

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GUILHERME HENRIQUE GONÇALVES

A PRETENSÃO DE RELEVÂNCIA DO TIPO DE AÇÃO DE ASSOCIAÇÃO
CRIMINOSA: UMA CRÍTICA AOS FUNDAMENTOS DO INJUSTO PENAL DOS
DELITOS DE ORGANIZAÇÃO

CURITIBA

2023

GUILHERME HENRIQUE GONÇALVES

A PRETENSÃO DE RELEVÂNCIA DO TIPO DE AÇÃO DE ASSOCIAÇÃO
CRIMINOSA: UMA CRÍTICA AOS FUNDAMENTOS DO INJUSTO PENAL DOS
DELITOS DE ORGANIZAÇÃO

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato

CURITIBA

2023

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Gonçalves, Guilherme Henrique

A pretensão de relevância do tipo de ação de associação criminosa: uma crítica aos fundamentos do injusto penal dos delitos de organização / Guilherme Henrique Gonçalves. – Curitiba, 2023.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientador: Paulo César Busato.

1. Crime organizado. 2. Linguagem - Filosofia. 3. Direito penal. 4. Delito. 5. Crime. I. Busato, Paulo César. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia seis de março de dois mil e vinte e três às 14:00 horas, na sala 315 - Sala Lamartine - 3º Andar e Sala Virtual, Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **GUILHERME HENRIQUE GONÇALVES**, intitulada: **A PRETENSÃO DE RELEVÂNCIA DO TIPO DE AÇÃO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA: Uma crítica aos fundamentos do injusto penal dos delitos de organização**, sob orientação do Prof. Dr. PAULO CESAR BUSATO. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: PAULO CESAR BUSATO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), FABIO DA SILVA BOZZA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL DA BAHIA), PRISCILLA PLACHA SA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, PAULO CESAR BUSATO, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora. Observações: A Banca, por unanimidade, faz recomendação de publicação do trabalho apresentado.

CURITIBA, 06 de Março de 2023.

Assinatura Eletrônica

17/03/2023 08:58:09.0

PAULO CESAR BUSATO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

07/03/2023 11:40:19.0

FABIO DA SILVA BOZZA

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL DA BAHIA)

Assinatura Eletrônica

20/03/2023 11:28:48.0

PRISCILLA PLACHA SA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **GUILHERME HENRIQUE GONÇALVES** intitulada: **A PRETENSÃO DE RELEVÂNCIA DO TIPO DE AÇÃO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA: Uma crítica aos fundamentos do injusto penal dos delitos de organização**, sob orientação do Prof. Dr. PAULO CESAR BUSATO, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 06 de Março de 2023.

Assinatura Eletrônica

17/03/2023 08:58:09.0

PAULO CESAR BUSATO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

07/03/2023 11:40:19.0

FABIO DA SILVA BOZZA

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL DA BAHIA)

Assinatura Eletrônica

20/03/2023 11:28:48.0

PRISCILLA PLACHA SA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Como tudo que fiz, faço e farei, dedico este trabalho aos meus pais, GILMAR GONÇALVES e DÉBORA MELO FERREIRA, bem como à minha querida avó (*in memoriam*), DINAIR MARIA DE MELO FERREIRA.

Com carinho, pelos sorrisos.

AGRADECIMENTOS

Estou cada vez mais certa de que o paraíso são os outros. Vi num livro para adultos. Li só isso: o paraíso são os outros. A nossa felicidade depende de alguém. Eu compreendo bem.

A pequena Halla, de Valter Hugo Mãe

Considero-me alguém de muitos privilégios. Emprego a palavra privilégio, porém, não com o sentido de alguém que possui recursos econômico-financeiros em abundância, ao contrário disso, o uso deste substantivo transmite – em seu jogo de linguagem – o sentido de alguém que tem muito a agradecer a muitas pessoas.

Em primeiro lugar, aos meus pais. Gilmar Gonçalves e Débora Melo Ferreira, por terem dedicado o amor e carinho em graus muito mais elevados do que qualquer filho poderia esperar. Com vocês, a vida tem sentido. Sem vocês, eu não seria nada.

Em similar extensão, agradeço a Ana Luíza de Souza Andretta, a Nely Renata Andretta Chamone Santiago e a Vera Lúcia de Souza Andretta. Namorada, enteada e sogra que sempre me apoiaram e incentivaram na realização do mestrado e, sobretudo, na feitura deste trabalho. Sem o seu apoio, nada disso seria possível. Serei eternamente grato.

Também ao meu amigo-irmão, Christian Vieira Martins, com quem partilho os mais estreitos laços de amizade há mais de vinte e três anos. Que a força esteja com você.

Durante o mestrado, fiz muitos amigos e aproximei-me de tantos outros. A jornada, certamente, ficou mais leve com as vossas presenças. Desse modo, agradeço aos amigos Rhayssam Poubel de Alencar Arraes, a Roberta Martinic Cauduro, a Mariana Cesto, a Giulia Helena, Samuel Ebel Braga Ramos, a Pedro Franco Athayde, a Rodrigo Batalha, a César Collin Lavallo, a Rodrigo Cavagnari, a Bruno Cortez, Eduardo Dallagnol, Paulo Henrique Helene e tantos outros.

Ainda durante a pós-graduação, tive a alegria de integrar a melhor gestão da história do corpo discente do Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR, da Universidade Federal do Paraná, cujos grandes feitos – a contribuição para a aprovação das cotas no PPGD/UFPR, os constantes eventos acadêmicos de expressão nacional, a publicação de obras em homenagem à rica história da nossa pós-graduação etc. – falam por si. Nominalmente, agradeço aos amigos Nicole Nogueira, Pablo Ademir de

Souza, Ramon Bentivenha, Eduardo Borges Espínola Araújo, Laíse Barbosa, Karina Meirelles, Jaqueline Maccoppi, Erick Nakamura, Ronaldo Silva, Rafaela Faccio, Emmanuella Denora e Lincoln Zanardine.

No âmbito acadêmico, da mesma forma, vários foram os gigantes sobre os ombros dos quais eu me apoiei para enxergar mais longe na redação desta dissertação.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Paulo César Busato, quem confiou na minha proposta e carregou esta pesquisa como se fosse sua, porque também o é, uma vez que todo aquele que se interessa pela Conceção Significativa do Delito deve algo ao mestre e à sua vasta experiência em matéria penal. Além de todos esses predicados, permita-me o registro, é um bom homem.

Aos Professores Doutores Priscilla Placha Sá e Fábio da Silva Bozza, por seus imprescindíveis apontamentos no ato da minha Defesa. Certamente, a pesquisa ganhou muito com cada uma de vossas contribuições. O olhar crítico e experimentado ao trabalho serviu de guia para ajustar cada um dos pontos de fragilidade do que aqui está escrito. Muito obrigado.

Ao Prof. Luiz Renato Skroch Andretta, minha maior referência em dogmática penal, sobretudo por ter se dedicado, nos seus mais de trinta anos de magistério, a transmitir aos seus alunos o que há de mais sofisticado em termos de Direito penal. O interesse pelo sistema de imputação, certamente, brotou de suas magníficas aulas e ganhou musculatura com a amistosidade do dia a dia partilhado no escritório. Para além de um grande professor, é também uma pessoa de grande caráter e generosidade.

Sem sombra de dúvidas, a minha formação acadêmica – e a conclusão deste trabalho – deve muito ao Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos e ao Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC. Não só pela bolsa de estudos que me concedeu logo após sair da graduação, mas também por toda a dedicação com que leciona aos seus estudantes. Das suas lições, levo muito aos meus próprios alunos.

Também quero agradecer aos meus companheiros no Grupo de Estudo Massimo Pavarini – GEMP, do qual sou também coordenador-adjunto junto aos amigos e Professores Doutores Jacson Zílio e Fábio Bozza. As discussões travadas neste grupo de pesquisa contribuíram, e muito, para solidificar o que penso sobre o sistema de imputação, sobre o poder punitivo e sobre a criminologia crítica.

Agradeço, enfim, a todos os meus alunos.

No começo era o verbo.

Só depois é que veio o delírio do verbo.

O delírio do verbo estava no começo, lá onde a criança diz: *Eu escuto a cor dos passarinhos.*

A criança não sabe que o verbo escutar não funciona para cor, mas para som.

Então se a criança muda a função de um verbo, ele delira.

E pois.

Em poesia que é voz de poeta, que é a voz de fazer nascimentos –

O verbo tem que pegar delírio.

Manoel de Barros

O meu quintal é maior do que o mundo

RESUMO

Este trabalho explora o tipo de ação de associação criminosa, nomeadamente a pretensão de relevância deste tipo em especial. Esta análise será realizada por meio da teoria significativa do delito, da forma como originalmente desenvolvida por Tomás Salvador Vives Antón, utilizando-se da filosofia da linguagem como marco teórico para repensar as bases fundamentais sobre as quais se apoia a intervenção penal deste tipo de ação. Deste modo, examina-se o sistema de imputação, tal qual originalmente pensado pelo professor valenciano, para, sequencialmente, examinar especificamente o tipo de ação de associação criminosa. Esta primeira aproximação ao tipo, porém, ocorre de modo meramente demonstrativo, buscando-se apontar como a doutrina penal majoritária compreende o tipo e as suas nuances fundamentais. Com efeito, também abarca a crítica que se faz ao tipo e a essa posição dominante. Aqui, entram em causa a necessidade político-criminal da incriminação, as modalidades do tipo de ação, o especial fim de agir e o debate sobre o bem jurídico penalmente tutelado. Ato subsequente, passa-se a realizar um reexame significativo desses argumentos, o que se faz a fim de verificar se há relevância penal da associação criminosa. Sem embargo, as noções de norma, ação, intenção e bem jurídico entram no centro da discussão, todas colocadas sob a ótica da *praxis* e das boas razões para (in)firmar a criminalização da conduta.

Palavras-chave: Associação criminosa; pretensão de relevância; tipo de ação; filosofia da linguagem; concepção procedimental de bem jurídico.

ABSTRACT

This work explores the conduct of criminal association, namely the pretense of relevance of this crime in particular. This analysis will be carried out through the meaningful theory of the crime, as developed by Tomás Salvador Vives Antón, using the philosophy of language as a theoretical framework to rethink the fundamental bases on which the penal intervention is based. In this way, the attribution system is examined, as originally thought by the valencian professor, to, sequentially, specifically examine the crime criminal association. This first approximation to the crime, however, occurs in a merely demonstrative way, in order to point out how the majority criminal doctrine understands the crime and its nuances. Indeed, it also encompasses the criticism made of the crime and of this dominant position. Here, the political-criminal need for incrimination, the modalities of the action, the special purpose of acting and the debate on the criminally protected legal interest come into question. Subsequently, a significant reexamination of these arguments is carried out, which is done in order to verify whether there is criminal relevance of the criminal association. However, the notions of norm, action, intention and legal good are at the heart of the discussion, all placed from the perspective of praxis and good reasons for (in)firming the criminalization of conduct.

Keywords: Criminal association; offense; action requirement; philosophy of language; meaningful conception of the crime.

LISTA DE ABREVIATURAS

AT	- Allgemeiner Teil [Parte Geral]
CP	- Código Penal
CPP	- Código de Processo Penal
CPE	- Código Penal de España [Código Penal espanhol]
Nm.	- Número de margem.
StGB	- Strafgesetzbuch [Código Penal Alemão]
PJ	- Pessoa Jurídica
Pos.	- Posição [livro eletrônico]
t.	- Tomo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	16
1 O SISTEMA SIGNIFICATIVO DO DELITO: A NORMA E AS SUAS PRETENSÕES	20
1.1 A PRETENSÃO DE RELEVÂNCIA.....	24
1.2 A PRETENSÃO DE ILICITUDE	25
1.3 A PRETENSÃO DE REPROVAÇÃO	28
1.4 A PRETENSÃO DE NECESSIDADE DE PENA	29
2 UMA APRECIÇÃO DA PRETENSÃO DE RELEVÂNCIA	32
2.1 A PRETENSÃO CONCEITUAL DE RELEVÂNCIA.....	32
2.1.1 A exigência de ação ou <i>act requirement</i>	33
2.1.2 A doutrina da ação.....	39
a) Desfazendo confusões: o que a concepção significativa não é.....	49
b) As críticas à concepção significativa da ação.....	53
2.2 A PRETENSÃO DE OFENSIVIDADE.....	56
2.2.1 A relevância material	58
a) O conceito formal de bem jurídico	59
b) O conceito político-criminal de bem jurídico	63
c) A crise da teoria do bem jurídico	66
d) O tratamento jurídico dos bens jurídicos supraindividuais em matéria penal.....	70
2.2.2 Um <i>locus</i> para o bem jurídico	74
3 O TIPO DE AÇÃO DO ARTIGO 288 DO CÓDIGO PENAL	88
3.1 OS DELITOS DE PERTENCIMENTO OU DE ORGANIZAÇÃO	90
3.2 AS MODALIDADES DO TIPO DE AÇÃO	100
3.3 O ESPECIAL FIM DE AGIR	107
3.4 O DEBATE SOBRE O BEM JURÍDICO DO TIPO DO ARTIGO 288.....	118
3.4.1 Os bens jurídicos supraindividuais enquanto fundamento da pretensão de ofensividade	118
3.4.2 A antecipação de tutela de bens jurídicos individuais específicos como fundamento da pretensão de ofensividade.....	123
3.4.3 A violação ao monopólio da violência enquanto fundamento da pretensão de ofensividade	127

3.4.4	O abuso do direito fundamental de liberdade de associação como fundamento da pretensão de ofensividade.....	129
3.4.5	As associações enquanto instituições ilícitas como fundamento da pretensão de ofensividade	133
4	A PRETENSÃO DE RELEVÂNCIA PENAL DO TIPO DE AÇÃO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA: UMA CRÍTICA SIGNIFICATIVA.....	138
4.1	A CONDUTA NO TIPO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA	138
4.2	O RESULTADO NO TIPO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA	148
4.2.1	O resultado naturalístico.....	148
4.2.2	O resultado jurídico.....	152
4.2.3	A imputação objetiva e a causalidade no tipo de associação criminosa.....	158
4.3	A PRETENSÃO DE OFENSIVIDADE DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA: UMA REVISÃO SIGNIFICATIVA DOS SEUS FUNDAMENTOS	163
4.3.1	Uma revisão significativa dos bens jurídicos coletivos enquanto fundamento da pretensão de ofensividade.....	166
4.3.2	Uma revisão significativa da antecipação de tutela de bens jurídicos individuais como fundamento da pretensão de ofensividade	179
4.3.3	Uma revisão significativa do abuso do direito fundamental à associação ..	183
4.3.4	Uma revisão significativa da violação ao monopólio estatal da violência enquanto fundamento da pretensão de ofensividade	188
4.3.5	Uma revisão significativa da tese da institucionalidade	193
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	200
	REFERÊNCIAS.....	214
	JURISPRUDÊNCIA CITADA	228
	LEGISLAÇÃO CITADA	228

INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende discutir a relevância do tipo de ação de associação criminosa. Para isso, estabeleceu-se como premissa base de toda a construção o problema de pesquisa: o tipo de ação do artigo 288 do Código Penal ostenta a relevância necessária para autorizar a intervenção penal?

Para responder a tal questão, o trabalho foi estruturado em quatro eixos principais. Essa estruturação atende, em certa medida, ao próprio título da pesquisa: (i) uma análise dogmática do sistema de imputação (com ênfase na pretensão de relevância da norma); (ii) seguida por uma verificação do tipo de ação de associação criminosa; e, (iii) a sua conseqüente crítica significativa.

Um primeiro eixo pretende realizar um voo panorâmico a respeito do sistema de VIVES ANTÓN, o que se realiza com objetivos meramente metodológicos, já que a terminologia própria deste autor será empregada durante o desenvolvimento de toda a pesquisa. Desta forma, para estabelecer o processo de comunicação, parece adequado principiar o trabalho com a exposição da concepção significativa do delito.

Com efeito, pretende-se explicitar como se constrói o edifício dogmático de VIVES, de modo a evidenciar as relações internas entre uma pretensão de justiça e a pretensão de validade da norma penal, fato que colabora para o desenvolvimento de subpretensões de validade da norma e que correspondem ao sistema de imputação significativo.

Superado este marco inicial, avança-se para descortinar os principais aspectos da pretensão de relevância. Se este trabalho pretende investigar a relevância de um tipo de ação específico, parece um passo lógico que se investiguem os principais aspectos relacionados a esse ponto de apoio.

Destarte, discutiremos a pretensão conceitual de relevância, de modo a demonstrar a autoridade que cobra a exigência de ação sobre todo o sistema significativo. Também examinaremos, em menor profundidade, os diferentes paradigmas que respondem à exigência de ação dentro da teoria jurídica do delito, o que denominamos como “doutrina da ação”. O foco desta seção será examinar a concepção significativa da ação em seus detalhes, de modo a preparar o leitor para a análise que se fará a respeito do tipo de ação de associação criminosa.

Ato subsequente, de modo a fechar o exame da pretensão de relevância da norma, procederemos à verificação das condições materiais que usualmente são

apontadas para demonstrar o conteúdo das diferentes formas de injusto penal. A relevância material, deste modo, será rapidamente examinada desde a sua original formulação: a partir de uma lógica meramente formal, passando pela discussão em torno do bem jurídico político-criminal, chegando ao ponto ao qual aderimos, que é o bem jurídico em sentido procedimental.

Com efeito, no sistema de VIVES, o bem jurídico em sentido procedimental detém um *locus* específico dentro da pretensão de validade da norma: a denominada pretensão de ofensividade. Este fato nos levará a examinar as relações internas entre o bem justificador da intervenção penal e a conseqüente forma de afetá-lo. Isso nos permite verificar se o sistema de imputação é capaz de oferecer, racionalmente, a justificação esperada pelo legislador.

Superado o ponto da apreciação da pretensão de relevância da norma, passa-se a examinar as distintas posições doutrinárias que analisaram o tipo em questão. Desse modo, analisam-se as posições majoritárias e críticas a respeito do conteúdo desta incriminação.

Iniciamos com a investigação a respeito dos denominados delitos de pertencimento ou de organização. Trata-se de uma rápida verificação dos pressupostos político-criminais – especialmente, da modernização do Direito penal – que levaram à profusão dessas técnicas de tipificação. Para fazê-lo, examinaremos o que se entende por crime organizado e a criminalidade de massas. Apenas assim será possível verificar se a luta contra aquela primeira forma de “criminalidade” está se desenvolvendo com um alvo preciso ou se, ao contrário, carece de ulterior detalhamento.

Também verificaremos como a doutrina tem sustentado a exigência de ação neste tipo em particular. O que nos levará a também examinar posições dominantes e críticas. No entanto, aqui igualmente examinaremos proposições anômalas na literatura, que pretendem fundar uma nova concepção de conduta própria para delitos associativos.

Seguidamente, o especial fim de agir entrará em nossas considerações. Embora este seja um capítulo destinado a verificar as posições correntes na literatura, optou-se por desfazer desde logo alguns erros metodológicos da doutrina dominante, apoiando-se, nomeadamente, nos jogos de linguagem de LUDWIG WITTGENSTEIN e na necessidade de que esses elementos subjetivos encontrem apoio em dados externos

e contextualizados. Inobstante, também apresentaremos como a doutrina tem encarado este momento subjetivo do tipo.

Para finalizar o terceiro capítulo, apresentaremos o debate a respeito do fundamento material do delito de associação criminosa. Trata-se de uma apreciação específica da pretensão de ofensividade da norma tal como comumente se lhe examina na literatura.

Desta maneira, foram cinco os enfoques desta seção: uma primeira posição destaca que o tipo tutelaria bens jurídicos supraindividuais, como a paz pública. Outra corrente coloca o fundamento material sob a forma de uma tutela antecipada de bens jurídicos visados pela colocação em marcha do plano da associação. Uma terceira postura assume a violação do monopólio estatal da violência, com a proposição, pela associação, de crimes violentos, como fundamento da ofensividade. Uma quarta, coloca o abuso do Direito fundamental à associação enquanto fundamento material. E, finalmente, uma quinta tese destacada a institucionalidade da associação como motivo da punição de seus membros.

Todos os fundamentos do terceiro capítulo serão examinados criticamente no capítulo quarto, nomeadamente sob o escrutínio da concepção significativa do delito.

Deste modo, examinaremos a conduta do tipo em testilha. Demonstrar-se-á que não raro a doutrina se apropria de elementos imateriais – como um simples acordo coletivo – para fundamentar a ação do tipo incriminador. Em contraposição a isso, alguns críticos sustentam que não há ação neste tipo em particular, tratando-se de uma criminalização inconstitucional nesta extensão. Isso fará com que coloquemos os argumentos sob o escrutínio da linguagem, do seu uso comum, das regras linguísticas e dos modos de vida, para aceder à significação do verbo empregado pelo legislador.

Uma tal providência parece retomar as coisas sob um ângulo mais claro, evitando-se distorções próprias de sistemas conceituais herméticos e cientificamente orientados. Assume-se, neste sentido, que o Direito penal não é, e nem pode ser, uma Ciência. Uma tal característica obnubila o juízo prático e a solução justa de casos concretos, colocando em seu lugar o oferecimento de redes conceituais que nada dizem sobre o mundo, mas apenas sobre as próprias teorias que as propõem. Desta maneira, a gramática profunda parece apresentar um recurso legítimo de verificação da significação da ação.

Também discutiremos a questão do resultado do tipo de associação criminosa. Aqui, quatro temas cobrarão o seu sentido: o exame do resultado em

sentido naturalístico, em sentido jurídico, a causalidade e a imputação objetiva. O exame adequado do tipo em questão, a fim de evidenciar a sua (ir)relevância, impõe que se debata a respeito das relações internas entre o bem jurídico e as consequentes formas de sua violação.

Um último aspecto que será posto em destaque com o objetivo de responder à formulação inicial está atrelado ao sentido de ofensividade concreto do bem jurídico justificador da intervenção penal.

Não basta assinalar um qualquer bem justificador, antes, é necessário colocar em evidência que o sistema de imputação é capaz de oferecer a “tutela” esperada no ato da sua criminalização. Dessa maneira, cada uma das proposições legitimadoras será colocada sob uma “lupa linguística”, a fim de investigar se há boas razões, em sentido procedimental, para justificar a intervenção penal do tipo em específico.

Deste modo, seja porque se colocam em causa os bens jurídicos supraindividuais, ou a antecipação de bens individuais, ou o abuso do Direito associativo, ou a violação ao monopólio estatal da violência, ou, por fim, porque constituem instituições perigosas, todos esses argumentos devem ser alvo de uma revisão significativa.

Somente desde este ponto de apoio, segundo nos parece, é que o tipo de ação pode encontrar, ou não, sua legítima capacidade de rendimento prático. Não se trata, de modo algum, de antepor entraves abstratos à aplicação da norma. Trata-se de examinar o tipo desde a ótica dos Direitos fundamentais e a sua consequente relação com o tipo de justificação que se pode aguardar do Direito penal para limitar a liberdade individual.

1 O SISTEMA SIGNIFICATIVO DO DELITO: A NORMA E AS SUAS PRETENSÕES

A investigação desenvolvida neste trabalho pretende se utilizar das bases inicialmente oferecidas por TOMÁS S. VIVES ANTÓN, especialmente no que diz respeito à teoria jurídica do delito, para examinar a pretensão de relevância do tipo de ação de associação criminosa. Deste modo, cumpre fazer uma breve exposição dogmática a respeito da denominada *concepção significativa do delito*.

Essa breve apresentação dogmática cobra o seu sentido em razão das peculiaridades sistemáticas que foram apresentadas a partir da formulação desta concepção, que vê o sistema jurídico-penal orientado à praxis e à busca por um resultado justo. Convém, portanto, lançar um olhar atento a este respeito, a fim de permitir uma discussão mais próxima do seu real conteúdo e a lograr alcançar as suas finalidades.

É certo que não se pretende esgotar todas as nuances da *concepção significativa do delito* nesta seção. Uma tal empreitada implicaria em toda uma discussão monográfica que escaparia aos fins a que se propõe a presente pesquisa e que já foi realizada por obras de fôlego. O que se busca, neste capítulo, é imprimir as ideias fundamentais com as quais, posteriormente, pretende-se examinar o conteúdo do tipo de ação do delito de associação criminosa.

É claro que não se pode perder de vista que a força teórica de uma determinada proposição jurídica somente se comprova na prática.¹ E, por isso, também buscaremos apresentar o ganho de rendimento prático no desenvolvimento desta teoria quando comparada a outras perspectivas usualmente aceitas na literatura.

Deste modo, desde a influência da ilustração sobre as bases do sistema de imputação² é sabido que a responsabilidade penal de qualquer cidadão deve estar

¹ Eis uma das mais vivas lições de VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal**. Trad. Paulo César Busato. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

² Influências sentidas no opúsculo da política criminal escrito em 1776 por Cesare Beccaria e concretizadas no trabalho de Anselm von Feuerbach. Sobre o tema: BUSATO, Paulo C. Beccaria, o Contratualismo e o Controle Social do Intolerável como fundamento da pena e do próprio Direito Penal. In BUSATO, Paulo C. **Ler Beccaria Hoje**. Coleção: Por que ler os clássicos, vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 14 e ss.; Também GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Trad. Paola Drolulich e José R. Béguelin. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2015.

submetida a um *sistema de regras* que permita aferir, com certo grau de segurança, se a intervenção penal pode ser submetida de modo a impor pena a um cidadão pelo ilícito cometido. Trata-se de um pressuposto mínimo do qual não se pode abrir mão em um Estado constitucional de liberdades.

A partir disso, também parece certo que o desacordo do contexto em que se praticou a ação com quaisquer dos elementos do sistema permitirá, a partir do conjunto formalizado de regras, infirmar a ocorrência da prática de um ilícito e desautorizar qualquer forma intervenção estatal punitiva em desfavor do cidadão.

Para isso, com o propósito de afastar o Direito penal da arbitrariedade política de outrora, alguns autores pretenderam identificar o edifício conceitual do Direito penal com os rigores do método científico,³ seja ele de caráter experimental,⁴ exato,⁵ deontológico⁶ ou normativo.⁷ Esta perspectiva analítica deu lugar ao que modernamente conhecemos por dogmática jurídico-penal.

Nada obstante, também é certo que os rigores do método científico e dos conceitos que propugnaram a partir desta forma de pensar o fenômeno jurídico, afastaram o Direito daquele que tem a obrigação de pautar o seu comportamento cotidiano pelas normas legitimamente aprovadas pelo parlamento.⁸ Tanto a prática judiciária, quanto o próprio cidadão parecem voltar as costas às conclusões alcançadas pela literatura jurídica. Como bem disse BERND SCHUNEMANN, não raro os penalistas ouvem que a sociedade considera inusitadas (“*absonderlich*”) as

³ Por todos: JAKOBS, Günther. **El derecho penal como disciplina científica**. Trad. Alex van Weezel. Madrid: Civitas, 2008. Especialmente p. 21 e ss. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Conceito e método da ciência do direito penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 100 e ss.

⁴ Em uma construção positivista-naturalista, utilizando-se o método positivo: VON LISZT, Franz. **Tratado de derecho penal**. Trad. Luís Jimenez de Asúa. 4ª ed. Madrid: Reus, 1999, t. II. p. 297.

⁵ “*A teoria estrutural do Direito penal é uma ciência exata. Nessa medida, a sua lógica imanente é obrigatória e vincula por força da verdade analítica também a legislação e a jurisprudência*”. KINDHÄUSER, Urs. A dogmática jurídico-penal alemã entre a adaptação e a autoafirmação: controle de limites da política criminal pela dogmática? Trad. Beatriz Correa Camargo e Wagner Marteleto Filho. In **Dogmática penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Marcial Pons. 27.

⁶ MEZGER, Edmund. **Derecho penal** (Libro de estudio). Parte General. Buenos Aires: Editorial bibliográfica Argentina, 1957.

⁷ ROXIN, Claus. **Strafrecht**, A. T. I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4ª ed. Munique: Beck, 2006. p. 221 e ss.

⁸ Concordando com este trecho da argumentação, Roxin afirma: “*Que a estruturação sistemática do material jurídico realmente conceda as vantagens acima descritas, não se pode negar. Permanece, porém, um certo desconforto, que sempre se intensifica quando se pergunta se o minucioso trabalho sistemático de nossa dogmática, feito através de sutilíssimas precisões conceituais, não se caracterizaria por uma desproporção entre os esforços investidos pelos estudiosos e suas conseqüências (sic) práticas. Se o que importa é somente organização, igualdade e domínio sobre o sistema ‘correto’ parecem pouco produtivas*”. ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 06.

construções sistemáticas produzidas pela Ciência penal, além ininteligíveis aos estudantes e supérfluas aos práticos.⁹ A função do Direito penal científico parece estar circunscrita ao desenvolvimento de sistemas precisos e de conceitos herméticos que permitissem legitimar o próprio sistema de imputação universalmente.¹⁰

Para evitar esse descolamento da realidade, TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN elaborou um esboço de sistema de imputação ancorado nas noções de *norma* e de *ação*, mediadas pela *liberdade*, todas ancoradas na racionalidade prática que busca não mais uma experimentação científica dos conceitos da teoria jurídica do delito, mas, sim, a fundamentação das hipóteses em que a norma penal pode ser *validamente* aplicada em um dado contexto concreto. Destarte, seguindo às bases dos contextos de justificação de que partem as teorias da argumentação jurídica,¹¹ a premissa de validação da norma se fundamenta em um processo de argumentação racional baseado em princípios, no qual “o produto final deriva da possibilidade de consenso entre os interessados sobre uma dimensão de sentido”.¹²

Com efeito, o objetivo final do sistema de imputação de bases significativas visa esclarecer o *sentido* do texto (norma) e das ações, tendo por base os direitos e as garantias fundamentais que estão no centro de toda a arquitetônica da experiência jurídica moderna. Ao contrário de qualquer pretensão científica, o sistema significativo apenas pretende pôr em evidência quando será legítimo ao Estado operar na realidade social e restringir liberdades humanas da forma mais justa possível.

Desse modo, para VIVES, a norma penal não é apenas vista, como comumente aceito pela literatura jurídica, enquanto produto de uma decisão do poder, isto é, como um simples comando ou uma proibição de onde se deriva a pena. A norma não se

⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Einführung in das strafrechtliche Systemdenken. In **Grundfragen des modernen Strafrechtssystems**. Berlim/New York: Walter de Gruyter, 1984. Para uma defesa do Direito penal enquanto ciência, do mesmo autor, SCHÜNEMANN, Bernd. Dez teses sobre a relação da dogmática penal com a política criminal e com a prática do sistema penal. Trad. Adriano Teixeira. In **Direito penal, racionalidade e dogmática**. Sobre os limites do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 89 e ss.

¹⁰ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 788.

¹¹ No ponto: ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho**. Teorías de la argumentación jurídica. Madrid: Centros de estudios constitucionales, 1997. p. 22 e ss. Manuel Atienza ensina que, ao contrário das ciências duras, que buscam *explicar* fenômenos a partir de métodos experimentais, o Direito procura justificar as suas conclusões, seja em âmbito pré-legislativo, seja em âmbito judicial, de modo a publicizar um *contexto de justificação* que elimine, ou reduza, as possibilidades de arbitrariedades e autoritarismos. Para mais, Cf. ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Trad. Manuel Porier Braz. Lisboa: Escolar, 2014.

¹² BUSATO, Paulo C. **Direito penal**. Parte Geral. 6ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, v. 1. p. 191-192.

confunde com o *imperium* estatal. Isso porque não é mais dado ao Estado a prerrogativa de estabelecer normas penais, sobretudo as incriminadoras, desde o seu mero arbítrio como uma simples decisão do poder. A norma penal não é autorreferente, ao contrário disso, ela visa organizar a sociedade na exata medida em que responde a exigências de uma pretensão de justiça. Deste modo, ao lado da ideia de norma enquanto *decisão do poder* radica a segunda essência do fenômeno normativo, que se estabelece na sua *pretensão de validade* frente a uma ação em um dado contexto. Assim configurada, resguarda-se a racionalidade prática que está na gênese da própria ideia de organização política da sociedade e a *pretensão de justiça* que fundamenta a existência de todo o ordenamento jurídico.

Para a concretização desta pretensão de validade da norma, o intérprete parte de esquemas argumentativos nos quais desenvolve uma espécie de raciocínio tópico para alcançar o resultado final. Com efeito, a partir de então, a pretensão maior de validade da norma desdobra-se em *subpretensões* que correspondem às tradicionais ramificações da teoria jurídica do delito, tal como amplamente conhecidas.¹³ É com base na argumentação em torno do contexto de justificação desses pressupostos que o Estado poderá legitimamente exercitar a intervenção penal sobre o indivíduo – ou sobre uma coletividade de indivíduos.

O que VIVES propõe com a *concepção significativa de delito*, portanto, não é a abolição do que se construiu em torno da dogmática jurídica, mas uma reorganização “*das categorias do delito segundo uma perspectiva que arranca da relação descrita entre norma e ação*”¹⁴ a sua legitimidade. E isso pressupõe, segundo a sua concepção, uma avaliação contextual das pretensões estabelecidas pela norma penal frente a *ação* praticada no mundo da vida, o que sucede apenas pela linguagem. Para conformar esta ideia, a verificação da validade da norma parte de uma metodologia proposta por JÜRGEN HABERMAS em sua teoria da ação comunicativa e na sua teoria do discurso.¹⁵

E é sob essas condições, entremeadas pela liberdade de ação, que a aplicação da norma penal se valida no caso concreto. O esquema da teoria jurídica

¹³ Alude-se, comumente, a uma teoria analítica do delito, o que aqui é retratado enquanto “teoria jurídica do delito”. Cf. ORTS BERENQUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. **Compendio de derecho penal**. Parte General. Valencia: 2008. p. 125 e ss.

¹⁴ BUSATO, Paulo C. **La tentativa de delito**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 40.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Facticidades e validade**. Contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020.

do delito passa a operar sobre as bases de *pretensão de validade* da norma penal, representadas nas ideias de (i) pretensão de relevância, (ii) pretensão de ilicitude, (iii) pretensão de reprovação e, (iv) pretensão de necessidade de pena. Cumpre avançar para lançar um rápido olhar a respeito do conteúdo de cada uma dessas subpretensões.

1.1 A PRETENSÃO DE RELEVÂNCIA

Assim como nas perspectivas mais tradicionais a respeito do “conteúdo” do delito, na *concepção significativa*, a primeira pretensão de validade da norma penal está ligada à concorrência de um *tipo de ação*.¹⁶

Tem como pressuposto fundamental, portanto, a ideia de que apenas as ações penalmente relevantes podem ser submetidas à verificação da sua contrariedade ao direito. A relevância penal, nesse sentido, expressa-se no que VIVES denomina como tipo de ação, elemento que visa tornar inteligível ao sistema de imputação quais são as ações legalmente proscritas e, ao mesmo tempo, afirmar o grau de intolerabilidade dessas ações.

Nesses termos, a pretensão de relevância exige, por um lado, “*que os movimentos corporais realizados sejam, efetivamente, aqueles que podem seguir a regra de ação utilizada para tipifica-los*”¹⁷, e, por outro, que “*na circunstância de que a concreta ação revista o caráter perigoso ou danoso que induziu a cominá-la com pena*”.¹⁸ Com efeito, conjugam-se sob a ideia de *tipo de ação* os tradicionais conceitos de tipicidade formal e de antijuridicidade material/tipicidade material.

A razão para este recorte metodológico é simples: apenas interessam ao sistema de imputação (leia-se: serão penalmente *relevantes*) as ações que coincidam com os exatos termos exigidos pelo princípio de legalidade e que, ao mesmo tempo,

¹⁶ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal**. Acción significativa y derechos fundamentales. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 491. É interessante observar, já historicamente, que Everardo da Cunha Luna já falava em “tipo de ação” quando tratou do tipo legal que põe em evidência “*o homem enquanto opera, agindo ou omitindo*”. LUNA, Everardo da Cunha. **O resultado, no direito penal**. Recife: Universidade do Recife, 1959. p. 21.

¹⁷ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal**. Acción significativa y derechos fundamentales. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 491.

¹⁸ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal**. Acción significativa y derechos fundamentales. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 491.

afetem ou exponham a perigo um bem juridicamente relevante ao ordenamento jurídico-penal.

Desta forma, sob a pretensão de relevância estão agasalhadas outras duas subpretensões iniciais da norma penal incriminadora: a *pretensão conceitual de relevância* e a *pretensão de ofensividade*.

Em termos práticos, não será possível imputar o delito de associação criminosa na hipótese de que duas pessoas se associem para praticar, conjuntamente e em conluio, *contravenções penais*. Como veremos em detalhe, o tipo legal, formalmente, exige a conjugação de esforços de, no mínimo, três pessoas que estejam coordenadas para a prática de *crimes*. Nos termos das pretensões normativas que conformam o sistema, uma tal circunstância não permitirá a responsabilização dos autores pelo tipo de ação de associação criminosa por absoluta ausência de uma pretensão conceitual de relevância, já que as circunstâncias contextuais não podem ser postas sob a normatividade do tipo.

Por outro lado, será igualmente impossível imputar a prática deste tipo de ação na hipótese de que inexista qualquer possibilidade de afetação ou exposição a perigo do bem penalmente tutelado, ainda que de modo abstrato.

Esta configuração inicial atende a razões de ordens práticas e linguísticas. Ao Poder Punitivo estatal não é interessante movimentar todo o seu aparato repressor para ações que desde a aparência não se adequem formalmente ao padrão de comportamento legalmente proibido, isto é, ao tipo de ação.

Da mesma forma, também não será interessante chamar a autoridade da intervenção penal se, ainda que a ação praticada encontre alguma conformidade normativa no tipo, ela venha a não representar um mínimo de ofensividade social para ser considerada penalmente relevante.

Desde um ponto de vista prático, elas são juridicamente *irrelevantes* e o sistema jurídico penal assim deverá compreendê-las.

1.2 A PRETENSÃO DE ILICITUDE

A segunda pretensão de validade da norma penal incriminadora está relacionada não mais à verificação de uma correspondência entre o comportamento praticado pelo autor e a letra fria da lei penal. Tampouco está nas discussões em torno da afetação ou exposição a perigo de bens penalmente tutelados. Ao contrário disso,

ela vem determinada pela *contrariedade* entre o que se fez e o que determina o ordenamento jurídico-penal.¹⁹

Segundo a gramática dominante, aqui estão centralizadas as discussões em torno da “antijuridicidade formal” e, como veremos adiante, de “tipicidade subjetiva”. Nesta sede importa verificar se ao praticar o tipo de ação o autor infringiu a norma²⁰, enquanto diretiva de conduta, seja porque a sua ação realizou o que é proibido ou porque não realizou o comando que a norma lhe infundia.²¹

Desta forma, os elementos subjetivos do injusto deixam de se verificar no âmbito da *tipicidade* e passam a integrar a *pretensão de ilicitude*, o segundo filtro de avaliação da conduta. Isso ocorre porque, no sistema de VIVES, ao contrário da visão tradicional a respeito do tema, dolo e imprudência não importam mais como elementos necessários para definir o sentido da conduta do autor. Ao contrário disso, esses elementos constituem *formas de ilicitude* do comportamento, isto é, a ação é ilícita porque o autor agiu *compromissado com a lesão/exposição a perigo do bem jurídico*, com dolo; ou porque ele atou duplamente descompromissado, tanto com a lesão ao bem, quanto com o seu próprio dever de cuidado objetivo. Noutros termos,

A pretensão de ilicitude se compõe da intenção que regula não o tipo de ação, mas a existência ou não com o compromisso com a violação de um bem jurídico, que corresponde ao tipo subjetivo – dolo e a imprudência – e, de outra parte, a consideração a respeito da exclusão da ilicitude pela presença de permissividades do sistema, que podem ser permissões fortes (causas de justificação) ou permissões fracas (escusas ou causas de exclusão da responsabilidade pelo fato).²²

Destarte, aliado à ilicitude por dolo ou por imprudência, esta pretensão também possibilita avaliar a presença de circunstâncias outras, nas quais o sistema de imputação autoriza ao autor do fato a prática dolosa ou imprudente de um tipo de ação originalmente proibido.

¹⁹ “A ação deve ser não apenas da espécie daquelas descritas na Lei como lesivas, mas deve, ademais, consistir em uma realização do proibido ou de uma não realização do comando, isto é, deve contrariar a norma enquanto diretiva de conduta”. VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos...** *Op. Cit.* p. 492.

²⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

²¹ ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. **Compendio de derecho penal...** *Op. Cit.* p. 96.

²² BUSATO, Paulo C. **La tentativa...** *Op. Cit.* p. 41-42.

Desta forma, as *justificações* encontram o seu lugar na teoria jurídica do delito dentro do espaço argumentativo da *pretensão de ilicitude* que toda e qualquer norma penal encerra.

A razão que jaz por detrás desta segunda pretensão da norma penal radica no fato de que se, por um lado, o Direito penal exige que os cidadãos se abstenham da prática de ações que produzam lesões a terceiros e que estejam legalmente proscritas, por outro, também se abre a circunstâncias outras, nas quais aquele comportamento é admitido. Nestas últimas hipóteses, o que importa é a observância da proibição ou do comando de uma ação segundo os valores e regras sociais e jurídicas esperadas. Com efeito, no caso da admissão do comportamento pelo Direito, a conclusão discursiva alcançada pelo intérprete será a de que a aplicação da norma incriminadora é juridicamente inválida, inviabilizando a intervenção penal sobre o cidadão.

Neste sentido, VIVES destaca que

A terminologia tradicional, à qual, apesar de suas desvantagens, remeto-me, designa com a mesma palavra (antijuridicidade) duas coisas completamente distintas, a ofensividade e a ilicitude. Dessa maneira, incorre em uma espécie de armadilha linguística que designa um objeto unitário impossível e nos leva a navegar em um mar de confusão, como evidenciado pelos trabalhos dedicados ao estabelecimento desse presumido *conceito básico*. Os esforços que a doutrina dedica a instalar sob um único termo, dois significados diferentes que surgem de diferentes jogos de linguagem, são absolutamente inúteis. O sonho da razão produz monstros, como pode ser visto lendo as obras, além disso muito bem documentadas (...).²³

A antijuridicidade formal, diante disso, estará excluída quando o contexto de significação no qual o autor atua indique o sentido de uma permissão forte, capaz de excluir integralmente a ilicitude do seu comportamento, dado que ela lhe confere um direito; ou o sentido de uma permissão fraca, que se limita a tolerar a sua ação em um determinado contexto e, por isso, excluirá a ilicitude de forma mais circunscrita, limitada à ação e ao autor que atua naquelas circunstâncias. Segundo a gramática tradicional do Direito penal, seriam os casos de causas de justificações, na primeira hipótese, e de circunstâncias pessoais de exclusão da pena, na segunda.²⁴

²³ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos**... *Op. Cit.* p. 494, nota 72.

²⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La 'concepción significativa de la acción' de T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. *In Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 05, pp. 1075-1104, 2001. p. 1092 e ss.

1.3 A PRETENSÃO DE REPROVAÇÃO

Tradicionalmente concebida como um juízo de reprovação do autor pelo fato praticado, a pretensão de reprovabilidade da norma “*diz ao autor que ele realizou a ação ilícita, embora lhe fosse juridicamente exigível atuar de outro modo*”.²⁵ Trata-se, é certo, de uma

consequência inevitável de postular, por um lado, a validade da norma e, por outro, de situar-se perante o presumido autor da infração em uma atitude *participativa*, isto é, de não considerá-lo meramente como um objeto de manipulação, mas como pessoa.²⁶

Em outros termos, ao contrário das pretensões da norma anteriormente expostas, que esgotam um juízo que recai sobre a *ação* do autor, a pretensão de reprovação realiza um juízo de censura específico sobre o autor do *ação*, ainda que *em razão* do fato por ele praticado.

Deste modo, para VIVES, esta terceira pretensão esgota o conteúdo material da infração penal na medida em que se busca, no sujeito, a sua imputabilidade e a sua potencial consciência da ilicitude.

É de se atentar à ausência de uma referência tradicional a respeito da possibilidade de atuar de outro modo, que tem constituído, para a doutrina atualmente dominante, o centro de gravidade – e dos problemas – da teoria da culpabilidade. Esta ausência ocorre porque a *liberdade* não mais se encontra no centro da teoria da culpabilidade. Como dissemos anteriormente, agora está alocada nas discussões relacionadas à *ação*.

Esta perspectiva encerra, de seu turno, um aporético e estéril debate a respeito da existência empiricamente comprovável – ou meramente presumida – de

²⁵ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 370, nota 1021

²⁶ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 370, nota 1021. Vives prossegue afirmando que: “*A reprovação – e não a pena – que restitui ao delinquente sua dignidade de ser racional, porque se dirige a ele como pessoa e lhe trata como sujeito, não como objeto. Para ser sujeito de reprovação não basta ter realizado dolosa ou imprudentemente a ação típica, sem que concorram causas de justificação ou excusas: é preciso, ademais, que o sujeito seja capaz de reprovação (imputável) e que tenha atuado conhecendo ou podendo conhecer a ilicitude de sua ação*”.

livre arbítrio ou, por outra perspectiva, do condicionamento causal do comportamento humano.²⁷

Destarte, longe das frustradas discussões a respeito do livre arbítrio, a pretensão de reprovação se fundamenta *“no sentido de que a ação é fundamentalmente a expressão de um atuar incondicionado pelo meio, pois, se fosse o contrário, não transmitiria o sentido de ação, mas de mero acontecimento”*.²⁸

Em sentido negativo, a validade da norma não estará afirmada, por ausência de pretensão de reprovação, nas hipóteses de inimputabilidade e de *erro sobre a proibição*. Nesta esteira, na mesma linha das dogmáticas teleológico-funcionais, como aquelas defendidas por autores ligados, por exemplo, a CLAUS ROXIN²⁹, o erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação não se insere na discussão sobre a reprovação. Para VIVES, esta questão deve receber o mesmo tratamento do erro sobre o tipo, de modo que o autor advoga uma clara distinção entre o “objeto de valoração” e a “valoração do objeto”, o que lhe permite diferenciar a situação penalmente antijurídica e o juízo de antijuridicidade penal que sobre ela recai.³⁰

1.4 A PRETENSÃO DE NECESSIDADE DE PENA

A última das pretensões que a norma penal busca concretizar para ser validamente aplicada em face a um autor pela ação praticada radica na ideia de que onde a pena resulte desnecessária será ela, igualmente, injusta.³¹ Em outros termos: *“se não há razão para a imposição de uma pena, tampouco há que se afirmar a existência de um delito”*.³²

Ainda que esta pretensão possa ser comparada a alguns conceitos sistemáticos tradicionais, identificados na ideia de punibilidade e de suas variações, é

²⁷ *“Essa mudança de perspectiva tem efeitos diretos na desconstituição do perfil de culpabilidade clássica que se identifica como a possibilidade de agir de modo diverso, ancorada no livre arbítrio. Em realidade, Vives subtrai essa discussão do âmbito da culpabilidade e diz que a liberdade é pressuposto da própria ação e, como tal, não pode ser afirmada ou negada, mas tão só percebida.”*

BUSATO, Paulo C. **Direito penal**. Parte Geral. V. 1... *Op. Cit.* p. 196.

²⁸ BUSATO, Paulo C. **La tentativa**... *Op. Cit.* p. 42.

²⁹ ROXIN, Claus. **Strafrecht**, A. T. I... *Op. Cit.* p. 481 e ss.

³⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La ‘concepción significativa de la acción’ de T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito... *Op. Cit.* p. 1100-1101.

³¹ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos**... *Op. Cit.* p. 495.

³² BUSATO, Paulo C. **La tentativa**... *Op. Cit.* p. 43.

necessário observar que entre essas propostas e aquela oferecida por VIVES há uma espécie diferença de fundamentação.

A visão tradicional esgota a discussão em torno da punibilidade na constatação de elementos que concorrem no momento da realização da ação, ou seja, nas condições objetivas de punibilidade e nas causas pessoais de exclusão de pena.

Segundo a proposta da *concepção significativa do delito*, a pretensão de necessidade de pena tem por objetivo realizar *concretamente* o conteúdo do princípio de proporcionalidade, de modo a verificar as reais necessidades da imposição de uma sanção jurídico penal em face ao autor.³³ Com efeito, para concretizar o mencionado princípio, é importante verificar, como faz a perspectiva dominante, a concorrência de circunstâncias legais aptas a excluir a punibilidade da ação - como a anistia, graça ou o indulto, por exemplo -, mas também consultar mecanismos supralegais de exclusão da punibilidade.³⁴

Estes mecanismos, é certo, não necessariamente precisam *concorrer* à ação. Ao contrário, eles podem ser supervenientes a ela.

Nesse sentido, explica PAULO BUSATO,

Aqui já não se trata tão só da análise da presença ou ausência de condições objetivas de punibilidade ou de causas pessoais de exclusão de pena, senão que se inserem também as causas pessoais de anulação ou suspensão da pena, graça, anistia e todos os demais institutos que afastam a possibilidade de aplicação da pena ao caso concreto, quer derivadas ou não da lei.³⁵

Isso nos revela que a categoria da necessidade de pena não é, em si, autônoma. Ela não está “flutuando” errantemente entre a teoria do delito e a teoria das consequências jurídicas. Seu lugar é destacado enquanto concretizadora do princípio de proporcionalidade e, por isso, passa a integrar a quarta pretensão de validade que a norma exercita frente a ação para autorizar a intervenção penal.

Em outros termos, também os pressupostos de punibilidade e as circunstâncias extralegais de definição do delito passam a integrar o próprio sistema

³³ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal**... *Op. Cit.* p. 372.

³⁴ CUERDA ARNAU, M^a Luisa. Dogmática, direitos fundamentais e justiça penal: análise de um conflito. Trad. Rodrigo Cavagnari. *In Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6, n. 11., p. 43-72, jul./dez. 2014. p. 52-53.

³⁵ BUSATO, Paulo C. **Direito penal**. Parte Geral. V. 1... *Op. Cit.* p. 197.

jurídico do crime. Afirmar a desnecessidade da pena, neste sentido, implica em reconhecer a inexistência do próprio delito.

Segundo PAULO CÉSAR BUSATO, isso privilegia a clareza com que se manifesta a justiça penal, uma vez que seria pouco convincente ao cidadão ouvir que embora tenha havido o crime, o seu autor não foi punido à conta, por exemplo, da prescrição. Com esta conformação, a prescrição passa a integrar a própria noção de delito e essas confusões terminológicas se dissipam.³⁶

Uma vez apresentado o contexto de legitimação das normas penais, cumpre agora avançar para o primeiro dos temas que chamou a atenção do presente trabalho: a verificação dos elementos que compõem a pretensão de relevância da norma penal.

³⁶ BUSATO, Paulo C. **Direito penal**. Parte Geral. V. 1... *Op. Cit.* p. 197 e ss.

2 UMA APRECIÇÃO DA PRETENSÃO DE RELEVÂNCIA

2.1 A PRETENSÃO CONCEITUAL DE RELEVÂNCIA

A pretensão conceitual de relevância constitui o passo inicial do procedimento discursivo de justificação da intervenção penal sobre o cidadão, o que está na gênese do que conhecemos por teoria jurídica do delito.

Desta forma, para que o aparato persecutório estatal possa ser validamente impulsionado em face de determinadas condutas será necessário explicitar os pressupostos da ação punível que são capazes de *identificar* o tipo de ação de que se está a tratar,³⁷ o que inclui, no caso do objeto deste trabalho em particular, a definição da ação, do especial fim de agir e da ofensividade exigidos pelo tipo.

Dentro da sistemática apresentada por VIVES, essa pretensão conceitual de relevância se traduz na ideia de tipo de ação.³⁸ É cediço que as modernas concepções a respeito do delito, de base liberal, exigem a concorrência de uma ação que corresponda a um tipo para formar a base de todo o sistema conceitual. Essa premissa contrasta com a existência de tipos de autor, cuja autoridade não é aceita na presente investigação.

Como refere BUSATO, parece “*clara a possibilidade de reconhecer, na realidade natural, e não jurídica, a existências de ações que não correspondam a nenhum tipo*”³⁹, de modo que o inverso não pode ser verdadeiro, isto é, não é possível admitir tipos que não correspondam a nenhuma forma de ação ou omissão. Dentro deste esquema argumentativo, afirmar que o *significado* de uma ação pode ser adscrito ao *significado* transmitido pela regra jurídica será já o mesmo que afirmar que o referido comportamento ostenta *relevância* perante o Direito.

Como veremos seguidamente, para VIVES, essa relação de significação presente no tipo de ação só pode ser extraída acudindo ao *senso comum da linguagem*,⁴⁰ de modo que, como regra geral, os aspectos subjetivos do autor da ação não jogam papel relevante para a determinação do significado.

³⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**... *Op. Cit.* p. 62.

³⁸ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal**... *Op. Cit.* p. 203 e ss.

³⁹ BUSATO, Paulo C. **Direito penal**: Parte Geral, v. 1... *Op. Cit.* p. 200.

⁴⁰ Vives explica que o emprego do uso comum da linguagem é fundamental para compreender o significado das ações e das normas. Nestas, porque o legislador se expressa na linguagem que todos nós falamos, ainda que empregue termos especificamente jurídicos. Deste modo, afirma que o

Com efeito, “a ação exerce uma função de dar sentido ao tipo”⁴¹, de modo que, se isso é assim, é de rigor esgrimir razões pelas quais o comportamento praticado no mundo da vida pode ser justaposto ao enunciado normativo que prevê o tipo de ação. Isso nos leva, em um primeiro plano, a bem examinar a *exigência de ação*

2.1.1 A exigência de ação ou *act requirement*

Parece fora de questão enunciar que toda e qualquer pena criminal apenas pode ser validamente imposta como contrapartida a uma ação humana jurídico-penalmente relevante.⁴²

Deste modo, a afirmação pela legitimidade da intervenção penal, hoje, parece estar condicionada a uma atenção especial à ideia de exigência de ação, ou, segundo os termos empregados pelo Direito anglo-saxônico, de um “*act requirement*”.

A razão por trás desta exigência parece elementar. Enquanto forma de controle social, o Direito tem como foco a regulação de ações humanas⁴³ que afetem ou exponham a perigo – concreto ou abstrato – bens penalmente relevantes. Para alguns, este controle social ocorreria de modo a buscar prevenir a concorrência de tais ações⁴⁴ ou também para motivar o seguimento das normas segundo um padrão socialmente vigente.⁴⁵ Simplesmente permitir que a intervenção punitiva estatal venha

significado da lei não pode ser outro do que o das suas palavras e orações, não sendo legítima a sua transformação por meros artifícios conceituais. VIVES ANTÓN, Tomás S. Linguagem comum, direitos fundamentais, filosofia e dogmática penal. In: GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (coord.) **Language y dogmática penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 228-230.

⁴¹ BUSATO, Paulo C. **Direito penal**: Parte Geral, v. 1... *Op. Cit.* p. 201.

⁴² “*Todo e qualquer sistema jurídico concorda que a punição apenas pode ser imposta contra uma ação humana ou contra um ‘ato humano’*”. É considerado bárbaro punir animais pela causação de danos ou impor pena sobre aqueles cujos corpos serviram de mero instrumento para o dano”. In FLETCHER, George P. **Basic concepts of criminal law**. Nova Iorque: Oxford, 1998.p. 44. Confira também FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon**. Madrid: Trotta, 1995. p. 480: “*nenhum dano, por mais grave que seja, pode ser considerado penalmente relevante senão como efeito de uma ação*”.

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de derecho penal**. 6ª ed. Buenos Aires: Ediar, 1997. p. 338-339: “*Quem almeje defender a vigência de um direito penal que reconheça um mínimo respeito à dignidade humana, não pode deixar de afirmar que a base do delito – como iniludível caráter genérico – é a conduta (...)*” (Adaptação nossa).

⁴⁴ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Parte General. 3ª ed. Barcelona: PPU, 1990, p. 42-46: “*As normas penais, tanto as secundárias quanto as primárias devem ser entendidas, pois, antes de tudo, como expressão de um imperativo. As normas primárias estão destinadas a apelar à motivação do cidadão, proibindo-lhe de delinquir. As normas secundárias reforçam esta motivação mediante a ameaça de pena*”. (*idem*, p. 44).

⁴⁵ Neste sentido, Günther Jakobs, que vê na norma o espelho da sociedade. Negar a sua vigência, deste modo, implica em negar a própria estrutura social vigente. JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª ed. Trad. Cuello Contreras e Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997 p.55 e ss.

a se apoiar em algo distinto da ação humana seria admitir como possível, por exemplo, o exercício do controle estatal sobre o pensamento, sobre a forma de ser ou sobre características intrínsecas à pessoa do imputado.⁴⁶

É por isso que “*apenas elas [as ações] podem chegar a ser relevantes (típicas)*”⁴⁷ aos olhos do Direito, de modo que o controle social exercido pelo Estado se limita à *proibição da realização de algo* ou à *inobservância da realização de algo*. Em outros termos: a formas *comissivas* ou *omissivas* de comportamento.

Com efeito, a exigência de uma ação para o sistema de imputação jurídico-penal constitui uma garantia elementar dos sistemas jurídicos radicados em pressupostos liberais. Como consequência prática desta orientação, está a impossibilidade de se impor sanção penal à conta de uma “periculosidade” ínsita à própria da pessoa ou a um grupo de pessoas que realizam o comportamento. Seguindo a esses pressupostos, não é possível identificar a ação como um mero sintoma da “*personalidade*” inimiga ou hostil ao Direito que seja peculiar – enquanto modo de vida – do autor que a pratica. Em um Direito penal de liberdades, pouco importa o que o autor é ou *deixa de ser*, mas, ao contrário, o que ele faz ou deixa de fazer e o significado jurídico que se extrai do seu agir.

Neste sentido, FRANCISCO MUÑOZ CONDE e LUIS ERNESTO CHIESA resumem essas conclusões em dois pontos:

1. Por um lado, se o ponto de referência e o centro gravitacional sobre o qual a responsabilidade penal deve ser alocada é o movimento corporal, a consequência será que qualquer outro fator extrínseco ao ato, como a periculosidade do autor, o seu pertencimento a alguma etnia em particular ou a um grupo racial, suas convicções políticas ou religiosas etc., estarão excluídas como uma condição para a responsabilidade criminal.

2. Por outro lado, se aceita-se, como geralmente é aceito por países que partilham do nosso *background* cultural, que a ação humana é um pré-requisito da responsabilidade penal, então nós devemos nos questionar qual é o conceito de ação que devemos empregar como sendo a base e a estrutura dessa responsabilidade.⁴⁸

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de derecho penal...** *Op. Cit.* p. 338.

⁴⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís; ORTS BERENGUER, Enrique. **Compendio de derecho penal:** Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch: 2008. p. 135-136 – Tradução nossa.

⁴⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco; ERNESTO CHIESA, Luis. “The act requirement as a basic concept of criminal law”. *In Cardoso Law Review*. p. 2462. – adaptação nossa.

Com efeito, admitir o *act requirement* como pilar de sustentação do edifício dogmático do Direito penal traz um efetivo ganho de rendimento prático em termos de garantias fundamentais do cidadão. Ao constituir um pré-requisito da imputação, é possível centrar o olhar ao que as pessoas *fazem* enquanto seres humanos que partilham de um mesmo quadro de mundo. O que essas pessoas são, as suas qualidades individuais ou mesmo o grupo social a que pertencem deixa de ser um dado relevante ao sistema e, portanto, carece de importância prática.

No mesmo sentido palmilham as lições de LUIGI FERRAJOLI, quem, buscando construir um Sistema de Garantias próprio do raciocínio jurídico, estabelece o axioma “*nulla iniuria sine actione*” (isto é, “não há dano/injúria sem ação”), que se desdobra nas teses de “*nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas sine actione*” (“não há pena, nem crime, nem lei penal, ou necessidade sem ação”).⁴⁹ Disso resulta que a pena criminal não pode ser imposta à conta de meras atitudes ou estados de ânimo internos, muito menos a meros fatos. Ao contrário disso, apenas se pode punir como decorrência de “*ações humanas – materiais, físicas ou externas, vale dizer, empiricamente observáveis – descritíveis de forma exata, enquanto tais, pela lei penal*”.⁵⁰

O autor afirma que a *exigência de ação* é fruto de um pensamento fundado no *utilitarismo jurídico* e na *separação axiológica entre direito e moral*. A primeira afirmação se justifica porque somente as ações externas podem produzir danos a terceiros, de modo que pensamentos, intenções, vícios ou a mera maldade de ânimo não seriam, por si, prejudiciais a ninguém. Precisamente por isso, ninguém estaria interessado na sua punição.⁵¹ A isso se acresce que uma “*proibição pode ser inútil não só porque o ato proibido não produz dano algum, mas também porque não serve para impedi-lo*”⁵². Segundo FERRAJOLI,⁵³ o “princípio de utilidade” não recomendaria a implementação de proibições sem ações, por absoluta contraproducência de seus resultados, já que, sem elas, a pena criminal não deteria quaisquer funções preventivas.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho...** *Op. Cit.* p. 480.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho...** *Op. Cit.* p. 480.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho...** *Op. Cit.* p. 480.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Derecho...** *Op. Cit.* p. 480-481.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho...** *Op. Cit.* p. 481.

Neste mesmo rumo, VIVES ANTÓN também se esforça para demonstrar a importância da exigência de ação para o sistema de imputação. Ele argumenta que é importante tomar em conta a ação já no plano da tipificação do ato, de modo a permitir a distinção das ações, que ostentam significado, dos meros fatos naturais, que se regem pela régua da causalidade. Isso porque se

os atos dos homens fossem puros reflexos, ou tivessem lugar exclusivamente sob hipnose ou em estados semelhantes, se fossem como os movimentos de uma máquina, não haveria significado nem linguagem e, em consequência, a imputação não seria possível.⁵⁴

A ação, deste modo, é o momento basilar da manifestação da legalidade penal, da qual “*depende, inclusive, a configuração objetiva da matéria tipificada*”.⁵⁵

Precisamente por identificar a importância da ação para o sistema de garantias imposto pela Constituição e implementado pelo Direito penal, a majoritária⁵⁶ parcela da doutrina passou a buscar um conceito que abarcasse todas as formas de manifestações possíveis da ação humana.

Para fundamentar essa premissa, variados autores partiram de distintos paradigmas – científicos, filosóficos, sociológicos e jurídicos – para dotar de sentido o conceito de ação desenvolvido. Tais paradigmas, segundo nos parece, também servem para retratar o período histórico em que as respectivas teses foram desenvolvidas.

GEORGE FLETCHER cita que a ação foi originalmente *observada e descrita* simplesmente a partir da sua mais superficial manifestação, isto é, o movimento corporal.⁵⁷ Conquanto indubitavelmente relevante para a análise em questão, a insuficiência⁵⁸ desta compreensão levou a um segundo estágio do pensamento

⁵⁴ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos**... *Op. Cit.* p. 290.

⁵⁵ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos**... *Op. Cit.* p. 290. Mais adiante, o autor acrescenta que “O conceito de ação (...) é a base de todo o saber acerca do mundo da vida (e, por conseguinte, também de todo o saber jurídico) e a fundação (“clave de bóveda”) de todo o edifício do conhecimento” (Idem. *Ibidem*).

⁵⁶ Para citar dois autores, com mais referências, 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. BUSATO, Paulo César. **Direito penal & 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, 2010.

⁵⁷ FLETCHER, George P. **Basic**... *Op. Cit.* p. 44-45

⁵⁸ Insuficiente porque “o ato de imputar a responsabilidade penal não pode ser uma imposição contra alguém pelo simples movimento, porque este pode ser o resultado de uma intervenção alheia. Castigar por simples movimento implica reconhecer na mesma fórmula do castigo uma espécie de

penalístico sobre o tema, que agora acentuava o *aspecto subjetivo* ou *interno* do agente que pratica o movimento corporal (isto é, em um “algo espiritualizado” que todos possuímos). Em outras palavras, ainda segundo FLETCHER, um “algo” ao qual se atribui diferentes denominações: “*animus*, vontade, volição ou a atuação (“*agency*”)”, este elemento indicaria a essência das escolhas que tomamos. Deste modo, a “*capacidade de executar escolhas fornece os fundamentos da responsabilidade no Direito Penal*”.⁵⁹ Inobstante, outras propostas se somaram a essas, no entanto, o que é comum a todas elas é a busca de um conceito que fosse capaz permitir a verificação da sua significação e a atender a algumas funções elementares ao conceito de ação.

Com efeito, a exigência de ação ganhou novas cores na medida em que passasse a responder à suficiência teórica do conceito às funções de *classificação*, de *enlace*, de *definição* e, por fim, da *negativa*⁶⁰.

Pela *função classificatória*, espera-se que o conceito de ação formulado abarque, simultaneamente, todas as formas possíveis de conduta humana, seja comissiva ou omissiva, imprudente ou dolosa.⁶¹ Já pela *função de enlace* (ou de coordenação) a doutrina busca impedir “*que no conceito de conduta humana estejam presentes, de forma adiantada, os mesmos estratos posteriores da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade*”⁶². Neste mesmo rumo, segundo a *função de definição*, a ação deve servir de apoio aos conceitos ulteriores de antijuridicidade e de culpabilidade. Finalmente, a *função negativa* da ação responderia à indagação de

imposição que não trata seu destinatário como um sujeito capaz de interferir na possibilidade de aplicação da norma a partir de suas decisões, senão como mero objeto de intervenção” BUSATO, Paulo César. “Delitos de posse e ação significativa”. In BUENO, Marcela Bianchini (Org.). **Novas reflexões sobre o Sistema penal do nosso penal**. Curitiba: Veddelta, 2019. p. 65.

⁵⁹ FLETCHER, George P. **The grammar of criminal law**. American, Comparative and International. Vol. 1. NY: Oxford, 2007. p. 266. Mais adiante o autor desenvolve esta ideia: “Um ‘approach’ humanista’ ao problema está baseado na ideia de que apenas seres humanos possuem esse especial mecanismo (‘engine’) da ação denominado ‘anima’, ‘vontade’ ou ‘volição’. Animais, supostamente, não possuem essa capacidade interna de escolher, eles se movem pelo instinto” (*Op. Cit.* p. 269 – tradução nossa).

⁶⁰ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal...** *Op. Cit.* p. 123-124; JESCHECK, Hans-Heinrich. **Lehrbuch...** *Op. Cit.* p. 173 e ss; GUARAGNI, Fabio A. **As teorias da conduta em direito penal...** *Op. Cit.* p. 38-39.

⁶¹ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal...** *Op. Cit.* p. 123. E. RAÚL ZAFFARONI afirma que “*Uma elementar prova sistemática da validade do conceito de conduta que temos dado consiste em comprovar que a ação entendida em sentido ôntico-ontológico serve de base a todas as formas que os tipos adotam para individualizar suas proibições, vale dizer, que sempre os tipos proibem condutas respeitando a estrutura do ser da conduta*”. In **Manual de derecho penal...** *Op. Cit.* p. 347.

⁶² GUARAGNI, Fabio A. **As teorias...** *Op. Cit.* p. 38.

quando não se está diante de uma ação penalmente relevante, ou seja, nas palavras de VIVES ANTÓN “*se o delito é, em primeiro lugar, ação, a isso corresponde uma consequência imediata: tudo o que não seja ação, não será, por conseguinte, delito*”.⁶³

Não é deste lugar discutir os diferentes conceitos de ação.⁶⁴ A esse respeito, basta assinalar que embora a literatura penal tenha buscado em diferentes paradigmas o sustentáculo dos diferentes conceitos de ação para o sistema de imputação, todos eles foram incapazes de bem responder às funções que a exigência de ação impôs sobre a sua formulação.

As razões para isso são bastante variadas, em alguns casos, o conceito de ação foi fundamentado com vistas a um modelo de comportamento específico, seja o comissivo doloso,⁶⁵ o omissivo⁶⁶ ou o imprudente. Deste modo, culminaram por desatender à função classificatória. Outros conceitos se pretenderam *totais*, expressando não só o conteúdo mínimo do sistema, mas o centro de apoio de todos os outros conceitos, de antijuridicidade e culpabilidade, desatendendo, a um só modo, as duas funções subsequentes.⁶⁷ Houve também aqueles que, em uma verdadeira postura cética de negação de qualquer relevância prática à formulação de um conceito de ação, culminaram por ignorar a relevância de se identificar, ao menos, uma função

⁶³ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal...** *Op. Cit.* p. 124 – adaptação nossa.

⁶⁴ Mais adiante faremos um brevíssimo esboço sobre os diferentes paradigmas e as razões de sua insuficiência prática. Para estudos exaustivos sobre o tema remetemos a obras de fôlego: GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em Direito penal...** *Op. Cit.* p. 54 e ss.; BUSATO, Paulo César. **Direito penal & ação significativa...** *Op. Cit.* p. 06 e ss.; ROXIN, Claus. **Strafrecht**, A. T. I... *Op. Cit.* p. 239 e ss.; TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 118 e ss.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**. Parte General. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Ediar, 2014. p. 399 e ss.

⁶⁵ Assim o modelo finalista de Hans Welzel (WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. 11ª ed. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970) que definia a ação a partir da noção de dirigibilidade do comportamento, sendo censurado de ignorar as condutas omissivas. A crítica em BUSATO, Paulo César. **Direito penal & ação significativa...** *Op. Cit.* p. 23, que retoma a crítica de Arthur Kaufmann e afirma que “*a história da teoria finalista da ação é a história de suas tentativas múltiplas e sem e outra vez modificadas de apreender o delito imprudente*” (*Ibidem*, p. 23).

⁶⁶ Assim, o chamado conceito *negativo de ação* atribuído a Herzberg e a Harro Otto que parte da omissão imprópria para identificar o conceito superior de ação, definindo-a como “*evitável não evitação do resultado na posição de garantidor*”. Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: Parte Geral**. 8ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 113-115. A crítica em BUSATO, Paulo César. **Direito penal & ação significativa...** *Op. Cit.* p. 108 e ss.

⁶⁷ A este respeito, a visão de JAKOBS, Günther. O conceito jurídico-penal de ação. *In Fundamentos do Direito Penal*. 2ª ed. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2012.

negativa ao conceito, partindo desde a fórmula da tipicidade tal qual posta pelo legislador.⁶⁸

Em linhas gerais, dos pressupostos da *exigência de ação* se extrai que é a própria ação o primeiro item da teoria jurídica do crime, de modo que a definição do que é crime depende de uma relação de identidade de significação entre a ação praticada e o modelo normativo de conduta proibida que fundamenta o tipo de ação.⁶⁹

O Código Penal brasileiro bem assimilou a exigência de ação e definiu, no artigo 13, que a afirmação pela existência do delito depende de uma ação ou omissão que o produza. Trata-se de uma condição *sine qua non* para a imputação penal e para a própria caracterização do delito enquanto tal.

2.1.2 A doutrina da ação

Dentro da sistemática própria da teoria jurídica do delito é possível verificar a existência de, ao menos, dois ciclos de pensamento a respeito da ação: um primeiro procura por um supraconceito que vem dado ao Direito e um segundo movimento que busca um conceito – ou o nega – apoiando-se na própria noção da norma.

Neste sentido, sob esses movimentos de pensamentos, assentaram-se alguns paradigmas dogmáticos que buscaram apresentar os seus conceitos com base em elementos *ônticos*, *normativos* ou, mais recentemente, *linguísticos*, havendo também quem dispensasse o sistema dessa avaliação condutual, em uma postura que poderíamos chamar de paradigma *cético* do conceito de ação.

O fato é que cada um desses paradigmas estava em busca de delimitar a *expressão de sentido* dos movimentos corporais e avaliar a sua correspondência às exigências normativas de tipicidade.⁷⁰ Isso ocorreu por conta da ideia de adequação típica, que exige um momento de adequação formal entre a ação e o tipo, de modo que só assim é possível sustentar o primeiro momento discursivo de imposição de uma pena criminal.

⁶⁸ Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. T. 1. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 244 quem afirma que é necessário de “*a teoria da ação ceder primazia à teoria da realização típica do ilícito*”.

⁶⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: Parte Geral... *Op. Cit.* p. 202.

⁷⁰ Jakobs reconhece isso expressamente, Cf. JAKOBS, Günther. **Derecho penal**... *Op. Cit.* p. 156 e ss.

Deste modo, o paradigma *ontológico* procurou essa dimensão de sentido na *causalidade* mecânica, fundamentando a ação em termos simplórios de uma extensão muscular, em termos de comissão, e uma distensão muscular, em termos omissivos.⁷¹ Em um segundo, este paradigma buscou a dimensão de sentido nas atividades psíquicas do autor do fato, no conteúdo da vontade,⁷² em algo como um “objeto na mente” do autor que orientaria suas ações e que seria reconhecido na premissa volitiva de finalidade.⁷³

Nos termos do *paradigma normativo*, duas grandes posições antagônicas se sustentaram em distintos conceitos: uma que fundamentava o conceito de ação desde a norma e outra que o negava sob pressupostos similares. Os conceitos inscritos na primeira vertente deste paradigma buscaram afirmar a ação a partir de noções demasiado espiritualizadas, como de *manifestação da personalidade*,⁷⁴ *evitável não evitação do resultado*, *sentido social*,⁷⁵ dentre outras. Já a segunda vertente, baseava-se na equivocada premissa de que a ação *não teria mais nada a dizer em Direito penal*⁷⁶ e por isso extraía o início do sistema na ideia de tipicidade.⁷⁷ O que é sensível

⁷¹ BAUMANN, Jürgen. **Derecho penal: conceptos fundamentales y sistema**. Introducción a la sistemática sobre la base de casos. Buenos Aires: Depalma, 1973. p. 94 e ss.

⁷² “La voluntad implica siempre una finalidad porque no se concibe que haya voluntad de nada o voluntad para nada; siempre la voluntad es voluntad de algo, es decir, siempre la voluntad tiene un contenido, que es una finalidad. (...) Una voluntad sin contenido no es voluntad, porque es inimaginable (...)” (ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Derecho Penal... Op. Cit.** p. 342). Fritz Loos destaca que “Originalmente, Welzel não falara de finalidade, senão de ‘intencionalidade de sentido’ ou de uma ‘conexão teleológica de sentido’; somente depois tomou de Nicolai Hartmann o termo ‘finalidade’”. (LOOS, Fritz. Hans Welzel (1904-1977) – A busca do suprapositivo no direito. Trad. Eduardo K. Bolsson. In ALFLEN, Pablo R. (Org.). **O passado e o futuro do finalismo no Direito Penal**. Porto Alegre: CDS, 2020. p. 38). É amplamente conhecida a empreitada de Welzel de tentar se desvincular da ontologia de Hartmann (sobre o tema: WELZEL Hans. **Das neue Bild des Strafrechtssystemes**. Eine Einführung in die finale Handlungslehre. 4ª ed. Göttingen: Otto Schwarz, 1961), tendo em vista o processo de ‘desnazificação’ de Welzel e as conhecidas vinculações nazistas de Hartmann. De outro lado, Zaffaroni destacou que Welzel e Hartmann apenas coincidiram na fonte de pesquisa, que se baseou na psicologia de Richard Honigawald (ZAFFARONI, E. Raúl. O que fica do finalismo na América Latina?. Trad. Pablo Alflen e Antonella Fiorini. In ALFLEN, Pablo R. (Org.). **O passado e o futuro do finalismo no Direito Penal**. Porto Alegre: CDS, 2020. p. 162).

⁷³ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. 11ª ed. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970. Afirmando que Welzel buscava pelo sentido na dimensão interna do sujeito: JAKOBS, Günther. **Derecho penal... Op. Cit.**; consulte também JAKOBS, Günther. O conceito jurídico-penal de ação... *Op. Cit.*

⁷⁴ ROXIN, Claus. **Strafrecht**, A. T. I... *Op. Cit.* p.

⁷⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Lehrbuch des Strafrecht... Op. Cit.**; WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. **Strafrecht**, AT. 30 ed. Heidelberg: Müller, 2000. p. 26 e ss.

⁷⁶ ROXIN, Claus. Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação. Trad. Ana Paula Natscheradetz. In **Problemas fundamentais de direito penal**. 2ª ed. Lisboa: Veja, 1993. p. 91 e ss. Próximo a isso, GRECO, Luís. Tem futuro o conceito de ação?, In GRECO, Luís; LOBATO, Danilo. **Temas de direito penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 162 e ss.

⁷⁷ Neste sentido, afirmava Radbruch que “a conduta criminosa é basicamente normativa, independentemente de seus substratos empíricos” RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción y**

neste paradigma é o fato de que a *significação do comportamento* vem dada pela própria norma, pouco importando os aspectos alheios, externos ou anteriores a ela.

Este foi um movimento pendular, que deita suas raízes na própria movimentação – evitamos o termo “progresso” – do pensamento humano e nas distintas formas de conformação da sociedade.

Nada obstante, esse ciclo de opiniões conduziu a perceptíveis formas de “crise de paradigmas” dentro do sistema de imputação jurídico-penal⁷⁸ que culminou em uma espécie de indiferença a respeito da teoria da ação, dado que ela não foi capaz de atender às funções que dela se esperava.

Isso parece ocorrer justamente porque ambos os paradigmas – ontológico e normativo – pretenderam *explicar* a significação por meio de conceitos estanques, herméticos e pré-definidos. Sob a falsa ideia de que a segurança jurídica demandaria a construção de tais conceitos, a literatura edificou os seus sistemas a partir de modelos científicos que são alheios à forma fluída e convencional que jaz na base do que reconhecemos enquanto Direito.⁷⁹

Trata-se de um grave equívoco porque, como afirma VIVES ANTÓN, a própria estrutura da linguagem científica busca construir a realidade desde certas redes de conhecimento pré-estabelecidas, que separam o sujeito do objeto conhecido, e observam o mundo ora desde o sujeito, como as proposições ontológicas parecem fazê-lo; ora desde o objeto, na linha do paradigma normativo. Deste modo, conclui o professor valenciano, as redes científicas acabam por não nos mostrar o que é o mundo, mas apenas o que são as próprias redes conceituais com as quais a Ciência busca captura-lo.⁸⁰ Ao partirem de uma rede conceitual de base científica, a doutrina

su importancia para el sistema del Derecho penal. Trad. José Luis Guzman Dalbora. Montevideo: BdeF, 2011. p. 171. – Adaptação nossa.

⁷⁸ Isso ocorre porque, como explica Thomas Kuhn, “*A emergência de novas teorias é geralmente pronunciada, pois exige a destruição em larga escala de paradigmas e grandes alterações nos problemas e técnicas da ciência normal. Como seria de esperar, essa insegurança é gerada pelo fracasso constante dos quebra-cabeças da ciência normal em produzir resultados esperados. O fracasso das regras existentes é o prelúdio para uma busca de novas regras.*” In **A estrutura das revoluções científicas**. 13ª ed. Trad. Beatriz Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2018. p. 147.

⁷⁹ Neste sentido: BUSATO, Paulo C. Concepción significativa de la acción y su capacidad de rendimiento crítico para el sistema de imputación. In GONZÁLEZ CUSSAC, José L. **Lenguaje y dogmática penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 18-23.

⁸⁰ VIVES ANTÓN, Tomas S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 349.

*não está levando a cabo, precisamente, um raciocínio indutivo a partir do texto da lei. Antes, estão partindo de uma determinada cosmovisão, melhor ou pior justificada racionalmente, que imprime um sentido definido aos textos legais.*⁸¹

E é com base nessas premissas que uma crescente parcela da literatura jurídica vem se dando conta de que

As duas formas (a normativa e a ontológica) não só são insuficientes isoladamente para basear a construção da imputação, como, ainda que juntas, só podem chegar a traduzir com certo grau de justiça o que se espera do sistema penal, se incluem a dimensão de sentido. Esta dimensão de sentido só é recuperável tomando por base da construção jurídica a filosofia da linguagem. Esta é a revolução possível e que já começou.⁸²

Com efeito, emerge, assim, o paradigma *linguístico* da teoria da ação. Este, de seu turno, busca partir da premissa de que “o delito é, em primeiro lugar, uma ação”⁸³ e que “perceber uma ação é como entender uma linguagem”.⁸⁴ E se isso é assim, como parece ser, a busca pela dimensão de sentido não pode radicar na causalidade, no conteúdo da vontade ou mesmo na normatividade de qualquer espécie de conceito. Como demonstrou WITTGENSTEIN, o significado, a expressão do sentido, vem determinado pelos diferentes contextos de uso do qual dimana.

Diante disso, VIVES ANTÓN, principal artífice deste paradigma, busca superar as discussões que isolavam os paradigmas anteriores e pretende, desse modo, basear-se na *dimensão de sentido* do comportamento humano para *compreender a ação*, isto é, incorporando “como elemento incindível a ideia de que o sentido da ação humana não reside nem no comportamento exterior (no substrato), nem na psiquê”.⁸⁵ Enquanto significado, a ação não é algo no mundo, mas um complexo jogo linguístico pelo qual se atribui sentido a determinados comportamentos. Essa atribuição, de seu

⁸¹ VIVES ANTÓN, Tomas S. Dos problemas del positivismo jurídico. In **La libertad como pretexto**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. p. 143.

⁸² BUSATO, Paulo C. **La tentativa del delito...** Op. Cit. p. 27.

⁸³ CUERDA ARNAU, M^a Luisa. Dogmática, direitos fundamentais e justiça penal... Op. Cit. p. 62.

⁸⁴ FLETCHER, Georges P. Aproximación intersubjetiva al concepto de acción. Trad. Francisco Muñoz Conde. In **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)**. Vol. 1. Juan Carlos Carbonell Mateu, et al. (Coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p. 647.

⁸⁵ CUERDA ARNAU, M^a Luisa. Dogmática, direitos fundamentais e justiça penal... p. 62. Neste sentido, também a opinião de Roxin para quem: “O conceito de ação, cuja capacidade de rendimento é o que nos interessa, está constituído de forma completamente distinta. Ele pretende também – se me é permitido dizê-lo assim – incluir a dimensão de sentido”. ROXIN, Claus. Contribuição para a crítica... Op. Cit. p. 102.

turno, sucede por intermédio de regras compartilhadas entre todos, ou seja, intersubjetivamente.⁸⁶ Assim explica PAULO BUSATO

É óbvio que não é possível desprezar o componente ontológico completamente, porque este interfere de modo necessário no próprio sentido de aplicabilidade da norma, bem assim, é igualmente óbvio que esse condicionamento também é bilateral, posto que a norma interfere no sentido da realidade. Não há, em verdade, uma subordinação, que os dois pontos de vista pretenderam, do ontológico ao axiológico ou vice-versa. O que há é uma perspectiva holística, de mútua interferência, estabelecida através de um processo de comunicação de sentido, este sim, campo sobre o qual se constrói – aliás, sempre se construiu – a pretensão de validade do sistema punitivo em face das condutas humanas.⁸⁷

Mais precisamente, poderíamos designar o paradigma em questão como *linguístico-pragmático*,⁸⁸ com o objetivo de enfatizar que VIVES arranca o significado da *praxis*, da prática, do uso contextual. Isso se opõe às distintas formas de emprego formal da linguagem - a semiótica -, que para além da pragmática acresce as formas de linguagem “sintática” e “semântica”. Neste sentido, WINFRIED HASSEMER elucida

Esta classificação da Semiótica – a teoria da linguagem e do emprego da linguagem – é útil quando se quer conhecer os limites até os quais a lei pode vincular a si o juiz. Na “sintaxe” ou “sintática” (*Syntatik*), trata-se das relações dos signos linguísticos uns com os outros, da gramática, da lógica, da forma, da estrutura. Na “semântica” trata-se das relações dos signos linguísticos (sic) com as coisas, do significado, da experiência, da realidade. Na “pragmática”, trata-se das relações dos signos linguísticos com a sua aplicação nas situações concretas, trata-se da ação, da comunicação, da retórica, da narração.⁸⁹

É com base nesses fundamentos que VIVES ANTÓN passará a sustentar uma nova *concepção* a respeito da ação, isto é, a *concepção significativa da ação*, não mais fundamentada em bases estritamente ontológicas, no sentido de que a ação é *algo que há no mundo*⁹⁰ apreendida pelos sentidos e capaz de ser reduzida a um

⁸⁶ KRIPKE, Saul A. **Wittgenstein: On rules and private language**. An elementary exposition. Cambridge/Massachusetts: Cambridge University, 1982. Neste sentido, Paulo Busato explica: “(...) não se pode qualificá-lo como um conceito ontológico, pois não está fundamentada no “ser” naturalista, nem tampouco pode ser qualificado exclusivamente como axiológico, pois não é totalmente situado no ‘dever ser’. BUSATO, Paulo C. **Direito penal & ação significativa...** *Op. Cit.* p. 147.

⁸⁷ BUSATO, Paulo C. **Direito penal**. Parte Geral, v. 1... *Op. Cit.* p. 191.

⁸⁸ Vives também assume esta postura, Cf. VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 388.

⁸⁹ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Alflen da 2ª ed. alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 245.

⁹⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa...** *Op. Cit.* p. 34-35.

conceito. Como tampouco em uma linha estritamente normativa, no sentido de que a ação é apenas aquela ditada e valorada pelo direito.

Ao contrário disso, a ação passa a ser compreendida “*não como algo que os homens fazem, senão pelo significado do que fazem, não como um substrato, mas como um sentido*”⁹¹. A ideia, portanto, é a de que a ação humana *transmite um significado* que pode ser interpretado por todos, intersubjetiva e contextualmente desde o seu uso.

Em termos práticos, significa dizer que para

saber se está-se diante de uma ação – assim como para saber o tipo de ação ante o qual se está – já não se opera com parâmetros psicofísicos, mediante o recursos da experiência externa e interna, senão que tem lugar em termos de regras, ou seja, em termos normativos.⁹²

O fundamento para esta concepção reside na premissa de que “*a percepção do significado não provém de uma realidade do sujeito (interna)*”⁹³, como queria WELZEL no segundo momento do paradigma ontológico, “*nem tampouco do objeto (externa)*”⁹⁴, como sustentaram os teóricos de matriz causal-naturalista, bem como os normativistas e os agnósticos, “*mas da inter-relação entre eles. A comunicação é o resultado da inter-relação entre o sujeito e o objeto que produz uma percepção*”.⁹⁵

Sem embargo, o significado de uma ação – de modo similar ao que ocorre com o emprego palavras – não depende exclusivamente da *finalidade* que o agente pretende imprimir ao seu agir ou ao seu falar, mas, sim, das regras sociais por ele seguidas e do modo de vida no qual ele está inserido.⁹⁶

O rechaço da *finalidade*, em sentido linguístico, decorre de algumas razões: em primeiro lugar, enquanto intenção subjetiva, a finalidade é algo inacessível ao juízo humano. Trata-se de um juízo em primeira pessoa – e isso já seria motivo bastante para o seu afastamento em termos dogmático-jurídicos, que se fundam em um juízo alheio sobre aquela experiência – que não pode ser compreendido fora da linguagem

⁹¹ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal**. 2ª ed... *Op. Cit.* p. 157.

⁹² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**... *Op. Cit.* p. 35.

⁹³ BUSATO, Paulo C. **Direito penal & ação significativa**... *Op. Cit.* p. 147.

⁹⁴ BUSATO, Paulo C. **Direito penal & ação significativa**... *Op. Cit.* p. 147.

⁹⁵ BUSATO, Paulo C. **Direito penal & ação significativa**... *Op. Cit.* p. 147.

⁹⁶ Em outro contexto, disse Everardo da Cunha Luna em frase lapidar: “*A vida, portanto, e as suas regras, jurídicas ou de qualquer outra natureza, constituem a unidade da realidade humana*”. LUNA, Everardo da Cunha. **O resultado, no direito penal**... *Op. Cit.* p. 21.

intersubjetiva. Em segundo lugar, porque, não raras vezes, aquilo que se pretende realizar ou dizer não coincide efetivamente com aquilo que se expressa linguisticamente.⁹⁷ Em terceiro lugar, pelo fato de que não é possível conceber a ideia de significação fora do contexto de uso das ações, já que uma linguagem não pode ser formulada privadamente, mas sempre intersubjetivamente.⁹⁸

Isso ocorre porque o significado depende de *regras* públicas que permitam a sua compreensão pelos interlocutores.⁹⁹ Estes, de seu turno, para que possam se comunicar, bem como compreender e aplicar as regras linguísticas, devem compartilhar *formas de vida*, sem o que seria impossível encontrar o significado de um comportamento ou de uma simples locução.

As regras, deste modo, são moldadas a partir *usos reiterados*¹⁰⁰ de determinados comportamentos ou palavras dentro de similares formas de vida, o que faz com que as ações adquiram um significado reconhecido intersubjetivamente¹⁰¹ a partir de determinados contextos de uso.

Em resenha, o sentido de uma ação, para VIVES ANTÓN, vem dado pela sua prática regular. É isso o que ele reconhece por *uso comum da linguagem*¹⁰², que fundamenta a própria ideia de ação. O significado de uma determinada ação “é apenas o subproduto da interpretação e aplicação das regras desse ‘jogo’”.¹⁰³ Trata-se da

⁹⁷ BUSATO, Paulo C. **Direito penal**. Parte Geral. 6ª ed. V. 1... *Op. Cit.* p. 201.

⁹⁸ Trata-se do conhecido argumento da linguagem privada de Wittgenstein, para detalhes a seu respeito: KRIPKE, Saul A. **Wittgenstein: On rules and private language**... *Op. Cit.* p. 03 e ss.

⁹⁹ “As regras regem o uso da linguagem e o sentido das ações, isto é, o arcabouço total dos jogos de linguagem nos quais um modo de vida se manifesta: eles servem, por isso, para instruir em um determinado modo de atuar, para explicar a ação, para avaliá-la, justificá-la e para defini-la e interpretá-la”. VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal**... *Op. Cit.* p. 167.

¹⁰⁰ “O que denominamos ‘seguir uma regra’ é algo que apenas um homem poderia fazer apenas uma vez na vida? – Trata-se, naturalmente, de uma observação para a gramática da expressão ‘seguir uma regra’.

Não é possível um único homem ter seguido uma regra uma única vez. Não é possível uma única comunicação ter sido feita, uma única ordem ter sido dada ou entendida uma única vez etc. – Seguir uma regra, fazer uma comunicação, dar uma ordem, jogar uma partida de xadrez, são *hábitos* (usos, instituições).” WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. 9 ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 113, n.º 199.

¹⁰¹ O radical “*inter*”, de raiz latina, transmite a ideia de “entre”; ao passo que “*subjetivo*” nos remete a sujeitos. Logo, o reconhecimento “intersubjetivo” é aquele que é produto de uma relação “entre sujeitos”.

¹⁰² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Lenguaje común, derechos fundamentales, filosofía y dogmática penal. In GONZÁLEZ CUSSAC, José L. **Lenguaje y dogmática penal**. Actas del II Congreso Ibero-Americano de Derecho Penal y Filosofía del Lenguaje. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 228 e ss. No mesmo sentido, HASSEMER, Winfried. **¿Por qué castigar?** Razones por las que merece la pena la pena. Trad. Manuel Cancio Meliá e Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. p. 113-115.

¹⁰³ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal**... *Op. Cit.* p. 165-166.

incorporação ao sistema de imputação jurídico-penal da filosofia da ação do segundo WITTGENSTEIN,¹⁰⁴ notadamente da sua “teoria” dos jogos de linguagem, que está presente em sua obra “Investigações Filosóficas”.

Deste modo, para VIVES, a ação não constitui um fato ou um objeto determinado, tampouco pode ser caracterizada em termos de substrato, mas representa um “*processo simbólico regido por normas*” que virá a importar no “*significado social da conduta, [que é] expressado linguisticamente*”¹⁰⁵. Trata-se, portanto, de uma concepção que parte da interpretação contextual do comportamento e que se pauta por regras e modos de vida. Nos termos de VIVES, as ações constituem “*interpretações que, segundo os distintos tipos de regras sociais, podem ser dadas ao comportamento humano*”¹⁰⁶. Deriva daí a ideia de que a ação já não pode mais ser vista como o *substrato de um sentido*, mas como o *sentido de um substrato*. Este sentido, como visto, só pode ser percebido por meio de um processo de comunicação de sentido captado normativa e contextualmente.

Essa intersecção entre regras sociais, formas de vida e o comportamento humano permite “*estabelecer a diferença entre os fatos – que explicamos por meio de leis – e as ações que interpretamos mediante normas*”.¹⁰⁷ E a partir disso é possível entrever as diferenças entre fatos – impassíveis de responsabilização jurídico-penal – e as ações: os fatos simplesmente acontecem, ao passo que as ações têm significado; os fatos podem ser descritos, já as ações devem ser compreendidas; os fatos são

¹⁰⁴ A separação entre um primeiro e um segundo Wittgenstein tem por objetivo bem identificar os dois momentos do pensamento do filósofo. Para isso, duas obras são importantes, a primeira se refere ao Wittgenstein do *Tractatus Logicus-Philosoficus*, enquanto a segunda se refere ao momento tardio do pensamento do filósofo, em obra póstuma intitulada “Investigações Filosóficas”. Sobre o tema, importante observar que “*A obra filosófica de Wittgenstein é em parte gerada pelos problemas ligados à análise lógica da linguagem que tinham ocupado Frege e Russel. No entanto, esta perspectiva não é suficiente para apreender o seu alcance. O próprio Wittgenstein viria a considerar o seu primeiro livro, o Tratado Lógico-Filosófico (1921/1922), que inicialmente apresentara como resolvendo todos os problemas da filosofia, a manifestação de um ponto de vista platónico e dogmático sobre a natureza da linguagem. A principal finalidade daquela que é considerada a sua segunda grande obra, as Investigações Filosóficas (1953), é precisamente evitar esses erros, continuando a procurar compreender como a linguagem e o pensamento se relacionam com o mundo. A filosofia de Wittgenstein faz-se de qualquer forma, de fio a pavio, em torno da linguagem: é essa a sua forma de pensar sobre o pensamento*”. MIGUENS, Sofia. **Uma leitura da filosofia contemporânea. Figuras e Movimentos**. Lisboa: Edições 70, 2019. p.177-178.

¹⁰⁵ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 161.

¹⁰⁶ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 161.

¹⁰⁷ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 161-162.

interpretados de acordo com leis científicas, de outro lado, as ações são interpretadas de acordo com regras gramaticais.¹⁰⁸

Neste sentido, VIVES explica que as “regras regem o uso da linguagem e o sentido das ações”, de modo que elas servem “para instruir em um determinado modo de atuar”¹⁰⁹. Para saber se um determinado comportamento humano pode ser reconduzido a algum tipo de ação, antes, é necessário observar se ele se encaixa em um padrão de comportamento intersubjetivamente reconhecido. A isso VIVES designa como *seguimento de regras*.

O seguimento de uma regra (*following a rule*) aponta para uma relação da regra com o sujeito, e explica a natureza das regras. Uma regra só pode ser seguida se houver um *uso* estabelecido, segundo o qual haja uma captação da regra que se manifesta, de caso a caso de aplicação, naquilo que chamamos de “seguir a regra” e naquilo que chamamos de “contrariá-la”. O seguimento de regras põe de manifesto que as regras estão fora do sujeito, pois a gramática de “seguir uma regra” impede que se possa segui-la “privadamente”; caso contrário, acreditar que se segue a regra seria o mesmo que seguir a regra.¹¹⁰

Enquanto *sentido de um substrato*, para se ter a ação de jogar uma partida de *poker* é necessário conhecer as regras convencionais dessa partida. O *seguir à regra*, do qual se poderá avaliar o significado, deste modo, provém também de uma verificação contextual do comportamento. Na hipótese do *poker*, uma “gritaria” em uma noite boêmia pode alcançar vários significados distintos: pode expressar o sentido de uma rixa ou de uma briga generalizada, da comemoração de um gol a que todos assistiam reunidos enquanto jogavam ou mesmo do ápice da partida, na qual um dos jogadores se saiu vitorioso. Tudo depende do contexto do qual advém o seguimento das regras.

De nada adiantaria perquirir a respeito de uma *intencionalidade subjetiva* dos jogadores para definir o sentido da ação acima citada. O propósito do falante, naquele caso, seria insuficiente para transmitir o *significado* do seu comportamento. É necessário que se reconheça, pelo contexto, a regra social que os jogadores se

¹⁰⁸ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 161

¹⁰⁹ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 167.

¹¹⁰ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 168. M^a Luísa Cuerda Arnau dirá, acertadamente, que o “*Seguir uma regra*’ é a ‘*conditio sine qua non*’ do significado’. Cf. CUERDA ARNAU, M^a Luisa. Dogmática, direitos fundamentais e justiça penal... p. 63.

inscreveram. E isso, uma vez mais, não pode ser captado a partir da finalidade dos jogadores, tampouco da expressão da personalidade de cada um ou mesmo pela enervação ou distensão muscular.

Estes aspectos, que se baseiam em uma concepção da ação como substrato, não são capazes de informar o que foi praticado, simplesmente porque a ação não é o que os homens fazem, mas o *significado do que fazem*.¹¹¹ Apenas as regras a que eles se assujeitam nos permitem constatar a ação por eles praticada.

Não obstante, a concepção de VIVES coincide muito proximamente à proposta de GEORGE PATRICK FLETCHER, professor da Universidade de Columbia, conhecida como “concepção intersubjetiva (ou humanista) da ação”. Segundo a sua percepção, a concepção humanista pressupõe que a ação seja compreendida intersubjetivamente por intermédio do contexto no qual se atua.¹¹² Com isso, FLETCHER afirma que a ação não deve ser explicada cientificamente como o mero movimento corporal voluntário,¹¹³ mas compreendida enquanto transmissão de um significado.

Curiosamente ou não, FLETCHER parte de uma leitura dos trabalhos de HANS WELZEL para apoiar a sua tese.¹¹⁴ Aliás, ele sustenta que a teoria de WELZEL poderia ser reparada (“*restated*”) como uma teoria da relação entre ação e intenção, em vez de uma teoria da ação. Assim considerada, ele sustenta, a teoria da ação pode se aproximar à filosofia do segundo WITTGENSTEIN, sobretudo porque a intenção não é uma experiência interna, um estado mental, ou a consciência, senão que “*agir intencionalmente é uma forma de agir*”.¹¹⁵ Em outras palavras, reconhece que a intenção se expressa pela atuação. A percepção de que outros atuam com propósito, prossegue FLETCHER, “*está implicada no modo de vida em que nós estamos inseridos*

¹¹¹ Neste sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa...** *Op. Cit.* p. 34-35: “De outro lado, [Vives] acentua a alteração de paradigma que se vem operando modernamente já no marco da filosofia da ação (citando expressamente a WITTGENSTEIN, WINCH e HABERMAS) de tal maneira que a concepção ontológica da ação, como algo que há no mundo, passou-se a compreender de uma forma diferente: não como algo que os homens fazem, senão como o significado do que fazem; não como um substrato; mas como um sentido.”

¹¹² FLETCHER, George P. **Basic concepts of criminal law...** *Op. Cit.* p. 52. Seguido por Muñoz Conde e García Arán, em MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal:** parte general. 9ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015. p. 229 e ss.

¹¹³ É importante observar que o Código Penal Modelo norte-americano (Model Penal Code – MPC) ostenta uma definição de ação, em termos jurídicos penais, similar ao paradigma ontológico, e é para desafiar este argumento que Fletcher desenvolve a sua concepção.

¹¹⁴ Diz Fletcher que o conceito final da ação de Welzel “fugiu aos defeitos da perspectiva causal ao sustentar que a ação humana poderia ser compreendida apenas até onde nós, no contexto da ação, pudermos perceber o objetivo do agente. A ação não é cega, ele insistia, ela era ‘vidente’ (‘seeing’). FLETCHER, George P. **Basic concepts of criminal law.** Nova Iorque: Oxford, 1998. p. 52.

¹¹⁵ FLETCHER, George P. **Basic concepts of criminal law...** *Op. Cit.* p. 52.

(“reared”).¹¹⁶ Deste modo fica claro que FLETCHER, de modo muito similar ao que VIVES sustenta, conclui que a teoria da ação está condicionada pela percepção do significado, ou melhor, que “o conceito de ação demanda a compreensão humanista de seu significado contextualizado”¹¹⁷.

O uso da Filosofia da Linguagem como móvel das concepções de ambos os autores talvez prove que um *Zeitgeist* aponta para uma dogmática penal mais pragmática, baseada nos instrumentos pelos quais se pode apreender a ação e que renuncie a uma Ciência do Direito Penal, porque traduz características herméticas, engessadas e que se fixa em determinar rigorosos conceitos e sistemas universalizáveis fulcrados em uma estrutura de pensamento científica que em pouco, ou nada, contribui para atribuir o significado a condutas humanas.¹¹⁸

a) Desfazendo confusões: o que a concepção significativa não é

Estabelecida a concepção significativa da ação, é bom desfazer algumas confusões doutrinárias a respeito deste paradigma. Não é infrequente observar tentativas de conciliar a visão pragmática de VIVES com a de outros autores, simplesmente porque também operam sob a ideia de comunicação de sentido.

É o caso, por exemplo, do conceito a que poderíamos designar como “comunicativo-sistêmico”, de que parte GÜNTHER JAKOBS. Para este autor, a ação penalmente relevante é aquela que expressa um sentido juridicamente relevante de infidelidade normativa.¹¹⁹ Neste rumo, ao contrário do que defendem os autores

¹¹⁶ FLETCHER, George P. **Basic concepts of criminal law...** *Op. Cit.* p. 52.

¹¹⁷ Paulo C. O giro linguístico e o Direito penal... *Op. Cit.* p. 18.

¹¹⁸ “(...) do ponto de vista do direito penal, a ação, a norma, o delito, nem nenhuma de suas categorias ou instâncias (dolo, causalidade, bem jurídico, imprudência) podem ser entendidos como objetos no mundo, como pertencentes ao mundo de ser. Portanto, seu estudo, a dogmática, não é nenhum tipo de ciência. A função do direito penal é julgar se um determinado comportamento humano está em conformidade ou não a um conjunto de normas e, conseqüentemente, é merecedor de punição. A partir daí, o direito não pode ser configurado como um saber teórico (científico), mas como um conhecimento prático (hermenêutico). De modo que, o estudo do direito, como o de todos os conhecimentos sociais, não é, e não pode ser, uma ciência em sentido estrito. E não é, entre outras razões, porque não pode aplicar um método experimental para julgar ou decidir se uma conduta infringe uma norma e a pessoa responsável precisa ser sancionada”. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís. Novos e velhos horizontes da dogmática. Trad. Luíza Borges Terra e Fernando Calix Costa. In TERRA, Luísa Borges (Org.). **Lições contemporâneas do Direito penal e do processo penal.** São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p.197. Cf. VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 368.

¹¹⁹ JAKOBS, Günther. O conceito jurídico-penal de ação. In **Fundamentos do Direito Penal. 2ª ed.** Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2012.

inscritos no paradigma ontológico, a ação não se define por meio da causalidade ou da sua dirigibilidade, antes, ela é o produto de uma “*relação de sentido para com a norma*”¹²⁰.

A referência à expressão de sentido, no entanto, vem mediatizada pelos conceitos de evitabilidade objetiva (ou, também, individual) e de previsibilidade.¹²¹ Ou seja, congruente ao seu sistema de imputação, o que importa à concepção de JAKOBS é que a ação penalmente relevante expressa o sentido de um defeito na motivação do autor ao desempenhar o seu papel, desatendendo, portanto, ao comando que o obrigava a atender à norma.¹²²

Vale assinalar também que, para JAKOBS, o conceito de culpabilidade deve estar inscrito na concepção de ação, de modo que “*a ação é converter a si mesmo em pessoa culpável*” ou também “*a ação é a admissão culpável da competência por uma lesão da vigência da norma*”.¹²³ Deste modo, o conceito de ação de JAKOBS incorpora as ideias de evitabilidade, de previsibilidade, de imputação do injusto e imputação de culpabilidade, o que significa dizer que o “*comportamento, enquanto fato psicofísico, deve ser objetivamente imputável, evitável e culpável*”.¹²⁴ Isso ocorre porque, segundo afirma, somente quem atua culpavelmente é capaz de expressar o sentido de lesão à vigência da norma, logo, somente quem é capaz de culpabilidade *atua* de modo jurídico-penalmente relevante.^{125,126}

¹²⁰ JAKOBS, Günther. **Derecho penal...** *Op. Cit.* p. 156; Deste modo, configura a ‘expressão de sentido’ dentro de um esquema de inter-relação (sic) com a norma cuja desobediência constitui o fundamento que apresenta para a responsabilidade penal. Isto ocorre através da colocação manifesta de uma infração da norma através de um comportamento proibido que contenha expressão normativa. BUSATO

¹²¹ Esses pressupostos levam alguns autores a apontar que o conceito de ação de Jakobs vem determinado pela expressão normativa da imprudência e não mais a partir do modelo doloso de comissão delitiva, como fizera o finalismo. Neste sentido, ROXIN, Claus. **Strafrecht...** *Op. Cit.* p. 251-252;

¹²² JAKOBS, Günther. O conceito jurídico-penal de ação... *Op. Cit.* p. 80-81.

¹²³ JAKOBS, Günther. O conceito jurídico-penal de ação... *Op. Cit.* p. 84.

¹²⁴ “*De acordo com o exposto até agora, a ação incorporou a evitabilidade e culpabilidade. A ação e a imputação da culpabilidade – e esta, por sua vez, pressupõe a imputação do injusto – são a mesma coisa.* JAKOBS, Günther. O conceito jurídico-penal de ação... *Op. Cit.* p. 85.

¹²⁵ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 113.

¹²⁶ Com efeito, em termos exemplificativos, constituirá uma ação homicida aquela que, seguindo a esquema de interpretação válido, podendo ser evitada por um autor culpável, expresse o sentido de uma ação de matar. JAKOBS, Günther. O conceito jurídico-penal de ação... *Op. Cit.* p. 81-82.

É bom esclarecer que não é possível identificar a proposta de JAKOBS com a de VIVES, muito menos com as de HABERMAS,¹²⁷ ainda que operem a partir da dimensão de sentido. Isso porque, para além dos referenciais teóricos e metodológicos radicalmente distintos, para JAKOBS, a ação só pode ser identificada na medida da sua funcionalidade ou disfuncionalidade para o *sistema*. Este é o ponto sobre o qual se apoia toda a sua construção teórica. Diante disso, com efeito, a “expressão de sentido comunicativo” de que fala JAKOBS virá ditada pelo sistema (social ou jurídico), ou seja, já normativamente. O sentido, portanto, está limitado a afirmar se o autor atuou motivado normativamente ou não, ao contrário do que se propõe a *concepção significativa* que se adota neste trabalho.¹²⁸

Para VIVES, ao contrário de JAKOBS,¹²⁹ o significado que identifica as ações está associado à noção de “jogos de linguagem” do segundo WITTGENSTEIN. Em outros termos, o sentido de uma ação vem ditado pelo *uso regular* e *contextual* de determinados comportamentos e não pelo sistema normativo. É o seguir uma regra estabelecida regular, contextual e linguisticamente que definirá, enfim, o sentido do substrato de que fala VIVES. Por outro lado, JAKOBS ignora absolutamente este aspecto do processo de comunicação na definição do seu sistema e do seu conceito de ação, preenchendo o seu conteúdo a partir do próprio sistema social do qual o Direito penal constitui um mero subsistema.¹³⁰

Também não se pode confundir a concepção significativa da ação com o *conceito social da ação*, defendido por autores como HANS-HEINRICH JESCHECK,

¹²⁷ Com uma forte crítica a respeito do parnasianismo da proposta sistêmica de Jakobs, que exclui as perspectivas subjetivas e sociais, incluídas por Habermas na teoria da ação comunicativa, BUSATO, Paulo César. **La tentativa de delito...** Op. Cit. p. 311-316.

¹²⁸ “Ao modo pelo qual Jakobs concebe a linguagem é que, na minha opinião, se deve a trapalhada teórica que ele propõe. Pois o significado não é uma qualidade inerente às palavras, mas surge do jogo de linguagem no qual as palavras estão inseridas. Ou, dito de outro modo, palavras são símbolos e seu significado surge de hábitos de uso que ocorrem em diversos contextos, de modo que o contexto é uma parte essencial do que as palavras dizem. e, portanto, atentar para o contexto específico não viola de modo algum a exigência da *lex scripta*, mas, pelo contrário, é um requisito inescapável de sua realização”. VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** Op. Cit. p. 429-430.

¹²⁹ “(...) Jakobs prescinde do sentido que faz com que uma ação seja entendida como essa ou aquela ação, para tentar capturar o que a torna penalmente relevante. Não se contenta, pois, com estabelecer que uma ação é da classe de ações que são tipificadas. Dir-se-ia até que passa como em brasas acima daquele momento. O que lhe importa não é tanto saber perante que classe de ação estamos (e, por conseguinte, se estamos ou não diante de uma ação) quanto determinar se atuou-se ou não tipicamente. Daí que, imperceptivelmente, seu conceito de ação ‘salte’ para a tipicidade”. VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** Op. Cit. p. 112.

¹³⁰ Próximo a isso, Paulo César. **La tentativa de delito...** Op. Cit. p. 312.

JOHANNES WESSELS e WERNER BEULKE, sendo este o conceito, atualmente, dominante na doutrina alemã.¹³¹ Embora ambas as teorias – a concepção significativa e o conceito social – também operem a partir da dimensão do *sentido* – como, de resto, operam todas as outras concepções afirmativas do conceito de ação –, é certo que a base sobre a qual essas concepções se apoiam é também *radicalmente* distinta.¹³²

Com maior ou menor coincidência conceitual, os defensores do conceito social de ação a definem como sendo um “*comportamento humano socialmente relevante*”, segundo a síntese de JESCHECK.¹³³ Deste modo, o que pretendem os defensores desta corrente é afirmar que apenas é possível examinar sob a teoria do delito as ações que ostentem um “sentido social”, isto é, que a dimensão de sentido da ação não viria entronizada no conteúdo ou no impulso da vontade do autor, ainda que o pressuponha,¹³⁴ mas no significado social do seu comportamento. A vantagem desta união está no fato de que “*sob a ideia de relevância social é possível situar todas as formas de conduta delitativa, superando ou tentando superar, o problema do supraconceito de ação*”.¹³⁵

Em linhas gerais o que diferencia um fato natural de uma ação humana, para esta concepção, é que as ações recebem do intérprete um significado social que assim as identifica, isto é, são elas socialmente reconhecidas enquanto tal.¹³⁶

A crítica, no entanto, apontou que a ideia por trás da “relevância social” não vem bem esclarecida pelos autores. Diante da vagueza das considerações dogmáticas, ao empregar o conceito de relevância social diz-se muito pouco ou quase nada.¹³⁷ Ainda, também se deu conta de que nos termos propostos “*o sentido social da ação não é tão social como se propugnava essa teoria*”¹³⁸, sobretudo porque ele “*depende de certos estados que residem na consciência do sujeito, como a*

¹³¹ Consoante afirmam Eric Hilgendorf e Brian Valerius (*In: Direito penal: parte geral*. Trad. da 2ª ed. alemã por Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019. § 4º, nm. 15, p. 88): “(...) são dominantes as teorias sociais da ação, que se baseiam sobre o significado social do acontecimento.”

¹³² Embora Carlos Martínez-Buján Péres identifique alguma coincidência de pressupostos, isso não parece adequado. Confira a posição do penalista em MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa...** *Op. Cit.*

¹³³ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Lehrbuch des Strafrecht...** *Op. Cit.* p. 177. Próximo a isso, WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. **Strafrecht...** *Op. Cit.*

¹³⁴ “O comportamento pode consistir na realização da atividade intencional (finalidade). Entretanto, também pode estar limitado a causar consequências se o resultado puder ser controlado utilizando da finalidade (imprudência). JESCHECK, Hans-Heinrich. **Lehrbuch des Strafrecht...** *Op. Cit.* p. 178.

¹³⁵ BUSATO, Paulo C. **Direito penal & ação significativa...** *Op. Cit.* p. 30.

¹³⁶ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 96.

¹³⁷ ZAFFARONI, E. Raúl. **Manual de derecho penal...** *Op. Cit.* p. 354.

¹³⁸ CUERDA ARNAU, Mª Luísa. Dogmática, direitos fundamentais e justiça penal... *Op. Cit.* p. 53.

previsibilidade subjetiva”,¹³⁹ sendo que esta consequência faz dissolver o conceito de ação na realização do próprio tipo.

A relevância social, desta maneira, não vem expressada linguisticamente, apenas vem conceituada a partir de fórmulas vagas e a partir de um arcabouço metodológico pouco preciso. Ademais, busca-se com a relevância social apresentar um conceito unívoco capaz de afirmar o conceito superior que unifique todas as formas de ação. Se a doutrina social e a concepção significativa fossem idênticas, uma tal conclusão simplesmente não seria possível, pois o que VIVES se esforça para demonstrar é que *“os significados, que são constitutivamente diversos, não podem ser reduzidos a um gênero comum”*.¹⁴⁰

É exatamente isso que faz com que o próprio intérprete delimite o conteúdo do significado social da ação, supondo a dimensão interna do autor – sua a previsibilidade subjetiva –. Isso se difere absolutamente da proposta de VIVES, que arranca dos jogos de linguagem, baseados nas regras sociais e no modo de vida, as bases para determinar o conteúdo da sua concepção. Tal premissa faz com que não seja dado ao intérprete isoladamente considerado – ao julgador – a delimitação do significado do comportamento, porque, segundo o conhecido argumento da linguagem privada de WITTGENSTEIN, não é possível estabelecer e seguir uma regra privadamente. O juiz depende, para a atribuição do sentido, da identificação do jogo de linguagem que joga a ação, não provindo dele, mas do contexto de uso da própria ação ao qual o próprio autor estava inscrito.

b) As críticas à concepção significativa da ação

A concepção de VIVES, porém, não se furtou a críticas. A mais importante para os fins do presente trabalho é a oferecida por LUCIANO ANDERSON DE SOUZA, que reprova o fato de que a teoria de VIVES parte de um ideário de validade pura e simples da lei penal. Na sua perspectiva, diante do expansionismo corrente do Direito penal, que se vale de técnicas de tipificações que se propõem a estabelecer uma espécie “combate” à “criminalidade” – o autor cita expressamente o combate à criminalidade organizada em seu argumento –, as bases oferecidas pela concepção não seriam

¹³⁹ CUERDA ARNAU, M^a Luísa. Dogmática, direitos fundamentais e justiça penal... *Op. Cit.* p. 53-54.

¹⁴⁰ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal**... *Op. Cit.* p. 596.

sólidas o suficiente porque, supostamente, partem da premissa de que a norma já está posta e que, por isso, deve apenas ser interpretada e aplicada pelo julgador.¹⁴¹

Ao que se nos afigura, em primeiro lugar, o autor parece confundir a premissa de que a norma deve ser validada a partir de um *contexto de justificação*,¹⁴² isto é, que a teoria jurídica do delito encerra um procedimento de argumentação racional capaz de afirmar a validade da norma em face a um caso concreto.

Em segundo lugar, a mera existência do presente trabalho, que se propõe a examinar criticamente o tipo de ação de associação criminosa – o qual se inscreve, segundo o próprio autor, na lógica do expansionismo punitivo – a partir da ação e do conteúdo do injusto da referida incriminação, já seria suficiente para afastar o argumento de que a concepção parte de um ideário puro e simples de validação da norma penal. Não são poucos os trabalhos que se utilizam da concepção significativa do delito para reprovar criminalizações excessivas ou adiantamentos de barreira de imputação. Seja no âmbito da criminalidade organizada, no terrorismo, nos delitos de posse, dentre outros.

Em terceiro lugar, é importante considerar o destacado lugar que ocupa a pretensão geral de justiça no sistema de imputação de Vives, o que se deixa entrever logo na pretensão de ofensividade da norma, *locus* adequado para a correção de excessos de uma adequação típica formalmente delimitada, e na pretensão de necessidade pena, onde se investiga a penalização em contraste com o princípio de proporcionalidade.

O autor também aponta para uma suposta contradição da *concepção significativa* porque, para atender à função negativa do conceito de ação, a teoria haveria de se socorrer das bases oferecidas pelo paradigma ontológico. “*Isso porque se afirma que não há um tipo de ação quando ausente uma conduta com expressão de sentido, sendo que isso ocorreria quando comprometida a consciência e vontade humanas*”.¹⁴³

No ponto, cabe esclarecer que a concepção significativa do delito afirmará a inexistência de tipo de ação por falta de conduta “*essencialmente naquelas situações*

¹⁴¹ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal**: parte geral. Vol 1. 2ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021. p. 221-222.

¹⁴² Sobre a noção de justificação procedimental da teoria jurídica do delito BUSATO, Paulo César. **La tentativa de delito**... *Op. Cit.* p. 39-40.

¹⁴³ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal**: parte geral... *Op. Cit.* p. 222.

em que não existe a transmissão de sentido de uma vontade dirigida ou controlada por aquela que atua".¹⁴⁴ Neste sentido, ao contrário do que afirma o autor, a ausência de ação ainda se verifica por meio de uma expressão de sentido. Para comprová-lo, basta aceder aos casos de estados de sonambulismo – reconhecidos pela doutrina finalista,¹⁴⁵ e pelo próprio autor,¹⁴⁶ como casos de ausência de conduta -. Para a concepção significativa, no entanto, nos casos de estados de inconsciência há *ação*. Para comprová-lo, VIVES examina o texto "LADY MACBETH", de SHAKESPEARE, destacando que segundo o uso comum da linguagem não é possível afirmar que a personagem principal da peça não haveria realizado as ações, como descer as escadas ou lavar as mãos, simplesmente pelo estado de inconsciência. Diz o autor

Se esses atos foram realizados com o mesmo propósito e capacidades que em estado de vigília, como poderíamos afirmar que seriam apenas ações metafóricas, vale dizer, em última instância, que não são ações? Por acaso Lady MacBeth não desceu a escadaria? Ou somente desceu o seu corpo, como propõe Moore?. Resulta francamente difícil afirmar que o fez sem vontade, sem querer, coisa que à mera vista resulta inadmissível afirmar das palavras pronunciadas.¹⁴⁷

Também é possível constatar uma certa reação do paradigma ontológico ao modelo significativo de ação. E esta reação trilhou duas vias distintas: uma primeira, que buscou identificar ambos os paradigmas sob um mesmo denominador;¹⁴⁸ e, uma segunda, que destacou supostas perdas de rendimento prático pela adoção da concepção de VIVES.¹⁴⁹

Seja em um ou em outro rumo, as reações parecem carecer de fundamento. Em primeiro lugar, não é possível reler o finalismo a partir de VIVES. Nomearemos uma única razão: WELZEL buscava a dimensão de sentido a partir no âmbito anímico do

¹⁴⁴ BUSATO, Paulo C. **Direito penal: parte geral...** *Op. Cit.* p. 207.

¹⁴⁵ GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em Direito penal...** *Op. Cit.* p. 185: "São várias as possibilidades de o ser humano, em estado de inconsciência, praticar atos danosos a terceiros. Todos, naturalmente, são casos em que não haverá conduta humana, dentro da perspectiva finalista, porquanto a inconsciência é incompatível com a escolha de uma finalidade e a correspondente *sobredeterminação dos meios*".

¹⁴⁶ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal: parte geral...** *Op. Cit.* p. 223.

¹⁴⁷ VIVES ANTÓN, Tomás S.; CUERDA ARNAU, Maria L.; GÓRRIZ ROYO, Elena. **Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal.** Dos Seminarios. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 29.

¹⁴⁸ Neste sentido, PRADO, Rodrigo Murad do. **Teorias da conduta no Direito penal.** Um estudo simplificado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 131-133, que qualifica a posição de Vives como sendo a teoria do "*contexto finalista da ação*".

¹⁴⁹ Neste sentido, FONSECA, Pedro H. C. **Direito penal & ação significativa.** 2ª ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

autor da ação; já VIVES, por outro lado, parte dos diferentes jogos de linguagem (exteriores, portanto) para definir a classe de ação de que se trata.¹⁵⁰

A segunda crítica, de seu turno, alega que o finalismo oferecera um suporte muito mais seguro do que o que oferece a concepção significativa – segundo nos parece, em razão da dimensão de sentido. No entanto, simplesmente não se afigura possível insistir em apoiar todo o edifício conceitual do Direito penal na figura lógico-objetiva da dirigibilidade do curso causal. Afinal, ainda que isso fosse possível, a sua determinação só poderia ser realizada pela linguagem. De outro lado, se a finalidade enquanto tal é inacessível ao meio externo, a *segurança* que se espera alcançar a partir dela é *eo ipso* irrealizável.

Esclarecidos os diferentes paradigmas que servem de suporte ao sistema de imputação, convém, agora, bem delimitar o conteúdo da pretensão de ofensividade, dada a sua significação para a identificação da pretensão de relevância da norma.

2.2 A PRETENSÃO DE OFENSIVIDADE

No âmbito da pretensão de validade que se exige da norma penal para ser legitimamente aplicada, é certo que a intervenção penal só estará autorizada – como primeiro passo de um procedimento argumentação – na medida em que se comprove que a ação ostenta significação capaz transmitir o sentido de um dano ou de exposição a perigo de bens jurídico-penais.

Desta maneira, isso se traduz na formulação de uma série de argumentos que nos permitem compreender o bem jurídico e a forma como se lhe antepõe o desvalor do resultado. No sistema de VIVES, estes argumentos estão reunidos na subpretensão de ofensividade da norma.¹⁵¹ Dela decorre a conclusão de que a intervenção penal

¹⁵⁰ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 161 e ss., especialmente a p. 167,

¹⁵¹ A ofensividade nada mais quer dizer do que a agressão ou exposição a perigo de bens jurídicos relevantes para o desenvolvimento social do indivíduo. Não obstante, Nuria Pastor Muñoz a define nos seguintes termos: “*Para um conceito material de delito, sejam quais sejam os critérios com base em que este se define – o bem jurídico, a danosidade social, a necessidade e merecimento de pena, etc. – o legislador tem que justificar o porquê comina uma pena a um determinado comportamento*”. PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática**. Barcelona: Atelier, 2005. p. 46 – adaptação nossa. Em um sentido onto-antropológico, Fábio Roberto D’Ávila afirma que Ofensividade é a “*ressonância normativa de uma oscilação jurídico-penalmente desvaliosa da relação matricial de cuidado-de-perigo, de cuidado do eu para com o outro e do eu para comigo mesmo*”. D’ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em**

apenas se justifica ante a avaliação a respeito do “conteúdo” material do crime e das consequentes formas de violação deste conteúdo, isto é, como uma ofensa a bens jurídicos.¹⁵²

Ao contrário da pretensão conceitual de relevância,¹⁵³ que se destina a delimitar os pressupostos típicos formais hábeis a *identificar* o tipo de ação que se examina, a pretensão de ofensividade procura destacar que a classe de ação que joga o *jogo de linguagem* típico é, não só formal, mas também *materialmente* incorreta. Esta pretensão substantiva de incorreção decorre do fato de que, para ser lesiva, a ação deve agredir bens jurídicos previstos normativamente. É somente a partir disso que será possível afirmar estar justificada a relevância penal da conduta legalmente proibida.¹⁵⁴

A partir desta estrutura, VIVES logra concretizar o duplo juízo de desvalor em que todas as formas delitivas devem, necessariamente,¹⁵⁵ apoiar-se: a expressão de sentido de uma ação valorada negativamente que se conjuga a um resultado igualmente desvalorado.¹⁵⁶ Neste sentido, também o delito de associação criminosa não pode se furtar a esta análise.

Este é o ponto de partida sobre o qual esta seção se ampara, isto é, na exposição do conteúdo desta subpretensão. A posterior avaliação do *desvalor do resultado* do delito de associação criminosa demandará, ainda que resumidamente, uma breve excursão a respeito dos modelos de desvalor admitidos doutrinariamente

direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 76.

¹⁵² As doutrinas alemã e italiana já vêm admitindo a existência de delitos que não ofendem a qualquer bem jurídico, como os crimes ambientais, no caso alemão, e nas infrações sem ofensividade (*reati senza offesa ai beni giuridici*), no caso italiano. Cf. GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *In Revista brasileira de ciências criminais*, n.º 49, jul./ago., São Paulo, 2004. p.94, que afirma expressamente: “o bem jurídico é, em regra, necessário para legitimar uma incriminação. Mas somente em regra, sendo possíveis exceções”; Crítico ao direito italiano, D’ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em direito penal:** escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 72 e ss.

¹⁵³ Examinada na seção 2.1 da presente investigação, *supra*.

¹⁵⁴ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do Sistema Penal...** *Op. Cit.* p. 370: “Uma pretensão de ofensividade – ou antijuridicidade material – (isto é, uma pretensão substantiva de incorreção) acompanha já, inevitavelmente, a pretensão conceitual de relevância. E isso porque relevantes para o Direito penal são apenas ações que lesionam ou colocam em perigo bens juridicamente parte

¹⁵⁵ Há aqueles que afirmem que não é necessário um duplo juízo de desvalorização, sendo suficiente a desvalorização da conduta. Cf. ZIELINSKI, Diehart. **Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito.** Buenos Aires: Hammurabi, 1990. p. 231 e ss.; SANCINETTI, Marcelo. **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, 1991. p. 77 e ss.

¹⁵⁶ BUSATO, Paulo C. **Direito Penal:** Parte Geral... *Op. Cit.* p. 238.

e que se mostram aptos a identificar o bem jurídico justificador da intervenção penal pela norma incriminadora.

Também é certo que isso nos indicará, igualmente ao que se fez no exame da pretensão conceitual de relevância, se o delito em testilha cumpre os pressupostos de validade para ser legitimamente imposto em face da conduta associativa que o legislador discursivamente busca reprimir.

Deste modo, em um primeiro momento, discutiremos a relevância material de forma abstrata, isto é, as formas pelas quais punição encontra sua legitimidade, para, em um segundo momento, debatermos como a concepção significativa do delito ampara essa discussão.

2.2.1 A relevância material

O reconhecimento de que o delito, o injusto ou a pretensão de relevância deve comportar alguma relevância material, segundo PAULO BUSATO, remete diretamente à discussão sobre o bem jurídico, *“uma vez que essa é a expressão que faz denotar a existência de uma motivação sociopolítica para o estabelecimento de normas incriminadoras”*.¹⁵⁷

Entretanto, não há dúvida de que, como diz VIVES, o conceito de bem jurídico é dos mais problemáticos que a dogmática penal já se deparou, *“pois tudo nele é discutido: desde sua condição intra ou extra normativa até sua virtualidade hermenêutica e, acima de tudo, sua capacidade de servir de limite aos possíveis excessos do legislador”*.¹⁵⁸

Ao que parece, a teoria do bem jurídico encontra-se em uma posição defensiva em relação à virulência dos ataques de seus críticos e opositores.¹⁵⁹ Não por acaso, alguns autores ainda buscam sustentar a capacidade de rendimento do conceito de bem jurídico para servir de ponte entre a doutrina e a *praxis*,¹⁶⁰ enquanto

¹⁵⁷ BUSATO, Paulo C. **Direito penal: parte geral...** *Op. Cit.* p. 257.

¹⁵⁸ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 610.

¹⁵⁹ ROXIN, Claus. **Strafrecht**, AT, vol. 1... *Op. Cit.* § 2º, nm. 120.

¹⁶⁰ Por todos, ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a exame. Trad. Cancio Meliá. *In Revista de ciencia penal y criminología*. N. 15, pp. 01-27, 2013

outros autores se questionam se ainda vive a teoria do bem jurídico.¹⁶¹ Não se pode ignorar, ademais, um terceiro grupo de autores que já decretou o efetivo passamento da teoria, tendo em vista o esgotamento teórico dos seus pressupostos dogmáticos e político-criminais.¹⁶²

Trata-se de uma acesa discussão que remonta há cerca de dois séculos de propostas e que, na sua essência, ganhou ampla aceitação doutrinária. Ainda que não seja deste lugar realizar um aprofundamento histórico a respeito dessa discussão,¹⁶³ cumpre realizar um breve passeio a respeito das principais propostas quanto à teoria, tudo com o objetivo de compreender as modernas orientações a respeito da matéria e a bem delinear a crítica que a ela se faz.

a) O conceito formal de bem jurídico

Nesta sede, cumpre destacar que as origens do conceito de bem jurídico radicam em uma tentativa de encontrar fundamentos racionais às criminalizações estabelecidas pelo legislador, de modo a evitar que a criação de tipos incriminadores e a conseqüente imputação às pessoas concretamente consideradas, decorresse de um arbítrio despótico.

É assim que, em meados do século XIX, PAUL JOHANN ANSELM RITTER VON FEUERBACH encontrou o fundamento das incriminações penais na ideia de “*violação ao Direito subjetivo dos súditos*”.¹⁶⁴ Em oposição a isso, ainda naquele século, JOHANN

¹⁶¹ Por todos, SANTOS, Humberto Souza. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?** Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar. São Paulo: Marcial Pons, 2020

¹⁶² Por todos, PAWLIK, Michael. ¿Delito Lesión de un bien jurídico? *In Dret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2016.

¹⁶³ Um tal estudo já foi amplamente realizado por AMELUNG, Knut. **Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft**. Frankfurt am Main. 1972; em língua portuguesa, também em: SANTOS, Humberto Souza. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?**... *Op. Cit.* p. 32-46; e em: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Latin, 2014. p. 89-144; uma visão panorâmica desse debate pode ser consultada em: MARTINELLI João P.; DE BEM, Leonardo S. **Lições fundamentais de direito penal**... *Op. Cit.* p. 91-105. BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico penal supraindividual**. Belo Horizonte: D'plácido, 2017. p. 23-96.

¹⁶⁴ Em breves linhas, o autor sustentou que as leis penais tem um duplice objetivo: a conservação dos direitos dos súditos e dos direitos correspondentes ao Estado enquanto “pessoa moral”. Com efeito, essa proposta apenas se solidificou com a ideia de que o delito corresponde à violação de um Direito subjetivo. FEUERBACH, Paul Joahnn Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal**. Trad. Da 14ª ed. alemão por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hamurabi, 2007. p. 55-57, §§ 21-23. Com essa postura, Feuerbach buscava defender um Direito penal laico, baseado na separação entre Direito e moral, de modo a afastar a arbitrariedade oriunda de acepções teocráticas a respeito do injusto. Também MARTINELLI João P.; DE BEM, Leonardo S. **Lições fundamentais de direito penal**... *Op. Cit.* p. 91.

MICHAEL FRANZ BIRNBAUM defendeu “a ideia de que a tarefa do direito penal seria proteger determinados ‘bens’”,¹⁶⁵ destacando que a proposta de FEUERBACH seria insuficiente para justificar a punição de determinadas modalidades delitivas, como os delitos de perigo.¹⁶⁶

A expressão “bem jurídico” só aparece, de fato, na obra de KARL BINDING, denominada “As normas e a sua violação”, publicada originalmente em 1872, ao defender que a essência do delito radica na contrariedade à norma, em uma perspectiva nitidamente positivista.¹⁶⁷ Desse modo, define bem jurídico como sendo “tudo aquilo que aos olhos do legislador tem valor como condição de vida sadia na coletividade jurídica e que ele, portanto, se empenha em proteger contra violação ou perigo indesejável por meio de suas normas”.¹⁶⁸

A isso seguiram-se as críticas de FRANZ VON LISZT ao trabalho de BINDING, que também passou a sustentar o bem jurídico enquanto fundamento das incriminações penais concretas, considerando-os vitais não apenas para o direito penal, mas para todos os ramos das ciências jurídicas.¹⁶⁹ Daí porque destaca que o conceito encontraria o seu limite na ideia de “interesses vitais”, sejam dos indivíduos ou da coletividade, que deveriam ser protegidos e fomentados pelas disposições do Direito.¹⁷⁰

Essas limitadas considerações deixam entrever que a fundamentação do delito assumia tintas meramente formais, sem qualquer capacidade crítica de servir de limite à atividade do legislador. Em outras palavras, o bem jurídico seria algo imanente à própria norma jurídica. A escassa capacidade de rendimento dessas

¹⁶⁵ SANTOS, Humberto Souza. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?**... *Op. Cit.* p. 32.

¹⁶⁶ Com efeito, Birnbaum “*fundamenta a proibição penal de acordo com um conceito jurídico natural de crime, segundo o qual crime é aquilo que, de acordo com a natureza do direito penal, poder ser racionalmente considerado como punível pela sociedade civil*”. SANTOS, Humberto Souza. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?**... *Op. Cit.* p. 33. Deste modo, os bens de que falava Birnbaum seriam materialmente provenientes da natureza ou derivariam do desenvolvimento social, de modo a justificar a punição de delitos praticados contra indivíduos, contra a comunidade, contra a religião, contra a moral e os costumes (*idem*). Fica claro, a partir disso, que Birnbaum não buscava oferecer limites ao exercício do Poder Punitivo, antes, o contrário, a sua teoria pretendia firmar as bases sobre as quais poderia o Estado intervir legitimamente sobre a liberdade dos cidadãos.

¹⁶⁷ AMELUNG, Knut. **Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft**... *Op. Cit.* p. 72-74. BINDING, Karl. **Die Normen und ihre Übertretung**, t. 1... *Op. Cit.* p. 342. Binding esclarece que vários bens jurídicos nem sequer constituem objeto de direitos subjetivos, sobretudo porque, por exemplo, o Estado não tem direito à vida humana, tampouco o indivíduo tem direito subjetivo sobre a comunidade, que é violada pela bigamia, incesto, sodomia etc. (*Idem*, p. 343).

¹⁶⁸ BINDING, Karl. **Die Normen und ihre Übertretung**, t. 1... *Op. Cit.* p. 352-353.

¹⁶⁹ SANTOS, Humberto Souza. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?**... *Op. Cit.* p. 37

¹⁷⁰ SANTOS, Humberto Souza. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?**... *Op. Cit.* p. 37-38

concepções talvez revele o descrédito da teoria do bem jurídico por autores neokantianos¹⁷¹ e finalistas,¹⁷² já no século XX.

Neste sentido, MAX ERNST MAYER trabalha o conceito de bem jurídico enquanto um simples recurso de interpretação teleológico dos tipos incriminadores, resultado da norma enquanto produto da cultura, portanto, igualmente imanente ao sistema.¹⁷³ Embora acrescente funções ao conceito, sua perspectiva não é capaz de ultrapassar o formalismo dos seus antecessores.

HANS WELZEL, de seu turno, igualmente colocou o tema em um ponto lateral de relevância dogmática. Ainda que tenha reconhecido que o Direito deva desvalorar o resultado que viole os chamados “*bens vitais da comunidade (valores materiais)*”,¹⁷⁴ o fundamento material do injusto pessoal apenas decorreria na preservação da validade de valores ético-sociais na consciência jurídica do cidadão, que os viola a partir de uma ação dirigida finalisticamente à lesão daqueles bens.¹⁷⁵ Esta posição foi extremada por alguns de seus discípulos,¹⁷⁶ como, por exemplo, DIETHART ZIELINSKI, que desprezava absolutamente o desvalor de resultado na caracterização do injusto. A lesão do bem jurídico, neste sentido, seria vista como mero motivo para reação

¹⁷¹ Alguns autores do positivismo neokantiano também ofereceram alguns conceitos ao tema em questão, já no século XX. De modo geral, sustentaram que os bens jurídicos constituem *valores* protegidos pelo Direito. Neste sentido já se posicionaram Cobo del Rosal e Vives Antón, que definiam o conceito de bem jurídico como sendo “*todo valor da vida humana protegido pelo Direito*” (Cf. **Derecho penal**: parte general... *Op. Cit.* p. 249). Essa premissa atendeu à tendência neokantiana de retirar o Direito do monismo metodológico que o atrelava à lógica cega das ciências da natureza e abrir a ele a percepção teleológica dos valores culturalmente relevantes. De seu turno, estes motivariam e fundamentariam as normas jurídicas a partir de uma lógica própria das ciências do espírito. Este conceito foi criticado por Vives, que disse ser “insatisfatória”. VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos...** *Op. Cit.* p. 786.

¹⁷² WELZEL, Hans. **Derecho penal...** *Op. Cit.* p. 12.

¹⁷³ O valor ao qual o Direito penal está destinado a tutelar, de seu turno, “*consiste na proteção dos fins do tipo penal, de modo a permitir uma distinção clara entre bem jurídico e o objeto da ação sobre o qual a conduta punível se efetua*”. MAYER, Max Ernst. **Derecho penal**: parte geral. Trad. Sergio Politoff. Motevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007. p. 55.

¹⁷⁴ WELZEL, Hans. **Derecho penal...** *Op. Cit.* p. 12

¹⁷⁵ Afirma expressamente que “*impede-se o desvalor material ou de resultado mediante a punição do desvalor do ato*”. WELZEL, Hans. **Derecho penal...** *Op. Cit.* p. 12. Ademais, o autor argumenta que em decorrência da orientação própria do Direito penal a preservar valores ético-sociais comunitários, a preservação de bens jurídicos é sustentada de modo muito limitado. Deste modo, sobrevalorizar o aspecto do dano social faria o Direito penal cair em um inevitável utilitarismo, já que, assim, o benefício ou o dano inerente ao resultado da ação determinariam o valor da própria ação (WELZEL, Hans. **Derecho penal...** *Op. Cit.* p. 14).

¹⁷⁶ Segundo indica Tiago Joffily, é na obra do Kaufmann que se verificou a primeira iniciativa que sustentou “*abertamente a irrelevância do desvalor do resultado para a caracterização do injusto*”. JOFFILY, Tiago. **O resultado como fundamento do injusto penal...** *Op. Cit.* p. 41.

penal, simples pressuposto de punibilidade, com funções axiológicas relacionadas às funções da pena.¹⁷⁷

Esse brevíssimo passeio nos permite afirmar que a teoria do bem jurídico desenvolveu-se ora para servir de recurso de legitimação da atividade legislativa, em um sentido meramente formal; e ora foi descreditada pela irrelevância dogmática do seu desenvolvimento.

Da mesma maneira que o seu fundamento esteve em causa, também o conceito de bem jurídico não encontrou um denominador comum. A ele, os diferentes autores atribuíram as noções de “*dano social, de valor, de interesse, potencial, unidade funcional de valor, função, participação, bem vital, valor objetivo, imagem ideal ou estado*”.¹⁷⁸ Uma falta de unidade argumentativa que, segundo WINFRIED HASSEMER, revela que essas “*denominações nem sempre refletem um conteúdo específico do objeto designado; são, isso sim, soluções de compromisso ou simples conceitos vazios, tais como estado, interesse – que cada um pode recheiar a seu arbítrio*”.¹⁷⁹

Em oposição a este raciocínio legitimador,¹⁸⁰ um setor da doutrina penal alemã contemporânea passou a se preocupar com o desenvolvimento de um conceito que ao tempo em que transcendesse a norma, fosse igualmente capaz de socorrer a dogmática de criminalizações excessivas e puramente legitimadoras. Trata-se de uma postura ativa de fiscalização das escolhas legislativas¹⁸¹ e que, por isso, recebe a

¹⁷⁷ “Ao levar a cabo conseqüentemente o conceito final de injusto logramos demonstrar que o desvalor da ação é o constituinte e o único conteúdo do injusto. O juízo de valor negativo sobre o ato contido no injusto é, ao mesmo tempo, o fundamento de valor para o juízo de culpabilidade, que é, de seu turno, o juízo de valor sobre a motivação do autor, a qual não se orientou segundo o juízo de valor sobre o ato. Ilícito e culpabilidade estão, um ao lado do outro, imediatamente relacionados; o ilícito é censurado ao autor no juízo de culpabilidade”. ZIELINSKI, Diehart. **Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito...** *Op. Cit.* p. 236 – adaptação nossa. No entanto, adverte que “as ações merecedoras de pena, assim extraídas dentre as ações contrárias à norma, não são somente por isso puníveis”. ZIELINSKI, Diehart. **Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito...** *Op. Cit.* p. 239.

¹⁷⁸ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 111.

¹⁷⁹ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal...** *Op. Cit.* p. 111.

¹⁸⁰ Esta opinião é contestada por PAWLIK, Michael. ¿Delito Lesión de un bien jurídico? *In Dret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2016. p. 03, que afirma que a pretensão de Feuerbach e de Birnbaum era a de oferecer “um padrão suprapositivo que estabelecesse limites as atividades de penalização do legislador”.

¹⁸¹ Expressão de SANTOS, Humberto Souza. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?**... *Op. Cit.* p. 47.

denominação de “conceito político-criminal de bem jurídico”, ou “transcendentalista”, ao qual nos deteremos imediatamente.

b) O conceito político-criminal de bem jurídico

“*Há muitas razões – afirma ROXIN – para compreender que o legislador jurídico atual, ainda que goze de legitimidade democrática, não pode criminalizar algo somente porque o desaprove*”.¹⁸² É com base neste raciocínio que autores como CLAUS ROXIN¹⁸³ e WINFRIED HASSEMER¹⁸⁴, a partir da década de 1960, passaram a sustentar que o bem jurídico não é um conceito desprovido de qualquer capacidade crítica, que se limita a descrever e legitimar as opções político-criminais.¹⁸⁵ Ao contrário disso, o conceito deveria incorporar uma função restritiva – não meramente fundamentadora – do poder estatal de incriminar.

Segundo afirmavam, ao Direito penal incumbiria somente a proteção subsidiária e fragmentária dos bens jurídicos. Com efeito, segundo esses pressupostos, “*condutas tais como a de criticar duramente o governo, professar convicções estranhas ou comportar-se na privacidade de forma divergente ao prescrito por normas sociais*”¹⁸⁶ não poderiam constituir o fundamento sobre o qual a intervenção penal se encontraria legitimada a intervir.

¹⁸² ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007. p.443.

¹⁸³ Em numerosos trabalhos, como o já citado ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?... *Op. Cit.*; ROXIN, Strafrecht... *Op. Cit.*; ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018; ROXIN, Claus. **Täterschaft und tatherrschaft**. 9ª ed. Berlim: De Gruyter, 2015;

¹⁸⁴ Amplamente em HASSEMER, Winfried. Lienamentos de una teoría personal del bien jurídico. Trad. Patricia Ziffer. In **Doctrina Penal – Teoría y Practica en las Ciencias Penales**, n. 45/48, pp. 275-285, 1989; HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007; HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal...** *Op. Cit.*; HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**. Trad. Francisco Muñoz Conde e Maria del Mar Diaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 114-116.

¹⁸⁵ “*Este conceito de bem jurídico deve ser rechaçado, porque não diz nada que vá mais além do que foi reconhecido pelo princípio de interpretação teleológica*”. ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?... *Op. Cit.* p. 449.

¹⁸⁶ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?... *Op. Cit.* p. 47.

Essa postura faz chamar a atenção ao conceito de bem jurídico uma função supralegal, que o coloca acima do poder do legislador democraticamente eleito,¹⁸⁷ inviabilizando o exercício arbitrário do seu *munus*.

Esta limitação ao poder punitivo estatal, contudo, só poderia advir de uma única fonte material: da Constituição.¹⁸⁸ Segundo esclarece HUMBERTO SOUZA SANTOS, o “*conceito de bem jurídico deve, então, ser político-criminalmente orientado de acordo com o sistema jurídico-constitucional*”.¹⁸⁹

Ainda que seja extraído do texto constitucional,¹⁹⁰ os bens jurídicos não se limitariam a reproduzir acriticamente os valores consignados no texto da Lei Fundamental. Ao contrário disso, o conceito de bem jurídico seria algo mais restrito do que a soma das disposições constitucionais. Ele é extraído dos valores mais relevantes presentes no Texto¹⁹¹ e tem em vista o caráter de *ultima ratio* deste ramo do Direito.

Deste modo, ROXIN oferece o conceito de bem jurídico no seguinte sentido: “*circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado sobre a base desta concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema*”.¹⁹² Este conceito faz com que os bens jurídicos não sejam exclusivamente preexistentes ao legislador, podendo também serem originados da própria atividade estatal, dando lugar aos denominados “bens jurídicos coletivos”. Exemplo disso seriam os bens jurídicos vida, no primeiro caso, e os tributos, no segundo.¹⁹³

Deste modo, entram em debate os critérios para postulação de bens jurídicos individuais e supraindividuais. Em resumidas contas, neste particular, a posição político-criminal se dividiu em uma tripla orientação.

¹⁸⁷ SANTOS, Humberto Souza. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?**... *Op. Cit.* p. 48.

¹⁸⁸ ROXIN, **Strafrecht**... *Op. Cit.* p. 16, §2 nm. 09.

¹⁸⁹ SANTOS, Humberto Souza. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?**... *Op. Cit.* p. 48.

¹⁹⁰ Neste sentido, é também a opinião de SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**... *Op. Cit.* p. 15 e ss.

¹⁹¹ “*A coerência dessa explicação é vislumbrada na já clássica menção ao Colégio Pedro II, cuja natureza federal, assegurada pelo artigo 242, § 2º, da Constituição do Brasil, evidentemente não merece proteção penal, mas também em relação a valores mais relevantes, como a forma republicana de governo, princípio constitucional sensível, protegido pelo artigo 34, inciso VII, alínea a, da Constituição brasileira, justificador de intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal, mas que não pode conferir legitimidade à incriminação da defesa da restauração da monarquia*”. SANTOS, Humberto Souza. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?**... *Op. Cit.* p. 49.

¹⁹² ROXIN, **Strafrecht**... *Op. Cit.* p. 16, §2 nm. 09.

¹⁹³ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?... *Op. Cit.* p. 47.

Em primeiro lugar, alguns autores defendem que todo e qualquer bem jurídico deve partir sempre e necessariamente de um interesse individual. Esta é a conhecida concepção monista-pessoal do bem jurídico. A eventual postulação de bens jurídicos coletivos só cobraria sentido na medida em que tutelasse um interesse que dissesse respeito ao próprio indivíduo.¹⁹⁴

É esta a posição de HASSEMER, por exemplo, que impõe como condição à aceitação de bens jurídicos supraindividuais a correspondência aos interesses do indivíduo.¹⁹⁵ Destarte, para o autor, os bens jurídicos são definidos como “*interesses humanos que requerem proteção penal*”,¹⁹⁶ de modo que a proteção de instituições, por exemplo, só é admitida na exata medida em que sirva para proteger interesses individuais.¹⁹⁷

No aspecto particular dos bens jurídicos coletivos, esta visão monista-pessoal foi fortemente criticada. As contestações giraram em torno da necessidade de uma reação penal aos delitos que, embora não possam ser reconduzíveis ao indivíduo, afetam duramente a coletividade e as gerações futuras. A tutela penal do ambiente constitui um exemplo claro da crítica. Para HASSEMER, o ambiente não constitui um bem jurídico enquanto tal, mas somente como meio para as necessidades de saúde e vida do homem.¹⁹⁸ No entanto, afirma FIGUEIREDO DIAS – que também segue uma orientação político criminal de bem jurídico – que essa perspectiva cai em uma espécie de incongruência porque ignora a possibilidade de condutas graves o suficiente para colocar em risco a própria existência do planeta.

Justamente em decorrência de divergências nascidas a partir do caráter individual desta concepção, segundo HUMBERTO DE SOUZA SANTOS, o conceito político-

¹⁹⁴ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?... *Op. Cit.* p. 448. Explica o autor: “*É fácil ver que uma Administração da justiça ordenada e uma moeda intacta são necessárias para o livre desenvolvimento do sujeito em sociedade. Inclusive a obrigação de pagar impostos, que frequentemente aborrece os cidadãos, não tem como objetivo o enriquecimento do Estado, mas a sua utilidade ao indivíduo, ao qual se referem as prestações estatais sufragadas com os impostos*”.

¹⁹⁵ Afirma o autor que “*O fundamento desta tradição é uma concepção liberal do Estado, que não é um fim em si mesmo, mas que somente deve fomentar o desenvolvimento e asseguramento das possibilidades vitais do homem*”. HASSEMER, Winfried. Lienamientos de una teoría personal del bien jurídico... *Op. Cit.* p. 281.

¹⁹⁶ HASSEMER, Winfried. Lienamientos de una teoría personal del bien jurídico... *Op. Cit.* p. 282.

¹⁹⁷ “*Isso significa, por exemplo, que o bem jurídico dos delitos contra a fé pública não pode ser a segurança do tráfico jurídico, mas a totalidade daqueles que intervém neste tráfico jurídico e, com isso, dos interessados na integridade dos instrumentos de prova*”. HASSEMER, Winfried. Lienamientos de una teoría personal del bien jurídico... *Op. Cit.* p. 282.

¹⁹⁸ HASSEMER, Winfried. Lienamientos de una teoría personal del bien jurídico... *Op. Cit.* p. 282-283.

criminal de bem jurídico encontrou um segundo sustentáculo: uma teoria dualista, amplamente dominante entre os partidários desta visão crítica. Segundo o autor, ela “*parte do pressuposto de que, ao lado de bens jurídicos individuais ou com referência individual, há verdadeiros bens jurídicos coletivos no mesmo nível de exigência tutelar autônoma*”.¹⁹⁹ Deste modo, aceitam que o conceito de bens jurídicos individuais partilhe espaço junto ao conceito relativo aos coletivos, com independência de que estes venham a ser reconduzidos aos indivíduos.²⁰⁰ Isso não significa, segundo afirmam, um retorno acrítico à mera legitimação do legislador, mas, ao contrário, importa em uma separação dos bens coletivos legítimos daqueles que não são merecedores de tutela penal, que se constituem em falsos bens jurídicos coletivos.

Finalmente, um terceiro setor doutrinário se colocou no sentido da coletividade, conhecida como *monista-estatal* ou *monista-coletivista*.²⁰¹ Segundo esta vertente, “*todos os bens jurídicos serão reflexo de um interesse do Estado ou da coletividade*”.²⁰² Neste sentido, a tutela de interesses individuais só cobraria sentido na medida em que interessasse ao Estado ou à coletividade.²⁰³

A despeito da força destes argumentos, vem ganhando espaço na literatura novas visões que negam qualquer relevância dogmática ao conceito de bem jurídico, considerando-o algo desprezível ou de segundo nível.

c) A crise da teoria do bem jurídico

Na mesma intensidade com que foi intensamente defendida, as teorias críticas ao trabalho do legislador foram alvo de duras e constantes contestações.

¹⁹⁹ SANTOS, Humberto Souza. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?**... *Op. Cit.* p. 48.

²⁰⁰ Hassemer, no entanto, afirma que a divisão conceitual em “duas colunas” é insatisfatória, mas tem a vantagem de eximir o teórico de buscar um sempre problemático conceito comum superior de bem jurídico. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal**... *Op. Cit.* p. 107.

²⁰¹ BUSATO, Paulo C. **Direito penal: Parte Geral**, v. 1... *Op. Cit.* p. 278. O autor destaca que esta proposta está associada a um perfil radical de esquerda que sofreu com a derrocada do comunismo enquanto política estatal. Aponta Alessandro Baratta como defensor desta proposta (*In Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 202.

²⁰² GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *In Revista brasileira de ciências criminais*, n.º 49, jul./ago., São Paulo, 2004. p. 93.

²⁰³ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito... *Op. Cit.*

Essas oposições se voltaram desde diversos ângulos: censurou-se uma suposta origem antiliberal do conceito, também a sua imprecisão e os fundamentos sobre os quais se apoiaram alguns de seus argumentos.²⁰⁴

Para ficarmos com apenas alguns exemplos, CARL-FRIEDRICH STUCKENBERG, sustenta que a admissão pura e simples da teoria do bem jurídico enquanto um limite material ao poder do legislador infraconstitucional seria o mesmo que adotar uma postura de “*desdém pela democracia*”.²⁰⁵

Segundo o autor,²⁰⁶ não há motivo juridicamente fundamentado para excluir do legislador a faculdade de eleger seus próprios fins políticos e de elaborar as normas jurídicas destinadas a atendê-los. Ainda que essas normas sejam consideradas socialmente boas ou ruins, inteligentes ou estúpidas, teoricamente sublimes ou repugnantes, não seria legítimo que um mero conceito dogmático servisse de mecanismo para impedir o legislador de atingir os fins para os quais foi eleito. Dele, apenas seria exigível que cumpra os preceitos firmados pela Constituição.

Segundo o que refere o autor,²⁰⁷ admitir que alguns poucos intelectuais, sem qualquer legitimação Constitucional, possam limitar teoricamente o representante da soberania popular democraticamente eleito importaria em desconsiderar a relevância do sistema democrático para a condução da vida social.

Em complemento, KNUT AMELUNG destaca que a origem do conceito de bem jurídico não radica em uma tradição genuinamente liberal.²⁰⁸ Esta suposta origem teria sido afirmada pela escola nacional-socialista de Kiel ao equiparar o conceito de bem jurídico à teoria da lesão de direitos do Iluminismo.²⁰⁹ Com o pós-guerra, afirma, havia uma tendência de regresso de tudo aquilo que havia sido combatido pelo autoritário regime, sobretudo os conceitos que haviam sido confrontados por conta de sua

²⁰⁴ Em sentido similar, Humberto Souza Santos organizou as críticas, limitando-se à teoria político-criminal do bem jurídico. Cf. SANTOS, Humberto Souza. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?**... *Op. Cit.* p. 91 e ss.

²⁰⁵ STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico. Trad. Lucas Minorelli. In **Revista eletrônica de direito penal e política criminal**. Vol. 2, n.º 1, pp. 03-14, Porto Alegre: UFRGS, 2014. p. 08 e ss.

²⁰⁶ STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico... *Op. Cit.* p. 09 e ss.

²⁰⁷ STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico... *Op. Cit.* p. 09 e ss.

²⁰⁸ Conforme a descrição da crítica feita por Luís Greco: “O conceito impresso do bem jurídico poderia albergar disposições moralizantes e proteger tabus com muito mais facilidade do que [por exemplo] o conceito de direito subjetivo. GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**... *Op. Cit.* p. 239.

²⁰⁹ SANTOS, Humberto Souza. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?**... *Op. Cit.* p. 92.

reconhecida natureza liberal. No entanto, esclarece, o contexto histórico – da Restauração – em que escrevia BIRNBAUM não correspondia ao conteúdo político de racionalização do poder punitivo derivado da Ilustração, antes, afastava-se dele.

Outra crítica foi destinada à irrelevância sistemática do conceito de bem jurídico. Com efeito, afirma PABLO ALFLEN que não é o perecimento do bem jurídico que enseja a movimentação do aparato estatal. Segundo afirma, o Estado não se movimentaria quando o bem “vida” de uma pessoa vem a ser aniquilado em razão de sua morte por causas naturais. Isso revela, segundo os seus termos, que não é a agressão ao bem que interessa ao Direito penal, mas a *forma* como se o lesiona.²¹⁰

Com o argumento, o autor pretende destacar que não há necessidade de se envidarem esforços dogmáticos para encontrar um melhor e mais preciso fundamento (ou limite) material ao poder estatal de incriminar. Ao contrário disso, filiando-se expressamente ao normativismo sistêmico de JAKOBS, a sua proposta é a de que os tipos legais tutelam expectativas normativas da sociedade e que a penalização do comportamento busca preservar esta estrutura social.²¹¹

Há também um outro núcleo crítico que se dirige à confusão conceitual estabelecida pelos defensores da teoria. Segundo o argumento, não haveria uma unidade argumentativa capaz de descrever um conceito superior e unitário ao fundamento material do injusto. Diante disso, pareceria inviável procurar um conceito capaz de reconduzir todos os diferentes bens jurídicos, sejam eles individuais ou supraindividuais, sociais gerais ou difusos, a um único componente comum a todos eles. Isso dificultaria encontrar os *legítimos* bens e contrapô-los àqueles meramente *aparentes*.

Como alternativa ao conceito de bem jurídico, alguns autores propõem que o Direito penal deve proteger a constituição da sociedade, por meio da manutenção da vigência ou estabilidade das suas normas.²¹² Em uma ligeira variação desta proposta, outros autores sustentam uma alteração profunda de perspectiva do sistema de imputação, que não deve determinar o conteúdo material do injusto a partir da noção

²¹⁰ ALFLEN, Pablo R. Por um novo paradigma dogmático para o direito penal brasileiro. In **Teoria Crítica & Direito Penal**. Raphael Boldt (Org.). Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 372 e ss.

²¹¹ No mesmo sentido, JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do Direito Penal. Trad. Pablo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 41 e ss.; JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. São Paulo: Manole, 2003. p. 10 e ss.

²¹² Novamente, é o caso de Jakobs, mas também de Alflen, de Pawlic e de outros seguidores, inclusive sul-americanos, do primeiro autor.

do resultado produzido, isto é, da lesão ao bem jurídico, mas a partir do conceito de *pessoa em Direito* [*Rechtsperson*]. Em outros termos: tutelar a pessoa enquanto parte de uma comunidade normativamente constituída. Desse modo, “*o que é lesionado tampouco é compreendido de forma mediatizada, representado através do bem que possui, mas de forma complementar ao autor, isto é, também como pessoa em Direito*”.²¹³ Segundo sustenta MICHEL PAWLIK, o Direito penal buscaria tutelar a delimitação de espaços de liberdades pessoais, sem qualquer referência a um objeto de valor²¹⁴.

Por outro lado, outros autores vêm buscando limitar a intervenção penal a partir de uma retomada parcial do pensamento de FEUERBACH, reclamando o retorno do *direito subjetivo* enquanto objeto de proteção da norma de comportamento ou como limite da tutela. Seguindo ao primeiro sentido, JOACHIM RENZIKOWSKI²¹⁵ se apoia no fracasso das funções designadas ao conceito de bem jurídico para retomar a ideia de que os direitos subjetivos preexistem ao Estado e apenas são juridicamente reconhecidos por ele. Dessa forma, as normas de comportamento não ganhariam a sua legitimidade partindo do Estado e se direcionado às pessoas (“de cima para baixo”), mas, ao contrário, partem dos direitos subjetivos das pessoas em direção ao seu reconhecimento estatal.²¹⁶ O reconhecimento dos direitos subjetivos como objeto de proteção normativa permitiria descrever uma relação que vai do sujeito de direito, a um contexto fático e a outro sujeito de direito, conexão esta que permite ampliar o olhar para observar não só o dano produzido, mas o ponto de partida do acontecimento.²¹⁷

Em um polo oposto, a doutrina constitucional que se dedicou ao tema também propôs o abandono da teoria do bem jurídico.²¹⁸ Sustenta que o Direito penal tem

²¹³ PAWLIK, Michael. ¿Delito Lesión de un bien jurídico?... *Op. Cit.* p. 09.

²¹⁴ PAWLIK, Michael. ¿Delito Lesión de un bien jurídico?... *Op. Cit.* p. 09-10.

²¹⁵ RENZIKOWSKI, Joachim. **Direito penal e teoria das normas**. Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. Trad. Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

²¹⁶ “*Dessa forma, os direitos subjetivos são os fundamentos de legitimidade das normas de comportamento que protegem os indivíduos*”. RENZIKOWSKI, Joachim. **Direito penal e teoria das normas...** *Op. Cit.* p. 32.

²¹⁷ RENZIKOWSKI, Joachim. **Direito penal e teoria das normas...** *Op. Cit.* p. 35.

²¹⁸ “*Apresentamos tão somente a constatação pragmático-normativa de que o direito penal se justifica mediante raciocínios concretos de sua utilidade e necessidade em cada caso e não pelo (suposto) valor abstrato de um ‘bem jurídico’*. Trata-se da necessidade de abandonar um valor apriorístico que acaba legitimando quase todas as opções legislativas com o pretexto de tutelar certo bem jurídico”. DIMOULIS, Dimitri. **Direito penal constitucional**. Garantismo na perspectiva do pragmatismo jurídico-político. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 82-83.

como pressuposto apenas a tutela dos direitos fundamentais inscritos na Constituição. Desta maneira, essa proposta parte da premissa de que apenas a proteção de direitos de terceiros é capaz de justificar a intervenção penal. Com isso, assume relevância o direito fundamental à segurança, como mecanismo de proteção de outros Direitos fundamentais.²¹⁹ Do Direito à segurança parte-se ao segundo momento da justificação completa da intervenção penal, que se define pelo critério de proporcionalidade. Desta maneira, embora uma determinada conduta exponha a segurança de um direito fundamental, é certo que nem todas as medidas destinadas a coibir esta exposição estarão justificadas. A justificação impõe uma ponderação das vantagens e desvantagens concretas²²⁰ de uma reação estatal punitiva em face do agressor.

d) O tratamento jurídico dos bens jurídicos supraindividuais em matéria penal

De toda a discussão *supra*, com limitadas exceções, está claro que o bem jurídico foi tratado a partir de visões monistas-pessoais, que pretendiam ver os bens jurídicos coletivos determinados a partir dos individuais; ou de visões dúplices, que admitem a existência de dois conceitos distintos a respeito do mesmo tema; e até mesmo uma visão monista-estatal, que parte do coletivo para admitir um conceito individual.

Amplamente majoritária parece ser a perspectiva dúplice, sobretudo porque afirma que os bens jurídicos supraindividuais seriam aqueles cujo titular não seria o indivíduo, mas a coletividade. Ao contrário dos individuais, que já estariam bem delimitados.²²¹

Apesar disso, alguns autores²²² sentem que a doutrina dos bens supraindividuais peca pela deficiência de um conceito. Isso porque, embora aquela

²¹⁹ Segundo Dimitri Dimoulis, a segurança é um direito fundamental (art. 6º, *caput*, da Constituição – em sua vertente prestacional) que apenas cobra sentido para “*garantir a intangibilidade de outros direitos: ‘O titular X tem direito à segurança do direito y (...).’*” DIMOULIS, Dimitri. **Direito penal constitucional...** *Op. Cit.* p. 76.

²²⁰ “*É necessário abandonar o pensamento abstrato (o castigo apresenta utilidade) e verificar se, nas circunstâncias concretas e específicas, o direito penal promove a tutela de um direito fundamental. Somente assim podemos sair da visão abstrata que justifica genericamente a intervenção penal.*” DIMOULIS, Dimitri. **Direito penal constitucional...** *Op. Cit.* p. 80.

²²¹ Neste sentido, ROXIN, Claus. **Strafrecht**, A.T. 1... *Op. Cit.* p. 13. Contra, HASSEMER, Winfried. *Lienamentos de una teoría personal del bien jurídico*. Trad. Patrícia Ziffer. **In Doctrina Penal – Teoría y Practica en las Ciencias Penales**, n. 45/48, pp. 275-285, 1989.

²²² GRECO, Luís. *Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?*. **In Anuário de Derecho Penal Económico y de la Empresa – ADPE**, n. 2, pp. 63-73, 2012. p. 65.

ideia geral sirva de guia para a maioria dos manuais identificar os bens supraindividuais, usualmente não se apresenta um conceito a seu respeito. Para suprir esta lacuna, LUÍS GRECO oferece a seguinte definição: “*bem coletivo [é] aquele que não pode ser dividido em parcelas passíveis de atribuição aos indivíduos*”.²²³

Assim, de toda a discussão, o que extraímos é que a literatura majoritária busca encontrar duas formas de justificar a intervenção penal. Uma, segundo um *conceito* individual de bem jurídico e, outra, segundo uma definição coletiva do que são esses ditos bens.

Ocorre que, como bem esclareceu VIVES, esta procura por um *conceito* hermético, unitário e científico tem conduzido a dogmática do Direito penal a *falsos problemas*.²²⁴

É por isso que, como já dissemos, VIVES prefere tratar o problema do conteúdo material da pretensão de relevância como uma *concepção*, uma diretriz, um delineamento, jamais enquanto conceito. Em complemento, PAULO BUSATO afirma

O que se deve ter, isto sim, é um conteúdo de requisitos para que se possa identificar a validade do bem jurídico como elemento de preenchimento da dimensão material do tipo de ação e, ao mesmo tempo, de um instrumento de recorte na legitimidade da intervenção do sistema punitivo.²²⁵

Desta forma, ao procurar por um desnecessário conceito distinto para os bens de natureza supraindividual, o dualismo já se mostra, desde uma primeira mirada, como algo desnecessário e pragmaticamente inútil. Para além disso, é importante observar, também com BUSATO,²²⁶ que a aceitação de *fragmentações conceituais* no campo jurídico tem historicamente conduzido a perigosas discriminações. E isso desde o campo da política criminal, com a formulação de um dualismo que divide os destinatários do Direito penal entre pessoa e inimigo, para citar um exemplo.

A literatura penal, ademais, parecia resistir em admitir a formulação dualista de um sistema de imputação aos delitos comissivos e outro aos delitos omissivos. O mesmo ocorreu em relação a um conceito distinto de delito para as formas dolosas e

²²³ GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?... *Op. Cit.* p.

²²⁴ Vives admite que “os conceitos legais podem ter um núcleo conceitual mais ou menos claro (e já veremos em que medida podem tê-lo), [mas] tem, sem dúvida, um ‘campo’ conceitual difuso”. VIVES ANTÓN, Tomas Salvador. Dos problemas del positivismo jurídico... *Op. Cit.* p. 143.

²²⁵ BUSATO, Paulo C. **Direito penal**: Parte Geral, vol. 1... *Op. Cit.* p. 283.

²²⁶ BUSATO, Paulo C. **Direito penal**: Parte Geral, vol. 1... *Op. Cit.* p. 283-284.

imprudentes de ilicitude. Agora, contudo, estranhamente se inclinam à aceitação de dois conceitos distintos para bens jurídicos individuais e coletivos, quando o que se tem em mira é unicamente a justificação da intervenção punitiva estatal.

Estas afirmações nos levam a caminhar no sentido de uma *concepção* de bem jurídico que leve em consideração critérios semelhantes para compreender os bens de natureza individual e aqueles de natureza supraindividual. A referência, ademais, não pode ser outra, procura-se justificar o castigo com base em critérios vinculados aos pressupostos do Estado Democrático de Direito, no sentido de que “*somente podem ser objeto de incriminações ataques graves a bens jurídicos essenciais para o desenvolvimento humano em sociedade*”.²²⁷ O critério de referência, neste sentido, é um só, seja para bens individuais ou supra: o ser humano.

É bom que se diga, porém, que a opção por um monismo de caráter pessoal, como a que se tem feito aqui, não exclui o fato de que se vive em uma nova forma de sociedade em que os riscos assumidos cotidianamente são de tal modo elevados que, não raro, o Direito penal é chamado a intervir sobre eles, muitas vezes antecipadamente.²²⁸ O que sucede é que o centro de gravidade de todo o ordenamento jurídico radica no ser humano, isto é, o Direito em geral, e o Direito penal em particular, existem como instrumentos de satisfação justa das necessidades e dos interesses humanos. O bem jurídico, portanto, está no centro desta concepção.

Vale lembrar, ademais, que a discussão em torno do dualismo carece de sentido longe dos critérios de seleção. Isso porque os bens jurídicos não são identificáveis como *algo*, enquanto *objetos concretos*. São todos *ideais* jurídicos. Desta forma, no caso do homicídio, por exemplo, o bem justificador da intervenção penal não é a vida de *A* ou *B*, cuja existência foi eliminada a partir da ação de *C*. A vida concretamente considerada pode ser vista como um *objeto material*, como dissemos, não enquanto bem jurídico. Ao contrário disso, estes são de titularidade de todos. Ao estabelecer uma incriminação, o legislador não procura a tutela de pessoas

²²⁷ BUSATO, Paulo C. **Direito penal**: Parte Geral, vol. 1... *Op. Cit.* p. 283.

²²⁸ Assim é que Marta Rodriguez de Assis Machado considera que a sociedade de risco antepõe uma “ênfase desmedida sobre a segurança antecipatória”, perspectiva presente no desenvolvimento de tentativas de regulação de novos riscos, objetivo que reclama uma estratégia preventiva do aparato penal que cristaliza uma tendência de criminalização no estágio prévio. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade de risco e Direito penal**: Uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: Ibccrim, 2005. p. 129.

individualmente consideradas, mas procura por razões que identifiquem bens caros a todos enquanto seres humanos em uma dada comunidade.

O mesmo ocorre nos casos de crimes contra a ordem tributária. A ordem tributária existe enquanto mecanismo de proteção de interesses individuais, ainda que indiretamente. Ainda que, como afirma GRECO, o Estado instrumentalize os valores angariados para a compra de armamentos bélicos, em vez de investir em políticas públicas relacionadas à primeira infância – argumento de todo pouco convincente, dada a característica de não vinculação de muitos tributos –, esta aquisição somente se justifica em nome da Soberania da qual todos e cada um de nós somos detentores. Há, ainda que indiretamente, é verdade, uma referência individual.

Da mesma maneira, o ambiente pode ser legitimamente transposto à noção aqui proposta. Isso porque, tendo em vista que em atenção ao princípio de intervenção mínima, os bens justificadores da tutela penal somente são aqueles que sirvam imprescindivelmente para o desenvolvimento social do ser humano, a sua aflição obedece a níveis quantitativo e qualitativamente distintos, quanto a sua gravidade.

Assim, do mesmo modo que algumas ofensas físicas ou à saúde de escassa gravidade sequer ingressam na esfera material do tipo de ação, também alguns maus-tratos de plantas ou poluições de escassa monta tampouco ingressam no âmbito de justificação da incriminação típica por falta de pretensão de ofensividade.²²⁹

A única exigência concreta que se faz em termos de bens jurídicos coletivos é que eles façam referência a seres humanos ou à humanidade.

KNUT AMELUNG afirma que os bens jurídicos remetem a valores que, por sua vez, remetem aos sujeitos que os valoram. Isso permite à teoria do bem jurídico levar em conta que os bens também tem valor para outros sujeitos. É nesta premissa que a teoria se apoia para classificar os bens jurídicos “individuais”, “coletivos” e “estatais”, diz ele. No entanto, ele esclarece que esta classificação opera parcialmente a partir de ficções, sobretudo porque a “coletividade” não valora nada, trata-se de uma abstração em razão da qual o legislador supõe que uma grande quantidade de indivíduos faria determinadas valorações. Para tanto, o legislador se vale da teoria

²²⁹ BUSATO, Paulo C. **Direito penal**: Parte Geral, vol. 1... *Op. Cit.* p. 283.

liztiana do interesse vital “e que identifica o interesse com o juízo de valor do sujeito que (supostamente) valora em conjunto ao legislador”.²³⁰

BUSATO ainda faz referência ao que chama de bens jurídicos coletivos *impróprios*. Segundo assere, trata-se de uma formulação especial que se relaciona a específicos delitos de perigo. Segundo esta categoria, alguns delitos têm critérios variáveis de identificação da qualidade do bem jurídico, que ora pairam sobre a coletividade, ora sobre indivíduos concretos. Esta variação obedece, igualmente, à lógica de exame antecipado (*ex ante*) ou posterior (*ex post*).

Assim é o que ocorre, por exemplo, o tipo de ação de incêndio. Embora seja tido como um bem jurídico de carácter coletivo, desde uma avaliação abstrata do tipo, essa conclusão pode variar após a efetiva ocorrência do incêndio, de modo que eles se tornam individuais homogêneos, já que se passa a conhecer o efetivo titular do bem penalmente tutelado.

2.2.2 Um *locus* para o bem jurídico

Ao lado de toda essa discussão a respeito do melhor conceito de bem jurídico, o debate também caminhou em torno do seu posicionamento sistemático.

Com a superação de um estado de responsabilidade penal baseado na pura causalidade, não foram poucos os autores que passaram a admitir uma *antijuridicidade* material, que corresponderia à agressão de um bem jurídico. Hoje, vem crescendo na doutrina a opinião de que os bens jurídicos estão apoiados no aspecto material *tipicidade*, ainda que incorporado como seu pressuposto e não enquanto elemento escrito.²³¹

A *concepção significativa do delito*, de seu turno, ao contrário de ambas essas acepções, forja uma categoria dogmática autônoma e que se destina a demonstrar que a norma ostenta a relevância necessária para ser legitimamente aplicada. É na subprentesão de ofensividade o *locus* onde se encontra a justificação material da

²³⁰ AMELUNG, Knut. El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos.... *Op. Cit.* p. 230. O autor também aponta que a valoração que se realiza a partir dos bens jurídicos individuais apresenta traços ficcionais, já que se atribui ao sujeito a valoração sem que ele, na maior parte das vezes, tenha que se pronunciar a respeito. É um procedimento de inferência de um estado de interesse objetivamente existente.

²³¹ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito...** *Op. Cit.* p. 183,

intervenção penal, cobrando sentido aí a noção de bem jurídico enquanto *procedimento de justificação racional*.

Segundo se nos afigura, esta noção destaca que muitas críticas *acertaram* no diagnóstico que fizeram a respeito dos problemas inerentes à busca por um conceito de bem jurídico. Contudo, também é importante assinalar que os autores se equivocaram nas conclusões que daí extraíram para a fundamentação material do delito.²³²

Ao que parece, a doutrina majoritária²³³ busca retratar o bem jurídico desde a perspectiva *substancialista* de um *objeto ideal*, de modo que a norma jurídica seria capaz de protegê-lo ao mesmo tempo em que o tipo incriminador estaria delimitado por este mesmo *objeto*. E é *ideal* porque o objeto tutelado se diferencia do *objeto material*, de raiz ôntica, que seria aquele sobre o qual a ação humana efetivamente recai.²³⁴

No entanto, seja qual for a natureza que se atribua ao objeto, é certo que, enquanto objeto, o que a doutrina busca é realizar “*uma tentativa de capturar em um conceito as características substantivas que o definem*”.²³⁵ Em outros termos, a partir de uma metodologia própria das ciências duras, pretende-se – inclusive a crítica – apreender as características peculiares ao *objeto ideal* para, desde então, formular um conceito que abarque as suas generalidades.

Segundo GERHARD SEHER,²³⁶ entre as propostas que procuraram definir um conceito de bem jurídico parece haver uma espécie de oscilação entre um rigor clássico que impede a integração de novas normas penais e uma amplitude que culmina por inutilizar o conceito para o discurso crítico.

Sem sombra de dúvidas, esta é uma empresa de difícil realização. Como já afirmamos neste trabalho, encontrar um conceito comum e que logre unificar

²³² Uma crítica à crítica, com base na concepção procedimental de bem jurídico, pode ser consultada em GONÇALVES, Guilherme H.; LAVALLE, César C. Afinal, por que precisamos conservar alguma concepção de bem jurídico?. In BUSATO, Paulo C.; PERUZZO JR., Leo. (Org.). **Direito penal e filosofia da linguagem**. Ação, intencionalidade e norma penal. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022 – no prelo.

²³³ Assim, com referências, HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007.

²³⁴ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 635.

²³⁵ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 635.

²³⁶ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico. In HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 70.

elementos de diferentes naturezas constitui uma tarefa cujos resultados são juridicamente inatingíveis e pouco claros. A crítica ao *conceito de bem jurídico*, neste sentido, está correta ao censurar a imprecisão das definições propostas – interesses, valores, circunstâncias dadas ou finalidades, dentre outras – sobretudo porque, diante desses conceitos, as funções esperadas do bem jurídico – isto é, de servir de base da incriminação e de limite ao legislador – serão alcançadas com muita dificuldade.²³⁷

Ocorre que, na mesma extensão em que é *inatingível*, esta empreitada conceitualizante é *desnecessária* ao campo jurídico. No pensamento de críticos e de defensores há uma espécie de “*ânsia de generalização*”²³⁸ absolutamente inútil à instrumentalização do Direito e, inclusive, a um possível argumento fundado na segurança jurídica. Ela deriva, é certo, de uma tentativa nociva de aproximação entre *Ciência* e o *Direito*²³⁹ e, com isso, conduz a várias confusões.

A mais elementar dessas confusões está já na dimensão *categorial*, que delimita os problemas com os quais a ciência é chamada a debater e aqueles com os quais nós nos deparamos em nossa vida cotidiana. Para demonstrá-lo, VIVES oferece um exemplo elementar: “*basta pensar nos distintos parâmetros que se empregam na vida – v.g. para medir a pontualidade – e no laboratório – v.g. para medir o tempo em um acelerador de partículas –*”. Assim, questiona VIVES, “*Tem sentido [na vida cotidiana e no Direito, que exerce sobre ela um controle social] perguntar pela pontualidade em milésimos de segundos?*” É certo que, neste exemplo, o parâmetro laboratorial pouco contribuiria para solucionar uma discussão jurídica simples, ao passo que a percepção cotidiana a respeito da pontualidade certamente poderia vir a cobrar o seu significado na resolução de um problema prático pelo penalista.²⁴⁰

²³⁷ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 635.

²³⁸ Wittgenstein afirmava que esta empreitada conceitualizante decorre de uma “*ânsia de generalidade*”, que tem como fonte principal a “*nossa preocupação pelo método da ciência. Refiro-me método de reduzir a explicação dos fenômenos dos fenômenos naturais ao menor número possível de leis naturais primitivas; e, nas matemáticas, ao de unificar o tratamento de diferentes temas mediante o uso de uma generalização. Os filósofos têm constantemente diante dos seus olhos o método da ciência e sentem uma tentação irresistível de construir e a contestar as perguntas do mesmo modo como faz a ciência. Esta tendência é a verdadeira fonte da metafísica e leva o filósofo à obscuridade mais completa. Quero afirmar neste momento que nossa tarefa não pode ser nunca reduzir algo a algo, ou explicar algo.*” WITTGENSTEIN, Ludwig. **Los cuadernos azul y marrón**. Trad. Francisco Gracia Guillen. Madrid: Tecnos, 1968. p. 46.

²³⁹ Por exemplo, em GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Conceito e método da ciência do direito penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 100; que defende que a Ciência do Direito Penal tem como missão explicar o verdadeiro conteúdo das normas penais.

²⁴⁰ GONÇALVES, Guilherme H.; LAVALLE, César C. Afinal, por que precisamos conservar alguma concepção de bem jurídico?... *Op. Cit.*

Superado este problema categorial, é possível avançar para confusões que recaem especificamente sobre a questão do bem jurídico. Segundo VIVES, a primeira delas é a tentativa de estabelecer o bem jurídico como uma “*espécie de idealidade pré-jurídica, que o ordenamento já encontra configurada*”.²⁴¹ Além de remontar à tão censurada falácia naturalista, esta é uma premissa confusa na exata medida em que alguns bens jurídicos são criados pelo próprio ordenamento, sendo independentes de qualquer constatação empírica prévia – como a ordem econômico-tributária e as relações de consumo.

A segunda confusão gramatical é sustentada na ideia de que o bem jurídico seria um *objeto* e, enquanto tal, todo o conceito deveria buscar neste objeto algum elemento comum segundo o qual possamos identificar e afirmar que todos os demais objetos penalmente tutelados pertencem, em alguma medida, à mesma classe de bens jurídicos. Trata-se da sempre problemática questão da unidade conceitual. Esta pretensão se mostra já teoricamente inviável, pois não há como sustentar a existência de algum *elemento* em comum entre os bens jurídicos protegidos, por exemplo, pelos tipos de ação de homicídio (artigo 121) e o de bigamia (artigo 235).

Também é impossível sustentar que o que há de unitário entre os bens jurídicos penalmente tutelados têm em comum o fato de estarem todos definidos enquanto direitos fundamentais pela Constituição. Neste erro incorrem tanto os defensores de um bem jurídico em sentido político-criminal,²⁴² como também os críticos que pretendem a sua substituição por um ideário formado a partir daqueles direitos.²⁴³

Em algumas situações, a Constituição impõe mandados de criminalização, verdadeiras normas de eficácia limitada que demandam a intervenção ativa do Estado-Legislativo na criminalização de determinadas condutas; noutras situações, impõe normas-garantia, em razão das quais veda a criminalização de condutas que se sustentem na realização de um Direito Fundamental.

Ocorre que nenhuma dessas hipóteses, sequer por exclusão, contempla a totalidade dos bens legitimamente agasalhados pela ordem jurídica. Basta observar, como o faz PAULO BUSATO,²⁴⁴ que não é possível encontrar na Constituição qualquer

²⁴¹ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 636.

²⁴² ROXIN, Claus. **Strafrecht.** AT 1... *Op. Cit.*

²⁴³ DIMOULIS, Dimitri. **Direito penal constitucional...** *Op. Cit.* p. 75-83.

²⁴⁴ BUSATO, Paulo C. **Direito penal: parte geral...** *Op. Cit.* p. 73, especialmente à p. 266-267.

dispositivo que faça referência expressa à dignidade sexual enquanto um Direito fundamental, ainda que se possa dizer estar ela compreendida na ideia de dignidade da pessoa humana. Isso não significa dizer que esta dignidade não possa constituir um bem jurídico. A razão para esta confusão é de todo elementar, pois a Constituição só pode servir como *uma primeira etapa*, de todo insuficiente, no processo de argumentação racional que legitima o delito e a pena.²⁴⁵ Neste sentido, também RODRIGO LEITE FERREIRA CABRAL

Aliás, conceber o bem jurídico com base “apenas” na Constituição pode levar à conclusão de que um fundamento material para o bem jurídico é desnecessário para o desenvolvimento do Direito Penal. Afinal, bastaria interpretar o princípio da proporcionalidade e, com base nele, realizar o controle de constitucionalidade das normas penais, sem a necessidade de invocar-se qualquer alicerce de natureza substancial.²⁴⁶

A nós, esta é também a terceira confusão gramatical sustentada pela doutrina dominante, na qual incorrem, inclusive, os críticos.

Outra confusão gramatical relatada por VIVES radica na ideia de nivelamento entre todos os bens jurídicos. Em outros termos, independentemente das funções que os bens tenham de desempenhar, todos devem ser definidos igualmente. Segundo sustenta o autor valenciano, ao contrário disso, “*o castigo deve ser justificado em resposta à natureza e entidade da ingerência nas liberdades que o delito e a pena representem e, sendo tão diversas, distintas haverão de ser também as justificações possíveis*”.²⁴⁷

Está claro que a intervenção penal precisa estar *racionalmente justificada* para ser legitimamente imposta sobre o cidadão. Seja no plano legislativo, seja no plano judicial, a postulação de criminalizações, primárias e secundárias, só cobra sentido a partir dos *discursos* que justifiquem a movimentação do aparato que serve de *ultima ratio* para o Estado limitar a liberdade individual de quem quer que seja. E se isso é assim – como parece ser –, a criminalização de uma conduta não depende de nenhuma forma de *conceito* científico que legitime – ou limite – a intervenção estatal. Isso porque

²⁴⁵ Neste sentido, VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 634 e ss.

²⁴⁶ CABRAL, Rodrigo L. F. Bem jurídico como expectativa legítima de respeito: uma reflexão à luz da filosofia da linguagem. In BUSATO, Paulo C.; PERUZZO JR, Léo (Org.). **Direito penal e filosofia da linguagem.** Ação, intencionalidade e norma penal. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p.28 – no prelo.

²⁴⁷ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 636.

Os bens jurídicos são tão diversos que não podem constituir um gênero integrado por realidades que tem em comum: no máximo, será possível falar de “uma família” cujos membros diferentes estão ligados, não por algo que eles têm em comum, mas por uma sorte de parentesco.²⁴⁸

Situado na pretensão de relevância da norma penal, o bem jurídico se erige como primeiro momento de justificação da intervenção penal, isto é, como um primeiro e insuficiente requisito para legitimar a penalização de um comportamento antijurídico.²⁴⁹

Desta maneira, tendo em vista que a primeira categoria estabelecida pela *concepção significativa do delito* vem representada pelo tipo de ação e que esta carrega consigo um duplo papel, isto é, uma aspiração de atribuir uma significação a um substrato reconduzível a um desvalor de ação (pretensão conceitual de relevância) e as discussões em torno do desvalor de resultado (a pretensão de ofensividade), então significa dizer que o bem jurídico passa a integrar o próprio tipo de ação.²⁵⁰ Sobre esta relação, explica CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ

Para compreender este duplo papel, deve-se partir do fato de que, por um lado, os tipos de ação se incorporam à lei penal sob o preciso fundamento da sua ofensividade ou lesividade (o que podemos denominar de lesividade em abstrato), o qual possui notável importância, porque as classes de ações tipificadas na lei penal podem, muitas vezes, ser definidas independentemente do potencial lesivo que carreguem (*v.g.* uma ação pode constituir conceitualmente no uso social da linguagem, uma falsidade e ser totalmente inócua). Mas, por outra parte o potencial ofensivo dos atos realizados desdobra um papel *definidor*, no sentido de que permite determinar se os atos realizados constituem ações penalmente relevantes (o que podemos chamar de ofensividade em concreto), vale dizer, a lesão ou o perigo inscritos em um comportamento determinado ao qual segue um resultado (*v. gr.* a morte) determinará se é possível afirmar-se ou não, a existência de uma ação típica.

Cumprido assinalar, neste contexto, que toda a teoria jurídica do delito não é mais vista desde um ponto de vista analítico, isto é, de um substrato que se divide em diversas partes ideais que permitem alcançar a compreensão do todo.²⁵¹ Ao contrário

²⁴⁸ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 636.

²⁴⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa...** *Op. Cit.* p.151.

²⁵⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa...** *Op. Cit.* p.151-152 – adaptação minha.

²⁵¹ Em uma perspectiva analítica, o primeiro Wittgenstein dizia que “*Para conhecer um objeto, na verdade não preciso conhecer suas propriedades externas – mas preciso conhecer todas as suas propriedades internas*” (WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Trad. Luis Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: EdUSP, 2020. p. 131, nm. 2.0124). Esse raciocínio pode ser afastado do pensamento jurídico com o auxílio da pragmática do segundo Wittgenstein, que afirmava

disso, o que se verifica é um contexto de argumentação racional para alcançar a validade da norma ao caso posto em discussão. Dessa forma, o bem jurídico não é mais concebido em termos de um *objeto ideal*, mas no sentido de uma *justificação*.

Desta maneira, nos termos da *concepção procedimental do bem jurídico*, este não é mais um objeto de tutela, mas, antes, trata-se de um momento de justificação da intervenção penal que se impõe sobre o cidadão. Nos termos de VIVES, “*Falar do bem jurídico como algo, como objeto ideal, não é dessa perspectiva, mais do que apontar as razões que podem justificar imediatamente o delito e a pena*”.²⁵²

Ao conceber o bem jurídico a partir de uma simples orientação indefinível, VIVES recorre à teoria wittgensteiniana da “aparência de família” entre os tão diversos bens jurídicos. Se incluirmos, ademais, o fato de que agora se o concebe enquanto justificação e não mais um objeto, as críticas acima delineadas restam soberanamente dissolvidas.

Não obstante, é fundamental pontuar que da impossibilidade de se formular um conceito não se extrai um obstáculo para reconhecer que a discussão em torno das diferentes figuras delitivas deva principiar pela delimitação do bem jurídico que legitima a intervenção penal.²⁵³ Isso porque o bem jurídico procedimental só cobra sentido a partir da sua capacidade de justificar, ou não, a punição de determinada conduta. É daí que se extrai a sua força crítica, aliás, isto é, da capacidade de se justificar racionalmente o castigo.

Ademais, segundo afirma VIVES ANTÓN, os distintos bens jurídicos não podem ser simplesmente extraídos de valores sociais prévios ao Direito. Segundo a sua concepção, o bem jurídico concreto é modelado a partir dos tipos legais e da Constituição, mais notadamente do conteúdo dos distintos direitos fundamentais

“ao invés de indicar algo que seja comum a tudo o que chamamos linguagem, digo que não há uma coisa sequer que seja comum a estas manifestações, motivo pelo qual empregaremos a mesma para todas, - mas são aparentadas entre si de muitas maneiras diferentes. Por causa deste parentesco, ou destes parentescos, chamamos a todas de ‘linguagens’ (...). WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas...** Op. Cit. p. 51, nm. 65. Seguindo a linha de que a teoria jurídica do delito – assim como o próprio Direito – são linguagens – práticas, regras e modos de vida -, disso se conclui que não há um *objeto* capaz de ser analisado a partir de seus elementos constitutivos, mas diferentes práticas que configuram regras linguísticas baseadas e que, para serem concretizadas, levam em conta os direitos fundamentais.

²⁵² VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** Op. Cit. p. 636.

²⁵³ Assim explicam CAVAGNARI, Rodrigo J.; BACH, Marion. *Concepção procedimental do bem jurídico e reflexos na determinação racional da pena.* In BUSATO, Paulo C. (Org.). **A linguagem do direito penal.** Anais do 1º congresso ibero-americano de direito penal e filosofia da linguagem. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 282.

desde os quais é decidido “*em que medida e em que sentido uma determinada proibição penal resulta constitucionalmente legítima*”.²⁵⁴ Deste modo,

O bem jurídico assim determinado, portanto, não preexiste ao Direito; mas sim às tipificações criminais concretas: trata-se de uma redefinição dos bens jurídicos que assume como ponto de referência não só o Código Penal, mas também a Constituição.²⁵⁵

Esta concepção permite, portanto, extrair um critério interpretativo essencial, em razão do qual a legitimidade da incriminação fica subordinada ao fundamento de cada uma das proibições típicas. Desta maneira, seguindo a uma teoria da argumentação jurídica, a partir do *contexto de justificação* do qual se extrai a determinação do bem jurídico, passa-se a constituir um especial momento do *contexto de sentido* das normas penais. Naturalmente, é a partir desses contextos que será possível realizar, inclusive, o controle de constitucionalidade das normas penais de modo a limitar a atividade do legislador.²⁵⁶

Com isso, a despeito de que seja certo que a concepção procedimental de bem jurídico não é capaz de oferecer um núcleo de injusto comum a todas as formas de comportamento antijurídico, também é certo que, por ser uma simples orientação, ela é capaz de proporcionar o conteúdo material da incriminação de cada uma das figuras típicas, levando em conta todos os pressupostos acima citados.

No entanto, ainda cabe questionar: esta concepção é capaz de oferecer alguma atitude crítica à ânsia punitiva do legislador? Em outros termos: é capaz de servir de limite à atividade legislativa? VIVES explica que sim. No entanto, esta limitação não decorre de qualquer construção conceitual, porque já não se cuida mais de oferecer conceitos herméticos e cientificamente precisos. Ao contrário disso, ela

²⁵⁴ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 637.

²⁵⁵ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 637-638. Na mesma linha: “Na concepção que nos ocupamos, o bem jurídico concreto se conforma, não apenas a partir dos tipos penais; mas também da Constituição e, especificamente, do conteúdo dos direitos fundamentais, desde os quais se decide até que ponto e em que sentido uma determinada proibição resulta constitucionalmente legítima”. VIVES ANTÓN, Tomás S.; CUERDA ARNAU, María L. Estado autoritario y adelantamiento de la “línea de defensa penal. *In Pensar la libertad*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 597.

²⁵⁶ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 637 – como acrescenta Vives: “Aqui, trata-se, ademais, de constatar que, como não há interpretação alguma contrária à Constituição, o momento de conformidade a ela é um momento genérico de qualquer interpretação penal.

se apoia nos limites que se sedimentam sobre a base dos preceitos constitucionais e das tradições interpretativas dos tipos legais.

VIVES antecipa que, a partir dessa formulação, poder-se-ia formular a crítica de que o bem jurídico resultaria algo supérfluo, porque bastaria remeter à Constituição para conhecer os limites da legislação. No entanto, adverte ele que “*a legitimidade constitucional ou ilegitimidade dos preceitos penais tem como primeira condição que eles tutelem algo que possa ser considerado desde a perspectiva constitucional um bem*”.²⁵⁷ Deste modo, o bem jurídico torna-se uma ponte entre as normas penais, constitucionais e a racionalidade prática que está por trás da definição do Direito enquanto mecanismo prático de solução de conflitos.

Em adição ao raciocínio em torno dos limites legiferantes segundo a concepção procedimental de bem jurídico, muito próximo ao que VIVES sustenta, RODRIGO CABRAL se baseia em JÜRGEN HABERMAS²⁵⁸ para afirmar que há um limite material adicional à atividade do legislador, decorrente da noção de moral-justiça. Esta espécie de moral, segundo VIVES, está na base de todo o ordenamento jurídico construído a partir de um Estado liberal. Se violada essas regras não escritas, o legislador não estará atendendo aos anseios sociais e, assim, não será capaz de sequer produzir uma norma jurídica válida.²⁵⁹ Segundo nos parece, com base no que disse o professor paranaense, a atividade do legislador fica limitada materialmente por três condicionamentos: as noções de moral-justiça, os Direitos fundamentais e a condição de que se tutelem bens desde a perspectiva constitucional. Deste modo,

²⁵⁷ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** Op. Cit. p. 638.

²⁵⁸ Sobretudo, em HABERMAS, Jürgen. **Facticidades e validade...** Op. Cit. p. 152 e ss.

²⁵⁹ Diz Vives que “*o termo ‘moral’ é usado na formulação de minha tese em um sentido mais restrito do que aquele que às vezes requer a palavra em uso ordinário – mesmo acadêmico – da linguagem. O significado que atribuo à expressão ‘moral’ é dado pelo que ela adquire quando se fala de uma oposição ‘legalidade-moralidade’, que poderia ser determinado negativamente detraindo da moralidade, tal como costuma ser entendido normalmente, qualquer referência à lei, positiva ou metapositiva. Em outras palavras, no sentido amplo do termo, a moralidade incluiria tanto as condições de convivência externa ordenada racionalmente quanto aquelas que definem o ideal de vida boa, enquanto no restrito que proponho aqui, a moralidade se referiria apenas à última parte desta concepção. Por isso, falei de moral-justiça, para referir-me ao Direito metapositivo e de moral-virtude, para referir-me à realização do ideal de vida boa; isto é, o caminho da perfeição individual ou social*”. VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** Op. Cit. p. 611.

(...) ainda que exista um amplíssimo leque de liberdade para o legislador escolher quais condutas incriminar, ele não pode criar um Direito Penal ilegítimo. Deve-se, pois, rechaçar incriminações arbitrárias e em descompasso com a racionalidade prática da sociedade que pretende regular. Tipos penais destituídos dessa relação complementar com a moralidade justiça não podem ser considerados manifestações do Direito. São simplesmente ordens arbitrárias. Não são sequer normas jurídicas, ainda que aprovadas por um legislador democraticamente eleito.²⁶⁰

Vale acentuar, uma vez mais, que assim considerado, o bem jurídico passa a integrar já o primeiro plano de argumentação em torno da validade da norma penal em um caso concreto. Nesse contexto, é certo que ao estabelecer um tipo legal o legislador enuncia linguisticamente a forma com a qual pretende limitar a liberdade dos cidadãos, isto é, envia “*uma mensagem linguística clara de como o Estado propõe que os cidadãos se comportem*”,²⁶¹ o que se traduz em uma pretensão.

No entanto, a mera imposição desta pretensão é insuficiente para conferir legitimamente a cominação penal no caso do seu descumprimento. A racionalidade prática demanda que o Estado ofereça boas razões para criminalizar – tanto primária como secundariamente – uma conduta penalmente relevante. Neste sentido, deve “*existir uma correção normativa, uma justificação, uma aceitabilidade racional, em suma uma racionalidade prática, que permita avaliar se é legítima ou não a proibição de um comportamento que a norma enuncia*”.²⁶² E é portanto, como vimos, nesta justificação que reside o bem jurídico, não mais em sentido substancial, mas procedimental.

Também HASSEMER e MUÑOZ CONDE²⁶³ parecem concordar com esta visão, na exata medida em que consideram que a teoria do bem jurídico oferece ao legislador um critério plausível e prático na hora de tomar as decisões criminalizadoras. Ao mesmo tempo, também oferece um critério externo de comprovação da justiça das decisões. Logo, enquanto manifestação de uma moral-justiça, as razões oferecidas

²⁶⁰ CABRAL, Rodrigo L. F. Bem jurídico como expectativa legítima de respeito: uma reflexão à luz da filosofia da linguagem... *Op. Cit.* p. 30 – no prelo.

²⁶¹ CABRAL, Rodrigo L. F. Bem jurídico como expectativa legítima de respeito: uma reflexão à luz da filosofia da linguagem... *Op. Cit.* p. 35 – no prelo.

²⁶² CABRAL, Rodrigo L. F. Bem jurídico como expectativa legítima de respeito: uma reflexão à luz da filosofia da linguagem... *Op. Cit.* p. 36 – no prelo. A partir disso, o autor define o bem jurídico como “*uma legítima (justificada) expectativa de respeito à proibição prevista num tipo penal*”.

²⁶³ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal...** *Op. Cit.*

pela concepção procedimental de bem jurídico permitem avaliar o critério estabelecido pelo legislador ao criminalizar a conduta.

Neste sentido, VIVES o exemplifica a partir da problemática em torno do tipo de ação de apologia do crime, segundo o contexto espanhol. Segundo explica, a doutrina majoritária vê *déficits* no bem jurídico que se propõe a justificar a incriminação pelo tipo legal citado. Sustentam, também, que a simples apologia de delito é algo inócuo à segurança e que constitui o exercício do direito fundamental à expressão do pensamento, o que a tornaria incapaz de produzir algum dano.

VIVES não considera essas conclusões adequadas. Em primeiro lugar, não seria correto afirmar que a mera expressão de ideias seria algo de todo inócuo, sobretudo porque, ao expressá-lo com uma imagem, “*a sociedade humana é um mecanismo que transforma ideias em realidades materiais. No contexto da sociedade humana, não se pode dizer que as ideias são inócuas*”.²⁶⁴ Exemplifica a sua posição a partir da apologia do genocídio e do terrorismo, que são situações em que o Estado é chamado a prevenir. Deste modo, argumenta haver ao menos algum resquício de interesse tutelado constitucionalmente legítimo. Se a rejeição da punição da mera apologia for a tese sustentada, então, ela não derivará de uma “configuração racional do ordenamento jurídico”, mas de outras causas.

Segundo VIVES, a criminalização da apologia é incapaz de justificar a punição na medida em que revela uma inadmissível falta de confiança na capacidade da sociedade democrática para formar suas próprias convicções. Isso não exclui, é certo, a responsabilidade derivada de atos de indução ou provocação de delitos autônomos, mas se circunscreve ao ilícito típico já descrito.

A fundamentação decorre da defesa da liberdade de expressão enquanto uma liberdade básica, de modo que, aceitando-se a prioridade dessas liberdades, não se poderá concluir pela limitação da liberdade de expressão devido a eventuais riscos ou danos a indivíduos que adquiram falsas crenças oriundas do exercício daquele direito fundamental. Aliado a isso, argumenta VIVES que “*não cabe imputar aos atos de expressão as consequências que deles derivem por causa de ações de terceiros realizadas em virtude de um processo de deliberação racional e livre e que, eventualmente, possam produzir tais ações*”.²⁶⁵

²⁶⁴ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 631.

²⁶⁵ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 633.

É este o procedimento de justificação racional que, segundo VIVES, deve substituir a visão substancialista que vem sedimentando a teoria do bem jurídico desde o período da tese positivista de BIRNBAUM.

Ademais, é imperioso observar que conceber ao bem jurídico enquanto *procedimento de justificação racional*, ignorando qualquer empresa conceitualizante, a teoria se aproxima da discussão principiológica de que parte o direito anglo-saxão ao buscar legitimar o emprego das normas penais.²⁶⁶ Esta influência recíproca entre os pressupostos do direito continental europeu e o anglo-saxão já vem sendo sentida pela doutrina desde os mais diversos pontos de vista.²⁶⁷

Nesta tradição, as discussões a respeito do conceito substancial de bem jurídico e do seu conteúdo são francamente ignoradas. Em seu lugar, a literatura penal busca estabelecer *filtros de legitimação* que tendem a autorizar a intervenção penal em desfavor de um cidadão. Tratam-se de princípios regulativos²⁶⁸ que são capazes de controlar criticamente a atividade legislativa. Desta maneira, esses princípios permitem estabelecer um “*discurso acerca dos problemas materiais de legitimação*” das normas penais, de modo a oferecer *boas razões*²⁶⁹ para a incriminação.

Ademais, também é de se constatar que a postura que critica as teorias do bem jurídico sob o argumento de que não seria lícito que alguns intelectuais oferecessem barreiras ao representante da soberania popular, com uma certa postura de legitimação intrínseca das normas penais, peca pelo excesso de formalismo. Ela ignora que o legislador também pode vir a cometer equívocos – e erros na formulação de incriminações podem ter efeitos catastróficos –, de modo que é papel da dogmática

²⁶⁶ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico... *Op. Cit.*... 70 e ss. De certa maneira, ao sustentar o dano social como fundamento legitimador do castigo AMELUNG, Knut. **Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft**... *Op. Cit.* p. 330 e ss. Sobre a influência da tradição continental europeia no direito anglo-saxão, FLETCHER, George P. **The grammar of criminal law**... *Op. Cit.*

²⁶⁷ MARTINELLI João P.; DE BEM, Leonardo S. **Lições fundamentais de direito penal**... *Op. Cit.* p. 102 e ss.

²⁶⁸ Seher menciona quatro: o princípio do dano, o princípio de ofensividade, o princípio contrário ao paternalismo penal e o princípio do moralismo. ²⁶⁸ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico... *Op. Cit.*... 79 e ss

²⁶⁹ Assim, ²⁶⁹ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico... *Op. Cit.*... 89. Segundo o autor, “*Uma norma penal que tem submetida à consideração de sua legitimidade pode sempre ser avaliada a partir de algum dos princípios mencionados no citado filtro. A argumentação a favor ou contrária à sua legitimidade se orienta, então, em torno dos argumentos favoráveis ou contrários do respectivo princípio. Com isso, frente a notória vagueza inerente ao conceito de bem jurídico, a discussão ganha em precisão*”. (*Idem*, p. 79).

oferecer critérios de justificação – e não de legitimação – para minorar tais posturas. Neste sentido,

Também o legislador democraticamente legitimado comete erros, e não é antidemocrático criticá-los. É evidente que democracia não exclui a crítica; pelo contrário, um dos principais méritos da democracia é ser o sistema de governo que melhor consegue conviver com a crítica. Supor o contrário é defender uma concepção redutivista e mistificadora da democracia.²⁷⁰

Há, segundo LUÍS GRECO, uma proibição deontológica de arbitrariedade que rege a atividade legislativa. Em adição, esta proibição – fundada em pressupostos de moral-justiça, complementar a VIVES – só pode ser superada a partir de uma declinação de boas razões pela incriminação, isto é, em um *procedimento de justificação racional da punição do comportamento*. GRECO argumenta no seguinte sentido

se o Estado não está obrigado a dar razões com pretensões de reconhecimento geral, pelas quais declara que um determinado objeto merece e necessita uma pena, se já a referência a um desagrado subjetivo é suficiente para declarar penalmente relevante uma conduta, então se torna duvidoso esclarecer o porquê o Estado deve se diferenciar de uma grande gangue de ladrões.²⁷¹

Em que pese a tendência a uma reformulação da discussão em torno da legitimidade das incriminações esteja tendendo à substituição de um conceito *substancial* ao oferecimento de boas razões, é certo que isso não implica necessariamente na dissolução da teoria do bem jurídico. Como evidenciou a *concepção procedimental*, o conjunto de boas razões que leva em conta os direitos fundamentais e a sua tradição interpretativa cumpre bem o papel de demonstrar que uma dada ação concreta é capaz de ostentar a *ofensividade* necessária para legitimar a intervenção penal.

É no oferecimento de *boas razões* que será possível extrair, efetivamente, a capacidade de rendimento crítico desta teoria secular. Não há como negar, igualmente, a origem liberal desta concepção.

²⁷⁰ 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. 46.

²⁷¹ GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach...** *Op. Cit.* p. 236 – adaptação nossa.

Dentro deste esquema argumentativo, é possível indicar como funções da concepção procedimental de bem jurídico o propósito dogmático, isto é, de elucidar argumentativamente se o tipo de ação exige a produção de um *dano* ou se contenta-se com a exposição do bem jurídico a *perigo*, concreto ou abstrato. Também encerra uma discussão sistemática, segundo a qual a admissão de uma teoria do bem jurídico poderia organizar o âmbito no qual se inserem os diferentes tipos de ação na Parte Especial dos códigos, de modo a facultar uma visualização mais ampla da norma penal e a facilitar a sua interpretação. E, por fim, um caráter interpretativo, que auxilia a *praxis* na compreensão da norma e na extensão da aplicação da regra.²⁷²

Cumprido avançar para estabelecer este mesmo raciocínio nas razões comumente apontadas para legitimar a punição da associação criminosa enquanto delito autônomo.

²⁷² BUSATO, Paulo C. **Direito penal**. Parte Geral... *Op. Cit.* p. 286 e ss.

3 O TIPO DE AÇÃO DO ARTIGO 288 DO CÓDIGO PENAL

O tipo de ação previsto no artigo 288, do Código Penal, com a nova redação oferecida pela Lei n.º 12.850/2013, proíbe a seguinte hipótese fática: “*Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes*” sob ameaça de pena de reclusão de um a três anos, ou multa.

Ainda nos termos da norma em apreço, a pena cominada pode ser dobrada no caso de que os membros da associação venham a portar armas de fogo ou que contem com a colaboração de crianças ou adolescentes, segundo o que se extrai do parágrafo único do mesmo dispositivo. Demais disso, a Lei n.º 8.072/1990, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, também fez menção expressa à associação criminosa em seu artigo 8º, estabelecendo novos marcos penais ao preceito secundário do tipo incriminador, que serão de três a seis anos quando a associação estiver voltada à prática de crimes hediondos e equiparados, tal qual a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo.²⁷³

Do essencial, extraímos da formulação típica que o legislador ofereceu uma descrição que pode ser formalmente tripartida nos seguintes dados: (i) uma associação de, no mínimo, três indivíduos que (ii) tem por objetivo a prática de crimes. A literatura e a prática judiciária se encarrega de extrair um terceiro elemento implícito na descrição típica e que consiste na (iii) permanência e estabilidade do grupo orientado segundo o especial fim de agir para o qual os seus membros se associaram. Extraem-no do próprio verbo nuclear, que recorre à ideia associativa com o sentido de algo “não esporádico”.²⁷⁴

Especialmente no que toca ao primeiro elemento, é curioso observar que o legislador brasileiro preferiu destacar um número mínimo de integrantes da associação como exigência da relevância do comportamento. Tal não ocorreu, por

²⁷³ A esse respeito nos deteremos apenas marginalmente, nas ocasiões em que a argumentação em torno da relevância do tipo de ação o exigir.

²⁷⁴ Neste sentido, por todos, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Do atual desvirtuamento da imputação do crime de quadrilha ou bando na realidade brasileira. *In Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. Vol. 21, pp. 216-225, jan.-jul., 2008. p. 217.

exemplo, com o Código Penal espanhol²⁷⁵, que não fixa uma quantidade mínima de membros para os fins da pretensão conceitual de relevância.²⁷⁶

É importante ter em perspectiva, porém, que todos os elementos da redação típica vêm sendo problematizados. As contestações vão desde a legitimidade político-criminal;²⁷⁷ passam pelo descumprimento da exigência de ação;²⁷⁸ e, para limitarmos a três exemplos, se o resultado jurídico ao qual o tipo faz referência é capaz de atender aos pressupostos de ofensividade. Não por acaso, alguns autores já afirmaram a inconstitucionalidade da incriminação de tipos de organização tal qual o de associação criminosa.²⁷⁹

Nos termos do esquema de legitimidade da norma a que fizemos referência nas seções 1 e 2 desta investigação, todas essas questões figuram no centro da *pretensão de relevância* da norma penal. Seja do ponto de partida da *pretensão conceitual de relevância*, onde se discutem aspectos relacionados à ação, à causalidade e ao resultado naturalístico, ou mesmo da *pretensão de ofensividade*, *locus* onde ingressam no debate jurídico as questões em torno da forma de exposição

²⁷⁵ O Código Penal espanhol estabelece: “Art. 515. São puníveis as associações ilícitas, tendo as seguintes considerações: 1º As que tenham por objeto a comissão de algum delito ou, depois de constituídas, promovam a sua comissão; 2º As que, ainda que tendo por fim um objeto ilícito, empreguem meios violentos ou de alteração ou controle da personalidade para sua consecução; 3º As organizações de caráter paramilitar. 4º As que fomentem, promovam ou incitem direta ou indiretamente o ódio, hostilidade, discriminação ou violência contra pessoas, grupos ou associações por razão de sua ideologia, religião ou crenças, o pertencimento de seus membros ou de algum deles a uma etnia, raça ou nação, sua origem nacional, seu sexo, idade, orientação ou identidade sexual ou de gênero, razões de gênero, de aporofobia ou de exclusão social, situação familiar, enfermidade ou incapacidade”. ESPANHA. Ley Orgánica 10, de 23 de novembro de 1995. Código Penal. **Boletín Oficial del Estado**. 23 de nov. 1995.

As penas previstas para os números 1º ao 4º, segundo estabelece o artigo 515 variam de prisão de dois a quatro anos para os fundadores, diretores e presidentes, além de multa e inabilitação para o emprego de cargo público. Aos membros ativos, a pena será de prisão de um a três anos, mais multa. Também se pune a provocação, conspiração e proposição, o que se faz com pena inferior de um a dois graus.

²⁷⁶ Neste sentido, Muñoz Conde afirma que, em princípio, “bastariam dois, mas creio que do sentido originário da expressão se pode deduzir que são necessárias ao menos três pessoas para poder falar de uma associação”. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal: Parte Especial**. 20ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 690.

²⁷⁷ A esse respeito, cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon...** *Op. Cit.* p. 474-475, que fala em uma tríplice inflação dos pens” penalmente protegidos. No sentido político-criminal, Gabriel Habib faz uma associação entre os delitos de organização e a política-penal dualista oferecida pelo denominado “direito penal do inimigo”. Por exemplo, HABIB, Gabriel. **Associação criminosa: Sentido e validade dos crimes associativos**. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 144 e ss. Também JAKOBS, Günther. Incriminação no estágio prévio à lesão de um bem jurídico. *In Fundamentos do Direito Penal*. 2ª ed. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2012. p. 137-138.

²⁷⁸ Assim, expressamente, ZILIO, Jacson. O injusto penal dos delitos de posse e dos delitos de organização. *In Revista Brasileira de Ciências Criminas*. Vol. 185, p. 43-81, nov., 2021.

²⁷⁹ SOFIA, Gerardo Mateo. **La Asociación ilícita y su inconstitucionalidad**. Buenos Aires: Verzetti, 2010.

a perigo do bem justificador da relevância jurídico-penal e a imputação objetiva do resultado. Em termos sintéticos: é o tipo de ação que se encontra no olho do furacão dos debates doutrinários.²⁸⁰

É por isso que a presente investigação realiza um recorte metodológico para apenas discutir os três elementos citados, de modo que, o que está em destaque, diga-se uma vez mais, é se há alguma forma de justificar a *relevância* do tipo de ação de associação criminosa.

3.1 OS DELITOS DE PERTENCIMENTO OU DE ORGANIZAÇÃO

Os delitos associativos, de pertencimento ou de organização²⁸¹ são aqueles em que o legislador proíbe a reunião de pessoas, de modo a que passem a integrar uma organização estável e que mantenha como propósito a prática infrações penais.

Trata-se de uma orientação ampla, que não pretende esgotar as nuances dos distintos tipos a que faz referência o ordenamento jurídico-penal, mas que ao mesmo tempo é capaz abranger genericamente todos os aspectos fundamentais de modalidades associativas previstas no ordenamento jurídico-repressor.²⁸²

Como espécie do gênero “delito de organização”, o tipo de “associação criminosa” vem se consolidando como um instrumento de uma política-criminal preventiva capaz de atuar em momentos anteriores à realização das condutas delitivas planejadas pelos seus membros e da existência de perigos concretos e danos ao bem jurídico-penal.²⁸³ Isso ocorre porque o legislador não exige a efetiva

²⁸⁰ É por isso que alguns autores encerram suas considerações materiais com a referência aos elementos do tipo de ação, referindo-se apenas lateralmente à incidência de subpreensões ulteriores, como a ilicitude ou a reprovabilidade. Neste sentido, Paulo Busato esclarece que a única norma permissiva aplicável a este tipo está limitada à permissão fraca consistente na hipótese de que “*eventuais pessoas que se veem compelidas a integrar a associação em virtude de ameaças pessoais não respondem pelo crime*”. BUSATO, Paulo C. **Direito penal**: parte especial. 3ª ed. Vol. 3. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 254.

²⁸¹ A doutrina reconhece as três definições para o tipo de ação em disceptação. Cf. ZILIO, Jacson. O injusto penal dos delitos de posse e dos delitos de organização... *Op. Cit.*

²⁸² É por isso que Vives prefere utilizar o termo “concepção”, não obstante já tenha se manifestado no sentido de que as proposições conceituais referidas a normas jurídicas referem-se apenas a um núcleo conceitual, que, sem embargo, está bem delineado na proposição *supra*. Sobre o tema: VIVES ANTÓN, Tomas Salvador. Dos problemas del positivismo jurídico... *Op. Cit.* p. 143.

²⁸³ “*Existem ademais argumentos preventivo-policiais em favor dessas antecipações. Antecipa-se a consumação para conceder à polícia a possibilidade de intervir no momento propício para fazê-lo; pois com a antecipação da punibilidade se ampliam os limites do permitido para a prevenção na medida do permitido para a repressão. Provavelmente não se deve ao azar que alguns notórios setores de punibilidade antecipada se identifiquem com setores notórios de atividade policial encoberta: delitos*

realização das condutas típicas posteriores para o fim de autorizar o procedimento de adequação típica necessário à intervenção penal.

No âmbito do Direito penal material, o tratamento jurídico das associações ilícitas tem sido admitido a partir de duas formas distintas: a primeira, mediante a utilização de causas de agravamento da pena previstas para a comissão de infrações penais facilitadas pela prática de grupo organizado;²⁸⁴ a segunda, por meio de um tipo incriminador autônomo que comine penas igualmente autônomas.²⁸⁵ Apesar de proposições,²⁸⁶ a legislação brasileira trilhou o segundo caminho.

Ambas as formas de tratamento jurídico dado às associativos delitivas vem identificadas pela literatura no âmbito do que comumente se designa como uma expansão,²⁸⁷ ou modernização,²⁸⁸ do sistema jurídico-penal. Segundo esclarece LUÍS GRECO, essa modernização não leva em conta apenas a criação de *novos objetos* de justificação penal, mas também recorre a antecipações da proibição penal a estágios anteriores à lesão do bem jurídico enquanto instrumento dogmático “facilitador” da intervenção penal.²⁸⁹

relativos a entorpecentes, à segurança do Estado, ou a falsificação de moeda, entre outros”. JAKOBS, Günther. Incriminação no estágio prévio à lesão de um bem jurídico... *Op. Cit.* p. 132-133. Aludindo a uma instrumentalidade policial do tipo em questão: Também em, PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática**. Barcelona: Atelier, 2005.

²⁸⁴ Assim, por exemplo, HABIB, Gabriel. **Associação criminosa...** *Op. Cit.* p. 199 e ss., que sustenta a hipótese de que a associação seja requalificada enquanto causa de agravamento genérico dos tipos individuais

²⁸⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel. ‘El injusto de los delitos de organización: peligro y significado.’ In CANCIO MELIÁ, Manuel; SILVA SANCHEZ, Jesús María. **Delitos de organización**. Motevideo/Buenos Aires: BdeF, 2020.

²⁸⁶ René Ariel Dotti noticia que no XVI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), ocorrido em Budapeste em 1999, “(...) foram sugeridos três caminhos para o legislador nacional regular a matéria de punição: a) através de uma causa de aumento da pena; b) uma dupla sanção: por pertencer à associação e ter cometido o crime em benefício ou por meio dela; c) condenação pelas duas infrações porém com a aplicação de uma só pena.” DOTTI, René Ariel. A organização criminosa é uma forma qualificada do concurso de pessoas. In: **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, n. 198, maio, 2009.

²⁸⁷ Como refere SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. **A expansão do Direito penal**. Aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais. 2ª ed. Trad. Luís O. de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2011.

²⁸⁸ Como vem se referindo outra parcela da literatura. Por todos, GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato...** *Op. Cit.*

²⁸⁹ GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato...** *Op. Cit.* p. 02 e ss. JAKOBS, Günther. Incriminação no estágio prévio à lesão de um bem jurídico... *Op. Cit.* p. 130 e ss. Ressaltando que a polêmica sobre a modernização do Direito penal, que estende a proteção penal “já contra qualquer ação com mera tendência à lesão”, está a opinião de SCHÜNEMANN, Bernd. Apresentação. In GRACIA MARTIN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Fabris, 2005. p. 09.

Para alcançar este fim, GRECO constata ser crescente a referência a tipos de ação que justificam a intervenção punitiva sem exigir a lesão real ou a exposição concreta a perigo a um bem jurídico, bem como a criação de bens jurídicos supraindividuais justificados ou não justificados.²⁹⁰

A explicação para situar o tipo de associação criminosa no seio deste moderno Direito penal não decorre de uma afirmação baseada em fatores meramente histórico-temporais, o que seria, no mínimo, paradoxal, já que esta é uma incriminação presente desde 1940 no Código Penal. Ao contrário disso, trata-se de uma instrumentalização do tipo para novos fins,²⁹¹ o que fica claro quando se observa, com NELSON HUNGRIA, que, originalmente, a incriminação da “*delinqüencia [sic] associada em grande estilo é fenômeno episódico*”,²⁹² o que, evidentemente, não se verifica nos dias atuais.

Ainda que se constate a sua franca ascensão no cenário político-criminal, é certo que as infrações relacionadas a condutas associativas não são experiências recentes na tradição jurídico-penal brasileira. Como afirma JACSON ZÍLIO, já no Código Criminal do Império, de 1830, é possível ter notícia de criminalizações que tais, como os tipos penais de conspiração, rebelião, sedição, insurreição e de sociedades secretas.²⁹³

²⁹⁰ A doutrina comumente trabalha com a ideia de *verdadeiros* e *falsos* bens jurídicos coletivos. Isso, contudo, será rechaçado neste trabalho. A postura de *verdadeiro* e *falso* parece decorrer de uma espécie de ontologia argumentativa que não cabe ao jurista utilizar. Em seu lugar, propomos as expressões empregadas acima, que fazem referência ao procedimento de argumentação racional que está na base de um bem jurídico procedimental, como veremos.

²⁹¹ Neste sentido, Paulo Busato afirma que “*O chamado moderno Direito penal tem promovido constantes e progressivamente intensos avanços de barreiras de imputação em termos de técnicas de tipificação, usando e abusando de delitos de perigo abstrato, normas penais em branco, elementos normativos, bens jurídicos coletivos, fórmulas culposas, delitos de posse, delitos de dever, etc. O Direito penal clássico também possuía todas essas figuras. Porém, o que parece ser a tônica de um avanço desmedido que constitui o verdadeiro fenômeno de expansão do Direito penal é a utilização, em uma mesma norma incriminadora, de várias destas técnicas concomitantemente*”. BUSATO, Paulo C. Comentários ao art. 5º da Lei 13. 260/2016. In **Lei antiterror anotada**. Indaiatuba: Foco, 2018. p. 89, nota 1.

²⁹² “*Salvo um ou outro caso, a associação para delinquir [sic] não apresenta, entre nós, caráter espetacular. Aqui e ali, são mais ou menos freqüentes [sic] as quadrilhas de rapinantes noturnos, de salteadores de bancos em localidades remotas, de abigeatores (ladrões de gado), de moedeiros falsos, de contrabandistas e, ultimamente, de ladrões de automóveis*”. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal...** Op. Cit. p. 176-177.

²⁹³ “*O delito de conspiração previa pena de desterro por 4 a 12 anos quando vinte pessoas ou mais se concertassem para determinados tipos de delitos. O delito de rebelião continha aos cabeças penas de prisão perpétua com trabalho, de prisão com trabalho por vinte anos e de prisão por dez, naqueles casos de reunião de uma ou mais povoações que compreendessem mais de vinte mil pessoas, para cometimento de alguns crimes determinados. A sedição exigia junção de mais de vinte pessoas para fins de prática de determinados comportamentos descritos no tipo penal, com penas, aos cabeças, de prisão com trabalho por três a doze anos. Por fim, a insurreição, como reunião de vinte ou mais escravos, com objetivo de buscar a liberdade por meio da força, previa aos cabeças penas de morte,*

As codificações penais republicanas não fugiram à tradição e igualmente apresentaram tipos que criminalizavam a mera associação de pessoas para determinados fins. Tanto o Código Penal republicano de 1890, quanto a Consolidação das Leis Penais, de 1932, por exemplo, definiam essas formas de criminalização sob a rubrica dos “crimes contra a segurança interna da ‘República’”. O Código Penal de 1940, alargando essa tutela, cominou pena de um a três anos de reclusão ao delito de “quadrilha ou bando”, previsto no art. 288, dentro do capítulo que cuidava dos “crimes contra a paz pública”.²⁹⁴

A diferença fundamental entre os tipos incriminadores associativos previstos em diplomas anteriores à edição do Código Penal de 1940, como o ajuntamento ilícito do Código Penal da primeira República,²⁹⁵ reside no fato de que neles não se exigia *permanência* nem tampouco *estabilidade*,²⁹⁶ circunstância que, segundo a doutrina,²⁹⁷ agora é elementar dos tipos incriminadores de “quadrilha ou bando” e, mais recentemente, de “associação criminosa”. Trata-se, assim, de uma “*espécie sui generis de concurso eventual de pessoas, distinta, por certo, da figura que acabou sendo tipificada em nosso diploma codificado*”.²⁹⁸

Com a edição da lei 12.850, de 2 de outubro de 2013, o legislador promoveu uma ampliação da infração associativa já prevista pelo Código Penal, de modo que, nos termos da redação atualmente vigente, será punida com pena de um a três anos de reclusão, ou multa, o fato de que três ou mais pessoas se encontrem associadas

*galés perpétuas, prisão de quinze anos e açoutes. Na parte dos chamados “crimes policiais”, o Código Criminal do Império ainda criminalizava (com pena de cinco a quinze dias ao chefe, dono, morador, ou administrador da casa) as “sociedades secretas”, que consistia na reunião de mais de dez pessoas, em uma casa, em segredo (artigo 282. Os associados nessas hipóteses, poderiam ser punidos se as reuniões tivessem fins opostos à ordem social (artigo 284) ZILIO, Jacson. O injusto penal dos delitos de organização.” In ZILIO, Jacson (coord.); FARIAS, Alexandre Ramalho de; NEVES, Alexandre Cavalli das; GONÇALVES, Guilherme Henrique (org.). **Sistema penal no Estado Democrático de Direito**. Estudos em homenagem aos 30 anos de docência do Professor Luiz Renato Skroch Andretta. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 19.*

²⁹⁴ ZILIO, Jacson. O injusto penal dos delitos de organização... *Op. Cit.* p. 19-20.

²⁹⁵ Neste particular, é interessante observar que já em 1902, ao comentar o projeto de 1983 que visava alterar o Código Penal da primeira República, João Vieira de Araújo reclamava que o título que albergava os delitos de sedição e de ajuntamento ilícito deveria ser rebatizados como “associação para delinquir”. ARAÚJO, João Vieira. **O código penal interpretado**, vol. 1, Brasília: Senado Federal/Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 69-70.

²⁹⁶ Neste sentido, HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal...** *Op. Cit.* p. 174.

²⁹⁷ Por todos: HABIB, Gabriel. **Associação criminosa...** *Op. Cit.* p. 17 e ss

²⁹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. Vol. 04. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 504. Enfatizando o equívoco da associação entre o delito de ajuntamento ilícito ao de associação criminosa: HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 174-175.

com o objetivo de cometer crimes. Também houve por alterar o *nomen iuris* da mencionada infração, que passou a ser designada como “associação criminosa”.²⁹⁹

Talvez o ponto nevrálgico de ascensão do delito de associação criminosa esteja na promulgação do Protocolo de Palermo (Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional ou Convenção contra o Crime Organizado Transnacional – CCOT, de novembro de 2000) pelo Brasil, o que ocorreu em março de 2004, com a edição do Decreto 5.015. O objetivo desta Convenção consistiu em “*promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional*”³⁰⁰. Ao definir o que viria a ser grupo criminoso organizado de caráter transnacional, o Protocolo incentivou – no artigo 5º³⁰¹ - ativamente a criminalização de condutas associativas pelos Estados-Parte, o que, não raro, ocorreu de forma acrítica pelos respectivos ordenamentos jurídicos.³⁰² Isso pode estar associado tanto à profusão de tipos de ação quejandos, quanto à maior intensidade de imputações semelhantes.

Embora não constitua o objeto da presente investigação, convém anotar que a legislação extravagante também se serviu desta técnica criminalizatória para incluir tipos penais associativos em normas que tratam das mais diversas e variadas situações. Seja no âmbito do tráfico ilícito de drogas (artigo 35, da Lei n.º 11.343/2006); ou da revogada lei de segurança nacional, ordem política e social (artigo 16, da Lei 7.170/1983); ou da lavagem de ativos financeiros (artigo 1º, § 2º,

²⁹⁹ Paulo C. Busato e Cezar R. Bitencourt referem que que essa redefinição tornou a terminologia “*mais adequada e mais consentânea com a própria estrutura tipológica, cujo verbo nuclear associar-se identifica a conduta incriminada*”, mas advertem que não veem “*como mudança significativa a simples alteração terminológica sobre o nomen iuris do crime de quadrilha ou bando, trazida pela Lei 12.850/2013, sendo, portanto, incorreto afirmar-se que acabou o crime de quadrilha ou bando, na medida em que foi mantida, basicamente, a sua estrutura típica*”. BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa** – lei n. 12850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 235-236 – destaques no original.

³⁰⁰ GOMES, Rodrigo Carneiro. O crime organizado na convenção de palermo. In MESSA, Ana Flavia; CARNEIRO, José Reinaldo G. (Org.). **Crime organizado**. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2020. p. 670-676.

³⁰¹ Sobretudo no seu item 3, que reza: “*Os Estados Partes cujo direito interno condicione a incriminação pelas infrações referidas no inciso i) da alínea a) do parágrafo 1 do presente Artigo ao envolvimento de um grupo criminoso organizado diligenciarão no sentido de que o seu direito interno abranja todas as infrações graves que envolvam a participação de grupos criminosos organizados. Estes Estados Partes, assim como os Estados Partes cujo direito interno condicione a incriminação pelas infrações definidas no inciso i) da alínea a) do parágrafo 1 do presente Artigo à prática de um ato concertado, informarão deste fato o Secretário Geral da Organização das Nações Unidas, no momento da assinatura ou do depósito do seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão à presente Convenção*”.

³⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa**... Op. Cit. p. 13.

inciso II, da Lei 9.613/1998); ou da organização de grupo paramilitar (artigo 288-A, do Código Penal); ou da organização terrorista (artigo 3º da Lei 13.260/2016); ou, da organização criminosa (Artigo 1º, § 1º, da Lei 12.850/2013), o legislador passou a desenvolver formas outras de associações ilícitas que mereceram tratamento jurídico apartado do tipo-base do artigo 288 do Código Penal.

O que se extrai desse brevíssimo apanhado da história legislativa da criminalização de delitos associativos no Brasil é que tais infrações, ainda que sob denominações diversas, estiveram no centro das atenções do debate público nacional e internacional. Ao contrário do que se poderia supor, a criminalização não partiu de uma iniciativa oferecida pelo público jurídico especializado que constatou lacunas de punibilidade, seja em âmbito nacional ou internacional, mas de uma urgência político-penal de enfrentamento da profusão da criminalidade de massas.³⁰³

Com efeito, é por isso que alguns autores sustentam que com a criminalização de delitos organizacionais busca-se minorar os efeitos de uma sensação social de insegurança.³⁰⁴ É esta sensação que vem atraindo a ideia de *risco* social e que implanta uma lógica de antecipação das barreiras de imputação penal à estágios anteriores a qualquer exposição a perigo ou afetação de bens jurídicos.³⁰⁵

Neste sentido, ademais, é a crítica de J. J. GOMES CANOTILHO quanto à expansão penal oriunda do que chama de “Direito penal do risco”:

³⁰³ Figueiredo Dias atribui essa proliferação de tipos penais associativos à eclosão do terrorismo de natureza política, nacional e internacional, na década de 1960, e a sua expressiva acentuação desde então. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. **As «associações criminosas» no código penal português de 1982 (arts. 287º e 288º)**. Coimbra: Coimbra, 1988. p. 06.

³⁰⁴ Neste sentido, HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal...** *Op. Cit.* p. 177. Silva Sanchez analisou detidamente a questão do que chamou de *sensação social de insegurança* que, segundo ele, nasce a partir do desenvolvimento da sociedade de risco e é incrementada pelos meios de comunicação e pelas próprias agências estatais. Segundo o autor, “*Em última instância, a insegurança e a angústia podem também guardar relação com a intensa experiência do mal como elemento de nossa existência, que de modo significativo tem sido possível experimentar ao largo da interminável sucessão de guerras e destruição que caracterizou o recém-concluído século XX. Ainda não silenciaram os ecos das duas guerras mundiais e da sucessão ininterrupta de conflitos locais propiciados pela guerra fria e o processo de descolonização. Mas a barbárie das guerras do Oriente Médio e dos Bálcãs, assim como do terrorismo – singularmente no caso espanhol -, constituem uma renovada vivência do mal que atemoriza e angústia*”. SILVA SANCHEZ, Jesús M. **A expansão do Direito penal**. Aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais. 2ª ed. Trad. Luís O. de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2011.

³⁰⁵ Sobre o tema, MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal...** *Op. Cit.* p.96, que afirma: “(...) tendo em vista que os riscos de que se trata na sociedade contemporânea têm dimensões gigantescas, tendentes à destruição da humanidade, a idéia [sic] que permeia os anseios por tutela é a de que a materialização desses fenômenos deve ser evitada e prevenida a qualquer custo. Daí porque se rejeita o modelo de direito penal de resultados, que atua, repressivamente, após a conformação do dano, sendo mais conveniente a antecipação da proteção penal a esferas anteriores ao dano e ao próprio perigo”.

Uma coisa é falar-se dos problemas de risco típico da civilização tecnológica (riscos químicos, atômicos, medicamentosos e ambientais) e das questões jurídicas a eles associados (“nova” definição de novos bens jurídicos, nova dogmática da ilicitude, da culpa e do nexos de causalidade) e outra, muito diferente, é articular o risco com dimensões psicológicas e ideológicas de forma a poder falar-se do risco existencial causado pelo outro (“o inimigo”, o da outra “tribo” política, religiosa ou ideológica), legitimador, do recurso e ações preventivas e repressivas constitucionalmente legitimadas e instrumentalmente concretizadas por um “direito penal do risco”. Por outras palavras: o risco legitimador dos princípios da precaução e da prevenção para a defesa do ambiente e dos direitos das gerações futuras não pode e não deve ser invocado para, seguindo a fenomenologia das *labelling theories*, combater a “organizações de risco” quanto à segurança e a defesa dos cidadãos.³⁰⁶

Nesta direção está a posição de PAULO CÉSAR BUSATO e CEZAR ROBERTO BITENCOURT, ao destacarem que a sensação social de insegurança se estabelece a partir de uma violência indiscriminada, que “*está nas ruas, nos lares, nas praças, nas praias e também no campo*”.³⁰⁷ Ao rotular essa forma de criminalidade como sendo uma “criminalidade organizada”, o que se procura, não raro, seria a busca de publicidade que legitimaria o enfrentamento da criminalidade de rua. Acrescentam, ademais, que isso estabelece uma “crise do direito” e que culmina por se traduzir em uma “crise da democracia”. Sobretudo porque

A despeito da consagração das garantias fundamentais na novel Carta Magna, as soluções para as dificuldades presentes são buscadas por meio da reprodução de *formas neoabsolutistas* do poder, carentes de limites e controles e orientadas por fortes e ocultos interesses dentro de nosso ordenamento político-jurídico. Atualmente, vivencia-se uma “sede de punir”, constatando-se uma febril criminalização: novos tipos penais e exasperação das sanções penais completam esse panorama jurídico tétrico.³⁰⁸

De modo panorâmico, ao se preocupar com a “criminalidade organizada” na formulação do Direito penal moderno, o legislador vem buscando oferecer soluções legislativas que transmitam uma ideia de maior segurança à sociedade, empreendimento que deu início a um combate legislativo agressivo contra grupos com finalidades ilícitas das mais diversas.³⁰⁹

³⁰⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Terrorismo e direitos fundamentais. In VALENTE, Manuel M. G. (coord.). **Criminalidade organizada e criminalidade de massa**. Interferências e ingerências mútuas. Lisboa: Almedina, 2009. p. 27-28.

³⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa**... *Op. Cit.* p. 20.

³⁰⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa**... *Op. Cit.* p. 20-21.

³⁰⁹ HABIB, Gabriel. **Associação criminosa**... *Op. Cit.* p. 17 e ss.

Para tratar jurídico-penalmente dessas hipóteses, de modo a tentar remediar aquela sensação social de segurança - que, não raro, traz consigo consequências político-criminais desastrosas -, o legislador passou a lançar mão de descrições típicas peculiares, que adiantam demasiadamente as barreiras de imputação garantidas pelo denominado Direito penal liberal ou clássico.

Como veremos, é o que ocorre com o delito de associação criminosa ao antecipar a punição de determinadas ações, não raro cominando pena a meros atos preparatórios que são, como regra, impuníveis. Sem embargo, nesta lógica de enfrentamento, também é possível observar o progressivo emprego de técnicas que tipificam delitos de perigo abstrato, característica comum ao tipo de associação criminosa, o que auxilia a incrementar as possibilidades de se colocar em marcha o sistema penal em face ao cidadão sem que se exija qualquer afetação de bens jurídicos concretos.³¹⁰

No entanto, a admissão do combate à criminalidade organizada depende de uma adequada identificação do que constitui, na essência, essa forma de criminalidade. Na literatura, há muita discussão a respeito do conceito de criminalidade organizada e que, em alguma medida, confluem³¹¹ no sentido de que se trata de uma definição substancialmente distinta do conceito de criminalidade de massas. E essa distinção, ao fim e ao cabo, segundo WINFRIED HASSEMER, requer “*estratégias diferentes de prevenção e repressão*”.³¹²

Não há nenhuma dúvida a respeito do que causa temor nas grandes cidades brasileiras: a vertiginosa escala crescente do tráfico ilícito de entorpecentes, as inúmeras modalidades de crimes contra o patrimônio praticados mediante violência, a reunião de forças entre meliantes de modo a facilitar a execução desses mesmos crimes, o tráfico de armas e a prostituição infantil.³¹³

³¹⁰ ZIFFER, Patrícia S. **El delito de asociación ilícita**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005. p. 19-20.

³¹¹ Neste sentido, SÁ, Priscilla Placha. Criminalidade associativa: um novo paradigma. In ZILIO, Jacson (coord.); FARIAS, Alexandre Ramalho de; NEVES, Alexandre Cavalli das; GONÇALVES, Guilherme Henrique. **Sistema penal no Estado Democrático de Direito**. Estudos em homenagem aos 30 anos de docência do Professor Luiz Renato Skroch Andretta. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. Vol. 04. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 504-511; BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: Parte Especial 2. 3ª ed. Vol. 3. São Paulo: Atlas, 2022. p. 249 e ss.

³¹² HASSEMER, Winfried. Límites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada: tesis y razones. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 23, pp. 25-30, São Paulo: RT, 1998. p. 26.

³¹³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: Parte Especial 2. Vol. 3. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 250.

Segundo essa vertente, as modalidades delitivas que sobressaltam a população têm baixa correlação com as noções de criminalidade organizada. Tratar-se-iam, mais adequadamente, de criminalidade de massas.³¹⁴ De outro lado, ao conceito de crime organizado se antepõe elementos mutáveis, que tornam a sua definição um empreendimento de difícil realização. Aponta-se como certo, porém, que se trata de uma *“situação em que o crime se infiltra nas instâncias do poder, fazendo que os aparatos de controle se dirijam ao favorecimento dos seus próprios interesses”*.³¹⁵ Com efeito, a criminalidade organizada se caracteriza pela ingerência política em sua própria constituição, definição, persecução e julgamento³¹⁶, ou seja, como uma faceta do próprio sistema.³¹⁷

E se isso é assim, será equivocado identificar o delito de associação criminosa – enquanto tal – como uma manifestação da denominada “criminalidade organizada”. Não será o simples fato de que essa modalidade associativa apresente maior (sensação de) periculosidade ou que facilite a prática de outros delitos que fará com que se lhe identifique como pertencente ao “crime organizado”. Ao contrário, esse tipo de ação *“sempre existiu nas comunidades sociais, está presente praticamente em todas as formas de criminalidade e, talvez, possua um certo aprimoramento ou modernização qualitativa e quantitativa nas suas formas de execuções”*.³¹⁸

A despeito desse esclarecimento de ideias, é certo que os delitos organizacionais em geral, e o de associação criminosa em especial, receberam tratamentos jurídicos típicos da luta contra a “criminalidade organizada” pelo legislador, fundada na nomeada “modernização do Direito penal”,³¹⁹ que se

³¹⁴ Contra este argumento, associando a criminalidade associativa à criminalidade organizada, PRADO, Luiz Regis. Associação criminosa – crime organizado (Lei 12.850/2013). In **Revista dos Tribunais**, vol. 938, pp. 241-297, dez., 2013. p. 242 e ss.

³¹⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito penal...Op. Cit.** p. 250-251.

³¹⁶ SÁ, Priscilla Placha. Criminalidade associativa: um novo paradigma. In ZILIO, Jacson (coord.); FARIAS, Alexandre Ramalho de; NEVES, Alexandre Cavalli das; GONÇALVES, Guilherme Henrique (Org.). **Sistema penal no Estado Democrático de Direito**. Estudos em homenagem aos 30 anos de docência do Professor Luiz Renato Skroch Andretta. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 40.

³¹⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal...Op. Cit.** p. 250-251.

³¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. Vol. 04... *Op. Cit.* p. 508. Com razão, Bitencourt lança a seguinte indagação: *“Essa [a associação criminosa] é uma autêntica criminalidade de massa e corporifica-se nos assaltos, nos arrastões nas praias cariocas, em alguns estelionatos, enfim, de regra, nos crimes contra a vida, contra o patrimônio, contra a propriedade etc. Ou se ousaria afirmar que os arrastões das praias cariocas, eventuais invasões de famintos a supermercados ou mesmo o uso de drogas nas universidades brasileiras constituem crime organizado?”*. *Idem, ibidem*.

³¹⁹ Sobre o tema, cf. GRACIA MARTIN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. Érica Mendes de

implementa a partir de uma mudança semântico-dogmática, como lapidarmente descreveu CEZAR ROBERTO BITENCOURT.³²⁰

Em outros termos, a modernização do Direito penal se concretiza a partir da formulação de múltiplas cominações penais severas – o que se realiza pelo fato de que, em decorrência da natureza do tipo de associação criminosa, ele dificilmente seria imputado isoladamente –, que tanto facilitam a criminalização de condutas preparatórias,³²¹ quanto a posterior realização típica que a própria criminalização no estágio prévio busca prevenir. Some-se a isso a previsão de verbos-nucleares vagos e imprecisos, praticados de forma permanente contra bens jurídicos coletivos e espiritualizados e que expõem a perigo abstrato ou hipotético o bem justificador da incriminação.³²²

Nada obstante, essa nova orientação político-criminal parece revelar já no plano conceitual o fracasso das teorias que buscam fundamentar a penalização de condutas humanas como forma de uma prevenção da sociedade ou dos indivíduos.³²³ Afinal, se é necessário punir meros atos preparatórios, significa que a própria pena dos delitos realmente praticados não foi capaz de dissuadi-los. Com a continuidade dessas técnicas de tipificação, que caminham para criminalizar condutas cada vez mais abstratas, parece importante questionar até onde pode ir o “moderno Direito penal”.

Carvalho. Porto Alegre: Fabris, 2005: “Com essa aproximação busca-se evidenciar apenas que o Direito penal moderno tem antes de tudo uma dimensão clara e manifestamente quantitativa que se traduz em uma importante ampliação da intervenção penal e, por isso, em um relevante incremento de sua extensão atual em comparação com a que tinha no momento histórico precedente.

³²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. Vol. 04... *Op. Cit.* p. 508.

³²¹ Um exemplo disso é a lei 13.260/2016, que criminaliza a conduta de “realizar atos preparatórios”, no artigo 5º. Uma tal facilitação, ademais, permitiria a imputação à conta de condutas em si inócuas, como desde a simples compra de passagens, como outras mais graves, relacionadas à produção direta de artifícios destinados à produção de explosivos. Sobre o tema, criticamente, Cf. BUSATO, Paulo C. Comentários ao art. 5º da Lei 13. 260/2016... *Op. Cit.* p. 89

³²² Paulo Busato e Cezar Bitencourt falam de uma “política criminal do Direito penal funcional”, que encerra uma “modernização funcional no combate à criminalidade moderna, uma mudança semântico-dogmática: ‘perigo’ em vez de dano; ‘risco’ em vez de ofensa efetiva a um bem jurídico; ‘abstrato’ em vez de concreto; ‘tipo aberto’ em vez de fechado; ‘bem jurídico coletivo’ em vez de individual’ etc.”. BITENCOURT, Cezar R.; BUSATO, Paulo C. **Comentários à lei de organização criminosa**... *Op. Cit.* p. 21.

³²³ Sobre o tema, é fundamental: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: Parte Geral. 8ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 464 e ss.; e BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson. **Os fins do direito penal**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 19 e ss.; Para a defesa de uma visão prevencionista: JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte General... *Op. Cit.* p. 26 e ss.; FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. **A legitimidade da pena estatal** – Uma breve incursão pelas teorias da pena. Trad. Nivaldo Brunoni. Florianópolis: Conceito, 2015. p. 93 e ss.

Com efeito, convém, adiante, examinar detidamente as modalidades de tipos de ação empregados na construção da referida figura penal.

3.2 AS MODALIDADES DO TIPO DE AÇÃO

Antes de proceder ao exame da gramática profunda da construção típica associativa prevista no artigo 288 do Código Penal, parece oportuno apresentar o estado atual da interpretação do verbo-nuclear típico.

Como é corrente em nossa literatura jurídica, a expressiva maioria dos autores costuma examinar a ação descrita no tipo a partir de uma análise meramente semântica das palavras empregadas pelo legislador no tipo legal. Com efeito, a partir disso, para definir as modalidades de ação – dos tipos de ação – recorrem a um processo de mera subsunção entre as definições em sentido denotativo e a sua associação aos verbos-nucleares previstos nos tipos incriminadores em particular.

Assim é que é comum observar definições que procuram por sinônimos vernaculares ao verbo-núcleo do tipo “associar-se”, o que não raro resulta em algo como “reunir-se”, “unir-se”, “congregar-se”, “agrupar-se”, “ajuntar-se”, “aliar-se”, “organizar-se” ou “colocar-se em colaboração mútua”.³²⁴

Em oposição a este raciocínio, MUÑOZ CONDE recorre ao sentido linguístico do termo “associação” para compreender que a proibição está jungida na “*união de várias pessoas para a consecução de determinados fins*”.³²⁵

Em linhas gerais, exige-se a efetiva³²⁶ reunião de no mínimo três pessoas em caráter de estabilidade ou permanência – que se difere da perpetuidade – do grupo para a prática de crimes. Pune-se, portanto, o fato de “os agentes organizarem-se em

³²⁴ Assim em: MAGALHÃES NORONHA, E. **Direito Penal** – Parte Especial. Vol. 4. 17ª ed. Atualizado por Dirceu de Mello e Eliana Passarelli Lepera. São Paulo: Saraiva, 1985-1986; PRADO, Luiz R. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte Geral e Especial. 14ª ed. São Paulo: RT, 2015. p. 1201-1202; PIERANGELI, Enrique. **Direito penal brasileiro**: parte especial. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 679. NUCCI, Guilherme de S. **Curso de direito penal**. Parte Especial. Arts. 213 a 361 do Código Penal. 3ª ed., vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 540.

³²⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**: Parte Especial. 20ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 690.

³²⁶ “*Não bastam meros atos preparatórios da convenção comum; não é suficiente simples trocas de ideias, ou conversa ‘por alto’ acerca do fim, mas o propósito firme e deliberado, a resolução seriamente formada, com programa a ser posto em execução em tempo relativamente próximo de modo que se possam divisar no fato a lesão jurídica e o perigo social, contra os quais se dirige a tutela penal*”. NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal** – Parte Especial... *Op. Cit.* p. 90.

associação criminosa, com o fim especial – elemento subjetivo especial do injusto – e imprescindível de praticar crimes variados".³²⁷

Como regra, afirmam tratar-se de forma comissiva de delito. Enquanto exceção a isso, PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR adverte que

(...) há quem vislumbre, na conduta associativa do dispositivo em exame, um crime misto de ação e omissão. O elemento positivo, consistente no ato de associar-se. O elemento negativo, representado pelo fato de o agente não se retirar do bando, nele permanecendo.³²⁸

Disso é possível concluir que, na visão do autor, o mero fato de se tratar de delito permanente, cuja consumação, segundo a definição clássica, protraí-se no tempo, é motivo bastante para converter uma modalidade originalmente comissiva em um delito omissivo.

As dificuldades oriundas da classificação do delito em testilha, se comissivo ou omissivo, levaram alguns autores a negar absolutamente qualquer vinculação a essas tradicionais formas de ação – ou de conduta –. Neste particular, NÚRIA PASTOR MUÑOZ propõe o desenvolvimento de uma terceira forma genérica de realização da ação, que consiste na proibição de delitos de *estado*.³²⁹

A criação desta terceira categoria permitiria atribuir legitimidade a formas delitivas que não podem ser bem conciliadas com as tradicionais “comissão” e “omissão”, como ocorre com os delitos de posse e os delitos associativos (ou de pertencimento) que admitiriam simultaneamente um momento comissivo e outro omissivo. Deste modo, punir a mera permanência em um grupo ilícito já seria de todo legítimo, segundo a autora.³³⁰

Ainda segundo a posição dominante na literatura, a adequação típica do tipo de ação em apreço demanda “*um mínimo de organização hierárquica, estável e harmônica*”,³³¹ de modo a haver uma linha de comando vinculada a alguns

³²⁷ BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito penal**. Parte Especial. 16ª ed. Vol. 4... *Op. Cit.* p. 522-523.

³²⁸ COSTA JUNIOR, Paulo J. **Comentários ao código penal: parte especial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 323.

³²⁹ PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática**... *Op. Cit.* p. 43.

³³⁰ PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática**... *Op. Cit.* p. 43.

³³¹ BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito penal**. Parte Especial. 16ª ed. Vol. 4... *Op. Cit.* p. 522-523.

subordinados.³³² Assim procedem para evitar uma confusão conceitual entre uma *associação* (ou organização) voltada à prática de delitos e um simples *acordo* entre coautores para a prática de uma ou mais infrações. Isto é, entre um *delito autônomo* de concurso necessário – por exemplo, a associação criminosa – e a realização de vários delitos em *concurso eventual de pessoas*.

Há também a posição que coloca a responsabilidade na mera existência da associação enquanto tal. Neste sentido, ao estarem associados, os membros assumiriam a responsabilidade pela existência da associação e pela sua estruturação.³³³

Dado o caráter “elástico” do núcleo do tipo de ação, bem assim dos seus sinônimos vernaculares, alguns autores sustentam que sequer é necessário qualquer trato pessoal e direto entre os associados. Neste sentido, afirmam inexistir exigência legal de qualquer presença física dos membros da associação, bastando “*que o indivíduo esteja consciente de fazer parte da associação, cuja existência e finalidade lhe sejam conhecidas*”.³³⁴

Essas considerações deixam entrever que o núcleo da incriminação não residiria propriamente no verbo típico, ainda que seja expressada por ele. O que se proíbe, segundo o que se pode inferir da doutrina, é o *acordo* prévio à prática de

³³² Contra, BUSATO, Paulo C. **Direito penal**: parte especial, v. 3... *Op. Cit.* p. 253; NUCCI, Guilherme de S. **Curso de direito penal**. Parte Especial... *Op. Cit.* p. 539, para quem o tipo de ação de associação criminosa não demanda a existência de alguma estruturação hierarquizada, em oposição ao que ocorre com as organizações criminosas, verdadeiras ‘empresas do crime’ segundo asseve o segundo autor (NUCCI, Guilherme de S. **Curso de direito penal**. Parte Especial... *Op. Cit.* p. 539).

³³³ “É possível que as associações criminosas insistam em padrões individuais de imputação porque a formação desse novo ator cria uma nova relação de responsabilidade para os membros. O membro assume a responsabilidade pela existência do grupo e como esse grupo está estruturado ao concordar e participar do grupo. Nesse sentido, os membros de uma organização terrorista ou de contrabando são responsáveis pela existência e pelas atividades do grupo enquanto tal. A responsabilidade por isso varia, dependendo de até que ponto o membro individual tem opções organizativas e quão ativamente ele contribui para a realização do propósito comum.” MONTENEGRO, Lucas. Die Kriminell Vereinigung als Unrechtsperson: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von § 129 II StGB. In **Goldammer’s Archiv für Strafrecht**. Vol. 166, nº 8, pp. 489-505, 2019. p. 497 – adaptação nossa.

³³⁴ “Não é preciso, conseqüentemente (sic) o contato pessoal, nem o conhecimento, nem a reunião em comum, nem a unidade de lugar. Os acordos podem ser concluídos por meio de emissários ou correspondência. Realmente, algumas das mais célebres associações dessa natureza, como a Maffia, a Mão Negra, a Ku-Klux-Klan, são sociedades que se estendem por várias regiões” NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal** – Parte Especial... *Op. Cit.* p. 91.

crimes variados e indeterminados.³³⁵ Associar-se, segundo esta ótica, converte-se em “acordarem” três ou mais pessoas a prática de crimes.³³⁶

Deste modo, o que se extrai dessas opiniões é o que alguns vem denominando como “crime por aderência”,³³⁷ já que o núcleo da formulação típica estaria na aderência aos fins da associação, que faz nascer um acordo de vontades. E seria, justamente, a existência deste acordo que faria emergir a *societas delinquentium*.

Com efeito, nos termos do que afirma JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, este acordo faz nascer uma “*altíssima e especialíssima perigosidade da associação, derivada do seu particular poder de ameaça e dos mútuos estímulos e contra-estímulos (sic) de natureza criminosa que aquela cria nos seus membros*”.³³⁸ Essa periculosidade, de seu turno, conduz à “*quebra dos laços que ligavam seus membros à cultura da legalidade e ao estabelecimento de laços de lealdade a subculturas*”.³³⁹ Disso resulta

(...) [o] fundamento *praticamente* mais importante para correcta interpretação do tipo-de-ilícito; e que directamente conduz a que da sua área de tutela seja excluída qualquer facticidade que não releve da especial perigosidade da associação, da sua autónoma *danosidade social* e da sua específica *dignidade penal*. Ela indica, de resto, a via de solução do problema mais complexo de interpretação e aplicação que aqui se suscita e que é, na verdade, o de distinguir cuidadosamente - sobretudo quando se tenha verificado a prática efectiva de crimes pela organização, isto é, quando se tenham erificado, para além do crime *de* organização, crimes *da* organização – aquilo que é já associação criminosa daquilo que não passa de mera *comparticipação criminosa*, de mero *concurso de pessoas* como a propósito se exprime, na linha do Código Rocco, o Código Penal brasileiro.³⁴⁰

Desse modo, diante dessa especial periculosidade, a intervenção penal estaria autorizada a atuar em um estágio prévio à qualquer lesão, ou seja, no momento

³³⁵ Neste sentido: SOUZA, Luciano A. **Direito Penal: Parte Especial**, v. 4... *Op. Cit.* p. 475. No mesmo sentido, NUCCI, Guilherme de S. **Curso de direito penal. Parte Especial...** *Op. Cit.* p. 539.

³³⁶ Anote-se a discordância de René Ariel Dotti quem, baseando-se em Maggiore e Fragoso, destaca que “*no fato associativo há algo mais do que o acordo. O simples ‘acordo’ para cometer um crime não é punível. O que transforma o acordo em associação, e o torna punível pelo crime em exame, é a organização com caráter de estabilidade*”. DOTTI, René Ariel. Um bando de denúncias por quadrilha. *In: Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 174, maio, 2007. nm. 6.

³³⁷ Próximo a isso, ZIFFER, Patrícia. S. **El delito de asociación ilícita**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005. p. 68

³³⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico penal. *In Revista Brasileira de Ciências Criminas*. Vol. 71, Mar-Abr., pp. 11-30, 2008. p. 16.

³³⁹ ESTELLITA, Heloísa. **Criminalidade de empresa. Quadrilha e organização criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 17.

³⁴⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico penal... *Op. Cit.* p. 17-18.

da *cogitationis* ou da *preparação* dos delitos-fim planejados pela associação. Trata-se, segundo a literatura,³⁴¹ de uma exceção à regra do artigo 31 do Código Penal,³⁴² que veda a punição de atos preparatórios.

É de se anotar, contudo, que OSCAR TOMÁS VERA BARROS vê o delito em apreço a partir de um ângulo distinto. Segundo o autor, a conduta associativa consumada não constitui uma exceção aos princípios gerais que regem os atos de preparação que estão no limite das formas tentadas. Afirma, ademais, que a proibição da conduta autonomamente, ao proscrever uma associação destinada a cometer delitos, faz com que ela se aparte da preparação de algum delito determinado,³⁴³ convertendo-se em uma incriminação independente.

Não obstante, o autor parece cair em certa contradição ao destacar que o fundamento da incriminação reside na “*forte probabilidade de que (cumprindo seus objetivos cooperativos) cometam delitos*”,³⁴⁴ já que, ainda que indiretamente, essa forte probabilidade radicaria na própria *estrutura organizacional* oferecida pela associação e que facilitaria a comissão dos delitos ulteriores. Essa estrutura, de seu turno, faria com que o tipo associativo forme parte de atos preparatórios de outros delitos, criminalizando-se nos termos excepcionais destacados pelo artigo 31 do Código Penal brasileiro.

Também há um debate a respeito da “qualidade” dos integrantes da associação criminosa. É certo, como vimos, que o tipo se limita a exigir a associação de três ou mais pessoas com um objetivo criminoso em comum. Isso é suficiente para se ter realizada a pretensão conceitual de relevância. Deste modo, a literatura tem admitido que a reunião de autores imputáveis e pessoas inimputáveis seria bastante para se configurar a figura legal.

Afirmam alguns, inclusive, que “*Inexiste razão para se exigir que todos os integrantes sejam imputáveis, posto que a lei considera o fato em seu aspecto objetivo, ou seja, o perigo que a pluralidade de agentes representa à sociedade*”.³⁴⁵

³⁴¹ SOUZA, Luciano A. **Direito penal**: Parte Especial, v. 4... *Op. Cit.* p. 473,

³⁴² Diz o Código: “*Art. 31. O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos a ser tentado*”.

³⁴³ VERA BARROS, Oscar Tomás. Asociación ilícita (art. 210 CP). Algunas consideraciones. In **Nuevas formulaciones en las ciencias penales**. Córdoba: Marcos Lener/La Lectura, 2001. p. 596.

³⁴⁴ VERA BARROS, Oscar Tomás. Asociación ilícita (art. 210 CP). Algunas consideraciones... *Op. Cit.* p. 596

³⁴⁵ TOURINHO, José L. B. **Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas**... *Op. Cit.* p. 36-37. E acrescenta: “*Entendemos, na mesma esteira da doutrina majoritária, que os inimputáveis*

Ao examinar a redação típica do delito de “quadrilha e bando”, neste mesmo sentido, NELSON HUNGRIA afirmava que será possível admitir a composição de inimputáveis no *quorum* mínimo previsto no tipo “*desde que possam manifestar o quantum satis [quanto baste] de entendimento e vontade para o acordo em torno do fim comum e sejam capazes de contribuição por parte virili*”.³⁴⁶

Deste modo, essas posições parecem sugerir que crianças e adolescentes possam compor o *quorum* mínimo exigido para os fins da consumação do delito,³⁴⁷ destacando que essas pessoas devem poder manifestar o seu entendimento e a sua vontade de participar da associação. Esta parece ser, inclusive, a orientação da jurisprudência pátria.³⁴⁸

Não obstante, convém destacar que, independentemente do entendimento manifestado por crianças e adolescentes que integrem a associação criminosa, por força da figura qualificada que compõe o parágrafo único do artigo 288, a associação que admitir a sua participação haverá a sua pena aumentada até a metade.

PAULO C. BUSATO afirma que o fundamento por trás dessa causa de aumento é a “*corrupção do menor e a necessidade de intervenção jurídico-penal por força do princípio de proteção integral*”.³⁴⁹ Deste modo, o autor dissente da opinião majoritária e defende que crianças e adolescentes não podem integrar o *quorum* legal para fins de adequação típica, o que ocorre justamente porque elas ocupam a posição de vítimas da infração, incapazes, por si, de produzir qualquer ofensa a bem jurídico desde um plano normativo – já que praticam, os adolescentes, atos infracionais.

devam ser incluídos para o fim de se atingir o número mínimo de associados, posto que a lei fala em associação de pessoas, incluindo menores de dezoito anos e aquelas incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento”. (Idem, p. 37).

³⁴⁶ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**... Op. Cit. p. 178.

³⁴⁷ “É o que se denomina de “concurso impróprio”. Natural, ainda, argumentar que depende muito da idade dos menores, uma vez que não tem cabimento, quando eles não têm a menor noção do que estão fazendo, incluí-los na associação. Se dois maiores se valem de uma criança de nove anos para o cometimento de furtos, não pode o grupo ser considerado uma associação criminosa, pois um deles não tem a menor compreensão do que está fazendo. É apenas uma hipótese de autoria mediata, ou seja, os maiores usam o menor para fins escusos. Entretanto, quando se tratar de adolescente que, não responsável penalmente, tem discernimento para proceder à associação, forma-se o grupo criminoso e configura-se o tipo penal”. NUCCI, Guilherme de S. **Curso de direito penal**. Parte Especial...Op. Cit. p. 541.

³⁴⁸ “Admite-se associação criminosa com participação de menores inimputáveis, bastando que apenas um dos integrantes seja imputável”. STJ, HC406.213, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgado em 10.10.2017.

³⁴⁹ BUSATO, Paulo C. **Direito penal**: parte especial, v. 3... Op. Cit. p. 255.

Demais disso, BUSATO admite que o inimputável por questões relacionadas à doença mental incapacitante para a compreensão do ilícito seja computado para aqueles fins.³⁵⁰

Algo ainda pouco explorado,³⁵¹ segundo nos parece, é a admissão de uma associação criminosa formada não apenas por pessoas naturais, como comumente ocorre, mas também por um acordo mútuo entre pessoas jurídicas. Ou mesmo em uma comunhão de esforços de pessoas jurídicas e pessoas naturais. Com a possibilidade de responsabilização penal de pessoas jurídicas, sobretudo em matéria ambiental, não é difícil imaginar o concerto de três PJs associadas com o fim de praticar ilícitos daquela natureza.

Vale anotar que o tipo de ação deixa margem para uma tal adequação típica, pois proscreve a associação de três ou mais *pessoas*, sem fazer qualquer distinção entre pessoas naturais ou jurídicas. Ainda que se objete que esta leitura poderia ser superada recorrendo-se à interpretação histórica da norma, já que a responsabilidade penal de pessoas jurídicas ainda não seria prevista em 1940, data da edição do Código Penal brasileiro, pode-se contrapor que esta seria, de pronto, uma *falsa* exegese. E isso por uma razão muito simples: a norma em apreço foi atualizada em 2013, por meio da Lei 12.850/2013, em um contexto onde já seria plenamente concebível esta forma de responsabilização.

Não é de todo inimaginável pensar na realização de infrações ambientais – ou outras, se essa modalidade de responsabilização for estendida – por conglomerados de pessoas jurídicas, estruturados com o objetivo específico de praticar condutas delitivas.

É certo que, entretanto, todos esses debates iniciam uma série de problemas fundamentais e que podem colocar em xeque a legitimidade da tutela penal oferecida pelo tipo em apreço. Seja do ponto de vista da modalidade de ação prevista na voz verbal reflexiva – problema ao qual nós imediatamente nos deteremos – ou mesmo do bem jurídico justificador da intervenção penal, são todos tópicos fundamentais para

³⁵⁰ BUSATO, Paulo C. **Direito penal**: parte especial, v. 3... *Op. Cit.* p. 255.

³⁵¹ Examinando a questão, mas se colocando de modo contrário à essa possibilidade, é a opinião de BÖHLER, Luccas Chiamulera. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos delitos de associação criminosa e organização criminosa (Lei n.º 12.850/2013). *In Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, Curitiba, 2021.

se afirmar a relevância penal da incriminação e que estão eivados de problemas que merecem ser discutidos com mais profundidade.

Inobstante, cumpre avançar para examinar como a literatura tem tratado os demais elementos que compõem o núcleo da criminalização da conduta associativa, como o especial fim de agir – ou dolo específico, para alguns – e a discussão em torno da ofensividade da conduta, seja ela a associação, o acordo de vontades ou o mero estado delitivo.

3.3 O ESPECIAL FIM DE AGIR

No sistema de imputação sugerido por VIVES ANTÓN, ao qual aqui se subscreve, está bem caracterizado que a *intenção subjetiva* do autor da infração não pode ser levada em conta como dado necessário para extrair o *significado* do comportamento praticado em relação a um tipo de ação determinado.

Embora possa ostentar alguma relevância no momento da constituição do significado, as intenções particulares não são levadas em consideração, de modo geral, para se adscrever – ou atribuir – o sentido da ação. Trata-se de um procedimento público, pautado, não raro, por elementos externos indicadores do sentido que se atribui às ações humanas.³⁵²

Este é, dentre outros, o motivo pelo qual VIVES prescinde de inscrever o dolo no tipo de ação e passa a integrá-lo no segundo nível de exame da pretensão de validade da norma penal, isto é, na pretensão de ilicitude.

O finalismo welzeliano, por outro lado, utilizava-se precisamente da *intenção subjetiva* do autor para *definir* a espécie de comportamento por ele praticada. Deste modo, observada enquanto expressão de sentido do comportamento do autor,³⁵³ a finalidade seria um elemento capaz de traduzir ao julgador o significado da ação realizada. Se coincidissem com a finalidade proibida pelo tipo penal, haveria ação dolosa; se não, a forma dolosa do tipo penal estaria afastada por ausência de correspondência interna – finalística – do autor com a proibição ou com o comando normativo. Afirmar o *significado* da conduta humana, para o finalismo, corresponderia

³⁵² Para mais a esse respeito, BUSATO, Paulo C. *La tentativa...* *Op. Cit.* p. 287 e ss.

³⁵³ Assim, JAKOBS, Günther. *Derecho penal...* *Op. Cit.* p. 162 e ss.

a identificar que a causalidade pode ser dirigida pelo conteúdo da vontade do autor, isto é, por estados mentais.³⁵⁴

Essa proposta foi amplamente aceita pela literatura especializada, alcançando paradigmas e teorias que não se serviam do elemento da finalidade como um momento lógico-objetivo fundamental do sistema de imputação.

Deste modo, extrai-se que os sistemas que, de algum modo, inspiraram-se na proposta do injusto pessoal de WELZEL arrancam do elemento subjetivo da ação o ponto de apoio para ler o significado da conduta praticada pelo autor. Isso converte a atuação do agente em uma estrutura simétrica de dois níveis, um objetivo – o comportamento – e outro subjetivo – a finalidade -, sendo certo que o significado do primeiro estaria condicionado da leitura do segundo.³⁵⁵

Em alguns casos, a compreensão real do significado do autor depende de um componente adicional, isto é, de uma finalidade específica de obter o resultado típico ou de uma particular disposição de ânimo de autor.³⁵⁶ Segundo a tradição finalista, isso coloca o tipo subjetivo em uma relação assimétrica para com o tipo objetivo, de modo que aquele também passa a contar com elementos subjetivos do tipo distintos do dolo. Para além do tipo de associação criminosa, que será examinado com rigor mais abaixo, um exemplo do que se afirma é o tipo de exposição ou abandono de recém-nascido (artigo 134, do Código Penal³⁵⁷). Para afirmar que a conduta possui um significado idêntico ao tipo de ação, não basta que ocorra o simples abandono, o tipo legal exige, ademais, que se o realize “para ocultar desonra própria”.

³⁵⁴ “A finalidade (o conteúdo da vontade) configura de modo específico o curso causal: só assim o autor pode ver o feito como ‘sua’ obra. E isso é válido, não apenas para o dolo, mas também para a culpa, na qual o curso causal não é ‘sobredeterminado’ pela finalidade, mas poderia ter sido evitado atuando finalmente de modo adequado”. VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** Op. Cit. p. 327.

³⁵⁵ Em suas aulas, Tereza Pizarro Beleza afirmava que “Quando se estuda como elemento da definição do crime, o facto [sic] típico, ou o tipo de crime, é necessário distinguir entre elementos objetivos e subjetivos, isto é, entre circunstâncias exteriores à pessoa do agente, e circunstâncias que se passam ao nível do seu juízo da situação de facto, e ao nível da sua intenção”. BELEZA, Teresa Pizarro. **Direito Penal**. Parte Geral. Vol. 1. Lisboa: AAFDL, 1983. p. 111.

³⁵⁶ Neste sentido, ZAFFARONI, E. Raúl. **Manual de Derecho Penal...** Op. Cit. p.421-426. Neste particular, Raúl Zaffaroni destaca que os tipos que exigem um elemento subjetivo distintos do dolo se dividem em (i) tipos de tendência interna transcendente – que admitem (a) delitos incompletos de dois atos e (b) delitos de resultado cortado – e (ii) tipos de tendência interna peculiar.

³⁵⁷ “Art. 134 - Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria: Pena - detenção, de seis meses a dois anos. § 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - detenção, de um a três anos. § 2º - Se resulta a morte: Pena - detenção, de dois a seis anos”. BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Portal da Legislação**, Brasília, DF, 07 dez. 1940.

De outro lado, segundo a proposta pragmática de VIVES, como regra, o significado é *lido* de forma independente da finalidade do sujeito, de modo a extrair o *sentido* do comportamento não com apoio em inacessíveis estados mentais do indivíduo, mas em elementos externos, no seu modo de vida, nas regras sociais intersubjetivamente compartilhadas e que determinam os diferentes jogos de linguagem que pautam a nossa atuação no mundo da vida.³⁵⁸

Com efeito, o significado não pode ser apreendido de *dentro* para *fora*, como sustenta a doutrina dominante; ao contrário disso, a expressão de sentido deriva de uma atribuição, isto é, vem de fora a dentro, de modo que a intenção do autor vem expressada pela sua própria ação,³⁵⁹ pelos diferentes jogos de linguagem que podem ser adscritos à sua atuação e ao qual ele próprio adere quando busca transmitir o sentido do seu comportamento. Assim exemplifica WITTGENSTEIN

Se me envergonho do incidente, envergonho-me de tudo: das palavras, do tom venenoso, etc. Não me envergonho do que fiz naquela ocasião, mas da intenção que tive. E a intenção não se achava também naquilo que eu fazia? O que é que justifica a vergonha? Toda a história do incidente.³⁶⁰

Esta sugestão nos obriga a esboçar uma reconstrução das noções de interno e externo, de subjetivo e objetivo, a partir da compreensão do *contexto de atuação*.³⁶¹

³⁵⁸ “(...) a determinação do significado – isto é, da ação que se realiza – não depende da intenção que poderia ser atribuída ao sujeito, uma vez que o ‘ser-sobre-objetos’ de sua ação – sua intencionalidade – não se constitui subjetivamente, mas de modo objetivo, em virtude de convenções – costumes, hábitos ou normas – que a definem. A intencionalidade das ações – do mesmo modo que a das palavras – é contextual, social e histórica: pressupõe a intenção subjetiva, ou talvez seria melhor dizer, a possibilidade de atribuição de intenções ao sujeito; mas não se atém aos seus conteúdos”. VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** Op. Cit. p. 175.

³⁵⁹ “(...) para determinar se uma determinada ação é ou não intencional, devemos atender, não a processos mentais in verificáveis, a sentimentos ou desejos, mas sim na ação realizada coloca-se de manifesto um compromisso de atuar do autor.

Esse compromisso não é senão a transcrição da relação que une a intenção ao seu objeto (ação) com a ‘dureza do dever ser lógico’.

Desta forma, a intenção, inatingível como um processo psicológico, é mostrada em uma dupla dimensão normativa.

Primeiro, nas regras que a identificam e tornam possível e conhecível; e, em segundo lugar, na relação entre o autor e a ação: através do significado de seus atos, das competências que lhe podem ser atribuídas e do arcabouço de estados intencionais que se plasmam em sua vida, imputamos – ou não – uma certa intenção ao autor”. VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** Op. Cit. p. 183.

³⁶⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas...** Op. Cit. p. 221.

³⁶¹ “A significação das palavras deve levar em conta o contexto, pois a linguagem vem entrelaçada por uma totalidade de práticas, inclusive aquelas não-linguísticas (...). Ao referir-se então ao termo jogo de linguagem, pretende demonstrar que, em diversos contextos, seguem-se diferentes regras de orientação distintas, que seriam como trilhos para sabermos nos guiar. A linguagem ordinária possui função no jogo em que está associada e, portanto, uma mesma palavra pode possuir vários

Isso atende, ademais, ao inolvidável fato de que o instrumental prático oferecido pelo Direito não nos permite aceder a qualquer forma de conhecimento *intencional* das pessoas enquanto parte de um *estado mental*. Não é possível ter acesso direto às intenções de quem pratica uma ação, senão, ao contrário disso, apenas indiretamente, pela verificação *contextual* da ação praticada. A intenção, deste modo, está veiculada na própria ação. Embora este não seja o objeto do presente trabalho, para atender a esses objetivos, o *dolo* também deve ser repensado levando-se em conta as suas manifestações externas.³⁶²

Com efeito, o sistema de imputação jurídico-penal se ocupa de valorar a intenção somente a partir do que se pratica. E, no ponto, VIVES segue às preocupações do segundo WITTGENSTEIN, como enfatizado por LÉO PERUZZO JR.:

Uma análise feita sobre *Investigações*, especialmente na Segunda Parte, permite dela extrair alguns elementos que são constituintes para a compreensão da noção de interior. Estes elementos mostram que é possível compreender o deslocamento que retira o uso da palavra interior, por exemplo, do seu emprego da linguagem ordinária, cotidiana. Dessa forma, se a atividade mental acompanha as atividades linguísticas ordinárias, o problema do interior para Wittgenstein passa a estar localizado na sua exteriorização. Seguindo este raciocínio, somos levados a preocupação de que a linguagem deve acontecer por meio de regras e critérios públicos, pois, do contrário, a falta de regularidade no discurso não permitiria a possibilidade de compreensão.³⁶³

Essa tendência à objetivação da intenção, no entanto, não exclui a possibilidade de haver *momentos “subjetivos”* compreendidos excepcionalmente no próprio conteúdo do tipo de ação. Por exemplo, não é a simples reunião de pessoas que possibilitará que aos membros de uma organização seja imputado o tipo de ação de associação criminosa. Segundo o que diz o artigo 288 do Código Penal, é necessário comprovar que havia uma orientação desta reunião de pessoas no sentido de que, no futuro, ações criminosas serão praticadas. Essa exigência de um elemento

significados, dependendo do jogo no qual ela está sendo empregada”. PERUZZO JÚNIOR, Léo. **Wittgenstein**: o interior em uma concepção pragmática. Curitiba: CRV, 2011. p. 55.

³⁶² O que já foi feito em VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...Op. Cit.** p. 125-143; MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Los elementos subjetivos em la antijuridicidad**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021 [libro eletrônico]; CABRAL, Rodrigo L. F. **Dolo e linguagem**. Rumo a uma nova gramática do dolo a partir da filosofia da linguagem. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 179 e ss.

³⁶³ PERUZZO JÚNIOR, Léo. **Wittgenstein... Op. Cit.** p. 47.

subjetivo no tipo de ação ocorre, porém, de modo excepcional, limitando-se às hipóteses em que o tipo preveja alguma forma de *especial fim de agir*.³⁶⁴

A inclusão deste *especial fim* não desnatura o que foi dito até então a respeito do conteúdo do tipo de ação. Ao contrário disso, a razão para esta inclusão atende aos reclamos da pretensão de relevância que a norma pretende oferecer frente à ação para legitimar a intervenção penal. Segundo o que foi dito, a função desempenhada pelo tipo de ação se limita a identificar os “*pressupostos objetivos da ação punível que cumprem uma função de definição da classe de ação de que se trata*”.³⁶⁵ Nesta linha, a compreensão do sentido de uma ação homicida, como regra, não necessita de uma avaliação da especial a respeito da *intenção* do autor para que possamos identificar que estamos diante de um tipo de ação de homicídio. Entretanto, em alguns tipos de ação, para que possam ter a sua relevância normativa afirmada, carecem do exame da *intencionalidade* do sujeito. VIVES assim o exemplifica

Tal é, por exemplo, *mentir* (tipo de ação relevante, por exemplo, para o crime de falso testemunho). ‘Mentir consiste em conhecer o verdadeiro e dizer intencionalmente o falso’. Então, aqui a intenção desempenha um papel definidor e, portanto, pertence ao tipo de ação.³⁶⁶

Isso não exclui o fato de que o tipo de ação seja desenvolvido em um único plano linear, constituído de todos os elementos objetivos e normativos necessários para identificar a ação de que se trata. Opõe-se, pois, às concepções que atribuem ao tipo dois planos distintos – um objetivo e outro subjetivo.

Deste modo, todos os comumente denominados elementos subjetivos do injusto ou elementos subjetivos da antijuridicidade que não se identificam com o dolo, porque servem para bem delimitar o significado da ação, estão incorporados ao tipo enquanto *elementos subjetivos do tipo de ação*.³⁶⁷

E esse especial fim de agir está inquestionavelmente presente no tipo de ação de associação criminosa. Para reconhecê-lo, basta acudir à descrição típica que se serviu o legislador para proibir o sobredito delito associativo: “*Associarem-se 3 (três)*

³⁶⁴ Amplamente, em MATOS, Renato. **Crimes associativos**. Sociedades e organizações criminosas. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 75-81.

³⁶⁵ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal**...*Op. Cit.* p. 215 – destaques no original.

³⁶⁶ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal**...*Op. Cit.* p. 216.

³⁶⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**... *Op. Cit.* p. 266-271.

ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes". O fim específico ao qual o legislador aludiu pretende permitir a compreensão da classe de associação à qual pode ser qualificada como ilícita ou criminosa. Deste modo

O que converte em criminosa uma associação é o seu objetivo, a sua orientação à comissão de delitos dolosos³⁶⁸, sem que a lei faça qualquer distinção com relação à qualidade ou gravidade de tais fatos; estão incluídos, portanto, não apenas os delitos contra a segurança pública, mas qualquer outro delito.³⁶⁹

Com isso, para definir estar-se diante de uma associação criminosa é especialmente importante atentar para a orientação que justificou a sua própria formação. Diferentemente do dolo, que, no caso do delito em testilha, limitar-se-ia a assinalar que o autor atuou comprometido para com a exposição a perigo abstrato ao bem jurídico "paz pública", o especial fim de agir, por outro lado, procura *especificar* que o tipo de ação é adequado porque concorre em face de um determinado contexto de sentido. Por isso, o especial fim de agir está enraizado na pretensão conceitual de relevância.³⁷⁰

A identificação do especial fim de agir da associação criminosa é de especial importância, por exemplo, para a adequação típica de delitos empresariais. Pela sua própria natureza, a atividade empresarial demanda uma certa conjugação de esforços de várias pessoas para atingir finalidades de caráter econômico, ou não. A finalidade da sua constituição é, como regra, *ilícita*. Ao contrário disso, segundo o texto legal, a associação criminosa exige a reunião de pessoas para fins de praticar ilícitos penais correspondentes a crimes, isto é, a uma constituição *ilícita*.

³⁶⁸ A lei brasileira não exige expressamente que os delitos praticados para o fim da associação criminosa o sejam dolosamente, ainda que seja de difícil compreensão que uma associação tenha sido constituída *para o fim de* praticar delitos imprudentes. Neste sentido, SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal**: parte especial. Vol 4: arts. 235 a 311-A do CP. 2ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021. p. 476: "*Observe-se que os crimes visados necessariamente devem ser dolosos. Não revela sentido lógico o propósito de realização de crimes culposos ou preterdolosos, os quais detém resultado naturalístico involuntário*".

³⁶⁹ ZIFFER, Patrícia S. **El delito de asociación ilícita...** Op. Cit. p. 79.

³⁷⁰ "*estes, ao contrário do dolo, não são definidos através de uma valoração e, na verdade, compõem descritivamente a identidade da classe de ação a que nos referimos. Basta ver, por exemplo, que não é possível identificar que se trata de um furto, segundo a previsão do art. 155 do Código Penal brasileiro, sem o ânimo de assenhoramento definitivo descrito pela expressão para si ou para outrem. Assim, essa expressão há de compor, assim como todo e qualquer elemento subjetivo diverso do dolo e da imprudência, a parte descritiva do tipo, o tipo formal, ou a pretensão conceitual de relevância*". BUSATO, Paulo C. **Direito penal**: parte geral... Op. Cit. p. 237-238 – destaques no original.

A partir disso, haverá grande dificuldade³⁷¹ para imputar este tipo de ação nas hipóteses em que uma empresa regularmente constituída pratique sonegação fiscal, ilícitos ambientais ou licitatórios.³⁷² Ainda que diversas pessoas sob uma mesma pessoa jurídica – e, portanto, de modo estável e hierarquicamente organizado – pratiquem diversas vezes os aludidos delitos, estando ela em regular atividade, alguns doutrinadores³⁷³ não veem como alternativa viável a atribuição de uma associação criminosa em concurso aos demais delitos. Para fazê-lo, sugerem que o intérprete deverá deixar claro o propósito da prática de delitos diversos, de modo contrário ao estatuto que lhe deu existência jurídica. Em suma, “*a comissão de delitos tem que ser o fim próprio da associação*”.³⁷⁴

Segundo esta posição, a responsabilidade individual, longe da associação criminosa, deverá girar em torno de uma argumentação sobre o concurso *eventual* de pessoas, ou seja, da possibilidade de *imputar reciprocamente* as ações como obra do concerto entre autores, de modo a constatar a coautoria³⁷⁵; ou da possibilidade de *imputar individualmente* tais práticas, bem identificando o *homem de trás*, de modo a reconhecer autora mediata;³⁷⁶ e/ou, por fim, da identificação de auxílio material ou moral, de modo a reconhecer haver cumplicidade e instigação entre autores e partícipes, nos termos da teoria da participação.³⁷⁷

Isso, porém, não é pacífico. FIGUEIREDO DIAS,³⁷⁸ por exemplo, discorda desta posição. Argumenta o autor lusitano que o propósito de direção à prática de crimes pode surgir no ato da constituição da associação ou sobrevir como um desvio de finalidade de uma associação legalmente constituída. Não se pode exigir sequer a efetiva realização dos delitos planejados, bastando que a associação se proponha a realizá-los. O objetivo delitivo não necessariamente precisará ser o único escopo, nem

³⁷¹ Dificuldades já constatada por ESTELLITA, Heloísa; GRECO, Luís. ‘Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado’. In: **Direito e processo penal: parte especial (coleção doutrinas essenciais)**. Org. Gustavo Badaró. Vol. 03, pp. 1073-1090, São Paulo: RT, 2015.

³⁷² Neste sentido: SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal: parte especial**. Vol 4: arts. 235 a 311-A do CP. 2ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021. p. 472.

³⁷³ Por exemplo, ZIFFER, Patricia S. **El delito de asociación ilícita...** *Op. Cit.* p. 79.

³⁷⁴ ZIFFER, Patricia S. **El delito de asociación ilícita...** *Op. Cit.* p. 79.

³⁷⁵ Sobre o tema, ROXIN, Claus. **Täterschaft und tatherrschaft...** *Op. Cit.* p. 277-282, para quem a coautoria exige que se impute reciprocamente o tipo de ação a todos os coautores, desde que todos tenham atuado de modo relevante na fase executória do delito.

³⁷⁶ ROXIN, Claus. **Täterschaft und tatherrschaft...** *Op. Cit.* p. 142 e ss.

³⁷⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal...** *Op. Cit.* p. 386 e ss.

³⁷⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **As «associações criminosas» no código penal português de 1982 (arts. 287º e 288º)...** *Op. Cit.* p. 62 e ss.

sequer o fim último ou o principal da associação, podendo surgir como acessório ou acidental.

É certo que isso dificulta a análise da conduta praticada em âmbito empresarial. Ainda, essa conclusão faz com que, na prática, *todo e qualquer* delito praticado neste âmbito atraia a atenção do tipo de ação da associação criminosa. Não importando o modo como tenha sido praticado, um delito de sonegação fiscal em âmbito empresarial contará com o auxílio, por exemplo, de subordinados, da gerência, da chefia e de contadores. Como regra, admite-se como possível a imputação de associação criminosa nas hipóteses em que uma reunião de pessoas tenha sido regularmente constituída.

Vale assinalar, ademais, que isso pode gerar outros problemas em outros momentos da pretensão de validade da norma. Parece correto afirmar que os delitos de concurso necessário – como a associação criminosa – exigem alguma dose de unidade de desígnios entre os autores, tal qual a modalidade de concurso eventual. E se isso é assim, será possível que algum dos autores – para usar do exemplo anterior, dos subordinados, da gerência, da chefia, de contadores ou estagiários – encontrem-se em erro, porquanto ausente a unidade de desígnios que caracteriza essa figura delitiva. Em outros termos, a unidade de desígnios relacionados ao especial fim de agir, muitas vezes ignorada neste meio, surge como um dado relevante para a adscrição do comportamento típico.

Para além disso, também é importante adicionar ao tema que alguns penalistas, como CARLOS CREUS e RENATO MATOS³⁷⁹ argumentam que é fundamental que a associação esteja orientada à prática de “delitos indeterminados” e com uma “pluralidade de planos delitivos”. Afirma-se que essa providência busca distinguir o delito de associação criminosa do concurso *eventual* de pessoas praticadas em reiteração.

³⁷⁹ Carlos Creus afirma: “*não se trata de que os membros saibam quais delitos serão praticados, mas que mantenham em perspectiva uma pluralidade de fins delitivos que não se esgotem com a concreção de um ou vários fatos*”. In **Derecho Penal**. Parte Especial. 6ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1999. p. 110. Também Renato Matos, para quem: “*nos delitos associativos, vale dizer, há um ponto semelhante quanto ao elemento subjetivo especial: todos se referem a uma finalidade de cometimento de uma série indeterminada de delitos, com exceção do crime de associação para o tráfico (art. 35, caput, da Lei nº 11.343/06), que pode se configurar com a finalidade de prática não reiterada dos crimes previstos nos arts. 33, caput e §1º, e 34*”. In **Crimes Associativos... Op. Cit.** p. 76-77.

Para PATRÍCIA ZIFFER, contudo, esta não é a melhor solução. Segundo a autora, a configuração do especial fim de agir deve ser realizada da perspectiva de que os crimes sejam “independentes entre si”, e não indeterminados, de modo que se evidencie haver uma “pluralidade de planos delitivos”. Isso porque

(...) o decisivo é que não se trata do acordo para um delito determinado, o que é característico do concurso de pessoas (“*participación*”), mas que exista uma “unidade de acordo e pluralidade de contextos delitivos” a realizar sucessivamente, situação que se distingue da reiteração de atividades delitivas cometidas em participação pelos mesmos intervenientes.³⁸⁰

Sem embargo, para a autora, a demonstração deste especial fim de agir faz emergir como necessário “*ao menos algum contexto de planejamento suficientemente concreto e determinado para que se possa falar de ‘delito’*”,³⁸¹ sendo “*indiferente, por certo, que se trate sempre da mesma ‘classe’ de delitos*”³⁸². Com efeito “*poderá haver uma associação ilícita cujo objeto constatem seja o roubo de automóveis, ou diferentes delitos, segundo se vá elaborando a vontade social de forma mais ou menos improvisada*”.³⁸³

Na literatura nacional, JOSÉ LAFAIETI BARBOSA TOURINHO está de acordo com essas conclusões, destacando que Lei brasileira não exige uma orientação da associação a crimes *indeterminados*, apenas enunciando que os delitos planejados devem ser *plurais*. Para o autor,

Na análise do caso concreto, pode se ter configurado o crime de quadrilha ou bando na hipótese de objetivo de prática de crimes indeterminados, ou quando exista um programa criminoso bem definido, para a prática de mais de um crime, desde que presentes os demais requisitos exigidos pelo tipo, a afastar a hipótese de mero concurso de agentes.³⁸⁴

ANTONIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA, ademais, oferece uma leitura radicalmente distinta deste elemento do tipo. Para o autor, não se trata de qualquer especial fim de agir daquele que se associa, mas de um elemento normativo do tipo

³⁸⁰ ZIFFER, Patricia. **El delito de asociación ilícita...** *Op. Cit.* p. 80. Com isso também está de acordo NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal – Parte Especial...** *Op. Cit.* p. 91, para quem o tipo exige a prática de “vários crimes”, pela “multiplicidade de planos”, e não de crimes “indeterminados”.

³⁸¹ ZIFFER, Patricia. **El delito de asociación ilícita...** *Op. Cit.* p. 80.

³⁸² ZIFFER, Patricia. **El delito de asociación ilícita...** *Op. Cit.* p. 80.

³⁸³ ZIFFER, Patricia. **El delito de asociación ilícita...** *Op. Cit.* p. 80.

³⁸⁴ TOURINHO, José Lafaieti Barbosa. **Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas.** 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 41.

que diz respeito à própria associação enquanto instituição. Deste modo, em sua monografia, na qual examinou detidamente o sentido do tipo “associações ilícitas”, no Código Penal espanhol de 1944 (com as reformas de 1963, 1967 e 1971), GARCIA-PABLOS identifica o “objeto de cometer algum delito” como uma finalidade que deve estar presente no programa da própria associação.³⁸⁵ Isso se diferencia do “propósito delitivo” dos membros individuais da associação, o que o faz concluir, em acordo com a jurisprudência espanhola da época, que “*carece de relevância que o afiliado ‘aprove’ ou ‘não aprove’ os fins sociais*” da associação ilícita, “*porque estes se configuran independentemente da aceitação do sócio singular*”.³⁸⁶ Disso o autor extrai algumas consequências

Em primeiro lugar que se a associação não tiver por objeto cometer a comissão de algum delito, o comportamento de quem se afilia à mesma, ou a funda, ou a preside ou a dirige, não é “típico”, ainda que assim houvesse levado a cabo com o “propósito para delinquir”: associar-se “para delinquir” é uma conduta atípica se a associação – prescindindo do ânimo do sócio não tem “por objeto” cometer algum delito (...)

Em segundo lugar, dado que o “objeto” de “cometer algum delito” é uma referência à “associação” e não ao sócio, é óbvio que não estamos na presença de um “elemento subjetivo do injusto”, - com todas as suas consequências. O “tipo” se realizada, portanto, se se toma parte, como mero indivíduo (se funda, dirige ou preside), em uma associação que “tem por objeto cometer algum delito”, ainda que quem se afilie não se afilie para delinquir”: o propósito, móvil ou intenção é “irrelevante” se a associação tinha por “objeto” delinquir. À problemática da culpabilidade [o autor refere-se, aqui, ao dolo e à imprudência] interessa, evidentemente se o sócio conhecia ou não o sobredito objeto criminoso da associação.³⁸⁷

Esta leitura, no entanto, encontrará dificuldades para expressar o sentido do texto do Código Penal brasileiro. Como foi discutido alhures, o tipo de ação de associação criminosa, tal qual previsto no artigo 288 do Código Penal, proíbe que três ou mais pessoas se associem para o fim específico de cometer crimes. Com esta redação, o tipo parece aludir, especificamente, às pessoas que estão associadas.

Ademais, na linha do argumento em torno dos delitos empresariais, a linha de raciocínio de GARCÍA-PABLOS admitiria a imputação do tipo de ação a todos aqueles

³⁸⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **La asociación para delinquir**. Tesis doctoral. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. 1975. p. 243.

³⁸⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **La asociación para delinquir...** *Op. Cit.* p. 243-244.

³⁸⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **La asociación para delinquir...** *Op. Cit.* p. 244-245 – adaptação nossa.

que estejam vinculados de alguma forma à pessoa jurídica que induziu a associação. Já que o fim específico de praticar crimes diz respeito à própria associação enquanto instituição e não aos seus membros. A questão da responsabilidade penal destes, a seu turno, ficaria relegada à presença, ou não, do dolo de associarem-se.

Suponha-se, por exemplo, que uma pessoa jurídica esteja praticando recorrentemente delitos de sonegação fiscal. Seguindo a linha de raciocínio de GARCÍA-PABLOS, seria possível imputar a um estagiário recém-admitido a prática do tipo de ação de associação criminosa, já que ele teria sido contratado no contexto de uma empresa que, desvirtuando-se dos seus fins, estaria a praticar recorrentes infrações penais. No contexto de um processo criminal, ainda segundo os pressupostos dogmáticos de que parte GARCIA-PABLOS, eventual absolvição só seria examinada no âmbito culpabilidade, pela possível inexistência de dolo de associar-se por parte do estagiário.

Essa crítica também não pode ser contornada a partir da proposta de LUCAS MONTENEGRO, isto é, de proibir as associações criminosas porque são elas “agentes coletivos ilícitos” (“*Unrechtsperson*”), já que, assim, estar-se-ia punindo a associação pela sua mera existência e não pelo que foi praticado.³⁸⁸

Em suma, a caracterização da pretensão conceitual de relevância exige a configuração do especial fim de agir por aqueles que se associam. Este elemento é o responsável por expressar o *sentido* do tipo correspondente, de modo que deve estar já inscrito no tipo de ação. A sua constatação, por outro lado, é fruto de um intenso debate entre aqueles que partem de uma concepção de intenção como correspondente a um estado mental e aqueles que buscam o seu sentido no contexto em que o fato se desenvolve.

Exige-se, portanto, que a associação esteja orientada à prática de dois ou mais delitos independentes entre si, o que significa dizer que deve haver uma pluralidade de planos delitivos oriundos da existência da associação. Sem isso, a imputação do tipo em testilha torna-se extremamente dificultosa, quando não, impossibilitada.

Vale acentuar, por fim, que o simples *fato* de pertencer à associação criminosa não pode ser um dado suficiente para atribuir eventuais delitos praticados pela

³⁸⁸ Sobre o tema: MONTENEGRO, Lucas. Die Kriminell Vereinigung als Unrechtsperson: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von § 129 II StGB... *Op. Cit.* p. 497 e ss.

associação aos seus membros. Cuida-se de uma exigência de *orientação* da associação à comissão de delitos, o que “*não basta para configurar a participação nos crimes dela derivados. São conexões subjetivas absolutamente independentes e devem ser demonstradas separadamente*”.³⁸⁹

Superado, em parte, o ponto em torno da pretensão conceitual de relevância, cumpre avançar para a questão em torno da pretensão de ofensividade, com o exame do bem jurídico justificador da intervenção penal e da legitimidade da criminalização no estágio prévio à lesão ou exposição à perigo de um bem jurídico.

3.4 O DEBATE SOBRE O BEM JURÍDICO DO TIPO DO ARTIGO 288

A literatura penal vem tentando justificar a incriminação associativa a partir de distintos pontos de apoio. Em alguns deles, busca-se identificar o bem jurídico atrelando-o aos bens de natureza supraindividuais. Em outras, as justificativas passam por propostas de identificação de bens jurídicos individuais ou mesmo por destacar como fundamento da incriminação o exercício abusivo de um direito. Todas essas perspectivas serão abaixo examinadas.

3.4.1 Os bens jurídicos supraindividuais enquanto fundamento da pretensão de ofensividade

Em termos topográficos, o Código Penal brasileiro identifica a *paz pública* como o bem jurídico que justifica a punição pela reunião dos membros enquanto uma associação criminosa.

Ao lado dos delitos de incitação ao crime (artigo 286), de apologia de crime ou de criminoso (artigo 287) e de constituição de milícia privada (artigo 289), todos crimes formais e de perigo, o legislador teria incluído a associação criminosa enquanto conduta apta a oferecer perigo presumido de lesão à paz pública.

Embora o termo *paz pública* seja considerado demasiadamente vago e indeterminado,³⁹⁰ alguns autores afirmam que essa expressão pode ser tida como

³⁸⁹ BUSATO, Paulo C. **Direito penal**: Parte Especial... *Op. Cit.* p. 295.

³⁹⁰ Informa Patrícia Ziffer que “*a doutrina alemã dominante considera que o §129 StGB tende a proteger a segurança e a ordem públicas, em particular sob o aspecto da paz pública*”. ZIFFER, Patrícia. **El delito de Asociación ilícita**... *Op. Cit.* p. 37.

uma simples espécie de um bem mais amplo e abrangente, isto é, de *ordem pública* - ainda que o conteúdo dessa expressão igualmente não resolva os problemas de abstração e indeterminação, como a nossa própria experiência jurídico-processual já constatou.³⁹¹

Dentre outros penalistas, VIVES não concorda com esta equivalência semântica entre os conceitos. Para ele, a ordem pública representa o funcionamento regular da “*ordem externa e material da convivência cidadã*”,³⁹² ao passo que a paz pública não exigiria qualquer referência a um tal funcionamento regular. Antes, define-a enquanto “tranquilidade”, “sossego” ou “boa correspondência de uns cidadãos para com os outros”, de modo que seria um bem jurídico que se opõe à guerra, às rinhadas e a dissensos, mas não à desordem”.³⁹³

Segundo o autor,³⁹⁴ esta confusão entre paz e ordem públicas provoca uma distorção na interpretação do tipo incriminador, porquanto é possível que se castiguem condutas irrelevantes desde o ponto de vista da paz pública, mas que, ao contrário, seriam capazes de produzir uma alteração considerável à ordem pública.

De acordo com isso, GONZALO QUINTERO OLIVARES afirma que a “*paz pública é, pois, um estado de calma ou tranquilidade sobre a qual os cidadãos percebem a possibilidade de exercer os seus direitos e a ausência de pressões que turbem o seu exercício*”.³⁹⁵ De outro lado, a ordem pública se apresenta como um quadro de regras mínimas para que o programa constitucional de direitos e liberdades possa ser desenvolvido.³⁹⁶

Há quem, como MARCUS ALAN DE MELO GOMES,³⁹⁷ considere estéril essa discussão terminológica. Ao contrário disso, o autor concorda com CEZAR ROBERTO BITENCOURT e propõe que o conceito de paz pública encontra uma cisão de sentidos

³⁹¹ Ao fazer referência à ordem pública como motivo bastante para afirmar o *periculum libertatis* do acusado, o artigo 312 do Código de Processo Penal, o legislador não esclareceu o conteúdo da disposição. Isso tem gerado problemas interpretativos com os quais a doutrina tem discutido há décadas.

³⁹² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; *et al. Derecho penal*: parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. p. 168

³⁹³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; *et al. Derecho penal... Op. Cit.* p. 168.

³⁹⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; *et al. Derecho penal... Op. Cit.* p. 168

³⁹⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Derecho de manifestación y desórdenes públicos. In CUERDA ARNAU, María Luisa; GARCÍA AMADO, Juan Antonio. (dir.) **Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. p. 148.

³⁹⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Derecho de manifestación y desórdenes públicos... *Op. Cit.* p. 148

³⁹⁷ GOMES, Marcus Alan de Melo. **Organizações e associações criminosas...** *Op. Cit.* p. 64-65.

que, esta sim, seria apta a demonstrar a extensão da tutela oferecida. Haveria um sentido *objetivo* da paz pública que corresponderia à noção de *ordem social*. De outro lado, o sentido *subjetivo* representaria o “*sentimento coletivo de confiança na ordem jurídica*”,³⁹⁸ de modo que a ordem jurídico-penal estaria preocupada em assegurar esta segunda dimensão. Afirma o autor, outrossim, que

Tratar-se ia, então, de um bem jurídico, em certa medida, intangível, descorporificado, e cuja detecção depende mais de percepção do que de descrição. A afetação da paz pública coletiva se daria em proporções correspondentes ao incremento da sensação de insegurança pública (...).³⁹⁹

No entanto, segundo a interpretação corrente na literatura,⁴⁰⁰ entende-se que este bem jurídico seria uma violação ao “*sentimento coletivo de paz que a ordem jurídica assegura*”. Sob esta rubrica são organizados os delitos que provocam uma espécie de “*alarma social*” que desestabiliza a convivência pacífica entre os indivíduos.⁴⁰¹ Em adição a este raciocínio, FIGUEIREDO DIAS afirma que a tutela da paz pública carrega consigo o sentido de uma preservação das condições mínimas sócio-existenciais, sem as quais se tornaria problemática a possibilidade de um “ser-com-outros” atuantes e sem entraves em uma sociedade funcional.⁴⁰²

E para proporcionar essa preservação, o legislador operaria desde uma lógica antecipatória, criando obstáculos à realização de infrações penais – daí porque, para alguns, seria um *crime obstáculo*⁴⁰³ – de modo a evitar a realização de fatos criminosos concretos.

Desde esta perspectiva, o legislador se valeu de um bem jurídico supraindividual geral e que, no caso da associação criminosa, pode ser exposto a perigo abstrato, isto é, “*a um perigo de perturbação que só por si viola a paz*

³⁹⁸ GOMES, Marcus Alan de Melo. **Organizações e associações criminosas...** *Op. Cit.* p. 64-65.

³⁹⁹ GOMES, Marcus Alan de Melo. **Organizações e associações criminosas...** *Op. Cit.* p. 65

⁴⁰⁰ Neste sentido, TOURINHO, José Lafaieti Barbosa. **Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas...** *Op. Cit.* p. 26-27.

⁴⁰¹ SOUZA, Luciano A. **Direito penal: parte especial**, 2ª ed. v. 4... *Op. Cit.* p. 446.

⁴⁰² DIAS, Jorge de F. **As «associações criminosas» no código penal português de 1982 (arts. 287º e 288º)**... *Op. Cit.* p. 26. Com esta definição está de acordo Juan Bustos Ramírez, para quem por “*ordem pública deve-se entender como a tranquilidade das manifestações coletivas da vida socio-política em conformidade à organização social existente. Daí que a sua afetação também repercute na segurança do Estado, ainda que também possam se produzir convergências com a segurança comum e, portanto, darem-se casos de concurso ideal ou de consunção*”. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Derecho penal: parte especial**. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1991. p. 409 – adaptação nossa.

⁴⁰³ Contra, PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática...** *Op. Cit.* p. 72.

pública".⁴⁰⁴ Isso porque, segundo assere ADOLF MERKEL, o que "o Estado combate é, antes de tudo, o perigo que vê nelas [nas associações ilícitas] para a atividade do Poder Público existente e, portanto, o perigo para a ordem vigente e para a paz pública".⁴⁰⁵

Neste caso, segundo CANCIO MELIÁ,⁴⁰⁶ não estaríamos apenas diante de um bem jurídico meramente espiritualizado e sem qualquer definição da "objetividade jurídica", senão que, todo o oposto, seria a paz pública um bem jurídico abstrato precisamente identificado. Carregaria em seu núcleo conceitual ideias como a "segurança pública", ou a "segurança pública interior" ou mesmo a mais ampla perspectiva da "segurança pública e a ordem estatal".⁴⁰⁷ Ao que parece, estes termos fazem referência a alguma sorte de percepção social, uma sensação ou um sentimento de segurança jurídica pela coletividade e que a incriminação buscaria tutelar.

Desse modo, essa sensação social de insegurança estaria na raiz da própria estrutura do tipo, que pretende "prevenir" abalos sociais relevantes, razão pela qual a coletividade estaria exposta a um perigo presumido pelo legislador. Segundo FIGUEIREDO DIAS, o motivo pelo qual o legislador optou por estruturar dos delitos associativos segundo a lógica no perigo abstrato está na

mera *existência* de associações destinadas à prática de crimes, ligada à dinâmica própria que lhes é inerente, [que] põe irremissivelmente em causa o sentimento de paz que a ordem jurídica visa criar nos seus destinatários e a crença na manutenção daquela paz a que os cidadãos têm direito, substituindo-os por um nocivo sentimento de receio generalizado e de medo do crime.⁴⁰⁸

Desde um ponto de vista *substancialista*, GABRIEL HABIB⁴⁰⁹ oferece duras críticas e considera o bem jurídico "paz pública" (da mesma forma as suas variações, como a ordem pública, a paz jurídica e a segurança pública) algo demasiadamente

⁴⁰⁴ DIAS, Jorge de F. **As «associações criminosas» no código penal português de 1982 (arts. 287º e 288º)**... *Op. Cit.* p. 27.

⁴⁰⁵ MERKEL, Adolf. **Derecho penal**. Parte Especial. t. 2, trad. P. Dourado. Madrid: La España Moderna, [1910?], p. 165.

⁴⁰⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado... *Op. Cit.* p. 42 e ss.

⁴⁰⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado... *Op. Cit.* p. 42 e ss.

⁴⁰⁸ DIAS, Jorge de F. **As «associações criminosas» no código penal português de 1982 (arts. 287º e 288º)**... *Op. Cit.* p. 27.

⁴⁰⁹ HABIB, Gabriel. **Associação criminosa**... *Op. Cit.* p. 65 e ss.

indeterminado. Segundo o seu argumento, não haveria como constatar empiricamente se a incriminação logrou alcançar o objeto tutelado pelo sistema de imputação. Com a aceitação de uma tal indeterminação, o autor vaticina que seria plenamente possível conceber a definição de condutas sem qualquer lesividade, de modo arbitrário pelo legislador.

Neste mesmo sentido, MARCUS ALAN DE MELO GOMES considera a paz pública uma espécie de “*sinestesia intátil*”, isto é, um bem sem qualquer possibilidade de delimitação externa. A partir disso, o autor questiona “*Um valor tão etéreo como uma sensação coletiva pode constituir um bem jurídico? Como identificá-la no caso concreto? Como conhecer sua intensidade para saber da dimensão de sua afetação típica?*”⁴¹⁰

No campo hipotético, conferir a possibilidade de criar ilimitados e distintos bens jurídicos com o objetivo de proteger a segurança pública poderia acarretar um efeito contrário, na medida em que, a partir de novas tipificações, mais criminalizados seriam por elas abarcados, o que geraria mais punições e, invariavelmente, mais reincidência. Em outros termos, um tal valor indeterminado faria com que “*aquilo que deveria ser instrumento de redução de comportamentos indesejados (a ameaça penal) torn[e]-se o motor do próprio agigantamento*”⁴¹¹. Este ciclo, de seu turno, desaguaria em maior sensação de insegurança⁴¹² e demandaria a elaboração de novas incriminações com o mesmo objetivo de tutelar a paz pública.

HABIB⁴¹³ ainda avalia que toda e qualquer conduta delitiva é capaz de infringir a ordem pública e a coletividade, na medida em que o Estado é sempre um dos sujeitos passivos de qualquer delito. Sendo assim, a ocorrência de qualquer delito colocaria em risco a ordem pública garantida pelo Estado.

Com esses argumentos não está de acordo FIGUEIREDO DIAS, para quem há um “substrato irrenunciável” na criminalização dessas associações, o qual se liga invariavelmente à tutela do que chama de “paz jurídica”. Trata-se da “*altíssima perigosidade desta espécie de associações, derivada do forte poder de ameaça da*

⁴¹⁰ GOMES, Marcus Alan de Melo. **Organizações e associações criminosas...** *Op. Cit.* p. 65.

⁴¹¹ GOMES, Marcus Alan de Melo. **Organizações e associações criminosas...** *Op. Cit.* p. 65-66.

⁴¹² HABIB, Gabriel. **Associação criminosas...** *Op. Cit.* p. 65 e ss.

⁴¹³ HABIB, Gabriel. **Associação criminosas...** *Op. Cit.* p. 65 e ss.

*organização e dos mútuos estímulos e contra-estímulos (sic) de natureza criminosa que aquela cria nos seus membros”.*⁴¹⁴

O autor português assere que com este argumento será possível, inclusive, realizar uma interpretação restritiva do tipo de ação. Segundo a sua avaliação, não é a mera lógica preventiva que justificaria a criação do tipo legal em questão, mas a própria existência de uma associação voltada à prática de crimes que colocaria em risco a segurança cidadã. Este argumento evita, aliás, que se considere a associação como um delito oriundo do chamado Direito penal moderno, com os seus expedientes de antecipação de barreiras de punibilidade.⁴¹⁵

CLAUS ROXIN assume postura mais radical, pois nega a legitimidade da “paz pública” enquanto bem jurídico coletivo autônomo. O autor a considera uma “*abstração inapreensível*”,⁴¹⁶ de modo a não descrever um bem jurídico de modo suficientemente concreto. Isso porque, afirma, o juízo de tipicidade penal exige que o bem possa ser afetado ou exposto a perigo desde um “valor” suficientemente fundado desde o empírico. Deste modo, para alcançar uma solução racional e convincentemente fundamentada, ROXIN destaca que urge renunciar a vagos conceitos gerais, como a paz pública, para passar a verificar se os preceitos penais pretendem prevenir uma autêntica ameaça à segurança. Essa providência permitiria, *a contrario sensu*, investigar se o tipo em questão limita-se a tutelar sentimentos⁴¹⁷ e constatar que a carência de bem jurídico acaba por resultar em uma intromissão excessiva na liberdade dos cidadãos, o que nulificaria o preceito penal.⁴¹⁸

3.4.2 A antecipação de tutela de bens jurídicos individuais específicos como fundamento da pretensão de ofensividade

⁴¹⁴ DIAS, Jorge de F. **As «associações criminosas» no código penal português de 1982 (arts. 287º e 288º)**... *Op. Cit.* p. 27.

⁴¹⁵ DIAS, Jorge de F. **As «associações criminosas» no código penal português de 1982 (arts. 287º e 288º)**... *Op. Cit.* p. 27-28.

⁴¹⁶ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?... *Op. Cit.* p. 452.

⁴¹⁷ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?... *Op. Cit.* p. 452 – há de se advertir, que o mesmo autor admite a proteção do sentimento de insegurança enquanto bem jurídico legítimo (*Idem*, p. 450).

⁴¹⁸ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?... *Op. Cit.* p. 453.

Em adição à discussão em torno da legitimação material do delito de associação criminosa, alguns autores propõem uma interpretação restritiva do tipo com o propósito de afastar um amplo juízo de adequação típica, sobretudo, em contextos empresariais.⁴¹⁹ Deste modo, os autores que partilham desta opinião procuram na teoria do bem jurídico um aliado capaz de proporcionar a crítica aos delitos associativos e a permitir a citada exegese restritiva.

Neste sentido, constata-se que o bem jurídico coletivo “paz pública” mostra-se insuficiente para bem exercer uma interpretação daquela natureza. LUÍS GRECO e HELOÍSA ESTELLITA consideram a paz pública, inclusive, algo redundante e incapaz de justificar qualquer incriminação autonomamente. Isso porque, segundo explicam, a paz pública não pode ser afetada isoladamente sem que, ao mesmo tempo, tenham sido afetados outros bens jurídicos, comumente de natureza individual.

Concretamente: a paz pública e qualquer das noções assemelhadas só podem ser atingidas por um comportamento que, ao mesmo tempo, coloque em perigo ao menos abstrato outros bens como a vida, a integridade física, a propriedade, a existência ou o funcionamento do estado.⁴²⁰

E se a paz pública não pode ser afetada ainda que abstratamente, é certo que não há desvalor de resultado adicional, se comparada aos demais bens jurídicos afetados pelo mesmo comportamento.

É por isso que sustentam que a associação criminosa tutela os “*bens que poderão vir a ser lesionados pelos delitos fim [sic] da associação*”.⁴²¹ Desta maneira, o tipo de ação em questão não teria um conteúdo próprio ou autônomo, mas seria orientado a uma prevenção de lesões aos bens jurídicos – especialmente individuais – contra os quais a associação pretendia se voltar. Trata-se de uma evidente tese que

⁴¹⁹ É o caso de ESTELLITA, Heloísa; GRECO, Luís. ‘Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado’. In: **Direito e processo penal: parte especial (coleção doutrinas essenciais)**. Org. Gustavo Badaró. Vol. 03, pp. 1073-1090, São Paulo: RT, 2015. p. 1073 e ss. A posição anterior da autora, que seguia no sentido da doutrina dominante, pode ser consultada em Heloísa. **Criminalidade de empresa. Quadrilha e organização criminosa...** *Op. Cit.* p. 15 e ss.

⁴²⁰ ESTELLITA, Heloísa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado... *Op. Cit.* p. 1079-1080.

⁴²¹ ESTELLITA, Heloísa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado... *Op. Cit.* p. 1080.

sustenta a legitimidade da antecipação de tutela penal nos delitos associativos.⁴²² Esclarecem, contudo, que

(...) entender o delito associativo como uma proteção antecipada do bem afetado pelos crimes-fim não significa, contudo, que o delito associativo deve ser absorvido no caso de cometimento do crime fim. Isso porque o perigo que gera o delito associativo não se dirige ao bem concreto que o cometimento de um crime-fim lesiona, e sim a todos os bens da mesma classe, dos quais em geral é titular um número indeterminado de pessoas.⁴²³

Os autores afirmam que a principal vantagem desta abordagem reside no fato de que ela é capaz de melhor definir o *alcance do tipo* de associação criminosa. Isso porque, se os bens jurídicos – vida, patrimônio, sistema financeiro e ordem tributária – já encontram tutela individualizada pelo legislador nos tipos penais respectivos, “*apenas um especial perigo para esses bens justificaria uma antecipação da proibição*”.⁴²⁴

Nesta esteira, os autores encontram na própria *estrutura da organização* o especial perigo justificador da criminalização de atos meramente preparatórios.

Essa estrutura deve levar em conta uma tendência objetiva no sentido da prática de delitos,⁴²⁵ o que, de seu turno, também justificaria a proteção dos mesmos bens uma segunda vez, agora pelo delito organizacional. Esta tendência objetiva reflete uma vontade coletiva, de modo que o cometimento de novos crimes deve ocorrer “*quase que automaticamente*”,⁴²⁶ dispensando esforços para encontrar os

⁴²² Em outro texto, Luís Greco afirmou “*há que reconhecer que a teoria dos bens jurídicos não pode se pronunciar contra os adiantamentos de punibilidade, mas unicamente – se acaso – a favor deles, na medida em que estes tenham uma vinculação com o bem jurídico (por mais distante que o seja)*”. GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach...** *Op. Cit.* p. 262.

⁴²³ ESTELLITA, Heloísa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado... *Op. Cit.* p. 1081. É de se apontar, porém, que os autores parecem confundir o conceito de “bem jurídico” ao de “objeto material”, diferença que já nos debruçamos ao tratar da concepção procedimental de bem jurídico (*Supra*, seção 2.2.2.).

⁴²⁴ ESTELLITA, Heloísa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado... *Op. Cit.* p. 1081-1082.

⁴²⁵ “*Determinante não pode ser o motivo originário da associação – a prática de delitos – no sentido de que só se pudesse considerar uma “quadrilha ou bando” (ou organização criminosa) aquela que se uniu, desde sua origem, para a prática de crimes. Nada impede que pessoas associadas para a prática de condutas lícitas tomem a decisão, em um determinado momento, de manter essa associação agora para fins criminosos, ou mesmo parcialmente criminosos. O aparato organizacional só estará orientado para a prática de delitos, se existir uma estrutura que possibilite a persecução de finalidades criminosas com independência da vontade individual dos membros da organização*”. ESTELLITA, Heloísa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado... *Op. Cit.* p. 1083.

⁴²⁶ ESTELLITA, Heloísa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado... *Op. Cit.* p. 1083.

executores dispostos a cometer os delitos em questão. A tese dos autores pode ser sintetizada no seguinte: “(...) *numa associação criminosa, a decisão quanto ao ‘se’ do cometimento de delitos já foi tomada em momento anterior, o que decide no momento da prática dos crimes-fim diz respeito apenas ao ‘como’.*”⁴²⁷

Com a referência à antecipação de tutela dos bens jurídicos individuais que a associação criminosa pretende afetar, GRECO afasta qualquer consideração a respeito da *paz pública* enquanto bem jurídico coletivo legítimo.⁴²⁸ Para comprová-lo, oferece três regras de reconhecimento da legitimidade de uma incriminação justificada sobre a base de um bem supra-individual:

Um bem jurídico nunca pode ser introduzido sob o único argumento de que, doutro modo, a incriminação seria injustificada (teste da circularidade); bens de uma quantidade indeterminada de pessoas não configuram, só por isso, um novo bem coletivo (teste da distributividade); bens coletivos, uma vez que dotados de um conteúdo autônomo em relação a bens individuais, têm de ser passíveis de afetação com independência da afetação de qualquer bem individual.⁴²⁹

A orientação dos autores tem como ponto de partida a resistência de LUÍS GRECO à admissão de bens jurídicos coletivos de duvidosa justificação autônoma – na dicção do autor, de falsos bens jurídicos coletivos –, como é o caso da *paz pública*. Segundo a sua argumentação, inexistem regras para a postulação de bens jurídicos coletivos legitimamente justificados. Isso leva, segundo afirma, a soluções *ad hoc* aptas a legitimar qualquer proibição. Afirma que “*Basta mencionar conceitos como a ‘segurança pública’ ou a ‘paz jurídica’ e já se harmonizou o tipo problemático com a ideia de proteção de bens jurídicos, já se livrou de qualquer suspeita a extensa antecipação de proibição penal.*”⁴³⁰

Da mesma forma se posiciona LAURA ZUÑIGA RODRIGUES, ao defender uma interpretação de *lege ferenda* e que considera o tipo de ação em questão como desprovido de qualquer ofensividade autônoma. Para a autora, não há um bem

⁴²⁷ ESTELLITA, Heloísa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado... *Op. Cit.* p. 1083.

⁴²⁸ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito... *Op. Cit.* p. 99; GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?... *Op. Cit.* p. 68 e ss.; GRECO, Luís. ‘A criminalização no estágio prévio: um balanço do debate alemão’. In: Frederico Horta (coord.). **Revista do instituto de ciências penais**. Vol. 5, maio. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 23.

⁴²⁹ GRECO, Luís. A criminalização no estágio prévio: um balanço do debate alemão... *Op. Cit.* p. 24.

⁴³⁰ GRECO, Luís. **A modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**... *Op. Cit.* p. 04.

jurídico próprio às associações criminosas. Neste caso, não se está diante de ilícitos contra a ordem pública, contra a tranquilidade pública ou mesmo contra qualquer outro bem supraindividual. Antes, estamos diante de “*um delito destinado a reprimir comportamentos criminógenos, de perigo para outros bens jurídicos*”.⁴³¹ Na verdade, diz ela, tutelam-se “*os bens jurídicos que protegem o resto dos tipos penais da Parte Especial*”.⁴³²

3.4.3 A violação ao monopólio da violência enquanto fundamento da pretensão de ofensividade

Ainda que parta de um ponto de vista algo mais restritivo do que aquele oferecido por LUÍS GRECO e HELOISA ESTELLITA, também CANCIO MELIÁ parece trilhar um caminho similar. Ao longo de sua obra, CANCIO se esforça para objetar a estruturação carente de limitações dos delitos associativos, sobretudo porque, ao permanecerem demasiadamente amplos, esses preceitos abririam as portas a entendimentos arbitrários a respeito do alcance do tipo.⁴³³

É por isso que o autor afasta de suas considerações a “paz pública” (nos seus termos, a “paz jurídica”), enquanto atitude de inimizade frente ao ordenamento jurídico, como fundamento da incriminação. Admiti-lo, afirma, importaria em uma subjetivação dificilmente compatível com o princípio do Direito penal do fato.

A dimensão específica do injusto associativo, para CANCIO, está na pretensão da associação ocupar um lugar (ilegítimo) na vida pública, uma “*arrogância de organização*”, isto é, radica na pretensão da organização delitiva de se apropriar do exercício de direitos pertencentes ao âmbito de soberania do Estado.⁴³⁴

⁴³¹ ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. ‘Comentarios al artículo 317 del Código Penal: la criminalización de las asociaciones ilícitas a la luz del derecho comparado. In: **Revista peruana de ciencias penales**. N. 11-12, pp. 283-300. Lima: Indemsa, 2002. p. 295. Para um aprofundamento: ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. **Criminalidad organizada y sistema de derecho penal**: Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada: Coimbra, 2009.

⁴³² ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. ‘Comentarios al artículo 317 del Código Penal: la criminalización de las asociaciones ilícitas a la luz del derecho comparado... *Op. Cit.* p. 295.

⁴³³ CANCIO MELIÁ, Manuel. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado... *Op. Cit.* p. 24 e ss.

⁴³⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado... *Op. Cit.* p.73 e ss. Neste exato sentido, também a opinião de ZILIO, Jacson. O injusto penal dos delitos de organização... *Op. Cit.* p.19-34.

Naturalmente, isso depende do fato de que a associação ostente uma “*magnitude social autônoma*”, em outros termos, que a associação possua uma certa estrutura interna que acarrete a perda do controle de seus membros sobre ela, algo como uma autonomia de sentido. Segundo ele,

Esta perda de controle não somente se refere a possíveis fatos individuais futuros, mas também afeta a condição de membro de tal: converte em certo modo a atuação coletiva da organização na conduta de cada um dos membros.

Com efeito, a criminalização autônoma de uma conduta associativa estável, especialmente perigosa, está circunscrita ao fundamento de que ela coloca em questão o monopólio da violência da qual o Estado é o titular.⁴³⁵ Em seus termos,

(...) apenas o exercício de uma disciplina que inclua a atuação delitiva *violenta* (desde dentro até fora da organização) questiona realmente o papel do Estado, e por isso ataca especificamente o monopólio da violência estabelecido em seu favor. Assim se dá um passo de concretude ulterior, ao não se falar em caráter genérico do “poder do Estado, mas do concreto aspecto do exercício exclusivo da violência.”⁴³⁶

Ao exigir que a associação tenha sido formulada para a prática de delitos violentos, o que faz CANCIO, em realidade, é também sustentar a incriminação com base nos bens jurídicos capazes de serem violentamente afetados.

O fundamento material do injusto – o bem jurídico tutelado –, neste sentido, encontra-se próximo ao que defendem GRECO e ESTELLITA. Isso porque, o elemento justificador da intervenção punitiva não se encontra propriamente no delito associativo, mas, ainda que indiretamente, reside no objetivo por ele visado. Altera-se, porém, o discurso, afirmando que a justificação reside no fato de se colocar em xeque o poder estatal.⁴³⁷

Conseqüentemente, são apenas as associações perigosas, que questionam o papel do Estado, que podem concretizar o injusto penal, vindo a expor a perigo os

⁴³⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado... *Op. Cit.* p.75.

⁴³⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado... *Op. Cit.* p.76-77.

⁴³⁷ “Frente ao Estado surge a arrogação do domínio, ao menos sobre o grupo (e, no seu caso, do seu entorno subgrupal), mediante mecanismos coercitivos e, fora do grupo, pontualmente mediante a comissão de atos de violência penalmente tipificados”. CANCIO MELIÁ, Manuel. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado... *Op. Cit.* p. 81.

bens penalmente tutelados.⁴³⁸ Neste sentido, JACSON ZÍLIO, que partilha das ideias de CANCIO afirma

O conteúdo de desvalor autônomo, portanto, tem que se constituir numa ameaça violenta, uma forma de apropriação indevida do monopólio estatal da violência. A organização deve possuir magnitude social autônoma que afete de modo direto o Estado. Portanto, tais delitos devem ser interpretados conforme a Constituição, para se restringirem aos casos de periculosidade por si só a bens jurídicos individuais e de ameaça real ao monopólio da violência, como expressão de soberania, por parte do Estado.⁴³⁹

Ao colocar a nota peculiar do fundamento do injusto na violência dos delitos visados, superando a paz pública e a sensação de segurança, CANCIO espera encontrar um fundamento material capaz de afastar a crítica de que se estaria diante de um Direito penal meramente simbólico.

PATRÍCIA ZIFFER assinala que, segundo esta tese, o tipo cumpre a função de prevenir o perigo que deriva das associações aos bens jurídicos, isto é, assume o objetivo de dismantelar uma fonte de perigo especialmente grave.⁴⁴⁰

3.4.4 O abuso do direito fundamental de liberdade de associação como fundamento da pretensão de ofensividade

A doutrina sustenta,⁴⁴¹ ademais, que há uma quarta fundamentação material para o delito de associação criminosa. Trata-se de uma posição tradicional na literatura, sobretudo na espanhola e alemã,⁴⁴² ainda que hoje seja francamente minoritária, e que admite que o tipo de ação de associação criminosa fundamenta-se sobre a base de uma “*extralimitação ou abuso do direito fundamental de associação*”.⁴⁴³

De acordo com essa vertente, o “bem jurídico tutelado” seria o correto exercício do direito de associação. Essa opinião corresponde à ideia mais ampla de que todos os direitos previstos no ordenamento jurídico podem sofrer uma espécie de

⁴³⁸ ZÍLIO, Jacson. O injusto penal dos delitos de organização... *Op. Cit.* p. 33.

⁴³⁹ ZÍLIO, Jacson. O injusto penal dos delitos de posse e dos delitos de organização... *Op. Cit.*

⁴⁴⁰ ZIFFER, Patrícia. **El delito de asociación ilícita**... *Op. Cit.* p. 38.

⁴⁴¹ Por exemplo, ZIFFER, Patrícia. **El delito de asociación ilícita**... *Op. Cit.*

⁴⁴² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **La asociación para delinquir**... *Op. Cit.* p. 143, com referências.

⁴⁴³ FARALDO CABANA, Patricia. **Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español**... *Op. Cit.* pos. 4699.

abuso a partir do seu exercício concreto. Com efeito, a proscrição da conduta típica pelo legislador delimitaria o círculo onde este direito fundamental poderia ser legitimamente exercido, indicando, deste modo, os seus limites.⁴⁴⁴

Segundo cita GARCÍA-PABLOS, esta tese teria sido sustentada, dentre outros, por QUINTANO RIPOLLÉS, quem a teria formulado nos seguintes termos: “*no se puede perder de vista que a verdadera característica dos delitos que aqui se trata estriba-se no tanto no ataque a um determinado direito, mas no exercício abusivo dele*”.⁴⁴⁵ Desta forma, não haveria um bem penalmente tutelado passível de ser agredido pela reunião de um conjunto de pessoas. O que há, de outro lado, é apenas uma violação da norma constitucional que assegura esse direito.

Não encontramos quem sustentasse esta posição na literatura penal brasileira. Ao que parece, isso deriva de um motivo elementar: esta tese se fundamenta na especial caracterização topográfica do Código Penal de 1995 – bem como dos anteriores⁴⁴⁶ - espanhol, o qual na seção 1ª do Capítulo IV, do Título XXI, estabelece que “*os delitos cometidos por ocasião do exercício dos direitos fundamentais e das liberdades públicas garantidas pela Constituição*”, prevendo no artigo 515 o tipo de ação associativo.⁴⁴⁷ Aliás, também a Constituição espanhola estabeleceu um verdadeiro mandado de criminalização em relação às associações ilícitas.⁴⁴⁸

Segundo noticia QUINTERO OLIVARES, essa topografia especial decorre do próprio desenvolvimento histórico desses delitos, os quais foram utilizados politicamente durante os períodos ditatoriais espanhóis para reprimir e limitar o direito de associação política,⁴⁴⁹ “*que junto com o [direito fundamental] de reunião constituem*

⁴⁴⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **La asociación para delinquir...** *Op. Cit.* p. 143.

⁴⁴⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **La asociación para delinquir...** *Op. Cit.* p. 144.

⁴⁴⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **La asociación para delinquir...** *Op. Cit.* p. 143.

⁴⁴⁷ Nesta extensão, o Código Penal espanhol de 1995 seguiu o mesmo caminho trilhado pelo Código Penal reformado de 1944. Cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **La asociación para delinquir...** *Op. Cit.* p. 143.

⁴⁴⁸ Neste sentido, o artigo 22 da Constituição da Espanha prevê: “1. *Se reconoce el derecho de asociación. 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales. 3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. 4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. 5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.*” ESPANHA. Constitución (1978). Constituição Espanhola. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1978.

⁴⁴⁹ “*Tradicionalmente se tratou de uma infração contra a segurança do Estado, com tintas claramente políticas em coerência a um sistema político que, precisamente, não reconhecia o direito a se associar com a intenção de participar na vida política*”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita. In FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; ANARTE

garantias essenciais e básicas das liberdades públicas em qualquer sociedade que se defina como democrática”.⁴⁵⁰

Sem embargo, não se ignora que esta tese tenha sido encampada pela literatura de outros países, afora a espanhola. GARCÍA-PABLOS,⁴⁵¹ por exemplo, noticia a excepcionalidade da defesa desta posição na doutrina italiana e na alemã, que seguiam na linha proposta na Espanha.

Em nossa tradição, o direito fundamental à associação civil está previsto no artigo 5º, inciso XVII, da Constituição da República e dispõe que há plena liberdade para constituição de associações com fins lícitos, apenas sendo vedadas as associações de caráter paramilitar. Segundo GABRIEL HABIB, diante desta previsão, a opinião que se fundamenta no abuso deste direito supõe uma leitura contrária ao mandamento constitucional, no sentido de que se a associação foi constituída para a prática de crimes, a sua finalidade não é lícita, de modo que a sua continuidade seria uma afronta à Constituição.⁴⁵²

É certo, porém, que o direito fundamental à associação compreende os elementos de (i) uma *pluralidade de participantes*, ou também *plurisubjetividade*, que consiste na reunião de um número indeterminado de pessoas naturais, sejam elas brasileiras ou estrangeiras, ainda que os membros não se reúnam fisicamente; (ii) da existência de um *conjunto de regras* que delimitem o funcionamento e as formas de atuação coletiva da associação, sem o que ela se tornaria inviabilizada; (iii) da *permanência*, que se concretiza em um vínculo mais ou menos duradouro estabelecido entre os seus membros; e, finalmente, (iv) a *finalidade lícita*, ou seja, nos objetivos que não estejam proscritos em lei.⁴⁵³

Deste modo, o desvalor do resultado, consistente no resultado de perigo abstrato, estaria fundamento na *finalidade ilícita*, enquanto exercício abusivo do

BORALLO, Enrique (eds.). **Delincuencia organizada**. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva: Universidad de Huelva, 1999. p. 179 – destaques no original.

⁴⁵⁰ FARALDO CABANA, Patricia. **Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español**.... *Op. Cit.* pos. 4733-4739.

⁴⁵¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **La asociación para delinquir**... *Op. Cit.* p. 144.

⁴⁵² HABIB, Gabriel. **Associação criminosa**... *Op. Cit.* p. 36. O autor exemplifica com uma associação formada com o fim de impedir a continuidade de serviços nos órgãos públicos, para a ocupação de prédios públicos, para impedir o livre tráfego de automóveis nas ruas etc. A despeito do seu fim ilícito, diz ele, esta ilicitude não decorre da natureza penal da norma proibitiva.

⁴⁵³ LABATE, Victor. A tipicidade material no delito de pertencimento a organização criminosa e a criminalidade de empresa. *In Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, vol. 2, pp. 121-154, abr.-jun, 2020. p. 130.

Direito fundamental de associação. Em outras palavras, o perigo presumido decorreria da orientação ordenada de uma conjugação de pessoas no sentido de cometimento de crimes.

Afirma HABIB que o Constituinte não haveria instituído a liberdade de associação enquanto um *bem*, senão que haveria simplesmente regulamentado o seu funcionamento, no “*intuito de garantir a sua existência e a sua permanência, sem qualquer referência à conduta de natureza criminal*”.⁴⁵⁴

O direito de associação é um direito individual e o direito de constituir uma associação com outras pessoas não é contrário ao Direito penal. É verdade que o legislador constituinte exigiu finalidade lícita da associação, porém, essa licitude deve ser interpretada de forma ampla e mais genérica possível. Parece claro que ao exigir licitude, o legislador constituinte referiu-se a qualquer espécie de licitude, e não só a de natureza penal.⁴⁵⁵

No mesmo sentido, PATRÍCIA FARALDO CABANA anota que “*afirmar que os delitos que os delitos analisados são extralimitações no exercício do direito de associação não comporta, todavia, uma determinação do bem jurídico lesionado a partir do seu uso abusivo*”.⁴⁵⁶ A partir disso não se define qualquer conteúdo de injusto ou qualquer outra forma de limitação material que permita realizar uma exegese restritiva, ou mesmo qualquer exegese.

Trata-se, é certo, de uma simples referência formal ao verbo-nuclear do tipo de ação.⁴⁵⁷ Com efeito

resulta como, no mínimo, surpreendente afirmar que quem se associa para delinquir abusa do direito de associação. Aqueles que assim atuam não se extralimitam no exercício do seu direito de associação, mas atuam fora do Ordenamento Jurídico, à margem de todo direito.⁴⁵⁸

No mesmo sentido crítico, GARCIA-PABLOS DE MOLINA põe em destaque que ainda que seja inegável que o exercício abusivo de direitos individuais possa lesionar

⁴⁵⁴ HABIB, Gabriel. **Associação criminosa...** *Op. Cit.* p. 37-38.

⁴⁵⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado... *Op. Cit.* p. 35 e ss.

⁴⁵⁶ FARALDO CABANA, Patricia. **Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español...** *Op. Cit.* pos. 4719.

⁴⁵⁷ FARALDO CABANA, Patricia. **Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español...** *Op. Cit.* pos. 4719.

⁴⁵⁸ FARALDO CABANA, Patricia. **Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español...** *Op. Cit.* p. 4733

bens jurídicos, isso não pode ser tomado como o fundamento da incriminação. Ao contrário disso, essa postura apenas explicaria certas características acessórias da ação típica e da própria tutela penal. Nada diz, portanto, quanto ao “objeto” sobre o qual aquela recai. *“Uma coisa – diz ele – é o ‘como’ se pode lesionar o bem jurídico (mediante o exercício ilícito de certos direitos individuais) e outra distinta – e mais importante, mas que fica sem resposta – é qual é esse bem ou bens cuja tutela interessa”*.⁴⁵⁹

O autor, ainda, assere que *“o que o ordenamento protege não é o ‘correto’ exercício de alguns direitos individuais, mas certos interesses, bens e valores cuja necessária salvaguarda é o que faz com que o exercício de um direito seja lícito ou abusivo”*.⁴⁶⁰ Em termos exemplificativos, GARCIA-PABLOS destaca que aquele que se associa para realizar homicídios diversos não está se “excedendo” nos limites do seu direito, mas atuando fora de todos os direitos, agindo contra a lei.⁴⁶¹

3.4.5 As associações enquanto instituições ilícitas como fundamento da pretensão de ofensividade

Há também uma recente proposta doutrinária de se estabelecer como fundamento da incriminação em questão o fato de que as associações constituem *agentes ilícitos coletivos (“Unrechtsperson”)*⁴⁶² por si só merecedores do castigo penal.

Esta tese leva em consideração dois aspectos: o primeiro, o de que as associações constituem *“atores coletivos”*, circunstância que é capaz de diferenciá-la das demais formas de concurso de pessoas, como a coautoria, por exemplo; em

⁴⁵⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **La asociación para delinquir...** *Op. Cit.* p. 145.

⁴⁶⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **La asociación para delinquir...** *Op. Cit.* p. 146.

⁴⁶¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **La asociación para delinquir...** *Op. Cit.* p. 146. Com o argumento está de acordo ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. ‘Comentarios al artículo 317 del Código Penal: la criminalización de las asociaciones ilícitas a la luz del derecho comparado...’ *Op. Cit.* p.

⁴⁶² Fundamental: MONTENEGRO, Lucas. Die Kriminell Vereinigung als Unrechtsperson: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von § 129 II StGB... *Op. Cit.*; há um desenvolvimento mais limitado da proposta em língua portuguesa: MONTENEGRO, Lucas. Os delitos de organização no direito brasileiro. In GRECO, Luís, ESTELLITA, Heloísa; LEITE, Alaor. **Direito Penal em foco**. Vol. 1. [Local]: JOTA, 2021. p. 110. Tenha-se em mente que o autor não pretende apresentar uma proposta final, sobretudo porque, segundo diz, *“uma justificativa final exigiria uma teoria mais abrangente da pena”*, empresa que não constituiria no propósito do seu manuscrito.

segundo lugar, que ainda que sejam dotadas de personalidade autônoma, elas não são agentes lícitos (“*Rechtsperson*”),⁴⁶³ diante dos fins a que perseguem.

Com efeito, LUCAS MONTENEGRO parte da premissa de que as associações delitivas são *instituições*,⁴⁶⁴ e o seriam de modo similar a sociedades empresárias, clubes desportivos, universidades, dentre outras. Enquanto tais, não seria concebível compreender a instituição desvinculada da função pretendidamente desempenhada, afinal, as instituições nascem e se desenvolvem para e pelo homem, com o sentido, funções e finalidades que este lhes atribui.⁴⁶⁵ “*No caso das organizações criminosas, não é difícil enxergar qual é sua função: a prática de delitos por parte de seus membros*”.⁴⁶⁶

Vale dizer: as associações criminosas “*são coletivos cujo objetivo real é a violação de determinados bens jurídicos*”.⁴⁶⁷ Em outros termos, os delitos associativos se justificam sobre a base de que o fim delitivo é a razão de ser da sua constituição.

Por um lado, trata-se da formação de um ator coletivo ao qual são atribuídas propriedades mentais [intenções] e ao qual são feitas demandas normativas; por outro lado, em razão da sua própria existência as associações criminosas são incompatíveis com os direitos dos indivíduos.⁴⁶⁸

Isso porque, ao contrário dos agentes coletivos lícitos (“*Rechtsperson*”), cujas funções podem ser harmonizadas com o ordenamento jurídico ainda que venham a praticar ilícitos, a mera existência de uma associação criminosa é já ilícita.⁴⁶⁹ Com isso, segundo o autor, dissipam-se “*quaisquer preocupações sobre invasão de*

⁴⁶³ MONTENEGRO, Lucas. Die Kriminell Vereinigung als Unrechtsperson: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von § 129 II StGB... *Op. Cit.* p.494 – seguiremos a tradução do termo *Rechtsperson* oferecida pelo próprio autor em MONTENEGRO, Lucas. Os delitos de organização no direito brasileiro... *Op. Cit.*

⁴⁶⁴ Neste sentido é também a opinião de Patalano, na Itália, ao afirmar que a associação criminosa, enquanto organização, é já uma instituição capaz de organizar as suas próprias regras e impô-las ao Estado. Cf. PATALANO, Vincenzo. **L’associazione per delinquere**. Napoli: Jovene, 1971.

⁴⁶⁵ MONTENEGRO, Lucas. Die Kriminell Vereinigung als Unrechtsperson: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von § 129 II StGB... *Op. Cit.* p.494: “*As associações criminosas são construções feitas pelo homem e, enquanto tais, são o resultado da internacionalidade humana.*”

⁴⁶⁶ MONTENEGRO, Lucas. Os delitos de organização no direito brasileiro... *Op. Cit.* p. 110.

⁴⁶⁷ MONTENEGRO, Lucas. Die Kriminell Vereinigung als Unrechtsperson: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von § 129 II StGB... *Op. Cit.* p.498.

⁴⁶⁸ MONTENEGRO, Lucas. Die Kriminell Vereinigung als Unrechtsperson: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von § 129 II StGB... *Op. Cit.* p.498.

⁴⁶⁹ MONTENEGRO, Lucas. Die Kriminell Vereinigung als Unrechtsperson: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von § 129 II StGB... *Op. Cit.* p.498.

privacidade e sobre antecipar a proteção do direito penal".⁴⁷⁰ Sustentar uma posição diversa, para MONTENEGRO, implicaria em reconhecer que seria legítimo constituir uma instituição cuja principal função é a violação do direito.

Enquanto agentes ilícitos coletivos, as associações se submetem a regras constitutivas – formalizadas ou não – e que as caracterizam enquanto tal. São essas regras que nos permitem atribuir um fato a uma instituição. Em outros termos, sem a referência a elas, “*não seria possível interpretar um homicídio como uma execução a mando do PCC*”.⁴⁷¹

A nota peculiar que caracteriza uma organização e que a diferencia das demais instituições, está nos membros por meio dos quais as organizações atuam. Organizações compram e vendem, realizam contratos, investimentos, fazem propaganda, buscam atrair mais membros, pedem desculpas oficiais. Elas compõem uma rede de relações, de obrigações, expectativas e pretensões. Daí a possibilidade de denominá-las agentes coletivos. Isso tudo seria impossível se não atribuíssemos a organizações uma vontade.⁴⁷²

Nesta dimensão, segundo afirma, é possível identificar o propósito coletivo da associação com independência da vontade de seus membros. O ator coletivo, assim, pode ser equiparado ao ator individual.

O ator coletivo, portanto, apenas surge quando os membros são integrados em um grupo de tal forma que os modelos racionais de julgamento e tomada de decisão só surgem em relação ao propósito comum [da associação]. Isso abre a possibilidade de atribuir intenções e outras propriedades mentais ao grupo enquanto ator, o que não ocorre com pessoas que apenas atuam juntas ou em associações soltas e não institucionalizadas. Em resumo: o grupo poderá, então, simular o desempenho de um indivíduo.⁴⁷³

Destarte, o autor identifica quatro elementos caracterizadores da associação e que servem para fundamentar materialmente o injusto penal, são eles: um *elemento organizacional*, que corresponde às regras que conformam a estrutura mínima da associação; um *elemento volitivo*, segundo o qual se atribui a vontade à organização

⁴⁷⁰ MONTENEGRO, Lucas. Die Kriminell Vereinigung als Unrechtsperson: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von § 129 II StGB... *Op. Cit.* p.498.

⁴⁷¹ MONTENEGRO, Lucas. Os delitos de organização no direito brasileiro... *Op. Cit.* p. 111. Embora o autor esteja se referindo a organizações criminosas sujeitas à legislação especial, diversa daquela prevista no tipo de ação que é objeto do nosso estudo, ele adverte: “*Grupos e associações criminosas são organizações, e não podem ser confundidos com grupos desestruturados ou ocasionais*”.

⁴⁷² MONTENEGRO, Lucas. Os delitos de organização no direito brasileiro... *Op. Cit.* p. 111

⁴⁷³ MONTENEGRO, Lucas. Die Kriminell Vereinigung als Unrechtsperson: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von § 129 II StGB... *Op. Cit.* p. 495.

segundo os seus fins; um *elemento temporal*, isto é, o tempo de atuação organizada; e um *elemento pessoal*, correspondente aos seus membros.⁴⁷⁴

Em resumo, para o LUCAS MONTENEGRO, a legitimação “material” da incriminação decorre de uma avaliação prospectiva, isto é, dos bens a cuja associação pretende violar.⁴⁷⁵ E isso só ocorre porque as associações criminosas tem como propósito a violação do direito de modo institucional. A diferença fundamental entre o concurso eventual de pessoas e as associações reside no fato de que à estas é possível atribuir uma vontade coletiva independente dos seus membros, os quais determinam a função da associação enquanto instituição.

O conteúdo fundamental do ilícito estaria na especial *periculosidade* que essas associações representam, justamente porque se propõem a violar o direito. Por isso foram proibidas legalmente. O castigo se fundamentaria desde a base da sua existência.

Ainda que desde um ponto de vista menos formalista, com isso parece estar de acordo SILVA SANCHEZ, para quem a associação representa um sistema social antijurídico, cuja dimensão institucional faz dela algo mais do que a mera soma de suas partes. Disso o autor afirma haver um *injusto sistêmico* que sustentaria a mera existência da associação (ou do “*subsistema disfuncional ao sistema social constituído*”, na dicção do autor) que lesiona a segurança geral. Segundo ele, a associação criminosa constitui um “*estado de coisas dotado de desvalor autônomo*”⁴⁷⁶ e que independe dos delitos-fim, pois viola uma norma penal igualmente autônoma. Isso autoriza a intervenção penal a partir do seu mero pertencimento, noutros termos, em razão da própria associação mantida entre os seus membros.

Não se aparta desta tese o fundamento encontrado por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS para justificar a incriminação em questão. Para o autor português, o acordo para a prática estável de crimes faz da associação algo especialmente perigoso por si só. Trata-se do substrato irrenunciável que justifica a incriminação desses delitos organizacionais.

⁴⁷⁴ MONTENEGRO, Lucas. Die Kriminell Vereinigung als Unrechtsperson: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von § 129 II StGB... *Op. Cit.* p. 495-496.

⁴⁷⁵ “A partir disso, um ponto de referência para a legitimação da proibição pode derivar de um deslocamento para a frente”. MONTENEGRO, Lucas. Die Kriminell Vereinigung als Unrechtsperson: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von § 129 II StGB... *Op. Cit.* p.499.

⁴⁷⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús María. La “intervención a través de organización”, ¿Una forma moderna de participación en el delito?... *Op. Cit.* p. 94-105.

Em alguma medida, também NÚRIA PASTOR MUÑOZ é próxima desta opinião, para quem os delitos de estado (leia-se, delitos associativos) estão fundamentados na decisiva expressão da sua disposição para cometer delitos. Deste modo, segundo a autora, a incriminação se apoiaria sobre a base da “*periculosidade subjetiva*” da associação, ou seja, da “*expressão inequívoca da periculosidade subjetiva ou do início de uma condução de vida criminosa*”.⁴⁷⁷ Esta expressão se manifestaria pelo simples fato de que os seus membros pertencem a uma organização de natureza criminosa e que pode, a qualquer momento, pôr em prática o seu desiderato delitivo.

⁴⁷⁷ Segundo a autora, este seria um “equivalente funcional à perigosidade objetiva”. Cf. PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática...** *Op. Cit.* p. 61 e ss.

4 A PRETENSÃO DE RELEVÂNCIA PENAL DO TIPO DE AÇÃO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA: UMA CRÍTICA SIGNIFICATIVA

Uma vez examinadas a compreensão corrente e algumas críticas a respeito da pretensão de relevância do tipo de ação de associação criminosa, cumpre avançar para analisar a adequação dessas posições sob a ótica da concepção significativa da ação, bem como do bem jurídico procedimental, o que se realiza com o objetivo de identificar o desvalor de ação e o desvalor de resultado.

4.1 A CONDUTA NO TIPO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA

Está claro que os tipos de ação previstos no ordenamento jurídico devem estabelecer as modalidades de comportamento penalmente proibidas e, na mesma extensão, as sanções que devem suceder na hipótese de uma ação que realize o conteúdo da proibição ou que não siga o comando normativo.⁴⁷⁸ Trata-se de uma exigência própria do princípio de legalidade e que serve de base a toda e qualquer formulação sistemática em matéria penal.⁴⁷⁹

A partir disso, é comum da nossa tradição jurídica que a descrição taxativa do comportamento levado a efeito pelo autor, seja realizando uma ação ou uma omissão, venha construída pelo legislador no tipo legal a partir de um ou mais *verbos*, os quais constituem o núcleo do tipo de ação incriminador. Isso faz com que o legislador, em um olhar superficial, possa atender à exigência de ação, alocando o verbo como centro de preocupação do sistema de imputação, de modo a oferecer certa previsibilidade na incidência da resposta penal.

Desde esse momento, parece elementar ter em mente o papel destacado que assume o sentido comum da linguagem em nosso sistema jurídico, pois

⁴⁷⁸ Assim, TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito...** *Op. Cit.* p. 39 e ss.

⁴⁷⁹ “O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a perda [sic] angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica (...)”. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 65.

O legislador se expressa – não tem outro remédio senão fazê-lo – na linguagem que todos falamos, por mais que possa, ocasionalmente, usar termos especificamente jurídicos. Por sua parte, a dogmática, tal e como a conhecemos, começa dando a alguns de seus termos básicos um conteúdo significativo que tenha uma fixação [*“fijeza”*] e relevância muito superior à que lhe outorga o uso ordinário, recorrendo para isso ou à ciência ou à filosofia.

(...) Do que foi dito, cabe extrair a conclusão que o significado da lei não pode ser outro que o que resulta de suas palavras e orações, sem que seja legítimo transformá-lo por meio de artifícios conceituais, por mais refinados que possam parecer.⁴⁸⁰

É por isso que alguns autores propõem que a ação típica seja examinada desde o verbo-nuclear, sem qualquer referência a um sistema conceitual prévio. Neste sentido, LUÍS GRECO, destaca que a *“ação é tudo aquilo a que nos referimos em nosso dia-a-dia [sic] através de um verbo, cujo sujeito é um ser humano”*⁴⁸¹. Se as ações do dia a dia vêm referidas por meio do verbo, quando expressadas em termos jurídico-penais, são encaradas enquanto verbos-núcleo do tipo.⁴⁸²

Com efeito, para exemplificar o que se está a dizer, para o início da execução de um tipo de ação de homicídio (artigo 121, do Código Penal) exige-se, como requisito mínimo da pretensão de relevância do comportamento, a prática de uma ação ou omissão de matar. O mesmo ocorre em delitos propriamente omissivos, como na hipótese do tipo de “abandono intelectual” (artigo 246, do Código Penal), no qual se pune a omissão consistente em *“deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar”*.

Tanto a ação de “matar” quanto omissão de “deixar de prover instrução primária de filho em idade escolar” podem ser reconduzidas a algo que as pessoas praticam, a comportamentos presentes no cotidiano e realizados, necessariamente, por seres humanos. Deste modo, com a proibição de uma conduta expressada por um verbo, o legislador parece lograr atender à exigência de uma ação como requisito a autorizar a intervenção penal sobre a liberdade cidadã.

Ocorre que, paradoxalmente, esta corrente forma de descrever ações tem conduzido o legislador, até inconscientemente, a construir formulações típicas que

⁴⁸⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Lenguaje común, derechos fundamentales, filosofía y dogmática penal... *Op. Cit.* p. 228-230.

⁴⁸¹ GRECO, Luís. Tem futuro o conceito de ação?... *Op. Cit.* p. 164.

⁴⁸² Sobre o tema: MARTINELLI João P.; DE BEM, Leonardo S. **Lições fundamentais de direito penal**. Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 440-443.

escapam aos postulados da *exigência de ação*, já que, excepcionalmente, um verbo pode não descrever qualquer forma de comportamento humano em sentido comum.

Referimos à “inconsciente criação”, porque, nos termos do que assere GEORGE P. FLETCHER, os “*legisladores nunca se propõem a punir não-ações* (‘nonactions’) *enquanto tais, mas é possível que eles visem certas condições, estados ou temas que parecem carecer do ingrediente da ação humana*”.⁴⁸³

Neste sentido, basta pensar que os verbos “brilhar” e “valer”, ainda que venham referidos a um ser humano, não poderiam representar o núcleo de qualquer forma de incriminação jurídico-penal, já que o seu sentido remete a meros fatos ou estados que ocorrem no mundo da vida e aos quais o sujeito a elas referido não passa de mero expectador.⁴⁸⁴

Para representá-lo com um exemplo: quando um crítico afirma que alguém “brilhou em sua apresentação artística”, como regra, não estará ele fazendo alusão a uma suposta ação de “reluzir” do artista durante a referida apresentação. Examinando-se o contexto em que foi publicada a opinião, o jogo de linguagem empregado pelo crítico *expressa o sentido* de que a exibição do artista excedeu às expectativas do público, merecendo o elogio de quem o assistia.

De outro lado, se o mesmo crítico afirmasse que o artista “cantou” ou “dançou” brilhantemente em sua apresentação, é certo que aí, sim, estaria fazendo alusão expressa a uma ação praticada pelo sujeito da oração.

O mesmo ocorre com verbos que expressem sentimentos humanos, como “amar” ou “odiar”; ou verbos ligados à passividade, como “ganhar”. Uma construção típica que pretendesse empregar esses verbos em uma incriminação típica fatalmente padeceria de inconstitucionalidade (por força do artigo 5º, II, da Constituição) e de ilegalidade (por violação ao artigo 13, do Código Penal) por ferir as exigências de ação que estão na base do Direito penal liberal.

Esta mesma conclusão pode ser estendida a verbos presentes em tipos de ação atualmente vigentes em nosso ordenamento, como é o caso dos denominados

⁴⁸³ FLETCHER, George P. **The grammar**... *Op. Cit.* p. 291. Adaptação nossa, no original: “*Legislatures never set out to punish nonactions as such, but they may target certain conditions or states or affairs that seem to lack the ingredient of human action*”

⁴⁸⁴ BUSATO, Paulo César. Delitos de posse e ação significativa. In BUENO, Marcela Bianchini (org.) **Novas reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Curitiba: Veddelta, 2019. p. 72.

delitos de posse.⁴⁸⁵ Nessas tipificações,⁴⁸⁶ o legislador proíbe o simples *fato* de que alguém possui um certo objeto com determinadas características. A *posse* de drogas ou de armas de fogo constituem dois bons exemplos.⁴⁸⁷ Em um olhar superficial, a *posse* do objeto pressupõe a existência de uma pessoa que detém o objeto e, assim, pareceria resistir ao teste de validade do *act requirement*. Isso porque

Do mesmo modo que *possuir*, *brilhar* ou *valer* também representa um fato em forma verbal. A diferença específica é que *possuir* supõe uma pessoa. Mas, isso não basta para converter um *fato* em *ação*. É que *possuir*, como *brilhar* ou *valer*, é algo que simplesmente ocorre a alguém ou a algum objeto. Mesmo que se trate de alguém, este *ter*, é em uma condição de passividade e nunca como o *dono* e *senhor* da realização de algo.⁴⁸⁸

Deste modo, verbos desta natureza não podem constituir ações em termos de tipificação, ainda que possam, isso sim, constituir elementos circunstanciais probatórios de uma ação precedente ou de uma omissão posterior.⁴⁸⁹

E é neste sentido que se *suspeita* que similar raciocínio pode ser estendido aos modelos de conduta delitiva descritos sobre a base de uma *voz verbal reflexiva*, como é o que ocorre com os delitos de organização dos quais a associação criminosa constitui uma espécie.

Na gramática formal,⁴⁹⁰ a voz verbal identifica a forma sobre a qual os verbos se apresentam em uma determinada oração. Isso nos permite compreender se o sujeito *pratica* ou *recebe* a ação descrita.⁴⁹¹ Essa estrutura da voz verbal se manifesta a partir de três modalidades, quais sejam: na *voz ativa*, na qual o sujeito é o *agente*

⁴⁸⁵ Sobre o tema: ZILIO, Jacson. O injusto penal dos delitos de posse e dos delitos de organização. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 185, p. 43-81, nov., 2021; também BUSATO, Paulo C. Delitos de posse e ação significativa... *Op. Cit.*; No entremeio entre o Direito alemão e o brasileiro, cf. GRECO, Luís. Tem futuro o conceito de ação?... *Op. Cit.* p. 165, n. 65.

⁴⁸⁶ Em sentido similar, mas, ao contrário, defendendo o significado de ação da mera posse, a opinião de MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Los elementos subjetivos em la antijuridicidad**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021 [livro eletrônico].

⁴⁸⁷ Alude Juarez Tavares: “*Imagine-se que alguém tenha em sua residência um medicamento que tenha comprado livre e licitamente em uma farmácia, mas que de repente é incluído na lista de substâncias entorpecentes. O detentor do medicamento, sem fazer absolutamente nada, transformou-se de um dia para outro em autor do crime de possuir substância entorpecente, ainda que seja para uso próprio. E o farmacêutico passou de um comerciante honesto a um traficante.* TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**... *Op. Cit.* p. 100.

⁴⁸⁸ BUSATO, Paulo César. Delitos de posse... *Op. Cit.* p. 72.

⁴⁸⁹ BUSATO, Paulo César. Delitos de posse... *Op. Cit.* p. 72.

⁴⁹⁰ A este mesmo recurso se socorre MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**. Parte Especial. 5ª ed. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1993. p. 571.

⁴⁹¹ Em alemão, a voz verbal é identificada a partir de estruturas oracionais no *Akkusativ*, no *Dativ* e no *Genitiv*.

da ação; na voz *passiva*, pela qual o sujeito é quem *sofre* a ação, é o seu paciente; e na voz *reflexiva*, segundo a qual o sujeito é a um só tempo agente e paciente da ação verbal.⁴⁹²

O verbo “matar” constitui um bom exemplo do que se está a tratar. Ao afirmar que “A” *matou* “B” a oração deixa claro que o sujeito “A” praticou uma ação contra “B”, daí porque o verbo está empregado em sua voz ativa. De outro lado, a mesma informação pode ser transmitida com o emprego do verbo matar na voz passiva, afirmando que “B” *foi morto* por “A”. A voz reflexiva do verbo matar, no entanto, exprime um significado gramatical radicalmente distinto, já que afirmar que B *matou-se*, transmitiria a ideia de que o sujeito da oração foi, ao mesmo tempo, autor e vítima da ação descrita pelo verbo.

Com efeito, é de se notar que a estrutura típica do artigo 288 do Código Penal se assenta, justamente, em um verbo empregado na sua voz *reflexiva*. Associar-se, desde uma perspectiva meramente semântica, parece transmitir o significado gramatical de algo que sucede em razão do autor e do qual este mesmo autor é também paciente.⁴⁹³

Acudindo, de certa forma, a este argumento, está JACSON ZÍLIO ao afirmar que

“Pertencer”, “integrar”, “associar-se”, “juntar-se” e “reunir-se” não são verbos que exprimem uma real ação. Na verdade, expressam apenas estado de ser, algo que simplesmente ocorre, mas que, por essa simples razão, não tem potencialidade autônoma para afetar algum bem jurídico-penal concreto. O direito penal, em respeito ao princípio de legalidade e lesividade, não pode criminalizar meros estados de coisa, não pode criminalizar delitos de estado (*Zustandsdelikte*). Só pode criminalizar ações ou omissões, fazer e não fazer, neste caso excepcionalmente. Ora, da mesma forma que possuir algo não consiste em uma ação, quem está em uma organização, bando ou associação, *per se*, não faz nada. Só está. Estar em algo não significa e não se confunde com fazer algo.⁴⁹⁴

Da mesma maneira, a opinião de LUIGI FERRAJOLI, que reprocha tanto as formulações típicas de delitos associativos, quanto de delitos de posse, reconhecendo nelas um déficit de ação e de resultado, fundamentada na formulação de figuras de delito elásticas e indeterminadas, que seriam idôneas para conotar modelos globais

⁴⁹² Sobre o tema, criticamente, NOUGUÉ, Carlos. **Suma gramatical da língua portuguesa**. Gramática geral e avançada. São Paulo: É-Realizações, 2015. p. 359-369.

⁴⁹³ Próximo a isso, opina FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon...** *Op. Cit.* p. 41.

⁴⁹⁴ ZÍLIO, Jacson. O injusto penal dos delitos de organização... *Op. Cit.* p. 27.

de desvio em termos vagos e valorativos.⁴⁹⁵ O que resulta em uma oposição ao princípio de legalidade.⁴⁹⁶

Como vimos, do outro lado da arena das opiniões estão aqueles que se apoiam no simples acordo entre os intervenientes da associação para constituir o delito em testilha. Deste modo, ainda que encontremos alguma resistência quanto a este argumento, um acordo entre membros percebido em atos concretos e inequívocos poderia ser percebido enquanto ato preparatório dos crimes-fim da associação, punidos de forma independente e autônoma em relação àqueles.

Examinando-se a questão desde a linguagem – ou da gramática profunda –, essas confusões conceituais simplesmente desaparecem ou, ao menos, são substancialmente minoradas.

Em nossa linguagem corrente, afirmar que uma pessoa associou-se a algo – como a um objetivo ou a uma função – ou a alguém depende, invariavelmente, da realização de atos concretos e contextuais em razão dos quais seja lícito afirmar a existência de um vínculo associativo. Em um contexto acadêmico, por exemplo, afirmar que um estudante está associado ao seu professor orientador implica reconhecer que ambos mantiveram contatos prévios, com reuniões, exposições, debates, artigos etc. Da mesma maneira, para afirmar que alguém tenha se associado a alguma instituição (financeira, acadêmica, sindical etc.), é certo que a atribuição de um tal *sentido* dependeria de um *substrato* que lhe servisse de veículo (um ato que formaliza esse vínculo). Da mesma forma ocorre em uma imputação.

Deste modo somente é lícito valorar se um dado substrato – leia-se, conduta – pode receber o sentido do tipo de ação do artigo 288 do Código Penal recorrendo-se ao contexto em que aquele se realizou. Isso se traduz em uma exigência concreta de que o verbo “associar” esteja diretamente ligado ao contexto que de alguma forma nos permite afirmar haver ali uma associação entre os seus membros.⁴⁹⁷ Aliás, para

⁴⁹⁵ Aludindo expressamente às “associações subversivas” FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon...** *Op. Cit.* p. 41-42.

⁴⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon...** *Op. Cit.* p. 478: “*alguns, como os delitos associativos, os delitos de atentado ou os desacatos, são apenas formas agravadas de outros delitos ou tentativas de delitos denominados ‘comuns’.*”

⁴⁹⁷ Próximo a isso, mas examinando o tipo de atos preparatórios para fins de terrorismo: BUSATO, Paulo C. Comentários ao art. 5º da Lei 13. 260/2016. In **Lei antiterror anotada**. Indaiatuba: Foco, 2018. p. 89 e ss.

isso, parece fundamental acudir ao especial fim de agir dos autores, como instrumento de recorte e de tradução do comportamento.⁴⁹⁸

Com efeito, é indispensável haver contatos preliminares entre os membros para ajustar o plano delitivo, isto é, algo que possa servir de veículo ao significado,⁴⁹⁹ o que pode estar aliado a uma distribuição de tarefas para a consecução do objetivo e até mesmo a estruturação da associação. A adscrição completa do sentido do comportamento típico só pode vir afirmada, neste tipo de ação em particular, acudindo-se ao especial fim de agir dos membros individualmente considerados.⁵⁰⁰ E isso é fundamental, pois impõe às partes de um processo que se esforcem para demonstrar a existência real e concreta de tais contatos preliminares, o que não é ilidido pelo fato de que se trata de um delito permanente. Afinal, a peculiaridade característica deste tipo permanente, em particular, está do vínculo, que ainda carece de um contexto sobre o qual a imputação pode ser validamente realizada.

É por isso que não se mostra possível imputar em bloco a prática do tipo em questão. Afinal, seria plausível supor que durante uma reunião societária uma sociedade empresária idealize a prestações de sucessivas declarações falsas às autoridades fazendárias, reduzindo o tributo devido por serviços já realizados, a fim de locupletar-se dos valores (artigo 1º, I, Lei 8.132/1990); ou da prática do delito de poluição que resulte em danos à saúde humana (artigo 54, da Lei 9.605/98); ou mesmo, para encerrarmos os exemplos, a promoção propagandística de animosidade entre as forças armadas, a sociedade e os poderes constitucionais, a fim de alterar o regime democrático vigente, mediante a difusão do intento delitivo da associação (artigo 286, parágrafo único, do Código Penal). Com a oposição de um de seus membros votantes, a imputação sobre este indivíduo se descaracteriza. Ele não terá aderido ao plano dos demais sócios.

Parece haver, ademais, um acerto na inserção do especial fim de agir logo na pretensão conceitual de relevância.⁵⁰¹ Trata-se de um elemento indispensável para

⁴⁹⁸ “Existem condutas que somente são importantes ao Direito penal caso sejam realizadas com alguma finalidade ou intencionalidade específica e, como consequência, se são realizadas sem esse especial ânimo, são juridicamente irrelevantes, não possuem o significado necessário para criar um risco ou para lesionar o bem jurídico protegido”. GONZÁLEZ CUSSAC, José L; BUSATO, Paulo C.; CABRAL, Rodrigo L. F.. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro**... *Op. Cit.* p. 243.

⁴⁹⁹ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal**... *Op. Cit.* p. 430.

⁵⁰⁰ BUSATO, Paulo C. **Direito penal**: parte especial, vol. 3... *Op. Cit.* p. 253.

⁵⁰¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**... *Op. Cit.* p.266 e ss.

afirmar que alguém realiza a ação associativa.⁵⁰² E aqui o emprego do verbo em sua voz reflexiva se mostra feliz, pois a conduta associativa é, a rigor, uma conduta pessoal de aderência a algo. Isso difere, por exemplo, do sistema finalista, que utiliza dos “elementos subjetivos distintos do dolo” como recurso de imputação subjetiva do tipo.⁵⁰³

Se é possível afirmar que alguém praticou atos por meio de uma “associação”, somente o é desde que se constatem atos concretos que permitam uma tal conclusão. Neste sentido, parece ter razão ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO ao afirmar que

(...) a consumação de se verificar o início das atividades do bando – entendida, esta atividade, como comportamentos concretos e indicativos do fim de realizar crimes. Só a descoberta de ações concatenadas, finalisticamente voltadas percepção de inúmeras infrações penais, pode apontar para a existência material da quadrilha ou bando.⁵⁰⁴

Não se trata de uma tradução do comportamento que se baseia no simples pacto delitivo, como sustentam alguns autores⁵⁰⁵. Uma tal exigência teria como condição apenas uma mera tendência interna que, por ser um elemento psíquico, não está à disposição do julgador e se torna alvo fácil para presunções e intuições arbitrárias. Ademais, esta posição não nos permite ler o *significado* de um *substrato*. Isso porque, como alude PATRÍCIA ZIFFER

afirmar a punibilidade da conduta já pelo simples fato de que o autor “aderiu” aos fins da organização, é apenas uma mera tendência interna, com o qual a proibição não só responde a um puro direito penal de ânimo, mas como, ademais, não satisfaz o comando de determinação [da norma].⁵⁰⁶

⁵⁰² VIVES ANTÓN, Tomás. **Fundamentos del sistema penal...** *Op. Cit.* p.

⁵⁰³ Sobre o tema WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán...** *Op. Cit.* p. 113-116.

⁵⁰⁴ PITOMBO, Antônio Sérgio A. M. **Organização criminosa.** Nova perspectiva do tipo legal. São Paulo: RT, 2009. p. 82.

⁵⁰⁵ Assim, CREUS, Carlos. **Derecho Penal.** Parte Especial... *Op. Cit.* p. 111. No mesmo sentido, Luciano Anderson de Souza explica que o “*delito de asociación criminosa se consume no momento da convergência de vontades de ao menos três pessoas no sentido da formação de um grupo voltado a praticar número indeterminado de crimes*”. In **Direito penal:** parte especial... *Op. Cit.* p. 481. Parece estar de acordo: SILVA SANCHEZ, Jesús María. La “intervención a través de organización”, ¿Una forma moderna de participación en el delito?. In CANCIO MELIÁ, Manuel; SILVA SANCHEZ, Jesús María. **Delitos de organización.** Motevideo/Buenos Aires: BdeF, 2020.

⁵⁰⁶ ZIFFER, Patrícia. **El delito de Asociación ilícita...** *Op. Cit.* p. 68.

A atribuição de um sentido exige, por óbvio, a existência de um comportamento capaz de suportar essa adscrição. Não por acaso, VIVES afirma sua concepção de ação como “*um sentido que, de acordo com um sistema de normas, pode ser atribuído a certos comportamentos humanos*”.⁵⁰⁷

Com a sua concepção significativa da ação, VIVES pretende excluir da dogmática jurídica qualquer tentativa de se estabelecer conceitos, sobretudo os atinentes à ação, sublinhando que não há nada de *comum* a todas as classes de ação tipicamente definidas. Deste modo, as ações não são conceituadas, mas podem ser aproximadas a partir de uma “*semelhança de família*”,⁵⁰⁸ isto é, de um parentesco entre as diferentes classes de ação. É o que nos permite identificar ações enquanto tais.⁵⁰⁹

Este parentesco simplesmente inexistente quando se coloca em evidência o simples *pacto* ou o *acordo* ilícito entre os membros da organização. Não há nada reconduzível à ideia de comportamento ou de movimento. Quando muito, a gramática por trás dessas noções transmite o significado de uma predisposição para a realização de algo. Ao contrário disso, associar-se demanda a realização de ações contextualizadas que, não se limitando ao mero acordo, podem ser percebidas pública e intersubjetivamente.

Para além disso, é possível que nos deparemos com o argumento de que a amplitude do verbo “associar” empregado no *caput* do artigo 288 do Código Penal seria tal a ponto de não identificar bem o que se proíbe, em violação ao princípio de taxatividade.⁵¹⁰

Segundo este ponto de vista, talvez seria mais adequado apontar para as ações concretamente proibidas, em um tipo de ação múltipla ou de conteúdo variado, como aquele do tipo de ação do artigo 2º da Lei 12.850/2013. Este, de seu turno, proíbe a “promoção”, “constituição”, “financiamento”, “integração” ou “comando” de

⁵⁰⁷ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 161.

⁵⁰⁸ Expressão de WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. 9 ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 52, nm. 67: “*Do mesmo modo formam uma família, por exemplo, as espécies de números. Por que chamamos algo de “número”? Ora, talvez porque tem um-direto-parentesco com alguma coisa que até agora se chamou de número; e pode-se dizer que através disso adquire um parentesco com alguma coisa que também chamaremos assim*”.

⁵⁰⁹ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 166-167.

⁵¹⁰ Neste sentido, FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon...** *Op. Cit.* p. 478, ao considerar que os delitos associativos são “*normalmente descritos em termos vagos e valorativos e, por isso, opostos ao princípio de legalidade estrita*”.

uma organização criminosa. Isso também está posto pela legislação espanhola, que proíbe a “direção”, “fundação” e “presidência” de uma associação criminosa.⁵¹¹

No entanto, também observamos na literatura uma tendência crítica a essa forma de redação do dispositivo. Para remediar, reclamam a adoção da voz reflexiva do verbo “associar”. Neste sentido, MARCOS ALAN DE MELO GOMES aponta que

Primeiramente, a escolha de verbos cujos significado se misturam. Afinal de contas, quem *promove algo* também *constitui ou integra esse algo*. Em segundo lugar, a opção do legislador em definir a *categoria jurídica* organização criminosa em outro parece tê-lo levado a buscar, de forma inexitosa, uma correspondência semântica estrita entre os núcleos do tipo e a conduta da associação. Assim, exemplificativamente, *promover uma associação* não esgota o significado da forma verbal *associarem-se*, pois equivale a apenas uma pequena expressão deste comportamento. E o mesmo se verifica com as composições *constituir uma associação*, *financiar uma associação* e *integrar uma associação*, as quais, ainda que conjuntamente consideradas, não exprimem com a precisão necessária o sentido de *associarem-se*, e exatamente por isso dão margem a elásticas ilações de significado.⁵¹²

Para evitar resultados quejandos, PATRÍCIA ZIFFER sugere que “*seja um requisito de legitimidade da figura [penal] exigir que o caráter de ‘membro’ se tenha exteriorizado em um aporte concreto dirigido a fomentar uma finalidade delitiva concreta*”.⁵¹³ O significado, deste modo, não se limita a adscrever que alguém é membro da associação, mas que, para além disso, contribuiu decisivamente com o plano delitivo a ser posto em marcha. Esta parece ser a relação intrínseca entre o verbo e o seu especial fim de agir.

Para representar o que se está a dizer com uma figura, nos termos como refere LUCAS MONTENEGRO⁵¹⁴, talvez se possa identificar a associação como uma forma de “instituição”, de modo que a constatação de sua operatividade demanda a adscrição de ações concretas e imputáveis às pessoas individualmente consideradas. Não basta, portanto, o mero acordo ou a anuência para com os fins da organização. Ainda que não evite a constatação de que se trata, em verdade, de atos preparatórios – a preparação de delitos futuros –, uma tal providência torna lícito identificar a

⁵¹¹ Cf. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **La asociación para delinquir...** *Op. Cit.* p. 23 e ss.

⁵¹² “A técnica empregada pelo legislador não prestigia a taxatividade penal, já tão mal tratada no Brasil”. GOMES, Marcos Alan de Melo. **Organizações e associações criminosas...** *Op. Cit.* p. 86-87.

⁵¹³ ZIFFER, Patrícia. **El delito de Asociación ilícita...** *Op. Cit.* p. 68.

⁵¹⁴ MONTENEGRO, Lucas. Die Kriminell Vereinigung als Unrechtsperson: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von § 129 II StGB... *Op. Cit.* p.494

associação criminosa enquanto instituição que congrega um conjunto de ações orientadas à consecução de um plano, elementos que nos permitem atribuir um vínculo aos seus membros.

Esta seria, seguramente, uma saída ao *déficit* de legitimidade da figura penal em apreço. Com esta interpretação não se está responsabilizando os autores por um estado associativo, pelo simples pertencimento, mas pela *exteriorização* mediante um aporte concreto apto a sinalizar os fins programáticos da referida associação. A nota característica da permanência, outrossim, também fará com que o contexto associativo concreto seja desnudado, com o apontamento das ações de seus membros que nos permitem afirmar haver uma associação delitiva.

Deste modo, vistas as coisas a partir da gramática profunda do verbo “associar” parece ser possível lançar um olhar de desaprovação às concepções que reduzem a associação ao mero acordo.

É neste sentido que nos parece inadmissível a formulação de delitos de mero estado, como propõe NÚRIA PASTOR MUÑOZ.⁵¹⁵ Afinal, se admitirmos a punição da associação apenas porque seus membros *estão* associados, sem qualquer preocupação com a delimitação de ações concretas e contextualizadas, já não será possível atribuir qualquer significado – cujas regras se formam a partir de *usos reiterados* em determinados modos de vida – a qualquer substrato. Tornando-se, aí sim, verdadeiros delitos sem ação.

4.2 O RESULTADO NO TIPO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA

Para bem compreender a relevância penal do comportamento ora investigado, parece fundamental acudir ao elemento “resultado” e a sua conseqüente vinculação normativa com a ação. É a partir disso que será possível afirmar haver desvalor de ação e de resultado na criminalização de associações ilícitas.

4.2.1 O resultado naturalístico

⁵¹⁵ PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática...** *Op. Cit.*

É corrente o empreendimento doutrinário de classificar as distintas formulações típicas a partir da sua capacidade de influir causalmente na alteração do mundo exterior.⁵¹⁶

Ainda que a origem desta classificação não seja muito clara, os delitos se divisam entre (i) aqueles em que o resultado naturalístico é necessário e sempre deve estar presente no procedimento de adequação típica do delito consumado; (ii) aqueles em que a exigência de resultado naturalístico é facultativa, podendo ou não incidir no caso concreto, o que tem efeitos sensíveis, como regra, ao âmbito de aplicação da pena e no concurso de infrações⁵¹⁷; e (iii) aqueles em que o resultado naturalístico é absolutamente desnecessário ao contexto de justificação do tipo de ação de que se trate.

Este discurso dá lugar, respectivamente, aos denominados *crimes materiais*, aos *crimes formais* e aos *crimes de mera conduta*.⁵¹⁸

Vale assinalar, entretanto, que há posicionamento doutrinário que rechaça esta classificação. É esta, por exemplo, a opinião de E. RAÚL ZAFFARONI, NILO BATISTA, ALEJANDRO ALAGIA e ALEJANDRO SLOKAR.⁵¹⁹ Justificam-na asseverando que a relação de conflito que justifica a criação de um tipo penal não pode estabelecer-se sem uma impressão sensível que se manifeste em uma mutação física no mundo.

O que ocorre nesses casos é que o legislador se utiliza de técnicas legislativas que ora colocariam a ênfase da incriminação sobre a ação e ora colocariam-na sobre

⁵¹⁶ Para Everardo da Cunha Luna, “O mundo exterior, uma vez modificado pela ação e pelo resultado, deve ser concebido em relação com o sujeito que atua e não em relação com todos os homens indistintamente. Assim, o que é mundo exterior para um determinado homem, pode não sê-lo para outro: o mundo psíquico do sujeito passivo de um crime de calúnia faz parte do mundo exterior em relação à pessoa daquele que calunia. Na injúria recíproca, por exemplo, o mundo psíquico, de cada um dos dois injuriadores faz parte do mundo exterior relativamente à pessoa daquele que injúria”. LUNA, Everardo da Cunha. **O resultado, no direito penal...** Op. Cit. p. 08.

⁵¹⁷ Juarez Tavares critica a figura dos delitos formais – ou de resultado cortado – assinalando que “Essa distinção entre crimes de mera atividade e crimes de resultado cortado só tem mesmo interesse especulativo e só vale dentro de uma análise da proibição em face da finalidade do agente”. TAVARES, Juarez. **Fundamentos...** Op. Cit. p. 184.

⁵¹⁸ Esta classificação é amplamente dominante na literatura e na jurisprudência nacional, fundamental a esse respeito é: COELHO, Walter. **Teoria geral do crime...** Op. Cit. p. 89 e ss. BUSATO, Paulo C. **Direito Penal: Parte Geral...** Op. Cit. p. 238-239.

⁵¹⁹ “da mesma forma que seria inconcebível proibisse ele [o legislador] resultados sem ação, é inadmissível que proíba ações sem resultado: sua função política e jurídica postula a individualização de um pragma integrado por ambos, ação e resultado”. ZAFFARONI, E. Raúl; *Et. Al.* **Direito penal brasileiro: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade.** 2ª ed. 2º vol. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 163.

o *resultado*. Deste modo, seja em tipos de *resultado* ou em tipos de *atividade*, a alteração sensível do mundo exterior é algo cuja comprovação é sempre exigível.

Em trabalhos anteriores, produzidos em coautoria a JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI, o Professor RAÚL ZAFFARONI ilustra a sua posição a partir de um exemplo que extrai da obra de ERNST VON BELING

qual é o resultado na ação de passar uma ponte? A resposta é bastante clara: antes da ação, a pessoa achava-se em um lado da ponte, e, após a ação, achava-se no outro. O legislador poderia ter legislado nos seguintes termos: dirigir passos para o lado oposto da ponte até atingir o seu final.⁵²⁰

Embora essa posição também seja passível de críticas – como a exigência de uma relação de causalidade mesmo para delitos formais, como a associação criminosa, e os de mera atividade, trazendo consigo exigências probatórias –, ela é fundamental para desnudar a fragilidade da classificação dominante e a estimular uma reimaginação dos seus pressupostos – o que já se tem feito, por exemplo, na obra de TIAGO JOFFILY, como analisaremos posteriormente.⁵²¹

De todo modo, é importante acentuar que os efeitos da classificação dominante se projetam sobre as exigências de consumação e da tentativa. Desse modo, enquanto modalidades delitivas que exigem necessariamente uma modificação no mundo exterior fisicamente destacada da ação, os delitos materiais estão entre aqueles em que a tentativa será sempre admitida.

De outro lado, os delitos formais, ou de consumação antecipada, nos quais o resultado até está previsto no tipo, mas não é exigido para a consumação, porque ambos têm lugar simultaneamente, de modo que a tentativa é apenas admitida ocasionalmente.

⁵²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José H. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9ª ed. Vol. 1. São Paulo: RT, 2011. p.411. Em seu *Tratado* Zaffaroni já advertia que “os chamados tipos (ou delitos) de mera conduta não são delitos sem resultado material, mas delitos com resultado material individualizado de maneira diversa, deduz-se que sempre há resultado material e, por conseguinte, admite-se a tentativa acabada em tais delitos, ao menos em alguns deles: aquele que executa uma conduta de injúria verbal, mas esta não chega ao conhecimento do sujeito passivo; ou aquele que declara falsamente algo, mas o juiz e as partes não ouvem ou sequer registram; etc.” (ZAFFARONI, E. Raúl. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, Vol. 3., 1980-1983. p. 268).

⁵²¹ JOFFILY, Tiago. **O resultado como fundamento do injusto penal**. Florianópolis: Empório do direito, 2016.

Por fim, os delitos de mera conduta, por não exigirem qualquer forma de resultado naturalístico, não admitem que a adequação típica seja realizada indiretamente com o auxílio da norma mediata ou de extensão da tentativa.

Com efeito, o homicídio é o exemplo clássico de delito material, já que a ação de matar pode ser destacada do efeito morte que dela resulta, sendo plenamente admissível a forma tentada. Por outro lado, um tipo incriminador de porte ilegal de arma de fogo pode ser tido como modalidade de crime de mera conduta, no qual a tentativa resta inviabilizada diante da ausência de qualquer resultado naturalístico destacado da ação. *Ter* algo em sua posse já é motivo bastante para imputar o tipo de ação em questão.

A associação criminosa, de seu turno, é amplamente aceita enquanto modalidade de delito *formal*,⁵²² sobretudo porque, como afirmamos, o que define essa estrutura típica é a externalização contextual de uma aderência ao plano delitivo mediante ações concretas. Pouco importa se, de fato, os membros estão reunidos no mundo naturalístico para a consecução do seu objetivo. Basta que tenham externalizado seu assentimento com o plano e que colaborem efetivamente com o grupo criminoso.⁵²³

A despeito de ser doutrinariamente admissível, neste tipo de ação em especial, o resultado naturalístico é logicamente impossível. Isso porque a nota característica da *permanência*, que diferencia o tipo de ação em comento de um mero concurso eventual de pessoas, faz com que a sua consumação ocorra a partir do ajuste entre os membros para o fim de constituir uma associação destinada à prática de crimes e se renove enquanto os associados permaneçam constituídos.

É por isso que, como dissemos, tem surgido alguns autores que propõem a inclusão de delitos de *estado* ao lado das tradicionais formas *comissivas* e *omissivas* de ação.⁵²⁴ A adequação dogmática – e, por que não dizer, constitucional – desta opinião não é deste lugar, serve apontar para o desacerto de uma classificação tão pouco útil à *praxis*.

⁵²² Assim, JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; *et al.* A nova redação proposta para o crime de quadrilha – art. 288 do CP. *In Revista liberdades*, n.º 9, p. 59-79, jan.-abr., 2012. p. 59.

⁵²³ SOUZA, Luciano A. **Direito Penal**: Parte Especial, v. 4... *Op. Cit.* p. 476.

⁵²⁴ Neste sentido, opina PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática...** *Op. Cit.*

4.2.2 O resultado jurídico

A despeito da classificação dos delitos quanto ao resultado naturalístico muitas vezes alcançar efeitos pouco claros e artificiais, o mesmo não pode ser dito a respeito da classificação dos delitos quanto ao resultado jurídico.

O artigo 13 do Código Penal brasileiro assinala que a existência do delito *depende* da existência de um *resultado*. Vimos que, para a doutrina amplamente majoritária, essa dependência não decorre da existência de um resultado naturalístico. Disso sucede que a exegese mais adequada aos termos da norma citada nos leva a admitir um resultado valorativo, jurídico, de modo a reconhecer que “*a estrutura do sistema de imputação ancora-se em uma estrutura normativa, axiológica*”⁵²⁵ e que exige a lesão ou exposição a perigo de um bem jurídico como pressuposto da intervenção penal.

Sob o prisma desta classificação, passa-se a ignorar o aspecto ôntico do resultado, a alteração sensível do mundo exterior, para focar o delito enquanto *lesão ou exposição a perigo de bens jurídicos*. Neste sentido,

O resultado jurídico encontra-se associado à dimensão axiológica da pretensão de ofensividade. Ou seja, somente se pode falar em tipo de ação quando afligido um bem jurídico. Na doutrina tradicional, discute-se se essa carga normativa, axiológica deve ser representativa de uma dimensão material da tipicidade ou se, justamente porque axiológica, pertencerá a uma dimensão material da antijuridicidade. Independentemente da postura que se adote, o resultado é idêntico, ou seja, a referência é sempre ao bem jurídico e, na construção aqui adotada, sempre se traduzirá na pretensão de ofensividade.⁵²⁶

A pretensão de ofensividade da norma penal, outrossim, busca aquilatar a existência e o grau de ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado.⁵²⁷ Estruturam-se, assim, os delitos de *dano* – ou de afetação – e os delitos de perigo – ou de exposição.

Nesta extensão, os delitos de dano se caracterizam por *afetar* o objeto de proteção da norma, destruindo-o ou vilipendiando-o. Para a consumação desses

⁵²⁵ BUSATO, Paulo C. **Direito Penal: Parte Geral...** *Op. Cit.* p. 239.

⁵²⁶ BUSATO, Paulo C. **Direito Penal: Parte Geral...** *Op. Cit.* p. 239.

⁵²⁷ ORTOS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. **Compendio de derecho penal (parte general)**... *Op. Cit.* p. 154; Há tradução para o português, em: GONZÁLEZ CUSSAC, José L.; BUSATO, Paulo C.; CABRAL, Rodrigo L. F.. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro**. Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 218.

delitos, exige-se a efetiva lesão ao bem jurídico. Por exemplo, a extinção da vida humana extrauterina, no caso do homicídio.

Por outro lado, nos delitos de perigo há uma antecipação ao dano efetivo, de modo que o legislador criminaliza a mera exposição, concreta ou potencial, a perigo do objeto de justificação da intervenção.⁵²⁸ Desse modo, a mera exposição do bem a risco, independente da lesão, é suficiente para completar o tipo de ação.

Vale assinalar que esta classificação pode ser conjugada à anterior de modo a criar delitos materiais de perigo ou delitos de mera atividade de dano. Exemplo da primeira hipótese é o delito de incêndio, no qual o legislador exige um resultado material que comprove a exposição a perigo do bem penalmente tutelado, que é a incolumidade pública. No mesmo sentido, LUÍS GRECO explica que

enquanto a distinção entre delitos de lesão e de perigo se refere ao bem jurídico, a distinção entre delitos de resultado e de mera conduta parte da existência ou não de um objeto da ação espaço-temporalmente diverso da conduta do agente.⁵²⁹

Em monografia dedicada ao tema, BLANCA MENDOZA BUERGO explica que tradicionalmente os delitos de resultado de perigo abstrato encontram fundamento em duas posições distintas. A primeira, a denominada “teoria da presunção do perigo”, parte de uma presunção do legislador de que a prática de determinada ação conduzirá sempre e necessariamente a um perigo ao bem jurídico.⁵³⁰ Segundo esta teoria, a afetação perigosa do bem constitui uma consequência necessária oriunda da ação, razão pela qual haveria uma presunção legal absoluta da sua existência.⁵³¹ A segunda teoria é denominada pela autora como sendo da “periculosidade geral”, pela qual a exposição a perigo de uma ação é presumida como “motivo do legislador”, que realiza um raciocínio estatístico de que determinadas condutas levam a determinados resultados socialmente indesejáveis.⁵³² Desta maneira

⁵²⁸ MARTINELLI João P.; DE BEM, Leonardo S. **Lições fundamentais de direito penal...** *Op. Cit.* p. 394-395.

⁵²⁹ GRECO, Luís. **Modernização do Direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato...** *Op. Cit.* p. 40.

⁵³⁰ MENDOZA BUERGO, Blanca. **Limites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto.** Granada: Comares, 2001. p. 67-68.

⁵³¹ JOFFILY, Tiago. **O resultado como fundamento do injusto penal...** *Op. Cit.* p. 234.

⁵³² MENDOZA BUERGO, Blanca. **Limites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto...** *Op. Cit.* p. 68. Da mesma maneira, PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática...** *Op. Cit.* p. 59.

(...) não importa para os seguidores dessa corrente se a ação concretamente praticada revelava-se apta, ou não, a colocar em perigo o bem jurídico, bastando que, no geral, condutas com as mesmas características especificadas no tipo sejam, como regra, idôneas para produzir o resultado que o legislador pretende evitar.⁵³³

Há também aqueles autores que não dispensam alguma manifestação empírica do resultado como fundamento de legitimidade da incriminação, mesmo em delitos de perigo abstrato. Com isso, buscam assegurar alguma legitimidade à conduta incriminada de modo a inviabilizar a intervenção penal em situações limites. Neste sentido, MENDOZA BUERGO propõe que aos delitos de perigo abstrato seja exigido que o comportamento ostente uma periculosidade objetiva em concreto, valorada desde uma perspectiva *ex ante*,⁵³⁴ o que seria possível mediante uma avaliação normativa da criação ou do incremento do risco nos termos da teoria da imputação objetiva. Com isso concorda, no Brasil, PIERPAOLO BOTTINI, que afirma não haver “*diferença qualitativa entre os crimes de perigo abstrato, os crimes de perigo concreto e os crimes de lesão, pois os três estão atrelados ao mesmo fundamento valorativo, que é a periculosidade*”.⁵³⁵

Seja qual for a teoria encampada, é cediço que se admite que a fonte de perigo pode expor a perigo bens jurídicos *individuais*, como a vida no caso do abandono de incapaz, ou a bens jurídicos *supraindividuais*,⁵³⁶ também conhecidos por *coletivos*.⁵³⁷ Estes, de seu turno, também comportam uma subdivisão interna entre bens jurídicos supranindividuais ou coletivos “sociais gerais” e bens jurídicos supraindividuais ou coletivos “difusos”. Segundo CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ os primeiros seriam interesses compartilhados pela generalidade da sociedade, ao passo que os últimos estariam ligados a interesses setoriais particularizados, como trabalhadores, empresários, consumidores etc.⁵³⁸ O elemento que os une é a

⁵³³ JOFFILY, Tiago. **O resultado como fundamento do injusto penal...** *Op. Cit.* p. 234.

⁵³⁴ MENDOZA BUERGO, Blanca. **Limites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto...** *Op. Cit.* p. 387-388.

⁵³⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato.** 2 ed. São Paulo: RT, 2010. p. 222-223.

⁵³⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa...** *Op. Cit.* p. 164: Quem emprega o vocábulo supraindividual referindo-se a um “*bem jurídico que não é de natureza meramente individual*” (destaques no original). Na sua avaliação, bem jurídico coletivo é uma expressão sinônima de supraindividual. No entanto, isso não é pacífico. Sobre o tema: BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico penal supraindividual...** *Op. Cit.*

⁵³⁷ Assim, MARTINELLI João P.; DE BEM, Leonardo S. **Lições fundamentais de direito penal...** *Op. Cit.* p. 395

⁵³⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa...** *Op. Cit.* p. 166-169.

necessária referência ao ser humano enquanto núcleo essencial de todo o ordenamento jurídico.⁵³⁹

O resultado de perigo pode vir previsto expressamente no tipo incriminador, de modo a ser claramente percebido pelo intérprete, mas há casos em que o resultado perigoso não pode ser imediatamente percebido, sendo “*possível deduzir sua existência concreta mediante uma análise do próprio discurso jurídico que encampa a norma proibitiva*”.⁵⁴⁰

A literatura penal há muito vem propugnando que a efetiva lesão a bens jurídicos de natureza material deve ser a base fundamental – ou o núcleo básico do conteúdo do injusto, como disseram COBO DEL ROSAL e VIVES ANTÓN⁵⁴¹ – de toda forma de incriminação, propondo que as modalidades de delitos de perigo, concreto ou abstrato, constituam um papel secundário. Isso porque

Para um Direito penal liberal, o objetivo primário é a conservação das condições materiais e externas da coexistência; e, a este objetivo, devem fazer-se subordinadas tanto a proteção de bens jurídicos de natureza ideal como o castigo de simples colocações em perigos dessas condições materiais.⁵⁴²

No entanto, diante do que se vem denominando como Direito penal do risco – ou da sociedade de risco⁵⁴³ –, essa proposta vem sendo cada vez mais restringida. O primado da lesão de bens jurídico parece ceder espaço a incriminações que pretendem tutelar valores cada vez mais vagos, imprecisos e indeterminados, antecipando cada vez mais a tutela penal e oferecendo dignidade penal (“*Strafwürdigkeit*”) a meros atos preparatórios, verdadeiras “criminalizações no estágio prévio”,⁵⁴⁴ como veremos adiante.

⁵³⁹ Neste sentido, VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 611.

⁵⁴⁰ TAVARES, Juarez. **Fundamentos...** *Op. Cit.* p. 192.

⁵⁴¹ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. **Derecho Penal...** *Op. Cit.* p. 254.

⁵⁴² COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. **Derecho Penal...** *Op. Cit.* p. 254 – adaptação nossa.

⁵⁴³ É por isso que Renato Mello Jorge Silveira escreve que “os problemas atinentes ao crime de quadrilha ou bando se agigantaram na sociedade de risco. Essa é uma inafastável verdade. Fundamentalmente, os problemas advindos, v.g., com a globalização, acabaram por gerar pleito cada vez maior quanto à antecipação de tutela e quanto a situações de estados de prevenção mais frequentes” (sic). SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Do atual desvirtuamento da imputação do crime de quadrilha ou bando na realidade brasileira. *In Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo...* *Op. Cit.* p. 219.

⁵⁴⁴ Neste sentido, JAKOBS, Günther. Incriminação no estágio prévio à lesão de um bem jurídico. *In Fundamentos do Direito Penal. 2ª ed.* Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2012; também GRECO, Luís. A criminalização no estágio prévio: um balanço do debate alemão... *Op. Cit.*

Neste sentido, explica VIVES ANTÓN que é inegável que no “Direito penal moderno” o perigo ocupa um lugar mais destacado do que ocupara nas formulações do denominado Direito penal clássico. Segundo afirma, isso não é devido a uma alteração de função do sistema de imputação, mas a uma modificação do contexto vital, das formas de vida. No contexto clássico, os perigos decorriam das forças da natureza ou de agressões anômalas dolosas. Isso foi radicalmente alterado a partir da sociedade contemporânea, desenvolvida sobre a base da tecnologia que cria, por si só, perigos e riscos muito graves que estão presentes em nosso cotidiano. Neste sentido, VIVES ANTÓN esclarece

É inegável que no Direito penal moderno o perigo ocupa um lugar mais destacado do que no [Direito penal] clássico. Mas isso não se deve a uma alteração de função do Direito penal, mas a uma alteração de contexto vital, de forma de vida: de uma sociedade em que os perigos procediam basicamente das forças naturais ou anômalas agressões dolosas passamos a viver em outra, em uma sociedade desenvolvida sobre a base de uma tecnologia que cria seus próprios perigos e ne qual, por conseguinte, os riscos muito graves formam parte da nossa vida cotidiana.⁵⁴⁵

Naturalmente, o incremento dos riscos cotidianos conduz a uma tentativa de preveni-los ou minorá-los. A legitimidade desta prevenção em termos penais, contudo, é que vem sendo colocada em questão.

Com efeito, alguns autores vêm afirmando a inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato. Para exemplificá-los, servir-nos-emos de dois pontos de vista opostos: No âmbito da doutrina crítica, JUAREZ TAVARES considera ilegítimo fundamentar a punibilidade dessas incriminações em uma expectativa de perigo,⁵⁴⁶ isentas de quaisquer fundamentos empíricos. Deste modo, sustenta que se deva afastar do círculo de incidência do Direito penal o que chama de “delitos de mera desobediência”.⁵⁴⁷ Também GÜNTHER JAKOBS, na juventude do seu funcionalismo

⁵⁴⁵ VIVES ANTÓN, Tomás S.; CUERDA ARNAU, María L. Estado autoritario y adelantamiento de la “línea de defensa penal. In **Pensar la libertad**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 602-603.

⁵⁴⁶ “Como não se pode exigir do Estado o reconhecimento de uma expectativa de direito, igualmente não se pode exigir do cidadão que oriente sua conduta diante de perigos presumidos”. TAVARES, Juarez. **Fundamentos...** Op. Cit. p. 190.

⁵⁴⁷ “dado que os fenômenos sociais, como é o caso da ação proibida, variam no tempo como consequência das modificações que se processam nas relações humanas e no desenvolvimento da participação do sujeito na elaboração normativa, é absolutamente incompatível com o sistema de garantias da ordem jurídica estabelecer presunções de efeitos para determinada conduta que o legislador considere indesejável conforme seus objetivos político-criminais”. TAVARES, Juarez. **Fundamentos...** Op. Cit. p. 191.

sistêmico, aventou a ilegitimidade dos delitos de perigo abstrato, máxime porque estes constituem fragmentações de uma norma jurídica principal, de forma a antecipar a tutela penal a um estágio prévio à lesão do bem jurídico.⁵⁴⁸

No âmbito desta classificação, predomina na literatura especializada⁵⁴⁹ a opinião de que os delitos de organização, em geral, e o delito de associação criminosa, em particular, constituem crimes de resultado de perigo abstrato. Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS argumenta que o perigo presumido decorre do fato de que

a mera *existência* de associações destinadas à prática de crimes, ligada à própria dinâmica que lhes é inerente, põe irremissivelmente em causa o sentimento de paz que a ordem jurídica visa criar nos seus destinatários e a crença na manutenção daquela paz a que os cidadãos têm direito, substituindo-os por um nocivo sentimento de receio generalizado e de medo do crime.⁵⁵⁰

Com isso não está de acordo MARCUS ALAN DE MELO GOMES, que considera um preocupante equívoco a posição dominante, sobretudo porque

nos crimes de associação, marcados pela permanência e pelo concurso necessário-requisitos *sine qua non* para que se possa falar de uma vontade direcionada à futura prática de infrações penais – não se pode prescindir do vínculo entre *estado de perigo e dano potencial*. A conduta de *associar-se* terá sempre o propósito de preparar as circunstâncias adequadas à futura execução de tipos penais, o que constituirá, ao lado do objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, o conteúdo volitivo do comportamento. E a potencialidade do dano – que, ao final, é o que deve interessar à tutela penal – só existirá quando configurada previamente situação concreta de perigo de lesão.⁵⁵¹

À margem da discussão em torno do bem jurídico justificador da intervenção penal, é forçoso reconhecer que o delito em testilha se fundamenta em um *mero*

⁵⁴⁸ JAKOBS, Günther. Incriminação no estágio prévio à lesão de um bem jurídico. Trad. André Luís Callegari. In **Fundamentos do direito penal**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012. p. 160.

⁵⁴⁹ Por todos, BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa...** Op. Cit.; FARALDO CABANA, Patricia. **Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español**. Madri: Tirant lo Blanch, 2018; CANCIO MELIÁ, Manuel. 'El injusto de los delitos de organización: peligro y significado...' Op. Cit.; SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal: parte especial**. Vol 4... Op. Cit.

⁵⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **As «associações criminosas» no código penal português de 1982 (arts. 287º e 288º)**... Op. Cit. p. 27 e ss.

⁵⁵¹ GOMES, Marcus A. M. **Organizações e associações criminosas**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 82-83. Ademais, o autor sustenta que, se não forem consumados os delitos planejados pela associação, o perigo concreto “deverá ser apreciado mediante juízo sobre a progressão dos atos de associação e exposição do bem jurídico – daquele que for protegido pelo tipo dos crimes posteriores – a risco de dano. Em outras palavras, o perigo concreto se materializará à medida que os atos de associação se aproximarem do início da execução de outros crimes”. Ibidem, p. 84.

estado associativo, ainda que fundamentado em ações prévias que fundamentem a associação, mas que expõe a perigo abstrato de lesão o objeto da norma penal. Isso, por si só, constitui um dado objetivo de que o tipo de ação de ação se inscreve em uma antecipação de barreiras de imputação que merece ser melhor examinada.

Não nos parece haver inconstitucionalidade na existência pura e simples de delitos de perigo abstrato. Antes, pelo contrário. Em alguns momentos, a própria Constituição fez expressa referência a eles mediante mandados de criminalização (*ex vi*, artigo 5º, XLIII). É certo, no entanto, que se deve examiná-los sempre sob a ótica do princípio de ofensividade, de modo que a sua leitura esteja restringida a hipóteses em que a ação concretamente realizada seja capaz de inviabilizar o desenvolvimento do indivíduo em sociedade.

Também é digna de nota a opinião de TIAGO JOFFILY, que restringe a aceitação de incriminações de perigo abstrato à hipótese de restar atingida a esfera de liberdade do cidadão pela prática da conduta arriscada.⁵⁵² Essa postura faz com que a identificação da ofensividade não fique limitada ao raciocínio estatístico do legislador, como muitas vezes se sustenta, mas que possa retornar às mãos do julgador enquanto dado necessário para conformar a imputação penal.

No entanto, para examinar a validade do perigo, atendendo às exigências de ofensividade que toda norma penal encerra, cumpre avançar para discutir a sua relação com o bem jurídico formalmente tutelado pela norma em questão, se há, de fato um bem jurídico e se a incriminação é capaz de oferecer o controle esperado para isso.⁵⁵³

4.2.3 A imputação objetiva e a causalidade no tipo de associação criminosa

A literatura penal, como regra, não costuma encontrar dificuldades no campo da imputação objetiva dos delitos associativos.

Isso porque o verbo-núcleo do tipo “associarem-se” faz com que a consumação da infração ocorra no momento em que os membros manifestam a

⁵⁵² JOFFILY, Tiago. **O resultado como fundamento do injusto penal...** *Op. Cit.* p. 229 e ss.

⁵⁵³ Não basta simplesmente afirmar “a racionalidade do crime, porque responde a um propósito adequado de tutela”, pois, muitas vezes, pode-se acabar “por negá-lo, porque o sistema não pode oferecer, nesses casos, esse tipo de tutela. Seria uma tutela que poderia ser, ao mesmo tempo, realmente necessária, mas racionalmente impossível”. VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 634.

convergência de vontades de praticar uma série indeterminada de delitos em contextos variados. Da mesma forma, é por esse motivo que a consumação se estende no tempo até a dissolução da associação constituída para este fim.

Segundo anota LUCIANO ANDERSON DE SOUZA, uma vez formada a associação, o eventual abandono posterior por um dos seus membros não descaracteriza a figura penal, porque o tipo se consuma antecipadamente, enquanto delito formal.⁵⁵⁴

Não é possível investigar algum eventual momento destacado da conduta associativa com relação ao resultado produzido, enquanto condição sem a qual o crime não teria acontecido. Afinal, se tomarmos como referência a opinião daqueles que sustentam que o mero concerto de vontades é suficiente para imputar o tipo em questão, seria necessário investigar o momento em que o acordo se estabeleceu, no plano subjetivo dos seus membros, vinculando-o ao momento exato em que a associação de fato se formalizou. O que é, evidentemente, desnecessário e, quando não, ilógico.

Há quem identifique na causalidade não mais o fundamento da imputação penal objetiva, como sustentou, por exemplo, o paradigma ôntico-ontológico,⁵⁵⁵ mas o de um “*limite negativo de responsabilização do sistema de imputação*”.⁵⁵⁶ Para esta posição, que consideramos acertada, a causalidade dentro da teoria jurídica do delito atende a função de “*eliminar a possibilidade de incriminação de casos fortuitos, distinguindo-os de fatos delitivos, bem como para definir os conceitos de perigo e de lesão a bem jurídicos*”.⁵⁵⁷

À margem desta discussão, é praticamente unânime na doutrina penal moderna que a imputação penal objetiva não se resume ao mero debate em torno da causalidade do comportamento.⁵⁵⁸ Admiti-lo implicaria em aceitar como possíveis injustiças facilmente remediáveis com a implementação de critérios de recorte que caminham ao lado, ou complementarmente, à discussão causal.

Desta forma, uma variedade de autores passou a desenvolver critérios de imputação objetiva que permitem, em maior ou menor medida, evitar soluções

⁵⁵⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal**: parte especial. Vol 4... *Op. Cit.* p. 481.

⁵⁵⁵ Por todos, LIZST, Franz von. **Tratado de Direito penal alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia., 1899. t. 1.

⁵⁵⁶ BUSATO, Paulo C. **Direito penal**: parte especial, v. 03... *Op. Cit.* p. 249.

⁵⁵⁷ BUSATO, Paulo C. **Direito penal**: parte especial, v. 03... *Op. Cit.* p. 249

⁵⁵⁸ ROXIN, Claus. **Strafrecht**, A. T. I... *Op. Cit.* p. 371 e ss.

dogmáticas contrárias à moral-justiça que inspira a formação de um ordenamento jurídico-penal voltado à solução justa de problemas práticos.⁵⁵⁹

Neste sentido, CLAUS ROXIN desenvolveu seus critérios voltando seus olhos aos delitos de resultado naturalístico, baseados na ideia de risco e no alcance normativo do tipo. Deste modo, não se pode imputar penalmente o resultado ao autor se ele não criou ou incrementou a realização do risco, bem como se o resultado não está abarcado pelo alcance normativo do tipo. No entanto, como vimos, o delito de associação criminosa não se inscreve na classificação de delitos de dano ou de resultado, de modo que os clássicos critérios não são capazes de solucionar a questão.

Para as infrações de perigo, ROXIN admite que imputação objetiva do resultado jurídico deve ser realizada à semelhança de um “*tipo de imprudência sem consequências*” (“*Tatbestände folgenloser Fahrlässigkeit*”), no sentido de que a punibilidade fica dependente de uma infração do cuidado devido. Em complemento, o autor concorda com BERND SCHÜNEMANN no sentido de que a infração do cuidado que determina a responsabilidade no caso de um perigo abstrato é oriunda do aspecto subjetivo, isto é, uma infração subjetiva do cuidado.

De acordo com isso, a responsabilidade penal já existiria se o autor deixa de observar as medidas de precaução que, subjetivamente, julgasse necessárias, ainda que as precauções tomadas fossem objetivamente suficientes para eliminar o perigo, tendo em conta todas as circunstâncias.⁵⁶⁰

Deste modo, o perigo deve decorrer de uma avaliação *ex ante* no sentido do resultado de perigo produzido. ROXIN afasta, portanto, a ideia de que o *perigo* necessário à imputação seria aquele já previsto pelo legislador. ROXIN prossegue e afirma que nos delitos de resultado de perigo, o bem penalmente tutelado – supraindividual ou individual – deve ser daqueles passíveis de ser exposto a um perigo presumido – não deixando claro quais bens jurídicos seriam esses.⁵⁶¹

⁵⁵⁹ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 369.

⁵⁶⁰ ROXIN, Claus. **Strafrech**, AT 1... *Op. Cit.* p. 428, nm. 155.

⁵⁶¹ A crítica a respeito de uma avaliação cerrada sobre bens jurídicos e o perigo abstrato pode ser consultada em GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito... *Op. Cit.* p. 10 e ss., quem se socorre dos seguintes textos para formular soluções tópicas entre o perigo e o bem penalmente tutelado: WOHLERS, Wolfgang; VON HIRSCH, Andrew. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid/Barcelona:

Em oposição aos critérios de ROXIN, GÜNTHER JAKOBS propôs parâmetros que se baseiam no resultado jurídico produzido e não mais sobre o resultado natural. Para ele, “a causalidade e a realização do risco não são só problemas da consumação nos crimes de resultado”.⁵⁶² E para concretizar sua premissa, para além das finalidades ínsitas ao sistema de imputação – de conservação do estado da sociedade por meio da vigência de suas normas – o autor parte da sociologia de NIKLAS LUHMANN para sustentar que os contatos sociais mantidos entre os diferentes “subsistemas-psicofísicos” – eufemismo empregado para agrupar as noções de “pessoa” e de “inimigo” – em uma determinada relação cumpre um “papel” (“*Rol*”).⁵⁶³ E a partir destes papéis é que será possível determinar a quem pode ser imputado objetivamente o resultado, com base em critérios distintos. Deste modo, explica PAULO BUSATO

(...) se alguém sofre um dano ou um perigo normativamente relevante, há que se perquirir antes, se este dano ou perigo decorre de uma inter-relação social e, em segundo lugar, se nesta inter-relação foi a própria vítima do dano ou perigo quem violou as regras pertencentes ao seu “papel” ou se a violação deu-se por parte do terceiro que com ela se relacionou, hipótese em que haverá possibilidade de imputação.⁵⁶⁴

Em uma suma grosseira, seus critérios gerais, como amplamente conhecidos, partem do “risco permitido”, uma variação não só terminológica do que assume ROXIN, mas uma “alteração de chave”, que parte do permitido ao não permitido, e não o inverso, como sugere o funcionalismo teleológico-racional; o “princípio de confiança”, que se baseia na premissa de que àqueles que atendem às regras sociais não se pode imputar o resultado desvalioso; a “proibição de regresso”, que permite a exclusão da responsabilidade daqueles intervenientes da relação causal que eventualmente possam ter contribuído à realização do ilícito, mas que se limitaram a desempenhar o seu papel; e a “competência da vítima”, critério que abarca a realização de ações a próprio risco e o consentimento.⁵⁶⁵

Marcial Pons, 2007; e HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *In Anales de derecho*. Universidad de Murcia. N. 19, pp. 147-158, 2001.

⁵⁶² JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación... *Op. Cit.* p. 230.

⁵⁶³ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación... *Op. Cit.* p. 243 e ss.

⁵⁶⁴ BUSATO, Paulo C. **Fatos e mitos sobre a imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 108.

⁵⁶⁵ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación... *Op. Cit.* p. 241-280.

Partindo de uma perspectiva *crítica*, TIAGO JOFFILY apresenta uma interessante tese. Segundo propõe, deve-se realizar uma reconciliação entre os delitos de perigo abstrato e o princípio de ofensividade, de modo a atrelar a legitimidade da imputação dessas modalidades de perigo à capacidade de que a ação praticada igualmente transforme o mundo exterior. É com essa transformação, que afeta a esfera de existência livre e autônoma de uma quantidade indeterminada de pessoas – eis, aí, a abstração -, que o perigo abstrato estará justificado. Deste modo, exige-se do intérprete que argumente e exponha, *ex post*, como a esfera de existência livre e autônoma foi posta em perigo com a ação do autor. Com efeito, isso o permite admitir imputações

na forma de perigo abstrato se a conduta proibida transformar a realidade no entorno do autor de tal forma que nenhuma outra pessoa possa dele se aproximar sem colocar em perigo concreto algum trecho de sua existência elevado à categoria de bem jurídico pelo legislador.⁵⁶⁶

Da discussão em torno do perigo abstrato, parece correto identificar duas posições distintas: uma, a dominante, que estabelece o perigo de modo *ex ante*, como motivo do legislador, com independência de qualquer valoração a respeito de sua validade enquanto elemento do tipo;⁵⁶⁷ e outra, que procura aproximar o perigo concreto do abstrato, exigindo a sua integração no interior da pretensão de ofensividade, de modo que se deve constatá-lo *ex post*, isto é, pelo julgador.⁵⁶⁸

No que tange às associações criminosas, em particular, alguns autores vem sustentando que mesmo diante da primeira posição, é importante investigar a respeito da violação do bem jurídico justificador da intervenção penal, não sendo dado ao julgador escudar-se na motivação do legislador na criação do tipo para imputar o tipo de ação ao seu autor. Neste sentido, RENATO DE MELLO JORGE DA SILVEIRA

⁵⁶⁶ JOFFILY, Tiago. **O resultado como fundamento do injusto penal...** *Op. Cit.* p. 273.

⁵⁶⁷ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal.** Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 621 e ss.

⁵⁶⁸ Propondo o abandono de soluções globais nos limites dos crimes de perigo abstrato, está GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito... *Op. Cit.* p. 08. Assumindo globalmente soluções *ex post* JOFFILY, Tiago. **O resultado como fundamento do injusto penal...** *Op. Cit.*

Em verdade, mesmo em situações de incriminação hipotética *ratio legis*, deve-se perquirir se se está, ou não, afetando, de qualquer sorte, o bem jurídico tutelável. Assim, seria justificável que, em análise teleológica e em se considerando do risco criado, incrementado ou diminuído, poder-se-iam verificar casos em que determinadas associações de mais de três pessoas para o fim de cometimento de crimes não seriam típicas, apesar de positivamente descritas.⁵⁶⁹

A relação entre o perigo abstrato e os bens jurídicos justificadores da ingerência penal à conta do tipo de ação de associação criminosa serão examinados detidamente na pretensão de ofensividade da norma.

4.3 A PRETENSÃO DE OFENSIVIDADE DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA: UMA REVISÃO SIGNIFICATIVA DOS SEUS FUNDAMENTOS

Os ordenamentos jurídicos de diferentes países inseridos na nossa tradição jurídico-continental inserem topograficamente a legitimidade da intervenção penal do tipo de ação de associação criminosa a partir de várias denominações distintas. Seja porque a conduta associativa expõe perigo a “paz pública”, como ocorre no caso do Código Penal brasileiro; a “segurança e a ordem pública”, como sustenta o *Strafgesetzbuch* (StGB) alemão; a “tranquilidade pública”, no caso do Código Penal da Nação Argentina; dentre outras aparições.⁵⁷⁰

Ainda que sob diversas denominações, parece certo que a incriminação procura assegurar um certo padrão de segurança social⁵⁷¹ que, por si só, não serviria como um fundamento idôneo para oferecer a dignidade penal do tipo legal.⁵⁷² A partir disso, a literatura se encarregou de detalhar os fundamentos jurídicos que poderiam sustentar validamente a imposição do castigo pela simples formação de um grupo destinado à prática de delitos.

⁵⁶⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Do atual desvirtuamento da imputação do crime de quadrilha ou bando na realidade brasileira... *Op. Cit.* p. 221-222.

⁵⁷⁰ Alguns autores mencionam expressamente a ameaça à segurança pública interna, à ordem estatal, ao monopólio estatal da violência, à própria existência do Estado em geral e à ordem constitucional como fundamentos materiais da associação criminosa. Cf. SCHEIFF, Bernd. **Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Verinigungen (§129 StGB)?**. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1996 e ZIFFER, Patrícia. **El delito de asociación ilícita...** *Op. Cit.* p. 34-42.

⁵⁷¹ Neste sentido, HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el StGB. *In* HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 386 e ss.

⁵⁷² Neste sentido, informa BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 201.

Em uma breve recapitulação do que vimos, são vários os argumentos legitimadores da incriminação. Para além da paz pública enquanto bem justificador da intervenção penal, há a opinião de que o tipo de ação se sustentaria legitimamente desde o ponto de partida da exposição a perigo abstrato dos bens jurídicos individuais que a associação criminosa se propõe a lesionar. Há também a tentativa de se legitimar a incriminação afirmando que as associações criminosas constituem verdadeiros “agentes ilícitos coletivos”, argumento que se apoia na periculosidade inerente à mera existência de uma associação contrária à lei para fundamentar o delito. Também outros afirmam que o conteúdo do injusto penal radica no abuso do direito fundamental de associação pelos seus membros. Finalmente, alguns autores sustentam que a associação delitiva somente deve ser punida se a sua existência colocar em xeque o *monopólio estatal da violência* cujo exercício é incumbido apenas ao Estado, o que reserva o seu âmbito de incidência às hipóteses em que associações se voltem à prática de delitos violentos.⁵⁷³ Todos estes argumentos merecem ser confrontados com os direitos fundamentais inscritos na Constituição para buscar justificar adequadamente enquanto ponto de apoio material da incriminação.

É certo que prevalece na literatura quanto às diferentes denominações que as propostas em torno dessa “conformação de segurança coletiva” podem ser adequadamente identificadas enquanto bens de natureza supraindividual ou coletiva. Isso porque, a norma incriminadora em questão estaria preocupada em assegurar o “*sentimento de segurança que possui toda pessoa*”,⁵⁷⁴ de modo a justificar a intervenção penal de comportamentos capazes de afetá-la diretamente. Este sentimento de paz – ou de segurança – pública, segundo a descrição típica do artigo 288 do Código Penal, estaria exposto já abstratamente à perigo de lesão, fruto da mera existência de uma associação voltada à prática de crimes.⁵⁷⁵

A partir disso, com o intuito de melhor precisar o conteúdo material da infração em testilha, cumpre examinar a literatura especializada e os modos pelos quais procuram justificar seus fundamentos. Examinaremos um a um, sem embargo de

⁵⁷³ Um resumo das propostas em: SCHEIFF, Bernd. **Wann beginnt...** *Op. Cit.*; HABIB, Gabriel. **Associação criminosa...** *Op. Cit.*

⁵⁷⁴ MAGALHÃES NORONHA, E. **Direito Penal** – Parte Especial... *Op. Cit.* p. 89.

⁵⁷⁵ Magalhães Noronha, no entanto, considera haver lesão à paz pública e perigo aos bens jurídicos aos quais a associação se propõe a lesionar. MAGALHÃES NORONHA, E. **Direito Penal** – Parte Especial... *Op. Cit.* p. 89.

acrescentarmos outros argumentos, sob a ótica da *concepção procedimental de bem jurídico* tal qual pensada e desenvolvida por TOMÁS S. VIVES ANTÓN.

Comum aos argumentos está a tese de que a criminalização estará justificada pelo fator “estabilidade” da associação. Ao contrário do concurso eventual de pessoas, que merece tratamento diverso – relacionado ao agravamento da pena, em nosso ordenamento jurídico⁵⁷⁶ -, seria justamente a “estabilidade” o elemento capaz de expor a perigo – abstrato ou concreto – os bens jurídicos justificadores da ingerência penal.

Deste modo, a resposta concreta ao problema em torno da pretensão de relevância do tipo de ação de associação criminosa deve colocar à prova os argumentos citados para verificar se é possível encontrar neles algum fundamento legítimo e capaz de identificar o abalo à preservação do desenvolvimento social do indivíduo em sociedade, e não a tutela de uma mera função estatal,⁵⁷⁷ como fundamento de toda e qualquer incriminação penal.⁵⁷⁸

O tipo de ação, é certo, não se esgota com a mera desvalorização da ação praticada pelo autor.⁵⁷⁹ Ainda que a inexistência de ação seja suficiente para desautorizar a intervenção penal, o desvalor da conduta é um primeiro passo, certamente insuficiente, para autorizar uma reação punitiva sobre a liberdade alheia.⁵⁸⁰

Mesmo nas hipóteses em que o tipo preveja a mera exposição a perigo ao bem jurídico enquanto fundamento bastante à constatação da relevância do

⁵⁷⁶ CP - Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984); II - coage ou induz outrem à execução material do crime; III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

⁵⁷⁷ Identificando a segurança pública como uma função estatal incapaz de ser tutelada penalmente por meio de uma incriminação, BOZZA, Fábio. **Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal...** *Op. Cit.* p. 188 e ss.

⁵⁷⁸ “*Sendo a dignidade humana e os direitos fundamentais o fundamento do nosso Estado, e sendo ao mesmo tempo a ordem estatal a base necessária para a liberdade humana, todo o Direito estatal deve dirigir-se à preservação do livre desenvolvimento da personalidade*”. STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. In HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico.** ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 108.

⁵⁷⁹ Considerando o desvalor de resultado o mero pressuposto de punibilidade e admitindo que o desvalor de ação é isoladamente suficiente para identificar a relevância penal do comportamento, está a opinião de ZIELINSKI, Diehart. **Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito...** *Op. Cit.* p. 236.

⁵⁸⁰ Neste sentido, VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 634 e ss.

comportamento, está claro que a verificação da *ofensividade* ou do seu potencial ofensivo é condição *sine qua non* para afirmar a relevância penal da ação.

Não basta, simplesmente, buscar apoio em um *conceito* de bem jurídico para apontar o que justifica a intervenção penal. A legitimidade da ingerência só pode decorrer da capacidade do sistema de imputação de oferecer o tipo de tutela que se espera da incriminação, o que acaba por levar ao oferecimento de *boas razões* para validar procedimentalmente a tutela penal.

4.3.1 Uma revisão significativa dos bens jurídicos coletivos enquanto fundamento da pretensão de ofensividade

A opinião amplamente majoritária na literatura, como vimos na seção 3.4.1 *supra*, reconhece no bem jurídico supraindividual “paz pública”⁵⁸¹ o fundamento material justificador da tutela penal no tipo de ação de associação criminosa.

No entanto, também é de se destacar que vem crescendo na doutrina a opinião que nega à “paz pública” – e as suas definições derivadas – a dignidade de um legítimo ou verdadeiro bem jurídico supraindividual. Esta opinião está fundamentada na premissa de que não existiria “*um estado de ‘paz pública’, como entidade abstrata*”.⁵⁸² Ao criminalizar condutas sobre a base de um bem coletivo desta natureza, “*não se descreve um bem jurídico suficientemente concreto*”⁵⁸³.

Segundo esta visão crítica, tanto o tipo associativo, quanto as demais infrações assignadas como protetoras da “paz pública” “*só adquirem significado se puderem influir, em termos de probabilidade, na segurança ou estabilidade das pessoas*”.⁵⁸⁴

Afinal, se o que existe, de fato, é um *estado* – ou *sentimento* – individual de segurança, não seria possível identificar a “paz pública” enquanto um legítimo representante da tutela de *bens* de natureza coletiva, já que a identificação do

⁵⁸¹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; *et al.* A nova redação proposta para o crime de quadrilha – art. 288 do CP... *Op. Cit.* p. 59; DOTTI, René Ariel. A organização criminosa é uma forma qualificada do concurso de pessoas.. *Op. Cit.*

⁵⁸² TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**... *Op. Cit.* p. 195.

⁵⁸³ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?... *Op. Cit.* p. 452.

⁵⁸⁴ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**... *Op. Cit.* p. 195.

sentimento tutelado apenas poderia ser empiricamente alcançada acudindo ao conteúdo do sentimento das pessoas.

Daí porque, corretamente, ROLAND HEFENDEHL aponta que sempre que se ouça que um tipo foi formulado para proteger a segurança coletiva, a ordem pública e, acrescentamos, a paz pública, dever-se-ia colocar uma “luz vermelha” de alarme sobre os seus argumentos.⁵⁸⁵ Afinal, como refere LUÍS GRECO,⁵⁸⁶ a simples indicação de um bem jurídico coletivo, como a paz ou a segurança públicas, enquanto fundamento de uma incriminação costuma facilitar o trabalho do legislador, sobretudo quando se aliam a isso técnicas de antecipação de barreiras de imputação, como o resultado de perigo abstrato. Em razão disso, parece importante investigar se o sistema jurídico é, em si, capaz de oferecer a justificação adequada para a ingerência penal nesta modalidade delitiva.⁵⁸⁷

Nos termos de uma *concepção procedimental do bem jurídico*, parece correto afirmar que é possível sustentar que o conceito maior de “ordem pública”, do qual a “paz pública” constitui uma espécie, ostenta um indício significativo de sua importância social.⁵⁸⁸

Basta para dizê-lo que o Estado tem a função instrumental de assegurar a convivência pacífica entre os cidadãos. Este é um dos motivos que ensejou a sua formulação enquanto gestor de Direitos alheios. Afinal, simplesmente não é desejável que as pessoas convivam em um estado de permanente conflito e de agressões mútuas generalizadas. Há uma certa expectativa coletiva de que todos possam conviver em uma realidade de não enfrentamento⁵⁸⁹ e de segurança dos seus Direitos.

A partir disso, o único legitimado para pôr termo a eventual estado de animosidade conflitiva entre os cidadãos é o Estado, enquanto terceiro interessado na preservação de uma determinada ordem e que deve buscar assegurá-la segundo os meios constitucionalmente legítimos de que disponha. Desde o ponto de vista do Estado de Direito, não seria válido ignorar esse dever fundamental e relegá-lo aos próprios cidadãos, ante o risco de se admitir o justicamento e a formação de milícias privadas constituídas como meio de se assegurar um determinado estado de coisas.

⁵⁸⁵ HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto... *Op. Cit.* p. 155.

⁵⁸⁶ GRECO, Luís. **Modernização do direito penal**... *Op. Cit.*

⁵⁸⁷ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal**... *Op. Cit.* p. 798 e ss.

⁵⁸⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**... *Op. Cit.* p. 156.

⁵⁸⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: Parte Especial 2. 3ª ed... *Op. Cit.* p. 239.

Aliás, a formação de grupos paramilitares, capazes de instituir verdadeiros Estados paralelos – ou Estados dentro de outro Estado, como refere ROXIN ao tratar da autoria mediata em uma cadeia de comando própria de aparatos organizados de poder⁵⁹⁰ – demonstra bem como um estado de conflito coletivo pode ser nocivo ao desenvolvimento social dos próprios indivíduos em sociedade, na medida em que são capazes de limitar a liberdade individual constitucionalmente assegurada.

Neste sentido, VIVES ANTÓN e CUERDA ARNAU destacam que tanto a *ordem pública* quanto a *paz pública* constituem bens jurídicos de “segunda ordem”, que nascem fundamentalmente para proteger o que chama de bens de “primeira ordem” – como a vida, a saúde, a liberdade sexual etc. -, isto é, aqueles bens ou direitos que resultariam irrealizáveis sem o reconhecimento daquela segunda classe de expectativas de intervenção. A razão para esta divisão radica

(...) na distinta incidência que a tutela penal dos mesmos [sic] tem na liberdade, isto é, no recorte que a ameaça penal implica para a liberdade, que é indiscutivelmente maior quando nos deparamos ao que denominamos “de segunda ordem”. Se isso é assim, resultado que o processo de justificação do castigo se torna mais difícil por natureza e a entidade da interferência (“*entidad de la injerencia*”).⁵⁹¹

É com base na referência ao asseguramento desse estado de coisas que o ordenamento jurídico brasileiro passa a fazer referência expressa à ordem pública em diversas situações, tanto no âmbito penal, quanto processual, civil e administrativo. Como exemplo disso, ao tratar do dever do Estado na promoção da segurança pública, em seu artigo 144, a Constituição da República estabeleceu que a sua realização será exercida para preservar a “ordem pública”. Da mesma maneira, no artigo 34, o Constituinte admite que a União realize intervenção federal sobre outras unidades federativas de modo a pôr termo a grave comprometimento da “ordem pública”, isto é, a um estado exterior de obediência às regras do convívio social, do qual a paz pública constitui uma simples espécie.⁵⁹²

Para além desta referência, RENATO DE MELLO JORGE DA SILVEIRA sustenta que a “paz pública” também encontra previsões indiretas na Constituição da República.

⁵⁹⁰ ROXIN, Claus. **Täterschaft und tatherrschaft**... *Op. Cit.* p. 244 e ss.

⁵⁹¹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; CUERDA ARNAU, Maria Luísa. Estado autoritario y adelantamiento de la “línea de defensa penal” ... *Op. Cit.* p. 595-596.

⁵⁹² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; *et al.* **Derecho penal**: parte especial... *Op. Cit.* p. 167-168.

Cita o preâmbulo da Lei Fundamental e “o caso da baldada harmonia social”⁵⁹³ como base para o seu argumento. De modo que, ainda que indiretamente, a *paz pública* “*veste-se, a princípio, com amparo constitucional*”.⁵⁹⁴

Com isso, é certo que o que fez o Constituinte foi estabelecer um interesse – de todo legítimo – na preservação de um estado de permanência externa e material da convivência cidadã, na dicção de VIVES. Em outras palavras, com aquelas previsões, o Constituinte assinalou que há um “*indicativo de interesse social*”⁵⁹⁵ na preservação da paz pública.

Não obstante, a investigação a respeito da legitimidade de um argumento para servir de motivo justificador da intervenção punitiva não se interrompe na constatação de que o tema esteja previsto em alguma norma constitucional e que ostente algum relevo social. Uma tal formulação poderia conduzir à conclusão de que a instituição do bem jurídico se reduziria a uma *petitio principii*, já que bastaria para a fundamentação de uma incriminação recorrer-se aos preceitos constitucionais já estabelecidos.⁵⁹⁶

Sem embargo, desde a perspectiva da concepção procedimental, a legitimidade ou ilegitimidade dos preceitos penais exige, enquanto condição elementar, que os tipos penais “*tutelem algo que possa ser considerado desde a perspectiva constitucional como um bem*”,⁵⁹⁷ de modo que “*a ideia de bem serve de intermediário entre a norma constitucional e a penal*”.⁵⁹⁸

Com efeito, a questão parece residir em verificar se os argumentos que identificam a “paz pública” enquanto um “sentimento social de segurança” influem decisivamente no desenvolvimento social do indivíduo e são capazes de limitar a

⁵⁹³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Do atual desvirtuamento da imputação do crime de quadrilha ou bando na realidade brasileira... *Op. Cit.* p. 220. Próximo a esse argumento, TOURINHO, José L. B. **Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas**... *Op. Cit.* p. 34.

⁵⁹⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Do atual desvirtuamento da imputação do crime de quadrilha ou bando na realidade brasileira... *Op. Cit.* p. 220. Vale acentuar que o preâmbulo da Constituição da República não corresponde a qualquer forma de norma constitucional, mas um mero enunciado de princípios políticos sem qualquer força para impor sanções ou obrigações ante o seu descumprimento.

⁵⁹⁵ GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**... *Op. Cit.* p. 55.

⁵⁹⁶ Em uma tal circularidade incorrem todos aqueles que partem dos Direitos fundamentais enquanto limite e fundamento da incriminação, como STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal... *Op. Cit.* p. 108; DIMOULIS, Dimitri. **Direito penal constitucional**... *Op. Cit.* p. 233.

⁵⁹⁷ MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**... *Op. Cit.* p. 155.

⁵⁹⁸ MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**... *Op. Cit.* p. 155.

liberdade individual. Recorrer, simplesmente, à ideia de insegurança, neste sentido, parece insuficiente e, ademais, pode se revestir de um autoritarismo velado. Afinal, não é infrequente ouvir que há um contraste entre segurança e liberdade, de modo que *“todas as inseguranças são debitadas na conta da liberdade”*.⁵⁹⁹ Levado ao limite, seria o mesmo que afirmar que *“a segurança não pode ser obtida porque essa ou aquela liberdade constitucional limita desnecessariamente o poder do Estado de reprimir os males que causam mais danos”*.⁶⁰⁰

A literatura crítica, aliás, já há algum tempo vem destacando a ausência de conteúdo autônomo à ideia de segurança, sendo que este conceito ostenta uma posição instrumental ou acessória para a satisfação de necessidades humanas ou para assegurar Direitos individuais reconhecidos.⁶⁰¹ Seguindo este raciocínio, *“a segurança deve ser entendida como a relação, objetiva ou subjetiva, que os sujeitos possuem com a estabilidade dos meios de acesso a suas necessidades”*.⁶⁰²

Se por “sentimento social de segurança” pretende-se expressar a ideia de que o recurso à paz pública busca a simples “não realização de delitos”, parece forçoso reconhecer que já não haverá qualquer conteúdo material na punição dos membros de associações criminosas.⁶⁰³ Desde o ponto de partida da preservação do livre desenvolvimento social de indivíduos, a criminalização de uma conduta com o objetivo de proteger um “sentimento” tão vago e abstrato, sem qualquer referência intersubjetiva, revela que o fundamento tutelado pelo tipo é juridicamente inofensivo.⁶⁰⁴ Não haverá, assim, desde o plano constitucional, um bem, mas uma simples expectativa.

E uma expectativa, ainda que constitucionalmente prevista, não pode ser afetada diretamente, muito menos exposta a perigo, seja ele concreto ou abstrato.

⁵⁹⁹ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 833. No mesmo sentido, HASSEMER, Winfried. **¿Por qué castigar?...** *Op. Cit.* p. 66-68, quem afirma que: *“A necessidade de segurança é estruturalmente insaciável. Sempre cabe um pouco mais de segurança no saco já repleto de controles e sanções e, quiçá, seja essa peça que ainda temos para garantir o que pode nos salvar no futuro”*.

⁶⁰⁰ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 833.

⁶⁰¹ Cf. BARATTA, Alessandro. Seguridad. *In. Criminología y sistema penal.* Buenos Aires: B de F, 2004. p. 200-202.

⁶⁰² BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal...** *Op. Cit.* p. 201.

⁶⁰³ Neste sentido, HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el StGB... *Op. Cit.* p. 386-387.

⁶⁰⁴ Ainda que possam *“desencadear na população ou em determinados grupos de pessoas o medo, a insegurança, a indignação ou a ira”*. HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el StGB... *Op. Cit.* p. 390.

Pode, isso sim, ser frustrada.⁶⁰⁵ Recorrer a este argumento para legitimar a incriminação, parece-nos evidentemente equivocado.⁶⁰⁶ Há, de fato, um simples indício de que a questão é relevante e que merece alguma forma de consideração pela ordem jurídica – o que não significa que se deva reclamar necessariamente a instrumentalização da ordem jurídico-penal.⁶⁰⁷

É certo que o mero fato de que algo esteja expressamente previsto em uma disposição constitucional não torna, *eo ipso*, este algo passível de incriminação. “*Não basta que algo seja um valor intrínseco, nem que seja um valor para o direito, para que o direito penal tenha de protegê-lo*”,⁶⁰⁸ como refere LUÍS GRECO. Como é cediço, em razão da abrangência da sua extensão, a Constituição brasileira oferece tutela a valores dos mais variados. Por exemplo, a proteção oferecida ao Colégio Dom Pedro II no § 2º do artigo 242 da Lei Fundamental é um claro exemplo do que estamos argumentando.

A despeito de estar afirmado enquanto um interesse constitucionalmente assegurado, não seria legítimo sustentar, por exemplo, a criminalização da tentativa de retirar aquela instituição de ensino da órbita federal.⁶⁰⁹ Não há argumentos que validem uma criminalização neste sentido. O mesmo ocorre com a pretensão de tutela da segurança pública ou de um interesse – ou sentimento – individual de segurança. Isso ocorre porque há toda uma exigência de *intervenção mínima* do Direito penal que está na base das tipificações penais concretas.⁶¹⁰

Disso resulta que deve haver um esforço argumentativo adicional do intérprete para legitimar a aplicação de qualquer forma de criminalização da “paz pública”, seja

⁶⁰⁵ Neste sentido, Muñoz Conde acentua o caráter contrafático das expectativas, cuja vigência não se modificaria em nada ante o seu descumprimento. Ao contrário disso, à frustração corresponde uma sanção que confirma sua necessidade e vigência. Sobre o tema, amplamente, MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social**. Jerez: Fundación Universitaria Jerez, 1985. p. 22.-23. Próximo a isso, é o argumento de JAKOBS, Günther. **Derecho penal...** *Op. Cit.* p. 44-47, sobretudo o nm. 5.

⁶⁰⁶ Neste erro incorre TOURINHO, José L. B. **Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas...** *Op. Cit.* p. 34.

⁶⁰⁷ A respeito do aspecto fragmentário da intervenção penal, BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito penal brasileiro...** *Op. Cit.* p. 83 e ss.

⁶⁰⁸ GRECO, Luís. **Modernização do direito penal...** *Op. Cit.* p. ix.

⁶⁰⁹ GRECO, Luís. Princípio de ofensividade...

⁶¹⁰ Nilo Batista leciona que ao “*princípio de intervenção mínima se relacionam duas características do direito penal: a fragmentariedade e a subsidiariedade*”, sendo a primeira uma oposição a uma visão totalizante da necessidade de se impor incriminações, enquanto a segunda é considerada um “remédio sancionador extremo”, ministrado apenas ante a insuficiência dos recursos disponíveis. Portanto, uma pressupõe a outra. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito penal brasileiro...** *Op. Cit.* p.82-84.

ela primária ou secundária, conciliando expressamente o desvalor de ação com o desvalor de resultado. Sem isso, a incriminação carecerá de base para constituir um referencial ao tipo de ação de que se trate.

Embora, de fato, seja algo em si intangível – e a doutrina já se encarregou de criticar os bens jurídicos espiritualizados⁶¹¹ –, é certo que o estado de paz pública pode ser intersubjetivamente – ou linguisticamente – percebido.⁶¹²

Essa percepção, entretanto, deve ser identificada por meio de indicadores externos – como, por exemplo, a falta de confiança das pessoas em estarem reunidas em ambientes externos e abertos ao público, de manterem contato umas com as outras ou mesmo de estabelecerem relações econômicas –, sem qualquer referência ao ânimo ou a sentimentos individuais, o que só tem lugar diante da prática de condutas concretas e que causem alguma forma de alarma social.⁶¹³

A paz pública, portanto, não pode ser tomada enquanto um bem jurídico supraindividual carente de qualquer justificação legítima. É possível formular tipos de ação incriminadores que se justificam porque provocam um alarma social que impede o livre desenvolvimento social do indivíduo.

Basta pensar, por exemplo, no tipo incriminador do Código Penal espanhol de “desordens públicas”, que pune a atuação de grupos que executem atos de violência ou intimidação sobre as pessoas, ou que obstaculizem vias públicas ocasionando um perigo para a vida ou a saúde das pessoas. Em um tal estado de coisas, é certo que haverá uma intranquilidade generalizada, causada não apenas pela mera existência de grupos, mas pela realização de atos concretos aptos a demonstrar a falta de confiança das pessoas em estarem em espaços públicos.⁶¹⁴

O ponto de real contestação da legitimação material do tipo de associação criminosa, desse modo, não está na definição da paz pública enquanto bem jurídico, mas radica em outro problema. Realiza-se, isso sim, na exigência de ofensividade na constituição desses grupos.

Segundo LUÍS GRECO, ao estabelecer diretrizes para identificar bens jurídicos supraindividuais justificados daqueles não justificados, “*a menção a danos remotos*

⁶¹¹ Cf. por todos, HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto... *Op. Cit.*

⁶¹² BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: Parte Especial 2... *Op. Cit.* p. 240.

⁶¹³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: Parte Especial 2... *Op. Cit.* p. 240.

⁶¹⁴ COLOMER BEA, David. **El tratamiento penal de los desórdenes públicos**. pp. 432. Tese de Doutorado – Universidade de Valencia, Valencia, 2019. p. 82, com referências.

não basta para fundamentar um bem jurídico coletivo".⁶¹⁵ Portanto, não basta o mero apelo à paz pública para considerar superada a questão da ofensividade da conduta. Sob esta rubrica, afirma TATJANA HÖRNLE, poderiam ser legitimadas tipificações que incriminem condutas que provoquem sentimentos negativos a terceiros ou meros *tabus sociais*.⁶¹⁶

Como todo e qualquer bem jurídico, também a paz pública depende de um segundo momento de argumentação, que põe em destaque as formas sob as quais o bem justificador da intervenção penal pode ser agredido pela ação humana.⁶¹⁷ Afinal, como também esclarece TATJANA HÖRNLE,⁶¹⁸ existem tipos nos quais a ação tipificada é objetivamente inofensiva, sendo utilizada como um instrumento repressor adequado para desencadear na população ou em determinados grupos de pessoas um alarma social.

Não obstante, é imperioso observar que a pretensão de ofensividade da norma penal se estabelece a partir de um duplo papel: por um lado, ao ameaçar com pena determinados comportamentos, via de regra, o legislador já avalia o potencial de ofensividade da conduta em abstrato (podemos designar de "ofensividade em abstrato"). Por outro, para afirmar a relevância penal do comportamento é necessário que se estabeleça um procedimento de argumentação que nos permita identificar se a conduta concretamente considerada é capaz de agredir um bem de modo suficientemente grave a ponto de que possamos afirmar que ela impede o desenvolvimento social do indivíduo (podemos denominar de "ofensividade em concreto").⁶¹⁹

Como se vê, ambos operam desde a base dos contextos de argumentação e permitem, por um lado, determinar o discurso de legitimidade abstrato do castigo penal e, por outro, destacar as relações externas entre o tipo e a ação, de modo a oferecer o sentido concreto da conduta.⁶²⁰

⁶¹⁵ GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato...** *Op. Cit.* p. 53.

⁶¹⁶ HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el StGB... *Op. Cit.* p. 395 (com expressa referência à paz pública, p. 396).

⁶¹⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Do atual desvirtuamento da imputação do crime de quadrilha ou bando na realidade brasileira... *Op. Cit.* p. 220.

⁶¹⁸ HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el StGB... *Op. Cit.* p. 390.

⁶¹⁹ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa...** *Op. Cit.* p. 151-152.

⁶²⁰ O princípio de intervenção mínima aplicado ao delito de furto constitui um bom exemplo da adstrição de sentido concreto da ação.

Este, neste sentido, trata de um passo seguinte à ofensividade em abstrato e que se aproxima ao que LUÍS GRECO,⁶²¹ seguindo parcialmente a WOLFGANG WOHLERS,⁶²² chama de *estrutura do delito*, mas que, aqui, segundo a lógica de uma argumentação racional que caracteriza o bem jurídico em sentido procedimental, está inscrita na essência da subpretensão de ofensividade da pretensão de relevância da norma.

Em resenha, esta verificação estabelece uma relação entre o bem jurídico justificador da intervenção penal e a forma eleita pelo legislador para justificar a punição.⁶²³ Em outros termos, a pretensão de ofensividade da norma depende de uma necessária argumentação que põe em destaque o bem jurídico e o resultado jurídico que conforma a adequação típica da ação, tudo com o objetivo de verificar se o sistema é, de fato, capaz de oferecer a tutela esperada pelo legislador.

Segundo esclarece WOHLERS, é importante observar que a legitimidade das normas jurídicas depende da comprovação de que as condutas que compõem o núcleo-duro do tipo são capazes de se relacionarem ao bem jurídico que justifica a intervenção.⁶²⁴ Em outros termos, tão importante quanto a determinação do interesse, é a determinação do *como* o bem jurídico pode ser agredido.

No mesmo sentido, estabelecendo as relações internas entre o bem jurídico procedimentalmente considerado e a forma como se lhe afeta, mas partindo de um recorte monista-humanista, esclarece PAULO BUSATO que

⁶²¹ Quem admite expressamente uma concentração de esforços por oferecer critérios procedimentais, em vez de substanciais. Cf. GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato...** *Op. Cit.* p. 39.

⁶²² Um resumo dos seus argumentos em WOHLERS, Wolfgang; VON HIRSH, Andrew. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa...* *Op. Cit.* p. 285 e ss.

⁶²³ “De acordo com isso, a teoria dos bens jurídicos define o que se protege, vale dizer, a afetação causada pelo comportamento contrário à norma. De outro lado, as considerações a respeito da estrutura do delito definem o modo como se dá essa proteção, é dizer, as características detalhadas do comportamento contrário à norma: definem se trata-se de um delito de lesão, de perigo concreto ou abstrato”. GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría da pena de Feuerbach...** *Op. Cit.* p. 264.

⁶²⁴ WOHLERS, Wolfgang; VON HIRSH, Andrew. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa...* *Op. Cit.* p. 287.

O recorte pela referência aos bens jurídicos se relaciona, ainda, com as técnicas de tipificação, pois não se trata apenas de que a incriminação guarde um perfil de legitimidade em razão do bem jurídico a que vai referida, mas também em relação à classe de ataque que aponta como sendo grave o suficiente para justificar a intervenção penal.⁶²⁵

Segundo WOHLERS, são preparatórias as condutas que em si mesmas são inócuas, mas que pode servir de base para outras condutas lesivas a bens jurídicos. Isto é, condutas que possuem algum potencial de risco. Deste modo, qualquer critério que se estabeleça não pode se basear no fato de que a “*conduta conectada aos atos preparatórios era previsível ou não*”.⁶²⁶ Ela há de conter certa autonomia, de modo a facilitar o acesso à comissão de delitos – o que, na associação criminosa, pode ser verificado com a própria estrutura oferecida aos membros para o desenvolvimento do plano.

Partindo de uma visão dualista, que separa os conceitos de bens individuais e coletivos, aqui parcialmente rechaçada, propõe o autor uma série de critérios tópicos, baseados em grupo de casos, para a afirmação de uma “imputação justa” de um comportamento contra um bem jurídico coletivo. Esses critérios se dividem em três classes de delitos: *delitos preparatórios*, *delitos acumulativos* e *delitos de perigosidade concreta*. Segundo nos parece, o delito de associação criminosa melhor se encaixa na definição de delitos preparatórios, sobretudo porque, como afirmamos, a intervenção punitiva estatal atua ainda que os delitos-fim da associação não tenham sequer sido iniciados, em um excepcional ato de criminalização de atos preparatórios. Segundo o autor, a ampliação da punibilidade de delitos preparatórios deve atender a uma análise da “*conduta conforme ao seu fim*” [“*bestimmungsgemäß*”] e também à “*implicação normativa*” [“*Normative Involvement*”], isto é, que a conduta preparatória do primeiro autor possa influir na ação subsequente de quem realiza a conduta.⁶²⁷

Este último critério é apresentado com base em quatro grupos de casos: (i) condutas dirigidas direta e imediatamente a determinar outras pessoas a realizar condutas delitivas (o exemplo é a incitação); (ii) condutas que transmitem conhecimentos específicos (*know-how*) a respeito da prática delitiva posterior; (iii)

⁶²⁵ BUSATO, Paulo C. **Direito penal**: Parte Geral, vol. 1... *Op. Cit.* p. 286.

⁶²⁶ WOHLERS, Wolfgang; VON HIRSH, Andrew. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa... *Op. Cit.* p. 292,

⁶²⁷ WOHLERS, Wolfgang; VON HIRSH, Andrew. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa... *Op. Cit.* p. 293-299.

condutas de fabricação ou colocação em circulação de objetos perigosos; e, finalmente, (iv) condutas que constituam “mau exemplo” a outras pessoas.⁶²⁸

Inobstante, esses critérios todos parecem dizer respeito mais a questões de imputação objetiva do resultado subsequente, do que à pretensão de ofensividade da norma. Ademais, eles não respondem adequadamente sobre como, por exemplo, a “paz pública” pode ser colocada em perigo pela ação subsequente. A este argumento poderia se objetar o fato de que WOHLERS não incluiu essas classes de considerações em seus critérios, o que seria verdadeiro. No entanto, também é forçoso reconhecer que os critérios oferecidos igualmente não são capazes de justificar a incriminação. O fim da associação criminosa, neste sentido, é sempre ilícito. No entanto, a implicação normativa não responde bem aos fundamentos do delito, isso porque a descrição do comportamento típico não exige que a execução dos delitos posteriores tenha sido sequer iniciada. Contenta-se, isso sim, com uma exteriorização de um acordo entre os seus membros cujo propósito seja a comissão futura de delitos.

Com efeito, tendo em vista o necessário perigo abstrato para a paz pública, parece-nos forçoso reconhecer que a conduta associativa prevista no artigo 288 do Código Penal não parece cumprir com as exigências de ofensividade. Isso porque de um simples ajuste entre indivíduos, sobre o qual se assenta a existência da associação criminosa, não se é capaz de extrair qualquer sensação de insegurança permanente na sociedade, dado que esta simplesmente não é afetada, “*senão apenas em um imaginário abstrato*”.⁶²⁹

O eventual risco social que deflui da formação permanente e estável de uma associação formada para a prática de delitos é idêntico a uma associação eventual, temporária ou instantânea voltada à prática de crimes. Basta contrastar os casos de (i) uma associação criminosa criada para a prática de roubos e (ii) a mesma prática de roubos realizada por dois indivíduos de modo eventual e temporário. Desde o ponto de vista do bem jurídico, qual seria a diferença entre a exposição a perigo entre uma e outra conduta?

Inobstante a inexistência de qualquer diferença entre ambas as formas de exposição a perigo, o primeiro caso está sujeito a uma pena de um a três anos de

⁶²⁸ WOHLERS, Wolfgang; VON HIRSH, Andrew. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa... *Op. Cit.* p. 296-299.

⁶²⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: Parte Especial 2. 3ª ed... *Op. Cit.* p. 251.

reclusão, além da pena consequente relacionada à prática dos crimes-fim; ao passo que, para a segunda conduta, a legislação se contenta em agravar genericamente a pena do delito-fim praticado, nos termos do artigo 62 do Código Penal.⁶³⁰

É possível ventilar outros exemplos que destacam a distância entre o perigo exposto à paz pública pela associação criminosa e o perigo ínsito a outras formas concursais. Pense-se, agora, em (i) uma associação criminosa que se propõe a praticar diversos delitos contra a ordem tributária. Em contraste, coloque-se em foco (ii) uma dupla de autores, vinculados entre si e imputáveis reciprocamente, que se propõem a realizar disparos de arma de fogo em lugares variados, com o propósito de causar um alarma social. É certo que, entre ambos os casos, o perigo exposto à paz pública é já muito mais intenso no segundo caso, dado que, como refere RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA, a “*desestrutura da paz pública mostra-se, notadamente, maior em termos da própria presença ou uso de armas*”.⁶³¹

Deste modo, o “alarma social”, que caracteriza o estado de intranquilidade pública, causado pela associação criminosa é, para dizer o mínimo, idêntico às demais formas concursais de práticas delitivas. Diante disso, fica claro que se criou um delito específico com um resultado – o perigo abstrato – que é comum a todos os outros delitos. Com efeito, é por isso que se sugere não ser possível sustentar materialmente este tipo de ação como um delito contra a paz pública.⁶³²

Alguns autores contestam essa conclusão. É o caso, por exemplo, de RENATO MATOS, que parte “*do pressuposto de que o concurso de pessoas, per se, jamais teria forças para expor a risco relevante esse bem jurídico*”.⁶³³ Retomando uma perspectiva neokantiana de compreensão valorativa do conceito de bem jurídico, o autor toma a “paz pública” enquanto um recurso interpretativo capaz de encontrar o “*real sentido e finalidade da Lei*”, que se limitaria à “*repressão dos lesivos vínculos associativos criminosos, esses sim capazes de agredir a paz pública*”.⁶³⁴

⁶³⁰ Afinal, o potencial de risco para a sociedade como um todo, que guarda uma associação voltada para a práticas delitivas de caráter permanente e com membros definidos, é exatamente a mesma de uma associação temporária ou instantânea voltada a práticas delitivas. Não obstante, não se castiga, em absoluto, a associação temporária em si, senão somente a realização dos crimes planejados. BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: Parte Especial 2. 3ª ed... *Op. Cit.* p. 252

⁶³¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Do atual desvirtuamento da imputação do crime de quadrilha ou bando na realidade brasileira... *Op. Cit.* p. 217.

⁶³² BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: Parte Especial 2. 3ª ed... *Op. Cit.* p. 252.

⁶³³ MATOS, Renato. **Crimes associativos**... *Op. Cit.* p. 57.

⁶³⁴ MATOS, Renato. **Crimes associativos**... *Op. Cit.* p. 57.

Ainda que não negue que em alguns casos o mero concurso eventual de pessoas possa “*gerar uma significativa intranquilidade no seio da coletividade*”⁶³⁵, MATOS propõe uma interpretação restritiva da paz pública, o que faz com o objetivo de evitar uma indevida banalização do bem jurídico.⁶³⁶ Embora o autor não o afirme expressamente, parece sustentar que a interpretação restritiva deve levar em conta o caráter da *estabilidade do vínculo* como critério de exposição a perigo da paz pública.

Segundo o autor, em continuidade, todas as demais infrações associativas devem ser interpretadas enquanto tipos que de algum modo expõem a perigo a paz pública. Sobre esta opinião é possível antever certa controvérsia. Afinal, por que razão, então, o legislador deveria se preocupar em definir novas incriminações associativas? Uma resposta possível seria: para a impressão de “rótulos” – no melhor estilo do *labelling approach* – distintos a cada forma de associação, estabelecendo novos marcos penais de acordo com a gravidade dos fins a que se propõe. A legitimidade de tais incriminações, inclusive, podem ser legitimamente contestadas enquanto instrumentalização de um Direito penal meramente simbólico.

É de se constatar, no entanto, que desses argumentos não se extrai nada a respeito da ofensividade da conduta.

Para PAULO BUSATO, a pretensão de ofensividade poderia ser afirmada apenas com uma eventual difusão pública da associação criminosa, mas jamais da associação em si. Com isso, o autor também propõe uma exegese restritiva do tipo legal, *de lege lata*, de modo que a punibilidade do comportamento esteja ao menos condicionada à difusão pública do propósito delitivo que orienta os membros associados. Somente assim, afirma, seria possível aventar uma violação à paz pública enquanto bem penalmente tutelado.⁶³⁷

No entanto, parece-nos necessário realizar um recorte ainda mais restritivo desta interpretação, de modo a limitar a incidência do tipo para situações em que realmente a paz pública pode ser agredida, o que, segundo nos parece, apenas pode ocorrer com a indicação de modalidades de ofensa bem delimitadas. A isso nos deteremos nos próximos tópicos.

⁶³⁵ MATOS, Renato. **Crimes associativos**... *Op. Cit.* p. 58.

⁶³⁶ MATOS, Renato. **Crimes associativos**... *Op. Cit.* p. 58-59.

⁶³⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: Parte Especial 2. 3ª ed... *Op. Cit.* p. 252.

4.3.2 Uma revisão significativa da antecipação de tutela de bens jurídicos individuais como fundamento da pretensão de ofensividade

A partir desta seção estão reunidos os argumentos que desconsideram a “paz pública” enquanto fundamento material da incriminação de associação criminosa. Segundo a tese da antecipação, a ofensividade do comportamento derivaria de uma genuína antecipação da tutela dos bens jurídicos individuais visados pela associação.

Para bem esclarecer esta posição, cumpre enfatizar que, segundo a redação típica, pune-se a associação de três ou mais pessoas “para o fim de cometer crimes”. Para a opinião qualificada desta posição, os bens jurídicos que justificariam a punição dos crimes-fim, deste modo, igualmente justificariam a punição dos membros da associação desde a exposição a perigo que a constituição desta oferece àqueles.

Em que pese seja uma tese genuinamente antecipatória, é bem verdade que ela é capaz de restringir a exegese típica, limitando a amplitude do bem jurídico concretamente afirmado e da própria pretensão conceitual de relevância da norma penal incriminadora. Dentro deste esquema argumentativo, em princípio, a proposta se mostraria condizente com a função de asseguramento do desenvolvimento social do indivíduo.

Também é certo que esta proposta se mostra muito mais apta a garantir a segurança dos direitos dos cidadãos do que o recurso simplista a bens jurídicos supra-individuais como a paz, a ordem ou a segurança públicas. Basta para afirma-lo que ao identificar os bens jurídicos concretamente tutelados, encontra-se um fundamento material autônomo para o conceito de segurança, que se traduz como condição para assegurar direitos ou para satisfazer necessidades humanas básicas.⁶³⁸

No entanto, os problemas desta proposta principiam com o passo subsequente, mormente com a verificação concreta da ofensividade da conduta associativa. Em outras palavras, na relação entre os bens jurídicos justificadores da ingerência penal e a forma de realização do perigo. Cumpre lembrar, com VIVES ANTÓN, que o princípio de execução é um limite genérico à intervenção penal em regimes democráticos e que, portanto, só é possível admitir como exceção a punição de atos preparatórios (isto é, a proposição, a provocação e a conspiração) quando

⁶³⁸ BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal...** *Op. Cit.*

estes se revelem delitos autônomos muito graves e que representem um perigo verdadeiramente insuportável ao livre desenvolvimento dos indivíduos em sociedade, ainda que não imediatamente.⁶³⁹

Neste sentido, é certo que a punição de atos meramente preparatórios espelha uma restrição na própria liberdade individual, de modo que constitui uma nota peculiar ao tratamento penal oferecido por regimes autoritários.⁶⁴⁰ E, precisamente para evitar uma tal aproximação, costuma-se afirmar que o seu emprego só é admitido em hipóteses de relevância excepcional racionalmente justificada.

Ao fundamentar o tratamento excepcional aos delitos de associação criminosa, GRECO e ESTELLITA compreendem que os delitos de organização “*deven ser entendidos como protetores dos bens que poderão vir a ser lesionados pelos delitos fim [sic] da associação*”.⁶⁴¹ Ocorre que, se assim considerarmos, a imputação penal da conduta associativa estará justificada a partir de uma exposição demasiado remota de uma infinidade de bens jurídicos dificilmente determináveis desde um ponto de vista abstrato.

É claro que uma associação delitativa só merece ser assim reconhecida se houver, na sua constituição, um propósito de futuras comissões ou omissões delitivas. O problema reside no fato de que nem sempre fica claro quais seriam os tipos penais futuros violados. Basta pensar na tentativa de se imputar o tipo de associação criminosa em contextos empresariais. Sendo certo que uma empresa mantém relações das mais diversas, como consumeristas, laborais, licitatórias ou com o sistema financeiro nacional, a determinação do bem jurídico individual futuramente agredido pode ser uma atividade de difícil realização prática. Isso abre margem a lacunas de punibilidade dificilmente superáveis ou a exercícios especulativos que ampliem demasiadamente o âmbito de incidência da norma.

Da mesma forma, esse adiantamento de barreiras de imputação oferecido pelos autores não explica o que se faz se os delitos-fim já tiverem sido praticados. Pense-se, por exemplo, no caso dos antigos *cangaços*. Uma vez realizados os desideratos delitivos do grupo – suponhamos, a realização de homicídios em diversos

⁶³⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; CUERDA ARNAU, María Luísa. Estado autoritario y adelantamiento de la “línea de defensa penal” ... *Op. Cit.* p. 614.

⁶⁴⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; CUERDA ARNAU, María Luísa. Estado autoritario y adelantamiento de la “línea de defensa penal” ... *Op. Cit.* p. 614.

⁶⁴¹ ESTELLITA, Heloísa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado... *Op. Cit.* p. 1080.

e diferentes contextos –, a imputação à conta do delito de associação criminosa – justificada a partir da exposição a perigo abstrato do bem jurídico “vida” – deverá abarcar tanto a conduta associativa quanto os delitos de homicídio – também justificados a partir da lesão ao bem jurídico “vida” – praticados por seus membros? Segundo a tese dos autores, o bem jurídico justificador da intervenção penal seria idêntico.

Se a resposta for afirmativa, alcançaremos a absurda conclusão de que tanto a preparação do homicídio quanto a efetiva execução da conduta proibida devem ser punidas em concurso material de infrações, somando-se as penas. Afinal, a ação associativa precede a efetiva realização do tipo-fim, o que necessariamente exigirá a prática de ações distintas em um mesmo contexto delitivo, reclamando, segundo esta posição, idêntico fundamento incriminatório. Da mesma maneira, não fica claro como se deve encarar essa posição frente à aplicação do critério da consunção para debelar um conflito aparente de normas penais incriminadoras. Parece-nos assim que haveria uma forte violação ao *ne bis in idem*.⁶⁴²

Pense-se em um delito-fim praticado de forma tentada por meio de uma associação criminosa. Sendo certo que o delito associativo atua no estágio prévio à lesão ao bem jurídico, nomeadamente no momento da *preparação do delito-fim*, de acordo com a opinião ora criticada, o efetivo início da execução da conduta típica – a tentativa que antecede a consumação – faz com que a relação de desvalor do comportamento alcance simultaneamente dois sentidos de perigo muito similares.⁶⁴³ Ter-se-ia, assim, um perigo de perigo, cumulado com a imputação de um delito de perigo abstrato.

Alguns autores apontam que a adoção dessa tese pode suscitar outros problemas práticos, como a relação entre a admissão da antecipação de barreiras de imputação oriunda da prática de uma associação criminosa e os bens jurídicos concretos justificadores da intervenção penal no tocante a crimes contra a ordem tributária, em especial os delineados pela Lei 8.137/1990. Como se sabe, a

⁶⁴² José Miguel Zulgaldia Espinar afirma que para a aplicação do princípio *ne bis in idem* é fundamental haver uma (i) identidade absoluta de fatos; (ii) com idêntico fundamento das sanções (conteúdos de injusto idênticos; (iii) a inexistência de uma “relação de supremacia especial da Administração Pública com o infrator; (iv) que não haja a imposição de castigos sobre o mesmo fato por autoridades da mesma ordem e por procedimentos distintos. ZULGALDIA ESPINAR, José Miguel. **Fundamentos de derecho penal (parte general)**. Las teorías de la pena y da ley penal. 2ª ed. Granada: Universidad de Granada, 1991. p. 201-207.

⁶⁴³ Sobre o tema: BUSATO, Paulo C. **La tentativa del delito...** *Op. Cit.* p.319 e ss.

jurisprudência dos tribunais pátrios, notadamente do Superior Tribunal de Justiça,⁶⁴⁴ consolidou-se no sentido de que o pagamento de débito tributário federal é capaz de fazer extinguir a punibilidade do acusado de uma imputação de um delito contra a ordem tributária, o que pode ocorrer mesmo após o advento de uma sentença firme.⁶⁴⁵

Tendo em mente a tese que vê na associação criminosa uma forma de tutela prévia à lesão dos bens jurídicos, indaga-se a respeito do que ocorreria no caso de uma associação criminosa constituída para o fim de praticar diversos tipos previstos na lei que comina pena às infrações contra a ordem tributária, mas que, depois de praticadas as infrações autônomas, vem a quitar o débito dos tributos devidos.

Diante do fato de que o tipo de associação criminosa se consuma no momento em que os seus membros tenham se associado, afirma-se que já há aí um crime “avulso”, que independe da prática concreta das demais infrações. E se isso é assim, alcançaríamos a duvidosa conclusão de que os crimes que efetivamente *lesionaram* a ordem tributária restariam impunes, ante a extinção da punibilidade que também extingue a pretensão de necessidade de pena, ao passo que o delito que importou em um mero perigo abstrato de lesão àqueles bens, como a associação de sonegadores, teria a sua imputação mantida.⁶⁴⁶

O mesmo argumento poderia ser estendido a delitos que lesionam bens jurídicos individuais, como o patrimônio lesionado por meio de furtos famélicos. Basta pensar em uma família de quatro pessoas em situação de vulnerabilidade que decide praticar sucessivos delitos de furto de alimentos e de produtos de asseio pessoal para manter mínimas condições de sobrevivência. A primeira questão seria identificar se essa família praticou desde um ponto de vista formal o tipo de ação de associação criminosa. A partir disso, no âmbito da pretensão de ofensividade da conduta, seria lícito afastar a imputação dos delitos de furto, ante a incidência do princípio de intervenção mínima,⁶⁴⁷ mas, paradoxalmente, a imputação relacionada ao delito

⁶⁴⁴ Ao julgar o Recurso Especial n.º 1.688.878/SP, o Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese: “*incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda*” (STJ, REsp n. 1.688.878/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 28/2/2018, DJe de 4/4/2018).

⁶⁴⁵ Questão explorada em SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Do atual desvirtuamento da imputação do crime de quadrilha ou bando na realidade brasileira... *Op. Cit.* p. 220.

⁶⁴⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Do atual desvirtuamento da imputação do crime de quadrilha ou bando na realidade brasileira... *Op. Cit.* p. 220.

⁶⁴⁷ Sobre o tema, BUSATO, Paulo C. **Direito penal**: Parte Geral... *Op. Cit.* p. 72 e ss.

organizacional seria mantida, uma vez tratar-se de delito em que se presume o perigo a partir da reunião de pessoas com o objetivo de cometer delitos.

Com efeito, em ambos os casos, teríamos a incongruente solução de que um mesmo bem jurídico – a ordem tributária ou o patrimônio – justificaria a intervenção penal por infrações que constituem a mera preparação de condutas posteriormente consideradas atípicas.

Ao contrário do que afirmam os autores, isso sugere que não é possível delinear um objeto específico de justificação deste tipo penal. Segundo afirma CANCIO, neste caso, dever-se-ia considerar que o bem jurídico seria o conjunto de infrações penais previstas na parte especial, de modo a adiantar desnecessariamente a perspectiva de análise sem lograr alcançar a definição de um bem autônomo capaz de justificar a intervenção penal.⁶⁴⁸

Há de considerar que ao se justificar a punição de um comportamento sob o argumento de que será possível que, no futuro, ele venha a ser objetivamente perigoso a bens individuais abrem-se as portas a cada vez mais progressivos adiantamentos de barreiras de imputação, em atenção às necessidades de tutela normativa de bens jurídicos.⁶⁴⁹ Neste sentido, parece ter razão GÜNTHER JAKOBS ao afirmar que quem “*pune por fatos futuros já não tem razão alguma para deixar impunes os pensamentos*”.⁶⁵⁰

Enfim, embora constitua uma tese capaz de se apoiar – em um âmbito *in concreto* – em bens jurídicos individuais para justificar a intervenção penal do tipo de ação de associação criminosa, parece-nos que os seus argumentos encontram barreiras intransponíveis para serem lícitamente aplicados na *praxis*.

4.3.3 Uma revisão significativa do abuso do direito fundamental à associação

A despeito de inexistir qualquer dúvida a respeito do reconhecimento do Direito individual à associação enquanto um Direito fundamental expresso no texto constitucional, em termos procedimentais é de se destacar que não fica claro que a

⁶⁴⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. ‘El injusto de los delitos de organización: peligro y significado...’ *Op. Cit.* p. 38.

⁶⁴⁹ PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática...** *Op. Cit.* p. 76.

⁶⁵⁰ JAKOBS, Günther. *Incriminação no estágio prévio à lesão de um bem jurídico...* *Op. Cit.* p. 138.

tutela desse direito e a conseqüente constatação do seu abuso demandariam a criação de um tipo incriminador autônomo, como aquele previsto no artigo 288 do Código Penal.

Neste rumo, cumpre observar que o recurso ao Direito penal só cobra seu sentido desde que utilizado com moderação.⁶⁵¹ O seu emprego, enquanto última *ratio*, só deve ser reclamado diante do oferecimento de boas razões que justifiquem a superação do limite político-criminal ao Poder Estatal, que se afirma por meio do princípio de intervenção mínima.

Deste modo, afirmar que o fundamento de toda a incriminação associativa reside no simples abuso no exercício deste Direito individual culmina por não passar de uma análise meramente formal do tipo, sem identificar qualquer relevância material da conduta incriminada. Sendo assim, parece-nos assistir razão àqueles que afirmam que este fundamento nada diz quanto ao conteúdo material da relevância penal, mas apenas quanto ao seu modo de comissão.⁶⁵²

Para além disso, parece inadequado sustentar uma incriminação tão grave – diante do rótulo que impõe sobre os seus membros e pelo fato de que ela dificilmente é imputada de forma isolada – e que não ofereça mínimo proveito ao reconhecimento social do indivíduo em sociedade. Enquanto abuso do seu Direito, o argumento por trás dessa fundamentação parece afirmar que a punição deriva de uma mera desconsideração da autoridade da interpretação constitucional daquela garantia fundamental.

Nada obstante, levado ao limite, este fundamento poderia conduzir à inadmissível conclusão de que o sistema de imputação admite o castigo sob pressupostos que possam vir a negar garantias cidadãos,⁶⁵³ com a criminalização de grupos pelo simples fato de buscarem a satisfação ou a ampliação de Direitos.

Sem embargo, os embaraços para a admissão deste argumento não se interrompem aí.

Enquanto dimensão material da pretensão de relevância da norma, os tipos de ação devem representar um *dano* ou um *perigo* a algo que possa ser considerado

⁶⁵¹ BUSATO, Paulo C. **Direito penal**: parte geral... *Op. Cit.* p, 72.

⁶⁵² CANCIO MELIÁ, Manuel. 'El injusto de los delitos de organización: peligro y significado... *Op. Cit.* p. PEREIRA, Eliomar da Silva. **Crime organizado**. A racionalidade penal do século XXI. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 160-161.

⁶⁵³ BUSATO, Paulo C. **Direito penal**: parte geral... *Op. Cit.* p, 72

desde a perspectiva constitucional, um bem.⁶⁵⁴ Seja a um Direito, a uma garantia fundamental, a um interesse ou a um valor, a exigência de ofensividade – e, por que não dizer, de alteridade – demanda que o comportamento delitivo agrida um *bem* de que não seja o próprio autor da conduta o titular. Trata-se de um critério essencial para compreender a extensão dos limites que a intervenção mínima impõe para justificar a ingerência punitiva estatal.

O que sucede é que da premissa de que a incriminação do tipo de ação de associação criminosa se justificaria sobre a base de um *abuso* ou de uma *extralimitação* a um direito fundamental não é possível reconhecer qualquer espécie de ofensa ou exposição a perigo a nada, a não ser à própria norma e à autoridade da interpretação legislativa sobre a Constituição.

Seja desde o ponto de vista de um *harm principle* ou mesmo do bem jurídico *substancial*, a legitimidade de uma tutela penal deve decorrer da sua capacidade de agredir o livre desenvolvimento do indivíduo em sociedade. Além disso, deve ser reconhecida, nas palavras de PAULO BUSATO, enquanto um comportamento socialmente intolerável.⁶⁵⁵

Isso não significa dizer que o abuso de um direito não possa ter implicações penais. O que afirmamos é que essa extralimitação não encontra argumentos suficientes para alcançar dignidade penal (“*Strafwürdigkeit*”) autônoma para ser protegida mediante a cominação de penas. Para citar um exemplo, há relevância penal no abuso de um Direito quando, em um delito de homicídio, o autor se excede no exercício do Direito de defesa. O que ocorre é que esse *excesso* não é o fundamento da imputação, mas sim a *vida* violada a partir da ação do autor. O excesso cobra o seu sentido na determinação da pretensão conceitual de relevância, pois auxilia a compreender que o que se fez foi uma ação homicida, da mesma forma cobra o seu sentido para afastar a permissão forte de legítima defesa, enquanto limite negativo da pretensão de ilicitude da norma.⁶⁵⁶ O que não é possível, neste sentido, é afirmar que o fundamento material da imputação reside todo no próprio Direito excedido pelo seu detentor.

⁶⁵⁴ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 634 e ss.

⁶⁵⁵ BUSATO, Paulo C. **Direito penal: parte geral...** *Op. Cit.* p. 49-50.

⁶⁵⁶ Assim, GONZÁLEZ CUSSAC, José L; BUSATO, Paulo C.; CABRAL, Rodrigo L. F.. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro.** Parte general... *Op. Cit.* p. 359 e ss.

O mesmo pode ser estendido às associações criminosas. Conquanto o Direito de associação constitua um Direito fundamental, uma imputação penal não pode simplesmente avaliar se o autor utilizou regularmente do seu direito simplesmente porque não é possível dimensionar a ofensa ou exposição a perigo sob este argumento.

Ademais, admitir que uma incriminação possa ser racionalmente justificada simplesmente a partir da mera violação formal a um Direito individual se mostra demasiadamente perigoso. Nos limites deste argumento, seria absolutamente legítimo incriminar a revelação da fonte de onde a imprensa extrai suas informações (direito individual do sigilo da fonte), a recusa à desfiliação de um membro de uma associação que assim o requereu (direito individual que impede que alguém seja compelido a se associar ou a permanecer associado), a superproteção a locais de culto e as suas liturgias (direito à proteção aos locais de culto) dentre outros.

A despeito de serem situações absolutamente antijurídicas, a intervenção punitiva não estaria justificada já desde um ponto de vista pré-legislativo (ofensividade abstrata, como refere MARTÍNEZ-BUJÁN). Uma incriminação tal seria, desde a moral-justiça habermasiana,⁶⁵⁷ absolutamente ilegítima. E se isso é assim, como parece ser, este não pode ser um fundamento idôneo para se concretizar a pretensão de ofensividade da norma.

Não há, pois, na perspectiva substancialista de bem jurídico – aqui rejeitada – como tampouco desde um ponto de vista procedimental, meios para sustentar a pretensão de ofensividade com amparo no exercício abusivo do direito fundamental de associação. Apenas desde um ponto de vista exclusivamente formal, que busca nos motivos do legislador um recurso teleológico de interpretação da norma, seria possível afirmar a legitimidade desta postura.⁶⁵⁸

É possível que se ventile que no abuso do Direito fundamental à associação o autor está, na verdade, agredindo o mandamento normativo, de modo que sua ação não se limitaria a expor a perigo – concreto ou abstrato, isso pouco tem relevância

⁶⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **Facticidades e validade**... *Op. Cit.* p. 151 e ss.

⁶⁵⁸ Advirta-se, neste sentido, que tampouco Binding sustentaria uma tal posição, pois afirmava que, para postulação de bens jurídicos, o legislador se “*empenha em proteger contra violação ou perigo indesejável por meio de suas normas*”. BINDING, Karl. **Die Normen und ihre Übertretung**, t. 1... *Op. Cit.* p. 352

para os fins do argumento – o uso regular do direito à associação, mas, ao contrário, a ação efetivamente produz um *dano* à norma.

Convém recordar que a distinção entre tipos de dano e de perigo cobra seu sentido apenas se levada em consideração a “*forma como o bem jurídico é posto em causa pela actuação [sic] do agente*”⁶⁵⁹, segundo a lição clássica de JORGE FIGUEIREDO DIAS. Com MUÑOZ CONDE e GARCÍA ARAN convém recordar que os delitos o dano constitui um conceito normativo que se distingue do resultado naturalístico, que pressupõe a destruição do objeto material da ação, porque aceita “*ofensas inferidas a bens jurídicos de tipo ideal que não possuam substrato material*”.⁶⁶⁰ Deste modo, seria perfeitamente a conjugação de ambos. ROXIN complementa afirmando que nos delitos de dano “*o objeto da ação deve ser efetivamente lesionado para que se tenha um fato consumado*”.⁶⁶¹

Quer nos parecer que esta concepção apenas pode ser amoldada ao “abuso do direito fundamental de associação” com muita dificuldade. Não fica claro como é possível identificar o direito fundamental em si enquanto um bem jurídico. Para além disso, estabelecer que seja um delito de lesão torna as coisas ainda mais confusas, porque isso pressuporia que com a ação concertada do grupo há um risco real e efetivo de que todo o direito à associação sucumba. O que simplesmente não é verdadeiro.

Ao contrário disso, parece certo que o abuso de um Direito pode, sim, lesionar bens jurídicos autônomos e singularmente identificáveis. O que se diz, pois, com a colocação do abuso do Direito fundamental como centro de gravidade da imputação é que são os bens jurídicos individualmente lesionados que constituiriam o fundamento material da incriminação. Desta forma, para além de um delito de lesão, teríamos um tipo de ação cuja ofensividade se apoia em bens jurídicos individuais.

No entanto, essa conclusão apenas agrava as confusões terminológicas e simplesmente nada responde. Não se responde, por exemplo, como os bens individuais podem ser efetivamente lesionados com a mera associação do grupo criminoso, o que revela uma insegurança insustentável para os fins da aplicação do Direito penal. Em termos de WITTGENSTEIN, teríamos uma proposição linguística que

⁶⁵⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral... *Op. Cit.* p. 291.

⁶⁶⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general... *Op. Cit.* p.323-324.

⁶⁶¹ ROXIN, Claus. **Strafrecht**, § 10... *Op. Cit.*

forma um *sem sentido*, uma formulação que não encontra qualquer núcleo duro de significação ou, melhor dizendo, uma proposição onde a pá não entorta.⁶⁶²

De outro lado, seria possível utilizar deste argumento para destacar outros aspectos da intervenção penal, como o que ocorre com o concurso eventual de pessoas. Embora, como regra, não seria lícito identificar essa modalidade enquanto um delito autônomo, o legislador admite o agravamento da pena à conta de delitos praticados em coautoria e participação. Alguns autores, como GABRIEL HABIB,⁶⁶³ sugerem que idêntico tratamento penal deve ser oferecido ao tipo de associação criminosa *de lege ferenda*. Sem embargo, isso também não nos parece correto. Conquanto a estabilidade não nos parece ostentar capacidade de ofender autonomamente bens jurídicos, ela certamente é mais grave do que um acordo *eventual* entre autores para a prática de uma única infração. Desse modo, seria mais adequadamente considerada enquanto causa genérica de aumento de pena, não enquanto uma agravante.

Em todo caso, não nos parece possível encontrar fundamentos neste argumento que possam oferecer a tutela que o sistema jurídico espera ver correspondida, o que infirma, *eo ipso*, a tese.

4.3.4 Uma revisão significativa da violação ao monopólio estatal da violência enquanto fundamento da pretensão de ofensividade

Argumento interessante está com aqueles que sustentam que a imputação das associações criminosas depende de que estas se arroguem no monopólio da violência que constitui parte da essência do Estado moderno.

Isso pressupõe que a imputação depende do fato de que os delitos-fim planejados pelos membros de uma dada organização sejam efetivamente violentos.

⁶⁶² WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas...** *Op. Cit.* p. 118, n.º 217.

⁶⁶³ HABIB, Gabriel. **Associação criminosa...** *Op. Cit.* p. 199-229, especialmente p. 205 e ss. O autor considera a prática do tipo de associação criminosa uma mera *forma* – um *modus operandi* – de realização da conduta típica-fim. Por isso, propõe a criação de uma agravante no artigo 61 do Código Penal, de modo os crimes praticados por meio de associações ilícitas, independente do *quantum* de seus membros, tenham suas penas agravadas. Segundo diz, isso traria a vantagem de o “juiz ficar mais livre para estabelecer a pena criminal e agravá-la pela pluralidade de pessoas que se reúnem para a prática de outros crimes quaisquer, porém, sempre limitado pelo princípio da culpabilidade, da individualização da penal e da proporcionalidade. (*Idem.* p. 206-207).

Pode-se dizer, ainda que o seu idealizador pense o contrário,⁶⁶⁴ que esta tese apresenta argumentos para legitimamente recortar o alcance da “paz pública” enquanto bem supraindividual justificador da ingerência penal.

Isso porque, em termos semânticos, a “paz” constitui o antônimo da “guerra” ou do “conflito”.⁶⁶⁵ Um estado exterior de paz, nesta extensão, apresenta-se como um estado de tranquilidade externo às pessoas, percebido linguisticamente com auxílio de indicadores externos. Com efeito, parece-nos que essa delimitação do alcance do tipo oferece um elemento capaz de identificar a violação à tranquilidade social: a violência.⁶⁶⁶

No entanto, o simples recurso à paz pública enquanto bem jurídico justificador de incriminações, segundo CANCIO,⁶⁶⁷ pode liberar o Direito à arbitrariedade, pois faz com que o problema da delimitação conceitual do objeto de proteção da norma se rebaixe ao empírico.

Em termos procedimentais, afirmar que a violência constitui o elemento capaz de agredir um bem supraindividual da envergadura da “paz pública” parece coadunar-se ao princípio de intervenção mínima, especialmente desde a dimensão da fragmentariedade. Vimos que a Constituição não oferece óbice ao reconhecimento da ordem pública – nem mesmo da paz pública, ainda que em um âmbito mais limitado, meramente programático e sem força normativa autônoma – enquanto um valor de conservação necessário dentro da ordem estatal. Contudo, admitir que associações criminosas, independentemente de suas características e finalidades, possam ofender a paz pública poderia implicar na criminalização de movimentos reivindicatórios de

⁶⁶⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado... *Op. Cit.* p. 56 e ss.: “As normas jurídicas - e sua concreta reconstrução jurídico-dogmática - não reagem frente aos humores do público; a norma jurídico-penal não depende, como é evidente, do ambiente social em um determinado momento”

⁶⁶⁵ “A paz, de outro lado, não exige o funcionamento ordenado da vida pública. Define-se como ‘tranquilidade e quietude’, ou como ‘sossego e boa correspondência’ e uns com os outros e se opõe à guerra, as rixas e dissensões, mas não à desordem”. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; *et al.* **Derecho penal**: parte especial... *Op. Cit.* p. 168.

⁶⁶⁶ Aqui não se pretende ingressar no debate filosófico em torno do conceito de violência, como aquele proposto por Hannah Arendt desde um aspecto político, para quem a violência é o antônimo do Poder, razão pela qual a sua instrumentalização seria o meio instrumental pelo qual se denuncia a ausência de poder (Cf. ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. 10ª ed. Trad. André Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. 68), ou mesmo de Slavoj Žižek, segundo o qual a violência estaria “nas sutis coerções que sustentam as relações de dominação e exploração” (ŽIŽEK, Slavoj. **Violência**: Seis reflexões laterais. Trad. Miguel Serras, São Paulo: Boitempo, 2014. p. 23 e ss.).

⁶⁶⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. ‘El injusto de los delitos de organización: peligro y significado... *Op. Cit.* p. (bem jurídico coletivo e repercussões sociais).

direitos e de transformações sociais. Neste sentido, a compreensão de RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Em verdade, mesmo em situações de incriminação hipotética *ratio legis*, deve-se perquirir se se está, ou não, afetando, de qualquer sorte, o bem jurídico tutelável. Assim, seria justificável que, em análise teleológica e em se considerando do risco criado, incrementado ou diminuído, poder-se-iam verificar casos em que determinadas associações de mais de três pessoas para o fim de cometimento de crimes não seriam típicas, apesar de positivamente descritas.⁶⁶⁸

Como anota PAULO CÉSAR BUSATO, a despeito de existir uma pretensão do Estado em preservar certa ordem nos acontecimentos, por vezes a subversão da estrutura planejada pode ser a mola propulsora de mudanças sociais relevantes que resultam em avanços e reconstruções de instituições, de conceitos e, por que não dizer, da própria Democracia.⁶⁶⁹

Admitir que incriminações que se justifiquem desde a base da paz pública, como a associação criminosa, possam ser livremente criadas pode colocar em xeque as liberdades cidadãs que constituem a nota peculiar da ordem estatal democrática. Não afasta essa premissa afirmar, simplesmente, que é a orientação desses grupos, ao se colocarem a praticar delitos, que diferencia uma associação ilegítima das legítimas. Isso porque, como a criminologia radical já colocou em evidência, a criminalização de condutas é uma opção meramente política e, enquanto tal, visa preservar uma superestrutura social bem identificada.⁶⁷⁰

Ao colocar a nota peculiar da incriminação na violência da proposição grupal, em alguma medida, cumpre-se com a proposta de que o sistema de imputação realiza o controle social do *intolerável*.

Neste sentido, cumpre recordar que o princípio de intervenção mínima põe em destaque que o sistema de imputação deve possuir um “*caráter de último recurso dentro do sistema de controle social*”⁶⁷¹, o que deriva da própria gravidade das sanções penais, de modo que se deve compreender “*a pena como um mal que*

⁶⁶⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Do atual desvirtuamento da imputação do crime de quadrilha ou bando na realidade brasileira... *Op. Cit.* p. 221-222.

⁶⁶⁹ “*Os resultados de impulso político advindos de manifestações de rua, que muitas vezes sacudiram a história do Brasil, não teriam lugar em uma sociedade de ordem absoluta. Uma sociedade perfeitamente ordenada não está em movimento, não está em evolução, mas sim estagnada*”. BUSATO, Paulo C. **Direito penal**: parte especial, v. 3... *Op. Cit.* p. 239.

⁶⁷⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**... *Op. Cit.* p. 464 e ss.

⁶⁷¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**... *Op. Cit.* p. 76.

somente se justifica pela sua necessidade de manter os pressupostos da convivência".⁶⁷²

No entanto, o pécadilho desta tese está justamente na limitada justificação que ela é capaz de oferecer. Em que pese a paz possa ser, efetivamente, abalada pela difusão pública do propósito de um grupo que se propõe a praticar delitos violentos, esta não é a única forma de violá-la. Por exemplo, a formação de um grupo que se destine ao rompimento do regime democrático não necessariamente pode se propor a realizar o seu desiderato elaborando um programa de violência generalizada, mas pela desestabilização de recursos e instituições que permitem o livre desenvolvimento das pessoas em sociedade. Naturalmente, a preservação da Democracia exigiria uma atuação estatal de modo a evitar que o desiderato delitivo deste grupo venha a ser iniciado, o que só pode ser admitido desde o ponto de partida da identificação de um contexto plasmado em atos concretos que possam ser reconduzidos à instituição de uma associação. A paz pública, aqui, também estaria abalada. Daí porque a ideia de proporcionalidade, enquanto vedação de proteção insuficiente, cobra o seu sentido crítico.⁶⁷³

Deste modo, parece assistir razão a CANCIO e a ZILIO quando colocam como fundamento da incriminação a ideia de que a associação se sobrepõe sobre as funções que deve deter o Estado para garantir a Soberania que lhe foi confiada no pacto social. Esta sobreposição, contudo, não pode se limitar ao âmbito da criminalidade violenta, mas também deve compreender os demais delitos que possam ofender a segurança e a estabilidade do direito das pessoas⁶⁷⁴ no marco do seu livre desenvolvimento.

Isso, certamente, abre margem para que se estabeleça um discurso que ofereça boas razões no sentido de identificar o desvalor de resultado desta infração, sobretudo a forma de agressão ao bem jurídico, inclusive desde um ponto de vista *ex post*, não mais enquanto um perigo hipotético ou meramente presumido pelo legislador.

⁶⁷² MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal...** *Op. Cit.* p. 76.

⁶⁷³ Acudindo à proporcionalidade, enquanto uma ideia de justiça imanente a todo o ordenamento, MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal...** *Op. Cit.* p. 94.

⁶⁷⁴ Assim reconhece, dentre outros, TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito...** *Op. Cit.* p. 195.

É bem verdade que a paz pública, o estado de (in)tranquilidade social, não pode ser afetado ou exposto a perigo, ainda que abstrato, apenas com a mera existência da associação. Isso parece insuficiente desde o ponto de partida da ofensividade. Emerge como necessário, ademais, que se condicione a punibilidade da associação à difusão pública do propósito delitivo que orienta os membros da associação, o qual, necessariamente, deve dizer respeito à possibilidade de ofensa à segurança e estabilidade individual, seja em razão de delitos violentos ou de condutas capazes de sobrepujarem o livre desenvolvimento social das pessoas, sem o que, não é possível perceber qualquer estado de intranquilidade generalizada.

Desde este ponto de vista, não seria lícito afirmar que a paz pública estaria afetada com a simples profusão do propósito de uma associação formada para facilitar a prática do tipo de ação de bigamia, de sonegação fiscal ou de delitos ambientais. Ao contrário disso, permite, por exemplo, a imputação de “tráfico de pessoas”, sobretudo nas modalidades em que não se exige violência, mas apenas a “coação”, “fraude” ou “abuso”, tipo que simplesmente não poderia ser imputado a uma associação, nos limites do que defendem a tese da violação ao monopólio estatal.

É bem verdade que a partir disso, a constatação do perigo no tipo de associação criminosa não partirá mais de uma avaliação *ex ante*, fundamentado no motivo do legislador para a formulação do tipo. Embora constitua um indício, será necessário que o aplicador da norma faça uma vinculação entre a finalidade do grupo, a sua difusão e a capacidade de interferência no livre desenvolvimento do indivíduo em sociedade. Por si, para este caso em especial, uma tal providência já demonstraria uma maior concretude da pretensão de ofensividade em delitos de perigo abstrato.⁶⁷⁵

É bom que se diga que este recurso interpretativo não depende de qualquer adaptação *de lege ferenda*, vez que pode partir da própria compreensão da dimensão de ofensividade da norma penal, auxiliando na compreensão do sentido do tipo de ação que se ajuíze.⁶⁷⁶

⁶⁷⁵ Sobre a necessidade de se desenvolver soluções tópicas para a relação entre bens supraindividuais e delitos de perigo abstrato, GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito... *Op. Cit.* p. 10 e ss.

⁶⁷⁶ “(...) parece claro que a concepção procedimental do bem jurídico, na medida em que indaga o fundamento de cada uma das proibições típicas, constitui um momento essencial do contexto de justificação, ao qual a determinação do bem jurídico remete, constitui um momento essencial do contexto de sentido das normas penais”. VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal**... *Op. Cit.* p. 638 – destaques no original.

4.3.5 Uma revisão significativa da tese da institucionalidade

Inaceitável parece ser a opinião daqueles que, como NÚRIA PASTOR MUÑOZ, fundamentam a legitimidade da incriminação sobre a base da “periculosidade subjetiva” ou “periculosidade pela condução de vida criminosa”⁶⁷⁷ dos membros e da própria associação. Com efeito, a autora aduz que

A concepção do injusto nestes termos implica alterações importantes na definição do delito, pois o comportamento típico já não consiste na colocação em perigo objetiva de bens jurídicos, mas na expressão da perigosidade subjetiva do autor ou do início de uma condução criminosa da vida.⁶⁷⁸

E o exemplifica da seguinte maneira

Com efeito, o comportamento de quem se faz membro de uma organização mafiosa não é perturbador porque coloque objetivamente em perigo bens jurídicos, mas porque a partir desse comportamento o sujeito se manifesta como perigoso.⁶⁷⁹

Com esses argumentos, NÚRIA parece concordar ao menos parcialmente com GÜNTHER JAKOBS⁶⁸⁰ e URS KINDHÄUSER ao afirmar que a manifestação dessa periculosidade – ou da condução de vida – é em si um comportamento perturbador para a sociedade na exata medida em que “lesiona” a segurança normativa.⁶⁸² Deste modo, os tipos associativos ofereceriam uma “proteção da segurança normativa”.⁶⁸³ Com isso, em oposição ao desenvolvimento de MONTENEGRO, NÚRIA vê no delito associativo a comunicação de uma defraudação (lesão) à expectativa de

⁶⁷⁷ PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática...** *Op. Cit.* p. 61.

⁶⁷⁸ PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática...** *Op. Cit.* p. 61.

⁶⁷⁹ PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática...** *Op. Cit.* p. 61.

⁶⁸⁰ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa.** São Paulo: Manole, 2003.

⁶⁸¹ KINDHÄUSER, Urs. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos... *Op. Cit.*

⁶⁸² PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática...** *Op. Cit.* p. 66.

⁶⁸³ PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática...** *Op. Cit.* p. 67.

segurança,⁶⁸⁴ isto é, uma contraposição à opinião que coloca esses delitos como de exposição a perigo de bens individuais.⁶⁸⁵

Aliás, a autora considera que a defraudação das expectativas de segurança seria uma nota comum a todas as modalidades de infração penal – de dano, de perigo concreto ou de periculosidade concreta -, o que ocorre no caso das associações é que a afetação da segurança seria ainda mais intensa do que nas modalidades de resultado jurídico anteriormente citadas.⁶⁸⁶

Uma revisão destes argumentos é justa e necessária. Antes de qualquer consideração, é importante afirmar que consideramos demasiado infeliz que a autora tenha recorrido ao conceito de “condução de vida criminosa” para caracterizar o que chama de “periculosidade subjetiva”, isto é, a periculosidade como característica ao próprio autor. Isso porque essa expressão foi legada normativamente a partir de um dos mais tenebrosos capítulos que a humanidade já escreveu. EDMUND MEZGER, em meados da década de 1940, na Alemanha, formulou tese que se voltava a justificar a punição – enquanto crime doloso e muitas vezes punível com a penal de morte – de condutas que consistiam em “*ultrages à raça*”, também em condutas homossexuais e na prática do aborto. Tudo sob o rótulo de uma “*culpabilidade por condução de vida*” ou *Lebensführungsshuld*, de triste memória. MUÑOZ CONDE explica que sob esta teoria

também devem ser castigados com a pena do delito doloso os sujeitos que, por deficiência de aprendizagem e conhecimento dos valores jurídicos da comunidade, não têm no momento de cometer o fato uma representação exata e atual do caráter proibido de sua ação. Para esses casos, que chamou de ‘cegueira ou inimizade jurídica’, considerava necessária a pena do delito doloso.⁶⁸⁷

⁶⁸⁴ “Com efeito, a posse de drogas com intenção de traficar, de maquinário para falsificar moeda ou o pertencimento a organizações criminosas não se explicam como uma proteção antecipada da vida, da integridade física, etc. – pois não constituem perigos objetivos para tais bens, - senão como uma proteção da segurança essencial para que as pessoas possam manejar com confiança os seus próprios bens”. PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática...** *Op. Cit.* p. 73.

⁶⁸⁵ “Com efeito, o fato de que exista um sujeito que esteja manifestamente disposto a cometer um delito faz a confiança dos cidadãos de que os seus bens jurídicos serão respeitados (segurança) oscile [tambalee].” PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática...** *Op. Cit.* p. 68.

⁶⁸⁶ PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática...** *Op. Cit.* p. 74.

⁶⁸⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmundo Mezger y el Derecho penal de su tiempo.** Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo. 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 144-145.

Longe de sugerir qualquer vinculação da autora com sentido empregado por MEZGER na formulação do conceito original, quer nos parecer que o emprego do termo, dada a sua clara tradição autoritária, deve ser fortemente desencorajado por defensores de um Direito penal que se diz liberal.

No que toca especificamente à sua tese de considerar a “segurança” enquanto um bem jurídico autônomo, afligido pela mera constituição de uma associação ilícita, parece-nos que o fundamento igualmente não resiste a uma análise procedimental e reforça o autoritarismo da proposição.

Com FÁBIO BOZZA, basta para afirmá-lo que “*a segurança deve entendida como a relação, objetiva ou subjetiva, que os sujeitos possuem com a estabilidade dos meios de acesso a suas necessidades*”.⁶⁸⁸ Deste modo, em muitas ocasiões, o sentido que se atribui ao termo “segurança” está ligado a uma forma de sentimento, que, segundo o autor, não pode ser utilizado para justificar a ingerência penal sobre a liberdade alheia. Afirma ele que

Nesse contexto, é possível afirmar que o que deve ser tutelado juridicamente são as necessidades humanas e os seus meios de acesso. Agora, o sentimento de estabilidade em relação à possibilidade de satisfação das necessidades ou aos instrumentos para atingi-las não pode ser considerado direito, ainda mais se, para proteger o sentimento, seja necessário restringir um direito real, como liberdade, igualdade, dignidade, etc. Em resumo: segurança não é direito!⁶⁸⁹

Ainda segundo FÁBIO BOZZA, a atividade estatal de promover segurança – pública – constitui uma mera função instrumental, que não é capaz de ser convertida em um legítimo bem jurídico-penal passível de justificar a incriminação. Deste modo, não haveria um direito autônomo à segurança, quiçá um bem jurídico desta envergadura. Ao contrário disso, a segurança constitui uma função-meio, que apenas atinge o seu fim enquanto mecanismo de asseguramento de direitos alheios. Ela nunca anda sozinha e, por isso, não pode justificar autonomamente qualquer intervenção punitiva em desfavor do cidadão.⁶⁹⁰

⁶⁸⁸ BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 201.

⁶⁸⁹ BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal...** *Op. Cit.* p. 201.

⁶⁹⁰ BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal...** *Op. Cit.* p. 201

Em outros termos, trata-se de uma “segurança de algo”, uma segurança dos direitos. Ao afirmar que a punição das associações criminosas estará legitimada porque a sua própria existência, enquanto instituição, ofende a segurança – e aqui caberia indagar se estaríamos diante de um delito de lesão –, o passo subsequente seria questionar: segurança de quê?

Sem essa resposta, a segurança traveste de um simples sentimento inapreensível e igualmente incapaz de servir de base material às tipificações penais concretas. Isso porque a conduta nada ofenderia, nem mesmo abstratamente.

VIVES ANTÓN assere que a História tem mostrado que a renúncia à liberdade acaba sendo paga por todos os que se assujeitam ao rebaixamento de suas garantias. E isso fica claro quando examinadas as teses “[d]aqueles que nutrem a ‘sensação social de insegurança’, cuja experiência subjetiva é claramente superior à existência objetiva de riscos”,⁶⁹¹ pois esse argumento não torna públicas as consequências possíveis do rebaixamento da liberdade à conta de um simples sentimento e que acaba por torná-las invisíveis às maiorias.⁶⁹²

A ideologia da segurança é imposta, portanto, por um primeiro engano, ao qual outros são adicionados. Porque já no campo estritamente constitucional, muitas vezes se ouve, até mesmo de vozes supostamente qualificadas, que existe um direito constitucional à segurança (artigo 17.1 CE) com base no qual a liberdade pode ser limitada.⁶⁹³

Ao contrário do que sugere a autora, sustentar a segurança enquanto um bem jurídico não passaria de uma defraudação de etiquetas, pois, necessariamente, haveria que afirmar que o tipo tutelaria, na verdade, os bens jurídicos futuramente lesionados pela ação dos membros da associação. Passo que, já criticado, a autora não dá.

De seu turno, este passo é expressamente recusado por SILVA SANCHEZ, que afirma que as associações constituem um estado de coisas autonomamente desvalioso, que se traduz em um subsistema disfuncional ao sistema social

⁶⁹¹ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 834.

⁶⁹² Vives destaca que essa com “eventos como o 11 de setembro e o 11 de março, ao representar esses infortúnios imensos deram à ideologia da segurança um tremendo impulso, que se cristalizou na proposta de ‘militarizar’ a modernidade, para empurrá-la de volta a um estado pré-moderno e penhorá-la em uma espécie de guerra contra o mal”. VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 835.

⁶⁹³ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal...** *Op. Cit.* p. 834.

constituído.⁶⁹⁴ Com este argumento, afasta o autor qualquer consideração a respeito dos delitos-fim, já que a autonomia de desvalor diria respeito à edição da própria norma. Semelhante está a posição de FIGUEIREDO DIAS, que defende a punição das associações porque a estabilidade do seu funcionamento já as torna por si só perigosas.⁶⁹⁵

Como destacam JOSÉ LUÍS GONZALEZ CUSSAC, PAULO CESAR BUSATO e RODRIGO LEITE FERREIRA CABRAL, tradicionalmente, a ideia de periculosidade criminal vem associada à função preventiva das consequências jurídicas do delito. Trata-se de um prognóstico sobre a probabilidade de que alguém venha delinquir. No entanto, dentro da teoria das medidas de segurança, que acomoda juridicamente a ideia de periculosidade, está claro que não é possível impor uma sanção contra alguém que ainda não cometeu nenhum delito, isto é, apenas de forma pós-delitual.⁶⁹⁶

Deste modo, tendo em vista que essas organizações são punidas pela prática de atos meramente preparatórios, a partir da exceção admitida pelo artigo 31 do Código Penal, afirmar que as associações criminosas constituem um “estado de coisas dotado de desvalor autônomo” ou que possuem uma “periculosidade ínsita” – que, basicamente, traduzem o mesmo sentido –, significaria justificar a incriminação sobre a base de um formalismo carente de qualquer conteúdo material. Isso porque, para punir antes mesmo da execução de qualquer ação concreta, preventivamente, o fundamento seria a existência da norma que proíbe a reunião de pessoas. A nós, sem dúvida, parece haver uma defraudação de etiquetas a fim de evadir-se da relação entre periculosidade criminal e pena/medidas de segurança pós-delituais.

Na mesma tese da institucionalidade, mas apartando-se ligeiramente dos fundamentos de seus associados, LUCAS MONTENEGRO afirma que o fundamento das associações reside no fato de que elas constituem *agentes ilícitos coletivos* (“*Unrechtsperson*”),⁶⁹⁷ cuja função, enquanto instituição, é a violação de determinados bens jurídicos.

⁶⁹⁴ SILVA SANCHEZ, Jesús María. La “intervención a través de organización”, ¿Una forma moderna de participación en el delito?... *Op. Cit.* p.

⁶⁹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **As «associações criminosas» no código penal português de 1982 (arts. 287º e 288º)**... *Op. Cit.* p.

⁶⁹⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, José L.; BUSATO, Paulo C.; CABRAL, Rodrigo L. F. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro**. Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 463-464.

⁶⁹⁷ Fundamental: MONTENEGRO, Lucas. Die Kriminell Vereinigung als Unrechtsperson: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von § 129 II StGB... *Op. Cit.*

Em resenha, essa vertente da tese da institucionalidade parece partir do fato de que a periculosidade individual dos membros da associação é incrementada a partir da estruturação de uma organização destinada à prática de crimes.⁶⁹⁸

Ainda que o autor se refira à lesão dos bens visados pela associação, nos termos de LUÍS GRECO e HELOÍSA ESTELLITA, parece certo que a peculiar nota da punibilidade da associação ainda reside na sua *existência* enquanto instituição.⁶⁹⁹

Desde o ponto de vista do Direito penal do fato, seria problemático assumir que a responsabilidade penal possa ser atrelada à existência de algo ou de alguém. A chamada luta contra a criminalidade organizada, equivocadamente denominada – como vimos acima –, não pode levar a ignorar uma garantia secular, cujo rebaixamento, historicamente, levou a perseguições e massacres providos pelo Estado. A referência a uma prognose de lesão de bens jurídicos individuais, neste sentido, é incapaz de elidir o problema.

Ademais, a mera existência de algo não indica um “fazer” ou um “omitir o comando”. Da mesma forma, a simples existência não é capaz de expressar o modo de lesão ou exposição a perigo dos bens jurídico-penalmente justificadores da intervenção penal. O que existe, só existe. A responsabilidade, neste rumo, só cobra o seu sentido a partir do que se faz ou de efeitos mediatos desde essa existência.

Um raciocínio prognóstico, outrossim, pode servir para justificar a incriminação desde uma simples conjectura. Para além disso, não fica claro o que é de fato objeto de tutela penal. Neste sentido, parece que o bem jurídico verdadeiramente objeto de justificação da incriminação estaria no conjunto de crimes inculpidos no ordenamento jurídico. Deste modo, adianta-se desnecessariamente a perspectiva de análise, sem qualquer esclarecimento a respeito dos argumentos que conformam, procedimentalmente, o bem jurídico justificador.

Segundo corretamente observa CANCIO,⁷⁰⁰ sublinhar excessivamente a fonte de perigo na definição da relevância penal, isto é, do sujeito ou da instituição perigoso, faz com que se caia em uma expansão incontrolável do que está apreendido na tipificação. Culmina-se, por fim, a não ultrapassar as barreiras do formalismo,

⁶⁹⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. ‘El injusto de los delitos de organización: peligro y significado...’ *Op. Cit.* p. 62 e ss.

⁶⁹⁹ Para constatá-lo, Cf. MONTENEGRO, Lucas. Die Kriminell Vereinigung als Unrechtsperson: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von § 129 II StGB... *Op. Cit.*

⁷⁰⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel. ‘El injusto de los delitos de organización: peligro y significado...’ *Op. Cit.* p. 41.

admitindo que a antecipação de barreiras de imputação opere sem que se possa estabelecer qualquer consideração crítica a seu respeito. O que não parece algo saudável a um sistema de imputação que se quer democrático.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente investigação buscou examinar o tipo de ação de associação criminosa sob o enfoque específico da pretensão de relevância do tipo de ação do artigo 288, do Código Penal, com a redação que lhe conferiu a Lei n.º 12.850/2013.

Com isso, buscou-se responder a um problema de pesquisa bem delimitado: se o tipo de ação de associação criminosa encontra justificações procedimentais suficientes para legitimar a intervenção penal. Tratou-se, portanto, de uma investigação crítica a respeito do denominado “conteúdo do injusto” com uma verificação concreta do desvalor de ação e do desvalor de resultado da figura penal.

Para responder à indagação inicial, o trabalho foi estruturado em quatro grandes eixos que formaram capítulos autônomos. Todos dialogando com as bases oferecidas por TOMÁS SALVADOR VIVE ANTÓN, calcadas no pragmatismo oriundo da filosofia da linguagem do WITTGENSTEIN tardio, bem assim com a estrutura metodológica própria do pensamento de JÜRGEN HABERMAS.

Tais fundamentos linguísticos permitiram uma avaliação crítica das posições doutrinárias, tanto legitimadoras, quanto contestadoras da incriminação, o que se realizou com o objetivo de descortinar os pressupostos sobre os quais se apoia o tipo de ação na *praxis*, aliado à busca de *boas razões* capazes de justificar ou infirmar a tutela penal oferecida.

Deste modo, o primeiro capítulo buscou realizar um voo panorâmico a respeito do sistema de imputação inicialmente formulado por VIVES e detalhado a partir do desenvolvimento das obras de seus discípulos. Trata-se de um capítulo introdutório pelo qual pretendeu-se demonstrar que a legitimação do Direito penal não depende de nenhuma espécie de formulação científica, baseada em conceitos e estruturas sistemáticas herméticas e precisas. VIVES destaca, neste sentido, que o Direito é uma *praxis*, uma linguagem, uma forma de argumentar ao redor de tópicos. Isso se comprova pelo fato de que, para estabelecer um preceito penal incriminador, o legislador utiliza-se da linguagem comum, a linguagem que todos nós empregamos, para fazê-lo. Como vimos, tampouco o emprego de termos técnicos é capaz de infirmar esse pressuposto.

E se a base sobre a qual todo o edifício dogmático deve ser desenvolvido não se apoia em paradigmas científicos, já não será possível amparar o fundamento de todo o sistema de imputação em uma tal perspectiva metadogmática. É por isso que,

auxiliado por HABERMAS, VIVES esclarece que o Direito penal é uma forma de argumentar em torno de tópicos fundamentais que nos permitam avaliar a ação e a norma desde a ótica de uma pretensão geral de justiça.

Para alcançar esta pretensão geral, de modo a validar a aplicação da norma, VIVES propõe um sistema de justificação procedimental da legitimidade da intervenção penal. Isso faz com que o seu sistema apresente peculiaridades com relação aos sistemas clássicos da teoria jurídica do delito, mas que, ao mesmo tempo, ganha em rendimento prático nas soluções tópicas que apresenta.

Com efeito, a validação da pretensão de justiça cobra o seu sentido já no primeiro momento de justificação racional do castigo. VIVES esclarece que este é formado pela ideia de pretensão de relevância da norma penal, de modo que condutas irrelevantes sejam desde logo desconsideradas pelo sistema de imputação. Esta primeira pretensão desdobra-se em uma subpretensão conceitual de relevância e outra subpretensão de ofensividade. Ambas têm como principal função o esclarecimento do tipo de ação de que se trate.

Ato subsequente, a norma também exige que o comportamento realizado empiricamente possa expressar o sentido de contrariedade ao Direito, de modo que, segundo VIVES, estão inscritos no núcleo do que chama de pretensão de ilicitude as noções de dolo e imprudência, enquanto formas de ilicitude, mas também as normas permissivas, fortes e fracas, que permitem a exclusão desta pretensão desde que preenchidos certos pressupostos normativos.

A validação da intervenção penal, ademais, também demanda que o sujeito possa ser tido como responsável pela ação relevante e ilícita praticada, o que faz chamar atenção à noção de pretensão de reprovação da norma penal incriminadora.

Nesta mesma extensão, mesmo que superadas essas exigências normativas, não pareceria proporcional impor uma pena onde ela não se mostre necessária. Daí porque, segundo o sistema de VIVES, há um quarto pressuposto de validação da intervenção punitiva que se apoia na pretensão de necessidade de pena. Apenas quando superados esses pressupostos é que será possível realizar a criminalização secundária do comportamento do autor.

Após este sobrevoo panorâmico a respeito das categorias que formam o sistema de imputação significativo, realizamos uma apreciação específica da pretensão de relevância e das subpretensões que a compõem. Afinal, o objeto do trabalho visa delinear criticamente os contornos do tipo de ação de associação

criminosa e, assim, toda a discussão centralizou-se no debate a respeito da relevância penal do comportamento.

No marco de uma pretensão conceitual de relevância, examinou-se o que a doutrina conhece por exigência de ação – ou *act requirement* –, isto é, a necessidade de que o sistema exija a realização de um componente humano para a imputação penal. Não seria jurídica – ou eticamente – possível estruturar todo um edifício dogmático amparando-se em características pessoais do autor, em uma nítida postura de um Direito penal de autor. Deste modo, em um segundo momento, prosseguimos para verificar os paradigmas que sustentaram a ação segundo a dogmática penal. Neste sentido, verificamos que os paradigmas ontológico, normativo e cético apresentam deficiências congênicas que impedem a sua admissão enquanto base do sistema.

E isso por uma razão elementar: todos buscam pela significação do comportamento em termos *conceituais*, ou seja, por um conceito que seja capaz de abarcar a expressão de sentido de desvalor da ação do autor. Para tanto, recorreram à causalidade, à dirigibilidade final ou à própria norma. Em um outro polo, outros autores sustentaram que a ação não teria mais nada a dizer e, assim, relegaram a sua verificação a um segundo plano.

O que restou demonstrado é que essas formulações pecaram pela sua filiação a paradigmas científicos e por um apreço demasiado estreito à conceituação de práticas sociais compartilhadas. Neste sentido, ao observar que não existe um único conceito de ação, já que este não vem definido por nenhuma classe de conceito, mas por seus *usos regulares* conforme a regras e modos de vida, VIVES logra oferecer bases práticas mais sólidas para serem racionalmente interpretadas. Se o que se busca é o sentido, este não pode estar alheio à própria *praxis*, preso em um laboratório. Trata-se, assim, da concepção significativa da ação.

No que toca à pretensão de ofensividade, após examinar as tradicionais proposições a respeito do bem jurídico – de origem formal ou político-criminal –, demonstramos que muitas críticas lançadas sobre o conteúdo material da infração acertaram no seu diagnóstico.

Afinal, a pretensão de ofensividade da norma penal não depende de nenhum conceito comum, capaz de apresentar um fundamento unívoco do conteúdo das diferentes incriminações.

Ao contrário disso, a concepção procedimental do bem jurídico vê em seu interior um conjunto de boas razões, pautadas pelo conteúdo dos Direitos fundamentais e nas tradições interpretativas dos tipos legais, que nos permitam afirmar que a intervenção punitiva está justificada, ou que não está. Nega-se, assim, um conceito *substancial* de bem jurídico, seja ele de cariz meramente formal e legitimador das escolhas legislativas, seja ele político-criminal e sustentado unicamente por meio da Constituição. Não se trata de uma discussão ontológica, mas deontológica, baseada em princípios e que não busca apoio em algo externo à realidade discursiva. Daí porque, em oposição ao bem jurídico de caráter substancial, VIVES desenvolveu o que chama de bem jurídico procedimental. Este desenvolvimento o permite verificar mais concretamente da capacidade de rendimento do bem jurídico no marco do sistema de imputação penal.

No entanto, o equívoco dos críticos estaria em buscar uma substituição cujas consequências são demasiado nocivas e, quando não, imprecisas ao sistema de imputação. Neste sentido, tanto a vigência e estabilidade da norma, quanto a tutela de Direitos fundamentais – ainda que baseada em critérios procedimentais – mostraram-se fundamentos materiais impróprios para justificar qualquer forma legítima de intervenção penal.

Superada esta questão, passamos a discutir o tipo de ação do artigo 288 do Código Penal e as suas peculiaridades dogmáticas.

Em um primeiro momento, verificamos o tratamento histórico oferecido pelo legislador no que tange à criminalização de associações. Vimos que a doutrina informa que as associações criminosas, tal qual postas pelo Código Penal de 1940, constituem experiências relativamente recentes em nossa tradição jurídica. Isso porque nos textos normativos que antecederam ao *codex* atual, o tratamento jurídico oferecido a essa forma de criminalidade era radicalmente distinto, pautado não pelo caráter de estabilidade, mas por outros elementos, talvez até mais concretos.

Também discutimos que a fonte para uma virada normativa no tratamento dessas incriminações esteja na promulgação do chamado Protocolo de Palermo, que fomentou o combate às incriminações associativas. A despeito disso, também constatamos um certo equívoco terminológico nas decisões político-criminais que buscaram incrementar a punição das condutas associativas sob a justificativa de um combate à criminalidade organizada. Este combate parece estar mal focado, sobretudo porque as formas de criminalização que mais assolam a população nada

tem a ver com a criminalidade organizada, antes, dizem respeito ao fenômeno denominado “criminalidade de massas”. O primeiro conceito estaria ligado a outras questões, mais próximas da internalização sistêmica do crime, do que à realização massiva de condutas já identificadas enquanto delitivas pelo legislador.

Tudo isso parece ligado ao que se convencionou denominar como modernização ou expansão do Direito penal. Segundo esta perspectiva político-criminal, fundada nos riscos sociais que são próprios das sociedades tecnológicas da contemporaneidade, o legislador deve buscar superar as barreiras de imputação a estágios anteriores à lesão de bens jurídicos. Com isso, criam-se cada vez mais delitos de perigo abstrato e bens jurídicos coletivos, ou mesmo se instrumentalizam tipos de ação – como a associação criminosa – para fins outros, conciliáveis com a lógica preventiva própria desta política criminal. Trata-se de uma questão fundamental para compreender os novos rumos da dogmática e que carece de um ulterior desenvolvimento para que bem se compreenda os limites dessas técnicas de tipificação.

Seguidamente, examinamos as modalidades do tipo de ação, tal qual previsto na norma em questão, desde a perspectiva de compreensão corrente na literatura. Há um certo debate a respeito de se a exigência de ação estaria racionalmente justificada, ou se seria um delito de mero estado e, portanto, inconstitucional.

No que tange à primeira posição, alguns autores sustentam tratar-se de delito comissivo, ao passo que outros destacam que a associação criminosa se sustenta por uma conduta complexa, em razão da qual o autor realiza uma comissão inicial, seguida por uma omissão posterior. Todas parecem concordar, em certa medida, que o conteúdo de desvalor da ação, tal qual proscria pelo legislador, encontra seu fundamento na ideia de “acordo” entre os intervenientes. Assim, associar-se converte em “acordar-se” a prática delitiva futura.

Justamente por isso, outros autores, seguindo um recorte mais crítico, afirmam inexistir qualquer conteúdo de desvalor na proibição típica. Afinal, quem está associado, segundo esta posição, nada fez. Só está. E um mero estado não pode cumprir com a exigência de ação própria de um Direito penal de liberdades.

Também discutimos a questão relacionada ao especial fim de agir do tipo de ação associativo. Em resumidas linhas, vimos que há uma posição dominante na literatura que considera o “dolo específico” enquanto um elemento excedente,

assimétrico, do tipo subjetivo. Segundo a sistemática de VIVES, o especial fim de agir auxilia na compreensão da própria significação do tipo de ação.

Neste particular, também discutimos como a doutrina compreende a planificação dos delitos-fim. O principal exemplo foram os delitos empresariais. Para alguns, esta planificação poderia decorrer de uma subversão dos fins lícitos das sociedades empresárias. Outros sustentam que isso não seria possível, já que a finalidade delitiva deveria decorrer da própria constituição da associação. Seja como for, comprovou-se que a planificação deve abranger delitos independentes entre si, de modo que se evidencie uma pluralidade de planos delitivos.

No que tange à identificação do bem jurídico, a doutrina sustentou-se em cinco posições independentes.

Uma primeira justifica a intervenção penal diante da violação de bens jurídicos supraindividuais, como a paz pública, a ordem pública, a segurança pública e outros termos análogos. Cuida-se de uma posição que buscaria tutelar um sentimento social de segurança que seria exposto a perigo com a mera existência de uma associação voltada à prática de crimes.

Uma segunda posição justifica a intervenção penal como forma de antecipação de tutela de bens jurídicos individuais visados na planificação da associação. Trata-se de uma postura que nega a existência dos bens supraindividuais citados, afirmando que constituem “falsos bens jurídicos coletivos”. Ou, segundo a terminologia que nos parece mais adequada, bens jurídicos supraindividuais injustificados. Segundo esta posição, os bens jurídicos individuais justificariam a intervenção penal tanto pelos delitos-fim, quanto pelos delitos associativos. A diferença seria que, no primeiro caso, poderiam estar presentes formas de afetação diretas (de dano) ou indiretas (de exposição a perigo concreto), ao passo que, no segundo, os mesmos bens jurídicos estariam tutelados a partir de uma “estrutura delitiva” de perigo abstrato.

Uma terceira posição, de seu turno, sustenta que o fundamento material da pretensão de ofensividade da norma está justificado porque os autores abusaram, ou extralimitaram-se, do Direito fundamental de associação. Neste sentido, vaticina-se que a incriminação bem delimitaria os contornos concretos daquele Direito fundamental, de modo que, ao transpassar tais limites, a intervenção punitiva estaria legitimada a intervir.

Uma quarta posição sustenta que a ofensividade das associações criminosas não estaria justificada a partir do recurso simplista a bens supraindividuais, ou a quaisquer bens individuais, tampouco a abusos de Direitos fundamentais. Ao contrário disso, identificam uma forma específica de agressão a bens jurídicos determinados: trata-se de incriminar associações que se arroguem aos poderes estatais, nomeadamente, ao monopólio estatal da violência. Com efeito, não será qualquer forma de delitos-fim que ensejarão a intervenção punitiva, mas apenas as formas violentas de planos delitivos que justificariam a intervenção penal. Sustenta-se que com isso será possível bem delimitar o alcance do tipo de modo a evitar que se pratiquem excessos de imputação.

A última das fundamentações explica que as associações são instituições já em si perigosas. Desse modo, seja porque constituem agentes ilícitos coletivos, ou porque há uma periculosidade ínsita ou mesmo porque tais associações expressam um modo de vida criminoso, a sua punição radica na sua mera existência. Afinal, não seria possível sustentar que instituições formadas para confrontar o Direito poderiam permanecer indenidas de responsabilização. Ainda que a sua criminalização possa se referir a bens jurídicos individuais, a sua punibilidade decorreria da sua formação inicial.

Sendo esses os fundamentos pelos quais a doutrina buscou justificar a intervenção punitiva, para responder à questão inicialmente formulada para esta investigação optou-se por realizar uma confrontação linguística de tais proposições. Com isso, foi possível constatar se em alguma delas é possível encontrar um fundamento material legítimo para justificar a incriminação, ou não. Da mesma forma, a exigência de ação também foi colocada em destaque, como meio de afirmar o duplo juízo de desvalor que toda norma jurídico-penal incriminadora deve encerrar.

No que toca à conduta, esclarecemos que muito embora o legislador utilize-se de verbos para indicar a ação proibida pelo tipo, esta providência não o isenta de perquirir por verbos que expressem comportamentos humanos concretos. Isso fica claro quando constatamos, com VIVES, que o legislador não pode se furtar ao uso do sentido comum da linguagem, isto é, da linguagem que todos falamos, ainda que ocasionalmente utilize-se de termos técnicos (o que, diga-se, não deixaria de ser um uso *comum* da linguagem). Pouco importa, nesta extensão, a elaboração de artifícios conceituais herméticos para a compreensão da ação, o que se precisa descortinar é a ação linguisticamente proscrita pelo legislador.

Embora o legislador não procure criminalizar “não-ações” (*non actions*), é possível que tipifique condutas que não transmitam o significado de algo que as pessoas fazem ou deixam de fazer. É isso o que ocorre, por exemplo, nos verbos “brilhar” e “valer”, que, segundo demonstramos, embora possam ter um referente humano, não indicam nada que as pessoas praticam. O mesmo ocorre com verbos que expressam sentidos humanos ou aqueles ligados com a passividade.

Em termos jurídico penais, também demonstramos que o legislador incorre nesse tipo de criminalização quando se vale da técnica de tipificação própria dos “delitos de posse”. Ter, neste sentido, não transmite o significado linguístico de algo praticado por alguém, ainda que exija a presença de um componente humano. Isso faz com que tipos quejandos não resistam ao teste de validade do *act requirement*.

E é com base em um tal raciocínio que muitos autores levantam a suspeita de que não haveria uma ação nos delitos de organização, associativos ou de pertencimento.

Suspeitamos, porém, que isso decorra do fato da utilização, pelo legislador, do verbo “associar” em sua voz verbal reflexiva. Estes, de seu turno, caracterizam por identificar ações (verbos) nas quais o sujeito é, a um só tempo, autor e paciente. Neste sentido, alega-se que quem *está* em uma organização, *per se*, não fez nada. Só *está*. O que não pode ser confundido com a realização de condutas.

Ao lado dessa crítica, estão os autores que atribuem ao verbo o sentido de um simples acordo para o fim de que a associação se ponha a praticar delitos.

Ao examinarmos os argumentos sob a gramática profunda, demonstramos que, em essência, o mero fato de pertencer a uma organização não pode, *per se*, sustentar a incriminação. No entanto, não seria correto afirmar que o verbo “associar” não transmite a significação de algo que as pessoas são capazes de praticar. Para demonstrá-lo, apresentamos alguns exemplos de situações contextualizadas – jogos de linguagem – em que ações praticadas poderiam oferecer o sentido de uma associação. Por exemplo, na relação estabelecida entre um professor orientador e o seu aluno. Enquanto veículo do significado, é fundamental que aquele verbo se traduza em ações concretas.

Com efeito, também demonstramos que é indispensável que tenha havido contato – embora não necessariamente físico – entre os membros e a organização. Deste modo, a delimitação do sentido apenas pode ser realizada com o auxílio do especial fim de agir presente no tipo (“para o fim de cometer crimes”). Isso porque,

para que um membro possa ser identificado enquanto tal, já linguisticamente será necessário que ele, de alguma maneira, adira aos fins da associação, colaborando com o plano delitivo estabelecido. Em outras palavras, que se ofereçam aportes concretos que sinalizem uma aderência aos fins programáticos da associação.

Ainda que se considere o verbo empregado pelo legislador algo demasiadamente abstrato, demonstramos que, ao contrário disso, seu emprego foi feliz e que não viola, necessariamente, o princípio de taxatividade. No sentido da voz verbal reflexiva, “associarem-se” parece transmitir o sentido de algo praticado por alguém e do qual este alguém também é também paciente. E isso é exatamente o que ocorre nas associações criminosas. Trata-se de uma vinculação aos fins propostos, de modo que o autor – ou o membro – deve realizar atos concretos, como também fazer-se incorporar aos fins associativos.

Demonstramos também que não é possível acudir a uma terceira espécie de conduta, radicada na ideia de “delito de estado”. Para além de ser ilegal e inconstitucional, uma tal providência não nos permitiria adscrever qualquer forma de significação à “ação” ou ao “estado”, já que ela se baseia, segundo WITTGENSTEIN, na ideia de usos reiterados. E quem está, só está. Nada fez.

Em continuidade, também examinamos a questão relacionada ao resultado. Este aspecto do trabalho se mostrou necessário para apresentar os critérios com que se admite a desvalorização do resultado.

Para isso, discutimos a respeito da classificação dos delitos quanto ao resultado, que se dividem em crimes materiais, formais e de mera conduta. O propósito deste tópico foi o de demonstrar a artificialidade desta classificação, uma vez que, embora seja comumente associado a um delito formal, o tipo de associação criminosa escapa das características mais elementares a essa divisão. Doutrinariamente, afirma-se, por exemplo, que nessa classe de delitos o resultado naturalístico é admissível de modo que, sem embargo, é por isso que a modalidade tentada pode ser justificada dogmaticamente. No entanto, isso simplesmente não é possível no tipo de associação criminosa, seja porque ele se constitui em um delito permanente, seja pelo verbo empregado pelo legislador. Deste modo, classificá-lo enquanto delito formal pouco – ou nada – esclarece.

Por outro lado, também discutimos a classificação da associação quanto ao modo de afetação do bem jurídico. Esta, de seu turno, divisa os delitos em delitos de dano e de perigo, este que, por sua vez, biparte-se em delitos de perigo abstrato e

concreto. Segundo nos parece, a estrutura lógica da tipificação dá lugar a um delito de perigo abstrato. Explicamos que a doutrina admite duas teorias para desnudar essa modalidade delitiva. A primeira, denominada “teoria da presunção do perigo”, afirma que o legislador parte de uma presunção absoluta quanto a ocorrência de perigo ao bem justificador da ingerência penal. De seu turno, a teoria da “periculosidade geral” afirma que o legislador realiza um raciocínio estatístico de que determinadas condutas conduzem a resultados socialmente indesejados.

Tratam-se de posturas que afirmam que a ofensividade já vem justificada *ex ante* pelo legislador, de modo que, ao juiz, apenas incumbiria a tarefa de identificar o desvalor de ação da conduta praticada. Sem embargo, isso leva a contrassensos, segundo demonstramos.

Ao lado dessas posturas estão aquelas teorias que explicam que, mesmo que abstrato, a identificação do perigo não pode sair das mãos do juiz. Isso porque, em uma lógica própria do Direito penal do risco – ou da sociedade de risco –, o legislador vem cada vez mais se utilizando de técnicas de tipificação fundadas em abstrações, seja do perigo, do bem jurídico ou mesmo da ação, de modo que parece adequado que se deva imprimir alguma forma de controle sobre a criminalização secundária dessa forma de tipificação.

É por isso que vem ganhando espaço teses que condicionam a imputação de perigo abstrato a hipóteses em que a ação resulte na aflição da esfera de liberdade do cidadão. Uma tal postura, de seu turno, demonstra que é possível conciliar a exposição a perigo, ainda que abstrato, com o princípio de ofensividade.

Partiu-se, então, para a verificação da causalidade e da imputação objetiva. Demonstrou-se, neste particular, que a causalidade não joga qualquer papel relevante dentro da definição do comportamento típico, o que apenas poderia ser infirmado mediante a afirmação de que ela se estabeleceria no marco dos elementos psicológicos dos membros para com a aderência aos fins da associação.

É no plano da imputação objetiva que o desenvolvimento dos critérios de constatação assume relevância. Para alguns autores, como ROXIN, estes se desenvolveriam desde a lógica de um “tipo imprudente sem consequências”, algo como a infração subjetiva de um cuidado devido. De outro lado, aparece a posição de JAKOBS, que utiliza indistintamente dos mesmos critérios de imputação objetiva para todos os tipos de infrações penais, sejam de dano ou de perigo. Há também a posição de TIAGO JOFFILY que impõe sobre a imputação objetiva do perigo abstrato a condição

de que a ação deva afetar a existência livre e autônoma de uma quantidade indeterminada de pessoas.

Demonstrou-se, ademais, que a tendência está se orientando por afastar qualquer modalidade de incriminação hipotética *ratio legis*, de modo a que se deve relacionar o bem jurídico justificador e o perigo a que está exposto, ainda que abstrato.

No que toca aos argumentos relacionados ao(s) bem(ns) jurídico(s) legitimador(es) da intervenção penal, optou-se por proceder a uma revisão significativa dos seus argumentos. Isso nos permitiu examinar uma segunda vertente do nosso problema inicial: se há algum argumento capaz de justificar a ofensividade da conduta associativa.

Em um primeiro momento, procedeu-se à verificação dos bens jurídicos supraindividuais enquanto fundamento da pretensão de ofensividade da norma. Neste particular, assume relevância investigar se o bem jurídico “paz pública” encontra fundamentos para ser legitimamente sustentado. Para defini-lo, alguns autores acodem a um sentimento individual de segurança, o que, para outros, infirmaria a sua legitimidade enquanto legítimo bem jurídico supraindividual.

Segundo demonstramos, não é possível, contudo, infirmar que há um indicativo de relevo social no conceito de ordem pública – do qual a paz pública constitui uma espécie. Enquanto legítimo gestor dos Direitos alheios, o Estado tem como função primordial assegurar uma convivência pacífica entre os cidadãos. Destarte, fundamentos quejandos assumem a perspectivas de bens de segunda ordem, destinados a proteger bens de primeira ordem. A própria Constituição deixa transparecer esta compreensão.

Contudo, trata-se da assinalação de um simples interesse constitucional. O que demanda, segundo a concepção procedimental, outros passos no sentido de se alcançar a significação da proibição penal. Isso não é preenchido com a ideia de uma sensação ou sentimento, pois a limitação da liberdade sob este argumento traveste-se de um autoritarismo velado. Também não é possível identificar a paz pública com a ideia de “não realização de delitos”, argumento que desconhece a premissa da fundamentação material da incriminação, porquanto expressa uma simples expectativa abstrata e que, ao fim e ao cabo, diz muito pouco.

Neste sentido, parece ser necessário acudir a um elemento adicional para verificar, discursivamente, procedimentalmente, se o sistema jurídico é capaz de oferecer a tutela esperada pelo legislador no tipo de associação criminosa. Neste

sentido, não satisfaria a exigência de ofensividade o mero recurso a danos remotos. Desse modo, é necessário colocar a ofensividade *in concreto* de modo a verificar se há alguma conduta na tipificação capaz de agredir um bem de modo suficientemente grave a ponto de impedir o desenvolvimento do indivíduo em sociedade.

Assume relevância, então, a ideia de *estruturas do delito*, tal qual desenvolvido pela dogmática penal alemã. Trata-se de indagar a respeito das relações internas entre o bem jurídico e a forma que se lhe afeta. Segundo demonstramos, não há ofensividade na constituição pura e simples de associações criminosas. Parece necessário acudir a um elemento adicional, isto é, à difusão pública do seu propósito delitivo. Isso permite realizar uma leitura adequada do tipo e que recobre ao juiz a capacidade avaliativa da exposição a perigo. No entanto, demonstramos que esta tese carece de outras fundamentações, de modo que não é possível deixar relegada a qualquer tipo de infração penal-fim da associação. É necessário investigar a respeito de algo que realmente afete a tranquilidade coletiva que só pode ser percebida mediante a análise linguística do caso.

Também evidenciamos que os argumentos que sustentam a incriminação na ideia de ofensa aos bens jurídicos individualmente considerados não encontram fundamentos para validar a ingerência penal sobre o cidadão. Vimos que esta posição estabelece que a associação protege os mesmos bens jurídicos que os seus fins pretendem agredir. Isto é, tutela-se o patrimônio, no caso de que uma associação seja formada para realizar saques e roubos distintos, ou a vida, no caso da formação de uma associação que detenha o desiderato de atacar esse bem jurídico.

Demonstramos alguns problemas relacionados a essa posição. Há um forte indício de violação do *ne bis in idem* no caso de que esta associação venha a pôr em marcha o seu plano delitivo, consumando as infrações. Também demonstramos que é possível que se extraiam incongruências práticas inolvidáveis no caso de sua implementação prática, como a ausência de imputação para os delitos-fim, ainda que tenham formalmente se consumado, mas a manutenção da imputação para o delito preparatório associativo. Nessa lógica o mais grave resta impune, ao passo que o menos grave estará consumado.

Também demonstramos que não há razoabilidade prática em sustentar a incriminação desde a base do abuso ao Direito fundamental de associação. Com este argumento, nada se diz a respeito de fundamentos materiais. Também não se explica o porquê se pune. Adscribe-se, simplesmente, um modo de comissão delitiva que, ao

fim e ao cabo, deixa mais perguntas abertas do que respostas fechadas. Isso não significou dizer que um abuso de um Direito não possa ser validamente empregado pelo legislador, ao contrário disso. Demonstrou-se que há situações em que este recurso é necessário e, de resto, bem-vindo. O que de fato dissemos é que este não pode ser um argumento para legitimar a punição de um delito autônomo, seja porque não se esclarece qual é o fundamento, como tampouco como se pode agredi-lo, expondo a perigo ou afetando diretamente a um bem jurídico.

Neste rumo, discutimos com aqueles que sustentam a violação do monopólio estatal da violência enquanto fundamento da pretensão de ofensividade. Resumidamente, este argumento admite que a ofensividade da conduta radica na violência dos delitos-fim planejados. Segundo nos pareceu, ao contrário do que afirma o seu idealizador, esse argumento pode facilitar a interpretação do bem supraindividual “paz pública”. Isso porque a paz pública constitui o antônimo do conflito público, sendo certo que, sob a rubrica de um controle social do intolerável, será possível admitir que associações violentas não seriam de todo legítimas e, por isso, passíveis de serem criminalizadas.

É de se observar, porém, que este argumento deixa algumas lacunas importantes de punibilidade e que pode levar a soluções de duvidosa legitimidade. Basta para afirmá-lo que uma associação formada para fomentar o rompimento do regime democrático por meios “não violentos” poderia passar sem qualquer responsabilidade penal. Dessa forma, propomos uma conciliação de argumentos, de modo que apenas será possível justificar a incriminação desde que haja uma difusão pública do propósito delitivo da associação, o que necessariamente deve afetar a segurança e a estabilidade dos direitos das pessoas. Apenas assim será possível afirmar que há um estado de intranquilidade social linguisticamente percebido.

Por fim, revisamos a tese que coloca na periculosidade ínsita à própria associação o fundamento de toda a incriminação. Sob esta rubrica, inserem-se diferentes denominações, isto é, que o fundamento radica em uma “periculosidade subjetiva ou institucional” ou também uma “periculosidade pela condução de vida criminosa”.

Consideramos demasiado infeliz que se tenha recorrido a esta última denominação. Sobretudo porque ela está inexoravelmente associada a teses autoritárias e genocidas de instrumentalização do Poder Punitivo para reprimir minorias em regimes totalitários. Inobstante, é inescapável a essas formulações o

recurso à ideia de segurança coletiva como meio para demonstrar a periculosidade que seria peculiar a esses grupos.

Com efeito, demonstramos que o conceito de segurança não contém qualquer conteúdo autônomo. Ao contrário disso, ele é sempre e invariavelmente instrumental. Trata-se da segurança de algo. A promoção da segurança constitui uma mera atividade – ou função – estatal, de sorte que também não serve para fundamentar a intervenção penal legitimamente.

Ao fundamentar a responsabilidade pela existência da instituição, significaria o mesmo que afirmar a responsabilidade pelo que se é, pelo seu estado ou pelas características peculiares do autor. O que não seria admissível em um Estado de Liberdades. Desse modo, essa tese também não se sustenta ao afirmar-se que as associações constituem um estado de coisas autonomamente desvalioso.

Próximo a isso está uma terceira vertente desta corrente, que afirma que as associações constituem agentes ilícitos coletivos cuja função seria a violação do Direito. Isso, porém, não nos evidencia como a mera existência de uma instituição possa fazer ou omitir algo, tampouco como pode agredir bens jurídicos individuais autonomamente. O que implica que sob este argumento é possível estender demasiadamente a imputação de modo que não se ultrapassa os limites do mero formalismo.

Em linhas gerais, há muita dificuldade em justificar a punição de associações criminosas. Seja porque a luta político-criminal que contra elas se estabeleceu carece de uma melhor precisão, inclusive desde aspectos normativos. Ou também porque, para alguns, o tipo não delimitaria bem o desvalor de ação. Ou mesmo, e aqui de forma mais clara, porque os fundamentos encontrados para legitimá-la carecem, no mais das vezes, de argumentos capazes de justificá-la.

Neste último particular, demonstrou-se que somente é possível fundamentar adequadamente a sua ofensividade desde uma relação entre a difusão pública da associação e, sobretudo dos seus fins, com a necessária implicação de que estes afetem, de algum modo, a segurança e a estabilidade dos Direitos das pessoas, seja por meio de delitos violentos, ou por outras modalidades que façam expressa alusão ao desenvolvimento social do indivíduo em sociedade.

REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Por um novo paradigma dogmático para o direito penal brasileiro. *In* BOLDT, Raphael (org.). **Teoria Crítica & Direito Penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

AMELUNG, Knut. El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. Trad. Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno. *In* HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007.

AMELUNG, Knut. **Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft**. Frankfurt am Main. 1972.

ARAÚJO, João Vieira. **O código penal interpretado**, vol. 1, Brasília: Senado Federal/Superior Tribunal de Justiça, 2004.

ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. 10ª ed. Trad. André Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Maria Aparecida O. Silva. São Paulo: Edipro, 2019.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho**. Teorías de la argumentación jurídica. Madrid: Centros de estudios constitucionales, 1997.

ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Trad. Manuel Porier Braz. Lisboa: Escolar, 2014.

BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico penal supraindividual**. Belo Horizonte: D'plácido, 2017.

BARATTA, Alesandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARATTA, Alessandro. Seguridad. *In*. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: B de F, 2004.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BAUMANN, Jürgen. **Derecho penal**: conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos. Buenos Aires: Depalma, 1973.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Latin, 2014.

BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho penal. La doutrina del delito-tipo**. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002

- BELEZA, Teresa Pizarro. **Direito Penal**. Parte Geral. Vols. 1. Lisboa: AAFDL, 1983.
- BINDING, Karl. **Die Normen und ihre Übertretung**: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Tomo I. Leipzig: Felix Meiner, 1872. Disponível em: <https://www.digitale-sammlungen.de/de/view/bsb11583818?q=%28Die+Normen+und+ihre+%C3%9Cbertretung%29&page=520,521>. Acesso em setembro de 2022.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa** – lei n. 12850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. Vol. 04. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito penal**: parte geral. Trad. Gercélia Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2 ed. São Paulo: RT, 2010.
- BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson. **Os fins do direito penal**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.
- BOZZA, Fábio. **Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal**. São Paulo: Almedina, 2015.
- BÖHLER, Luccas Chiamulera. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos delitos de associação criminosa e organização criminosa (Lei n.º 12.850/2013). *In Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, Curitiba, 2021. Disponível em: < [https://ibdpe.com.br/rppj/#:~:text=Entrar-RESPONSABILIDADE%20PENAL%20DAS%20PESSOAS%20JUR%C3%8DDICAS%20NOS%20DELITOS%20DE%20ASSOCIA%C3%87%C3%83O%20CRIMINOSA,LEI%20N%C2%BA%2012.850%2F2013\).&text=A%20possibilidade%20de%20responsabilidade%20penal,como%20tal%2C%20deve%20ser%20debatida](https://ibdpe.com.br/rppj/#:~:text=Entrar-RESPONSABILIDADE%20PENAL%20DAS%20PESSOAS%20JUR%C3%8DDICAS%20NOS%20DELITOS%20DE%20ASSOCIA%C3%87%C3%83O%20CRIMINOSA,LEI%20N%C2%BA%2012.850%2F2013).&text=A%20possibilidade%20de%20responsabilidade%20penal,como%20tal%2C%20deve%20ser%20debatida). >. Acesso em dezembro de 2022.
- BUSATO, Paulo C. Beccaria, o Contratualismo e o Controle Social do Intolerável como fundamento da pena e do próprio Direito Penal. *In* BUSATO, Paulo C. **Ler Beccaria Hoje**. Coleção: Por que ler os clássicos, vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BUSATO, Paulo C. Comentários ao art. 5º da Lei 13. 260/2016. *In* **Lei antiterror anotada**. Indaiatuba: Foco, 2018.
- BUSATO, Paulo C. Concepción significativa de la acción y su capacidad de rendimiento crítico para el sistema de imputación. *In* GONZÁLEZ CUSSAC, José L. **Lenguaje y dogmática penal**. Actas del II Congreso Ibero-Americano de Derecho Penal y Filosofía del Lenguaje. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- BUSATO, Paulo César. Delitos de posse e ação significativa. *In* BUENO, Marcela Bianchini (org.) **Novas reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Curitiba: Veddelta, 2019.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: Parte Geral. 6ª ed. Vol. 1. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: Parte Especial 2. 3ª ed. Vol. 3. São Paulo: Atlas, 2022.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal & 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, 2010.

BUSATO, Paulo César. **La tentativa de delito**: Análisis a partir del concepto significativo de la acción. Curitiba: Juruá, 2011.

BUSATO, Paulo César. O giro linguístico e o Direito penal. *In* BUENO, Marcela Bianchini (org.) **Novas reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Curitiba: Veddelta, 2019.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal español**. Barcelona: Ariel, 1984.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Derecho penal**: parte especial. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1991.

CABRAL, Rodrigo L. F. **Dolo e linguagem**. Rumo a uma nova gramática do dolo a partir da filosofia da linguagem. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

CABRAL, Rodrigo L. F. Bem jurídico como expectativa legítima de respeito: uma reflexão à luz da filosofia da linguagem. *In* BUSATO, Paulo C.; PERUZZO JR, Léo (Org.). **Direito penal e filosofia da linguagem**. Ação, intencionalidade e norma penal. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023 [no prelo].

CANCIO MELIÁ, Manuel. 'El injusto de los delitos de organización: peligro y significado.' *In* CANCIO MELIÁ, Manuel; SILVA SANCHEZ, Jesús María. **Delitos de organización**. Motevideo/Buenos Aires: BdeF, 2020.

CAVAGNARI, Rodrigo J.; BACH, Marion. Concepção procedimental do bem jurídico e reflexos na determinação racional da pena. *In* BUSATO, Paulo C. (Org.). **A linguagem do direito penal**. Anais do 1º congresso ibero-americano de direito penal e filosofia da linguagem. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Derecho Penal**. Parte General. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990.

COELHO, Walter. **Teoria geral do crime**. Vol. 1. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

COLOMER BEA, David. **El tratamiento penal de los desórdenes públicos**. pp. 432. Tese de Doutorado – Universidade de Valencia, Valencia, 2019.

COSTA JUNIOR, Paulo J. **Comentários ao código penal: parte especial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

CREUS, Carlos. **Derecho Penal**. Parte Especial. 6ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1999.

CUERDA ARNAU, M^a Luisa. Dogmática, direitos fundamentais e justiça penal: análise de um conflito. Trad. Rodrigo Cavagnari. *In* **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 6, n. 11., p. 43-72, jul./dez. 2014.

CUERDA ARNAU, María Luisa; GARCÍA AMADO, Juan Antonio. (dir.) **Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, n. 71, mar. - abr. 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **As «associações criminosas» no código penal português de 1982 (arts. 287º e 288º)**. Coimbra: Coimbra, 1988.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime**. T. 1. Coimbra: Coimbra, 2004.

DIMOULIS, Dimitri. **Direito penal constitucional**. Garantismo na perspectiva do pragmatismo jurídico-político. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

DOTTI, René Ariel. A organização criminosa é uma forma qualificada do concurso de pessoas. *In*: **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, n. 198, maio, 2009. Disponível em: < <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/4779/> >. Acesso em janeiro de 2023.

DOTTI, René Ariel. Um bando de denúncias por quadrilha. *In*: **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, n. 174, maio, 2007. Disponível em: < <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/4331/> >. Acesso em janeiro de 2023.

ESTELLITA, Heloísa. **Criminalidade de empresa. Quadrilha e organização criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ESTELLITA, Heloísa; GRECO, Luís. 'Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado'. *In*: **Direito e processo penal: parte especial (coleção doutrinas essenciais)**. Org. Gustavo Badaró. Vol. 03, pp. 1073-1090, São Paulo: RT, 2015.

FARALDO CABANA, Patricia. **Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español**. Madri: Tirant lo Blanch, 2018. [livro eletrônico]

FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra, 1992.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. **A legitimidade da pena estatal** – Uma breve incursão pelas teorias da pena. Trad. Nivaldo Brunoni. Florianópolis: Conceito, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon**. Madrid: Trotta, 1995.

FEUERBACH, Paul Joahnn Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal**. Trad. Da 14ª ed. alemão por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hamurabi, 2007.

FLETCHER, Georges P. Aproximación intersubjetiva al concepto de acción. Trad. Francisco Muñoz Conde. *In* **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón). Vol. 1. Juan Carlos Carbonell Mateu, *et al.* (Coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

FLETCHER, George P. **Basic concepts of criminal law**. Nova Iorque: Oxford, 1998.

FLETCHER, George P. **The grammar of criminal law**. American, Comparative and International. Vol. 1. NY: Oxford, 2007.

FONSECA, Pedro H. C. **Direito penal & ação significativa**. 2ª ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **La asociación para delinquir**. Tesis doctoral. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. 1975.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Conceito e método da ciência do direito penal**. São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Organizações e associações criminosas**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

GONÇALVES, Guilherme H.; LAVALLE, César C. Afinal, por que precisamos conservar alguma concepção de bem jurídico?. *In* BUSATO, Paulo C.; PERUZZO JR., Leo. (Org.). **Direito penal e filosofia da linguagem**. Ação, intencionalidade e norma penal. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

GONZÁLEZ CUSSAC, José L; BUSATO, Paulo C.; CABRAL, Rodrigo L. F.. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro**. Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís. Novos e velhos horizontes da dogmática. Trad. Luíza Borges Terra e Fernando Calix Costa. *In* TERRA, Luíza Borges (Org.). **Lições contemporâneas do Direito penal e do processo penal**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

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.

GRACIA MARTIN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Fabris, 2005.

GRECO, Luís. A criminalização no estágio prévio: um balanço do debate alemão. In: Frederico Horta (coord.). **Revista do instituto de ciências penais**. Vol. 5, maio. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?. *In Anuário de Derecho Penal Económico y de la Empresa – ADPE*, n. 2, pp. 63-73, 2012.

GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2015.

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. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *In Revista brasileira de ciências criminais*, n.º 49, jul./ago., São Paulo, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidades e validade**. Contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020.

HABIB, Gabriel. **Associação criminosa**: Sentido e validade dos crimes associativos. Salvados: JusPODIVM, 2019.

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

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Alflen da 2ª ed. alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HASSEMER, Winfried. Límites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada: tesis y razones. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 23, pp. 25-30, São Paulo: RT, 1998.

HASSEMER, Winfried. Lienamientos de una teoría personal del bien jurídico. Trad. Patrícia Ziffer. *In Doctrina Penal – Teoría y Practica en las Ciencias Penales*, n. 45/48, pp. 275-285, 1989.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**. Trad. Francisco Muñoz Conde e Maria del Mar Diaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HASSEMER, Winfried. **¿Por qué castigar?** Razones por las que merece la pena la pena. Trad. Manuel Cancio Meliá e Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

HASSEMER, Winfried. Segurança Pública no Estado de Direito. *In* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 5, pp. 55-69, São Paulo: RT, 1994.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. *In* HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007.

HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *In* **Anales de derecho**. Universidad de Murcia. N. 19, pp. 147-158, 2001.

HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007.

HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. **Direito penal: parte geral**. Trad. da 2ª ed. alemã por Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el StGB. *In* HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª ed. Trad. Cuello Contreras e Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. **El derecho penal como disciplina científica**. Trad. Alex van Weezel. Madrid: Civitas, 2008.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. 2ª ed. Trad. Luís Callegari. São Paulo: RT, 2012.

JAKOBS, Günther. Incriminação no estágio prévio à lesão de um bem jurídico. *In* **Fundamentos do Direito Penal**. 2ª ed. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2012.

JAKOBS, Günther. O conceito jurídico-penal de ação. *In* **Fundamentos do Direito Penal**. 2ª ed. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2012.

JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do Direito Penal. Trad. Pablo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa.** São Paulo: Manole, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Lehrbuch des Strafrecht.** 3ª ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1998.

JOFFILY, Tiago. **O resultado como fundamento do injusto penal.** Florianópolis: Empório do direito, 2016.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; *et al.* A nova redação proposta para o crime de quadrilha – art. 288 do CP. *In Revista liberdades*, n.º 9, p. 59-79, jan.-abr., 2012.

KINDHÄUSER, Urs. A dogmática jurídico-penal alemã entre a adaptação e a autoafirmação: controle de limites da política criminal pela dogmática? Trad. Beatriz Correa Camargo e Wagner Marteleto Filho. *In Dogmática penal no Estado Democrático de Direito.* São Paulo: Marcial Pons, 2020.

KINDHÄUSER, Urs. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. *In Dogmática penal no Estado Democrático de Direito.* Trad. Beatriz Correa Camargo. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

KRIPKE, Saul A. **Wittgenstein: On rules and private language.** An elementary exposition. Cambridge/Massachusetts: Cambridge University, 1982.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** 13ª ed. Trad. Beatriz Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2018.

LABATE, Victor. A tipicidade material no delito de pertencimento a organização criminosa e a criminalidade de empresa. *In Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, vol. 2, pp. 121-154, abr.-jun, 2020.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito penal alemão.** Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia., 1899. t. 1.

LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal.** Trad. Luís Jimenez de Asúa. 4ª ed. Madrid: Reus, 1999, t. II.

LOOS, Fritz. Hans Welzel (1904-1977) – A busca do suprapositivo no direito. *In ALFLEN, Pablo R. (Org.). O passado e o futuro do finalismo no Direito Penal.* Porto Alegre: CDS, 2020.

LUNA, Everardo da Cunha. **O resultado, no direito penal.** Recife: Univerisidade do Recife, 1959.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade de risco e Direito penal: Uma avaliação de novas tendências político-criminais.** São Paulo: Ibccrim, 2005.

MAGALHÃES NORONHA, E. **Direito Penal** – Parte Especial. Vol. 4. 17ª ed. Atualizado por Dirceu de Mello e Eliana Passarelli Lepera. São Paulo: Saraiva, 1985-1986.

MARTINELLI João P.; DE BEM, Leonardo S. **Lições fundamentais de direito penal**. Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Los elementos subjetivos em la antijuridicidad**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021 [livro eletrônico]

MATOS, Renato. **Crimes associativos**: sociedades e organizações criminosas. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

MAYER, Max Ernst. **Derecho penal**: parte geral. Trad. Sergio Politoff. Motevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007

MENDOZA BUERGO, Blanca. **Limites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2001.

MERKEL, Adolf. **Derecho penal**. Parte Espacial. t. 2, trad. P. Dourado. Madrid: La España Moderna, [1910?].

MEZGER, Edmund. **Derecho penal** (Libro de estudio). Parte General. Buenos Aires: Editorial bibliográfica Argentina, 1957.

MEZGER, Edmund. **Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

MIGUENS, Sofia. **Uma leitura da filosofia contemporânea**. Figuras e Movimentos. Lisboa: Edições 70, 2019.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Parte General. 3ª ed. Barcelona: PPU, 1990.

MONTENEGRO, Lucas. Die Kriminell Vereinigung als Unrechtsperson: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von § 129 II StGB. *In Goldammer's Archiv für Strafrecht*. Vol. 166, nº 8, pp. 489-505, 2019.

MONTENEGRO, Lucas. Os delitos de organização no direito brasileiro. *In* GRECO, Luís, ESTELLITA, Heloísa; LEITE, Alaor. **Direito Penal em foco**. Vol. 1. [Local]: JOTA, 2021.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**: Parte Especial. 5ª ed. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1993.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**: Parte Especial. 20ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social**. Jerez: Fundación Universitaria Jerez, 1985.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo**. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo. 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal: parte general**. 9ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.

NINO, Carlos Santiago. **Los límites de la responsabilidad penal**. Una teoría liberal del delito. Buenos Aires: Astrea, 2006.

NOUGUÉ, Carlos. **Suma gramatical da língua portuguesa**. Gramática geral e avançada. São Paulo: É-Realizações, 2015.

ORTS BERENQUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. **Compendio de derecho penal (parte general)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática**. Barcelona: Atelier, 2005.

PATALANO, Vincenzo. **L'associazione per delinquere**. Napoli: Jovene, 1971.

PAWLIK, Michael. ¿Delito Lesión de un bien jurídico? *In Dret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2016.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. M. **Organização criminosa**. Nova perspectiva do tipo legal. São Paulo: RT, 2009.

PERUZZO JÚNIOR, Léo. **Wittgenstein: o interior em uma concepção pragmática**. Curitiba: CRV, 2011.

PIERANGELI, Enrique. **Direito penal brasileiro: parte especial**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. Associação criminosa – crime organizado (lei 12.850/2013). *In Revista dos Tribunais*, vol. 938, pp. 241-297, dez., 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte Geral e Especial. 14ª ed. São Paulo: RT, 2015.

PRADO, Rodrigo Murad do. **Teorias da conduta no Direito Penal**. Um estudo simplificado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Derecho de manifestación y desórdenes públicos. *In CUERDA ARNAU, María Luisa; GARCÍA AMADO, Juan Antonio. (dir.) Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita. *In* FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; ANARTE BORALLO, Enrique (eds.). **Delincuencia oragnizada**. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva: Universidad de Huelva, 1999.

RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal**. Trad. José Luis Guzman Dalbora. Montevideo: BdeF, 2011.

RENZIKOWSKI, Joachim. **Direito penal e teoria das normas**: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. Trad. Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. Trad. Cancio Meliá. *In* **Revista de ciencia penal y criminología**. N. 15, pp. 01-27, 2013.

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

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

ROXIN, Claus. **Strafrecht**, A. T. I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4ª ed. Munique: Beck, 2006.

ROXIN, Claus. **Täterschaft und tatherrschaft**. 9ª ed. Berlim: De Gruyter, 2015.

SÁ, Priscilla Placha. Criminalidade associativa: um novo paradigma. *In* ZILIO, Jacson (coord.); FARIAS, Alexandre Ramalho de; NEVES, Alexandre Cavalli das; GONÇALVES, Guilherme Henrique. **Sistema penal no Estado Democrático de Direito**. Estudos em homenagem aos 30 anos de docência do Professor Luiz Renato Skroch Andretta. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

SANCINETTI, Marcelo. **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, 1991.

SANTOS, Humberto Souza. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?** Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: Parte Geral. 8ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SCHEIFF, Bernd. **Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen (§129 StGB)?**. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1996.

SCHÜNEMANN, Bernd. Apresentação. In GRACIA MARTIN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Fabris, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. Einführung in das strafrechtliche Systemdenken. In **Grundfragen des modernen Strafrechtssystems**. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1984.

SCHÜNEMANN, Bernd. Dez teses sobre a relação da dogmática penal com a política criminal e com a prática do sistema penal. Trad. Adriano Teixeira. In **Direito penal, racionalidade e dogmática**. Sobre os limites do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. **A expansão do Direito penal**. Aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais. 2ª ed. Trad. Luís O. de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2011.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. La “intervención a través de organización”, ¿Una forma moderna de participación en el delito? CANCIO MELIÁ, Manuel; SILVA SANCHEZ, Jesús María. **Delitos de organización**. Motevideo/Buenos Aires: BdeF, 2020.

SOFIA, Gerardo Mateo. **La Asociación ilícita y su inconstitucionalidad**. Buenos Aires: Verzetti, 2010.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal: parte geral**. Vol 1. 2ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal: parte especial**. Vol 4: arts. 235 a 311-A do CP. 2ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. In HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico. Trad. Lucas Minorelli. In **Revista eletrônica de direito penal e política criminal**. Vol. 2, n.º 1, pp. 03-14, Porto Alegre: UFRGS, 2014.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TOURINHO, José Lafaieti Barbosa. **Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas**. 2ª ed. (2ª reimp.). Curitiba: Juruá, 2011.

VERA BARROS, Oscar Tomás. Asociación ilícita (art. 210 CP). Algunas consideraciones. *In Nuevas formulaciones en las ciencias penales*. Córdoba: Marcos Lener/La Lectura, 2001.

VIVES ANTÓN, Tomas Salvador. Dos problemas del positivismo jurídico. *In La libertad como pretexto*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Acción significativa y derechos constitucionales. 2ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos do sistema penal**. 2ª ed. Trad. Paulo César Busato. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Lenguaje común, derechos fundamentales, filosofía y dogmática penal. *In GONZÁLEZ CUSSAC, José L. Lenguaje y dogmática penal*. Actas del II Congresso Ibero-Americano de Derecho Penal y Filosofía del Lenguaje. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, CUERDA ARNAU, María Luisa.; GÓRRIZ ROYO, Elena. **Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal**. Dos Seminarios. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; CUERDA ARNAU, Maria Luísa. Estado autoritario y adelantamiento de la "línea de defensa penal". *In Pensar la libertad*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Garantías constitucionales y terrorismo. *In Pensar la libertad*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; *et al.* **Derecho penal**: parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. **Strafrecht**, AT. 30 ed. Heidelberg: Müller, 2000.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. 11ª ed. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970.

WELZEL Hans. **Das neue Bild des Strafrechtssystems**. Eine Einführung in die finale Handlungslehre. 4ª ed. Göttingen: Otto Schwarz, 1961.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. 9 ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Los cuadernos azul y marrón**. Francisco Gracia Guillen. Madrid: Tecnos, 1968.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Trad. Luis Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: EdUSP, 2020.

WOHLERS, Wolfgang; VON HIRSCH, Andrew. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007

ZAFFARONI, E. Raúl; *Et. Al.* **Direito penal brasileiro**: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2ª ed. 2º vol. Rio de Janeiro: Revan, 2010

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**. Parte General. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Ediar, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**. Parte General. 6ª ed. Buenos Aires: Ediar, 1997.

ZAFFARONI, E. Raúl. O que fica do finalismo na América Latina?. Trad. Pablo Alflen e Antonella Fiorini. *In* ALFLEN, Pablo R. (Org.). **O passado e o futuro do finalismo no Direito Penal**. Porto Alegre: CDS, 2020.

ZAFFARONI, E. Raúl. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, Vol. 3., 1980-1983.

ZAFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José H. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9ª ed. Vol. 1. São Paulo: RT, 2011.

ZIELINSKI, Diehart. **Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito**. Buenos Aires: Hammurabi, 1990.

ZIFFER, Patrícia S. **El delito de asociación ilícita**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.

ZILIO, Jacson. O injusto penal dos delitos de organização. *In* ZILIO, Jacson (coord.); FARIAS, Alexandre Ramalho de; NEVES, Alexandre Cavalli das; GONÇALVES, Guilherme Henrique (org.). **Sistema penal no Estado Democrático de Direito**. Estudos em homenagem aos 30 anos de docência do Professor Luiz Renato Skroch Andretta. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

ZILIO, Jacson. O injusto penal dos delitos de posse e dos delitos de organização. *In* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 185, p. 43-81, nov., 2021.

ZULGALDIA ESPINAR, José Miguel. **Fundamentos de derecho penal (parte general)**. Las teorías da pena y da ley penal. 2ª ed. Granada: Universidad de Granada, 1991.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. 'Comentarios al artículo 317 del Código Penal: la criminalización de las asociaciones ilícitas a la luz del derecho comparado. *In*: **Revista peruana de ciencias penales**. N. 11-12, pp. 283-300. Lima: Indemsa, 2002.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. **Criminalidad organizada y sistema de derecho penal**: Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada: Coimbra, 2009.

ŽIŽEK, Slavoj. **Violência**: Seis reflexões laterais. Trad. Miguel Serras, São Paulo: Boitempo, 2014.

JURISPRUDÊNCIA CITADA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Habeas Corpus n.º 406.213/AL, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 10.10.2017, publicado no DJE em 17.10.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). Recurso Especial n.º 688.878/SP, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Julgado em 28.02.2018, publicado no DJe em 04.04.2018.

LEGISLAÇÃO CITADA

ALEMANHA. Strafgesetzbuch (StGB), versão publicada em 13 de novembro de 1998. **Bundesamt für Justiz**. Disponível em: < <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html> >. Acesso em janeiro de 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em dezembro de 2022.

BRASIL. Decreto n.º 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo de Palermo. **Portal da Legislação**, Brasília, DF, 12 mar. 2004. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm >. Acesso em dezembro de 2022.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Portal da Legislação**, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm >. Acesso em dezembro de 2022.

BRASIL. Lei n.º 7.170, de 14 de dezembro de 1986. Define os crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social. **Portal da Legislação**, Brasília, DF, 14 dez. 1986. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm >. Acesso em dezembro de 2022.

BRASIL. Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos. **Portal da Legislação**, Brasília, DF, 25 jul. 1990. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.072%2C%20DE%2025%20DE%20JULHO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20crimes%20hediondos,Federal%2C%20e%20determina%20outras%20provid%C3%A2ncias >. Acesso em dezembro de 2022.

BRASIL. Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores. **Portal da Legislação**, Brasília, DF, 3 mar. 1998. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm >. Acesso em dezembro de 2022.

BRASIL. Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. Estabelece normas de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. **Portal da Legislação**, Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm >. Acesso em dezembro de 2022.

BRASIL. Lei n.º 12.850, de 2 de outubro de 2013. Define organização criminosa. **Portal da Legislação**, Brasília, DF, 2 out. 2013. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm >. Acesso em janeiro de 2022.

BRASIL. Lei n.º 13.260, de 16 de março de 2016. Disciplina o terrorismo. **Portal da Legislação**, Brasília, DF, 16 mar. 2016. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm >. Acesso em dezembro de 2022.

ESPAÑA. Constitución (1978). Constituição Espanhola. Madrid: **Boletín Oficial del Estado**, 1978. Disponível em: < https://boe.es/biblioteca_juridica/codigos/abrir_pdf.php?fich=387_Constitucion_Espanola_Constituicao_Espanhola.pdf >. Acesso em fevereiro de 2023.

ESPAÑA. Ley Orgánica 10, de 23 de novembro de 1995. Código Penal. **Boletín Oficial del Estado**. 23 de nov. 1995. Disponível em: < <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con> >. Acesso em janeiro de 2023.