

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2.ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 281p.

A obra em comento foi lançada pela Editora Revista dos Tribunais, na série RT Didáticos.

O autor, prof. Dr. Miguel Reale Júnior¹, traz a lume, nesse trabalho, a reunião de três trabalhos anteriores, quais sejam, sua tese de doutoramento, intitulada "Dos estados de necessidade", sua tese de livre-docência, "Antijuridicidade concreta", e sua tese de professor titular da Faculdade de Direito da USP, "Parte geral e tipicidade", de modo que o livro "Teoria do Delito" consubstancia uma síntese da concepção do autor sobre os componentes estruturais do delito, sob um ponto de vista científico-analítico.

A obra é dividida fundamentalmente em três títulos, sob denominações, respectivamente, de "Título I - Ação, tipo e antijuridicidade", "Título II - Culpabilidade" e "Título III - A tipicidade na parte geral do Código Penal".

O autor inicia seu trabalho por uma constatação, em capítulo denominado "Direito e história", de que estando o Direito inserido nas condições sociais e culturais de um determinado povo em determinado período, "*há uma consciência jurídica relativa a cada momento histórico*", de forma que em cada época há uma antijuridicidade genérica, pré-normativa, que o Direito, através dos comandos normativos, institucionaliza, mas que já preexistia no meio social e deste é absorvida pelo legislador. O que implica em inseparável imbricação entre a questão da antijuridicidade e o conjunto de valores predominantes em uma quadra histórica. Cita como expressivos exemplos disso: a influência das posturas positivistas na concepção sociológica do delito como fato social, diversamente da escola Clássica, que o concebe como ente jurídico; o condicionamento do Direito alemão, à época do III Reich, aos valores do nazismo, que emprestaram supedâneo à concepção do direito como função e instrumento da *Volksgemeinschaft*², do que resultam a noção de delito como o fato contrário ao "são sentimento" desta, resultante da "vontade delituosa do agente", o

¹ Professor titular de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Integrou as comissões de elaboração do anteprojeto do Código Penal, do anteprojeto do Código de Processo Penal e do anteprojeto da Lei de Execução Penal. Membro da Comissão de Modernização da Legislação Penal. Advogado.

² Comunidade do povo, formada pelos indivíduos da mesma raça, mesmo sangue e mesmo espírito objetivo, que constituem uma unidade incindível

antinormativismo, o menosprezo à forma e a admissão da analogia para aplicação de normas penais; e o direito penal comunista, que, partindo da premissa de que o Direito seria um conjunto de normas coercitivas destinadas a impor ao indivíduo o que interessa à sociedade, é tido como uma arma na luta pelos interesses das classes trabalhadoras, admitindo a analogia (até o ano de 1958), com a incriminação de atos graves à sociedade socialista, mesmo que não previstos na lei, inferindo-se a antijuridicidade da periculosidade social da ação.

No segundo capítulo do primeiro título, denominado “Tipicidade e antijuridicidade concretas”, partindo das premissas de que a norma é o clímax de um processo de contínua tensão entre fato e valor e de que o direito, como um dos elementos da vida social, é condicionado pelo mundo de relações do homem, o autor preconiza que o legislador deve construir objetivações normativas da vivência concreta do direito, ou seja, elaborar normas que guardem correspondência com o modo de ser e sentir da sociedade à qual elas se destinem, já que, malgrado estabelecidas pela razão, nem por isso as normas distanciam-se da experiência, porquanto não se situam no âmbito de um abstracionismo formalista, mas se voltam ao concreto, quer quando de sua elaboração, quer no momento de sua interpretação e aplicação. Daí, defende que o direito positivo depende, pena de elaboração concretamente inviável, da atenção à natureza das coisas, que o autor divide em *natureza das coisas formal* e *natureza das coisas material*; a primeira imutável e atemporal, de que dá como exemplo a estrutura da ação, a segunda apreendida das relações da vida, regidas pelo direito e variáveis com o tempo.

Disso evolui o discurso do autor para a afirmação de que não existem fatos puros; antes de serem focalizados pelo legislador na elaboração de modelos jurídicos já contêm uma tipicidade embrionária imanente. O legislador recorta porções da realidade. Daí que o tipo legal pressupõe já uma situação juridicamente valorada; a estrutura normativa carrega um conteúdo axiológico.

Defende o autor que o tipo penal é fruto de elaboração abstrato-prática, que recolhe na experiência concreta as condutas possíveis e as submete, consoante as condições da convivência humana num determinado momento histórico, a uma valoração, da qual resulta a imposição de uma proibição ou permissão. A norma, pois, decorre da natureza das coisas.

Em seguida, o autor trata das relações entre tipicidade e antijuridicidade, tecendo comentários sobre as diferentes concepções de tipicidade, de Mayer, como indício de antijuridicidade, salvo quanto aos elementos normativos do tipo, que já seriam constitutivos da antijuridicidade; de Sauer, para quem a tipicidade é a antijuridicidade tipificada, havendo duas formas - a negativa e a positiva - de tipicidade,

consoante haja ou não causas de justificação em face dos tipos; e de Mezger, que concebe o tipo como *ratio essendi* da antijuridicidade, resultante da valoração feita pelo legislador, num único ato valorativo, da norma e da sanção à sua violação, sintetizadas no tipo, que, assim, tem cunho normativo.

Depois, o autor envereda pela análise da ação e do tipo sob o aspecto axiológico, iniciando por criticar a concepção causal de ação como "imposição espúria e arbitrária" que contraria a estrutura ontológica de ação. Alia-se à concepção finalista de ação, aduzindo que, sendo a intencionalidade dado real intrínseco à estrutura da ação, a intenção, que a teoria tradicional considera elemento da culpabilidade, na verdade é parte integrante da ação e, portanto, da descrição típica.

Nesse estudo da estrutura da ação, o autor, malgrado abrace a teoria finalista, discorda de Welzel na conceituação do dolo. Preconiza, estribado em convincente argumentação, que, ao contrário do que leciona Welzel, o dolo não é apenas querer e conhecer os meios e o resultado típico, ou seja, não se trata de um dolo natural; o homem, ao agir finalisticamente, atua, segundo o autor, fundado em uma escolha de conteúdo valorativo, de modo que a ação tem natureza axiológico-finalista: o dolo não é apenas querer, mas querer o resultado mais o desvalor que ele representa, ou seja, é a vontade com uma intenção axiologicamente significativa.

Essa vontade dotada de sentido, elemento subjetivo do injusto, assim como o elemento subjetivo do tipo, quando presente - aspectos subjetivos que, ao reverso da maioria dos doutrinadores, o prof. Dr. Miguel Reale Jr. não distingue por entender supérflua a distinção - servem, inclusive, consoante a obra em comento, para espelhar, juntamente com os elementos normativos e descritivos, qual o valor tutelado pelo tipo penal.

A partir de tais premissas, o autor propõe, vislumbrando uma imbricação entre os conceitos de ação típica e ação antijurídica, que os juízos de tipicidade e de antijuridicidade são uma coisa só: ação típica é antijurídica, pois a antijuridicidade consiste na avaliação de que a ação foi animada por um desvalor. Preconiza, na verdade, uma concepção bipartida do crime: ação típica e culpável, estando inserida na tipicidade a antijuridicidade. E, para explicar as hipóteses de incidência de causas de justificação, o autor afirma que nesses casos não há adequação típica. E exemplifica: a intenção axiologicamente significativa e negativa que integra o dolo inexistente na legítima defesa.

De se concluir que o autor, ao preconizar essa completa integração entre tipicidade e ilicitude e pregar que a incidência de causa de justificação

afasta a adequação típica, acolhe na obra a denominada *teoria dos elementos negativos do tipo*³.

E o faz como pressuposto da adoção de um conceito de ação consoante a concepção da teoria social da ação. Por isso, destaca o autor que o critério de adequação social da ação só é possível se concebida a ação prenhe de significação social, de conteúdo valorativo e historicamente condicionada. E acrescenta que só se pode compreender tal teoria com embasamento de que é próprio da ação um caráter axiológico e ínsito ao tipo um conteúdo valorativo, cujo cerne é a antijuridicidade.

Por isso, para o ilustre professor da USP, tanto será lícita a ação quando socialmente adequada - como, v.g., um corte cirúrgico feito pelo médico no paciente - quanto nos casos de incidência de causa justificante, como no exemplo da legítima defesa, por uma mesma e única razão: a ação não foi contrária aos valores de relevância social, isto é, o agente não se conduziu com desprezo ao valor inerente ao bem jurídico ofendido; antes, moveu-se em função de um valor igualmente tutelado.

No terceiro capítulo do primeiro título, "Antijuridicidade objetiva e subjetiva", a obra em comento faz percuciente levantamento das teorias objetivas e subjetivas da antijuridicidade e as coteja, contrapondo os respectivos fundamentos para, à consideração da ação em legítima defesa, realizada pelo inimputável ou contra agressão de inimputável, à luz de uma e de outra, concluir que diante das novas exigências éticas do direito penal e consoante os postulados do direito penal da culpa, não se justifica uma concepção objetiva de antijuridicidade. E, depois de expor com clareza, estribado na lição de Welzel, a distinção entre antijuridicidade e injusto - que define como o "objeto valorado mais a valoração" - abraça como correta a concepção do injusto pessoal; entretanto, defende uma consideração subjetivo-objetiva da antijuridicidade, com o argumento de que a relevância atribuída aos elementos subjetivos não pode implicar em menoscabo do caráter causal do comportamento e das conseqüências da ação em prejuízo de bens jurídicos.

No quarto e último capítulo do Título I, "Antijuridicidade material", o autor aborda a questão da antijuridicidade, primeiro expondo basicamente a distinção de Von Liszt entre antijuridicidade formal e antijuridicidade material. Partindo das concepções deste, o autor enfoca a questão da antijuridicidade material, que concebe como a lesão antijurídica com caráter

³ Essa teoria funde num mesmo momento a valoração da tipicidade e antijuridicidade, superpondo-as. Ao nosso sentir, é inadequada por desprezar o valor das normas permissivas, tratando-as como meras 'características negativas do tipo'; além de representar um retrocesso científico na concepção analítica do delito, ao relegar o elemento 'antijuridicidade' à posição de mero pressuposto do tipo, que é excluído, arredando a tipicidade, quando incide uma causa de justificação.

anti-social - este preexistente à elaboração normativa - sob o prisma da ação socialmente adequada. Para o autor, fica afastada a antijuridicidade material nos casos de ilegalidade apenas aparente, como o castigo do pai ao filho com estribo no *jus corrigendi* ou a intervenção médica, por se tratarem de lesões a bem jurídicos sem conteúdo de contrariedade aos fins sociais e tendem à realização de um direito justo.

Mais além, e ainda discorrendo sobre a antijuridicidade material, o autor traz à baila o pensamento de Graf Zu Dohna, centrado na idéia de que o direito é "um meio adequado para a regulamentação adequada da convivência social", para alicerçar o reforço de sua afirmação já expressada antes, de que à ordem jurídica precede uma ordem cultural, da qual o direito colhe os valores que vai por sob tutela, e da consulta a essas normas pré-jurídicas é que se pode atingir o direito justo.

Faz o autor ainda, no campo da antijuridicidade material, observações sobre as relações desta com as normas de cultura, as quais, reconhecidas pelo Estado, transformam-se em norma jurídica e, por isso, na interpretação e aplicação da norma posta, devem implicar na substituição da valoração pessoal e subjetiva do juiz por uma valoração cultural, fundada nos valores culturais da comunidade. Defende também o autor, alicerçado basicamente no pensamento de Sauer, que nos conflitos eventuais entre o aspecto material do direito, constituído pela justiça e pelo bem comum, e o seu aspecto formal, a lei, o juiz pode, excepcionalmente, para evitar injustiça ético-socialmente insuportável, abandonar a segurança jurídica da lei.

Por fim, dando arremate final ao tema da antijuridicidade, o autor primeiro faz uma incursão de caráter histórico sobre o formalismo abstracionista da escola técnico-jurídica, à qual o autor atribui a importância de haver contribuído para libertar o direito penal de questões extrajurídicas, dando-lhe instância científica, com método estritamente jurídico, mas, em contrapartida, censura por haver reduzido o direito penal a uma ciência meramente formal, dogmática, alheia a quaisquer indagações filosóficas, o que o empobreceu como ciência; depois, analisa o realismo jurídico de Antolisei, que advém como resposta crítica ao tecnicismo jurídico, e que, negando a validade deste por substituir a realidade pelos conceitos, preconiza que as normas não podem ser observadas sem atenção à realidade que tem por fim regular e que lhe é preexistente. Entretanto - alerta o autor - paradoxalmente, Antolisei, apesar dessa sua orientação realística, não admite a dicotomia antijuridicidade formal - antijuridicidade material e defende que a antijuridicidade é uma só, derivada da valoração do fato como contrário ao direito e, pois, formal, confundindo erroneamente a lesão ao bem jurídico com a antijuridicidade. Segue o autor, tecendo considerações sobre o teleologismo jurídico de Bettiol, que também aparece como reação ao pensamento da escola técnico-jurídica, criticada por Bettiol por

desconsiderar as fontes materiais, com o conseqüente esvaziamento do conceito de bem jurídico. Lembra o autor que Bettiol preconiza o método teleológico pelo qual se deve averiguar qual o valor que a norma busca proteger, que para ele antijuridicidade formal não é senão a tipicidade, e a antirudicidade dita material na verdade é a fonte material do direito, servindo apenas à elaboração da lei. Mas lembra que para Bettiol a ação é atípica quando ajustada às exigências e finalidades sociais.

No Título II do livro, "Culpabilidade", o autor, em dois capítulos, faz criterioso estudo da culpabilidade, iniciando pela exposição das principais características das teorias da culpabilidade e, depois, enfocando a culpabilidade sob o prisma da inexigibilidade de conduta conforme o direito.

No primeiro capítulo desse título, o nobre professor inicia as considerações sobre as teorias da culpabilidade relembrando que na concepção da teoria causal da ação, a culpabilidade é o nexó psicológico que vincula o autor ao fato e da qual são espécies o dolo e a culpa, sendo a imputabilidade sua condição ou pressuposto. Atribui tal concepção às idéias do liberalismo que, no propósito de dar fundamento ético à punição, exigiu uma relação psíquica entre o autor e o crime, para expurgar a responsabilidade objetiva. Aduz o autor, ainda, que contribuíram também para a concepção psicológica da culpabilidade a influência do naturalismo no direito penal e a formulação da tipicidade de Beling, como descrição objetiva do fato, restando à culpabilidade o papel de aspecto psicológico do delito.

O autor critica tal concepção, por entender que a ação não é desprovida de sentido. Afirma que todo agir é fruto de uma escolha, fundada em valores que constituem o fim de agir. Explica a conduta em bases pré-jurídicas, defende que o dolo integra a ação, mas torna a expor sua discordância do pensamento de Welzel, por entender que o dolo não é natural, desprovido de conteúdo valorativo, mas intenção significativa dirigida a um fim.

No segundo capítulo do título, o autor debruça-se sobre a concepção normativa da culpabilidade, iniciando pelas razões históricas da sua adoção, acentuando ter sido Frank o primeiro jurista a concebê-la, fundado na idéia da reprovabilidade. E, na doutrina italiana, o autor atribui a Delitala o pioneirismo na concepção da culpabilidade em termos normativos.

Ao comentar os postulados de Delitala, no sentido de que a culpabilidade revela-se, tanto na ação culposa quanto dolosa, na contrariedade ao dever de agir de acordo com a vontade da norma, com exclusão da consciência da ilicitude, pena de não se incluir na culpabilidade a culpa consciente, o autor preconiza que tal concepção não é de todo correta porque implicaria, excluindo-se a consciência da ilicitude do campo da culpabilidade, exigir-se um dever - o de agir de acordo com a vontade da

norma - sem que haja consciência do devido. Crítica ainda o autor a posição de Delitala porque, pretendendo definir a culpabilidade a partir de uma valoração objetiva do comportamento diverso do ordenado pela lei, confunde-a com a antijuridicidade. Aponta o autor como falha fundamental do pensamento de Delitala o estabelecimento do juízo de reprovação a partir exclusivamente da norma, sem atenção ao ponto de vista do seu destinatário.

O autor tece, em seguida, considerações sobre as concepções da culpabilidade normativa de Maggiore e De Marsico, que têm a culpabilidade como reprovação fundada na consciência do significado ético-jurídico do ato, não sendo necessário o exato conhecimento da norma, bastando a consciência de estar agindo ilicitamente; posição que entende insuficiente por não explicar a culpabilidade nos delitos culposos, em que não há falar nessa consciência do ilícito.

Depois de comentar outras concepções de culpabilidade, como a chamada "substancial", vista como resultado da desaprovação social da conduta, e a culpabilidade fundada na exigibilidade de comportamento ajustado à ordem jurídica e expor-lhes os pontos de fragilidade ou incoerência, em que destaca a incorreção de mesclar elementos heterogêneos - dolo e culpa com normatividade - na conceituação, o autor arrola os elementos que entende constituírem o fundamento da reprovabilidade que constitui a culpabilidade.

Para o autor, são elementos da culpabilidade a imputabilidade, que na verdade ele tem como um "*pressuposto da ação e, logo, da culpabilidade*"; o dolo como objeto de reprovação, porque contém a intenção axiologicamente significativa (nos crimes culposos, para o autor, a reprovação justifica-se por não ter o agente cumprido o dever objetivo de diligência)⁴; a consciência potencial da ilicitude, tida como a simples possibilidade de o agente ter conhecimento da ilicitude, sendo desnecessário que a tenha, efetivamente; e, por fim, a exigibilidade, tida pelo autor como o cerne essencial da culpabilidade.

Sobre a inexigibilidade de outra conduta o autor discorre o restante do capítulo, assinalando, de início, que os conceitos de culpabilidade normativa e exigibilidade nasceram juntos e se completam mutuamente, sendo indissociáveis.

Preconiza que o juízo de "não exigibilidade" não é valoração sobre o aspecto psicológico do agente, mas sobre uma situação concreta. E repudia o critério do "homo medius", por entender inviável a construção de um

⁴ Observa-se dessa afirmativa e do que o autor expusera antes, sobre a teoria da ação, que, nessa obra, adota ele como correta a idéia da dupla função do dolo na teoria do delito, concebendo-o tanto como elemento subjetivo do injusto como modalidade de culpabilidade, a exemplo de outros adeptos da teoria social da ação.

homem médio, abstração distante da situação concreta em que se realizou a ação que se julga.

Para o autor, a não exigibilidade é um juízo sobre a formação da vontade do agente, e encerra, primeiro, a valoração da situação objetiva e, depois, a avaliação da opção realizada. Têm relevância as condições subjetivas, pois, presentes os requisitos objetivos próprios da situação, passa-se a analisar, à luz do poder concreto do agente, se foi válida a sua opção, o que se faz por meio de reconstrução imaginária da situação concreta vivida por ele, isto é, por um processo simpatético. Sua opção será válida quando age no resguardo de um bem valioso, que não lhe era exigível sacrificar. Assim, no comportamento antijurídico não culpável, há o desvalor do comportamento mas não o desvalor da formação do querer, na lesão ao bem jurídico.

Conclui o autor esse capítulo alertando para a importância de considerar, concomitantemente, na aferição da culpabilidade, tanto o ato praticado quanto a personalidade do agente. Além da opção específica diante da situação concreta em julgamento, há de se levar em conta também o modo de ser, o caráter, a tendência, a personalidade do indivíduo, porque sua opção não é autônoma, isolada, mas integrante de uma série de decisões que imprimem a direção dada à sua vida e refletem sua personalidade.

No terceiro título da obra, “A tipicidade na Parte Geral do Código Penal”, o prof. Miguel Reale Jr., preconizando que a tipologia e a tipicidade não são exclusividade dos tipos incriminadores, dedica-se ao estudo da estrutura típica de vários e importantes dispositivos da parte geral do Código Penal.

Depois de um esboço histórico sobre as origens da codificação e divisão da lei penal em parte geral e parte especial, que atribui aos ideais liberais do pensamento iluminista, como decorrência do princípio da legalidade, que tem como consequência a imposição da sistematização, o autor defende que a tipicidade, como congruência da realidade ao paradigma legal, é também característica da Parte Geral, e implica dotar de maior garantia a aplicação da lei penal.

No segundo capítulo desse Título III, sob denominação “Tipicidade e nexos causal”, o mestre da USP tece considerações sobre as teorias da causalidade, elegendo duas delas que entende serem as mais importantes, a da causalidade adequada e a da *conditio sine qua non*, das quais as demais, a seu ver, são variantes.

Preconiza o autor que, na verdade, nenhuma das teorias da causalidade soluciona a contento e definitivamente a questão do nexos causal, e isso porque olvidam que a ação, apresentando-se como um todo, composto de dois aspectos incindíveis, um *objetivo* e outro *subjetivo*, que devem ser

necessariamente considerados conjuntamente. A atenção ao elemento subjetivo decorre de ser ele componente da estrutura real da ação.

Acresce o autor, nesse capítulo, que a descrição típica do art. 13 e seu § 1º, do Código Penal, revelam que o legislador, embora partindo da teoria da equivalência das condições, perfilhou a teoria da causalidade adequada ao prever a intromissão de causa superveniente relativamente independente capaz de, por apresentar-se mais *adequada* à produção do evento, posicionar-se na qualidade de causa, afastando a condição precedente que, malgrado condição, não é *condição adequada*.

No capítulo seguinte, o autor passa a analisar os crimes omissivos impróprios, assinalando que é errôneo contemplar a questão da relevância da omissão apenas como matéria de causalidade, quando se trata, na verdade, de *tipificação da omissão*.

O autor, destoando da tendência doutrinária predominante atual, entende que é possível conceber a omissão como causa, sob um ponto de vista naturalístico, embora a essa base seja necessário agregar um componente normativo - o dever de agir -, que o autor entende próprio dos crimes comissivos por omissão, mas não dos crimes omissivos puros⁵.

Entende a obra que o tipo omissivo impróprio é norma que tem destinatário próprio, aquele que tem o dever de agir específico, combatendo o autor a idéia de ampliação do alcance do *dever* de agir, alertando acertadamente que isso implicaria perigosa adoção de tipos excessivamente abertos⁶.

Detendo-se sobre a questão do “poder agir” a que alude o § 2º do art. 13 do Código Penal, o autor entende que sua expressa menção é desnecessária e supérflua, porque a possibilidade de agir se resolve, ou no campo da exigibilidade de conduta diversa, ou no do estado de necessidade; e, se tido o “poder agir” como referência ao que é fisicamente possível, a obviedade da regra “*ad impossibilia nemo tenetur*” expõe sua desnecessidade.

⁵ Não estamos, “*data venia*”, de acordo com esse entendimento. Ao nosso sentir, não há estrutura naturalística na omissão. A inércia não pode ser causa de nada. E isso se revela ainda mais evidente nos delitos omissivos culposos, em que sequer há uma vinculação subjetiva entre a inércia do agente e o evento. Assim, parece-nos que os crimes omissivos têm estrutura apenas normativa: pune-se pela infração ao dever de agir. Além disso, ao contrário do que pretende o autor, essa estrutura normativa é a mesma, tanto nos omissivos próprios quanto nos comissivos-omissivos, que só se distinguem porque aqueles se realizam com a mera inação, independente de evento naturalístico.

⁶ Diz o autor que “se o moderno direito penal, enquanto instrumento de controle social, pretende estender o seu âmbito à defesa dos interesses difusos, consolidando uma solidariedade social, por meio de normas pedagógicas, nem por isso deve-se recorrer a tipos abertos.” Concordamos plenamente com tal formulação.

Nos capítulos quarto e quinto, o autor debruça-se sobre as normas da Parte Geral que regulam a tentativa e as figuras da desistência voluntária e do arrependimento eficaz.

Depois de iniciar expondo a diferença entre o tipo de crime tentado e consumado, detém-se o autor no estudo da distinção entre atos preparatórios e atos executórios, assinalando que as teorias diferenciadoras de cunho normativo não satisfazem à exigência de uma concepção material de crime, que impõe uma distinção entre atos preparatórios e executivos embasada na ocorrência de perigo para o bem jurídico. Assim, é executório o ato quando integra o processo de desenvolvimento de uma ação típica, de modo a se criar, de forma irreversível, um perigo ao bem jurídico. Preparatório quando não chega a gerar situação de perigo ao bem jurídico.

Para o autor o fundamento da punição da tentativa é o fato de externar o desrespeito do agente pelo valor subjacente ao tipo penal, com geração de perigo para o bem tutelado.

Voltando-se à análise da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, a obra suscita e enfrenta três questões pertinentes ao tema: o fundamento, a natureza jurídica e critérios para definição da "voluntariedade".

Analisa o autor as diversas teorias pertinentes à questão do fundamento dos institutos da desistência e do arrependimento, optando pelo fundamento da *destipificação* da tentativa, consoante a expressão empregada na obra: há, na desistência voluntária e no arrependimento eficaz, antes da consumação, alteração da vontade do agente, que passa a desejar a não ocorrência do resultado antes querido, o que torna atípica a ação, já que o resultado deixou de ocorrer não por causa alheia à vontade do agente, como exigido pela tipicidade da tentativa, mas como decorrência dessa vontade. Corolário lógico desse entendimento, o autor vê em tais institutos natureza jurídica de atipicidade da conduta, não como causa de exclusão da punibilidade.

Passando à consideração do problema da voluntariedade na desistência e no arrependimento, conclui o autor, após breve consideração sobre as posições doutrinárias pertinentes, que se deve reconhecer voluntária a desistência mesmo que não seja espontânea, porque de qualquer modo a não consumação não decorreu de causa externa à vontade do agente e, portanto, não está presente a tipicidade da tentativa; ou seja, há a desistência mesmo quando a decisão de abandono da tentativa pelo agente não tenha sido inspirada pelo respeito ao valor tutelado.

No Capítulo 6 desse último título da obra, o autor aborda a questão do crime impossível. Censura o legislador pelo emprego, que entende equivocado, da expressão "*não é punível a tentativa*", já que, ao seu ver, não chega a haver tentativa, porquanto se trata, também, de caso de atipicidade

da conduta, agora em razão de que, caracterizando-se a tipicidade da tentativa pela geração de um risco para o bem jurídico, que só não vem a ser lesionado em razão da interferência de uma circunstância impeditiva, que incide já depois de iniciado o curso causal, no crime impossível desde antes do início desse curso já não é atingível a consumação, quer por ineficácia do meio, quer por impropriedade do objeto.

O autor discorda, ainda, da tradicional distinção doutrinária entre inidoneidade *absoluta* e *relativa* dos meios ou do objeto, porque baseada em um critério abstrato, quando a impossibilidade do resultado deve ser aferida diante de uma atividade concreta, porque a tipicidade só pode ser qualidade de uma ação concreta. Por isso, prefere um outro critério: se no caso concreto, *antes mesmo de se iniciar* a atividade executória, os meios ou objeto eram inidôneos à consumação, está-se diante do crime impossível; ao reverso, se o meio ou o objeto era, antes do início da execução, próprio, e só se torna inidôneo concomitantemente ou depois do início do curso executório, há a tipicidade do fato, na forma de tentativa, já que essa inidoneidade superveniente é justamente a circunstância alheia à vontade do agente que obsta a consecução do delito.

Nos três capítulos seguintes, o autor debruça-se sobre a questão da tipicidade diante de causas justificantes, a legítima defesa e o estado de necessidade, e, no sítio deste último, analisa a questão do aborto terapêutico sob o enfoque da teoria do balanço de bens.

Entende que a legítima defesa tem natureza de estrutura típica permissiva, em que se nota o traçado dos dados elementares, invariáveis, que compõem seus requisitos, representando a ausência de qualquer destas causas de impedimento da adequação típica da legítima defesa.

Fazendo percuciente análise dos elementos do estado de necessidade, em que trata do perigo para o bem jurídico, não só no tocante à sua conceituação, mas também quanto às suas adjetivações, de atual, provável, não provocado pelo agente e inevitável, o autor denuncia as graves contradições em que nossa lei penal incorre, ao adotar, como fundamento dessa causa de exclusão de antijuridicidade, a não exigibilidade, o que permite que a justificante alcance ação de terceiro.

Para o autor, não é correto que terceiro, estranho ao conflito de bens que se instala como pressuposto do estado de necessidade, possa sacrificar o bem de um em favor do bem de outro, se o confronto é entre bens de valor idêntico. Diante do conflito de bens equivalentes, deve o terceiro abater-se de intervenção, que só será admitida quando o terceiro acudir um bem maior em detrimento de um bem menor.

Entende, ainda, que a exigência de que o agente não tenha o dever legal de enfrentar o perigo para abrigar-se na excludente é incompatível com o fundamento da não exigibilidade, eis que esta é um juízo sobre a

subjetividade do agente, e a simples existência de uma obrigação legal, circunstância objetiva, não seria o bastante para determinar a vontade do agente diante da situação concreta de perigo.

Passa o autor, mais especificamente no Capítulo 9 desse Título III, a enfrentar a questão do “balanço de bens” como fundamento do estado de necessidade e, mais especificamente, do aborto terapêutico.

Faz, inicialmente, um esboço sobre a teoria do balanço de bens na doutrina estrangeira e brasileira, atribuindo aos penalistas de língua francesa o pioneirismo na adoção de tal teoria como critério para solução de casos em que o sacrifício de um bem é meio imprescindível para salvar outro, acrescentando que tal teoria ganhou, depois, relevância na Alemanha, porque prestigiada pela jurisprudência, que a entendia como estado de necessidade suprallegal, reflexo da doutrina da antijuridicidade material de Liszt.

Noticia o autor que, no Brasil, o Código Criminal do Império já adotava a teoria do balanço de bens, por influência do utilitarismo de Bentham, que via como útil à coletividade a realização de um mal menor, se ele é o único modo de evitar um mal maior, o que se repetiu no Código de 1890.

Tece, então, reflexões sobre os critérios que devam ser adotados para estabelecer a prevalência dos bens em conflito, e repudia a adoção de um critério puramente legal para hierarquização dos bens jurídicos, porque abstrata, alheia à situação particularizada em que se deu o conflito. Defende que se levem em conta as condições específicas próprias, o ambiente cultural, histórico e social em que se dá o conflito, atentando-se aos seus peculiares fatores ético-sociais, servindo a disposição legal como mera diretriz que se vem agregar a tais avaliações.

Assim, o autor justifica o aborto terapêutico no fundamento do maior valor da vida da gestante, ser já afirmado pessoal e socialmente, sobre a vida do feto.

E, enfim, no décimo e derradeiro capítulo da obra, o autor dedica-se à investigação da existência de caráter de tipicidade no instituto da coação irresistível, iniciando por uma análise dos componentes da estrutura da norma que o institui em nosso Código Penal⁷, concluindo que, embora haja um mínimo de tipicidade no instituto, ela é tênue, porque a norma é descrita caráter vago e genérico, extremamente dependente de tarefa interpretativa doutrinária.

Vê o autor o fundamento desse instituto na inexigibilidade de conduta diversa e, preconizando que a não exigibilidade deve ter uma configuração normativa, estabelecendo a lei em que situação objetiva torna-se válida a opção contrária ao direito, visando afastar fórmulas vagas e

⁷ Art. 18 do Código Penal c/ a redação dada pela Lei 7.209/84.

imprecisas, pena de incerteza jurídica. Defende, em conseqüência, uma construção típica da dirimente em questão, sugerindo fórmula centrada na ação sob ameaça, e sem olvidar que há de preceder tal construção uma valoração do real, substrato, segundo o autor, de toda normatividade.

De leitura agradável, trata-se de obra de relevância científica, na qual o autor desenvolve, com argumentos no mais das vezes convincentes e demonstração de grande conhecimento não só dos institutos pertinentes à teoria do delito, mas de filosofia jurídica, todo seu pensamento com supedâneo na premissa de que o direito é produto e reflexo do mundo circundante, que fornece ao legislador a idéia do proibido pré-normativo; bem como, na concepção do autor de que a antijuridicidade funde-se na tipicidade e integra esta, o que lhe permite construir os conceitos de tipicidade das normas da parte geral do Código Penal.

Gilson Sidney Amancio de Souza
Mestrando em Direito Penal, Universidade Estadual de Maringá