

RESULTADO CONSTITUCIONAL DO CRIME : a concepção mista do resultado do crime a partir de uma visão teleológica-racional do direito penal.

Aline Seabra Toschi-mestranda em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Goiás e professora do curso de Direito da UniEvangélica

Introdução.

Este trabalho pretende demonstrar a partir da teoria teleológica-racional que o resultado do crime pode ser compreendido a partir de uma concepção mista, em que o causalismo e o finalismo são negados em parte para que, a configuração do crime, seja encarada pelo desvalor da conduta e pelo desvalor do resultado.

A teoria teleológica-racional permite a existência da concepção mista do resultado, já que pelos seus critérios o crime está diferenciado em sua conceituação pelos seus elementos, ou seja, fato típico e ilícito e no sentido político-criminal possibilita a segurança já que o próprio tipo penal está subordinado ao princípio da legalidade.

Deste modo, será verificada a possibilidade da aplicação desta concepção mista do resultado do crime pelo estudo do causalismo, neokantismo, o finalismo e o próprio funcionalismo (teleológico-racional) e as concepções de resultado aceitas pela doutrina que são as teorias normativa e natural.

Além disso, como o próprio teleologismo-racional exige, por ser característica de um sistema penal aberto serão verificados aspectos políticos criminais para explicar a contradição, principalmente, a ideológica existente entre a parte geral e a parte especial do Código Penal Brasileiro de 1940 reformado em 1984.

Para isso será verificado que a política criminal segue correntes ideológicas e, por isso, o crime é compreendido de acordo com o modelo estatal da época, seja ele liberal, autoritário ou totalitário.

Como consequência lógica entre a política criminal e o modelo estatal serão estudados os princípios constitucionais da legalidade, proporcionalidade e ofensividade para finalizar com as consequências da aceitação desta concepção mista perante a teoria geral do crime e, mais precisamente, perante o crime tentado, que nos moldes atuais dá primazia ao desvalor da conduta.

I-Concepções normativa e natural do resultado do crime

A doutrina penal destaca duas correntes para entender o que seja o resultado do crime: a concepção naturalística ou material e a normativa ou formal do resultado.

O resultado normativo ou formal ocorre pela lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, não necessitando, assim, de um dano efetivo ao bem jurídico tutelado penalmente para a existência do crime. Já para configurar a ocorrência do resultado material ou naturalístico é necessária uma mudança no mundo exterior, ou seja, a conduta necessariamente precisa causar um efeito externo ao bem jurídico tutelado penalmente.

De acordo com Monteiro de Barros (2004:167) o resultado normativo se dá quando há a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, e, completando diz o mesmo autor que

sob o aspecto jurídico, não há crime sem resultado, porquanto, sem a lesão ou perigo de lesão do bem jurídico, inexistente a antijuridicidade, que é um dos elementos essenciais do crime. Nesse conceito jurídico até mesmo os crimes de mera conduta, os omissivos próprios e os delitos tentado contêm resultado.

A concepção formal de resultado leva em consideração somente o contraste que a conduta causa aos interesses tutelados pela norma penal, os bens jurídicos penais.

A concepção material ou naturalística do resultado entende que o resultado é naturalístico porque o fato típico também o é, e, por isso, valoriza-se o desvalor do resultado e não o desvalor da conduta.

Prado (2002:292) traz uma importante relação entre o injusto e o resultado. Explica o autor que se para a conformação do injusto se leva em consideração o desvalor da conduta, o desvalor do resultado fica relegado à categoria de condição objetiva de punibilidade, não valorizando o dano real ao bem jurídico penal. Zielinsk (apud PRADO, 2002) entende que “o injusto é formado exclusivamente pelo desvalor da ação, negando-se ao desvalor do resultado qualquer função”.

Monteiro de Barros (2004:167) explica que “sob o aspecto jurídico, não há crime sem resultado”. É claro, porque todo o tipo penal possui um resultado previsto abstratamente. Por isso, não se exige um resultado concreto já que o dano ou o perigo de dano ocorre somente pelo fato de estar previsto em lei penal. É a lesão jurídica que a conduta causa.

Sob o aspecto material podem existir crimes sem resultado, pois na parte especial do Código estão previstos tipos que não exigem para a existência do crime, sequer, um dano ou perigo de dano concreto ao bem jurídico tutelado.

Na exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal, no item 12, é dito que “pareceu-nos inconveniente manter a definição de causa no dispositivo pertinente à relação de causalidade, quando ainda discrepantes as teorias e conseqüentemente imprecisa a doutrina sobre a exatidão do conceito”. Essa imprecisão se dá pelo motivo de que a redação da primeira parte do artigo 13 é dual e proporciona dois pesos e duas medidas no conceito de crime. É dual porque a parte especial do Código Penal, datada da década 40, prevê tipos em que não exigem para a existência do crime um resultado concreto. Assim, como não se pode interpretar uma norma (artigo 13, primeira parte) de forma autônoma e isolada, a doutrina chegou a um consenso ao explicar que o resultado que o Código Penal exige é o resultado formal, adequando, então, a parte geral e a parte especial do Código.

Jesus (2003:245) justifica sua posição de que não há crime sem resultado pelo disposto na Anterior Exposição de Motivos do Código Penal. Explica o autor que

com o vocábulo resultado a disposição designa o efeito da ação ou omissão criminosa, isto é, o dano efetivo **ou** potencial, a lesão **ou** perigo de lesão de um bem **ou** interesse penalmente tutelado. O projeto acolhe o conceito de que não há crime sem resultado. (grifo nosso)

Deste modo, seguindo a concepção normativa, o resultado exigido pelo Código Penal é o resultado jurídico, normativo ou formal, em função da parte especial ainda prever certos crimes que não exigem resultado naturalístico.

Considerar resultado do crime sob a concepção normativa demonstra que o bem jurídico penal é relevado em função da conduta, pois a lesão jurídica é confundida com a própria conduta. Munõz Conde (1988:21) esclarece que “uma coisa é o produzir e outra é o produzido. O produzir é a conduta, o produzido é o resultado”. Por isso, é inconcebível considerar o resultado de um crime sob a concepção normativa, como a lesão jurídica causada pela conduta.

Aceitando o resultado como uma lesão jurídica, em função da concepção normativa do resultado, dispensa-se no conceito analítico de crime o elemento resultado, porque é indiferente o dano ao bem jurídico, já que este (dano) já está implícito na própria conduta.

Um outro aspecto da incoerência da concepção normativa do resultado é que a primeira parte do artigo 13 não é normativa, pois se assim fosse, não teríamos os crimes chamados pela doutrina de mera conduta e os crimes de perigo abstrato, por exemplo. Se o resultado exigido previsto pelo Código é o da concepção normativa para que classifica-los como materiais e de atividade? Vargas (2004, on-line) apesar de ser adepta à concepção normativa do resultado, diz que não há necessidade de classificar os crimes de atividade, pois “em este sentido, se comprende que todos los delitos son de resultado”.

Marques (apud JESUS, 2003:245) justificando a incoerência dispõe que

é preciso interpretar o dispositivo em face de todo o sistema jurídico-penal. Se a legislação penal, apesar do que contém no artigo 13, possui definições típicas de crimes de mera conduta, onde nem existe o resultado de perigo, indubitável que podem existir, em nossa sistemática legal, delitos sem resultado.

Essas explicações quanto à existência do crime de acordo com a concepção normativa do resultado só reforçam a conclusão de que a aceitação do resultado jurídico ocorre em função da parte especial do Código Penal ainda prever tipos sem resultado naturalístico. Debruçar-se neste argumento é justificar um erro através de outro.

1.1 Concepção mista do resultado do crime

Verificando-se a existência do crime pelo desvalor da conduta como também, pelo desvalor do resultado a concepção mista do resultado ganha relevo e denota o valor do efeito físico da conduta, ou seja, não se contenta para a existência do crime o perigo de lesão ou a lesão ao bem jurídico somente pelo desvalor da conduta, mas também, exige um dano ou um perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado penalmente, o desvalor do resultado.

Jesus (2003:244) expõe que não há necessidade de se discutir este assunto, pois mesmo que o bem jurídico não seja atingido efetivamente, o Código Penal exige somente o perigo ao bem tutelado sob o aspecto formal. O que interessa é a **lesão jurídica** causada pela conduta. E completando, termina o citado autor dizendo que: “hoje adotada a teoria da imputação objetiva, concede-se primazia ao resultado jurídico e não material”.

II-Concepção normativa do resultado do crime e resultado típico: para que a imputação objetiva?

A teoria da imputação objetiva, segundo a Escola de Munique, é uma forma de verificar o nexo causal entre a conduta e o resultado do crime. Assim, ela funcionaria como um terceiro filtro na apuração da causalidade, após as teorias da *conditio sine qua non* e da causalidade psíquica. Verifica-se a causalidade, de acordo com a imputação objetiva, quando a conduta causa um risco proibido ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

A afirmação feita por Jesus acima (adotada a teoria da imputação objetiva, concede-se primazia ao resultado jurídico e não material) merece ser revista.

Se for adotada a concepção normativa do resultado, a teoria da imputação objetiva praticamente não muda nada a verificação da existência do crime, já que o resultado é um perigo de lesão ao bem jurídico ou a um interesse penalmente tutelado porque se valoriza a lesão jurídica, ou seja, o risco proibido. Mas, a teoria da imputação

objetiva prevê que se exclui a causalidade quando o risco proibido não se materializar no resultado típico. Assim, adotada a concepção mista do resultado, exclui-se a tipicidade quando uma conduta, mesmo que praticada com dolo, não causar um dano efetivo, concreto, ou então, um perigo concreto de dano ao bem jurídico tutelado, já que a ausência de dano concreto ao bem jurídico configuraria um risco permitido em função do tipo originário da conduta dolosa.

Prado (2002:93) expõe que

conforme o sentir de Roxin, o problema da imputação objetiva não se resume ao critério da realização do perigo. Haveria também um segundo nível de imputação, que daria lugar a outra restrição da responsabilidade, a saber: a compreensão do resultado no âmbito de proteção jurídico-penal.

Bitencourt (2002:190) explica que para a teoria da imputação objetiva, o resultado só pode ser imputado a alguém quando a conduta tenha criado um risco juridicamente proibido e que este risco se concretize em um resultado típico.

Por isso, a nova exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal dispõe que não é possível manter a definição de causa no dispositivo pertinente à relação de causalidade, porque ainda são discrepantes as teorias e conseqüentemente imprecisa a doutrina sobre a exatidão do conceito de causa. É claro que isto ocorre porque não há uma interpretação única sobre o resultado do crime, principalmente após a Constituição de 1988.

III-Política criminal e a nova ordem constitucional

O problema da causalidade irá se dissipar quando o conceito de resultado for adequado à nova ordem constitucional. Uma nova ordem constitucional que pugna pela regra de que as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas de acordo com a Constituição, obedecendo ao princípio da supremacia da Constituição.

Barroso (2003: 285) explica que a Constituição passou

a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. A Lei fundamental e seus

princípios deram novo sentido e alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim, a todos os demais ramos jurídicos.

Os defensores do resultado normativo se esquecem que as duas partes do Código Penal refletem situações jurídico-sociais bem diferentes. A parte geral foi reformulada em 1984 e já caminhava para o início de um Estado Democrático de Direito. Já a parte especial do Código Penal data da época da ditadura, em que vigorava o “Estado Novo” de Vargas. A discrepância social, ideológica e, conseqüentemente jurídica destas partes é enorme.

3.1 Política criminal

A incriminação e, conseqüentemente, a imposição de penas não deve estar apartada da política criminal já que o fenômeno criminal não pode ser compreendido separadamente da norma, conforme defendido pela concepção lisztiana¹.

Roxin (2002) esclarece que o axioma fundamentado por Liszt estabelecia que o direito penal era ciência normativa e devia se ocupar somente da regulamentação jurídica e sua colocação no sistema normativo, já que deveria estar fora do sistema jurídico as questões sociais e políticas.

Delmas-Marty (2004:44) expõe que

Política criminal, portanto, como qualquer outra política, ao mesmo tempo uma forma de organização da vida social baseada na atribuição do poder que determina a repartição dos bens, garante as instituições no sentido amplo (a família, a escola, a igreja...) e propõe os valores; e uma ação, uma estratégia, um movimento para atingir um determinado objetivo. Ora, esse movimento é precisamente orientado em função dos valores propostos, logo, de dados arbitrários que

¹ LISZT entende que a missão do direito penal “é a reforçada proteção de interesses, que principalmente a merecem e dela precisam, por meio da cominação e da execução da pena como mal infligido ao criminoso” (2003:143). E esclarece que cabe à política criminal “suprimir ou limitar as condições sociais do crime, a política criminal só tem a ver com o delinqüente individualmente considerado” (2003:153).

procuram realizar-se em ações singulares e, possivelmente, racionais o prazer, Deus, a glória, o conhecimento, o poder...são valores que nada pode justificar nem refutar, a não ser sua conformidade a paixões tão arbitrárias quanto. Neste sentido qualquer política é comandada por uma ideologia, se empregarmos o termo no sentido preciso por J. Baechler de “discurso orientado por meio do qual uma paixão busca realizar-se em um valor..., formação discursiva polêmica, graças À qual uma paixão procura realizar um valor, pelo exercício do poder em uma sociedade”.

O Código Penal entre essas duas vertentes ideológicas e de poder (ditadura e o caminho para a democracia) entre em contradição no que tange à concepção do resultado do crime e, por isso, na própria imposição das penas, já que essa, também, pressupõe, ser típica.

Pelo sistema fechado de imposição de penas (leia-se atividade incriminadora), o sistema penal deve se apoiar em um número limitado de axiomas para a solução dos problemas no âmbito penal, “e a partir do tipo descrito na lei, chega-se à conclusão de que, se condenatória, inclui um sistema de penas já estabelecido, entre um mínimo e um máximo, como retribuição ou castigo pela conduta reprovada”. (CAMARGO, 2002:23)

A concepção fechada, própria do liberalismo clássico, leva em consideração o princípio da legalidade na sua forma mais primitiva, pois a qualidade da lei não é referenciada e, sim, a segurança que a lei, como axioma, proporciona à comunidade e, conseqüentemente, ao Estado.

A parte geral do Código Penal de 1940 (antes da reforma de 1984) denotava um período autoritário que refletia nas normas penais. A influência da escola clássica foi grande e se caracterizou pela presença de normas que tratavam da periculosidade, das medidas de segurança, o sistema do duplo binário e a reincidência. Este instituto determinava a presunção de periculosidade e, ao mesmo tempo, o direito penal brasileiro se caracterizava por ser repressivo, pois abalizava as concepções do tecnicismo jurídico, repressivo por natureza. O Direito Penal pelo tecnicismo jurídico se caracteriza pela lógica do dever ser. Rocco afirma que a ciência do Direito Penal

tem por tarefa o estudo da disciplina jurídica do fato humano e social chamado delito e do fato social e político chamado pena, quer dizer, o estudo das normas jurídicas que proíbem ações humanas imputáveis, injustas e nocivas, indiretamente geradoras e reveladoras de um perigo para a existência da sociedade juridicamente organizada(*apud* PRADO, 2002:68)

Camargo (2002:111) preceitua que o Código Penal de 1940 “demonstrou ser apenas repressivo, aplicando as penas a partir da avaliação do resultado, nos moldes do positivismo-jurídico, sem atentar para as novas tendências do Direito Penal”, que era o finalismo de Welzel.

A centralização do poder nas mãos do executivo é característica de um estado totalitário e autoritário. Antes da Constituição de 1988 o Brasil viveu durante quase cinquenta anos na ditadura, o que justifica uma leitura normativa do resultado do crime, já que a presunção de algo era comum à ideologia totalitária.

Na ditadura militar, ante a existência de uma sociedade juridicamente organizada pelo Executivo a política criminal se baseava na presunção da subversão ao sistema fechado criado pelo próprio governo e tido como a vontade da Nação. Subversão, a base que sustenta a ideologia totalitária significa “tentar transformar o que hoje existe; como o regime atual apresenta a vontade da Nação, tentar muda-lo é, pois, delito. E todo o delito merece punição” (Arquidiocese de São Paulo, 1985:159). Hannah Arendt (*apud* DELMAS- MARTY, 2004:57) demonstra que

é nesse ponto que se esclarece a diferença fundamental entre o conceito totalitário do direito e todos os outros. A política totalitária não substitui um corpo de leis por um outro..., não cria uma nova forma de legalidade...ela promete justiça sobre a terra porque pretende fazer do próprio gênero humano a encarnação da lei.

Em nome do controle do Estado a política criminal responde ao fenômeno criminal através do reforço da polícia em benefício do todo. A conduta desviante nem

sempre está situada no campo penal, mas toda transgressão à norma estabelecida é tratada como crime por ameaçar a ordem pública. (DELMAS- MARTY, 2004)

Caminhando para a democracia, já que a sociedade clamava por mais liberdade, a parte geral do Código Penal foi reformada em 1984 e caracterizou por ser humanista e finalista (apesar de conter institutos atinentes ao positivismo-naturalismo, como a periculosidade, medida de segurança), abandonando o retribucionismo que caracteriza a pena como mal infligido ao autor do fato criminoso e dando a característica ressocializadora à pena. A política criminal nestes moldes impedia a ação criminógena do cárcere já que a pena somente aplicava-se quando estritamente necessário, dando assim, proteção à sociedade (CAMARGO, 2002).

Com a promulgação da Constituição de 1988, que tem como princípio estruturante a dignidade da pessoa humana e a presença do princípio na não-culpabilidade que pressupõe presunção de inocência e não a de culpa, o conceito de crime não pode mais aceitar a concepção do resultado como normativa. A presunção de inocência implica em não haver mais o princípio do *in dubio pro* condenação².

A Constituição de 1988 estabeleceu um sistema penal aberto, em que o Direito Penal deve atender às diretrizes políticas e ideológicas para poder instituir uma política criminal que atenda aos anseios de um Estado Democrático de Direito. Portanto, ela é fruto de um Estado liberal. Roxin (2002) estabelece três critérios para uma concepção de sistema penal aberto e ligado ao desenvolvimento social: ordenação conceitual do crime, clareza (em respeito ao princípio da legalidade) e orientação criminológica na criação e interpretação de tipos penais.

Camargo (2002:28) expõe que o sistema aberto

Tem um caráter crítico e evolutivo, caracterizando-se pela segurança jurídica, racionalidade e coerência de seus elementos. Este, entretanto, não são rígidos e estanques, que, sob o prisma valorativo, devam perdurar infinitamente, mas ao contrário, são acessíveis à integração de novas soluções, quando os problemas a serem resolvidos apresentarem pontos de conflito, ainda não

² Julgamento do professor Guilherme Simões Gomes, acusado de provocar guerra revolucionária, fazer propaganda subversiva e ter armas das forças armadas em 1969. Foi condenado, apesar de não haver provas suficientes da prática delituosa pelo depoimento da co-ré. O “Conselho julgador, que se reconheceu em dúvida, optou por apoiar-se em “prova” que sabia ser sem valia, para inverter o princípio aceito por toda a nação civilizada: IN DUBIO PRO REO” (Arquidiocese de São Paulo, 1985: 195)

resolvidos. Esta abertura no sistema, quando se refere ao sistema de penas, leva em conta a integração que existe entre este, a dogmática jurídica e a política criminal.

O modelo estatal liberal se caracteriza pela tripartição do poder estatal nas funções executiva, legislativa e judiciária. A polícia é auxiliar do sistema penal. A sociedade é participativa na política criminal, especialmente no papel delegado à vítima quanto à possibilidade de mediação para o início da ação penal e a possibilidade de indenização à mesma. A despenalização é opção da política criminal deste modelo em função da *ultima ratio* do direito penal, tentando através da composição resolver os litígios. Apesar disso, a pena-retribuição ainda está presente e há pouca produção legislativa no que se refere à fragmentariedade do direito penal. (DELMAS-MARTY, 2004).

A política neo-liberal que prega a intervenção mínima possível do Estado na ordem econômica trouxe conseqüências para o direito penal já que a ausência de política social acarreta aumento da criminalidade e, portanto, uma política criminal que poderia estar ligada ao aperfeiçoamento das normas penais no que tange aos princípios constitucionais que pugna pela aplicação social no crime é deixada de lado para a presença de uma política criminal que trata o Direito Penal como solução de todos os problemas sociais.

A política criminal no mundo globalizado e neo liberal atribui ao Direito Penal um papel de intervenção social e não um papel que lhe peculiar que é a tutela da liberdade (GOMES; BIANCHINI, 2002:25).

Sánchez (2002:61) expressa que

O resultado é desalentador. Por um lado, porque a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia política-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão “*ad absurdum*” da outrora “*ultima ratio*”. Mas, principalmente, porque tal expressão é em boa parte inútil, na medida que transfere ao Direito penal um fardo que ele não pode carregar.

A Constituição que deveria ser aparato da política criminal continua a ser nominal, pois na prática as duas se dissociam.

Uma constitución podrá ser jurídicamente válida, pero si a dinàmica del proceso político no se adapta a sus normas, la constitución carece de realidad existencial. Em este caso, cabe calificar a dicha constitución de nominal (...) La función primaria de la constitución nominal es educativa; su objetivo es, em um futuro más o menos lejano, convertirse em uma constitución normativa y determinar realmente la dinàmica del proceso del poder em lugar de estar sometida a ella. Y para continuar com nuestro símil: el traje cuelga durante cierto tiempo en el armário y será puesto cuando el cuerpo nacional haya crecido. (LOEWENSTEIN,1979: 218)

Esta relação entre Direito Penal, Constituição e política criminal deve pautar a construção da teoria do delito para retirar a característica de um conglomerado de estilos e escolas penais da estrutura do crime.

3.2 Nova ordem constitucional e concepção mista do resultado do crime

Após a Constituição de 1988 critica-se a aceitação da concepção normativa do resultado para a configuração de um crime. Isso, porque, alguns princípios constitucionais podem rechaçar a concepção normativa do resultado do crime, exigindo para a existência do mesmo a ocorrência do resultado material finalístico, como os princípios da ofensividade ou lesividade, o da reserva legal e o da proporcionalidade. Esses princípios podem ser aplicados no âmbito do resultado do crime, serem normativos no sistema penal, através da não aplicabilidade da concepção normativa do resultado, respeitando assim, a concepção sistêmica da Constituição Federal.

Uma apreensão da constituição em toda a sua dimensão valorativa faz então ressaltar o duplo aspecto fundamental dos princípios em relação a uma concepção sistêmica do Direito: uma ordenação- refere Carlos A. da Mota Pinto (1992:81)- que

não é apenas formal, mas substancial ou material, ou seja, os princípios exercendo uma função de ordem formal (concatenação lógica) e também de ordem material (significado, sentido e harmonização/convivência dos conteúdos normativos). (ROTHENBURG, 2003:53)

Deste modo, o princípio, implícito, da ofensividade dispõe que não há crime sem ofensa ou perigo concreto de ofensa ao bem jurídico penal (*nullum crimen sine iniuria*). Santoro Filho (2000:90) explica que

a elaboração do princípio da lesividade decorreu do abandono de uma posição meramente formalista do direito penal, que se satisfazia com a apresentação do conceito de delito como infração à lei formal do Estado, a prática da conduta prevista na lei como delito.

Não há na Constituição Federal uma disposição expressa do princípio da ofensividade/lesividade. Ele pode ser considerado como uma combinação dos princípios que retiram do conceito de crime o seu aspecto formalista, como o princípio da legalidade e da proporcionalidade. É um princípio implícito. Ele não é expressamente previsto na Constituição Federal, mas traduz-se em uma norma implícita no sistema. Conforme Ferrara (*apud* ROTHENBURG, 2003:54), “o direito não é só conteúdo imediato das disposições expressas, mas também o conteúdo virtual de normas não expressas, porém ínsitas no sistema”.

O princípio da ofensividade vem complementar o princípio da legalidade, retirando o aspecto formalista do conceito analítico do crime, e que combinado com o princípio da proporcionalidade, o crime deixa de ser apenas uma infração formal, mas sim, **uma violação concreta a um bem jurídico necessariamente tutelado pela norma penal.**

Ferrajoli (2002:372) explica que o princípio da ofensividade é idôneo para justificar a limitação da esfera das proibições penais às condutas reprováveis pelos seus efeitos lesivos ao bem jurídico tutelado penalmente.

O princípio da ofensividade pode ser a base do modelo de crime, que deixa de lado a ofensa formal, objetiva ao bem jurídico e passa a ser um modelo que leva em consideração uma conduta dolosa ou culposa que cause um resultado penalmente relevante e naturalisticamente imputável ao risco proibido criado pela conduta do agente.

Santoro Filho (2004: 91) expõe que o legislador não está legitimado para intervir nas relações humanas através do direito penal se a conduta não causar um resultado penalmente relevante, qual seja, um resultado que atinja concretamente, efetivamente o bem jurídico penal.

Deste modo, o princípio da ofensividade influi no princípio da legalidade que não será interpretado somente sob o aspecto formal. A norma que diz que “não há crime sem lei anterior que o defina” deve ser interpretada de acordo com o bem jurídico materialmente tutelado, ou seja, além de estar prevista em lei, a conduta tipificada como crime deve concreta e efetivamente atingir o bem jurídico tutelado.

Além de caracterizar uma garantia formal, o princípio da legalidade representa a garantia substancial, ou seja, “o fundamento de garantia da reserva de lei, como princípio de legitimação democrática, deve informar e presidir a atividade de produção normativa penal, por força da particular relevância dos bens em jogo” (PRADO, 2002:113).

Silva Franco (1995:24) explica que o princípio da legalidade, sob o aspecto material, impede a tipificação de crimes

que retratem atitudes internas, que se refiram a valores puramente morais, que incriminem simples estados ou condições existenciais, que não comprometam interesses básicos da sociedade, **que mencionem atos materiais (condutas) não lesivos de nenhum bem jurídico**, que se apoiem mais de uma vez no mesmo pressuposto fático ou que tratem igualmente situações desiguais ou desigualmente situações iguais, fundando no puro arbítrio as razões da igualdade ou da desigualdade. (grifo nosso)

Assim, o princípio da legalidade assegura que a lei penal incriminadora deve prever um resultado concretamente lesivo ao bem jurídico tutelado. O resultado como elemento de um crime previsto em lei deve verificar a proporcionalidade entre a conduta e o dano, a lesão real ao bem jurídico. Não havendo lesão ou perigo concreto de lesão real, material ao bem jurídico não há crime.

O princípio da proporcionalidade, de acordo com Canotilho (apud PRADO, 2002:121) afirma que uma medida é razoável quando apta a atingir os objetivos para os quais foi proposta. No caso, a tutela de bens jurídicos penais. A razoabilidade pode ser aplicada no resultado do crime pela proporcionalidade entre o fato praticado e a sua consequência material.

A desproporcionalidade entre uma conduta dolosa ou culposa e a concepção normativa do resultado pode traduzir-se em uma forma de responsabilidade penal baseada somente na lesão jurídica, desconsiderando o bem jurídico tutelado pela norma penal.

Estes princípios constitucionais sendo efetivamente aplicados dão outro entendimento ao resultado do crime, pois já não são considerados preceitos de moral e política, mas sim, preceitos jurídicos, normativos e que representam os valores do Estado Democrático de Direito.

Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Estes são os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado. Aqueles valores superiores encarnam-se nos princípios que formam a própria essência do sistema constitucional, dotando-o, assim, para cumprimento de suas funções, de normatividade jurídica. A sua opção ético-social antecede a sua caracterização normativo-jurídica. Quanto mais coerência guardar a principiologia constitucional com aquela opção, mais legítimo será o sistema jurídico e melhores

condições de ter efetividade jurídica e social. (ROCHA, *apud* ROTHENBURG, 2003:17)

IV-A concepção mista do resultado do crime e sua aplicação no crime tentado

O Código Penal prevê em seu artigo 14, II que “diz-se o crime tentado quando iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”.

O crime tentado, por sua própria natureza, só cabe aos crimes dolosos. Portanto leva-se em consideração a concepção normativa do resultado; o desvalor da conduta. Isto porque, o *iter criminis* tem como etapas: a manifestação, a preparação, a execução e a consumação.

De acordo com Nucci (2003:122) a execução é a fase da realização da conduta designada pelo núcleo da figura típica, pelos atos idôneos para se chegar ao resultado. E exemplifica: “comprar um revólver para matar a vítima é apenas a preparação do crime de homicídio, embora dar tiros na direção do ofendido signifique atos idôneos para chegar ao núcleo da figura típica matar”(isto antes do Estatuto do Desarmamento). Levou-se em consideração somente a conduta (matar), que não é o único elemento do crime. Quanto à consumação, o mesmo autor explica que é “o momento de conclusão do delito, reunindo todos os elementos do tipo penal”. “Todos” significa dizer: conduta, resultado, relação de causalidade e tipicidade.

Mas nem sempre durante o *iter criminis* se reúne todos os elementos integrantes do tipo penal. Às vezes pode ocorrer que num ato de execução não é atingido o bem jurídico penal tutelado pela norma. Pode-se dizer que houve resultado ofensivo para caracterizar o crime tentado? Aproveitando o exemplo citado por Nucci acima, se alguém atira e não acerta o ofendido, este não responderia por tentativa de homicídio, pois nem sequer atingiu o bem jurídico tutelado pela norma do artigo 121 do Código Penal. Mas também não significa que o autor ficará impune. Somente não responderá pelo tipo originário da conduta, ou seja, pelo homicídio tentado.

Esta conclusão se baseia no desvalor da conduta e também no desvalor do resultado. Afirmar que houve homicídio tentado é priorizar o desvalor da conduta em detrimento de todos os elementos restantes do tipo penal. É valorizar somente o dolo, a conduta, o plano do autor.

Considerações finais

Deste modo, o crime deve estar previsto em lei, deve exigir para a sua conformação um resultado material, uma lesão real para que seja proporcional ao *jus puniendi* condizente ao Estado Democrático de Direito. Um *jus puniendi* que dê efetividade aos princípios, reconhecendo-os como normas constitucionais.

Verificando o resultado do crime conforme a concepção mista e de acordo com a ofensividade causada ao bem jurídico tutelado penalmente, caminha-se para a concretização constitucional.

Canotilho (1997:1159) explica que

Os princípios estruturantes ganham densidade e transparência através das suas concretizações (em princípios gerais, princípios especiais ou regras), e estas formam com os primeiros uma unidade material (unidade da Constituição). Todos estes princípios e regras poderão ainda obter maior grau de concretização e densidade através da concretização legislativa e jurisprudencial.

Se os princípios da ofensividade/lesividade, legalidade e proporcionalidade forem aplicados no conceito do resultado do crime o Direito Penal passa a dar efetividade e permanência às normas constitucionais, através de sua atualização normativa e hermenêutica, tudo em função de um pequeno detalhe, o resultado.

Bibliografia

AMARAL, Rafael Caiado. **Peter Häberle e a Hermenêutica Constitucional. Alcance doutrinário.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris:2004.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Um relato para a história. Brasil nunca mais.** 9 ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

BARCELOS, Ana Paula de. et al. **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** Organizador: Luis Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira.** 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal. Parte Geral.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Vol. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral,** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Vol. 1.

BRASIL. **Código Penal.** Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal.** São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição.** 5 ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CONDE, Francisco Munõz. **Teoria geral do delito.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal.** Tradução Denise Radanovic Vieira. Barueri, SP: Manole, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** Tradução de Raquel Ramallete. 26 ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

- FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua Interpretação constitucional**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- GOME, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O Direito Penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal**. Parte Geral.. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. 1
- LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003. Tomo I.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1979.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**.. Parte Geral. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Vol. 1
- _____. et al. **Teorias da Imputação objetiva do resultado. Uma aproximação crítica a seus fundamentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.
- ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. **A expansão do direito penal**. TRADUÇÃO DE Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SANTORO FILHO, Antônio Carlos. **Bases críticas do direito criminal**. São Paulo: Editora de Direito, 2000.
- SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. **A moderna teoria do fato punível**. 2 ed. Rio de Janeiro: 2003.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- VARGAS, Tatiana. **El resultado penal frente a la nuevas formas de criminalidad social**. Seminários Virtuais Âmbito Jurídico. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br. Acesso em 24/06/2004

