

Definições e subsunções*

Ingeborg Puppe

Para começar, uma definição

Nós, juristas – sobretudo os penalistas –, rendemos um imenso culto às denominadas definições. Cada conceito que surge em um tipo penal, e cada conceito auxiliar (*Hilfsbegriff*) desenvolvido pela dogmática, é definido como se fosse imprestável sem uma definição. Os manuais, principalmente os que cobrem a parte especial, são estruturados como se fossem definições com explicações e os estudantes memorizam tais definições, com a expectativa de dominá-las para que possam oferecer uma solução correta para todo e qualquer caso. Se nossas definições fossem o que se entende por definição nas ciências exatas, essa expectativa estaria justificada. Uma definição exata é uma determinação completa do conteúdo de um conceito, com base na qual é possível decidir em todos os casos se algum objeto pode ou não ser subsumido a esse conceito. Contudo, no direito (*Jurisprudenz*) – sobretudo no direito penal – o que denominamos de definições geralmente está longe de atingir esse objetivo. Nesse sentido, o RG (*Reichsgericht* – Tribunal do Império alemão) definiu o conceito de fato (*Tatsache*), presente nos tipos penais de difamação e estelionato, por exemplo, da seguinte forma:

O conceito de fato [...] pressupõe algo que aconteceu ou existe, que se tornou manifesto e incorporado na realidade e, por isso, pode ser provado¹.

* Publicação original: *Definitionen und Subsumtionem* (manuscrito inédito). Tradução de Lucas Minorelli.

1 RGSt 55, 129 (131). Nota do tradutor (NT): Para o desespero da Associação Brasileira de Normas Técnicas, os alemães utilizam um modelo muito mais objetivo para mencionar precedentes, que pode ser representado pelo esquema “X Y, Z”, onde X é o tribunal ou órgão específico deste (“RGSt”), Y representa o volume da publicação do tribunal (“55”) e Z indica a página inicial do julgado dentro do referido volume (“129”). Caso haja menção a outra página em específico, ela será mencionada entre parênteses (“(131)”). Não é incomum os autores mencionarem periódicos jurídicos que também publicam precedentes, *vide* os casos mencionados na nota 18 do presente trabalho.

O que significam as expressões “se tornou manifesto” e “incorporado na realidade”? Será que elas significam a mesma coisa? Uma definição não pode ser redundante. Caso isso ocorra, é um sinal bastante seguro de que quem a definiu não sabe o que dizer. De certo modo, ele se mostra nervoso e confuso.

A habilidade de definir do legislador não é muito melhor. Ele define o conceito de lesão corporal nos seguintes termos:

Quem inflige a outrem maus-tratos corporais ou causa danos à saúde [...]².

Os maus-tratos corporais são definidos na literatura como:

[...] tratamento desagradável ou inadequado que prejudica o bem-estar corporal ou a integridade física de forma não irrelevante [...]³.

Particularmente, compreendo a lesão corporal como um comprometimento da integridade física. De acordo com essa definição, os maus-tratos devem ser uma conduta que de alguma forma mereça a valoração negativa de desagradável e inadequada. Contudo, a lesão corporal, em realidade, é um crime de resultado.

Logo, essa “definição” de lesão corporal obscurece o conceito de lesão corporal em vez torná-lo mais claro. Isso se deve ao fato de que nossas definições são orientadas sobretudo para compreender os casos-limites mais remotos⁴. O legislador do Código Penal do Império de 1871 optou por essa definição de lesão corporal como maus-tratos para esclarecer que até uma leve bofetada configuraria esse crime em vez de injúria por vias de fato, como muitos defendiam outrora.

Atualmente, o conceito de perigo concreto é com frequência assim definido:

Há um perigo concreto “se depender exclusivamente do acaso se o bem jurídico foi ou não lesionado”⁵.

Trata-se de uma formulação deveras sugestiva, porém ela basicamente nada diz. O que na vida não depende do acaso? E o que é acaso e o que não é? Foi por acaso que o motorista do carro que se aproxima demais seja um experiente piloto de corrida ou um novato nervoso? Posso oferecer explicações muito mais significativas e precisas sobre o conceito de perigo se eu não me propuser explicá-lo em uma única frase, ou seja, com uma definição. De todo modo, há um perigo

2 § 223 StGB (*Strafgesetzbuch* – Código Penal alemão).

3 JOECKS/HARDTUNG, *MüKo-StGB*, § 223 nm. 4.

4 PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, p. 71 s.

5 ERNEMANN, *Strafgesetzbuch*, § 315 nm. 14.

concreto se o dano de fato tiver ocorrido. Um perigo concreto também existe se o dano só foi evitado por causa de uma medida extraordinária realizada por um dos envolvidos, como, por exemplo, uma freada brusca. Também ocorre um perigo concreto se eu só precisar alterar ligeiramente os parâmetros do caso em específico, de tal modo que o resultado aconteça, como no caso do “quase acidente”⁶.

Portanto, nossa habilidade jurídica de definir não é muito boa e deveríamos nos abster de adornar nossas modestas explicações dos conceitos mediante o pretensioso nome de definição.

Logo, para que servem as nossas explicações conceituais? Muitos dos nossos conceitos são complexos, no sentido de que compostos por diferentes elementos que simplesmente não ficam posicionados lado a lado, como em uma definição aristotélica, porém dependem de relações determinadas entre eles. Uma boa explicação conceitual jurídica indica cada um desses elementos individuais do conceito e as relações entre eles existentes⁷. Isso possibilita constatar explicitamente os elementos conceituais e as suas relações. Por exemplo, a definição legal de tentativa preceitua:

Tenta um fato punível quem de acordo com sua representação dos fatos se dispõe imediatamente à realização do tipo penal⁸.

Certamente, essa explicação conceitual não é exata e inequívoca. Há bastante incerteza e disputa de entendimentos sobre quando a tentativa começa, ou seja, quando o autor imediatamente dá início à realização do tipo penal. Contudo, a explicação conceitual afirma com clareza a que esse início imediato deve se referir: não está relacionada a qualquer situação objetiva (como perigo direto à vítima, por exemplo), mas sim à representação do autor. Isso implica que qualquer análise de uma tentativa deve começar com o tipo subjetivo.

No entanto, nem toda definição conceitual de uso corrente cumpre essa tarefa. Falamos que há uma tentativa acabada quando o autor, nos termos do § 24 StGB, não pode desistir impunemente mediante o simples abandono da execução do tipo penal, mas tão somente quando impede o resultado ou realiza um sério esforço para fazê-lo. A definição corrente de tentativa acabada é:

6 NT: *Beinaheunfall*, no original. Conforme registrado pelo tradutor da versão em espanhol, a autora se refere a uma situação de perigo gerada sobretudo no trânsito, em que um resultado não ocorre, porém teria acontecido se as circunstâncias casuais concomitantes fossem outras, como, por exemplo, se o motorista tivesse chegado ao local do acidente mais cedo ou mais tarde ou se tivesse dirigido mais rápido ou mais devagar.

7 Com mais detalhes, PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, p. 73 ss.

8 § 22 StGB.

Há tentativa acabada quando o autor considera que executou todos as ações necessárias para a realização do tipo penal [...]⁹.

Em um exame estatal, contudo, a maioria dos alunos perceberá que não estará perto de oferecer uma solução para o caso se colocar por escrito essa definição, pois falta a ela informações cruciais. A ação anterior deve ser necessária para que a produção do resultado seguramente ocorra ou basta a sua possibilidade? A partir de qual perspectiva se deve decidir o que é necessário segundo a representação do autor, *ex ante* (no início do primeiro ato) ou *ex post* (no momento em que ele para de agir)? A teoria do ato único e a teoria da unidade natural da tentativa entram em conflito com essa definição¹⁰. Portanto, ela precisa ser aperfeiçoada.

Apesar disso, se deve insistir na questão que nossos estudantes terão de aprender definições para que consigam realizar a subsunção entre os elementos da situação fática (*Sachverhalt*) e os conceitos jurídicos. Mas esse aprendizado não é suficiente, pois nossas definições não são exatas nem inequívocas. Como obter uma conclusão unívoca a partir de uma subsunção?

Sobre o vai e vem do olhar entre a situação fática e a norma

Uma subsunção não pode ser fundamentada de nenhuma outra forma a não ser por meio de outra subsunção. Portanto, no final tenho que chegar a uma subsunção tão trivial e evidente que ninguém a conteste. Em alguns casos, isso já ocorre na subsunção da situação fática ao tipo penal. Caso A tire o celular do bolso de trás de B e fuja, esse fato por ser subsumido ao conceito de subtração sem a necessidade de uma explicação adicional ou análise mais detida do referido conceito. Todavia, se a subsunção direta de um dos elementos da situação fática a um conceito previsto no tipo penal não for tão trivial, não há nada a fazer senão torná-la trivial, aproximando as descrições da situação fática e da norma quantas vezes forem necessárias.

A hermenêutica jurídica fala de integração entre situação fática e norma ou que a “norma e os fatos concretos da vida devem ser colocados em

9 LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, § 24 nm. 3.

10 NT: Sobre a teoria do ato único (*Einzelaktstheorie*) e a teoria da unidade natural da tentativa (*Theorie von der natürlichen Versuchseinheit*), conferir HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Tradução: Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 305 ss.

correspondência”¹¹. Isso deve ser alcançado por meio do “vai e vem do olhar” entre os fatos e a norma¹². A hermenêutica jurídica costuma se referir a um círculo hermenêutico e, para evitar qualquer suspeita de uma argumentação circular, de um movimento em espiral¹³. Tudo isso parece muito mais misterioso e suspeito do que realmente vem a ser. Se eu tiver um objetivo a cumprir e certos meios à minha disposição, meu olhar também fará um vai e vem entre os meios disponíveis e o objetivo a ser cumprido, a fim de escolher os meios mais adequados para lograr êxito.

A aproximação entre a situação fática e a norma é obtida generalizando a descrição da situação fática e especializando a descrição da norma. Em outras palavras, descrevemos os fatos omitindo circunstâncias irrelevantes para o processo de subsunção, tais como hora, local ou condições climáticas. Substituímos a descrição do tipo penal por um caso especial subsumível e prosseguimos com essa especialização ou concretização até chegarmos à conclusão de que a subsunção dos elementos da situação fática seja trivial¹⁴. Se não encontrarmos nível semelhante de concretização do tipo penal, devemos declarar que a subsunção falhou.

Nas concretizações do tipo penal por meio das quais aproximamos gradativamente a situação fática, os denominados conceitos intermediários (*Mittelbegriff*) estão relacionados ao tipo penal como conceitos especiais, que também podem ser denominados definições parciais (*Teildefinitionen*). Contudo, referidos conceitos oferecem condições suficientes, porém não necessárias para a realização do tipo penal¹⁵. Se um determinado conceito deve ser reconhecido como um conceito especial do conceito geral contido no tipo penal, isso é uma questão de interpretação¹⁶. Por exemplo, quando temos de decidir se constitui estelionato o fato de o receptor enganar o ladrão, ao dizer que recebeu valores menores pelo objeto subtraído, induzindo-o a se contentar com uma parcela menor dos lucros da atividade ilícita do que ele teria exigido¹⁷, não precisamos lidar com toda a vagueza, a indeterminação e as disputas conceituais que rondam o

11 KAUFMANN, *Analogie und „Natur der Sache“*, p. 37.

12 ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, p. 15; ALEXU, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, p. 115; KUHLEN, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, p. 62 ss.; NEUMANN, *Subsumtion*, p. 324 ss.

13 HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, p. 105 ss.

14 PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, p. 78 ss.; ALEXU, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 273 ss. (especialmente p. 280); KUHLEN, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, p. 66.

15 SAVIGNY, *Grundkurs im wissenschaftlichen Definieren*, p. 143 ss.

16 KAUFMANN, *Analogie und „Natur der Sache“*, p. 39.

17 BGHSt 2, 364.

conceito de propriedade. Temos de decidir tão somente se uma perspectiva de lucro ilícito, porém economicamente valiosa, constitui um componente do patrimônio dentro do crime de estelionato¹⁸.

Outro mérito dessa abordagem é que para a maioria dos casos podemos formular de forma muito mais clara o enunciado relacionado à subsunção de determinada situação fática ao tipo penal do que permite a definição geral do conceito de tipo¹⁹. Se o autor aponta para o peito de alguém uma arma de brinquedo exigindo que entregue o seu dinheiro, sem que a vítima tenha se sentido, de modo algum, pressionada, temos de perguntar se o autor, segundo a representação deste, deu início de forma direta à realização do tipo penal. Mas não precisamos lidar com a indefinição ou imprecisão do critério “imediatamente”, pois podemos oferecer uma definição parcial na qual esse critério é nitidamente cumprido. Referida definição parcial nos diz que:

o início da execução sempre ocorre quando o autor realiza parte da conduta típica.

Na situação fática apresentada, o autor realizou na íntegra a conduta típica da ameaça, porém sem sucesso.

Os juristas – e, infelizmente, com certa frequência o legislador – têm a ambição de que toda afirmação que fazem sobre um conceito jurídico deva determiná-lo por completo. Isso resulta nas chamadas definições, que não podem tornar o conceito mais claro ou inequívoco e não dizem mais sobre ele do que a própria definição. Com o auxílio de definições parciais, podemos abordar nossos problemas com muito mais determinação e obter subsunções mais claras e inequívocas.

Referências

ALEXY, Robert. Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs. In: ALEXY, Robert; KOCH, Hans-Joachim; KUHLEN, Lothar; RÜßMANN, Helmut (Hrsg.). *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden: Nomos Verlag, p. 113 ss.

18 Conferir a decisão consultiva (*Anfragebeschluss*) da 2ª Sala do BGH, *NStZ* 2016, 596, e as decisões de resposta (*Antwortbeschlüsse*) da 1ª (*NStZ-RR* 2017, 112) e da 3ª (*NStZ-RR* 2017, 244) Salas.

19 PUPPE, *GS-Armin Kaufmann*, p. 23 ss. (= *Strafrechtsdogmatische Analysen*, p. 88 s.); PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, p. 84 ss.

ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1968. (Há tradução de edição mais recente: *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.)

ENGISCH, Karl. *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*. 3. Auflage. Heidelberg: C. Winter, 1963.

ERNEMANN, Andreas. § 315. In: SATZGER, Helmut; WIDMAIER, Gunter; SCHLUCKEBIER, Wilhelm (Hrsg.). *Strafgesetzbuch: Kommentar*. 3. Auflage. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2016.

HASSEMER, Winfried. *Tatbestand und Typus*. Köln: Heymann, 1968. (= *Fattispecie e tipo: indagini sull'ermeneutica penalistica*. Napoli: Scientifche Italiane, 2007.)

JOECKS, Wolfgang; HARDTUNG, Bernhard. § 223. In: SANDER, Günther M. (Hrsg.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 3. Auflage. München: C. H. Beck, t. 4, 2017.

KAUFMANN, Arthur. *Analogie und „Natur der Sache“*. 2. Auflage. Heidelberg: Müller, Juristischer Verlag, 1982.

KUHLEN, Lothar. Regel und Fall in der juristischen Methodenlehre. In: ALEXY, Robert; KOCH, Hans-Joachim; KUHLEN, Lothar; RÜßMANN, Helmut (Hrsg.). *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden: Nomos Verlag, p. 61 ss.

LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. *Strafgesetzbuch: Kommentar*. 28. Auflage. München: C. H. Beck, 2014.

NEUMANN, Ulfrid. Subsumtion als regelorientierte Fallentscheidung. In: GABRIEL, Gottfried; GRÖSCHNER, Rolf (Hrsg.). *Subsumtion: Schlüsselbegriff der juristischen Methodenlehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 311 ss.

PUPPE, Ingeborg. *Kleine Schule des juristischen Denkens*. 3. Auflage. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2014.

PUPPE, Ingeborg. Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz. Kreative Definitionen oder warum sich Juristen über Begriffe streiten. In: DORNSEIFER, Gerhard (Hrsg.). *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. Köln/Berlin/Bonn/München: Heymann, 1989. p. 15 ss. (= In: PUPPE, Ingeborg. *Strafrechtsdogmatische Analysen*. Bonn: Bonn University Press, 2006. p. 79 ss. Disponível em: https://bonndoc.ulb.uni-bonn.de/xmlui/bitstream/handle/20.500.11811/560/bup_bra_nf_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 jun. 2024.)

SAVIGNY, Eike von. *Grundkurs im wissenschaftlichen Definieren*. München: Deutscher Taschenbuch-Verlag, 1980.

Sobre a autora:**Ingeborg Puppe** | E-mail: puppe@jura.uni-bonn.de

Doutora em Direito (Uni-Heidelberg/Alemanha). Professora Emérita (Uni-Bonn/Alemanha).

Recebimento: 10.04.2024**Aprovação:** 10.06.2024**Anexo – Legislação estrangeira citada**
StGB (Strafgesetzbuch, Código Penal alemão)**§ 22. Conceito de tentativa**

Tenta um fato punível quem de acordo com sua representação dos fatos se dispõe imediatamente à realização do tipo penal.

§ 23. Punibilidade da tentativa

(1) A tentativa de um crime sempre é punível; a tentativa de um delito somente é punível quando a lei expressamente determiná-la²⁰.

(2) A tentativa pode ser punida de modo mais benigno que o crime consumado (§ 49 I).

(3) Se o autor desconhece, por uma falta de compreensão grave, que a tentativa segundo a classe do objeto ou do recurso com os quais deveria cometer o fato de nenhuma maneira poderia consumá-lo, pode o tribunal prescindir de aplicar a pena ou diminuí-la conforme sua faculdade discricionária (§ 49 II).

§ 24. Desistência

(1) Não será punido por crime tentado quem renuncia voluntariamente à realização do fato ou evita a consumação deste. Se o crime não se consuma sem a intervenção do desistente, logo, ele restará impune caso tenha se esforçado voluntária e seriamente para evitar a consumação.

20 NT: Ao contrário do Código Penal brasileiro, que trabalha somente com crimes, o Código Penal alemão opera com os conceitos de crime (fato punível com pena privativa de liberdade mínima não inferior a 1 ano) e delito (fato punível com pena privativa de liberdade inferior ou multa), nos termos do § 12 StGB.

(2) Em caso de concurso de agentes, não será punido por crime tentado quem evitou voluntariamente a sua consumação. No entanto, seu esforço voluntário e sério para impedir a consumação do fato será suficiente para isentá-lo de punição se o fato não for consumado sem a sua intervenção ou se praticado independentemente de sua contribuição anterior para o fato.

§ 223. Lesão corporal

(1) Quem inflige a outrem maus-tratos corporais ou causa dano à saúde, será punido com pena privativa de liberdade de até cinco anos ou multa.

(2) A tentativa é punível.