso sempre sobra!

Aristóteles mostra que toda lei é geral e que não pode conter em si a realidade prática em toda a sua concreção, na medida em que se encontra numa tensão necessária com relação ao concreto da ação. Já assinalamos essa problemática quando falamos a respeito da análise do juízo. Fica claro que o problema da hermenêutica jurídica encontra aqui seu verdadeiro lugar. A lei é sempre deficiente, não em si mesma, mas porque, frente ao ordenamento a que se destinam as leis a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas.<sup>2324</sup>

Isso significa que, a bem da verdade, não há uma diferença estrutural entre os casos de concurso aparente e os casos de concurso efetivo. Em ambos os casos, há contraposição entre a interpretação de fatos com a interpretação das fontes normativas. E ambas as coisas são altamente complexas.

A delimitação dos fatos relevantes também é uma atividade hermenêutica!

Alguém pode sustentar: mas isso é tão fácil! Basta aplicar os princípios da especialidade, consunção, subsidiariedade - e, para quem o reconhece - também a alternatividade.<sup>2325</sup> Caso nenhum destes baste, haverá concurso formal efetivo...

A simplicidade engana!

Ora, por tudo quanto já se expôs acima, a aplicação de muitos desses princípios é uma atividade hercúlea. Afinal de contas, eles tratam mais do resultado (a prevência da norma especial, consuntiva ou primária), do que propriamente dos critérios e pressupostos respectivos.

O princípio da consunção não explica quando uma norma é realmente

<sup>2324</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método - I**, p. 419.

<sup>2325</sup> Pelo que foi explicitado acima, reconhece-se a existência desse postulado da alternatividade, dado que as normas *enantiomorfas* podem manter relações de concurso aparente (concurso *real* aparente). De toda sorte, ela não pode implicar a automática aplicação da norma que comine pena superior, porquanto isso é inconstitucional, conforme já detalhado acima.

exaurida em outra. Do mesmo modo, a súmula 17 do STJ não diz quando é que o falso se exaure no estelionato. E esse é efetivamente o problema!

Ou seja, esses axiomas são fórmulas um tanto quanto ocas. Dizem muito; mas também ocultam muito. Há um espaço imenso de indefinição; justamente por força da dificuldade de se estabelecer fórmulas realmente úteis...

Corre-se sempre o risco de que o intérprete decida como quer - espaço da vontade -, para logo depois invocar algum chavão... No caso, a norma não foi consumida porquanto a fraude possuía aptidão lesiva autônoma! Quem julga assim, deve então demonstrar qual seria essa aptidão lesiva independente...

Tal qual *Ouroboros*, argumenta-se de forma circular.

O problema é que falta uma densa teoria do bem jurídico; falta uma definição de hierarquias de bens - caso isso seja possível -; falta uma teoria de legislação penal! Estudamos os arremedos, os equívocos, os *Frankensteins* normativos. Mas o problema está muito antes: está no fato de que falta mesmo racionalidade!

Ou será racional punir a falsificação de cosméticos com pena mínima próxima àquela cominada ao homicídio qualificado? Será racional punir a mera posse de moeda falsa com pena 04 vezes superior àquela cominada ao homicídio imprudente? E o que falar, então, da lavagem de dinheiro, censurada com moldura penal fixa, independentemente de se aferir qual o delito antecedente?<sup>2326</sup>

Há voto do Min. Celso de Mello, do STF, sustentando que o Poder Judiciário deveria assegurar a racionalidade das penas, sempre *favor rei*. Quando menos, é o que se infere das entrelinhas do seu voto no HC 92.525.<sup>2327</sup>

O importante é ter em conta que esse mito de fundação - a racionalidade do sistema punitivo - deve ser enfrentado. O sistema não é racional; é randômico, arbitrário e seletivo. Conquanto se pudesse mencionar uma pletera de pensadores

<sup>2326</sup> Confira-se com a lei 9.613/1998 c/ lei 12.683/2012 - pena entre 03 e 10 anos. Comina-se, com isso, a mesma pena para a lavagem de dinheiro produzido pelo tráfico de drogas e a lavagem do dinheiro auferido mediante peculado culposo (pena entre 03 meses a 01 ano), abstraindo um exame mais denso sobre outros detalhes dessa questão.

<sup>2327</sup> BRASIL, STF. HC 92.525/RJ. rel. Min. Celso de Mello. DJE de 03.04.2008. Cuidava-se de debate sobre a diferença entre a pena cominada ao crime de receptação com dolo direto de primeiro grau (art. 180, *caput*, CP) e a receptação com dolo eventual (art. 180, §1º, CP). Solução semelhante tem sido dispensada pelos Tribunais - aplicando-se analogia *in bonam partem* - quanto à conduta de importar cytotec, um abortivo (pena mínima de 10 anos). Os Tribunais costumam aplicar analogicamente a pena cominada ao contrabando, ou até mesmo ao tráfico de drogas. A discussão está em saber se o mais correto não seria, então, declarar absolutamente inconstitucional a norma criminal, por violação ao postulado da vedação de excessos, obrigando o legislador a elaborar leis mais adequadas aos ditames constitucionais. Note-se, referida lógica evidentemente apenas pode ser empregada em casos teratológicos, dado que o Juiz não pode simplesmente se substituir ao papel atribuído ao Congresso (muito embora a diferença entre ambos esteja cada vez mais tênue...).



que afirmam isso, basta mencionar aqui as obras de Cirino dos Santos, Alessandro Baratta, Eugénio Raúl Zaffaroni.<sup>2328</sup>

Isso significa, em suma, que se deve privilegiar uma contenção de danos.

Esse pretendo dever de se valorar totalmente o caso penal (*tot poena quot delicta*) é inconstitucional. A culpabilidade é limite! Não é fundamento da pena. O sistema tolera que ações restem impunes (consunção; perdão judicial; prescrição etc), mas não deveria admitir que uma pena seja cominada sem que estejam preenchidos os seus requisitos. Jamais!

Esse pretendo princípio da valoração global (*Ausschöpfungsgebot*) ainda está escorado naquela noção do *punitur quia peccatum est*, na vertente de que crimes não deveriam restar impunes. Cuida-se de uma concepção repressora.

No curso dessa tese já se estabeleceu a conexão - e também a crítica - à categoria da *Untermaßverbotgrundsatz* (a suposta vedação de proteção insuficiente mediante norma penalizadora). O Estado deve tutelar direitos fundamentais; mas não precisa fazê-lo necessariamente com o uso do poder punitivo.

Com todas essas cautelas, pode-se ensaiar o roteiro que segue:

(a) A primeira tarefa é interpretar a fonte normativa, na tentativa de se descobrir (ou construir) a norma que ela veicula.

(b) Para tanto, os problemas hermenêuticos traçados acima - i.e., a dependência para com os preconceitos e a tradição - são extremamente importantes. Antes de interpretar o mundo, é conveniente que o sujeito se interprete. Decidir sobre a liberdade alheia deve demandar horas de psicanálise...

(c) Promovida a interpretação - e reunindo em inúmeras normas possíveis - deve-se saber o que está proibido e o que está permitido, segundo o seu descritor/prescritor.

(d) Deve-se comparar a norma (haurida mediante a interpretação do texto) com as normas constitucionais respectivas. O primeiro passo é mesmo aferir se a norma penal não foi ab-rogada<sup>2329</sup> pela publicação da Constituição, em 1988; ou se

<sup>2328</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**, p. 26-28. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**, p. 46-48. SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006, p. 83 e ss. Sobre a existência de uma razão sangrenta - à exemplo daquela aludida por Walter Benjamin no *Angelus Novus* - leia-se KURZ, Robert. **Razão sangrenta**: ensaios sobre a crítica emancipatória da modernidade capitalista e de seus valores ocidentais. Tradução de Fernando R. de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2010.

<sup>2329</sup> Adota-se aqui a tese de que a promulgação da Constituição ab-roga as normas anteriores, com ela antagônicas. Cuidar-se-ia de um problema de existência/vigência normativa, muito mais do que um problema de validade.

a norma não é inválida (por ter sido publicada já sob a vigência da Lei Maior);

(c) Constatando-se que a norma é válida, deve-se investigar se ela não foi ab-rogada por alguma outra norma posterior, mais benéfica ao acusado (*novatio legis in melius*). Depois, deve-se examinar se algum outro preceito - mesmo que com o *nomen iuris* distinto - não teria tratado do mesmo tema, implicando sucessão de leis penais no tempo;

(d) Vencido esse exame diacrônico (sucessão de normas no tempo), pode-se então passar ao exame sincrônico. Deve-se aferir se há, em princípio, alguma relação de afetação entre as normas (especialidade, por exemplo). Também se deve examinar, na situação concreta, se as condutas não foram praticadas de modo imbricado, em um mesmo contexto;

(e) A definição do que é um 'mesmo contexto' envolve alguma ambiguidade. Mas isso é incontornável, por força da ausência de uma métrica para se medir ou recortar unidades de ação;

(f) Somente quando vencidas as hipóteses acima - i.e., descartada a situação de inconstitucionalidade, de sucessão de leis penais no tempo e, por fim, de conflito aparente de normas -, é que o Estado-juiz pode apreciar o caso de um concurso efetivo (real ou formal).

(g) Isso significa que a imposição da exasperação do art. 70, CP ou mesmo a soma das penas (art. 69, CP) depende de uma fundamentação substancial, não podendo se limitar à singela indicação do tipo penal que o juiz acredita ter sido violado pelo acusado.

(h) Para o exame da questão, revela-se imprescindível o debate sobre a teoria do bem jurídico penal. Afinal de contas, o concurso formal exige que o agente tenha realmente agredido dois bens jurídicos, absolutamente autônomos entre si. Relações de interferência devem sinalizar, como regra, para o conflito aparente (p.ex., consunção ou subsidiariedade).

(i) Também aqui, parece que se despedaça a alcaçofra, na tentativa de encontrar a sua essência. O que se sustenta é apenas esse caráter absolutamente residual do concurso efetivo (formal ou material). Ou seja, apenas se pode reconhecer o acréscimo de penas que isso implica, quando efetivamente descartado - e descartado de modo substancial - a hipótese de concurso aparente.

(j) Para tanto, o juiz não deve simplesmente promover uma espécie de 'balanceamento' ou 'ponderação' - como se lhe fosse dado escolher entre o *ne bis in*

*idem e o tot poenam quot delicta.*

(l) A invocação do chavão *tot poenam* pode se traduzir em simples 'decido como quero', ensejando analogia *in malam partem*;

(m) as categorias da ação comunicativa são importantíssimas, nesse âmbito, eis que tratam do sentido social - as pretensões de autenticidade, verdade e retidão normativa -, ao mesmo tempo em que oferece um construto contrafático para se avaliar valores alheios. Os juízes devem aferir em que medida suas sentenças se sustentariam diante de um auditório universal de estudiosos, todos orientados apenas à obtenção da melhor resposta.

(n) por outro lado, as categorias luhmannianas são importantes para esse exame. Não tanto por conta da sua complexa e discutível teoria sobre a sociedade; antes, por conta da sua interessante epistemologia e sua importante semiótica. Luhmann revela que toda interpretação de mundo é uma diferenciação; na qual o critério de exame se perde (fica no *ponto cego*). A racionalidade absoluta não é possível; mas isso não exonera os intérpretes de buscarem decisões mais corretas.

Conquanto o controle absoluto do intérprete seja impossível, é salutar que haja esse esforço de bem justificar as sentenças criminais, no limite do humano - porquanto os mínimos detalhes podem se traduzir em anos de liberdade. Como todo exercício do poder deve ser controlado, essa fundamentação é indispensável para que o Estado Constitucional realmente se consolide.

X.

**CONCLUSÕES**

## X. CONCLUSÕES:

Do longamente exposto até aqui, extraem-se as seguintes conclusões:

1. A compreensão do problema do concurso de crimes depende da tomada de posição a respeito de complexas questões epistemológicas. Afinal de contas, no seu âmago encontra-se uma pretensão de verdade que deve ser justificada. A questão suscita problemas metafísicos (recorte de unidades de ação), problemas lógicos (relações entre enunciados normativos) e problemas valorativos (tomada de posição quanto ao alcance do *ne bis in idem*, questões alusivas à consunção e comportamentos copunidos).

2. A concepção realista advoga a viabilidade de uma dissociação bem nítida entre o pesquisador e objeto por ele pesquisado. Ela supõe que há um mundo objetivo, absolutamente independente daqueles que o observam. O realismo sustenta que a finalidade da ciência é a descrição de um existente estado de coisas, no limite da capacidade humana. Há distintos graus de realismo (realismo epistemológico, semântico, moral etc.).

3. O construtivismo advoga a tese de que o conhecimento é uma construção social, à semelhança dos mitos e das crenças. Ele atenua o problema popperiano de demarcação entre os conhecimentos válidos e aqueles tidos como falsos. Para a epistemologia construtivista, a ciência deve ser avaliada muito mais em razão da utilidade dos seus enunciados - sobretudo quanto à sua capacidade de gerar consenso na comunidade dos cientistas - do que propriamente em razão da sua pretensa aptidão para descrever a tal 'realidade'.

4. Ambas as concepções possuem seus méritos e seus defeitos. O realismo tende a privilegiar certo cientificismo, ensejando a importação de métodos das ciências naturais para o âmbito das humanidades. Cuida-se, portanto, da lógica positivista, cujo conteúdo frequentemente devota pouca atenção ao aspecto simbólico da interação humana.

5. O construtivismo acaba por não ofertar critérios mais densos para se

distinguir enunciados consistentes, coesos, daquelas outras tantas asserções que configuram meras credices e senso comum. A epistemologia construtivista se ampara na existência de consenso social sobre determinadas afirmações; mas ela atribui pouco peso para a busca de evidências, refutação das premissas e efetivo esforço coletivo em busca da verdade. O construtivismo não articula a diferença entre os efeitos latentes e os efeitos manifestos de determinados eventos sociais (uma diferenciação levada a efeito, por exemplo, com a Teoria Crítica).

6. Acolheu-se, na presente investigação, uma concepção eclética. Advogou-se um realismo mitigado - o que se aproxima também de um construtivismo atenuado. Partiu-se da premissa de que há um mundo independente das mentes que o pensam (moléculas, átomos, rochas, *quarks*, elétrons etc.).

7. Sabe-se, contudo, que o referido estado de coisas (o *noumenico*) é inacessível ao ser humano, eis que o homem lida apenas com os fenômenos (o que Husserl denominava de *qualia*). A percepção de mundo é mediada pelas sensações e pela razão, tal como apregoa o intelectualismo kantiano.

8. A adoção de um realismo mitigado significa que determinadas questões demandam um esforço para descrição do mundo, ainda que isso possa parecer impossível. Melhor dizendo, determinados *quids* não podem ser reputados como mera ficção social, não podem ser normatizados ou flexibilizados. A questão do nexo etiológico demanda, por exemplo, a apresentação, no âmbito do processo criminal, de provas consistentes, a fim de se demonstrar, segundo critérios das ciências naturais, que determinado evento teria realmente causado outro (p.ex., que o veneno ministrado é que causou a morte da vítima, e não a picada de cobra que ela sofreu logo depois - art. 13, CP).

9. Ao mesmo tempo, todavia, também se reconhece que a busca por essências metafísicas - a busca de um conceito ontológico de ação, por exemplo - é fadada ao fracasso. Não há um trânsito direto da cultura para o mundo! A teoria pictória da linguagem, desenvolvida pelo 'primeiro' Wittgenstein, encontra-se superada já que a lógica dos signos não retrata a pretensa lógica dos referentes. Não há como supor, como queria Hegel, que o racional é o real...

10. Acrescenta-se, por outro lado, que o homem lida apenas com as suas percepções limitadas dos fenômenos (a *adumbração* husserliana). Não há como se obter a concepção plena, cabal, da realidade. O ser humano percebe apenas aspectos do mundo que o circunda. Quando imagina uma pedra, a representa de determinada forma, não logrando êxito em vislumbrá-la simultaneamente com todos os seus lados e detalhes.

11. Daí a importância significativa da pesquisa de Spencer-Brown, matemático que desenvolveu o chamado 'cálculo de formas'. A sua obra retoma os postulados lógicos aristotélicos, com algumas modificações. Para Spencer-Brown, o mundo não é composto de entidades (identidades). O mundo surge de diferenciações, promovidas por um observador. A identidade é uma ilusão que surge do fato de alguma coisa aparentemente permanecer (o ser), enquanto tudo o mais muda (o tempo). O importante, em toda e qualquer observação, é justamente a identificação desse critério de diferenciação. Ao mesmo tempo, ele também discorre sobre a noção de paradoxo (*re-entry*), quando o critério de diferenciação passa a ser aplicado a si mesmo (problemas da autorreferência).

12. A obra de Spencer-Brown revela que há um *trade-off* entre consistência e completude. Um sistema completo tende a gerar paradoxos, na medida em que alguns dos seus enunciados devem ser aplicados à totalidade do sistema (autorreferência). Para superar os problemas de consistência, acaba-se por abrir mão da completude - criando-se níveis de designação/aplicação dos enunciados, à semelhança da 'teoria dos tipos', desenvolvida por Bertrand Russell como método para solucionar o paradoxo do mentiroso.

13. A questão do concurso de crimes insere-se em um contexto muito mais amplo, eis que depende de uma tradição jurídica secular. Nessa toada, para efetivamente se compreender o problema em causa é indispensável que se parta - ainda que implicitamente - de uma dada concepção sobre a sociedade. Afinal de contas, o Direito Penal não deixa de ser manifestação de poder no âmbito de uma determinada estrutura social.

14. Daí o relevo de se examinar os principais *insights* desenvolvidos por Niklas Luhmann e Jürgen Habermas. Luhmann exponencia os postulados sistêmicos desenvolvidos pelo funcionalista Talcott Parsons, sustentando o que segue: (a) ele advoga um construtivismo operacional; (b) a sociedade tem origem em um paradoxo; (c) isso porque a sociedade surgiria de uma *autopoiesis*, como se ela própria se desse origem!; (d) a sociedade surge na medida em que ela se distingue do seu entorno; (e) posteriormente, ela *internaliza* essa diferença (*re-entry*), passando a utilizá-la como critério de observação; (f) não há como o ser humano observar a sociedade desde fora, dado que toda comunicação deve ser processada no interior da própria sociedade; (g) a Sociologia seria um mecanismo de auto-observação da própria sociedade; (h) o grande problema da Ciência Social seria a autorreferência - i.e., saber como pode a sociedade descrever a si mesma; (i) os sistemas psíquicos comporiam o entorno do sistema social; (j) o Direito teria a função de assegurar expectativas contrafáticas, funcionando na base da disjunção conforme ao Direito/não conforme ao Direito; (k) a Constituição seria um acoplamento estrutural entre o microssistema da política e o microssistema jurídico; (l) o sentido seria uma seleção entre inúmeras possibilidades; (m) por conseguinte, não haveria o sentido último ou a interpretação acurada de uma forte normativa; (n) toda observação possuiria *um ponto cego*, isto é, o espaço da sua (ir)racionalidade; (o) a teoria social deve ser fundada em uma teoria da comunicação autopoietica e não em supostas unidades de ação.

15. Habermas sustenta, por seu turno, que a Sociologia deveria se amparar no conceito de ação social. Ele chega a trabalhar com a concepção de Max Weber - o seu conceito de ação calculadora instrumental -, acrescentando-lhe, todavia, determinadas correções. Habermas distingue a ação estratégica (orientada ao convencimento ou ao êxito), a ação dramaturgica (representação de papéis), a ação expressiva (expressão estética) e a ação comunicativa (orientada ao consenso).

16. Habermas ampara-se, para tanto, em dois conceitos desenvolvidos por Karl Popper. A ideia de *sociedade aberta* - critério empregado como estalão de racionalidade de determinada agremiação política -, e também a sua concepção epistemológica (a teoria dos mundos). Por outro lado, Habermas sustenta que há distintos níveis de pretensão de verdade, que correspondem, de certo modo, aos



'atos de fala' trabalhados por John Austin e por John Searle: pretensão à autenticidade, pretensão à veracidade e pretensão à retidão normativa do falante. Conquanto Habermas advogue a existência da mencionada ação comunicativa - o que tende à busca de uma sociedade consensual -, ele espousa a concepção de Arthur Danto quanto à existência dos 'atos-básicos' (menor unidade dos movimentos corpóreos), reputando cuidar-se do substrato das ações. Ele apresenta, ademais, critérios para se avaliar a racionalidade do discurso, a partir da ideia do auditório universal do Charles S. Peirce, Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca.

17. A teoria de argumentação habermasiana é extremamente importante, no âmbito da presente tese, para viabilizar o exame crítico das decisões judiciais promovidas quanto ao concurso de delitos. Enquanto mecanismo de comunicação, a sentença deve evidenciar seus pressupostos, de modo a permitir o controle público do exercício do poder. Deve haver uma preocupação do julgador com a obtenção de isenção; ele deve se imaginar no lugar das pessoas atingidas por suas sentenças. Trata-se do difícil problema de se racionalizar valores, algo que ganha relevo quando em causa a violência criminal (e certa incomensurabilidade de questões altamente valorativas como a consunção; pós-fatos impuníveis etc.). Reitere-se, todavia, que o controle absoluto do intérprete é inviável, dado o caráter pulsional do exercício do poder e dada a inviabilidade da axiomatização das regras jurídicas (sempre haverá pontos cegos, insuscetíveis de racionalização).

18. Por outro lado, examinou-se o problema da hermenêutica de textos normativos e também dos fatos. Cuida-se de questão complexa, eis que retrata, a rigor, essa tentativa de se racionalizar valores alheios. Atribuiu-se significativo peso, nesse âmbito, para a obra de Hans-Georg Gadamer (*Verdade e Método - I*), filósofo que evidencia que a compreensão é a forma como o *Dasein* ocorre no mundo. Toda compreensão depende de pré-compreensões - a pretensão de perfeição!, nas suas palavras. Toda interpretação de mundo depende de um horizonte de sentidos que é dinâmico (eis que evolui na medida em que o intérprete também evolui). A compreensão se dá em paralaxe, na medida em que depende do ponto de partida. Gadamer emprega a metáfora do círculo hermenêutico (o que também é um círculo diabólico - *Teufelskreis*), já presente na obra de Martin Lutero e Friedrich Schleiermacher - o que significa que há uma íntima relação entre a conclusão de

uma interpretação e o seu ponto de partida, de modo que - por força dessa mútua influência - não há propriamente uma interpretação última. Sempre são possíveis novas leituras e novas compreensões daquilo que já se julgava compreendido.

19. Hans-Georg Gadamer resgata o papel dos preconceitos no âmbito da interpretação. O problema é que ele não oferece critérios para distinguir os preconceitos positivos e os preconceitos negativos. A referida distinção já é tarefa hermenêutica e fica dependendo, tanto por isso, de outros tantos preconceitos. Não há pontos arquimedianos para se opor à própria interpretação, eis que o intérprete está lançado em uma tradição. O que não impede, porém, que a própria tradição possa ser criticada, a partir do momento em que surja o estranhamento, com superação da rotinização do olhar.

20. Gadamer evidencia, destarte, a importância do contexto e também do intérprete para que a compreensão ocorra. No âmbito do Direito Penal, a questão que se coloca é justamente a superação da tradição, não raras vezes iníqua, fundada na reificação dos seres humanos (cárceres degradantes, desrespeito a direitos fundamentais etc.). Daí o relevo de se aferir os limites para a compreensão e aplicação das fontes normativas, sobretudo quando se tem em vista justamente o questionamento do arbítrio judicial no âmbito da teoria do concurso (i.e., da separação entre concurso aparente e concurso formal).

21. Nessa toada, buscando tratar da questão da deliberação judicial, examinou-se ainda a questão do postulado da proporcionalidade, exclusivamente com o escopo de destacar que o Poder Judiciário não pode simplesmente confrontar o *ne bis in idem* com o *tot poena quot delicta*, a fim de se promover uma espécie de justiça do caso concreto (tópica), o que comprometeria a busca por segurança jurídica. A proporcionalidade não pode se traduzir em simples solução decisionista, pela qual a fórmula da ponderação se presta para justificar deliberações já adotadas desde antes da sua aplicação.

22. Com esse pano de fundo, foi examinada a questão do *ne bis in idem*. Enfatizou-se que - muito embora se cuide de uma garantia reconhecida em inúmeras Constituições e tratados internacionais - referida cláusula possui certa anemia

semântica, eis que não indica expressamente o que está sendo proibido. Daí a necessidade de se indicar o *quid* que não pode ser punido duplamente (a ação, o resultado, a vontade do agente, a agressão ao bem jurídico ou a violação à norma?). O problema central é que há inúmeras escolhas possíveis nesse âmbito, tudo a depender dos ideais de vida boa compartilhados pelos intérpretes.

23. Examinou-se, de modo breve, o conceito de bem jurídico (tema importante para o confronto entre concurso aparente e concurso formal); o desvalor do resultado - com destaque para a tese de Marcelo Sancinetti e Tobias Schleider. Mencionou-se, ademais, as significativas críticas formuladas contra a dissociação cartesiana entre mente e corpo (obra de Gilbert Ryle).

24. Logo depois, promoveu-se detalhado exame da tentativa de se recortar unidades de ação no âmbito da Filosofia, da Sociologia e do Direito Penal. Nesse âmbito, atribuiu-se significativo peso para as obras de Carlos Moya, George Henryk von Wright, Daniel Lagier, Alvin Goldman, Donald Davidson, Max Weber e Habermas. Tratou-se, ademais, dos casos de unidade natural de ação e unidade típica de ação.

25. Destacou-se que a relevância do tema, no âmbito da questão do concurso de crimes, diz respeito sobretudo à demarcação do recorte da atividade do agente suscetível de apreciação judicial (um problema de delimitação temporal do que ingressa no julgamento). Demonstrou-se que é possível também o concurso real aparente de delitos - casos em que se reconhece um único crime, a despeito da presença de várias ações -, à semelhança do que ocorre com os casos de consunção e comportamentos copunidos.

26. Examinou-se a questão da concepção significativa da ação, desenvolvida por Vives Antón, Paulo Cesar Busato, Buján Perez e José Ramos Vázquez. A concepção significativa sustenta que não há como perquirir uma pretensa essência da ação - à semelhança da busca de uma essência da alcachofra! -, dado que cuidar-se-ia muito mais de um problema de atribuição de sentido, pela sociedade, sobre determinada atividade humana. Com isso, se contorna o problema da unificação das condutas comissivas/omissivas, que tanto

afligiu Gustav Radbruch, por exemplo.

27. A concepção significativa da ação suscita reflexões, todavia, a respeito do critério para a atribuição de sentidos. Dado que, desde o 'segundo' Wittgenstein é sabido que o sentido decorre do uso (no âmbito de um jogo de linguagem), e dado que há distintos usos na comunidade de falantes, a ação significativa acaba suscitando o problema de se identificar qual o sentido mais adequado, quando - por força da complexidade da própria sociedade - determinada atividade seja alvo de várias rotulações, várias percepções coletivas, cada qual lhe atribuindo determinado sentido. Por outro lado, anotou-se que, em certa medida, o agente também interpreta sua própria atividade, tanto quanto faz com a ação dos demais. Deve-se questionar, por conseguinte, qual interpretação deve prevalecer (a interpretação que o próprio agente faz da sua atividade; ou os sentidos atribuídos socialmente...);

28. Também foram mencionadas as relações lógicas entre os enunciados, amparando-se na análise promovida por Ulrich Klug e Estrella Aisa. Registrou-se que, antes de se promover um exame sincrônico entre as normas (aferição da presença do concurso aparente), deve-se promover um exame diacrônico (a aferição de eventual sucessão de normas penais no tempo), o que também suscita problemas hermenêuticos complexos. Afinal de contas, também é difícil aferir quanto uma norma foi sucedida por outra.

29. Discorreu-se sobre a insuficiência dos critérios exclusivamente lógicos para a solução dos casos de concurso de crimes. Mencionou-se a tese da mútua exclusão entre os preceitos (tese de Gimbernat Ordeig, Moutinho, Frosali) e os problemas daí decorrentes, sobretudo em sistemas jurídicos que não possuem regulação expressa do erro sobre a pessoa e tampouco possuem solução para os casos que Eduardo Correia denominava de 'consumção impura' (problemas do chamado delito *sui generis*).

30. Discorreu-se sobre a evolução da dogmática penal quanto ao problema do concurso de crimes, sobretudo a partir da obra de Bernd Lang. Ademais, sintetizou-se a densa tese de Ingeborg Puppe, autora que - confrontada com as peculiaridades do §52, StGB - defende uma ampliação dos casos de concurso real,

dadas as condições que vislumbra para o reconhecimento do concurso formal (limitado aos casos de incidência de normas com 'semelhança de família' ou 'parentesco de injusto'). Ela limita, de outro tanto, o concurso aparente aos casos de especialidade. Para tanto, Puppe socorre-se da filosofia da linguagem desenvolvida por Gottlob Frege, Carnap, Hempel e Oppenheim e Gustav Radbruch, sobretudo a diferença entre o contexto de extensão e o contexto de intensidade de um enunciado.

31. Promoveu-se também a síntese do pensamento de Margarita Roig Torres, Eduardo da Silva Correia, José Lobo Moutinho, Michael S. Moore, Castello Nicás, dentre outros, com o fim de destacar os principais aportes relacionados à teoria do concurso de crimes.

32. Conjugando-se todos os vetores, conclui-se que a questão do concurso de crimes é um tema de observação social. Não há como fugir da relatividade dos critérios, eis que - em termos absolutamente lógicos -, inúmeras diferenciações são cabíveis (quantidade de ações, quantidade de dolos, quantidade de resultados, quantidade de normas violadas, quantidade de bens jurídicos ofendidos etc.). A escolha do critério de diferenciação não decorre de uma pretensa natureza das coisas - ao contrário do que sustenta, por exemplo, Eugênio Zaffaroni -; cuidando-se de escolha política.

33. Tanto por isso, os critérios de solução dos casos de concurso de crimes demandam justificação substancial. Os legisladores e os juízes devem atentar para a carga de violência presente na intervenção penal, de modo que evitem ampliar a repressão criminal. Isso significa que, em princípio, por conta de temas de ordem constitucional, devem prevalecer os critérios que ensejem maior contenção do poder punitivo, por mais que a contenção absoluta sabidamente seja impossível.

34. Por outro lado, no que toca à diferenciação entre concurso aparente e concurso formal, demonstrou-se que - por força da ausência de critérios explícitos -, deve-se esposar a concepção de que o concurso formal demanda a efetiva agressão a bens jurídicos autônomos entre si, mediante uma só ação. A aplicação do concurso formal efetivo demanda uma justificação substancial, eis que implica maior

restrição a direitos fundamentais. Referida solução não pode ser promovida, porém, de modo automático, mediante simples invocação de um pretense bem jurídico violado. Exige-se demonstração efetiva da autonomia da lesão/colocação em perigo de dois bens jurídicos realmente autônomos entre si. Não se pode recair, portanto, na parábola involutiva do bem jurídico, de que fala Ferrajoli, que vislumbra o bem jurídico como sendo simples manifestação da *mens legis*.

35. O legislador não pode censurar, a título autônomo, uma mesma agressão jurídica já reprovada, sob pena de incorrer em *bis in idem*. Os desdobramentos previsíveis da conduta delitiva (acompanhantes típicos) devem ser tomados em conta pelo Congresso, sempre que rotulam determinada conduta. Por conseguinte, em princípio, o autor do crime antecedente não pode responder pela lavagem de dinheiro respectiva, salvo se empregadas novas fraudes (art. 1º, lei 9613/1998).

36. Destacou-se, ademais, a questão do efeito abraçadeira (*Klammerwirkung*), a função de esclarecimento do concurso formal, a questão alusiva ao ressurgimento dos tipos (*Wiederaufleben*) e efeito de bloqueio (*Sperrwirkung des milderen Gesetzes*), categorias desenvolvidas pela dogmática alemã nesse âmbito, mas que não podem ser transportadas para o Direito brasileiro. Reitere-se que a concepção significativa da ação evidencia que se cuida de um problema essencialmente hermenêutico, dado que não há unidades metafísicas suscetíveis de serem contadas, tais como seixos na beira da praia...

37. Reconhecer que se cuida de um problema hermenêutico não significa, todavia, que a busca por critérios possa ser abandonada. Ao contrário, é fundamental que a deliberação nesse âmbito se torne calculável, no limite em que isso seja possível. Por tudo quanto já se expôs, é fato que todo e qualquer âmbito, as deliberações judiciais estão impregnadas de fatores irracionais. Deve haver, porém, um significativo esforço de fundamentação, a fim de que os valores sejam manifestados na sentença.

38. Por outro lado, a concepção significativa da ação desloca o problema para a questão do 'sentido social'. Em uma sociedade pluralista, há distintas

interpretações de mundo. Uma atividade humana pode ser alvo de distintas interpretações; tanto quanto as palavras admitem distintos usos. Com isso, surge o problema de se saber qual sentido deve prevalecer; a ação significativa demanda, portanto, uma sólida teoria da interpretação.

39. Por outro lado, há uma substancial dificuldade nesse âmbito, dado que, não raras vezes, sequer o intérprete conhece toda a carga axiológica/ideológica que anima as suas sentenças. Muitos desses valores encontram-se impregnados na psique do julgador, sendo-lhe difícil - quando não impossível - tomar consciência dos traumas, metarregras que influenciam sua forma de perceber o mundo. Recai-se, com isso, na incomensurabilidade dos valores e no problema da sua racionalização.

40. O reconhecimento do concurso formal cobra uma carga argumentativa mais densa do que o concurso aparente. O magistrado deve se esforçar para explicar a razão pela qual reputou incidir o art. 70, Código Penal, ao invés do concurso aparente, sobretudo nos casos em que se trate de crimes de mera conduta (p.ex., art. 55, lei 9605/1998 e art. 2º da lei 8.176/1991). Deve-se examinar inicialmente se ambas as normas realmente vigoram, ou se houve *abolitio criminis* ou *novatio legis in melius*, por exemplo. Somente depois de demonstrado que ambas as normas estão vigendo é que o juízo deve passar ao exame sincrônico (concurso aparente). Por fim, somente depois de afastada a viabilidade do concurso aparente - enfrentado todos os vetores acima (especialidade, consunção e subsidiariedade) - é que se pode cogitar da aplicação da causa de aumento de pena do art. 70, Código Penal.

41. Não se cuida de oferecer uma fórmula para a deliberação judicial. Sabe-se que a decisão judicial não pode ser matematizada, pelo quanto já se explicitou acima. Ainda assim, diante dos vetores que estão em causa - liberdade, vedação de dupla valoração penal, Estado de Direito - exige-se que o tema do concurso de crimes seja alvo de uma deliberação densa, evitando-se fórmulas automáticas e chavões jurídicos, como simples mecanismo para exasperação das sanções penais respectivas.

42. No último capítulo dessa tese, ofertou-se uma sequência de problemas

que devem ser enfrentados pelo magistrado no que toca ao exame do concurso de crimes. Deve-se aferir a validade das normas; a eventual sucessão de leis no tempo (concurso diacrônico) e o concurso formal/real sincrônico. Apenas depois de vencidas todas essas etapas é que o juiz pode cogitar de eventual concurso efetivo de tipos incriminadores!



**XI.**

**BIBLIOGRAFIA**

**XI. BIBLIOGRAFIA:**

- AARNIO, Aulis; ATIENZA, Manuel; LAPORTA, Francisco J. **Bases teóricas de la interpretación jurídica**. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.
- ABBAGNO, Nicola. **Introdução ao existencialismo**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do Direito**. São Paulo: RT, 2013.
- ABELS, Peter. **Die Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz**. Marburg: Elwert Verlag, 1991.
- ADEODATO, Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses Editora, 2011.
- ADORNO, Theodor W. **Epistemología y ciencias sociales**. Tradução para o espanhol por Vicente Gómes. Madri: Ediciones Cátedra, 2001.
- ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 2. ed. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. 2. ed. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.
- AGAMBEN, Giorgio. **O sacramento da linguagem: arqueologia do juramento (Homo sacer II, 3)**. Tradução de Selvino José Assmann. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.
- AGAMBEN, Giorgio. **Signatura rerum: sobre el método**. Tradução do italiano para o espanhol por Flavia Costa e Mercedes Ruvituso. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2008.
- AGGEO, Miguel Ángel Arce. **Concurso de delitos em materia penal**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1996.
- AGGEO, Miguel Ángel Arce. **Concurso de delitos en materia penal**. 2. ed. rev. ampl. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2007.
- AISA, Estrella Escuchuri. **Teoría del concurso de leyes y de delitos: bases**

para una revisión crítica. Granada: Comares, 2004.

ALBERO, Ramón García. **'Non bis in idem' material y concurso de leyes penales.** Barcelona: Cedecs Editorial, 1995.

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia:** uma fundamentação para o Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: Lumen Juris: ICPC, 2010.

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso:** estudos para a filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho.** 2. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 2004.

ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia.** Tradução do alemão para o espanhol por Eduardo Roberto Soderó e outros. Granada: Comares, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Tradução do alemão para o espanhol por Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALLER, Germán. **Dogmática de la acción y praxis penal.** Buenos Aires: IBdef, 2009.

ALMARAZ, José. **La teoría sociológica de Talcott Parsons.** 2. ed. Madri: Centro de Investigaciones Sociológicas. 2013.

ALONSO, Juan Pablo. **Interpretación de las normas y Derecho penal.** Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

ALVES, Alaôr Caffé. **Dialética e Direito:** linguagem, sentido e realidade. Fundamentos a uma teoria crítica da interpretação do Direito. Barueri: Manole, 2010.

ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica:** pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

- AMBOS, Kai. **Lavagem de dinheiro e direito penal**. Tradução de Pablo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2007.
- ANDRADE, João da Costa. **Da unidade e pluralidade de crimes**: doutrina geral e crimes tributários. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito penal**: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). **Verso e reverso do controle penal**: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Homenagem a Alessandro Baratta. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livria do Advogado, 2003.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da Criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2012.
- ANDREUCCI, Ricardo Antunes. O concurso de crimes no novo código penal *in* **Ciência Penal**. São Paulo, n. 1, v. 2, 1975, p. 83-105.
- ANDREWS, Christina W. **Emancipação e legitimidade**: uma introdução à obra de Jürgen Habermas. São Paulo: Unifesp, 2011.
- ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2012.
- APEL, Karl-Otto. **Ética e responsabilidade**: o problema da passagem para a moral pós-convencional. Tradução de Jorge Telles Menezes. Lisboa: Instituto Piaget, 2007.
- APFEL, Henner. **Die Subsidiaritätsklausel der Unterschlagung**. Disponível na internet <[http://bieson.ub.unibielefeld.de/volltexte/2006/898/pdf/Dissertation\\_Apfel.pdf](http://bieson.ub.unibielefeld.de/volltexte/2006/898/pdf/Dissertation_Apfel.pdf)> acesso em 10.08.2013.
- AQUINO, Tomás de. **O ente e a essência**. Tradução de Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.
- AQUINO, Tomás de. **Verdade e conhecimento**. 2. ed. Tradução de Luiz J. Lauand e Mário Bruno Sproviero. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

- ARENDT, Hannah. **A vida do espírito**. Tradução de César Augusto de Almeida e outros. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.
- ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 6. ed. Tradução de Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2007.
- ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. Tradução de André Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.
- ARENDT, Hannah. **The human condition**. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1998.
- ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. 6. ed. Tradução de Sérgio Bath. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ARON, Raymond. **O marxismo de Marx**. 3. ed. Tradução de Jorge Bastos. São Paulo: Arx, 2005.
- ASHBY, W. Ross. **Introdução à cibernética**. Tradução de Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, [s.t.].
- ASHWORTH, Andrew. **Principles of criminal law**. 5. ed. Nova Iorque: Oxford University Press of New York, 2006.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros. 3. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madri: Trotta, 2013.
- AUSTIN, John L. **Sentido e percepção**. Tradução de Armando Manoel Mora de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- AUSTIN, John. **How to do things with words**. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1975.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- AYER, Alfred Jules. **Language, truth and logic**. Londres: Penguin Books, 1971.
- BACHELARD, Gaston. **O novo espírito científico**. 3. ed. Tradução de Juvenal Hahne Júnior. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2000.
- BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.
- BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- BACIGALUPO, Enrique. **Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero**. Navarra: *Civitas* - Thomson Reuters, 2012.
- BACIGALUPO, Silvina. **Autoría y participación en delitos de infracción de deber: una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios**. Madri: Marcial Pons, 2007.
- BACILLA, Carlos Roberto. **Estigmas: um estudo sobre os preconceitos**. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. SP: RT, 2003.
- BAECKER, Dirk. **A calculus for autopoiesis**. Disponível na internet: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2073362](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2073362)> Acesso em 15.12.2013.
- BAECKER, Dirk. *Aristotle and George Spencer-Brown*. Disponível na internet:< [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2073361](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2073361) > Acesso em 15.12.2013.
- BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo. **Responsabilidade penal económica e fiscal dos entes colectivos: à volta das sociedades comerciais e sociedades civis sob a forma comercial**. Coimbra: Almedina, 2004.
- BARATTA, A. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 2, n. 5, jan./mar., p. 5-24, 1994.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à Sociologia do Direito Penal**. 3. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002.
- BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal: compilación in**

- memoriam. Buenos Aires: IBdef, 2004.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade das suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BASTIT, Michel. **Nascimento da lei moderna**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- BATESON, Gregory. **Pasos hacia una ecología de la mente: una aproximación revolucionaria a la autocomprensión del hombre**. Tradução do inglês para o espanhol por Ramón Alcalde. Buenos Aires: Ediciones Lohlé-Lumen, 1991.
- BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil e de hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à Criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BAUDRILLARD, Jean. **O sistema dos objetos**. 5. ed. Tradução de Zulmira Ribeiro Tavares. São Paulo: Perspectiva, 2009.
- BAUM, William M. **Compreender o behaviorismo: comportamento, cultura e evolução**. 2. ed. Tradução de Maria Teresa Araújo Silva. Porto Alegre: Artmed, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2008.
- BAYON MOHINO, Juan Carlos. **La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico in **Iso**, 2000, p. 87-117.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad**

- perdida. Tradução do alemão para o espanhol por Rosa S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2008.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2011.
- BECKER, Gary S. **Crime and punishment**: an economic approach. Disponível na internet: < <http://www.wv.uni-magdeburg.de/bizecon/material/becker.1968.pdf>> Acesso em 15.12.2013.
- BECKER, Howard. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Mariana Luíza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2008.
- BERGSON, Henri. **Duração e simultaneidade**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- BERGSON, Henri. **Time and free will**: an essay on the immediate data of consciousness. Tradução do francês para o inglês por F. L. Pogson. Nova Iorque: Dover Publications, 2001.
- BERLIN, Isaiah. **The proper study of mankind**: an anthology of essays. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2000.
- BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas**: fundamentos, desenvolvimento e aplicações. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- BETTI, Emílio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**: teoria geral e dogmática. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Tradutor não indicado. Campinas: Red Livros, 2000.
- BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. **El delito imprudente**: criterios de imputación del resultado. 2. ed. Buenos Aires: IBdef, 2005.
- BILLIG, Michael. **Argumentando e pensando**: uma abordagem retórica à psicologia social. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2008.
- BILLOUET, Pierre. **Foucault**. Tradução de Beatriz Sidou. São Paulo: Estação Liberdades, 2003.
- BINDING, Karl. **La culpabilidad en Derecho penal**. Tradução do alemão para o espanhol por Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: IBdef, 2009.
- BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. rev. atual.



Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

- BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito.** Tradução do alemão para o espanhol por José Luis Gusmán Dalbora. Buenos Aires: IBdef, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito:** uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira. Coimbra: Almedina, 2007.
- BLACKBURN, Simon. **Verdade:** um guia para os perplexos. Tradução de Marilene Tombini. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea.** Tradução do inglês por Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, [s.t.].
- BLOOR, David. **Conhecimento e imaginário social.** Tradução de Marcelo do Amaral Penna-Forte. São Paulo: Editora Unesp, 2009.
- BLOTTA, Vítor S. L. **Habermas e o Direito:** da normatividade da razão à normatividade jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- BLUMENBERG, Hans. **Descripción del ser humano.** Tradução do alemão para o espanhol por Griselda Mársico. Buenos Aires: Fondo de cultura económica, 2011.
- BÔAS FILHO, Orlando Villas. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norbert. **Teoria da norma jurídica.** 5. ed. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Batista. São Paulo: Edipro, 2012.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 9. ed. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi e outros. São Paulo: Ícone, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política:** a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito.** 2. ed. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- BON, Gustave Le. **Psicologia das multidões.** Tradução de Mariana Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BOOLE, George. **An investigation of the laws of thought**: on wich are founded the mathematical theories of logic and probabilities. Nova Iorque: Dover Publications [s.d.].
- BORGES, Jorge Luis. Biblioteca de babel *in* **Ficções**. Trad. Carlos Nejar. SP: Abril, 1972.
- BORJA JIMENEZ, Emiliano. **Funcionalismo y acción**: Tres ejemplos en las contribuciones de Jakobs, Roxin y Gimbernat. Disponível na internet: <<http://dspace.usc.es/handle/10347/4172?mode=full>> Acesso em 15.12.2013.
- BOUDON, Raymond. **O justo e o verdadeiro**: estudos sobre a objectividade dos valores e do conhecimento. Tradução de Maria José Figueiredo. Lisboa: Piaget, 1998.
- BOUDON, Raymond. **O relativismo**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Loyola, 2010.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 15. ed. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.
- BOURDIEU, Pierre. **O senso prático**. 2. ed. Tradução de Maria Ferreira. Petrópolis: Vozes, 2011.
- BOZZA, Fábio da Silva. **Teorias da pena**: do discurso jurídico à crítica criminológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BRANDÃO, Nuno. **Branqueamento de capitais**: o sistema comunitário de prevenção. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 351.487-3/RO**, rel. Ministro Cezar Peluso, DJU de 10.11.206.
- BRENNER, Charles. **Noções básicas da psicanálise**: introdução à psicologia psicanalítica. 5. ed. Tradução de Ana Mazur Spira. Rio de Janeiro: Imago; São Paulo: Editora da USP, 1987.
- BUNGE, Mario. **Caçando a realidade**: a luta pelo realismo. Tradução do

- inglês por Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2010.
- BUNGE, Mario. **Física e filosofia**. Tradução de Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2012.
- BUNGE, Mario. **Ontología I: el moblaje del mundo**. Tradução do inglês por Rafael Gonzáles del Solar. Barcelona: Gedisa, 2011.
- BUNGE, Mario. **Ontología II: un mundo de sistemas**. Tradução do inglês por Rafael Gonzáles del Solar. Barcelona: Gedisa, 2012.
- BUNGE, Mario. **Semántica I: sentido y referencia**. Tradução do inglês para o espanhol por Rafael Gonzáles del Solar. Barcelona: Gedisa, 2008.
- BUNGE, Mario. **Semântica II: interpretación y verdad**. Tradução do inglês por Rafael Gonzáles del Solar. Barcelona: Gedisa, 2009.
- BURKE, Peter. **Linguagens e comunidades: nos primórdios da Europa Moderna**. Tradução Cristina Yamagami. São Paulo: Editora da Unesp, 2010.
- BURKE, Peter. **Uma história social do conhecimento: de Gutenberg a Diderot**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da filosofia da linguagem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.
- BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do direito e decisão judicial: tema de teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.
- CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANGUILHEM, Georges. **O conhecimento da vida**. Tradução de Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: LTC, 2012.
- CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico**. 6. ed. rev. Tradução de

- Maria Thereza Redig de Carvalho Barrocas. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Volume I - arts. 1º a 107. 4 ed. portuguesa revista. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: RT, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. **El delito de blanqueo de capitales**. Madri: Colex, 1998.
- CAPELLA, Juan Ramón. **Os cidadãos servos**. Tradução de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.
- CAPELLO, Pietro. **Il concorso di reati e di norme**. Turim: Utet Guiridica, 2005.
- CAPUTO, John D. **Desmitificando Heidegger**. Tradução de Leonor Aguiar. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- CARAMUTI, Carlos S. **Concurso de delitos**. 2. ed. atual. ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.
- CARNAP, Rudolf. **An introduction to the philosophy of science**. Nova Iorque: Dover Publications, 1995.
- CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva**: uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 2. ed. Tradução de José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2001.
- CARRAZZA, Roque Antônio. Da impossibilidade jurídica de concurso material ou formal imperfeito entre os crimes de descaminho (art. 334, segunda parte, do código penal brasileiro) e de sonegação fiscal (art. 1., I ao IV, da lei n. 8137/90): questões conexas *in* COSTA, José de Faria. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 215-249.

- CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y lenguaje**. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.
- CARROLL, John W.; MARKOSIAN, Ned. **An introduction to metaphysics**. Nova Iorque: Cambridge University Press of New York, 2011.
- CARVALHO FILHO, José Cândido de. **Concurso aparente de normas penais**. Rio de Janeiro: Revan, 2009.
- CARVALHO, Américo A. Taipa de. **Sucessão de leis penais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARVALHO, Érika Mendes de. **Punibilidade e delito**. São Paulo: RT, 2008.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CASSIRER, Ernst. **A filosofia das formas simbólicas**. Volume I: a linguagem. Tradução de Marion Fleischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- CASSIRER, Ernst. **A filosofia das formas simbólicas**. Volume II: o pensamento mítico. Tradução de Cláudia Cavalcanti. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- CASSIRER, Ernst. **A filosofia das formas simbólicas**. Volume III: fenomenologia do conhecimento. Tradução de Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- CASSIRER, Ernst. **Linguagem e mito**. 4. ed. Tradução de J. Guinsburg e Miriam Schnaiderman. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- CASTALDO, Andrea Raffaele. **La imputación objetiva en el delito culposo de resultado**. Tradução do italiano para o espanhol por Antonio Bonanno. Buenos Aires: IBdef, 2004.
- CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Tradução de Guy Reinaud. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- CASTRO, Edgardo. **Introdução a Giorgio Agambem: uma arqueologia da**

- potência. Tradução de Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.
- CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: ICC: Revan, 2005.
- CAVERO, Percy García. **Derecho penal económico**: parte general. 2. ed. Lima: Grijley, 2007.
- CERBONE, David R. **Fenomenologia**. Tradução de Caesar Souza. Petrópolis: Vozes, 2012.
- CERETTI, Adolfo. **El horizonte artificial**: problemas epistemológicos de la criminología. Tradução do italiano para o espanhol por Sílvia Alejandra Biuso. Buenos Aires: IBdeF, 2008.
- CEREZO MIR, Jose. **El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema de Derecho penal**. ADPCP, T. XII, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1959, p. 561-570. Disponível na internet:<<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2777098>> Acesso em 20.05.2013.
- CERUTI, Mauro. **O vínculo e a possibilidade**. Tradução do italiano por Edite Caetano. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- CHIERCHIA, Gennaro. **Semântica**. Tradução de Luiz Arthur Pagni e outros. Campinas: Editora da Unicamp, 2003.
- CHILD, William. **Wittgenstein**: introdução. Tradução de Roberto Hofmeister Pich. Porto Alegre: Penso, 2013.
- CHOMSKY, Noam. **Linguagem e mente**. 3. ed. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da UNESP, 2009.
- CHOMSKY, Noam. **Novos horizontes no estudo da linguagem e da mente**. Tradução de Marco Antônio de Sant'Anna. São Paulo: Editora da UNESP, 2005.
- CHRISTIE, Nils. **Crime control as industry**. 2. ed. ampl. Nova Iorque: Routledge, 2004.
- CHRISTIE, Nils. **Una sensata cantidad de delito**. Tradução de Cecília Espeleta e Juan Iosa. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2004.
- CIARAMELLI, Fabio. **Instituciones y normas**: sociedad global y filosofía del derecho. Tradução do italiano para o espanhol por Juan-Ramón Capella. Madri: Trotta, 2009.

- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: RT, 2000.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: RT, 2000.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos**: elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: Direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- CONTRERAS, Joaquin Cuello. La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal *in* **Anuário de Derecho penal e ciências penales**, 1979, p.35-95.
- COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. 2. ed. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1978.
- COQUET, Jean-Claude. **A busca do sentido**: a linguagem em questão. Tradução de Dilson Ferreira Cruz. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo I. Tradução do italiano para o espanhol por Jorge Guerrero. Bogotá: Editorial Temis, 2000.
- CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo II. Tradução do italiano para o espanhol por Jorge Guerrero. Bogotá: Editorial Temis, 2000.
- CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal**: I. Unidade e pluralidade de infracções; II. Caso julgado e poderes de cognição do juiz. Coimbra: Almedina, 1996.
- CORSI, Giancarlo *et al.* **Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann**. Tradução do italiano para o espanhol por Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996.
- CORTÉS, Lina Mariola Días. **Societas delinquere potest**: Hacia un cambio de paradigma en el derecho penal económico. Disponível na internet: <[http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/18509/1/DDPG\\_SocietasDelinquere.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/18509/1/DDPG_SocietasDelinquere.pdf)> Acesso em 15.12.2013.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O concurso de crimes no anteprojeto *in*

- Revista brasileira de criminologia e direito penal.** Rio de Janeiro, n. 4, v. 1, 1964, p. 105-110.
- COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em Direito Penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- COSTA, Newton da. **Ensaio sobre os fundamentos da lógica.** 3. ed. São Paulo: Editora Hucitec, 2008.
- COSTA, Pedro Jorge. **A consunção no Direito Penal brasileiro.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012.
- COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga.** 5. ed. Tradução de Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- CREUS, Carlos. **Derecho penal:** parte general. 4. atual. ampl. Buenos Aires: Astrea, 1996.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate:** o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín. El fundamento normativo del Derecho Penal *in* **ADPCP**, tomo XXXV, Fasc. II, Maio-Agosto 1982, p. 305-324.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime:** uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **A constituição do crime:** da substancial constitucionalidade do Direito Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constituição, Direito e utopia:** do jurídico-constitucional nas utopias políticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- D'ALMEIDA, Luís Duarte. **O 'concurso de normas' em Direito Penal.** Coimbra: Almedina, 2004.
- D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime culposos e teoria da imputação objetiva.** São Paulo: RT, 2001.
- D'ÁVILA, Fábio Roberto. **O conceito de ação em Direito Penal:** linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime. Disponível na internet: <<http://frtadvocacia.com/artigosepublicacoes/00%20O%20conceito%20d>



e%20ação%20em%20direito%20penal%20(Lex).pdf> Acesso em 20.11.2013.

DAGHLIAN, Jacob. **Lógica e álgebra de Boole**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos: a repressão política na História do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DALBORA, José Luís Guzmán (org.). **El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología**. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DAMÁSIO, António R. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

DAMÁSIO, António. **O mistério da consciência: do corpo e das emoções ao conhecimento de si**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

DANTO, Arthur. **What we can do?** Disponível na internet:<<http://philpapers.org/rec/DANWWC-2>> Acesso em 20.11.2013.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAVIDSON, Donald. **Essays on actions and events**. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press of New York, 2002.

DAVIDSON, Donald. **Estructura y contenido de la verdad**. Tradução do inglês para o espanhol por M. J. Frápoli. Madri: Tecnos, 1997.

DAVIDSON, Donald. **Inquiries into truth and interpretation**. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press of New York, 2009.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Crimes contra a ordem tributária**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

DEITERS, Mark. **Strafzumessung bei mehrfach begründeter Strafbarkeit: Studien zur Ratio der §§52-55 StGB**. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1999.

DEL ROSAL, Manuel Cobo; DÍEZ, Manuel Quintanar. **Instituciones de**

- Derecho penal español:** parte general. Madri: Cesej Ediciones, 2004.
- DELEUZE, Gilles. **Diferença e repetição.** 2. ed. Tradução de Luiz Orlandi e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2006.
- DELEUZE, Gilles. **Foucault.** Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2005.
- DELITALA, Giacomo. **El hecho en la teoría general del delito.** Tradução do italiano para o espanhol por Pietro Sferraza Taibi. Buenos Aires: IBdef, 2009.
- DEPECKER, Loïc. **Compreender Saussure a partir dos manuscritos.** Tradução de Maria Ferreira. Petrópolis: Vozes, 2012.
- DERRIDA, Jacques. **Força de lei.** Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no Direito tributário:** proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito tributário, Direito Penal e tipo.** 2. ed. atual. ampl. São Paulo: RT, 2007.
- DIAS, Augusto Silva. **Delicta in se e delicta mere prohibita:** uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia:** o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português:** as consequências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, Direito Penal.** 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal.** 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito Penal**

**revisitadas.** São Paulo: RT, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal:** sobre os fundamentos da doutrina penal. Sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DÍAZ GARCÍA, L. Iván. **Derechos fundamentales y decisión judicial:** alguns criterios para la mejor aplicación del Derecho penal (tese doutoral orientada por Rafael de Asís Roig). Disponível na internet: <[http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/7586/livan\\_diaz\\_tesis.pdf?sequence=1](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/7586/livan_diaz_tesis.pdf?sequence=1)> acesso em 20.10.2013.

DÍAZ, José Ramón Cossío. **Derecho y análisis económico.** México: Fondo de Cultura Económica: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1997.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas:** bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Buenos Aires: IBdef, 2010.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara *et al.* **Teoría de sistemas y Derecho Penal:** fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Colmares, 2005.

DILTNEY, Wilhelm. **A construção do mundo histórico nas ciências humanas.** Tradução de Marco Casanova. São Paulo: Editora Unesp, 2010.

DILTNEY, Wilhelm. **Introdução às ciências humanas:** tentativa de uma fundamentação para o estudo da sociedade e da história. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** São Paulo: RT, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico:** introdução a uma teoria do Direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Editora Método, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **O conflito de normas.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal:** parte geral. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2012.

DOTTI, René Ariel. **Reforma penal brasileira.** Rio de Janeiro: Forense, 1988.

DOWNES, David; ROCK, Paul. **Understanding deviance:** a guide to the

sociology of crime and rule-breaking. 6. ed. Nova Iorque: Oxford University Press of New York, 2011.

DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. **Michel Foucault: uma trajetória filosófica. Para além do estruturalismo e da hermenêutica.** 2. ed. rev. Tradução de Vera Portocarrero e Gilda Gomes Carneiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição.** São Paulo: Landy Editora, 2006.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do Direito: aproximação à metodologia discursiva do Direito.** São Paulo: Landy Editora, 2003.

DUBOIS, Christian. **Heidegger: introdução a uma leitura.** Tradução de Bernardo Barros Coelho de Oliveira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

DUFF, R.A.; GREEN, Stuart (org.). **Philosophical foundations of Criminal Law.** Londres: Oxford University Press, 2013.

DURAND, Gilbert. **As estruturas antropológicas do imaginário.** Tradução de Hélder Godinho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DURAND, Gilbert. **Campos do imaginário.** Tradução de Maria João Batalha Reis. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico.** 11. ed. Tradução de Eduardo Lúcio Nogueira. Lisboa: Editorial Presença, 2010.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social.** 4. ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DUSSEL, Enrique. **A produção teórica de Marx: um comentário aos Grundrisse.** Tradução de José Paulo Netto. São Paulo: Expressão Popular, 2012.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão.** 4. ed. Tradução de Ephraim Ferreira Alves e outros. Petrópolis: Vozes, 2012.

DUSSEL, Enrique. **Método para uma filosofia da libertação: superação analética da dialética hegeliana.** Tradução de Jandir João Zanotelli. São Paulo: Loyola, 1986.

- DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Londres: The Belknap Press, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Massachusetts: Harvard University Press, [s.t.].
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. Tradução de Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2008.
- ECO, Umberto. **Semiótica e filosofia da linguagem**. Tradução de Maria de Bragança. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- ELBERT, Carlos Alberto. **Criminologia, ciência e mudança social**. Tradução de Carlos Pereira Thompson Flores e Mariana Chies dos Santos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.
- ELIAS, Norbert. **A sociedade de corte**: investigação sobre a sociologia da realeza e da aristocracia de corte. Tradução de Pedro Sússekin. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.
- ELIAS, Norbert. **Envolvimento e alienação**. Tradução de Álvaro de Sá. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- ELIAS, Norbert. **Introdução à sociologia**. Tradução de Maria Luísa Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2011.
- ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**. Volume 1: Uma história dos costumes. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**. Volume 2: formação do Estado e civilização. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.
- ELIAS, Norbert. **Os alemães**: a luta pelo poder e a evolução do habitus nos

séculos XIX e XX. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

ELIAS, Norbert. **Sobre o tempo**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Tradução de Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 9. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ENGISCH, Karl. **La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal**. Tradução do alemão para o espanhol por José Luis Gusmán Dalbora. Buenos Aires: IBdef, 2006.

ERIBON, Didier. **Michel Foucault**. 2. ed. Tradução do francês para o espanhol por Thomas Kauf. Barcelona: Anagrama, 1999.

ESER, Albin; BURKHARDT, Björn. **Derecho penal**: cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias. Tradução do alemão para o espanhol por Silvina Bacigalupo e Manuel Canció Melia. Madri: Colex, 1995.

ESER, Albin. **La evolución del Derecho penal alemán en las últimas décadas del siglo XX**. Disponível na internet: < [http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3923/pdf/Eser\\_La\\_evolucion\\_del\\_derecho\\_penal.pdf](http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3923/pdf/Eser_La_evolucion_del_derecho_penal.pdf) > Acesso em 14.12.2013.

ESPOSITO, Roberto. **Bios**: biopolítica e filosofia. Tradução de M. Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010.

FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento e finalidade da sanção**: existe um direito de castigar? Tradução de Claudia de Miranda Avena. São Paulo: RT, 2008.

FALCÓN Y TELLA, María José. **Lições de teoria geral do direito**. tradução de Ernani de Paula Contipelli e Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: RT, 2011.

FANDRICH, Alexander. **Das Doppelverwertungsverbot im Rahmen von**

**Strafzumessung und Konkurrenzen.** Berlin: Driesen Verlag, 2010.

FARINA, Juan M. **Justicia:** ficción y realidad. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

FAYE, Emmanuel. **Heidegger:** la introducción del nazismo en la Filosofía: en torno a los seminarios inéditos de 1933-1935. Tradução do francês para o espanhol por Óscar Moro Abadía. Madri: Akal, 2009.

FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado.** 2. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado.** 4. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2013.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e Direito Penal:** a Constituição Penal. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Bien jurídico y sistema del delito:** un ensayo de fundamentación dogmática. Buenos Aires: IBdef, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón:** teoría del garantismo penal. Tradução do italiano para o espanhol por Perfecto Ibañez e outros. Madri: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías:** la ley del más débil. 5. ed. Tradução do italiano para o espanhol por Perfecto Andrés Ibañez e Andrea Greppi. Madri: Trotta, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo:** una discusión sobre derecho y democracia. Tradução do italiano para o espanhol por Andrea Greppi. Madri: Trotta, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales:** debate com Luca Bacelli e outros. 5. ed. Tradução do italiano para o espanhol por Perfecto Ibañez e outros. Madri: Trotta, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris:** teoría del derecho e de la democracia. Volume 3. La sintaxis del derecho. Tradução do italiano para o espanhol por Perfecto Ibañez e outros. Madri: Trotta, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris:** teoría del derecho y de la democracia. Volume 1. Teoría del derecho. Tradução do italiano para o espanhol por

- Perfecto Ibañez e outros. Madri: Trotta, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. Volume 2. Teoría de la democracia. Tradução do italiano para o espanhol por Perfecto Ibañez e outros. Madri: Trotta, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. **Razones jurídicas del pacifismo**. Tradução do italiano para o espanhol por Perfecto Ibañez e outros. Madri: Trotta, 2004.
- FERRANTE, Matteo. **Concorso di norme e concorso di reati nel diritto penale del mercato finanziario**. Tese disponível na internet:<<http://tesi.eprints.luiss.it/6368>> Acesso em 20.01.2013.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2004.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito Constitucional**: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007.
- FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**: o criminoso e o crime. 3. ed. Tradução de Luiz Lemos D'Oliveira. Campinas: Russell Editores, 2009.
- FEUERBACH, Paul Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal**. Tradução do alemão para o espanhol por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.
- FEYERABEND, Paul K. **Adeus à razão**. Tradução de Vera Joscelyne. São Paulo: Editora UNESP, 2010.
- FEYERABEND, Paul K. **Contra o método**. Tradução de Cezar Augusto Mortari. São Paulo: Editora UNESP, 2007.
- FIGAL, Günter. **Martin Heidegger**: fenomenologia da liberdade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- FIGAL, Günter. **Oposicionalidade**: o elemento hermenêutico e a filosofia. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007.
- FIGUEROA, Alfonso García. La incidencia de la derrobatilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de derecho in **Diritto & questioni pubbliche**, n. 3, 2003.
- FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- FINNIS, John. **Fundamentos de ética**. Tradução de Arthur M. Ferreira Neto. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.



- FLETCHER, George P. **Basic concepts of Criminal Law**. Nova Iorque: Oxford University Press of New York, 1998.
- FLETCHER, George P. **Conceptos basicos de Derecho Penal**. Tradução do inglês para o espanhol por Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo blanch, 1997.
- FLETCHER, George P. **Rethinking Criminal Law**. Nova Iorque: Oxford University Press of New York, 2000.
- FONSECA, Jorge Carlos de Almeida. **Crimes de empreendimento e tentativa**. Coimbra: Almedina, 1986.
- FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FOSTER, John. **The immaterial self: a defence of the cartesian dualist conception of the mind**. 2. ed. Nova Iorque: Routledge, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005.
- FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**. 9. ed. Tradução de Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FOUCAULT, Michel. **Eu, Pierre Rivière, que delogei minha mãe, minha irmã e meu irmão**. 7. ed. Tradução de Denise Lezan de Almeida. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2003.
- FOUCAULT, Michel. **História da loucura: na idade clássica**. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2008.
- FOUCAULT, Michel. **Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975)**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 25. ed. Tradução de Raquel Ramallete. São Paulo: Vozes, 1987.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- FREGE, Gottlob. **Lógica e filosofia da linguagem**. 2. ed. Tradução de Paulo Alcoforado. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

- FREITAG, Barbara. **Dialogando com Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.
- FREUD, Sigmund. **A interpretação dos sonhos**. Tradução de Walderedo Ismael de Oliveira. Rio de Janeiro: Imago, 2001.
- FREUD, Sigmund. **O eu e o ID, autobiografia e outros textos (1923-1925)**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936)**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- FREUD, Sigmund. **Observações psicanalíticas sobre um caso de paranoia relatado em autobiografia (o caso Schreber), artigos sobre técnica e outros textos (1911-1913)**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal**. Tradução do alemão para o espanhol por José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: IBdef, 2003.
- FREYRE, Gilberto. **Sociologia: introdução ao estudo dos seus princípios**. São Paulo: É Realizações, 2009.
- FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Tradução do alemão para o espanhol por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2004.
- FRISTER, Helmut. **Derecho penal: parte general**. Tradução do alemão para o espanhol por Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- FROMM, Erich. **O medo à liberdade**. 11. ed. Tradução de Octávio Alves Velho. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1978.
- FROSALI, Raoul Alberto. **Concorso di norme e concorso di reati**. Milão: Dott A. Griuffrè Editore, 1971.
- GADAMER, Hans-Georg. **Hegel, Husserl, Heidegger**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.
- GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva: Heidegger em retrospectiva**. Volume I. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. Tradução de

- Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2009.
- GADAMER, Hans-Georg. **La dialéctica de Hegel**. 8. Ed. Tradução do alemão para o espanhol por Manuel Garrido. Madri: Ediciones Cátedra, 2011.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método - I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 1997.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. 2. ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GAGNEBIN, Jeanne Marie. **História e narração em Walter Benjamin**. São Paulo: Perspectiva, 2009.
- GALLO, Silvia Patricia. **Asociación ilícita y concurso de delitos: análisis de las diferentes posturas sobre el concurso entre el delito de asociación ilícita y los delitos cometidos en cumplimiento de su objeto**. Buenos Aires: Fabín J. Di Plácido Editor, 2003.
- GARAPON, Antoine *et al.* **Punir em democracia: e a justiça será**. Tradução de Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piage, 1998.
- GARCÍA CONLLEDO, Miguel Días y. **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madri: La Ley, 2008.
- GARDNER, John (org.). **Action and value in Criminal Law**. Oxford: Clarendon Press, 2003.
- GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2008.
- GEBAUER, Gunter. **O pensamento antropológico de Wittgenstein**. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2013.
- GIACÓIA JÚNIOR, Oswaldo. **Heidegger urgente: introdução a um novo pensar**. São Paulo: Três Estrelas 2013.
- GIDDENS, Anthony *et al.* **Modernização reflexiva: política, tradição e**

estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Unesp, 1997.

GIDDENS, Anthony. **A constituição da sociedade**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

GIDDENS, Anthony. **O Estado-nação e a violência**: segundo volume de uma crítica contemporânea ao materialismo histórico. Tradução de Beatriz Guimarães. São Paulo: Editora da USP, 2008.

GIDDENS, Anthony. **Política, Sociologia e teoria social**. Tradução de Cibele Saliba Rizek. São Paulo: Editora da Unesp, 1998.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4. ed. Tradução de Sandra Regina Net. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GILES, Thomas Ransom. **História do existencialismo e da fenomenologia**. [s. trad.] São Paulo: EPU, 1989.

GILSON, Étienne. **A filosofia na Idade Média**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

GILSON, Étienne. **El ser y los filósofos**. 5. ed. Tradução do francês para o espanhol por Santiago Fernández Burillo. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, 2009.

GINZBURG, Carlo. **O queijo e os vermes**. Tradução de Maria Betânia Amoroso. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

GINZBURG, Carlo. **Olhos de madeira**: nove reflexões sobre a distância. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.

GIUSTINA, Vasco Della. **O crime continuado**: doutrina, jurisprudência. Porto Alegre: Síntese, 1981.

GLOCK, Hans-Johann. **Dicionário Wittgenstein**. Tradução de Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998.

GLOCK, Hans-Johann. **O que é filosofia analítica?** Tradução de Roberto Hofmeister Pich. Porto Alegre: Artmed, 2011.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2010.

- GOFFMAN, Erving. **Ritual de interação**: ensaios sobre o comportamento face a face. Tradução de Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. Petrópolis: Vozes, 2011.
- GOFFMANN, Erving. **Os quadros da experiência social**: uma perspectiva de análise. Tradução de Gentil A. Tilton. Petrópolis: Vozes, 2012.
- GOLDMAN, Alvin J. **A theory of human action**. New Jersey: Prentice-Hall Inc., 1970.
- GOLDMAN, Alvin L. **Social epistemology**: essential readings. Nova Iorque: Oxford University Press of New York, 2011.
- GOLDSTEIN, Laurence *et al.* **Lógica**: conceitos-chave em filosofia. Tradução de Lia Lewy. Porto Alegre: Artmed, 2007.
- GOLDSTEIN, Rebecca. **Incompletude**: a prova e o paradoxo de Kurt Gödel. Tradução de Ivo Korytowski. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- GOMES, Frederico Barbosa. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: uma visão crítica. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.
- GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: pacto de San José da Costa Rica. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2010.
- GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*). Funções político-criminal e dogmático-interpretativa. O princípio da ofensividade como limite do *ius puniendi*. O princípio da ofensividade como limite do *ius poenale*. São Paulo: RT, 2002.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial**: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Teoria geral da parte especial do Código Penal**. São Paulo: Atlas, 2014.
- GOMEZ MARTIN, Victor. *La doctrina del delictum sui generis: ¿queda algo en pie?* Disponível na internet: < <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-06.pdf> > Acesso em 15.12.2013.
- GONZÁLES, Francisco Galván. **El concurso medial de delitos**: análisis de España y México. Disponível na internet: < [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20120508\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120508_01.pdf) > Acesso em

15.12.2013.

- GONZÁLES, Franciso Galván. **Concurso de delitos**: análisis comparado entre España y México (tese de doutorado orientada por Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Universidad de Salamanca).Disponível na internet: <<http://gredos.usal.es/jspui/handle/10366/108969>> Acesso em 20.05.2013.
- GOULDNER, Alvin W. **La sociología actual**: renovación y crítica. Tradução do inglês para o espanhol por Nestor Miguez. Madri: Alianza Editorial, 1979.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- GRECO, Luis. **Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie**: ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion. Berlin: Duncker & Humblot, 2008.
- GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**: com um adendo. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.
- GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GRONDIN, Jean (org.). **O pensamento de Gadamer**. Tradução de Enio Paulo Giachini. São Paulo: Paulus, 2012.
- GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em Direito Penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: RT, 2005.
- GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo**: estudios de teoría y metateoría del

- Derecho. Tradução do italiano para o espanhol por Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999.
- GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.
- HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. Tradução de César Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Editora UNESP, 2002.
- HAAR, Michel. **Heidegger e a essência do homem**. Tradução de Ana Cristina Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HÄBERLE, Peter. **Os problemas da verdade no Estado Constitucional**. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- HABERMAS, Jürgen; LUHMANN, Niklas. **Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie: Was leistet die Systemforschung?** Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1971.
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber e outros. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **A lógica das ciências sociais**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Tradução de Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Tradução do alemão para o inglês por William Rehg. Massachusetts: MIT Press, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. **Comentários à ética do discurso**. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. 2. ed. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro:

Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Volume II. 2. ed. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e moral.** Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública:** investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. 2. ed. Tradução de Flávio R. Koth. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade:** doze lições. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Obras escolhidas:** volume I. Fundamentação linguística da Sociologia. Tradução do alemão por Lumir Nahodil. Lisboa: Edições 70, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Obras escolhidas:** volume II. Teoria da racionalidade e teoria da linguagem. Tradução do alemão por Lumir Nahodil. Lisboa: Edições 70, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Philosophische Texte.** Band II: Rationalitäts und Sprachtheorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Philosophische Texte.** Band IV: Politische Theorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa:** um ensaio. Tradução de Denilson Luis Werle e outros. São Paulo: Editora da UNESP, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa - I:** racionalidad de la acción y racionalización social. 4. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Manuel Jimenez Redondo. Madri: Taurus, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa - II:** crítica de la razón funcionalista. 4. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Manuel Jimenez Redondo. Madri: Taurus, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo - 1:** racionalidade da ação e racionalização social. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.



- HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo - 2:** sobre a crítica da razão funcionalista. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria e práxis:** estudos de filosofia social. Tradução de Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2013.
- HABERMAS, Jürgen. **Verdad y justificación.** Tradução do alemão para o espanhol por Pere Fabra e Luis Díez. Madri: Trotta, 2011.
- HANNA, Robert. **Kant e os fundamentos da filosofia analítica.** Tradução de Leila Souza Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- HARE, R. M. **The language of morals.** 8. ed. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- HART, Herbert L. A. The Ascription of Responsibility and Rights *in Proceedings of the Aristotelian Society.* vol. 49(1949). Disponível na internet: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/4544455?uid=2&uid=4&sid=21104311038523>> Acesso em 01.05.2014.
- HART, Herbert L.A. **O conceito de Direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HART, Herbert L.A. **Punishment and responsibility:** essays in the philosophy of law. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press of New York, 2009.
- HASSEMER, Winfried. **Direito Penal libertário.** Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal.** Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.
- HAY, Douglas. Property, authority and the criminal law *in* HAY, Douglas *et al.* **Albion's fatal tree:** crime and society in eighteenth-century England. Londres: Verso, 2011.
- HAYEK, Friedrich A. **The constitution of liberty.** Nova Iorque: Routledge Classics, 2006.
- HEFENDEHL, Roland (org). **La teoría del bien jurídico:** ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? Tradução do alemão para o espanhol por Rafael Alcácer e outros. Madri: Marcial Pons, 2007.
- HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem.** 5. ed. Tradução de Márcia

- Sá Schuback. Petrópolis: Vozes, 2011.
- HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. Tradução de Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- HEIDEGGER, Martin. **Le principe de raison**. Tradução do alemão para o francês por André Prèau. Paris: Gallimard, 1962.
- HEIDEGGER, Martin. **Lógica**: a pergunta pela essência da linguagem. Tradução de Maria Adelaide Pacheco e Helga Hooek Quadrado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- HEIDEGGER, Martin. **Ontologia**: hermenéutica de la facticidad. 2. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Jaime Aspiunza. Madri: Alianza Editorial, 2011.
- HEIDEGGER, Martin. **Os conceitos fundamentais da metafísica**: mundo, finitude, solidão. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
- HEIDEGGER, Martin. **Os problemas fundamentais da fenomenologia**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2012.
- HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit**. 19. ed. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 2006.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schubak. Petrópolis: Vozes, 2006.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e verdade**: 1. A questão fundamental da filosofia. 2. Da essência da verdade. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2007.
- HELLER, Agnes. **O cotidiano e a história**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. São Paulo: Paz e Terra, 2008.
- HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Tradução do alemão para o espanhol por José Luis Gusmán Dalbora. Buenos Aires: IBdef, 2005.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. Delitos de peligro con verificación de resultado : concurso de leyes? *in Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madri: Centro de Publicaciones Gran Via, n. 1, v. 47, 1994, p. 111-140.
- HERRERA, José Manuel Palma. **Los actos copenados**. Madri: Dykinson, 2004.

- HERRERO HERRERO, César. **Seis lecciones de criminología**. Madri: Instituto de Estudios de Policía, 1988.
- HERRING, Johathan. **Criminal law: text, cases and materials**. 3. ed. Nova Iorque: Oxford University Press of New York, 2008.
- HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de Filosofia do Direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. 2. ed. tradução de Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes 2003.
- HETTINGER, Michael. **Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen (§46 Abs. 3, 50 StGB)**. Berlim: Duncker & Humblot, 1982.
- HILL, Christopher. **Consciência**. Tradução de Alzira Allegro. São Paulo: Editora da UNESP, 2011.
- HIRSCH, Andrew von. **Censurar y castigar**. Tradução de Elena Larrauri. Madri: Trotta, 1998.
- HIRSCH, Joachim. **Teoria materialista do Estado: processos de transformação do sistema capitalista de Estado**. Tradução de Luciano Cavini Martorano. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- HOERSTER, Norbert. **En defensa del positivismo jurídico**. Tradução do alemão para o espanhol por Ernsto Garzón Valdez. Barcelona: Gedisa, 2000.
- HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. Tradução de Christian Viktor Hamm e Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- HOFMANN, Hasso. **Filosofía del Derecho y del Estado**. Tradução do alemão para o espanhol por Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- HOFSTADTER, Douglas R. **Gödel, Escher, Bach: an eternal golden braid**. A metaphorical fugue on minds and machines in the spirit of Lewis Carroll. Edição comemorativa do 20º aniversário da obra. Nova Iorque: Basic Books, 1999.
- HÖLSCHER, Thomas *et al.* **George Spencer-Brown: eine Einführung in die Laws of Form**. 2. ed. Verlag für Sozialwissenschaften: Wiesbaden 2009.

- HONNET, Axel. **The critique of power**: reflective stages in a critical social theory. Tradução do alemão para o inglês por Kenneth Baynes. Massachusetts: MIT Press, 1991.
- HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. 2. ed. Tradução de Luis Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- HÖPFNER, Wilhelm. **Einheit und Mehrheit der Verbrechen**: eine Strafrechtliche Untersuchung. Berlim: Verlag von Franz Vahlen, 1901.
- HORKHEIMER, Max. **Crítica de la razón instrumental**. 2. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Jacobo Muñoz Veiga, 2010.
- HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien**. Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2011.
- HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Do concurso aparente de normas penais**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007.
- HÖSLE, Vittorio. **O sistema de Hegel**: o idealismo da subjetividade e o problema da intersubjetividade. Tradução de Antônio Celiomar Pinto de Lima. São Paulo: Edições Loyola, 2007.
- HRUSCHKA, Joachim. **Imputación y derecho penal**: estudios sobre la teoría de la imputación. Tradutor não informado. Navarra: Aranzadi-Thompson Reuters, 2005.
- HUIZINGA, Johan. **Homo ludens**. Tradução de João Paulo Monteiro. São Paulo: Perspectiva, 2008.
- HUSAK, Douglas. **Rethinking the act requirement**. Disponível na internet:<[http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/28-6/28.6\\_husak.pdf](http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/28-6/28.6_husak.pdf)> Acesso em 15.12.2013.
- HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**: introdução geral à fenomenologia pura. Tradução de Márcio Suzuki. Aparecida: Ideias & Letras, 2006.
- IGLESIAS, Juan. **Direito romano**. Tradução de Cláudia Miranda Avena. São Paulo: RT, 2011.
- INGRAM, David. **Filosofia do direito**: conceitos-chave em filosofia. Tradução de José Alexandre D. Guerzoni. Porto Alegre: Artmed, 2010.
- JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. 3. ed. rev. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2010.
- JAKOBS, Günther. **A imputação penal da ação e da omissão**. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

- JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general.** Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madri: Marcial Pons, 1997.
- JAKOBS, Günther. **Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad.** Tradução do alemão para o espanhol por Javier Sanchez Vera e outros. Madri: Civitas, 2004.
- JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal.** Tradução de André Luiz Callegari. São Paulo: RT, 2003.
- JAPIASSU, Hilton. **A crise das ciências humanas.** São Paulo: Cortez, 2012.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general.** 5. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Colmares, 2002.
- JOERDEN, Jan C. **Logik im Recht: Grundlagen und Anwendungsbeispiele.** 2. ed. rev. ampl. Heidelberg: Springer, 2010.
- JOHN, Richard E. **Die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen und von der Verbrechenskonzurrenz für Praktiker und Theoretiker.** Berlim: Georg Reimer Verlag, 1860.
- JORGE, Marco Antônio Coutinho. **Fundamentos da psicanálise de Freud a Lacan.** Volume 2. A clínica da fantasia. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- JORGE, Marco Antônio Coutinho. **Fundamentos da psicanálise de Freud a Lacan.** Volume 1. As bases conceituais. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- JUBERT, Ujala Joshi. Unidad de hecho y concurso medial de delitos *in Anuário de Derecho penal e ciências penales.* 1992, p. 613-636.
- JUNG, Carl G. (org.). **O homem e seus símbolos.** 9. ed. Tradução de Maria Lúcia Pinho. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.
- KAC, Mark; ULAM, Stanislaw M. **Mathematics and logic.** Nova Iorque: Dover Publications, 1992.
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** 3. ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- KAUFFMAN, Louis H. **Laws of Form: An Exploration in Mathematics.** Disponível na internet <<http://homepages.math.uic.edu/~kauffman/Laws.pdf>>, acesso em 20.04.2013.

- KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Tradução do alemão para o espanhol por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2006.
- KAUFMANN, Arthur. **Espiral hermenéutica**. Disponível na internet: <[http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/14566/1/PD\\_52\\_12.pdf](http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/14566/1/PD_52_12.pdf)> Acesso em 20.12.2013.
- KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del derecho**. 2. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Luis Villar Borda e Ana María Montoya. Colombia: Universidad Externado, 2002.
- KELLER, Christoph. **Zur tatbestandlichen Handlungseinheit**. Berlim: Duncker & Humblot, 2004.
- KELSEN, Hans. **A justiça e o Direito natural**. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2009.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. Tradução de Alexandre Krug e outros. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- KELSEN, Hans. **Society and nature: a sociological inquiry**. Chicago: The University of Chicago Press, 1943.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 4. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KINDHÄUSER, Urs. **Strafrecht allgemeiner Teil**. 3. ed. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2008.
- KJAER, Poul. Systems in context: on the outcome of the Habermas-Luhmann debate *in* **Ancilla Iuris**, 2006, p. 666-77, disponível na internet: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1489908](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1489908)>, acesso em 25.11.2013.
- KLUG, Ulric. **Lógica jurídica**. Tradução do alemão para o espanhol por J.C. Gardella. Bogotá: Editorial Temis, 2004.
- KLUG, Ulrich. **Problemas de la Filosofía y de la pragmática del Derecho**. Tradução do alemão para o espanhol. Mexico: Fontamara, 1992.
- KÖHLER, August. **Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und**

- Gesetzeskonkurrenz:** eine strafrechtliche Untersuchung. Munique: CH Beck Verlag (reimpressão da Nabu Press), 1900.
- KÖSTER, Mariana Sacher. **Evolución del tipo subjetivo.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras.** 22. ed. Tradução de Paulo Froes. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Ventos, 2011.
- KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do Estado:** os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.
- KRONMAN, Anthony. **Max Weber.** Tradução de John Milton. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- KRUG, August Otto. **Über die Concurrenz der Verbrechen und insbesondere über den Begriff des fortgesetzten Verbrechens nach gemeinem und sächsischem Rechte.** Leipzig, 1842.
- KUHLEN, Lothar. **La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales.** Tradução do alemão ao espanhol por Nuria Pastor Muñoz. Madri: Marcial Pons, 2012.
- KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas.** Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. SP: Perspectiva, 2009.
- KURZ, Robert. **Razão sangrenta:** ensaios sobre a crítica emancipatória da modernidade capitalista e de seus valores ocidentais. Tradução de Fernando R. de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2010.
- KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea.** Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LACAN, Jacques. **Escritos.** Tradução de Inês Oseki-Deprè. São Paulo: Perspectiva, 2008.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LAGIER, Daniel Gonzáles. **Acción y norma en G.H. von Wright.** Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995.
- LAGIER, Daniel González. **Las paradojas de la acción.** 2. ed. Madri: Marcial Pons, 2013.

- LAKOFF, George; JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. 9. ed. Tradução do inglês para o espanhol por Carmen Gonzálves Marín. Madri: Cátedra Teorema, 2012.
- LAMPE, Ernst-Joachim. **La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo**. Tradução de Carlos Gómez-Jara Díez e outros. Lima: Grijley, 2003.
- LANG, Bernd. **Die idealkonkurrenz als Mißverständnis: zur Entwicklung der Konkurrenzen im 19. Jahrhundert**. Berlim: Duncker & Humblot, 2008.
- LAPLACE, Pierre-Simon. **Ensaio filosófico sobre as probabilidades**. Tradução de Pedro Leite de Santana. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 2010.
- LAPORTA, Francisco J. **El imperio de la ley: una visión actual**. Madri: Trotta, 2007.
- LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del Derecho**. Tradutor não informado. Barcelona: Ariel Editora, 2001.
- LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminología crítica**. 2. ed. Madri: Siglo Veintiuno Editores, 2000.
- LAUDAN, Larry. **El estándar de prueba en el proceso penal**. Apresentação e aporte de Edgar R. Aguilera García. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- LAURENTIS, Lucas Catib de. **Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Tradução de Hélio Magri Filho. Petrópolis: Vozes, 2007.
- LEBRUN, Gerard. **A paciência do conceito: ensaio sobre o discurso hegeliano**. Tradução de Silvia Rosa Filho. São Paulo: Unesp, 2006.
- LEFEBVRE, Henri. **La presencia y la ausencia: contribución a la teoría de las representaciones**. Tradução do alemão para o espanhol por Óscar Barahona e Uxoá Doyhamboure. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido**. São Paulo: Atlas, 2013.
- LEVI, Edward H. **Uma introdução ao raciocínio jurídico**. Tradução de Eneida Vieira Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LIARD, L. **Lógica**. 6. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965.



- LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo I. Tradutor não informado. Madri: Editorial Reus, 1852.
- LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II. Tradutor não informado. Madri: Editorial Reus, 1852.
- LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo III. Tradutor não informado. Madri: Editorial Reus, 1852.
- LONERGAN, Bernard. **Insight: um estudo do conhecimento humano**. Tradução de Mendo Castro Henriques e Artur Mourão. São Paulo: É Realizações, 2010.
- LOPARIC, Zeljko. **Heidegger réu: um ensaio sobre a periculosidade da filosofia**. Campinas: Papyrus, 1990.
- LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Volume 1. Das origens à escola histórica. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Volume 2. O século XX. Tradução de Lucas Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Volume 3. Do século XX à pós-modernidade. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento**. 9. ed. rev. ampl. Tradução de Juarez Guimarães e Suzane Felicie Léwy. São Paulo: Cortez, 2009.
- LUCAS, Doglas Cesar; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana L. (orgs.). **Olhares hermenêuticos sobre o Direito: em busca de sentido para os caminhos do jurista**. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2007.
- LUCKMANN, Thomas; BERGER, Peter L. **A construção social da realidade: tratado da sociologia do conhecimento**. 26. ed. Tradução de Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 2006.
- LUHMANN, Niklas. **¿Cómo es posible el orden social?** Tradução do alemão para o espanhol por Pedro Morandé Court. México: Universidad Iberoamericana, 2009.
- LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia**. Tradução do alemão para o espanhol por Josetxo Berian e

Jose María García Blanco. Madri: Trota, 1998.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Javier Torres Naffarete. Mexico: Herder: Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrete. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.

LUHMANN, Niklas. **La moral de la sociedad**. Tradução do alemão para o espanhol Iván Ortega Rodríguez. Madri: Trotta, 2013.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução do alemão para o espanhol por Javier Torres Nafarrete. México: Herder: Universidad Iberoamericana, 2007.

LUHMANN, Niklas. Legal argumentation: an analysis of its form *in* **The modern law review**. Volume 58, n. 3. Tradução do alemão para o inglês por Ian Fraser. Cambridge: Blackwell Publishers, maio de 1995, p. 285-298.

LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**: aportación a la sociología política. Tradução do alemão para o espanhol por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Tradução de Darío Rodríguez Mansilla. México: Herder: Universidad Iberoamericana, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução do alemão para o espanhol por Luz Mónica Talbot. Mexico: Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para una teoría general. Tradução do alemão para o espanhol por Javier Torres Nafarrete. México: Universidad Iberoamericana, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito - I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito - II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Tradução do alemão para o espanhol por Fernando Vallespín. Madri: Alianza Editorial, 2007.

- LUHMANN, Niklas. **Theories of distinction**: redescribing the descriptions of modernity. Tradução do alemão para o inglês por Joseph O'Neil e outros. Stanford: Stanford University Press, 2002.
- LUHMANN, Niklas. What is the case? and What lies behind it? The two Sociologies and the Theory of Society *in* **Sociological Theory**. Tradução do alemão para o inglês por Stephen Fuchs. Volume 12, Julho de 1994, p. 126-139.
- LUIZI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987.
- LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.
- LUKÁCS, Georg. **História e consciência de classe**: estudos sobre a dialética marxista. Tradução de Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- LUKÁCS, Georg. **Para uma ontologia do ser social I**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Boitempo, 2012.
- LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do Direito**. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LYOTARD, Jean-François. **Heidegger e os judeus**. Tradução de Jorge Seixas e Souza. Lisboa: Instituto Piaget, [s.t.].
- LYOTARD, Jean-François. **O inumano**: considerações sobre o tempo. Tradução de Ana Cristina Seabra e Elisabete Alexandre. Lisboa: Estampa, 1989.
- MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** 3. ed. Tradução de Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Edições Loyola, 2008.
- MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio *ne bis in idem* e a Constituição de 1988 *in* **Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União** n. 16, julho-setembro de 2005.

- MAIWALD, Manfred. **Conocimiento del ilícito y dolo en el derecho penal tributário**. Tradução do alemão para o espanhol por Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Ad-hoc, 1997.
- MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem**. Brasília: Editora UnB, 2003.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 4. ed. atual. rev. ampl. São Paulo: RT, 2010.
- MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução de Elisete Paes e Lima e Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2009.
- MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. **Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**. México: Universidad Iberoamericana: Herder, 2008.
- MANTOVANI, Ferrando. **Concorso e conflitto di norme nel Diritto Penale**. Bolonha: Nicola Zanichelli Editore, 1966.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.
- MARINUCCI, **Giorgio**. *El delito como acción: La crítica de un dogma*. Tradução do italiano para o espanhol por José Eduardo Sáinz-Cantero Caparrós. Madri: Marcial Pons, 1998.
- MARMOR, Andrei (org). **Direito e interpretação: ensaios de Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Carlos Borges e outros. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.
- MARTIN, Luis Gracia (org). **Tratado de las consecuencias jurídicas del delito**. Valência: Tirant lo Blanch, 2006.
- MARTÍN, Luis Gracia. **Fundamentos del sistema del Derecho Penal: una introducción a las bases de la dogmática penal del finalismo**. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2011.
- MARTÍNEZ, José Joaquín Urbano. **La legitimidad del Derecho Penal: equilibrio entre fines, funciones y consecuencias**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

- MARX, Karl. **O 18 de Brumário de Louis Bonaparte**. Disponível na internet: < <http://www.marxists.org/portugues/marx/1852/brumario/cap01.htm>>, acesso em 11.11.2013.
- MASLIN, K.T. **Introdução à filosofia da mente**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2009.
- MATA, Norberto J. de la. **Relación concursal entre los delitos de cohecho y prevaricación**. Disponível na internet: < <http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero2/14.pdf>> Acesso em 15.12.2013.
- MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno**. Tradução do italiano para o espanhol por Francisco Javier Ansuátegui Roig e Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 1998.
- MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Atenas, 2001.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre. La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (primera parte) *in lus et praxis*. Vol. 6, n. 2, 2000, p. 295-371, disponível na internet: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19760212>> acesso em 20.11.2013.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre. **Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995**. Disponível na internet: < <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2170521>> Acesso em 15.12.2013.
- MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho penal: parte general**. Volume 2. Tradução da 7ª edição alemã para o espanhol por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.
- MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho penal: parte general**. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Tradução do alemão para o espanhol por Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimon e Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.
- MAUSS, Marcel. **Ensaio de sociologia**. Tradução de Luís João Gaio e J. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2009.

- MAYA, Ricardo Posada. **Aspectos fundamentales del delito continuado**. Granada: Comares, 2012.
- MAYER, Max Ernst. **Derecho penal**: parte general. Tradução do alemão para o espanhol por Sergio Politoff Lifschitz. Buenos Aires: IBdef, 2007.
- MAZZON, Riccardo. **Il concorso di reati e il concorso di persone nel reato**. Padova: CEDAM, 2011.
- MEDINA, José. **Linguagem**: conceitos-chave em filosofia. Tradução de Fernando José R. da Rocha. Porto Alegre: Artmed, 2007.
- MELMAN, Charles. **O homem sem gravidade**: gozar a qualquer preço. Tradução de Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003.
- MELMAN, Charles. **Retorno a Schreber**: seminário 1994-95. Hospital Henri Rousselle - Paris. Tradução de Conceição Beltrão Fleig. Porto Alegre: Editora CMC, 2006.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI - XIX). Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à lei n. 9.868/1999. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à lei 9.882/1999. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de Direito Constitucional. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENEGAT, Marildo. **Estudos sobre ruínas**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2012.
- MERKEL, Adolf. **Derecho penal**: parte general. Tradução do alemão para o espanhol por Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: IBdef, 2006.
- MERKEL, Adolf. **Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen**. Darmstadt: Druck von C.W. Leske, 1862.
- MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. 4. ed.

Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MÉSZÁROS, István. **A crise estrutural do capital**. 2. ed. Tradução de Francisco Raul Cornejo e outros. São Paulo: Boitempo, 2011.

MÉSZÁROS, István. **Estrutura social e formas de consciência II: a dialética da estrutura e da história**. 2. ed. Tradução de Rogério Bettoni. São Paulo: Boitempo, 2011.

MÉSZÁROS, István. **Estrutura social e formas de consciência: a determinação social do método**. 2. ed. Tradução de Francisco Raul Cornejo e outros. São Paulo: Boitempo, 2009.

MÉSZÁROS, István. **O poder da ideologia**. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2004.

MÉSZÁROS, István. **Para além do capital: rumo a uma teoria da transição**. Tradução de Sérgio Lessa e Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2011.

MEZAN, Renato. **Freud: a trama dos conceitos**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

MEZAN, Renato. **Freud: pensador da cultura**. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Tradução do alemão ao espanhol por José Arturo Rodríguez Muñoz. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Vol. 2. Tradução do alemão para o espanhol por José Arturo Rodríguez Muñoz. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. Tradução de Ana Prata. Lisboa: Estampa Editorial, 1988.

MILL, John Stuart. **Utilitarianism, on liberty, considerations on representative government** (edição conjunta). Londres: Everyman, 2001.

MILLER, Alexander. **Filosofia da linguagem**. Tradução de Evandro Luiz Gomes, Christian Marcel de Amorim e Perret Gentil Dit Maillard. São Paulo: Paulus, 2010.

MIR PUIG, Santiago (org.). **Nuevas tendencias en política criminal: una**

- auditoria al Código Penal español de 1995. Buenos Aires: IBdef, 2006.
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Buenos Aires: IBdef, 2004.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I: preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II: Constituição. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo III: estrutura constitucional do Estado. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo V: actividade constitucional do Estado. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI: inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MISES, Ludwig von. **Ação humana**: um tratado de economia. 3. ed. Tradução de Donald Stewart Jr. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010.
- MOCCIA, Sérgio. **El derecho penal entre ser y valor**: función de la pena y sistemática teleológica. Tradução do italiano para o espanhol por Antonio Bonanno. Buenos Aires: IBdef, 2003.
- MODUGNO, Franco. **Interpretazione giuridica**. 2. ed. Padova: CEDAM, 2012.
- MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: fundamentos e limites do Direito penal. São Paulo: RT, 2012.
- MOLINA, Antonio García-Pablos. **Criminología**: una introducción a sus fundamentos teóricos. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- MOLINÉ, José Cid. **Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos**. Disponível na internet: < <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46452.pdf>> Acesso em 15.12.2013.



- MOMMSEN, Teodor. **Derecho penal romano**. Tradução do alemão para o espanhol por P. Dourado. Bogotá: Temis, 1991.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. **Ensaio sobre a lei**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MONTIEL, Juan Pablo (org.). **La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?** Madri: Marcial Pons, 2012.
- MONTIEL, Juan Pablo; LUDENÑA, Lorena Ramírez. **De camareros estudiantes de biología a jueces biólogos: A propósito de la sentencia del BGH sobre los hongos alucinógenos y la deferencia a los expertos en ámbito penal**. Disponível na internet: <<http://www.indret.com/pdf/691.pdf>> Acesso em 03.03.2011.
- MONTIEL, Juan Pablo. **Analogía favorable al reo: fundamentos y límites de la analogía *in bonam partem* en el Derecho penal**. Madri: La Ley, 2009.
- MOORE, Michael S. **Act and crime: the philosophy of action and its implications for criminal law**. Nova Iorque: Oxford University Press of New York, 2010.
- MOORE, Michael S. **Causation and responsibility: an essay in law, morals and metaphysics**. Nova Iorque: Oxford University Press of New York, 2010.
- MOORE, Michael S. **Intention, Responsibility, and the Challenges of Recent Neuroscience**. Disponível na internet: <<http://stlr.stanford.edu/pdf/moore-symposium-draft.pdf>> Acesso em 15.09.2013.
- MOORE, Michael S. **Placing blame: a theory of the criminal law**. Nova Iorque: Oxford University Press of New York, 2010.
- MOORE, Robert Ian. **The formation of a persecuting society: authority and deviance in Western Europe 950-1250**. 2. ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2007.
- MORA, María Narváez. **Wittgenstein y la teoría del derecho: una senda para el convencionalismo jurídico**. Madri: Marcial Pons, 2004.
- MORÁN, Angel Jose Sanz. **El concurso de delitos: aspectos de política legislativa**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1996.
- MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 5. ed. Tradução de

- Dulce Matos. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.
- MORIN, Edgar. **O método: a natureza da natureza**. 2. ed. Tradução de Ilana Heineberg. Porto Alegre: Sulina, 2008.
- MORO, Aldo. **Unità e pluralità di reati: principi**. 2. ed. Padova: CEDAM, 1959.
- MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução de Jefferson Luiz Camarg. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MORTARI, Cezar A. **Introdução à lógica**. São Paulo: Editora UNESP, 2001.
- MOSCOVICI, Serge. **Representações sociais: investigações em psicologia social**. 9. ed. Tradução de Pedrinho A. Guareschi. Petrópolis: Vozes, 2012.
- MOURA, Humberto Fernandes de. Sobre a definição da norma penal aplicável nos casos em que o porte ilegal de arma bem como o disparo de fogo são meios executórios de outros crimes: conflito aparente de leis ou concurso de crimes? *in Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo, n. 46, v. 8, 2007, p. 7-21.
- MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal português**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005.
- MOYA, Carlos J. **The philosophy of action: an introduction**. Cambridge: Polity Press, 1990.
- MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do povo**. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: RT, 2004.
- MÜLLER, Friedrich. **Metodologia de Direito Constitucional**. 4. ed.rev. atual. ampl. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: RT, 2010.
- MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito: introdução à teoria e metodica estruturantes**. 2. ed. rev. atual. ampl. Tradução de Dimitri Dimoulis e outros. São Paulo: RT, 2009.
- MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; CHIESA, Luís Ernesto. **The act requirement as a basic concept of criminal law**. Disponível na internet:<  
<http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1407&context>

=lawfaculty> Acesso em 20.11.2013.

- MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004.
- NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- NAGEL, Ernest; NEWMAN, James R. **A prova de Gödel**. Tradução de Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2012.
- NAGEL, Thomas. **Visão a partir de lugar nenhum**. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- NAVARRETE, Miguel Polaino; POLAINO-ORTS, Miguel. **Cometer delitos con palabras**. Madri: Dykinson, 2004.
- NEVES, A. Castanheira. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- NEVES, Maria Amélia Carreira das. **Semiótica linguística e hermenêutica do texto jurídico**. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.
- NICÁS, Nuria Castelló. **El concurso de normas penales**. Granada: Comares, 2000.
- NIETO, Alejandro. **Crítica de la razón jurídica**. Madri: Trotta, 2007.
- NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência**. Tradução de Antônio Carlos Braga. São Paulo: Editora Escala, [s.t.].
- NIETZSCHE, Friedrich. **Escritos sobre o direito**. Tradução de Noeli Correia de Melo Sobrinho. Rio de Janeiro: Editora da PUC-Rio. São Paulo: Edições Loyola, 2009.
- NINO, Carlos Santiago. **El concurso en el Derecho Penal: criterios para**

clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de una conducta. Buenos Aires: Astrea, 1972.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

NINO, Carlos Santiago. **Los límites de la responsabilidad penal**: una teoría liberal del delito. Buenos Aires: Astrea, 1980.

NOGALES, Inés Olaizola. **El error de prohibición**: especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid: La Ley, 2007.

NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1971.

NORRIS, Christopher. **Epistemologia**: conceitos-chave em filosofia. Tradução de Felipe Rangel Elizalde. Porto Alegre: Artmed, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NÚÑES, Ricardo C. Concurso ideal de delitos *in* **Nuevo pensamiento penal**: revista de derecho y ciencias penales. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 9/12, v. 5, 1976, p. 261-266.

NÚÑEZ, Juan Antonio Martos. **Delitos cualificados pelo resultado en el Derecho Penal español**. Madrid: Bosch Editor, 2012.

OBREGÓN GARCÍA, Antonio. Los llamados concursos de leyes en relación de alternatividad: sentido y contenido de la regla 4ª del artículo 8º del Código Penal. *in* **Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales. Revista da Universidad Pontificia Comilla**. nº 74, maio-agosto 2008, p. 61-85.

OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua criminologia**. Tradução de Sylvia Moretzsohn e Francisco Eduardo Pizzolante. Rio de Janeiro: ICC: Revan, 2004.

OLMO, Rosa del. **Ruptura criminológica**. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1979.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Conceito e método da ciência do Direito**

- Penal.** Tradução de José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: RT, 2002.
- ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Cursos causales irregulares e imputación objetiva.** Buenos Aires: IBdef, 2011.
- ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Ensayos penales.** Madri: Tecnos, 1999.
- ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Estudios sobre el delito de omisión.** 2. Ed. Buenos Aires: IBdeF, 2013.
- ORDEIG, Enrique Gimbernat. **O futuro do Direito Penal: tem algum futuro a dogmática penal?** Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.
- OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico.** Tradução de Paulo Neves, São Leopoldo: Unisinos, 2007.
- OST, François. **O tempo do direito.** Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.
- OTTO, Harro. **Grundkurs Strafrecht: allgemeine Strafrechtslehre.** 7. ed. Berlim: De Gruyter Recht, 2004.
- PADILLA, Remedios Gómez. Concurso de normas y infracciones en el Derecho administrativo sancionador *in* **Revista jurídica de Catilla-La Mancha.** n. 41, 2006, p. 137-160. Disponível na internet:<<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2242569>> Acesso em 20.05.2013.
- PAGÉS, Juan Luis Requejo. **Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente.** Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- PALMA, Maria Fernanda. **Direito Constitucional penal.** Coimbra: Almedina, 2006.
- PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito.** Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PALOMBELLA, Gianluigi. **La autoridad de los derechos: los derechos entre instituciones y normas.** Tradução do italiano para o espanhol por José Calvo Gonzáles e Cristina Monereo Atienza. Madri: Trotta, 2006.
- PAREYSON, Luigi. **Verdade e interpretação.** Tradução de Maria Helena Nery Garcez e Sandra Neves Abdo. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PARSONS, Talcott. **A estrutura da ação social: um estudo de teoria social com especial referência a um grupo de autores europeus recentes.**

- Volume II - Weber. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis: Vozes, 2010.
- PARSONS, Talcott. **A estrutura da ação social**: um estudo de teoria social com especial referência a um grupo de autores europeus recentes. Volume I - Marshall, Pareto, Durkheim. Tradução de Vera Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2010.
- PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003.
- PASQUA, Hervé. **Introdução à leitura do Ser e Tempo de Martin Heidegger**. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- PAVARINI, Massimo. **Punir os inimigos**: criminalidade, exclusão e insegurança. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino dos Santos. Curitiba: ICPC, 2012.
- PAWLIK, Michael. **La libertad institucionalizada**: estudios de filosofía jurídica y Derecho penal. Tradução do alemão Enrique Bacigalupo e outros. Madri: Marcial Pons, 2010.
- PECZENIK, Aleksander. **On law and reason**. 2. ed. [S.l.]: Springer, 2009.
- PEIRCE, Charles Sanders. **Ilustrações da lógica da ciência**. 2. ed. Tradução de Renato Rodrigues Konouchi. Aparecida: Ideias e Letras, 2008.
- PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. 4. ed. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2010.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique. **Concurso de leyes, error y participación en el delito**: un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación. Madri: Civitas, 1991.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. **A concepção significativa da ação**: T.S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do delito. Tradução de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- PÉREZ, María Laura Manrique. **Acción, dolo eventual y doble efecto**: un

análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables. Madri: Marcial Pons, 2012.

PERLOFF, Marjorie. **A escada de Wittgenstein: a linguagem poética e o estranhamento do cotidiano.** Tradução de Elizabeth Rocha Leite e Aurora Fornoni Bernardini. São Paulo: Editora da USP, 2008.

PESSOA Nelson R. **Injusto penal y tentativa.** Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

PESSOA, Nelson R. **Concurso de delitos: teoría de la unidad y pluralidade delictiva.** Volume 1. Concurso de tipos penales. Buenos Aires: Hammurabi, 1996.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais.** Tradução de António Franco e António Francisco de Souza. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINZANI, Alessandro. **Habermas: introdução.** Porto Alegre: Artmed, 2009.

PIZZI, Jovino. **O conteúdo moral do agir comunicativo: uma análise sobre os limites do procedimentalismo.** São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

PLASENCIA, Jose Ulises Hernandez. **Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?** Disponível na internet: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46450>> Acesso em 20.05.2013.

PLATÃO. **A república.** 13. ed. Tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s.t.].

PÖGGELER, Otto. **A via do pensamento de Martin Heidegger.** Tradução de Jorge Telles de Menezes. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica.** Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007.

POPPER, Karl. **A Pobreza do historicismo.** Lisboa: Esfera do Caos, 2007.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos.** Tomo I: o fascínio de Platão. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia; São Paulo: Editora da USP, 1987.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos.** Tomo II: preamar da profecia. Hege, Marx e a colheita. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia; São Paulo: Editora da USP, 1987.

POPPER, Karl. **Conhecimento objetivo.** Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

- POPPER, Karl. **Conjecturas e refutações**. Tradução de Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2006.
- POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. 3. ed. Tradução de Estevão de Rezende Martins e outros. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.
- POSADA, Cristina Villegas de. **La acción moral: explicaciones filosóficas y contrastaciones psicológicas**. Tese apresentada à Universidade de Los Andes. Disponível na internet: < <http://pt.scribd.com/doc/133081511/2008-Villegas-C-La-accion-moral-Explicaciones-filosoficas-y-contrastaciones-psicologicas-Universidad-de-los-Andes> > Acesso em 10.12.2013.
- POSNER, Ricard. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- POULANTZAS, Nicos. **O Estado, o poder, o socialismo**. 4. ed. Tradução por Rita Lima. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- POZO, María de la Palma Álvarez. **El concurso ideal de delitos: tese apresentada à Universidade de Granada sob a orientação de Manuel Cobo del Rosal**. Disponível na internet < <http://hera.ugr.es/tesisugr/16792786.pdf> > Acesso em 20.01.2013.
- PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos**. São Paulo: RT, 2002.
- PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2010.
- PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2011.
- PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança**. São Paulo: RT, 2005.
- PRAMBS, Claudio. ¿Es posible sancionar las lesiones y el homicidio en concurso ideal? *in* **Revista de Derecho (Valparaiso)** n. XXXIV, ano



2010, p. 459-474. Disponível na internet:< <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173616611013>> Acesso em 15.12.2013.

PRECHT, Richard David. **Quem sou eu? E, se sou, quantos sou?** Tradução de Cláudia Abeling. São Paulo: Ediouro, 2009.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas: tempo, casos e as leis da natureza.** 2. ed. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da UNESP, 2011.

PRODI, Paolo. **Uma história da justiça.** Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PROSDOCIMI, Salvatore. **Contributo alla teoria del concorso formale di reati.** Padova: Cedam, 1984.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales:** el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador. 3. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

PUNTEL, Lorenz B. **Estrutura e ser:** um quadro referencial teórico para uma filosofia sistemática. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2008.

PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa.** Tradução de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

PUPPE, Ingeborg. **Causalidad.** Disponível na internet: < [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/puppe.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/puppe.pdf)> Acesso em 15.12.2013.

PUPPE, Ingeborg. **Die Erfolgseinheit, eine verkappte Form der Idealkonkurrenz.** Disponível na internet:< [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2007\\_6\\_144.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2007_6_144.pdf)> Acesso em 11.12.2013.

PUPPE, Ingeborg. **Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen:** logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung. Berlim: Duncker & Humblot, 1979.

PUPPE, Ingeborg. **Strafrechtsdogmatische Analysen.** Bonn: Bonn University Press, 2006.

PUTNAM, Hilary. **O colapso da verdade e outros ensaios.** Tradução de Pablo Rubén Mariconda e Sylvia Gemignari Garcia. Aparecida: Ideias e Letras, 2008.

- QUANTE, Michael. **Hegel's concept of action**. Tradução para o inglês por Dean Moyar. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2004.
- QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- QUINE, Willard van Orman. **De um ponto de vista lógico**. Tradução de Antonio Ianni Segatto. São Paulo: Editora Unesp, 2011.
- QUINE, Willard van Orman. **Palavra e objeto**. Tradução de Sofia Inês Albonoz Stein e Desidério Murcho. Petrópolis: Vozes, 2010.
- QUINODOZ, Jean-Michel. **Ler Freud**: guia de leitura da obra de Sigmund Freud. Tradução de Fátima Murad. Porto Alegre: Artmed, 2007.
- QUIRÓS, Justo Fernando Balmaceda. **Delitos conexos y subsiguientes**: un estudio de la subsecuencia delictiva. Barcelona: Atelier: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2014.
- RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal**. Tradução do alemão para o espanhol por José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: IBdef, 2011.
- RAFFO, Juan Pablo Mañalich. El princípio *ne bis in idem* en el Derecho penal chileno *in Revista de estudios de la Justicia*. n. 15, ano de 2011. Disponível na internet: < [http://web.derecho.uchile.cl/cej/doc/MA%C3%91ALICH%20\\_10.pdf](http://web.derecho.uchile.cl/cej/doc/MA%C3%91ALICH%20_10.pdf)> Acesso em 20.10.2013.
- RANIERI, Silvio. **O crime complexo**. Tradução de Laercio Laurelli. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- RAWLS, John. **A theory of justice**. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, [s.t.].
- RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- RAWLS, John. **Justice as fairness**: a restatement. 3. reimpressão. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.
- RAWLS, John. **Lectures on the history of political philosophy**. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2008.
- RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- RAZ, Joseph. **A moralidade da liberdade**. Tradução de Carlos Henrique de

Oliveira Blecher e Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RAZ, Joseph. **Between authority and interpretation: on the theory of law and practical reason.** Nova Iorque: Oxford University Press of New York, 2009.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos.** Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

RAZ, Joseph. **Razão prática e normas.** Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RAZ, Joseph. **Valor, respeito e apego.** Tradução de Vadim Nikitin. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia.** Volume 1: Antiguidade e Idade Média. 9. ed. Tradutor não informado. São Paulo: Paulus, 2005.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia.** Volume 2: Do humanismo a Kant. 7. ed. Tradutor não informado. São Paulo: Paulus, 2005.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia.** Volume 3: Do romantismo até nossos dias. 7. ed. Tradutor não informado. São Paulo: Paulus, 2005.

REICHENBACH, Hans. **The philosophy of space and time.** Tradução do alemão para o inglês por Maria Reichenbach e John Freud. Nova Iorque: Dover Publications, 1958.

RESWEBER, Jean-Paul. **O pensamento de Martin Heidegger.** Tradução de João Agostinho A. Santos. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

REYNOLDS, Jack. **Existencialismo.** Tradução de Caesar Souza. Petrópolis: Vozes, 2013.

RICOEUR, Paul. **Finitud y culpabilidad.** 2. ed. Tradução do francês para o espanhol por Cristina de Peretti e outros. Madri: Trotta, 2011.

RICOEUR, Paul. **Hermenêutica e ideologias.** Tradução de Hilton Japiassu. Petrópolis: Vozes, 2008.

RICOEUR, Paul. **Teoria da interpretação: o discurso e o excesso de significação.** Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2011.

- RICOUER, Paul. **A metáfora viva**. 2. ed. Tradução de Dion Davi Macedo. São Paulo: Loyola, 2005.
- RIEZU, Antonio Cuerda. **El concurso de delitos en el borrador de anteproyecto de Código Penal de 1990**. Disponível na internet: <[http://www.researchgate.net/publication/257542548\\_El\\_concurso\\_de\\_delitos\\_en\\_el\\_Borrador\\_de\\_Anteproyecto\\_de\\_Codigo\\_Penal\\_de\\_1990](http://www.researchgate.net/publication/257542548_El_concurso_de_delitos_en_el_Borrador_de_Anteproyecto_de_Codigo_Penal_de_1990)> Acesso em 20.11.2013.
- RINGER, Fritz. **A metodologia de Max Weber**: unificação das ciências culturais e sociais. São Paulo: Editora da Usp, 2004.
- RIOS, Rodrigo Sánchez.; LAUFER, Daniel. Apontamentos a respeito do concurso de crimes e do conflito aparente de normas: a regra do antefato e do pós-fato coapenado no âmbito dos delitos econômicos *in* FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (org.). **Direito penal econômico**: questões atuais. São Paulo: RT, 2011.
- RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade da leis penais**: teoria e prática. Tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2005.
- RIVERO, Carmen Gómez. **El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio**: especial referencial a la responsabilidad del funcionario concedente. Valência: Tirant lo Blanch, 2000.
- ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Controle difuso de constitucionalidade da norma penal**: reflexões valorativas. São Paulo: Premier Máxima, 2008.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- RODRIGUES, Vasco. **Análise económica do Direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007.
- RODRÍGUEZ, Ramón. **Hermenéutica y subjetividad**. 2. ed. ampl. Madri: Trotta, 2010.
- ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: Unisinos, 2002.
- ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.
- RORTY, Richard. **Cuidar la libertad**. Tradução de Sonia Arribas. Madri:

- Trotta, 2005.
- RORTY, Richard. **Ensaio sobre Heidegger e outros**. Tradução de Eugénia Antunes. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- ROSA, Fábio Bittencourt da. Lei n. 7.492/ 86 e o concurso aparente de leis *in* **Revista da AJUFE**. Brasília, n. 79, v. 23, 2005. 205-211.
- ROSENZWEIG, Franz. **Hegel e o Estado**. Tradução de Ricardo Timm de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2008.
- ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 2. ed. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007.
- ROSS, Alf. Finalidad del castigo *in* CARRIÓ, Genaro (org.). **Derecho, filosofía y lenguaje**. Buenos Aires: Astrea, p. 151-192, 1976.
- ROSSI, Paolo. **A ciência e a filosofia dos modernos**. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora da UNESP, 1992.
- ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht**. 5. ed. ampl. Berlim: CF Müller Verlag, 2006.
- ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en Derecho penal**. 7. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2000.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal: Tomo I. Fundamentos**. La estructura de la teoría del delito. Tradução do alemão para o espanhol por Diego-Manuel Luzón Peña e outros. Madri: Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen *in* **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. Tradução do alemão para o espanhol por Manuel Cancio Meliá. Disponível na internet: <<http://criminet.ugr.es/recpc>> Acesso em 14.01.2014.
- ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil: Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat**. Munique: Verlag CH Beck, 2003.
- ROXIN, Claus. **Strafrecht allgemeiner Teil**. Band I: Grundlagen. Der Aufbau

- der Verbrechenslehre. 4. ed. Munique: Verlag C.H. Beck, 2006.
- ROXIN, Claus. **Teoría del tipo penal**: tipos abiertos y elementos del deber jurídico. 2. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: IBdef, 2014.
- ROZITCHENER, León. **Freud e o problema do poder**. Tradução de Marta Maria Okamoto e Luiz Gonzaga Braga Filho. São Paulo: Escuta, 1989.
- RUDSTEIN, David S. **Double jeopardy**: a reference guide to the United States Constitution. Westport: Praeger, 2004.
- RUGGIERO, Vincenzo. **Crime and markets**: essays in anti-criminology. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004.
- RUSSELL, Bertrand. **Introdução à filosofia matemática**. Tradução de Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.
- RYLE, Gilbert. **The concept of mind**. Edição do 60º aniversário. Nova Iorque: Routledge, 2009.
- SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SABADELL, Ana Lúcia. **Tormenta juris permissione**: Tortura e processo penal na Península Ibérica (séculos XVI – XVIII). Rio de Janeiro: ICC: Revan, 2006.
- SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger**: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. Tradução de Lya Lett Luft. São Paulo: Geração Editorial, 2000.
- SALANSKIS, Jean-Michel. **Heidegger**. Tradução de Evandro Nascimento. São Paulo: Estação Liberdade, 2011.
- SALES, Gabrielle Bezerra. **Teoria da norma constitucional**. Barueri: Manole, 2004.
- SÁNCHEZ, Juan Marcos Rivero. **Episteme y derecho**: una exploración jurídico-penal. Granada: Comares, 2004.
- SANCHO, Jesús Conill. **Ética hermenéutica**: crítica desde la facticidad. 2. ed. Madri: Tecnos, 2010.
- SANCINETTI, Marcelo A. **Casos de derecho penal**: parte general. Volume 2. Teoría del hecho punible. Delito doloso de comisión. 3. ed. rev. ampl.

Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

SANCINETTI, Marcelo A. **Teoría del delito y disvalor de acción:** Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

SANTO AGOSTINHO. **Confissões.** 21. ed. Tradução de J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o Direito e a política na transição paradigmática. Volume 1. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Sociología jurídica crítica:** para un nuevo sentido común en el Derecho. Tradução do português para o espanhol por Carlos Lema Añón. Madri: Trotta, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências.** 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O crime de colarinho branco:** da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical.** 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível.** 4. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica.** Disponível na internet: <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade\\_penal\\_juridica.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade_penal_juridica.pdf)> Acesso em 14.05.2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena:** fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2005.

- SANTOS, Mário Ferreira dos. **Tratado de simbólica**. São Paulo: É Realizações, 2007.
- SCHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidade; direito positivo, jurisprudência e outros estudos de direito criminal**. São Paulo: RT, 2002.
- SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: RT, 2004.
- SCHIFFRIN, Leopoldo. Algunas reflexiones sobre el concurso ideal *in* **Nuevo pensamiento penal: revista de derecho y ciencias penales**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, n. 3, v. 1, 1972, p. 409-419.
- SCHLEIDER, Tobías J. **Acción y resultado: un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal**. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich D.E. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. 8. ed. Tradução de Celso Reni Braida. Petrópolis: Vozes, 2010.
- SCHLUCHTER, Wolfgang. **Paradoxos da modernidade: cultura e conduta na teoria de Max Weber**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da UNESP, 2011.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. Concurso aparente de normas penais *in* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n. 33, jan./mar. 2001.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. Concurso aparente de normas penais *in* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, ano 9, n.º 33, jan.-mar. 2001, p. 68-100.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.
- SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Tradução de Fábio Ribeiro. Petrópolis: Vozes, 2012.
- SCHMITT, Carl. **O conceito do político. Teoria do partisan**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.
- SCHNEEWIND, J.B. **A invenção da autonomia**. Tradução de Magda França Lopes. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones críticas sobre la situación**



**espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana.** Tradução do alemão para o espanhol por Manuel Cancion Meliá. Bogotá: Univesidad Externado da Colombia, 1998.

SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del Derecho penal:** cuestiones fundamentales. 2. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Jesús María Silva Sánchez. Buenos Aires: IBdef, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** Tradução de Luis Greco e outros. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia.** Tradução do alemão para o espanhol por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2009.

SCHUTZ, Alfred. **Sobre fenomenologia e relações sociais.** Tradução de Raquel Weiss. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

SEARLE, John R. **Making the social world:** the structure of human civilization. Nova Iorque: Oxford Press of New York. 2009.

SEARLE, John R. **Mente, linguagem e sociedade:** filosofia no mundo real. Tradução de F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

SEARLE, John. **Consciência e linguagem.** Tradução de Plínio Junqueira Smith. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SEARLE, John. **Expressão e significado:** estudos da teoria dos atos de fala. Tradução de Ana Cecília G. A de Camargo e Ana Luíza Marcondes Garcia. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SEARLE, John. **Intencionalidade.** Tradução de Júlio Fischer e Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SEARLE, John. **Liberdade e neurobiologia:** reflexões sobre o livre-arbítrio, a linguagem e o poder político. Tradução de Constância Maria Egrejas Morel. São Paulo: Editora Unesp, 2007.

SELL, Carlos Eduardo. **Sociologia clássica:** Marx, Durkheim e Weber. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

SEMER, Marcelo. **Crime impossível e a proteção aos bens jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2002.

SENEDA, Marcos César. **Max Weber e o problema da evidência e da**

- validade nas ciências empíricas da ação.** Campinas: Editora da Unicamp, 2008.
- SFEZ, Lucien. **Crítica da comunicação.** Tradução por Serafim Ferreira. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.
- SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política.** Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **El delito de omisión: concepto y sistema.** 2. ed. Buenos Aires: IBdef, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal contemporâneo.** Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Normas y acciones en Derecho penal.** Buenos Aires: Hammurabi, 2013.
- SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição.** São Paulo: RT, 2003.
- SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão.** Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2003.
- SILVA, Jorge Vicente. **Gestão fraudulenta, apropriação e desvio de recursos: crime único ou concurso de crimes?** Disponível na internet: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao014/Jorge\\_Silva\\_old.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao014/Jorge_Silva_old.htm)> Acesso em 05.12.2013.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o razoável *in* **Revista dos Tribunais.** volume 798, 2002, p. 23-50.
- SILVESTRONI, Mariano H. **Teoría constitucional del delito.** Buenos Aires: Del Puerto, 2004.
- SIMMEL, Georg. **Questões fundamentais da sociologia.** Tradução de Pedro Caldas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.
- SKINNER, Burrhus Frederic. **Ciência e comportamento humano.** 11. ed.

- Tradução de João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- SKINNER, Burrhus Frederic. **Sobre o behaviorismo**. 10. ed. Tradução Maria da Penha Villalobos. São Paulo: Cultrix, 2006.
- SKINNER, Quentin. **Visions of politics**. Volume I: Regarding method. Nova Iorque: Cambridge University Press of New York, 2002.
- SKINNER, Quentin. **Visions of politics**. Volume II: Renaissance virtues. Nova Iorque: Cambridge University Press of New York, 2009.
- SKINNER, Quentin. **Visions of politics**. Volume III: Hobbes and civil science. Nova Iorque: Cambridge University Press of New York, 2009.
- SLOTERDIJK, Peter. **Crítica de la razón cínica**. Tradução do alemão para o espanhol por Miguel Ángel Vega Cernuda. Madri: Siruela, 2011.
- SOARES MARTÍNEZ. **Filosofia do Direito**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- SOARES, Rafael Junior. Do conflito aparente de normas entre os artigos 4º e 16 da Lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional *in* **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: Ibccrim, n. 217, v. 18, 2010, p. 17-18.
- SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. **Imposturas intelectuais: o abuso da Ciência pelos filósofos pós-modernos**. 4. ed. Tradução de Max Altman. São Paulo: Editora Record, 2010.
- SOKOLOWSKI, Robert. **Introdução à fenomenologia**. Tradução de Alfredo de Oliveira Moraes. São Paulo: Edições Loyola, 2000.
- SOLA DUEÑAS, Ángel de. Concurso real de delitos y cumplimiento de las penas *in* **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madri: Centro de Publicaciones Gran Via, n. 1, v. 47, 1994. 279-298.
- SOUZA, Artur César de. **A decisão do juiz e a influência da mídia: ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para processo penal e civil**. São Paulo: RT, 2010.
- SPECTER, Matthew G. **Habermas: an intellectual biography**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- SPENCER-BROWN, George. **Laws of form**. Leipzig: Bohmeier Verlag. 1999.
- SPROVIERO, Mário Bruno. A verdade e a evidência: estudo introdutório *in* AQUINO, Tomás de. **Verdade e conhecimento**. Tradução, estudo introdutório e notas de Luiz J. Lauand e Mário Bruno Sproviero. 2. ed.

São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 81-131.

STEGMÜLLER, Wolfgang. **A filosofia contemporânea**: introdução crítica. 2. ed. Tradução de Adaury Fiorotti e Edwino A. Royer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

STEIN, Edith. **La filosofía existencial de Martin Heidegger**. Tradução do alemão para o espanhol por Rosa M. Sala Carbó. Madri: Minima Trotta, 2010.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010.

STRATENWERTH, Günter. **Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho Penal**. 2. ed. Tradução do alemão para o espanhol por Marcelo A. Sancinetti e Patrícia S. Ziffer. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Compreender Direito**: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: RT, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto? Decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STÜBINGER, Stephan. **Das idealisierte Strafrecht**. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann Verlag, 2008.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. Concurso de delitos: propuesta de regulación con vista a un Código penal europeo *in* TIEDEMANN, Klaus; NIETO MARTÍN, Adán (org.). **Eurodelitos**: el Derecho Penal económico en la Unión Europea. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, p. 59-64.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

- SZTOMPKA, Piotr. **A sociologia da mudança social**. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.
- TAGLE, Horacio A. Carranza. **Introducción al concurso de delitos: criterios sobre unidad y pluralidad delictiva**. Buenos Aires: IBdef, 2011.
- TARDE, Gabriel. **Monadologia e sociologia e outros ensaios**. Tradução de Paulo Neves. [s.l.]: Cosacnaify, [s.t.].
- TARSKI, Alfred. **A concepção semântica da verdade**. Tradução de Celso Braida [et al.]. São Paulo: Editora UNESP, 2007.
- TARSKI, Alfred. **Introduction to logic and to the methodology of deductive sciences**. Tradução para o inglês por Olaf Helmer. Nova Iorque: Dover Publications, 1995.
- TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 4. ed. Tradução do italiano para o espanhol por Jordi Ferrer Beltrán. Madri: Trotta, 2011.
- TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- TAVARES, Juarez. **Direito penal da negligência**. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- TAYLOR, Charles. **As fontes do self: a construção da identidade moderna**. 3. ed. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Loyola, 2011.
- TAYLOR, Charles. **Uma era secular**. Tradução de Luzia Araújo e Nélcio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.
- TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (org.). **Criminologia crítica**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.
- TERRAGNI, Marco Antonio. **El delito culposo**. Buenos Aires: Rubinzal, [s.t.].
- THIELE, Leslie Paul. **Martin Heidegger e a política pós-moderna: meditações sobre o tempo**. Tradução de Ana Matoso Mendes. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- THOMAS, Keith. **O homem e o mundo natural: mudanças de atitudes em**

relação às plantas e aos animais. Tradução de João Roberto Martins Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

THORNTON, Tim. **Wittgenstein: sobre linguagem e pensamento**. Tradução de Alessandra Siedschlog Fernandes e Rogério Bettoni. São Paulo: Loyola, 2007.

TIEDEMANN, Klaus. **Constitución y Derecho Penal**. Separata da Revista Española de Derecho Constitucional. Tradução de Luiz Arroyo Zapatero. Setembro-dezembro de 1991. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 145-171.

TORRES, Margarida Roig. **El concurso ideal de delitos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento**. 2. ed. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TRACOGNA, Carla. **In ne bis in idem e i conflitti di giurisdizione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia**. Tese disponível na internet: <<http://paduaresearch.cab.unipd.it/3478>> Acesso em 20.01.2013.

TRAUCZYNSKI, Nicole. **Gestão fraudulenta e concurso de normas na lei dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo em 18 de janeiro de 2014. Inédita.

TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. 3. ed. Vol. 1. Nova Iorque: Foundation Press, 2000.

TRIBE, Lawrence; DORF, Michael. **Hermenêutica constitucional**. Tradução de Amarílis de Souza Birchall. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TRINDADE, André. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. Tradução de Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. Concurso formal de crime: unidade de ação e pluralidade de infrações *in* **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. n. 41, v. 11. São Paulo: RT, 2003. 257-267.

TUGENDHAT, Ernst. **Lições introdutórias á filosofia analítica da linguagem**. Tradução de Ronai Rocha. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006.

TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre ética**. 5. ed. rev. Tradução do grupo de

- doutorandos em filosofia da UFRGS. Petrópolis: Vozes, 1996.
- UNAMUNO, Miguel de. **Del sentimiento trágico de la vida**. Madri: Alianza Editorial, 2011.
- VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regra, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- VALLE, Bortolo; OLIVEIRA, Paulo Eduardo de. **Introdução ao pensamento de Karl Popper**. Curitiba: Editora Champagnat, 2010.
- VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010.
- VASCONCELLOS, Maria José Esteves. **Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência**. 9. ed. Campinas: Papyrus, 2002.
- VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- VATTIMO, Gianni. **Diálogo com Nietzsche**. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Tradução de João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valência: Tirant lo Blanch, 2008.
- VERVAELE, John. **El principio de non bis in idem en Europa**. Disponível na internet: < [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/vervaele\\_def.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/vervaele_def.pdf)> Acesso em 15.12.2013.
- VICO, Giambattista. **Ciência nova**. Tradução de Jorge Vaz de Carvalho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- VIGOTSKI, L.S. **A construção do pensamento e da linguagem**. Tradução de Paulo Bezerra. São Paulo: Editora da UNESP, 2010.
- VILLANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de Direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005.
- VILLAVERDE, Marcelino Agis. **Paul Ricoeur: a força da razão compartilhada**. Lisboa: Instituto Piaget, 2004.
- VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Stéphane Rials. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- VINAGRE, Nuno. **Da reforma dogmática do concurso de crimes: o**

repensar à luz do complexo sistema dialéctico entre o crime de coacção sexual e o crime de violação. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. **Derecho e interpretación:** elementos de teoría hermenéutica del derecho. Tradução do italiano para o espanhol por Ana Cebeira e outros. Madri: Dykinson, 2007.

VIVES ANTÓN, Tomás. **Fundamentos del sistema penal:** acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

VOLK, Klaus; BOCKELMANN, Paul. **Direito penal:** parte geral. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

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

WALTON, Douglas N. **Lógica informal.** 2. ed. Tradução de Ana Lúcia R. Franco e Carlos A. L. Salum. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

WALZER, Michael. **Da tolerância.** Tradução de Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça:** uma defesa do pluralismo jurídico. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALZER, Michael. **Política e paixão:** rumo a um liberalismo mais igualitário. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WEBER, Max. **Ciência e política:** duas vocações. Tradução de Octany Silveira da Mora e Leonidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, [s.t.].

WEBER, Max. **Conceitos sociológicos fundamentais.** 3. ed. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2009.

WEBER, Max. **Economia e sociedade - volume 1:** fundamentos da sociologia compreensiva. 4. ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Unb, 2000.

WEBER, Max. **Economia e sociedade - volume 2:** fundamentos da sociologia compreensiva. 4. ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Unb, 2004.

WEBER, Max. **Ensaio de sociologia.** 5. ed. Tradução de Waltensir Dutra,



- Rio de Janeiro: LTC, 2008.
- WEBER, Max. **Ensaio sobre a teoria das ciências sociais**. Tradução de Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2003.
- WEBER, Max. **O direito na economia e na sociedade**. Tradução de Marsely de Marco Martins Dantas. São Paulo: Ícone, 2011.
- WEGSCHEIDER, Herbert. **Echte und scheinbare Konkurrenz: zu materiellrechtlichen und prozessualen Fragen des Zusammentreffens strafbarer Handlungen (§28 StGB)**. Berlim: Duncker & Humblot, 1980.
- WEINMANN, Amadeu de Almeida. **Princípios de Direito Penal**. 2. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- WEINREB, Lloyd L. **A razão jurídica**. Tradução de Bruno Costa Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Tradução do alemão para o espanhol por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.
- WELZEL, Hans. La doctrina de la acción finalista, hoy *in* **ADPCP, T. XXI**, Fasc. II, Maio-Agosto 1968, p. 221-230.
- WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2001.
- WERLE, Gerhard. **Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung**. Duncker & Humblot, 1981.
- WHITEHEAD, Alfred North. **Simbolismo: o seu significado e efeito**. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, [s.t.].
- WILLIAMS, Bernard. **Moral luck: philosophical papers 1973-1980**. Londres: Cambridge University Press, [s.t.].
- WILLIAMS, Bernard. **En el principio era la acción: realismo y moralismo en el argumento político**. Tradução do inglês para o espanhol por Adolfo García de la Sierra. México: Fondo de Cultura Económica, 2012.
- WILLIAMS, Bernard. **The actus reus of dr. Caligari**. Disponível na internet: <[http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3621&context=penn\\_law\\_review](http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3621&context=penn_law_review)> Acesso em 14.01.2014.
- WILLIAMS, Kenneth C.; MORTON, Rebecca B. **Experimental political science and the study of causality: from nature to the lab**. Nova Iorque: Cambridge Press of New York, 2010.

- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Gramática filosófica**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Edições Loyola, 2003.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 2. ed. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico. Investigações filosóficas** (edição conjunta). 2. ed. Tradução de M. S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.
- WOJTYLA, Karol. **Persona y acción**. Tradução do polonês para o espanhol por Rafael Mora. Madri: Ediciones Palabra, 2011.
- WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. **El sistema integral del Derecho Penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Tradução do alemão para o espanhol por Guilherme Benloch Petit e outros. Madri: Marcial Pons, 2004.
- WOOD, Allen W. **Kant: introdução**. Tradução de Delamar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2008.
- WOOD, Allen W. **Kant's ethical thought**. Nova Iorque: Cambridge University Press of New York, 1999.
- WRIGHT, Georg Henrik von. **Explicación y comprensión**. Tradução de Luis Vega Reñón. Madri: Alianza Editoria, 1979.
- WRIGHT, Georg Henrik von. **Norma y Acción: una investigación lógica**. Madri: Editorial Tecnos, 1970.
- WRIGHT, Georg Henrik von. **Sobre la libertad humana**. Tradução do inglês para o espanhol por Antonio Canales Serrano. Barcelona: Paidós, 2002.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Tradução para o espanhol por Arantxa Azurza. Madri: Civitas, 2001.
- XIBERRAS, Martine. **As teoria da exclusão: para uma construção do imaginário do desvio**. Tradução de José Gabriel Rego. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: ICC: Editora Revan, 2002.
- YOUNG, Jock. **The criminological imagination**. Malden: Polity Press, 2011.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito Penal brasileiro**. Primeiro volume: Teoria geral do Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito Penal brasileiro**. Segundo volume: Teoria do delito, introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 4. ed. Tradução de Vania Romano Pedrosa e outro. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: IBdef, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: ICC: Revan, 2007.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Tradução de Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 7. ed. Tradução do italiano para o espanhol por Mariana Gascón. Madri: Trotta, 2007.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y Constitución**. Tradução do italiano para o espanhol por Migual Carbonell. Madri: Minima Trotta, 2005.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principios y votos**: el Tribunal Constitucional y la política. Tradução do italiano para o espanhol por Manuel Martínez Neira. Madri: Minima Trotta, 2008.
- ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (org.). **El principio de *ne bis in idem* en el Derecho penal europeo e internacional**. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007.
- ZARADER, Marlène. **Heidegger e as palavras de origem**. Tradução de João Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- ZILIO, Jacson. **Legítima defensa**: las restricciones ético-sociales a partir de los fines preventivos y garantísticos del derecho penal. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2011.
- ZILLES, Urbano. **Teoria do conhecimento e teoria da ciência**. São Paulo: Paulus, 2005.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do direito**. Tradução de António Franco e António Francisco de Souza. São Paulo: Saraiva, 2012.