

# NOVOS RUMOS DO DIREITO PENAL

SUMÁRIO: I Observação inicial. II - Direito penal material. Exigência de ofensa ao bem jurídico. III - Ação e tipicidade. IV - Tipo e ilicitude. O injusto. V - Culpabilidade.

*FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO*  
*Ministro Aposentado do STJ.*  
*Advogado.*

## I - OBSERVAÇÃO INICIAL

1 - É corrente a definição de crime como a ação típica, ilícita e culpável. Com algumas variações de pequena monta, para mais ou para menos, é esse o conceito formal de crime de que tem se valido a ciência penal, de algum tempo para cá.

Todavia, no exame dos elementos desse conceito formal, **ação, tipicidade, ilicitude e culpabilidade** só adquirem algum sentido de política criminal se consideradas a partir de um conceito material de crime capaz de orientar o aplicador do direito penal e, antes dele, o próprio legislador, na seleção das condutas que devem, ou não, receber a pena criminal.

2 - O conceito material de crime é, portanto, prévio à legislação penal, derivando, segundo ROXIN, da missão do direito penal, entendida como “proteção subsidiária de bens jurídicos”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> *Strafrecht*, AT, I, p. 8; *Decrecho Penal*, PG, I, trad. espanhola, p. 51

Em outras palavras, para além da proteção de bens jurídicos, não deve o direito penal estender as suas malhas e menos ainda utilizar o seu pesado instrumental.

3 - Essa consideração inicial, de caráter geral, situa-nos dentro de uma concepção material do direito penal, construída a duras penas a partir do iluminismo e aprimorada no Século que se finda, ante uma experiência histórica de dor e sofrimento.

Pode-se, entretanto, aqui indagar se essa exigência de lesão ao bem jurídico permanecerá no futuro.

Essa é uma questão que exige maiores indagações.

## **II - DIREITO PENAL MATERIAL. EXIGÊNCIA DE OFENSA AO BEM JURÍDICO.**

4 - Em nossos escritos temos salientado que não se deve admitir contradição ou oposição entre o direito penal e a moral, já que ambos contêm princípios e normas reguladoras do comportamento humano.

Todavia, é possível distinguir a esfera de atuação de ambos confinando-se em um campo bem mais restrito à área de incidência do direito penal *Non omne quod licet honestum est*.

Assim, mesmo sem adotar a teoria do mínimo ético, admitimos que o direito penal está empenhado em contribuir para a construção de um mundo valioso, assim como a moral. Mas, pela experiência desastrosa da intervenção do primeiro, no passado, para assegurar a obediência às regras religiosas e/ou morais (crimes de heresia, bruxaria, homossexualismo, etc.), não se deve reincidir no erro de confundir moral com direito penal, transformando este último numa espécie de herói protetor de valores éticos e de virtudes nem sempre acessíveis ou possíveis de serem praticadas pelos comuns dos mortais.

Por isso, afirmamos, o direito penal "*não deve ser chamado a tudo resolve e menos ainda deve transformar-se em desajeitado modelador do caráter, da personalidade, ou em sancionador da formação moral profundada da pessoa, isto é, da **Gesinnung**. Não é, por fim, o direito penal instrumento de depuração ou de salvação espiritual de quem quer*

que seja. Embora, pois, não se possa equacionar, em termos exatos e bastante nítidos, até onde o jurídico coincide com o ético, o certo é que, no estágio atual do direito penal, entendido este como parte do ordenamento jurídico, **non omne quod licet honestum est**. Esse é também o pensamento de um importante teólogo moderno para quem: “Nem tudo que é imoral tem logo de ser castigado. Só quando a vida comunitária for afetada de maneira grave ou quando os direitos da pessoa forem desprezados é que o direito penal tem de cuidar da proteção correspondente. Assim, é preciso distinguir claramente entre **imoralidade e punibilidade...**” (Johannes Gründel) <sup>2</sup>.

5 - A primeira consequência dessa linha de pensamento é a colocação, no centro do problema penal, da exigência de ofensa a bem jurídico. A clareza e simplicidade do conceito de “bem jurídico”, permitindo a sua compreensão até por leigos, torna bastante visível a linha divisória entre o ilícito penal e as meras infrações de deveres, de normas éticas ou contumeiras, ou até de normas jurídicas de natureza extrapenal.

Todavia, para que essa tomada de posição não se constitua em obstáculos ao futuro desenvolvimento da ciência penal, admite-se que a lesão ao bem jurídico possa ser “real” ou “potencial”, a fim de que a sanção penal alcance não só os crimes materiais, de dano, de resultado, como também os denominados “delitos de perigo”.

Mais além não se deve avançar, visto com:

*“A criação legal de figuras delitivas que não impliquem lesão real, ou potencial, a bens jurídicos seria, com efeito, a admissão de um sistema penal que pretendesse punir o agente pelo seu modo de ser ou de pensar. Apesar disso, não se pode negar a existência de resíduos dessas figuras em certos tipos penais, ou em alguns códigos vigentes. A punição da tentativa impossível, contemplada em vários países latino-americanos (não no Brasil) e na atual legislação penal alemã (StGB, § 23, III), é um exemplo de punição do ânimo. Os denominados crimes de perigo abstrato são outro exemplo.”*<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Nossos Princípios Básicos de Direito Penal, 4ª ed., p. 12/13.

<sup>3</sup> Nossos Princípios Básicos cit., pág. 19

6 - Preocupa-nos no momento, a ascensão dos crimes de perigo abstrato, crimes que dispensam a demonstração, caso a caso, do perigo efetivo de lesão ao bem jurídico, por apoiar-se no pressuposto de um **perigo de lesão presumido** *ex vi legis*.

7 - O crescimento descontrolado desses crimes de perigo abstrato, especialmente na área dos delitos de trânsito, delitos contra o meio ambiente, contra a saúde pública, contra a ordem econômica e tributária, etc., pode por em risco o direito penal de cunho liberal, orientado e autolimitado pela exigência da ofensa ao bem jurídico, transformando essa exigência em uma espécie de ficção a ponto de já se falar na exposição a perigo do direito penal pelo surgimento de um direito penal da exposição a perigo (Herzog).

Não obstante as críticas que determinados penalistas têm endereçado, com alguma razão, à ampliação dos crimes de perigo abstrato, o certo é que o direito penal não pode abrir mão desse recurso consistente na punição antecipada de certas condutas que se apresentam, segundo dados estatísticos, com alto risco para a causação de danos futuros. (Exemplo: dirigir veículo após embriagar-se; porte ilegal de armas; destruir ou danificar florestas; soltar balões que possam provocar incêndios; transportar, sem autorização, produtos explosivos; manipular ou comercializar substâncias tóxicas ou radioativas em desacordo com exigências legais e regulamentares; etc., etc.).

É preciso, porém, ter presente a observação de ROXIN que o “futuro” tem sido posto a perigo mais por entes coletivos do que por pessoas individuais, o que traz à baila a discussão sobre a responsabilidade penal dessas entidades.<sup>4</sup>

8 - Aqui abrimos parênteses para dizer que é lamentável ver um tema polêmico como esse da responsabilidade penal da pessoa jurídica tratado, entre nós, recentemente, na Lei 9.605, de 1998, de forma simplista (art. 3º), sem qualquer solução prévia, doutrinária ou legislativa, para os sérios problemas subjacentes, como o da própria responsabilidade penal dessas entidades, o das penas e das normas procedimentais que, obviamente, não podem ser as mesmas do direito penal clássico vigente, aplicável aos indivíduos, para os entes coletivos.

---

<sup>4</sup> CLAUD ROXIN, Derecho Penal, cit., I, pág. 62

9 - De todo o exposto, é de se esperar, ainda segundo o grande mestre da Universidade de Munique, já citado, uma evolução de grande importância no direito penal do Século XXI, mas que conduzirá a alguma revitalização, não a um abandono da idéia de bem jurídico,<sup>5</sup> essencial e insubstituível para uma concepção material do crime, única apta a preservar a liberdade e os direitos fundamentais do homem.

A substituição da noção de bem jurídico por idéias vagas, indeterminadas, de que é exemplo a pretendida “danosidade social”, parece-me destinada ao fracasso.

### III - AÇÃO E TIPICIDADE

10 - O direito penal tem por objeto um fato (direito penal do fato) e esse fato só pode ser uma **ação** ou **conduta humana**.

Assim, a ciência penal tem se empenhado, de longa data, na elaboração de um conceito de ação, que sirva como ponto de partida para o direito penal.

Os esforços, nesse sentido, têm sido dirigidos na procura de um conceito unitário, prejurídico, de ação, como ocorreu em outras épocas com a concepção causal de ação e, mais recentemente, com a concepção finalista de Welzel e seus seguidores.

Esses esforços, entretanto, apesar de valiosos pelas inegáveis contribuições que trouxeram ao desenvolvimento da dogmática penal, não têm logrado produzir resultados definitivos ou sequer consensuais. A polêmica a respeito desse tema jamais cessou e, ainda hoje, prossegue bastante acirrada com novas concepções (conceito social de ação; conceito negativo de ação; conceito pessoal de ação como manifestação da personalidade).<sup>6</sup>

Sempre sustentamos que a diversidade de situações no mundo real no qual está inserido e interagindo o ser humano, não permite a elaboração de um conceito unitário de ação, apto a abranger a ação e a omissão, o dolo e a negligência e outros fenômenos. Daí preconizarmos a adoção de um conceito jurídico, ou melhor jurídico-penal, de ação, utilizável na área do

---

<sup>5</sup> Idem, *ibidem*

<sup>6</sup> ROXIN, ob. cit., p. 235 e ass.



O tipo não é, portanto, uma figura neutra mas sim um verdadeiro portador da ilicitude. É o que temos sustentado, em nosso livro.<sup>9</sup>

Esta constatação, se feita entre nós, poderá produzir, conseqüências práticas importantes, na esfera penal (medidas de segurança), na esfera cível (indenização) e também na esfera processual (medidas cautelares, etc.).

Tais conseqüências ainda não foram obtidas ou exploradas convenientemente, no Brasil, devido à imperdoável confusão que alguns penalistas pátrios têm feito entre o conceito de “crime” e o de “injusto”, resultante da infeliz técnica de redação adotada em nosso Código Penal, ao utilizar-se da expressão “isento de pena” para indicar a presença de uma causa de exclusão da culpabilidade.

É de se esperar que, no futuro, isso se corrija.

13 - Dentro dessa concepção do injusto, fica fácil compreender a adoção de princípios limitadores do tipo, dele excluindo-se, por via interpretativa, os danos de pequena importância (princípio da insignificância) e as condutas lícitas, socialmente aceitas (princípio da adequação social).

## V - CULPABILIDADE

14 - Nesta rápida e lacunosa resenha de alguns selecionados temas de direito penal, não poderíamos dar por finda nossa tarefa antes de falar alguma coisa sobre o tema da culpabilidade.

Não pretendemos aqui resolver toda a temática da culpabilidade, sequer desenvolver e analisar o conceito de culpabilidade normativa consistente na reprovabilidade do agente por ter agido como agiu quando, nas circunstâncias, poderia e deveria ter agido de outro modo.

O “poder atuar de outro modo” continua sendo, a nosso ver, o fundamento do juízo de reprovação da culpabilidade e assim deverá ser no futuro.

Esse fundamento tem sido contestado por importantes penalistas ante a alegada impossibilidade de demonstração do livre arbítrio, isto é, da possibilidade de atuar de outro modo por parte do indivíduo, no momento do fato.

---

<sup>9</sup> Principios Básicos, p. 119 e ss.



*menos isto: adquirir alimentos com o esforço de algum trabalho e não só pela rapina; inibir, conter, sublimar ou desviar a nossa ira e não só permitir que ela desabe sobre o semelhante.*

*Do mundo da cultura vivida extraímos facilmente esse poder-agir-de-outro-modo, que nos enseja, por meio de uma espécie de linha curva, evitar os atalhos ético-socialmente reprováveis.*

*É um limitado poder-de-outro-modo que não nega o processo causal.*

*Se, de um lado, a liberdade metafísica é problemática, de outro, este limitado poder-de-outro-modo, que "manipula" a causalidade, é algo vivenciado e apreensível. Por isso é que se diz, numa visão antropológica, que, entre todos os seres vivos, o homem - e só ele - realiza o seu destino (Schiller), por ser "livre dentro de uma fatalidade dada" (Ortega y Gasset).*

*Para o direito penal, que quer ser (e é) uma "ciência" humana, ir além dessa modesta experiência da liberdade poderá ser um verdadeiro delírio. E não se diga que tal redução do tema da liberdade não resolve a questão inicial da indemonstrabilidade e da inapreensibilidade, em um indivíduo concreto, da faculdade de agir de outro modo ou, o que seria mais grave, poderia conduzir à total imprevisibilidade do comportamento humano. Também aqui a experiência nos fornece dados concretos e importantes sobre os quais se constroem com segurança não só o direito mas a própria convivência social, considerada esta da forma mais ampla possível."<sup>10</sup>*

16 - Há uma tendência crescente de se introduzirem conceitos novos nesta área da dogmática penal, conceitos esses que, pela sua indeterminação e dificuldade de manejo na prática judiciária, certamente não serão bem acolhidos, segundo supomos.

<sup>10</sup> Princípios Básicos, cit., p.244/245.